

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LXVIII
(2025)

Estratto



G. Giappichelli Editore

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LXVIII
(2025)



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2025 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1782-0

ISBN/EAN 979-12-211-6548-7 (ebook)

ISSN 1972-8441

I contributi proposti per la pubblicazione vanno inviati, muniti di abstract in lingua inglese e parole chiave, al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: direttoreaupa@unipa.it.

La pubblicazione è subordinata alla procedura di revisione (peer review) secondo il sistema del double-blind. Ciò nel rispetto del linee-guida delineate dal "*Committee on Publication Ethics*" per la pubblicazione di lavori scientifici e in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IVRA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto, Diritto@storia, TSDP), assunto in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

Autori e Revisori sono tenuti a seguire le indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista, consultabile sul sito <https://www.annaliseminariogiuridicoaupa.it>.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

DIRETTORE RESPONSABILE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Christian Baldus	Heidelberg
Emmanuelle Chevreau	Paris
Tiziana Chiusi	Saarbrücken
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Carla Masi Doria	Napoli
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Emanuele Stolfi	Siena
Bernard Stolte	Groningen
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone, Giuseppe Romano
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: direttoreaup@unipa.it

La lettera del Ministero della Pubblica Istruzione che approvò il regolamento del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo porta la data del 10 marzo 1906; il discorso inaugurale del preside prof. Alfredo Rocco – rivolto ai «carissimi giovani», studenti e studiosi della Facoltà di Giurisprudenza – fu tenuto nel marzo 1909. A norma di regolamento il Seminario era articolato in quattro sezioni (discipline storico-giuridiche, diritto pubblico, diritto privato, scienze sociali), e aveva il «fine di promuovere ricerche per parte degli studenti e laureati ... che intendessero perfezionarsi in alcuna fra le scienze professate nella Facoltà, e addestrarsi nella conoscenza dei metodi di ricerca e dell'uso delle fonti». Nel corso degli anni il Seminario andò perdendo talune delle funzioni indicate nel regolamento, fu sempre più istituto di ricerca scientifica e meno palestra di addestramento professionale dei giovani, e in punto di fatto si andò specializzando (certo per impulso di Salvatore Riccobono, divenutone presto direttore) quale centro di studi storico-giuridici. Divenne poi (dai tempi almeno della seconda guerra mondiale), in buona sostanza, Istituto di Diritto Romano.

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico esprime una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana.

È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico-giuridica, in maggior misura di diritto romano.

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

S. ALESSANDRÌ, Storia ed esegesi dei <i>libri ad edictum provinciale</i> di Gaio	3
F. BONIN, Note preliminari intorno ad autenticità e datazione del <i>liber singularis responsorum</i> di Ulpio Marcello	17
R. D'ALESSIO, Sfuggire alla pena. Giustizia e impunità in Aulo Gellio (N.A. 7.14)	35
G. FALCONE, Critica del testo e ricerca romanistica: fermenti di fine anni '60 e prospettive attuali	53
U. LAFFI, Il ruolo dei tribuni della plebe come inquirenti e accusatori nella persecuzione comiziale <i>de capite</i>	75
F. LAMBERTI, Questioni di giurisdizione alla luce della <i>lex Irnitana</i> : per una rilettura d'insieme	99
G. ROMANO, Celso e lo <i>ius quod sibi debeatur iudicio persequendi</i> : intorno al tema dell'azione in diritto romano	121
S. SCIORTINO, I fondamenti romanistici del difficile rapporto tra azione di regolamento di confini e azione di rivendicazione	215

NOTE

A. LAQUERRIÈRE-LACROIX, L'affaire Auxiliaris – Apollodorus. La réponse du Prince (Nov. Val. 8,1 et 8,2)	261
---	-----

VARIE

R. CARDILLI, <i>Continuo dominus in culpa erit</i> . La responsabilità per fatto degli ausiliari. <i>In memoria di Rolf Knütel</i>	277
G. ROJAS QUINTANA, Le scelte di vita di Giuseppe Branca: il diritto, le istituzioni e la politica	287

SALVATORE SCIORTINO
(Università di Palermo)

I fondamenti romanistici del difficile rapporto tra azione di regolamento di confini e azione di rivendicazione

ABSTRACT

Why is it that even today, in Italian civil law, actions to settle boundaries and to claim possession are still difficult to distinguish? Why have legal theory and jurisprudence been unable to develop a theoretical criterion able of distinguishing between them? The paper aims to answer these questions by investigating the causes of the phenomenon in the history of law, starting from the observation according to which, in Roman law, *actio finium regundorum* and *rei vindicatio* could never have been confused, even though one could achieve the same result as the other.

PAROLE CHIAVE/KEYWORDS

Actio finium regundorum; rei vindicatio; diritto romano; diritto di età intermedia; diritto civile.
Actio finium regundorum; rei vindicatio; Roman Law; Middle Age Law; Civil Law.

I FONDAMENTI ROMANISTICI DEL DIFFICILE RAPPORTO TRA AZIONE DI REGOLAMENTO DI CONFINI E AZIONE DI RIVENDICAZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – PARTE I – DIRITTO ROMANO. – 2.1. La posizione della dottrina romanistica circa i diversi campi di applicazione delle azioni di regolamento di confini e di rivendicazione. Esame delle fonti gromatiche adducibili a sostegno della tesi che limita le controversie di regolamento di confini *intra quinque pedes* e riconduce le controversie petitorie *ultra quinque pedes*. – 2.2. Dalle fonti letterarie e giuridiche di età repubblicana e classica non emerge alcuna difficoltà di coordinamento tra *actio finium regundorum* e *rei vindicatio per formulam petitoriam*: esame di Cic. *de leg.* 1.21.55 e D. 10.1.8 (Ulp. 6 *opin.*). – 3.1. Il diritto romano postclassico: il rapporto tra le due azioni nelle costituzioni del Codice Teodosiano. L'abolizione del divieto di usucapione del *confinium* [CTh. 2.26.4 (a. 385)] quale origine della confusione concettuale tra le due azioni. Uno sguardo all'età giustiniana: il definitivo superamento del criterio dei *quinque pedes*. – PARTE II – ETÀ INTERMEDIA. – 4.1. Il rapporto tra *actio finium regundorum* e *rei vindicatio* nel pensiero dei Glossatori e dei Postglossatori. – 4.2. L'impatto della pubblicazione delle fonti gromatiche e delle opere della letteratura giuridica bizantina sul pensiero dei giuristi umanisti. – PARTE III – DIRITTO CIVILE. – 5.1. Regolamento di confini e rivendica nella riflessione civilistica e nella giurisprudenza della Suprema Corte: il riconoscimento dell'impossibilità di conciliare, sul piano teorico, le due azioni. – 6. Conclusione.

1. INTRODUZIONE.

L'*actio finium regundorum* e la *rei vindicatio per formulam petitoriam* nel diritto romano, come l'azione di regolamento di confini (art. 950 c.c.) e l'azione di rivendicazione (art. 948 c.c.) nel diritto civile italiano, sebbene strutturalmente diverse, possono approdare al medesimo risultato nel caso di una lite tra proprietari di fondi confinanti. Con l'azione di rivendicazione, una volta recuperato il possesso di una porzione o di tutto il fondo confinante con il proprio, si deve tracciare un nuovo confine; simmetricamente, all'esito di una azione di regolamento di confini, se il confine che i proprietari confinanti hanno chiesto di ristabilire, perché incerto, viene fissato giudizialmente lungo un percorso diverso dallo stato di fatto precedente al giudizio, è necessario aggiudicare ai proprietari confinanti le nuove porzioni di fondo, salvi i conguagli in denaro e la restituzione dei frutti percepiti all'interno dell'area oggetto di aggiudicazione (*adiudicatio*), a favore della parte privata di una porzione di terreno posseduta prima della sentenza.¹

¹ L. MAGANZANI, *Rivendica e regolamento di confini. Una distinzione problematica*, in *Rivista di diritto civile* 55.4, 2009, 476, sottolinea come, nonostante le differenze strutturali enormi tra le azioni di rivendica e di regolamento di confini, il risultato pratico di queste due azioni sia identico: in entrambe il proprietario fondiario che pretende la restituzione di una limitata striscia di terreno posseduta dal vicino, potrebbe in teoria ottenerla sia con l'azione ex 948 cc., provando di esserne il *dominus*, sia con l'azione ex 950 cc., chiedendo al giudice uno spostamento a suo favore della linea di demarcazione dei due fondi (naturalmente

Si comprende allora perché oggi l'attore sia indotto ad esercitare un'azione di regolamento di confini in luogo della rivendica, al fine di essere sollevato dall'onere probatorio; mentre il convenuto pretenda di qualificare l'azione nei termini di una rivendica, proprio per fargliene carico. Così si spiega anche la copia di pronunce della Suprema Corte,² alcune molto recenti, volte a sciogliere i dubbi inerenti la natura giuridica di una controversia nella quale siano state sollevate le questioni della incertezza di un confine (da parte dell'attore) e dell'appartenenza di una porzione di fondo confinante (da parte del convenuto).

Del resto, fin dal Medioevo, come vedremo,³ i giuristi si sono arrovelati alla ricerca di un criterio capace di distinguere sul piano teorico le due azioni, evitando le scelte arbitrarie delle parti. Tuttavia, si deve registrare il mancato raggiungimento di esiti soddisfacenti, tanto da costringere recentemente Emanuele Bilotti⁴ ad ammettere: «dovrebbe essere evidente che, a dispetto delle affermazioni ricorrenti in dottrina e di un granitico orientamento giurisprudenziale, il «tormentato problema» della distinzione tra regolamento di confini e rivendica è ben lungi dall'aver trovato una soluzione realmente appagante».

Questa affermazione suona particolarmente curiosa agli occhi di un romanista poiché, sebbene entrambe le azioni discendano dal diritto romano, da nessuna fonte giuridica o letteraria romana emerge alcuna delle problematiche di coordinamento tra le due azioni che stanno alla base delle questioni affrontate dai giuristi medievali e moderni. In altri termini, viene da chiedersi come mai il rapporto tra le due azioni continui a creare enormi difficoltà dopo secoli di raffinate riflessioni, quando invece in diritto romano nessun accenno è dedicato alla delimitazione del campo di applicazione delle due azioni: tale diversità appare un presupposto talmente pacifico da consentire al giurista Paolo di affermare che sebbene l'*actio finium regundorum* sia *in personam*, essa tuttavia sia affine alla rivendica, *pro vindicatione rei*,⁵ sulla base del presupposto che non si potesse creare alcuna confusione tra le due azioni.

Orbene, un raffronto con il diritto romano appare ai miei occhi necessario, perché generalmente si riconosce da parte degli studiosi del diritto civile che l'azione di regolamento di confini sia un 'reliquo' storico,⁶ tanto da essere stata inserita solo all'interno del Codice Civile del 1942 sul modello del BGB, peraltro come azione tipica e nominata, addirittura in

l'onere probatorio è completamente diverso, potendo il giudice ricorrere ad ogni mezzo nel regolamento di confini, fin anche alle mappe catastali). Ne consegue, nella prassi dei tribunali, un dissidio quanto mai frequente in ordine alla qualificazione dell'azione: spesso accade che il convenuto con un'azione di regolamento di confini, chieda la qualificazione dell'azione al fine di giovargli del più pesante onere probatorio che grava sull'attore in rivendica.

² *Infra*, PARTE III – DIRITTO CIVILE, § 5.1.1, nt. 119.

³ *Infra*, PARTE II – DIRITTO DI ETÀ INTERMEDIA, § 4.1.

⁴ E. BILOTTI, *Il regolamento di confini nella teoria del conflitto tra fondi*, in *Rivista di diritto civile* 2002, II, 181.

⁵ D. 10.1.1 (Paul. 23 *ad ed.*): *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est*. In particolare, nelle costituzioni inserite nel Codice Teodosiano (cfr. *infra*, § 3.1) gli imperatori si occuparono di disciplinare l'ordine nel quale dovevano essere intentate la *rei vindicatio* e la *finalis quaestio*, sul presupposto dei diversi campi di applicazione delle due azioni, che non avrebbero consentito alcuna confusione.

⁶ Così F. DE MARTINO, in *Commentario Scialoja-Branca*, Libro III *Della proprietà*, art. 950, Bologna-Roma 1976, 550, ad avviso del quale l'azione di regolamento di confini va considerata alla stregua di un reliquo storico, perché essa non assolve più al compito che aveva in diritto romano di procedere alla determinazione del confine mediante una pronuncia del giudice. Similmente, C. M. BIANCA, *Diritto civile. VI: La proprietà*, Milano 1999, 432, inquadra l'azione di regolamento di confini quale sottospecie della *rei vindicatio*, sebbene autonoma poiché non diretta al recupero del bene, quanto piuttosto alla eliminazione dello stato di incertezza sul confine.

contrasto con la natura atipica e innominata delle azioni nel sistema processual civilistico italiano.

Allora, le pagine che seguono sono volte a tentare di comprendere la causa della difficile convivenza tra azione di regolamento di confini e azione di rivendicazione; per parte mia sono convinto che essa vada ritrovata nel diritto romano e, precisamente, nell'età postclassica e giustiniana.⁷ A fronte del mantenimento dell'*actio finium regundorum* in età tardo antica e della sua recezione in età giustiniana all'interno del *Corpus Iuris*, essa venne privata della sua base materiale rappresentata del *confinium* della larghezza di cinque piedi, inusucapibile in diritto romano, fin dalle XII Tavole.

Orbene, il venire meno di questo presupposto – che rappresenta, a mio avviso, anche l'unico criterio (puramente materiale) di distinzione del campo di applicazione tra *rei vindicatio* e *actio finium regundorum* – ha determinato le difficoltà di coordinamento tra le due azioni, le quali in diritto romano non confliggevano semplicemente perché i loro presupposti applicativi erano del tutto diversi e incompatibili.⁸ A ragionare in termini puramente teorici, anche nel diritto romano l'attore avrebbe avuto interesse ad impostare una lite volta al recupero del bene come *actio finium regundorum* per sottrarsi all'onere probatorio, come spesso oggi accade; tuttavia, ciò non sarebbe stato possibile e il pretore avrebbe necessariamente denegato l'*actio finium regundorum*, costringendo l'attore ad agire con la *rei vindicatio* se egli avesse voluto recuperare il bene posseduto dal convenuto; destinando l'*actio finium regundorum* ai soli casi di ripristino di confini tra fondi, divenuti incerti.

Per tentare, allora, di comprendere perché il rapporto tra *actio finium regundorum* e *rei vindicatio* non presentasse alcun profilo problematico in diritto romano, mentre queste due identiche azioni, sebbene derivate dal diritto romano classico, oggi sembrano addirittura indistinguibili, tenterò di risalire al criterio differenziale tra le due azioni, a mio avviso abbastanza chiaramente desumibile dal quadro complessivo derivante dall'esame delle fonti giuridiche, gromatiche e letterarie di età repubblicana e classica. Lo studio degli sviluppi tardo antichi e giustinianeî rivelerà il venir meno di quei presupposti materiali che, da una parte consentivano una netta distinzione tra queste due azioni nel diritto romano classico e, dall'altra determinarono i conflitti e le sovrapposizioni che si registrano nel pensiero dei giuristi medievali e i vani tentativi di trovare oggi criteri teorici capaci di distinguere in ogni caso le due azioni.

⁷ *Infra*, PARTE I – DIRITTO ROMANO, § 2.2.

⁸ Non ritengo, infatti, che possa avere in alcun modo influito sulle difficoltà di coordinamento tra le due azioni la diversa struttura formulare, poi venuta meno in conseguenza dell'abolizione delle *formulae*. Infatti, benché le due azioni fossero diversissime – da un lato la rivendica *in rem* a tutela della proprietà, dotata di clausola restitutiva, caratterizzata dalla *probatio diabolica* in capo all'attore e alla quale era legittimato passivamente solo il possessore; dall'altro lato l'*actio finium regundorum* caratterizzata da formula con *adiudicatio* ed eventuale *condemnatio*, *iudicium duplex* come i giudizi divisorî e nella quale, anche in mancanza di assolvimento dell'onere probatorio delle parti, il giudice avrebbe dovuto decidere in base a *monumenta* o rilevanze mappali – le due azioni, dicevo, nel diritto romano classico assolvevano alla medesima funzione e pervenivano al medesimo risultato: (1) l'attore vittorioso in una rivendica nella quale il convenuto non avesse pagato la *litis aestimatio* avrebbe recuperato il possesso di una porzione di terreno confinante, precedentemente posseduta dal convenuto; di conseguenza, sarebbero stati tracciati nuovi confini; (2) in esito ad una *actio finium regundorum* le parti avrebbero ottenuto il tracciamento di nuovi confini e anche l'*adiudicatio* in piena proprietà (e conseguente diritto di possedere) di quelle porzioni di terreno risultanti all'esito del nuovo tracciamento dei confini. Come conseguenza di entrambe le azioni, insomma, oltre ad un nuovo confine si sarebbe concretizzato anche un nuovo assetto del territorio, per effetto della nuova misurazione dei fondi da parte dei *mensores*, misurazione che sarebbe intervenuta in entrambi i casi.

PARTE I – DIRITTO ROMANO

2.1. LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA ROMANISTICA CIRCA I DIVERSI CAMPI DI APPLICAZIONE DELLE AZIONI DI REGOLAMENTO DI CONFINI E DI RIVENDICAZIONE. ESAME DELLE FONTI GROMATICHE ADDUCIBILI A SOSTEGNO DELLA TESI CHE LIMITA LE CONTROVERSIE DI REGOLAMENTO DI CONFINI *INTRA QUINQUE PEDES* E RICONDUCE LE CONTROVERSIE PETITORIE *ULTRA QUINQUE PEDES*.

L'unica fonte che esplicitamente sembra occuparsi del rapporto tra l'*actio finium regundorum* e la *rei vindicatio*, nel diritto romano classico, è un famoso passo della letteratura gromatica, proveniente dal più antico dei *gromatici veteres*, Frontino:⁹

Front., *De contr.* (Lach. 11.3-13-4 = Thul. 4.21-5.15): *De rigore controversia est finitimae condicionis, quotiens inter duos pluresve terminos ordinatos sive quae alia signa secundum legem Mamiliam intra quinque pedes agitur. De fine similis est controversia [nec dubium est quin supra de finis condicione dixerim]; nam et eadem lege continetur et de quinque pedum agitur latitudine, sed de fine, quidquid per flexus, quibus arcifinii agri continentur, ut per extrema «arui aut promuntoria aut summa montium aut fluminum cursus aut locorum natura» agitur quam supercilium appellant. De loco controversia est, quidquid excedit supra scriptam latitudinem, cuius modus a[d] petente[m] non proponitur. haec autem controversia frequenter in arcifiniis agris variorum signorum demonstrationibus exercetur ...*

Dal testo emerge una generale bipartizione delle liti nelle quali potevano intervenire i mensori: le controversie *de rigore* e *de fine* – a seconda che la fascia di confine fosse retta, come accadeva per gli *agri centuriati*,¹⁰ o flessa, come accadeva per gli *agri*

⁹ BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, Verona-Padova 1897, 70 s., ricorda che Sesto Giulio Frontino, attivo tra il 40 e il 103 d.C., è stato autore del più antico manuale di agrimensura, scritto sotto Domiziano e paragonato per diffusione alle Istituzioni di Gaio. Il trattato di Frontino venne commentato dai successivi agrimensori, come accade alle opere cui viene riconosciuto maggiore pregio. Un profilo biografico di Frontino e degli altri agrimensori romani è tracciato da: K. VON LACHMANN, *Ueber Frontinus, Balbus, Hyginus und Aggenus Urbicus*, in F. BLUME, K. LACHMANN, TH. MOMMSEN, A. RUDORFF, *Die Schriften der römischen Feldmesser, Zweiter Band Erläuterungen und Indices*, Berlin 1852, 97-142; R. DE CATERINI, "Gromatici veteres". *Piccola storia della tecnica e dei tecnici dell'antica Roma*, Roma 1966, 59 ss. Per un'analisi dello stato dei manoscritti attraverso i quali sono pervenute le opere degli agrimensori, rinvio a M. CANTOR, *Die römischen Agrimensoren und ihre Stellung in der Geschichte der Feldmesskunst. Eine historisch-matematische Untersuchung*, Leipzig 1875, 1-237; B. CAMPBELL, *Shaping the rural environment surveyors in ancient Rome*, in JRS 86, 1986, 75 ss. In questo lavoro citerò i passi degli agrimensori avvalendomi delle tradizionali edizioni critiche curate da Lachmann e Thulin, in attesa di una nuova edizione del C.A.R. annunciata da L. TONEATTO, *Codices artis mensoriae. I manoscritti degli antichi opuscoli latini d'agrimensura (V-XIX sec.)*, 3 voll., Spoleto, 1994-1995. Quanto all'impatto che la pubblicazione delle opere dei *gromatici* ebbe sulla riflessione dei giuristi umanisti, cfr. PARTE II – DIRITTO DELL'ETÀ INTERMEDIA, § 4.2. La destinazione didattica delle opere degli agrimensori romani è sostenuta da: A. VON RUDORFF, *Gromatiche Institutionen*, in F. BLUME, K. LACHMANN, TH. MOMMSEN, A. RUDORFF, *Die Schriften der römischen Feldmesser, Zweiter Band cit.*, 227-464; M. VINCI, *Fines regere. Il regolamento di confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano 2004, 52 ss., con un puntuale riepilogo delle tesi sostenute in dottrina e degli argomenti addotti per sostenerle.

¹⁰ Delimitati tramite la *centuriatio*, sulla quale vd.: G. APRILE, *L'actio finium regundorum. Studio sulla storia del diritto romano*, Roma 1901, 9 ss.; E. FABRICIUS, s.v. *Limitatio*, in PWRE 25, 1926, coll. 672-701; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1. *La proprietà*, Roma 1926, 277 e 329; E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane* IV.21, Roma 1953, s.v. *limes*, 1075 ss.; ID., *Dizionario epigrafico di*

*arcifinii*¹¹ – entrambe le quali attengono ad uno spazio *intra quinque pedes*, secondo le prescrizioni della *lex Mamilia*.¹²

Sulla base di quanto apprendiamo da Cicerone,¹³ questa legge aveva ribadito la misura decemvirale di *quinque pedes* del *finis*,¹⁴ estendendola anche agli *agri arcifinii* e aveva, inoltre,

antichità romane IV.44, Roma 1964, s.v. *limitatio*, 1379 ss.; M. TALAMANCA, s.v. *Catasto (storia)*, in Enc. Dir. 6, 1960, 479 ss.; A. PIGANIOL, *Signification juridique des documents cadastraux conservés par l'épigraphie et l'archéologie*, in *La scienza del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966, 155 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, Milano 1976, 81 ss.; E. GABBA, *Per un'interpretazione storica della centuriazione romana*, in *Misurare la terra: centuriazione e coloni nel mondo romano*, Modena 1989, 20 ss. Di recente: U. VINCENTI, *Il fondamento materiale della centuriazione: l'idea romana di res*, in *Agri Centuriati. An International Journal of Landscape Archaeology* 1, 2004, 23 ss.; M. VINCI, *Fines regere. Il regolamento di confini dall'età arcaica a Giustiniano* cit., 16 ss., con ampi riferimenti anche alla *divisio per strigas et scamna (limitatio)*, e 22 ss. Con riferimento alla *limitatio* e alla conseguente *adsignatio* dei fondi così individuati, vd.: PIKULSKA-ROBASZKIEWICZ, *Le règlement des contestations relatives aux limites en droit romain*, Łódź 1993, 12 ss.

¹¹ L'*ager arcifinius* era caratterizzato dalla mancanza di una misurazione ufficiale ed era privo, perciò, di confini risultati da mappe (*formae*): Front., *De agr. qualit.* (Lach. 5.6 = Thul 2.8): *ager qui nullam mensuram*. Mentre, secondo la definizione di Sicul. Flacc., *De condic. agror.* (Lach. 138.4 = Thul. 102.1): *occupatorii autem dicuntur agri quos quidam arcifinales vocant, quibus agris victor populus occupando nomen dedit*. In letteratura vd.: G. APRILE, *L'actio finium regundorum* cit., 7 ss.; A. PIKULSKA-ROBASZKIEWICZ, *Le règlement des contestations relatives aux limites en droit romain* cit., 17 ss., la quale ricorda che i confini degli *agri arcifinii* erano naturali, come colline, rocce, alberi, rivi d'acqua, essi erano inoltre *occupatorii* perché potevano anche essere occupati da parte di singoli privati, per concessione di un magistrato competente; VINCI, *Fines regere* cit., 22 ss.

¹² Sulla *lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia* vd.: C.G. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*³, Turbingae 1776, 105-106; TH. VON MOMMSEN, *Ueber die lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia*, in F. BLUME, K. LACHMANN, TH. MOMMSEN, A. RUDORFF, *Die Schriften der römischen Feldmesser, Zweiter Band* cit., 221-226; A.F. RUDORFF, *Ueber die sogenannte lex Mamilia*, in ZGR IX, 1839, 379 sg.; P. DE TISSOT, *Etude historique et juridique sur la condition des agrimensores dans l'ancienne Rome*, Paris 1879, 164 ss.; G. APRILE, *L'actio finium regundorum* cit., 26 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. II. Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess. I. Privatrecht*, Leipzig 1901, 461; G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Milano 1912, 388 s., il quale data la legge al 59 a.C.; T. HINRICHS, *Die Geschichte der gromatischen Institutionen. Untersuchungen zu Landverteilung, Landvermessung, Bodenverwaltung und Bodenrecht im römischen Reich*, Wiesbaden 1974, 186 ss., il quale data la legge al 110 a.C.; A. PIKULSKA-ROBASZKIEWICZ, *Le règlement des contestations* cit., 33 ss., secondo l'autrice la legge avrebbe disciplinato anche i principi della posa dei cippi e la loro protezione, sulla base dell'inciso '*ut legis Mamiliae commemorationem habeant*' (Lach. 144.18 s. = Thul. 108.19 s.); D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik: Text und Kommentar, in zusammenarbeit mit Stephan von der Laehr*, Darmstadt 1994, 160 s.; M. VINCI, *Fines regere* cit., 26 ss., ricorda che fu per effetto della *lex Mamilia* che il *confinium* dell'estensione di cinque piedi, presente nei soli *agri limitati* alla luce della disciplina decemvirale, venne esteso anche agli *agri arcifinii*.

¹³ Si tratta di Cic. *de leg.* 1.21.55-56, sul quale vd. *infra*, § 2.2.

¹⁴ Sul *finis* (o *confinium*, o anche *limes*, segni analizzati da: G. APRILE, *L'actio finium regundorum. Studio sulla storia del diritto romano* cit., 10; A. PIKULSKA-ROBASZKIEWICZ, *Le règlement des contestations relatives aux limites en droit romain* cit., 22) dei fondi rustici quale fascia di terreno larga cinque piedi – 2,5 per fondo – inusucapibile, non coltivabile e utile sia al passaggio o all'ingresso al fondo (specie per gli *agri limitati*), sia al *circumactus aratri*, vd.: L. BOVE, s.v. *finis*, in NNDI VII, Torino 1957, 369 s.; A. PIKULSKA-ROBASZKIEWICZ, *Le règlement des contestations relatives aux limites en droit romain* cit., 22; M. VINCI, *Fines regere* cit., 142 ss., pagine nelle quali l'autore confuta efficacemente la tesi sostenuta da G. POLARA, *Le controversie de fine. Strutture, ars e diritto nella pratica agraria romana. Corso di Diritto Romano – Anno Accademico 1990-91*, Ragusa 1990, 108 ss., il quale nega che il confine avesse una larghezza di cinque piedi e crede che questa

ridotto i tre arbitri, che sempre secondo le disposizioni decemvirali avrebbero dovuto giudicare nelle liti confinarie, ad uno solo.

Mentre la *controversia de loco* aveva per oggetto ogni *petitio* eccedente il sopradetto limite.

Ora, data l'incontestata identificazione del *finis* di cui parlano i gromatici con il confine e del *locus* con una porzione di *fundus*, la dottrina largamente maggioritaria¹⁵ ha sovrapposto il binomio gromatico *controversia de fine-controversia de loco* sulla coppia *actio finium regundorum-rei vindicatio*, specialmente dopo la definitiva confutazione di una tesi in passato sostenuta in dottrina, secondo la quale anche le controversie *de loco* dovessero essere riportate all'interno delle liti per il regolamento di confini.¹⁶

misura fosse presente nelle opere gromatiche per individuare l'oggetto della *controversia de fine* o *de rigore*, non l'ampiezza del confine in sé. Successivamente alla monografia di Massimiliano Vinci, G. POLARA, *Rec. di M. Vinci, Fines regere* cit., in IVRA 55, 2004-2005, 325 s., ha sostenuto che il limite di cinque piedi fosse un limite massimo del confine. In termini dubitativi si era espresso R. LEONHARD, *s.v. «Finis»*, in PWRE VI.2, Stuttgart 1909, coll. 2325 ss., ma senza confrontarsi con il punto di vista di O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit., 459, il quale riteneva che la misura di cinque piedi consistesse in una *latitudo*, considerata come linea di confine e, appunto, spessa 2,5 piedi per ogni lato di campo. I dubbi degli studiosi del diritto romano rispecchiano i dubbi che dovettero agitare i giuristi romani in ordine alla corretta interpretazione della *lex Mamilia*, stando ad un passo di Agennio Urbico, il quale espone una *non pusilla quaestio* che era sorta tra i *iuris periti* e che aveva avuto ad oggetto proprio l'ampiezza del *finis*. Essa, stando alla testimonianza dell'agrimensore, venne risolta riconoscendo che il *finis* dovesse essere calcolato misurando 2,5 piedi per lato di fondo, arrivando ad una larghezza complessiva di cinque piedi: Agenn. Urb., *De contr. agr.* (Lach. 66.11-21 = Thul. 27.1-11): *De fine subtilior exigitur disputatio, quae a rigore nullo modo distat nisi specie. De quibus est diligentius disputandum: quotiens enim de fine aut de rigore dicimus, non pusilla quaestio oritur, una enim pluresue lineas sentiamus; ne praeterea lex Mamilia fini latitudinem praescribat. de qua lege iuris periti adhuc habent quaestionem, neque antiqui sermonis sensus proprie explicare possunt, quini pedes latitudinis dati sint, an in tantum quinque. vide[n]tur tamen his, quinque pedum esse latitudinem ita ut dupondium et semissem una quaeque pars agri finem pertinere patiatur.*

¹⁵ G. BROGGINI, *Regolamento di confini. Diritto romano*, in NNDI 1967, 3-32 (paginazione dell'estratto), 18 ss.; L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma 1997, 115 ss.; EAD., *Rivendica e regolamento di confini. Una distinzione problematica* cit., 482 nt. 22; M. VINCI, *Fines regere* cit., 65 ss. e 443, il quale adduce il seguente passo di Igino a sostegno della tesi secondo la quale le controversie *de loco* fossero quelle nelle quali venivano in rilievo i titoli di acquisto del possesso contestato, come l'usucapione: Hyg., *De gen. contr.* (Lach. 130.1-1 = Thul. 93.5-15): *constabit tamen rem [sc. controversia de loco] magis esse iuris quam nostri operis, quoniam saepe usu capiuntur loca quae in biennio possesa fuerint ... argumentum itaque prudentiae est quam professionis*, sebbene lo studioso non escluda che gli agrimensori potessero intervenire anche nelle *controversiae de loco*. Cfr. da ultima C. MÖLLER, *Il regolamento di confini, in 'XII Tabulae'. Testo e commento*, a cura di M.F. Cursi, I, Napoli 2018, 472 ss. Le questioni che si dibattono intorno alla struttura formulare dell'*actio finium regundorum* e, specialmente, attorno alla natura costitutiva e non dichiarativa, nonché alla normalità e non eccezionalità dell'*adiudicatio* in diritto classico (e, correlativamente, alla natura di strumento di riequilibrio dei rapporti obbligatori nascenti dal giudizio di regolamento di confini della *condemnatio*), vd.: M. KASER, *Adiudicare bei der actio finium regundorum und bei den Vindikationen*, in *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae*, a cura di H. Ankum, R. Feenstra, W.F. Leemans, I, Leiden 1968, 86 ss.; R. KNÜTEL, *Die actio finium regundorum und die ars gromatic*, in *Die römische Feldmefskunst. Interdisziplinäre Beiträge zur ihrer Bedeutung für die Zivilisationsgeschichte Roms*, a cura di O. Behrends, L. Capogrossi Colognesi, Göttingen 1992, 287 ss.; A. PIKULSKA-ROBASZKIEWICZ, *Le règlement des contestations relatives aux limites en droit romain* cit., 39 ss.; M. VINCI, *Fines regere* cit., 273 ss., 351 ss.; G. POLARA, *Rec. di M. Vinci, Fines regere* cit., 334 ss.

¹⁶ Si deve a G. BROGGINI, *Regolamento di confini* cit., 17, una radicale critica alla tesi, in passato sostenuta in dottrina, secondo la quale le *controversiae de loco* andavano risolte con l'*actio finium regundorum*; in questo senso si erano espressi: A. RUDORFF, *Ueber die Gränzscheidungsklage*, in *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft* X, 1842, 374 ss.; O. KARLOWA, *Geschichte der actio finium regundorum*, in *Beiträge zur*

Anche se non senza perplessità e sfumature – derivanti da un certo scetticismo sempre serpeggiante in dottrina circa l'attendibilità delle fonti gromatiche sul piano giuridico e dal fatto che nelle fonti gromatiche si trovano altre classificazioni delle *controversiae agrorum*¹⁷ – gli studiosi del diritto romano tendono comunemente ad ammettere che le *controversiae de fine* e *de rigore* fossero risolvibili attraverso lo strumento dell'*actio finium regundorum*, mentre le *controversiae de loco* attraverso gli interdetti possessori o la rivendica.

Del resto, anche in diritto romano si poneva la medesima questione che in apertura ho descritto per il diritto civile. Come è stato bene messo in luce,¹⁸ infatti, benché le strutture formulari dell'*actio finium regundorum* e della *rei vindicatio* fossero completamente diverse tra loro, tuttavia, in entrambi i casi la pronuncia del giudice implicava l'accertamento dell'estensione dei rispettivi *dominii* e il conseguente tracciamento di nuovi confini.

Di qui la necessità, anche per il diritto romano, di rintracciare un criterio capace di distinguere il reciproco campo di applicazione delle due azioni. Sebbene accolto da diversi studiosi,¹⁹ non tutti ritengono valido il criterio puramente materiale, consistente nella misura dei cinque piedi, attestato da Frontino nel passo sopra riportato, ai sensi del quale sarebbe stato l'oggetto materiale della lite ad orientare la natura giuridica della controversia: se oggetto della lite fosse stato il ripristino di una linea di confine all'interno della striscia di cinque piedi (misura del *confinium* romano) la lite si sarebbe dovuta impostare nei termini di una *actio finium regundorum*; anche perché, aggiungo, essendo questa striscia di terra inusucapibile, su di essa non si sarebbe potuta avanzare alcuna pretesa da parte di alcun attore: ed infatti l'*actio finium regundorum* era un *iudicium duplex*.

Al contrario, se la lite avesse ecceduto tale misura (*quidquid excedit supra scriptam latitudinem*) sarebbe stato considerato prevalente il profilo del recupero di porzioni di fondo confinanti occupate illegittimamente, mentre la nuova regolazione dei confini sarebbe dovuta intervenire solo come conseguenza ulteriore e la lite si sarebbe dovuta impostare come un giudizio petitorio (con la *rei vindicatio*) o possessorio (per mezzo degli interdetti).

Geschichte des Römischen Civilprozesses, Bonn 1865, 141-162; V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari. II. In tema di adiudicatio*, in BIDR 32, 1922, 48 ss., paginazione seguita (= *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1974, 16 ss.); M. TALAMANCA, *s.v. Confini (regolamento di)*, in Enc. Dir. 8, 1961, 956. Un riepilogo della questione, con valutazione critica delle varie opinioni dottrinali in A. PIKULSKA, *L'object de l'action finium regundorum*, in RHDfE 68, 1990, 37 ss.; L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano* cit., 116 nt. 3.

¹⁷ Le quali sarebbero quindici secondo Frontino e sei secondo Igino, sul punto vd.: BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani* cit., 193 ss.; G. APRILE, *L'actio finium regundorum. Studio sulla storia del diritto romano* cit., 14 ss.; M. SARGENTI, *s.v. Controversiae agrorum*, in NNDI IV, Torino 1957, 737 ss. Le *controversiae agrorum* descritte da Frontino e Igino sono intese da G. POLARA, *Le controversie de fine* cit., 65 ss., come 'schemi di conflitti' che non necessariamente avevano uno sbocco processuale. Esse, continua lo studioso, sono peraltro perfettamente compatibili con i due tipi di *materiae controversiarum*, le *controversiae de fine* e *de loco*, alle quali tutte le controversie agrarie si possono riportare, come ricorda Front., *De contr. agr.* (Lach. 9.2 = Thul. 4.1): *materiae controversiarum sunt duae, finis et locus*.

¹⁸ L. MAGANZANI, *Rivendica e regolamento di confini* cit., 482, sottolinea che anche in diritto romano per l'attore sarebbe stato più conveniente agire con l'*actio finium regundorum*, perché così facendo si sarebbe sottratto all'onere probatorio che incombeva sull'attore della *rei vindicatio*.

¹⁹ Cfr., a titolo di esempio: B. BRUGI, *s.v. Controversiae agrorum*, in NDI II, Torino 1938, 166 (= *s.v. Controversiae agrorum*, in DI, 8.3, Torino 1898-1900, 552); A. PIKULSKA, *L'object de l'action finium regundorum* cit., 42; L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano* cit., 115 ss.; EAD., *Rivendica e regolamento di confini* cit., 481 ss.; EAD., *L'expertise judiciaire des arpenteurs romains. Ordo mensurarum et controversiae agrorum*, in *Faire la preuve de la propriété. Droits et savoirs en Méditerranée (antiquité – temps modernes)*, a cura di J. Dubolouz, A. Ingold, Collection de l'École française de Rome, Roma 2012, 65 ss.; G. POLARA, *Rec. di M. Vinci, Fines regere* cit., 339 s.

Tuttavia, come accennavo, il suddetto criterio materiale non ha convinto specialmente Gerardo Brogginì,²⁰ al quale si deve la prima trattazione organica della questione. Secondo questo studioso, infatti, specialmente per gli *agri arcifinii* i cui *termini* erano rappresentati normalmente da elementi naturali,²¹ il tracciamento di una nuova linea di confine poteva anche eccedere il limite dei cinque piedi, pur rimanendo all'interno del regolamento di confini. Pertanto, per distinguere i campi di applicazione di *actio finium regundorum* e *rei vindicatio* si sarebbe dovuto guardare non tanto all'elemento materiale dell'estensione della linea di confine, quanto piuttosto alla domanda delle parti: se queste avessero chiesto di accertare un tracciato controverso o incerto di un confine, saremmo stati in presenza di una controversia *de fine*, anche se il giudice avesse stabilito il nuovo tracciato del confine al di là dello spazio di cinque piedi che era stato usato come confine prima della sentenza.

Mentre, se le parti avessero fatto valere i loro titoli di proprietà su di un territorio di cui chiedevano di rientrare nel possesso, saremmo stati in presenza di una *controversia de loco*. Naturalmente, qui Brogginì non dice (né potrebbe) "se anche la controversia fosse stata *intra quinque pedes*", perché il *finis* di cinque piedi non poteva formare oggetto di alcuna pretesa individuale.

La conclusione dello studioso è che quando gli agrimensori parlano della misura di cinque piedi come criterio di distinzione tra controversia *de fine* e *de loco*, non si riferiscono alla sentenza, bensì alla domanda. Anche perché solo in esito al processo si sarebbe potuto capire se il nuovo tracciato era compreso dentro i cinque piedi o meno, con la conseguenza di non potere stabilire con certezza prima della conclusione della *litis contestatio* se la controversia si sarebbe dovuta incardinare con un'*actio finium regundorum* o con una *rei vindicatio*.

La tesi di Brogginì²² è stata sottoposta di recente ad una rilettura critica da parte di

²⁰ G. BROGGINI, *Regolamento di confini* cit., 20.

²¹ I *termini* erano i segni di confine, carichi di significati religiosi (come dimostra il rito dei *Terminalia* dedicato al dio *Terminus*) e sociali (atteso che ai riti dovevano attendere insieme i proprietari confinanti), che sono approfonditi da G. PICCALUGA, *I segni di confine nella religione romana*, Roma 1978, 97-325; M. VINCI, *Fines regere* cit., 229 ss.; G. DE SANCTIS, *La logica del confine. Per un'antropologia dello spazio nel mondo romano*, Roma 2015; L. GAROFALO, *Confini e termini. Radici arcaiche di regimi attuali*, in *Certezza de diritto e fondamenti del diritto europeo*, a cura di G. Falcone, Torino 2025, 107 ss. L'abusivo spostamento o la dolosa rimozione dei *termini* avrebbe configurato il *crimen de termino moto*, al quale sono dedicati il titolo 47.21 del Digesto intitolato *De termino moto*, il titolo 13.3 della *Collatio* intitolato *de termino amoto*, nonché altre fonti giuridiche (D. 10.1.4.4 (Paul. 23 *ad ed.*), Paul. Sent. 5.22.2. Su questo crimine cfr.: R. TAUBENSCHLAG, *s.v. Terminus motus*, in PWRE 5, A.1, Stuttgart 1934, coll. 784-785; P. VAN WARMELO, 'Crimen termini moti', in *Études offerts à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, 671 ss.; O.A.W. DILKE, *The Roman Land Surveyors. An Introduction to the Agrimensores*, London 1971, 98 ss., paginazione seguita (= *Gli agrimensori di Roma antica*, Bologna 1979, 28 ss.); G. MACCORMACK, *Terminus motus*, in RIDA 26, 1979, 239 ss.; G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in ANRW 14.2, Berlino-New York, 1982, 781, paginazione seguita (= *Scritti giuridici scelti* II, Napoli 1985, 653-720). La disciplina arcaica del crimine è descritta da G. APRILE, *L'actio finium regundorum. Studio sulla storia del diritto romano* cit., 18 ss.; R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 142 ss., il quale ricorda che Numa istituì il culto del dio *Terminus* il 23 febbraio, l'ultimo giorno dell'anno del calendario romano di quei tempi, attribuendo a *Terminus* il compito di custodire non solo gli spazi (*termini*) pubblici e privati, ma anche il tempo. Anche P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Romae 1959, 244, è dell'avviso che *Terminus* avrebbe avuto il compito di proteggere la terra, piuttosto che di delimitarla. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 9, precisa che una legge del re Numa puniva la rimozione con l'aratro delle pietre di confine tra i fondi, comminando la qualifica di *homo sacer* e la confisca dei buoi al dio *Terminus*.

²² Di recente abbracciata anche da M. VINCI, *Fines regere* cit., 389 ss., 400 ss., 404, 406, 409 ss., secondo

Lauretta Maganzani la quale, attraverso l'opportuno richiamo ad altre fonti gromatiche, ha ribadito l'idea che il criterio materiale indicato della misura del *confinium* avrebbe guidato anche i giuristi, in ordine alla distinzione tra *actio finium regundorum* e *rei vindicatio*.²³

Per prima cosa, la studiosa ha giustamente confutato l'idea che prima della sentenza non si sarebbe potuto sapere se il nuovo tracciato sarebbe stato compreso dentro i *quinque pedes*, richiamando in questo senso la funzione della *controversia de positione terminorum*, la cui natura "*anticipalis*"²⁴ rispetto ad ogni altra controversia – sia *de fine* sia *de loco* – sarebbe servita proprio a determinare da parte di un agrimensore il percorso del nuovo confine. Così si sarebbe stabilito se esso superava o meno i cinque piedi rispetto al precedente stato di fatto, in modo da permettere di impostare correttamente la *controversia* come relativa al *locus* (nel primo caso) ovvero al *finis* (nel secondo):²⁵

Front., *De contr. agr.* (Lach. 10.1-2; Thul. 4.11-18): *De positione terminorum controuersia est inter duos pluresue uicinos: inter duos, an rigore sit ceterorum siue ratione[s]; inter plures, trifinium faciat an quadrifinium. De horum positione cum constitit mensori, si secundum proximi temporis possessionem non conueniunt, diuersas attiguis possessoribus faciunt controuersias, et ab uno integro alius forte de loco alius de fine litigat.*

Agenn. Urb.,²⁶ *De contr. agr.* (Lach. 65.19-66 = Thul. 26.11-21): *Omne genus controuersiarum ex quadam materiali bipertitione generatur. constat autem haec bipertitio aut in fine aut in loco; non sine illa controuersia quae de positione terminorum praescribitur ... quoniam singulariter omnium litium anticipalis existit, et si querella eius ad solum descendit, desinunt controuersia esse de positione terminorum: finis enim incipit esse aut loci.*

Ai miei fini, conta segnalare che nessuno spazio sembra residuare alla scelta dell'attore in ordine all'azione da intentare: sarebbe stata la rilevazione della posizione dei *termini* originari

il quale solo per le *controversiae de rigore* si sarebbe potuta ammettere una lite *intra quinque pedes*, mentre per tutte le altre fattispecie di regolamento di confini, la differenziazione tra *controversia intra quinque pedes* e *controversia de quinque pedibus* avrebbe alluso al confine, indipendentemente dalla distanza di esso rispetto alla linea di confine finora rispettata: per cui, nella scelta dell'azione, non avrebbe avuto alcun rilievo la misura dello spostamento, quanto piuttosto la richiesta della fissazione del confine medesimo.

²³ Secondo il convincente avviso di L. MAGANZANI, *Rivendica e regolamento di confini. Una distinzione problematica* cit., 483 e 488, in diritto classico l'*actio finium regundorum* sarebbe stata esperibile quando le parti, pur concordando sulla posizione dei cippi terminali erano incerte sul percorso completo del confine di cinque piedi che divideva i loro fondi; mentre la *rei vindicatio* si sarebbe potuta esperire quando una parte, contestando la collocazione attuale dei termini, ne pretendeva lo spostamento affermando la titolarità della superficie intermedia. Simile la posizione di: F.T. HINRICHS, *Zur geschichte der Klage finium regundorum. Eine controverse mit Rolf Knütel*, in ZSS 111, 1994, 242 ss.; G. POLARA, *Le controversie de fine* cit., 26 ss. e 132 ss.

²⁴ Per questa qualifica della *controversia de positione terminorum*, cfr. i passi del *De controversiae agrorum* di Agennio Urbico, citati più avanti nel testo, p. 226.

²⁵ Sulla natura *anticipalis* della *controversia de positione terminorum*, in dottrina, cfr.: G. CHOUQUER, F. FAVORY, *Les arpenteurs romains. Théorie et pratique*, Paris 1992, in *Histoire & Sociétés Rurales* 1, 1994, 241; L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano* cit., 120 ss.; M. VINCI, *Fines regere* cit., 71 ss.; G. POLARA, *Rec. di M. Vinci, Fines regere* cit., 321; ID., *Le controversie de fine* cit., 45 s.; A. BURDESE, *Rec. di M. Vinci, Fines regere* cit., in SDHI 72, 2006, 509 ss.

²⁶ Per riferimenti bibliografici su Agennio Urbico, gromatico di età costantiniana e commentatore di Frontino, cfr. gli studiosi citati *supra*, nt. 9.

da parte degli agrimensori e il calcolo della loro distanza – se *intra* o *ultra quinque pedes* – da quelli oggetto di contestazione, a determinare se la lite si sarebbe dovuta incardinare con l'*actio finium regundorum* (*controversia de fine* o *de rigore*) ovvero con la *rei vindicatio* o un interdetto possessorio (*controversia de loco*). In particolare, dal passo di Frontino mi pare emerga chiaramente come la individuazione della lite dipenda dal percorso del confine rispetto allo stato originario dei luoghi, la cui individuazione avrebbe potuto dare luogo per alcuni proprietari confinanti ad una *controversia de fine* per altri ad una *controversia de loco*, senza che sul punto incidesse in alcun modo la scelta delle parti su quale azione scegliere.

E sempre ponendoci in quest'ottica si può spiegare anche il senso di un altro passo di Agennio Urbico, nel quale si affronta la questione di cosa sarebbe accaduto se a giudicare in qualità di arbitri fossero stati dei *mentores* in relazione ad una lite che, tuttavia, presentava una misura maggiore di quella che avrebbe legittimato l'*actio finium regundorum*.

Agenn. Urb., *De contr. agr.* (Lach. 74, 19-28 = Thul. 33,18-25): ... *solent quidam per inprudentiam mentores arbitros conscribere aut sortiri iudices finium regundorum causa, quando in re praesenti plus quidem quam de fini[um] regundo<rum> agatur. Si<c> fit ut pos<t> sent<ent>ia inritum sit et rescindi possit, quod aut iudex aut arbiter pronuntiaverint, neque ullum commissum faciat qui sententia<m> non sit secutus, quando de alia re iudicem aut arbitrum sumpserint.*

Per cominciare, mi pare che nell'inciso '*plus quam de fini[um] regundo<rum> agatur*' non si possa non scorgere un implicito riferimento alla misura dei cinque piedi, che rappresentava anche il limite massimo entro il quale poteva essere intentata un'*actio finium regundorum*; inoltre, in un caso del genere la relativa sentenza sarebbe stata da considerare *inrita*, si sarebbe potuta *rescindere* e disattendere. Ora, come giustamente rileva Lauretta Maganzani, se la scelta dell'azione fosse stata rimessa alla parte non si sarebbe potuto ipotizzare un caso di sentenza *inrita*, perché emessa all'esito di una controversia impostata erroneamente.²⁷

Un altro passaggio dell'opera di Agennio Urbico, dedicato anch'esso alla *controversia de positione terminorum*, mi pare che possa essere addotto al fine di escludere che le parti potessero scegliere quale azione intentare, modulando la domanda ora in una richiesta di ripristino di confini divenuti incerti, ora in una richiesta di restituzione di terreno proprio posseduto illegittimamente dal vicino:

Agenn. Urb., *De contr. agr.* (Lach. 71, 20-31 = Thul. 30,16-21): *Si uero in alio loco terminus translatus est usurpandi finis causa, numquam non utique locum desicauit: non enim cito quisquam propter exiguam partem terminum mouet. erit inprudencia mentoris secundum angulorum finitimorum positionem arbitrari, in quantum sit terminus translatus et qua ratione sit in locum suum restituendus. Facillimum est inperitia<m> artificis aliusve retundere non putant<is> rationem inesse ordini: nam et frequenter evenit, ut inperitia mentorum [an]audacia<m> possessoribus praebeat.*

Agennio Urbico lamentava il tentativo di usurpare porzioni di fondo altrui da parte di quei possessori confinanti i quali traslavano il termine *in alio loco*; sarebbe stato affidato alla perizia degli agrimensori comprendere – sulla base della posizione degli angoli dei confini – di quanto il *terminus* era stata spostato e per quale ragione il segno di confine da restituire si trovasse proprio in quel punto.

Non sempre, tuttavia, i mentori mostravano la dovuta perizia. Un altro caso di imperizia

²⁷ L. MAGANZANI, *Rivendica e regolamento di confini* cit., 485.

deplorata dal gromatico nella individuazione dei cippi di confine²⁸ viene rintracciato in una simile fattispecie nella quale i possessori potevano manifestare la propria *audacia*, ancora una volta a mio avviso, da leggere quale tentativo di usurpazione nel contesto delle finalità perseguite della *controversia de positione terminorum*, cui il passo inerisce. La ragione per la quale i possessori avrebbero tentato di approfittare dell'incompetenza degli agrimensori nel rilevamento dei termini in questa *controversia anticipalis*, dal mio punto di vista, si può spiegare pensando al tentativo di fissare i termini in posizione tale da permettere l'esercizio dell'*actio finium regundorum* al posto della rivendica, ossia entro i cinque piedi rispetto allo stato di fatto esistente. Ai miei occhi non si spiega in altro modo il tentativo di frode perpetrato dai possessori in questa fase preliminare del giudizio, tenuto conto che ancora la controversia *de fine* o *de loco* sarebbe dovuta cominciare, anzi sarebbe cominciata l'una o l'altra proprio in dipendenza dell'accertamento degli agrimensori. Se, al contrario, l'attore avesse avuto il potere di scegliere quale azione intentare, l'intera fase preliminare della *controversia de positione terminorum* sarebbe stata svuotata di senso.

Infine, se l'attore avesse potuto scegliere di intentare l'*actio finium regundorum*, a prescindere dallo stato di fatto dei luoghi e dalla misura dei cinque piedi del confine, quindi al limite anche fraudolentemente, per sottrarsi all'onere probatorio conseguente alla *rei vindictio*, tale scelta arbitraria sarebbe stata imposta tanto al convenuto quanto al pretore, i quali avrebbero dovuto 'subire' un dolo processuale il quale, notoriamente, era sanzionato nel processo formulare.²⁹

Insomma, credo che dall'analisi delle fonti gromatiche emerga un unico criterio di carattere materiale capace di differenziare l'*actio finium regundorum* dalla *rei vindictio*: la prima avrebbe riguardato controversie inerenti la fascia di confine larga cinque piedi, la seconda le liti che eccedevano tale misura. Inoltre, sono convinto che anche dal complesso delle fonti giuridiche e letterarie che si possono invocare per l'età repubblicana e classica emerga un quadro coerente, il quale, infatti, non reca alcuna traccia dell'incidenza della volontà delle parti in ordine alla scelta dell'azione: di questi testi passo ad occuparmi nel prossimo paragrafo.

2.2. DALLE FONTI LETTERARIE E GIURIDICHE DI ETÀ REPUBBLICANA E CLASSICA NON EMERGE ALCUNA DIFFICOLTÀ DI COORDINAMENTO TRA *ACTIO FINIUM REGUNDORUM* E *REI VINDICTIO PER FORMULAM PETTORIAM*: ESAME DI CIC. DE LEG. 1.21.55 E D. 10.1.8 (ULP. 6 OPIN.).

Oltre alle fonti gromatiche opportunamente addotte da Lauretta Maganzani,³⁰ di cui ho suggerito la mia lettura nel paragrafo precedente, è possibile invocare altre testimonianze

²⁸ Imperizia che si sarebbe potuta trasformare anche in comportamenti illeciti degli agrimensori, qualora costoro avessero attestato misure differenti da quelle reali, alterando le misurazioni. Questo genere di comportamenti era represso, in conformità al contenuto dei frammenti raccolti nel titolo 11.6 del Digesto *Si mentor falsum modum dixerit*.

²⁹ Per una trattazione organica della disciplina del dolo processuale, vd., per tutti, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I-II, Milano 1973. Questi stessi rilievi hanno permesso di superare la cosiddetta 'teoria della domanda', che in Italia si era affermata sotto la vigenza del Codice Pisanelli del 1865, nel quale l'azione di regolamento di confini non era contemplata. Data l'inaccettabile misura di arbitrio che avrebbe comportato una scelta da parte dell'attore di quale azione esercitare – se rivendica o azione di regolamento di confini – dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942, nel quale invece sul modello tedesco del BGB l'azione di regolamento di confini è stata disciplinata all'art. 950 c.c., la 'teoria della domanda' è stata abbandonata e fin dagli anni Cinquanta dello scorso secolo non è neppure menzionata da parte degli studiosi del diritto civile. Sul punto tornerò *infra*, PARTE III – DIRITTO CIVILE, § 5.1.

³⁰ Alcune delle quali richiamate da L. MAGANZANI, *Rivendica e regolamento di confini* cit., 482 nt. 21.

capaci di fornire ulteriori indizi in favore della tesi qui sostenuta.

Prendo le mosse da un passo del *de legibus* di Cicerone, assai noto ai romanisti e studiato³¹ in riferimento all'*actio finium regundorum*, perché alla sua applicazione allude l'Arpinate in un gioco di rimandi molto raffinato, come vedremo, per risolvere una sospetta usurpazione di campo; un'usurpazione, tuttavia, caratterizzata dall'essere di assai ridotte dimensioni e, proprio per questo, capace di legittimare una *controversia* 'de finibus', secondo le disposizioni delle XII Tavole:

Cic., *de leg.* 1.21.55-56 [= XII Tab. 7.5b]: [55] *MARCVS – Quia si, ut Chius Aristo dixit, solum bonum esse dixisset, quod honestum esset malumque quod turpe, ceteras res omnis plane pares, ac ne minimum quidem utrum adessent an abessent interesse, ualde a Xenocrate et Aristotele et ab illa Platonis familia discreparet, essetque inter eos de re maxima et de omni uiuendi ratione dissensio. Nunc uero cum decus, quod antiqui summum bonum esse dixerant, hic solum bonum dicat; itemque dedecus quod illi summum malum, hic solum; diuitias, ualetudinem, pulchritudinem, commodas res appellet, non bonas; paupertatem, debilitatem, dolorem incommodas, non malas; sentit idem quod Xenocrates, quod Aristoteles, loquitur alio modo. Ex hac autem non rerum sed uerborum discordia controuersia est nata de finibus, in qua, quoniam usus capionem duodecim tabulae intra quinque pedes esse noluerunt, depasci ueterem possessionem Academiae ab hoc acuto homine non sinemus, nec Mamilia lege singuli, sed e XII tres arbitri fines regemus.*

[56] *QVINTVS: Quamnam igitur sententiam dicimus?*

MARCVS: Requirit placere terminos quos Socrates pepigerit, iisque parere.

Il dialogo tra Marco (Tullio Cicerone) e il fratello Quinto verte intorno all'individuazione del sommo bene e del sommo male, un antico tema filosofico i cui primi *termini* erano stati posti da Socrate, come apprendiamo dal paragrafo 56, estremamente importante per il discorso che sto conducendo e sul quale tornerò in seguito.

Ecco, Cicerone, espone due diverse *dissensiones* filosofiche che avevano visto come protagonista l'Accademia (e i suoi vari corifei): la prima nei confronti di Aristone di Chio, la seconda, per noi maggiormente rilevante, nei confronti di Zenone di Elea, il quale era stato menzionato precedentemente nel paragrafo 53. Occorre tenere presente entrambe, perché l'ordito del discorso è costruito proprio in modo da contrapporre la prima *dissensio*, definita 'maxima', dalla seconda che, per contrapposizione, potremmo immaginare come 'minima'.

³¹ Specialmente da: G. APRILE, *L'actio finium regundorum* cit., 21 s.; TH. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der usucapio*, in ZSS 78, 1961, 256 ss.; G. BROGGINI, *Regolamento di confini* cit., 6 ss.; T. HINRICHS, *Die Geschichte der gromatischen Institutionen* cit., 191 ss.; G. POLARA, *Le controversie de fine* cit., 12 nt. 2 e 97 ss., il quale, tuttavia, ritiene che il passo non brilli per chiarezza e che le argomentazioni addotte da Cicerone siano strumentali; R. KNÜTEL, *Die actio finium regundorum und die ars gromatica* cit., 296 ss.; A. PIKULSKA-ROBASZKIEWICZ, *Le règlement des contestations relatives aux limites en droit romain* cit., 22 ss. Manifestano perplessità, circa l'attendibilità del testo di Cicerone al fine di ricostruire la procedura del regolamento di confini in età arcaica: M. VINCI, *Fines regere* cit., 129 ss. e A. BURDESE, *Rec. di M. Vinci, Fines regere* cit., 511. Tuttavia, mi pare contraddittorio dubitare di un testo impiegato addirittura per la palingenesi delle XII Tavole, senza addurre poi specifici motivi. In particolare, non mi sembra che vada attribuita troppa importanza alla variante *de finibus*, preferita da Cicerone, rispetto all'espressione *de fine*, prediletta dai gromatici, in entrambi i casi non possiamo pretendere la precisione dei giuristi, né ci sono dubbi che il riferimento sia comunque al procedimento introdotto dall'*actio finium regundorum*. D'altra parte, correttamente, a mio avviso, L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano* cit., 128 ss., segnala l'espressione *fines regere* nel passo del *de legibus* come caratteristica dei giuristi e in grado di dimostrare la piena consapevolezza delle questioni giuridiche implicate dalle controversie di regolamento di confine.

Se fosse vero – sostiene Cicerone – quanto affermato da Aristone di Chio, ossia che il solo bene è ciò che è onesto e il solo male ciò che è turpe, con la conseguenza che tutto il resto starebbe sullo stesso piano (*ceteras res omnis plane pares*), tanto da rendere indifferente l'esistenza o l'inesistenza stessa di altri valori (*ac ne minimum quidem utrum adessent an abessent interesse*), allora la divergenza con il pensiero di Senocrate, Aristotele e l'intera famiglia di ascendenza platonica sarebbe profonda e addirittura riguarderebbe *de omni vivendi ratione*. Come sarà più chiaro dal prosieguito del discorso, infatti, per l'Accademia esisteva una varietà di valori e disvalori, certo non tutti posti sullo stesso piano, ma comunque non riducibili, come teorizzato da Aristone di Chio, alla coppia *bonum* = *honestum* e *malum* = *turpe*.

Alla riferita *maxima dissensio*, Cicerone contrappone un'altra disputa filosofica che aveva coinvolto l'Accademia, questa volta con il filosofo Zenone di Elea. La contrapposizione si basa sulla minore importanza della *dissensio* che, questa volta, non è concettuale ma solo verbale, inerente il diverso linguaggio con il quale Zenone e gli accademici si riferivano ai medesimi concetti.

Infatti, sia Zenone sia l'Accademia individuavano nella coppia *decus-dedecus*, ossia l'onore e il disonore, il sommo bene e il sommo male, ma con questa differenza: mentre per l'Accademia il *decus* è il sommo bene e il *dedecus* il sommo male, secondo Zenone essi rappresentano il solo bene e il solo male. La conseguenza di questa divergente impostazione consiste nella diversa denominazione di *divitiae*, *valetudo* e *pulchritudo* da un lato, e di *pau-pertas*, *debilitas* e *dolor* dall'altro, da parte dell'Accademia e di Zenone. Mentre per l'Accademia questi valori consistono in altrettanti beni e mali, sebbene minori rispetto alla coppia *decus-dedecus*, per Zenone essi sono null'altro che *commoda* e *incommoda*.

Cicerone sottolinea che la divergenza tra Zenone e l'Accademia è solo terminologica: entrambi, infatti, individuano nell'onore e nel disonore il sommo bene e il sommo male; tuttavia, poiché per l'Accademia esiste una gerarchia di beni e di mali, mentre per Zenone no, quelli che per l'Accademia sono beni e mali secondari, essi per Zenone sono solo svantaggi o vantaggi. Esiste, insomma, un comune sentire tra Zenone da una parte e Senocrate e Aristotele dall'altra, solo espresso mediante parole diverse: *sentit idem quod Xenocrates, quod Aristoteles, loquitur alio modo*.

Siamo arrivati al punto per noi di maggiore interesse.

La conclusione del discorso di Cicerone è, dunque, che trattandosi di una *discordia non rerum sed verborum* tra Zenone e l'Accademia, essa potrà essere risolta nei termini di una *controversia de finibus* volta ad impedire che Zenone si appropri di una *vetus possessio* dell'Accademia, considerato che fin dalle XII Tavole è vietato usucapire il *finis intra quinque pedes*; ³² di conseguenza per ristabilire i *fines* (*fines regere*) Cicerone propone di chiamare a giudicare tre arbitri, come anticamente era previsto dalle XII Tavole, prima che la *lex Manilia* riducesse ad un solo arbitro il compito di giudicare *de finibus*. Quest'ultimo inciso credo si possa spiegare come un artificio retorico volto a coinvolgere nel giudizio tutti e tre

³² Va ricordata, ancorché largamente minoritaria, l'opinione di G. POLARA, *Le controversie de fine* cit., 114 ss., il quale trae argomento dal passo di Cicerone per sostenere che il *confinium*, specialmente in diritto arcaico, avesse una larghezza di cinque piedi per ogni fondo e, non, complessivamente. Sebbene la questione sia di limitatissimo interesse ai fini del presente lavoro, segnalo che a favore della ricostruzione tradizionale, largamente seguita in dottrina, secondo la quale i cinque piedi andrebbero considerati quale misura complessiva del *confinium*, depone il passo di Agennio Urbico [(Agenn. Urb. *De contr. agr.* (Lach. 66.11-21 = Thul. 27.1-11)], citato *supra* in nt. 14 e svalutato da Polara (124 s.), il quale ritiene che il gromatico avrebbe equivocato l'espressione *intra quinque pedes*. Quale che sia la soluzione che si voglia accogliere, in ogni caso, il testo del *de legibus* che stiamo considerando, non mi pare che rechi elementi utili alla soluzione della questione, né in un senso, né nell'altro.

i protagonisti del *de legibus*, ossia lo stesso Cicerone, il fratello Quinto e l'amico Tito Pomponio Attico.

La chiusa del paragrafo è ricca di dati rilevanti. Innanzi tutto, vorrei sottolineare come l'intero discorso condotto da Cicerone sia volto a contrapporre la *discordia verborum* tra Zenone e l'Accademia, con quella ben maggiore (*maxima dissensio*) che aveva visto per protagonista Aristone di Chio, rimasta sullo sfondo. Se per risolvere la *verborum dissensio* sarebbero stati sufficienti tre arbitri, per una *rerum dissensio*, verosimilmente, ci sarebbe voluto un giudice: non si può non riconoscere, a mio avviso, tra le righe del discorso di Cicerone esattamente la contrapposizione gromatica tra *controversia de loco* e *controversia de fine*, la prima risolta da un giudice incaricato di giudicare, come in una *rei vindictio*; la seconda di competenza di tre arbitri (secondo le XII Tavole) o un arbitro (dopo la *lex Mamilia*) incaricato di tracciare i nuovi confini in una *actio finium regundorum*.

La differenza tra queste due controversie è solo quantitativa, Cicerone lo dice esplicitamente. La natura limitata dello sconfinamento di Zenone nel campo dell'Accademia, che si era risolto nell'appropriazione non di un concetto sibbene di un modo di esprimerlo, legittima il ricorso alla *controversia de fine*, perché si tratta solo di una questione lessicale, ossia vertente sul diverso modo in cui sono denominati gli stessi concetti, *bona* e *mala* dall'Accademia, *commoda* e *incommoda* da Zenone. E qui mi pare che il richiamo al divieto di usucapione del *finis* vada letto proprio in relazione alle parole: diversamente dai concetti che hanno un autore e dei quali nessuno può appropriarsi, pena una *rei vindictio* per la restituzione, le parole sono di tutti e non si possono acquistare in proprietà, neppure per usucapione, esattamente come il *finis*. Allora per ripristinare la *vetus possessio* e stabilire se Zenone abbia superato il confine dell'Accademia, ossia il campo in cui Zenone e l'Accademia devono rispettivamente occupare, basterà una *controversia de fine*, l'unica configurabile del resto quando si tratta della striscia di terreno *intra quinque pedes*.

Cicerone mostra una estrema confidenza con la procedura di regolamento di confini e si permette di richiamarla per implicito, anche nei dettagli, come quello rappresentato dalla *lex Mamilia*, perché sicuro, evidentemente, che i suoi lettori l'avrebbero capito in quanto condotti su di un sentiero noto ai più.³³ D'altra parte, la *controversia de finibus* aveva avuto modo di consolidarsi nei secoli, fin dalle XII Tavole,³⁴ tanto da essere notoria alla platea dei lettori di Cicerone.

³³ Cicerone richiama, un'altra volta, la *controversia de fine* con estrema precisione per i dettagli procedurali in *de off.* 1.10.33, in cui viene descritto il comportamento contrario agli *officia* di Quinto Fabio Labeone, un *arbitrator de finibus* nominato dal Senato per risolvere una lite tra Nolani e Napoletani circa l'esatta individuazione di certi confini. Sul passo, cfr. l'accurata esegesi di R. KNÜTEL, *Die actio finium regundorum und die ars gromatica* cit., 292 ss.

³⁴ Ormai superata la tesi di sostenta da W.W. BUCKLAND, «*Finium regundorum*», in RHDfE 15, 1936, 741 ss., secondo la quale in origine le controversie di confine sarebbero state risolte mediante un rito speciale, di carattere religioso, estraneo all'*ordo iudiciorum privatorum*. Sempre secondo Buckland, le controversie di regolamento di confine sarebbero state ricondotte all'interno dell'*ordo* solo in virtù di una *lex Mamilia* dell'età di Cesare, la quale avrebbe esteso la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* anche all'*actio finium regundorum*. Identificano, piuttosto, sulla base del dettato di Gai 4.17a, nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, il *modus agendi* impiegato fin dalle XII Tavole per intentare l'*actio finium regundorum* nel processo delle *legis actiones*: G. BROGGINI, *Iudex arbitrive. Prolegomena zum officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 165 ss.; ID., *Regolamento di confini* cit., 24 s; G. POLARA, *Le controversie de fine* cit., 20 ss. Inoltre, R. KNÜTEL, *Die actio finium regundorum und die ars gromatica* cit., 296 ss., dimostra come l'innovazione della *lex Mamilia* non sarebbe consistita nell'introdurre il processo dell'*ordo* in sostituzione di un precedente procedimento speciale, in materia di regolamento di confini, ma solamente la riduzione del numero di arbitri dai tre previsti dalla legge delle dodici Tavole, ad uno.

Peraltro, il richiamo alla *controversia de fine* è reso ancora più tecnico e credibile, dalla notazione condotta nel paragrafo 56, dove Cicerone invita i suoi interlocutori, ormai nella qualità di arbitri, a ricercare i confini a suo tempo stabiliti da Socrate; ciò al fine di ripristinarli e di attenersi ad essi da parte tanto di Zenone quanto dell'Accademia.

Ai miei occhi, l'inciso del paragrafo 56 allude in modo assai pertinente alla *controversia de positione terminorum* la quale, come chiarito nel paragrafo precedente, mirando proprio alla individuazione dei *termini* originari (nel nostro caso risalenti a Socrate), è funzionale allo stabilire la natura della lite: se *de fine* o *de loco*. Tale accertamento aveva natura *anticipalis*, come sappiamo, e si sarebbe dovuto premettere al fine di incardinare correttamente l'azione. Si sarebbe trattato di una *controversia de fine* se la distanza tra i *termini* originari e quelli oggetto della nuova *possessio* fosse stata *intra quinque pedes*, avremmo avuto una *controversia de loco* – e dunque una lite petitoria o possessoria da incardinare mediante interdetti – se si fosse superata tale misura.

Il passo del *de legibus*, quindi, mi pare che possa essere senz'altro addotto a favore dell'esistenza, per tutta l'età repubblicana, di un solo criterio differenziale tra *actio finium regundorum* e *rei vindicatio* puramente materiale; nessun ruolo nella scelta della *controversia* viene attribuito da Cicerone ai protagonisti della *dissensio*; la *controversia de finibus* viene individuata da Cicerone solo sulla base di un criterio materiale e quantitativo, coincidente con la misura dello sconfinamento e il passo è in grado di testimoniare come, fin dalle XII Tavole, era solo la misura della variazione del confine ovvero della presunta appropriazione di terreno altrui che avrebbe determinato l'azione da intentare e la conseguente natura giuridica della controversia che sarebbe sorta. Ritornando al passo del *de legibus*, per risolvere la *verborum dissensio* sorta tra Zenone e l'Accademia si sarebbe potuto fare ricorso unicamente ad un regolamento di confini, alla *controversia de fine* nel linguaggio degli agrimensori, all'*actio finium regundorum* nel linguaggio dei giuristi, perché la limitata entità dell'occupazione della *possessio* altrui, entro i cinque piedi del *confinium*, avrebbe legittimato una e una sola controversia, quella per il regolamento di confini.

2.2.1. – Anche con riferimento all'età classica è possibile addurre un testo che mi pare in grado di confermare come dipendesse solo dall'entità dell'occupazione di suolo altrui – se limitata ai cinque piedi del *confinium* ovvero maggiore – la natura giuridica dell'azione che sarebbe occorsa per ripristinare i rispettivi possessi dei proprietari dei fondi confinanti. Mi riferisco al seguente passo di Ulpiano:

D. 10.1.8 (Ulp. 6 *opin.*): *Si irruptione fluminis fines agri confundit inundatio ideoque usurpandi quibusdam loca, in quibus ius non habent, occasionem prestat, praeses provinciae alieno eos abstinere et domino suum restitui terminosque per mensorem declarari iubet*,³⁵

che affronta il caso dello straripamento di un fiume che aveva determinato la confusione dei confini dei fondi lambiti dal *flumen*; l'esondazione aveva fornito il destro all'occupazione di porzioni di fondo altrui, approfittando del fatto che l'acqua aveva travolto i segni di confine. In una situazione del genere, il *praeses provinciae*³⁶ viene invitato a curare, sia che nessuno usurpi terreni altrui, occupandoli abusivamente, sia che venissero restituiti i possessi originari

³⁵ Sul passo vd.: L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano* cit., 66 ss.; O. BEHREND, *Il «fines regere» tra possessori e usufruttuari in Italia e nelle province*, in *Index* 32, 2004, 15 ss.

³⁶ T. HINRICHS, *Die Geschichte der gromatischen Institutionen* cit., 212 s., identifica nell'Egitto la provincia oggetto dell'esondazione fluviale di cui è testimone Ulpiano.

ai rispettivi proprietari e che venissero rimessi al loro posto gli originari segni confine, grazie alla misurazione degli agrimensori.

Orbene, la restituzione dei relativi possessi mi pare che rinvii ad una lite petitoria, impostata sul modello della *rei vindicatio*, in un processo *extra ordinem* svoltosi in provincia,³⁷ il cui giudice sarebbe stato il *praeses provinciae* medesimo; del resto, il fatto stesso che la funzione di giudizio non era affidata ad un *mentor*, il cui intervento volto a tracciare i nuovi confini è, piuttosto, posticipato alla ridefinizione delle proprietà, depone per il fatto che la lite non era impostata nei termini di un regolamento di confini.

La ragione mi pare risieda, ancora una volta, nella misura dello sconfinamento: l'*usurpatio locorum* cui fa riferimento il passo deve essere immaginata di dimensioni certamente superiori ai cinque piedi del confine, altrimenti non si sarebbe configurata alcuna *usurpatio* di terreno altrui, occasionata dalla *confusio* dei *fines* prodotta dall'*inundatio*; in altri termini, un piccolo spostamento dei confini non si sarebbe potuto qualificare da parte del giurista nei termini di una *usurpatio*. In termini agrimensori mi pare che si sarebbe incardinata una *controversia de loco* e, solo una volta ristabiliti i rispettivi possessi, il preside provinciale avrebbe dovuto assicurare che gli agrimensori intervenissero per tracciare le nuove linee di confine e disporre i *termini*, ripristinando l'originaria estensione delle rispettive proprietà agrarie.³⁸

In conclusione, anche il passo di Ulpiano appena esaminato, mi pare che si inserisca in maniera coerente all'interno del quadro rappresentato dalle fonti gromatiche e letterarie analizzate in precedenza, dalle quali emerge un criterio puramente materiale per distinguere *rei vindicatio* e *actio finium regundorum* e dipendente dalla misura, se inferiore o superiore ai cinque piedi, della striscia di terreno oggetto della lite.

2.2.2. – Ad ulteriore conferma dell'esistenza di un simile criterio, si potrebbe anche avanzare la seguente congettura. Si potrebbe invocare un passo proveniente dall'opera di Igino gromatico, di commento al *de controversiis agrorum* di Frontino e per questa ragione riportato due volte da Lachmann, piuttosto curioso, perché attesta come la misura *intra quinque pedes* dovesse essere intesa, probabilmente su disposizione della *lex Mamilia*, come inferiore ai cinque o, anche, ai sei piedi:

Front., *De controversiis, lib. I cum comment.* (Lach. 12.12-15): *De fine enim lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudine praescribit, quoniam hanc latitudinem uel iter ad culturas accedens occupat uel circumactus aratri. quod usu capi non potest.*

Hyg., *De gener. controuv.* (Lach. 126.3-6; Thul. 89.1-4): *De fine si age[re]tur quae res intra pedum quinque aut sex latitudinem quaestionem habe[re]t, quoniam hanc latitudinem uel iter culturas accedentium occupat uel circumactus aratri. quod usu capi non potest.*

Ora, l'aggiunta della misura di sei piedi è stata semplicemente registrata in dottrina³⁹

³⁷ In quest'ordine di idee si muove R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in AUPA 30, 1967, 579 ss. [= 481 ss. dell'estratto].

³⁸ Sulla base di una specifica competenza in materia, attestata nel paragrafo primo del medesimo frammento: D. 10.1.8.1 (Ulp. 6 *opin.*): *Ad officium de finibus cognoscentis pertinet mentore mittere et per eos dirigere ipsam finium quaestionem ut aequum est, si ita res exigit, oculisque suis subiectis locis.*

³⁹ Cfr. E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrecht*, I, Berlin 1871, 234 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit., 463; I. CROMME, *Vindicatio incertae partis – Ihre Bedeutung für die Erkenntnis der geschichtlichen Entwicklung des klassischen dinglichen Verfahrens*, Bamberg 1971, 108 ss.; R. KNÜTEL, *Die*

come variante della misura canonica dei *quinque pedes* o, addirittura, considerata un fraintendimento della *lex Mamilia* da parte di Igino.⁴⁰ Tuttavia, potrebbe congetturarsi che, per non irrigidire troppo il criterio materiale di distinzione tra *controversiae de fine* e *de loco*, nella prassi potevano essere tollerati dagli agrimensori piccoli sforamenti alla misura di cinque piedi; anche le liti che avevano per oggetto strisce di terreno di sei piedi andavano considerate comunque di minima entità, per evitare di incardinare *controversiae de loco*, per questioni di confine, a causa di minimi scostamenti dalla misura canonica di cinque piedi.⁴¹

In conclusione, per l'età repubblicana e classica, l'unico criterio di differenziazione tra *actio finium regundorum* e *rei vindicatio* emergente dalle fonti, sia giuridiche, sia gromatiche, sia letterarie è quello materiale della misura inferiore o superiore ai cinque piedi di *confinium* dell'oggetto della lite.

Se la lite avesse riguardato il corso del confine compreso all'interno dello spazio dei cinque piedi in cui consisteva il *confinium*, si sarebbe trattato di un'*actio finium regundorum*, perché quella striscia di terreno era inusucapibile, su di essa nessuno poteva vantare alcun potere e ciò spiega perché il *iudicium* fosse *duplex*. Il ristabilimento del confine tra due fondi rustici in diritto repubblicano e classico doveva risolversi non nel tracciare una nuova linea ideale di confine tra i due fondi, ma nel ristabilire materialmente la striscia di cinque piedi da lasciare libera dalle coltivazioni e da mettere a servizio dell'accesso al fondo, eventualmente anche se il suo tracciato coincidesse con quello precedente.⁴² Invece, per liti che riguardavano porzioni di terreno oltre i cinque piedi, laddove cominciano ad estendersi i *loci*, ossia i fondi o le porzioni di fondo dei proprietari limitrofi, si sarebbe dovuta intentare la *rei vindicatio*. Infatti, su queste porzioni di fondo rustico si potevano avanzare pretese di restituzione del possesso, basate su titoli di proprietà che naturalmente legittimavano solo ed unicamente l'esercizio della *rei vindicatio per formulam petitoriam*; inoltre, se anche le parti avessero voluto ristabilire il confine attraverso un percorso che avesse coinvolto strisce di terreno al di là del *confinium*, la necessità di accertare l'esatta estensione delle rispettive proprietà fondiariale avrebbe reso necessaria la rivendica o gli interdetti possessori, a prescindere dall'accordo delle parti sul punto.⁴³

actio finium regundorum und die ars gromatica cit., 308; F.T. HINRICHS, *Zur geschichte der Klage finium regundorum* cit., 242 ss.; A. BIGNARDI, *Controversie agrorum e arbitrati internazionali. Alle origini dell'interdetto 'uti possidetis'*, Milano 1984, 57; C. MÖLLER, *Il regolamento di confini* cit., 450; AA.VV., *Gli antichi agrimensori nella ricognizione di Karl Lachmann (raccolta di opere degli agrimensori romani)*, Traduzione in italiano con commenti, figure, schemi e illustrazioni a cura di Giacinto Libertini e con la presentazione di Gianluca Soricelli. Istituto italiano di Studi Atellani, Frattamaggiore 2018, in corrispondenza di Lach. 12.11-15 e 126.3-6.

⁴⁰ Da parte di G. POLARA, *Le controversie de fine* cit., 123 ss., il quale inquadra il presunto fraintendimento del tardo commentatore di Frontino all'interno di una più generale perdita di memoria degli agrimensori quanto al dettato della *lex Mamilia*, a causa sia di un mutato contesto agrario, sia del diffondersi della *centuriatio* sia, infine, del sorgere dei *limites* interpoderali che diminuivano l'importanza della prescrizione sulle distanze legali.

⁴¹ Questo mi sembra il pensiero di M. KASER, *Adiudicare bei der actio finium regundorum und bei den Vindikationen* cit., 97 s., paginazione che ho seguito (= *Ausgewählte Schriften* 2, Napoli 1976, 115 ss.), sul punto della necessità di non irrigidire necessariamente il campo di applicazione dell'*actio finium regundorum* ai cinque piedi indicati dagli agrimensori.

⁴² Su questo specifico punto, cfr. R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano* cit., 585 nt. 7 [= 487 nt. 7].

⁴³ Non si può non sottolineare – sotto questo aspetto – la differenza rispetto al rapporto tra la *rei vindicatio* e i giudizi divisorii; infatti, come ben messo in luce da G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione*

3.1. IL DIRITTO ROMANO POSTCLASSICO: IL RAPPORTO TRA LE DUE AZIONI NELLE COSTITUZIONI DEL CODICE TEODOSIANO. L'ABOLIZIONE DEL DIVIETO DI USUCAPIONE DEL *CONFINIUM* [CTh. 2.26.4 (A. 385)] QUALE ORIGINE DELLA CONFUSIONE CONCETTUALE TRA LE DUE AZIONI. UNO SGUARDO ALL'ETÀ GIUSTINIANEA: IL DEFINITIVO SUPERAMENTO DEL CRITERIO DEI *QUINQUE PEDES*.

La ricostruzione fin ora proposta trova una piena conferma nella legislazione postclassica, a cominciare da quella riferibile a Costantino I, al quale risale, in particolare,⁴⁴ un provvedimento

giudiziale. I. *Divisio e vindicatio*, in AUPA 42, 1992, 390 ss. (= 134 ss. paginazione dell'estratto), i rapporti tra *vindicatio* e azioni divisorie erano regolati sulla base del principio dell'accordo o della controversia sulla spettanza della cosa: una controversia avrebbe reso impraticabile la via della *divisio* e reso obbligatorio il giudizio petitorio, mentre l'accordo avrebbe aperto la via alla *divisio* e precluso il giudizio petitorio. Tuttavia, nei fatti ci potevano essere difficoltà ad esperire il giudizio petitorio perché l'attore non doveva essere possessore, cosa che non sempre avveniva. In ogni caso (147 s. = 403 s.), la controversia sulla questione di diritto avrebbe escluso il giudizio divisorio, anche se i giuristi mettono in luce che, se non esistono le condizioni per esperire il giudizio petitorio, non sempre il giudizio divisorio viene escluso, ma subisce delle trasformazioni che ne ibridano la natura costitutiva, facendone acquistare tratti propri del processo dichiarativo.

⁴⁴ Nella legislazione di Costantino si segnalano, oltre alla costituzione presa in esame nel testo, altri due provvedimenti (per la cui completa esegesi rinvio, per tutti, a L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli 1998, 214 ss.) dedicati alla *quaestio finalis* e inseriti nel titolo *De finium regundorum* del Codice Teodosiano. Il legame tra i due provvedimenti ai quali accenno in questa nota e CTh. 2.26.4 (analizzata nel testo) è segnalata fin da I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, Lipsiae 1836 (rist. anast. Hildesheim-New York 1975), 235.

La prima costituzione è CTh. 2.26.1 IMP. CONSTANTINUS A. AD TERTULLIANUM VIRUM PERFECTISSIMUM COMITEM DIOECESIOS ASIANAE. *Si quis super invasis sui iuris locis prior detulerit querimoniam, quae finali cohaeret cum proprietate controversiae, prius super possessione quaestio finiat et tunc agrimensore ire praecipiat ad loca, ut patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur. quod si altera pars locorum adeptam dominium subterfugiendo moras attulerit, ne possit controversia definiri locorum ordine, electus agrimensore dirigatur ad loca, ut, si fidelis inspectio tenentis locum esse probaverit, petitor victus abscedat; at si controversia eius claruerit, qui primo iudicii detulerit causam, ut invasor ille poena teneatur edicti, si tamen vi ea loca eundem invasisse constiterit. nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, ipsis solis cedere debent.* DAT. VIII K. MART. BESSI GALLICANO ET SYMMACHO CONSS. [a. 330]. Ai miei fini rileva la prima parte del provvedimento, nella quale si stabilisce che nel caso in cui venga azionata una *quaerimonia* sulla proprietà dei luoghi che sia inerente ad una *quaestio finalis*, occorrerà prima risolvere la questione possessoria e, solo in un secondo momento, inviare sui luoghi un agrimensore che ristabilisca i confini tra le due proprietà, mettendo fine alla controversia.

La seconda costituzione è CTh. 2.26.2 IMP. CONSTANTINUS A. AD BASSUM PF. P. *Si constiterit, eum, qui finalem detulerit quaestionem, priusquam aliquid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse, non solum id, quod male petebat, amittat, sed quo magis unusquisque contentus suo rem non expetat iuris alieni, is, qui irreptor agrorum fuerit in lite superatus, tantum agri modum, quantum diripere tentavit, amittat.* LECTA APUD ACTA XII. KAL. IUL. GALLICANO ET SYMMACHO COSS. [a. 331]. Il provvedimento commina una sanzione nei confronti dell'attore in una *quaestio finalis* il quale, prima della sentenza, al fine di usurpare terreno altrui occupi una parte del terreno confinante: in questo caso si stabilisce che egli perda non solo il terreno occupato abusivamente, al di là del confine nel frattempo accertato, ma anche una corrispondente parte di terreno sul proprio fondo, come deterrente nei confronti di altri usurpatori.

Entrambi i provvedimenti mi pare che testimonino un certo fermento in età costantiniana circa le questioni confinarie e, soprattutto, dalla prospettiva del presente contributo, attestino come ancora in età postclassica la *quaestio de proprietate* e la *quaestio finalis* siano tenute distinte sul piano concettuale, tanto da venire scansionate temporalmente, con precedenza della prima azione sulla seconda. Per vero, le costituzioni del Teodosiano sono state intese da alcuni studiosi (G. APRILE, *L'actio finium regundorum* cit., 38 s.; A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero. 2. Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina*

del 331 in materia di *quaestio finalis*, la nuova terminologia con la quale, durante il tardo antico, venivano denominate le controversie di regolamento di confine, ossia le azioni che nel processo formulare erano incardinate con l'*actio finium regundorum*. Il provvedimento al quale mi riferisco è pervenuto grazie alla tradizione del codice Teodosiano:

CTh. 2.26.3 IMP. CONSTANTINUS A. AD UNIVERSOS PROVINCIALES. POST ALIA. *Si finalis controversia fuerit, tum demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum, de quo agitur apud praesidem, esse constiterit; cum de maiore spatio causa, quoniam non finalis, sed proprietatis est, apud ipsum praesidem debeat terminari. et si socius quid petat a socio, ante praeses iudicet, an praestari aliquid oporteat et tunc demum illud per arbitros restituatur, quod constiterit esse solvendum.* DAT. K. AUG. BASSO ET ABLAVIO CONSS. [a. 331].⁴⁵

dei rapporti reali, in *Studi Senesi* 54, 1940, 303 ss.; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of property*, Philadelphia 1951, 208 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht II. Die nachklassische Entwicklungen*, München 1959, 196; M. VINCI, *Fines regere* cit., 475 ss.) come indicative, da un verso, di una frattura rispetto alla disciplina classica e, dall'altro verso, di un avvicinamento tra le due azioni il quale avrebbe contribuito alla loro commistione. Questa lettura non ha convinto G. POLARA, *Rec. di M. Vinci, Fines regere* cit., 337-340, il quale osserva come non si veda alcuna tendenza oscillante nella legislazione del Teodosiano: indubbiamente nelle prime tre costituzioni del titolo (tutte e tre di Costantino) si continua a mantenere la distinzione tra controversie relative a spazi di confine e controversie in materia di possesso e proprietà, così come si mantiene il discrimine dello spazio di 5 piedi per distinguere tra i due tipi di controversia. Giustamente, a mio avviso, Polara (338) non attribuisce all'espressione *quaestio finalis* di CTh. 2.26.1-2 alcuna particolare valenza dogmatica, né tanto meno la capacità di individuare una nuova categoria, considerandola semplicemente un modo nuovo di indicare l'*actio finium regundorum*. Aggiungo che l'espressione *id quod male petebat*, impiegata da Costantino in C. Th. 2.26.2 con riferimento all'*usurpatio* descritta dalla costituzione, costituisce una prova testuale della necessità di tenere distinta una (*bona*) *petitio*, da incardinare con la *quaestio del proprietate* da una *mala petitio*, consistente nel piegare la *quaestio finalis* all'obiettivo di usurpare abusivamente terreno altrui, per ottenere una più vantaggiosa fissazione dei nuovi segni di confine. Del resto, anche la necessità di azionare la *quaestio de proprietate* prima della *quaestio finalis*, anche quando le due azioni fossero in astratto invocabili, mostra uno sforzo di distinzione concettuale contrario all'idea di una commistione tra le due azioni, almeno fino a tutta l'età di Costantino compresa.

Un'analisi sistematica delle tre costituzioni costantiniane è proposta da: O. KARLOWA, *Geschichte der actio finium regundorum* cit., 153 ss.; G. DE BONFILS, *Prassi giudiziaria e legislazione nel IV sec.*, in *RISG* 27, 1973, 176 ss.; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* cit., 208 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *La Giustizia nelle province dagli inizi del Basso Impero. II. L'organizzazione giudiziaria di Costantino*, in *Studi Urbinati* 18, 1966, 183 ss. (= *Dall'impero Cristiano al Medioevo* cit., 189 ss.).

⁴⁵ I seguenti studiosi hanno avuto modo di occuparsi del provvedimento, sottolineando la vigenza, ancora sotto Costantino, del criterio dei *quinque pedes* per distinguere le *controversiae de fine* da quelle *de loco*: I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis* cit., 235; O. KARLOWA, *Geschichte der actio finium regundorum* cit., Bonn 1865, 145 s., ad avviso del quale Costantino avrebbe solo confermato il criterio dei *quinque pedes* attestato fin da Cicerone; G. BROGGINI, *Regolamento di confini* cit., 30, favorevole a ritenere che le due azioni, nella legislazione di Costantino, mantengano ancora la loro individualità; F.T. HINRICHS, *Zur geschichte der Klage finium regundorum* cit., 190 ss., il quale sottolinea come il criterio dei *quinque pedes*, già valido in età classica, a maggior ragione sarebbe stato seguito in età costantiniana, perché di semplice applicazione; A. PIKULSKA-ROBASZKIEWICZ, *Le règlement des contestations relatives aux limites en droit romain* cit., 57 ss., la quale è convinta che nella procedura *extra ordinem* non si ponesse più alcuna distinzione tra azioni di regolamento di confini e azioni petitorie, tanto che la fusione di queste due azioni si rilevarebbe proprio nelle costituzioni del titolo 2.26 del Codice Teodosiano, dove le due azioni sono entrambe valide per i *loca invasa*; L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano* cit., 163 ss., la quale sottolinea la corrispondenza del criterio dei *quinque pedes* ribadito da Costantino con il quadro proveniente dalle fonti agrimensorie; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana* cit., 230 ss., contraria tanto all'idea che Costantino avrebbe introdotto un criterio nuovo di distinzione tra le

Nel distribuire il riparto di competenza tra gli arbitri agrimensori, giudici nelle controversie di regolamento di confini, e i presidi provinciali, giudici nelle controversie petitorie, la costituzione imperiale riafferma l'antico⁴⁶ criterio distintivo tra *quaestio finalis* (= *controversia de fine* da attivare in età repubblicana e classica con l'*actio finium regundorum*) e *quaestio de proprietate* (= *controversia de loco* da attivare in età repubblicana e classica con la *rei vindicatio* o gli interdetti possessori): se la controversia riguardava la striscia di terreno compresa all'interno dei cinque piedi di cui consiste il *confinium*, essa sarebbe stata di competenza di un *arbitrator*, verosimilmente un *ensor*, nominato da parte del preside provinciale; se invece la controversia avesse avuto per oggetto un *maius spatium* (*de maiore spatio causa*), essa sarebbe stata di competenza dello stesso preside provinciale, perché si sarebbe trattato di una *quaestio de proprietate*.

Ora, a me pare che la decisione di Costantino di ribadire⁴⁷ l'unico criterio differenziale tra azione di regolamento di confini e azione di rivendica rinvenibile nelle fonti delle età precedenti si possa spiegare solo congetturando un suo tendenziale superamento nella prassi; e penserei principalmente alle prassi provinciali, in virtù dei destinatari della costituzione, ossia gli *universi provinciales*, i quali tendevano a derogare al criterio materiale dei *quinque pedes* caratteristico del diritto romano, perché esso era estraneo alle prassi ellenistiche, in quanto legato all'istituto della *centuriatio*, che non veniva più applicato in provincia.

3.2. – Se ci poniamo in quest'ottica, è possibile collegare il provvedimento di Costantino analizzato nel paragrafo precedente con il progressivo dissolversi della categoria romana del *confinium*, da secoli organicamente inserita nella pratica della *centuriatio* e che aveva fornito ai giuristi l'unico criterio per distinguere i campi di applicazione dell'*actio finium regundorum* da quello della *rei vindicatio*. A parere di Foke Tannen Hinrichs,⁴⁸ addirittura fin dalla fine del III secolo d.C. nella pratica sarebbe stato derogato il rispetto del *confinium* di cinque piedi; mentre Franca De Marini Avonzo⁴⁹ pensa che il superamento sarebbe avvenuto solo in età costantiniana per influsso delle pratiche ellenistiche legate al diverso regime dei fondi;⁵⁰

due azioni, quanto alla tesi che a partire da Costantino sarebbe stata superata la distinzione tra le due azioni. Rinviamo ancora al lavoro della studiosa per l'analisi della seconda parte del testo, ai miei fini del tutto marginale, relativa alla lite tra due soci «da intendersi probabilmente non come proprietari confinanti, ma come condomini che avessero chiesto la divisione della cosa comune»; M. VINCI, *Fines regere* cit., 450 ss., ad avviso del quale, fin da età costantiniana, la *quaestio finalis* costituirebbe una categoria unificante, capace di comprendere tanto pretese di natura reale quanto di regolamento di confini.

⁴⁶ Le matrici ideologiche del rispetto e dell'ossequio da parte di Costantino nei confronti del *ius vetus* sono indagate da F. AMARELLI, *Vetustas – innovatio. Un'antitesi apparente nella legislazione di Costantino*, Napoli 1978, 83 ss.

⁴⁷ Secondo L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana* cit., 232, Costantino avrebbe voluto riproporre una distinzione antica, ma da tempo ormai offuscata: quella tra *controversia de fine* e *controversia de loco*.

⁴⁸ F.T. HINRICHS, *Zur geschichte der Klage finium regundorum* cit., 277, secondo il cui avviso la riproposizione da parte di Costantino del criterio dei cinque piedi al fine di distinguere le *controversiae de fine* da quelle *de loco*, suonerebbe come la riproposizione di una antica distinzione, ma ormai non più applicata nella pratica.

⁴⁹ F. DE MARINI AVONZO, *La Giustizia nelle province agli inizi del Basso Impero. II. L'organizzazione giudiziaria di Costantino* cit., 186 nt. 43.

⁵⁰ Sul regime dei fondi provinciali e sul sistema di catastazione dei terreni provinciali vd. R. TAUBENSCHLAG, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*, in *Bulletin de l'Académie Polonaise des Sciences et des Lettres*, Cracovie 1919-1920, 141-281 (*Opera minora* I, Warszawa 1959, 126 ss.).

proprio Costantino, secondo Laura Solidoro⁵¹ avrebbe infine cercato di ripristinare questo antico istituto del diritto romano, ribadendo che, appunto, ai *quinque pedes* si sarebbe dovuto ricorrere come criterio differenziale tra le due azioni, sulla base della presa d'atto della caduta in desuetudine dell'istituto del *confinium*.

Qualunque sia la soluzione, certo è che con una costituzione di Valentiniano Teodosio I e Arcadio, sul finire del IV secolo d.C., l'antico divieto di usucapione del *confinium* venne abolito legislativamente e, con esso, anche il fondamento materiale che aveva fornito da sempre il criterio per distinguere i campi di applicazione dell'*actio finium regundorum* rispetto alla *rei vindicatio*:

CTh. 2.26.4: IMPPP. VALENTINIANUS, THEODOSIUS ET ARCADIUS AAA. NEOTERIO PRAEFECTO PRAETORIO. *quinque pedum praescriptione summotam finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio. sola sit igitur huiusmodi litibus una praescriptio, quae improbi petitoris refrenare possit invidiam, si veteribus signis limes inclusus finem congruum erudita arte praestiterit. nec vero prolixioris temporis in huiusmodi iurgiis locum habebit ulla praescriptio, cum diuturno otio alienum rus quis se asserat diligentius coluisse, quando omne huiusmodi iurgium solo praecipimus iure discingi, quo artis huius peritis omnem commisimus sub fidei arbitrio notionem.* DAT. VII K. AUG. ARCADIO A. I ET AAUTONE CONSS. [a. 385].⁵²

La *quinque pedum praescriptio* venne abolita tanto per il *finalis iurgium* quanto per la *locorum intentio*, espressioni identificate fin da Gotofredo con le azioni di regolamento di confini e di rivendica, le uniche azioni nelle quali poteva venire in questione il divieto per il convenuto di sollevare l'usucapione del *confinium* ed alle quali si riferisce il provvedimento (*huiusmodi litibus ... huiusmodi iurgiis*):⁵³ entrambe le azioni vengono sottoposte al comune termine della *longi temporis praescriptio*⁵⁴ – a quei tempi quarantennale, prima della

⁵¹ L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana* cit., 233 ss.

⁵² La costituzione, denominata *lex difficilis* da Andrea Alciato (nt. 50) è esaminata dai seguenti studiosi: I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis* cit., 237 ss.; G. BROGGINI, *Regolamento di confini* cit., 30 s.; A. DIAZ BIALET, «De finium regundorum» CTh. 2, 26, 1-5, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso* II, Torino 1968, 539-550, spec. 540-541; D. SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, München 1969, 89 ss.; F.T. HINRICHS, *Zur geschichte der Klage finium regundorum* cit., 214 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana* cit., 232 ss.; M. VINCI, *Fines regere* cit., 472 ss., il quale condivisibilmente esclude che la *praescriptio* di cui parla la costituzione possa identificarsi con una *exceptio dilatoria*; secondo G. POLARA, *Rec. di M. Vinci, Fines regere* cit., 338, il provvedimento sarebbe testimone della perdurante distinzione tra azione di regolamento di confini e azione di rivendica ancora ai tempi di Teodosio I, il quale avrebbe fatto ricorso al segno *praescriptio* nella prima parte della costituzione, nel significato di regola. Con specifico riferimento al significato di *iurgium*, vd.: KRÜGER, *Querela non numeratae pecuniae*, in ZSS 58, 1938, 14; con specifico riferimento ad un impiego ciceroniano di *iurgium*, cfr. G. FALCONE, 'Iurgium', 'lis', *vicinitas*: un'interpretatio ciceroniana tra politica e diritto (Cic. rep. IV.8), in AUPA 43, 1995, 479 ss.

⁵³ I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis* cit., 238. Non mi sembra oscuro il riferimento alla rivendica, come ritiene M. VINCI, *Fines regere* cit., 471, convinto che la costituzione avesse definitivamente equiparato le due azioni, perché, se la pretesa dell'attore in rivendica avesse compreso anche la striscia di confine tra due fondi, in relazione ad essa non si sarebbe potuta sollevare, prima dell'intervento di Teodosio I, alcuna eccezione di usucapione, eccezione invece ora ammessa in entrambe le azioni.

⁵⁴ Seguendo una vecchia chiave di lettura che risale ad A. ALCIATUS, *De quinque pedum praescriptione liber unus*, Lugduni 1529, 1-48, il quale, a mio avviso correttamente, ritiene (8) che il divieto di usucapione entro i cinque piedi fosse una regola generale che avrebbe potuto trovare applicazione anche al di fuori dell'*actio finium regundorum*, ma anche in altri tipi di controversia.

riduzione a trent'anni da parte di Teodosio II – al fine di frenare l'invidia del *petitor improbus*, nelle ipotesi in cui sia possibile individuare, grazie alla tecnica degli agrimensori, un corretto confine sulla base degli antichi segni terminali.

In effetti, il provvedimento viene motivato a tutela del convenuto, il quale aveva coltivato diligentemente una parte di fondo altrui e non avrebbe potuto sollevare alcuna eccezione (*rectius, praescriptio*) di usucapione della porzione coltivata, se l'antico divieto non fosse stato eliminato. Di conseguenza, veniva concesso al convenuto in una *actio finium regundorum* o in una *rei vindicatio* di opporre la *longi temporis praescriptio* acquisitiva del fondo altrui coltivato da tanto tempo, anche se si fosse appropriato la striscia di confine, ormai anch'essa usucapibile.

Sul piano teorico, nella costituzione che stiamo esaminando, l'*intentio finalis iurgii* continua ad essere tenuta distinta dalla *locorum intentio*, tanto è vero che solo per l'*actio finium regundorum* (*huiusmodi iurgium*) si prescrive che il giudice sia un arbitro, evidentemente dotato di competenze gromatiche: «*huiusmodi iurgium solo praecipimus iure discingi, quo artis huius peritis omnem commisimus sub fideli arbitrio notionem*». ⁵⁵

Sul piano processuale, invece, l'*actio finium regundorum*, fino ad allora caratterizzata da un regime speciale in termini di usucapione, venne ricondotta alle regole generali valevoli per tutte le altre azioni, regole che da questo momento avrebbero dovuto osservare anche gli agrimensori, in funzione di arbitri. Ne sarebbe conseguito che il *confinium*, ormai ridotto ad linea ideale e priva di spessore, avrebbe differenziato possessi che il convenuto, tanto in rivendica quanto nella *finalis quaestio*, avrebbe potuto eccepire di avere usucapito: siamo di fronte, a mio avviso, alle radici dell'equiparazione sul piano funzionale tra rivendica e regolamento di confini, poiché entrambe le azioni, a partire da questa costituzione di Teodosio, avrebbero potuto raggiungere il medesimo effetto, sia di ripristino dell'estensione delle rispettive proprietà e possessi, sia del confine tra due fondi: in entrambi i casi, essendo sottoposte al medesimo regime, si sarebbe potuta sollevare l'eccezione di usucapione.

Ciò si può notare, a mio avviso, fin da un altro provvedimento di Teodosio I, Arcadio e Onorio, solo di qualche anno successivo nel quale, per la prima volta, si adombra la possibilità di una certa confusione tra rivendica e azione di regolamento di confini, confusione derivante dal fatto che l'antico criterio discrezionale dei *quinque pedes* non avrebbe trovato più riscontro sul piano fattuale della configurazione del *confinium*:

CTh. 2.26.5 IMPPP. THEODOSIUS, ARCADIUS ET HONORIUS AAA. RUFINO PRAEFFECTO PRAETORIO. *Cunctis molitionibus et machinis amputatis finalibus iurgiis ordinem modumque praescripsimus ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque, qui veteri iure praescripti sunt, sine observatione temporis arbitros iussimus iudicare. quod si loca in controversiam veniant, sollemniter de his iudices recognoscent et seu civilis seu criminalis actio competet, tribuetur ita, ut causa cognita et redhibitioni obnoxius decernatur nec poenam convictus aufugiat*. DAT. PRID. NON. NOVEMB. CONSTANTINOPOLI ARCADIO A. II ET RUFINO CONSS. [a. 392]. ⁵⁶

Il provvedimento, al fine di contrastare *molitiones* e *machinae*, ribadisce sul piano procedurale la competenza a giudicare da parte degli arbitri, per le controversie entro i cinque

⁵⁵ Sulla funzione degli arbitri nell'*actio finium regundorum*, vd.: G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., 157 ss., 165 ss.

⁵⁶ Sul testo vd. M. VINCI, *Fines regere* cit., 484 ss., convinto che esista una frattura tra la precedente regolamentazione di Teodosio I risalente al 385 e questa, del 392, indice, per l'Autore, di una chiara e rinnovata sensibilità nei confronti della tradizionale distinzione tra *controversiae de fine* e *de loco*.

piedi, secondo il *vetus ius*; mentre per le controversie sui *loca* si ripropone la competenza a giudicare ‘solennemente’ da parte dei giudici. Se, per un verso, viene ribadito il criterio – si badi, però, ormai presentato come risalente al *vetus ius* – dello spazio di *quinque pedes* per identificare il *finalis iurgium*, tuttavia esso appare funzionale a contrastare *molitiones* e *machinae*, le quali non si può escludere che riguardino i tentativi ingannevoli da parte degli attori di incardinare controversie di regolamento di confine, per sottrarsi all’onere probatorio della rivendica, anche per spazi di terra contestati superiori ai cinque piedi.

Inevitabilmente, azione di regolamento di confini e rivendica finirono per diventare sovrapponibili, tanto è vero che, nella seconda parte, la costituzione si premura di precisare che, ove vengano in considerazione i *loca* (*si loca in controversiam veniant*), debbano svolgersi, prioritariamente rispetto alla *quaestio finalis*, sia eventuali controversie civili (che non esiterei ad indentificare con la rivendica), sia eventuali cause criminali, (che tenderei ad individuare nella repressione del *crimen de termino moto*), al fine di evitare che l’attore in regolamento di confini si sottragga alla sanzione civile o alla pena criminale che gli spettava.⁵⁷

Ciò mostra la possibilità che l’azione di regolamento di confini potesse essere esercitata per fini ulteriori a quelli che dovrebbero essere stati suoi propri, ossia al fine di riconoscere all’attore la titolarità di una porzione di terreno altrui (*loca*) – eludendo l’onere della prova nella rivendica o magari tentando di approfittare di un abusivo spostamento dei *termini* – adducendo la necessità di un riposizionamento della linea di confine. In situazioni del genere, fatalmente, l’*actio finium regundorum* avrebbe finito per sovrapporsi alla rivendica e di questo rischio la costituzione si mostra consapevole, disciplinando l’ordine di priorità nel quale le due azioni si sarebbero dovute svolgere, se avessero entrambe riguardato i *loca* (*quod si loca in controversiam veniant*). Tuttavia, sul piano teorico, la *finalis quaestio* viene ancora tenuta distinta dalla *controversia de loco*, si continua ad invocare il criterio dei *quinque pedes* per distinguere l’ambito di applicazione delle due azioni: come ci accorgeremo dall’esame della legislazione giustiniana, si sarebbe trattato dell’ultima volta.

3.3. – Infatti, la novità più evidente della disciplina dell’*actio finium regundorum* in diritto giustiniano consiste nel definitivo abbandono dei *quinque pedes*, sia come misura del *confinium*,⁵⁸ sia quale criterio per differenziare quest’ultima azione dalla rivendica. Ciò risulta abbastanza evidente dalla riduzione subita dalle costituzioni contenute nel Codice Teodosiano all’atto del loro inserimento nel titolo 3.39 *Finium regundorum* del Codice.⁵⁹ Infatti,

⁵⁷ Secondo I. CROMME, *Vindicatio incertae partis* cit., 108 ss., l’*actio finium regundorum* e la *rei vindicatio* finirono per essere inglobate all’interno di un’unica azione, per effetto di un lento procedimento cominciato con Costantino.

⁵⁸ Il *fnis* viene, non a caso, definito nelle Istituzioni imperiali senza alcun riferimento a questa misura, I. 1.12.5: ... *dictum est autem postliminium a limine et post, et eum qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit postliminio reversum recte dicimus. nam limina sicut in domibus finem quendam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. hinc et limes dictus est quasi finis quidam et terminus. ab eo postliminium dictum quia eodem limine revertebatur quo amissus erat. sed et qui victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur.*

⁵⁹ Per un quadro di insieme di questo titolo del Codice, cfr.: F.T. HINRICHS, *Zur geschichte der Klage finium regundorum* cit., 221 ss.; M. VINCI, *Fines regere* cit., 512 ss., il quale condivisibilmente sottolinea (515) come la specificità dell’azione di regolamento di confini è offuscata e attratta nella sfera delle azioni reali, divenendone una semplice *causa petendi*, poiché ad essa si sarebbe potuto fare ricorso qualora fosse stata contestata la linea di confine, anche esauendo così il *petitum* dell’attore, il quale avrebbe potuto mascherare da regolamento di confini una rivendica, con evidente vantaggio probatorio rispetto alla *probatio diabolica*.

a parte le prime due costituzioni dioclezianee dedicate alla materia delle prove,⁶⁰ Giustiniano ha selezionato tanto le costituzioni costantiniane, quanto quelle teodosiane analizzate nel paragrafo precedente. Tuttavia, delle tre costituzioni di Costantino presenti nel Teodosiano, sono state inserite solo le prime due,⁶¹ mentre CTh. 2.26.3 è stata omessa: si tratta di una omissione significativa, atteso che riguarda il testo che ribadiva ancora il criterio dei *quinque pedes* al fine di differenziare l'azione di regolamento di confini dalla rivendica.

Ancora più evidente è, poi, la scelta di abbandonare ufficialmente il criterio dei *quinque pedes* come criterio differenziale tra le due azioni, dal confronto tra le due versioni della costituzione di Teodosio I, Arcadio e Onorio del 392 d.C. contenute nel codice Teodosiano e nel *codex repetitae praelectionis*:⁶²

CTh. 2.26.5 IMPPP. THEODOSIUS, ARCADIVS ET HONORIUS AAA. RUFINO PRAEFECTO PRAETORIO. *Cunctis molitionibus et machinis amputatis finalibus iurgiis ordinem modumque praescripsimus ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque, qui veteri iure praescripti sunt, sine observatione temporis arbitros iussimus iudicare. quod si loca in controversiam veniant, sollemniter de his iudices recognoscent et seu civilis seu criminalis actio competet, tribuetur ita, ut causa cognita et redhibitioni obnoxius decernatur nec poenam convictus aufugiat.* DAT. PRID. NON. NOVEMB. CONSTANTINOPOLI ARCADIO A. II ET RUFINO CONSS. [a. 392]

C. 3.39.6 IMPPP. THEODOSIUS, ARCADIVS ET HONORIUS AAA. RUFINO PRAEFECTO PRAETORIO. *Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis decernimus, in finali quaestione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere.* DAT. PRID. NON. NOVEMB. CONSTANTINOPOLI ARCADIO A. II ET RUFINO CONSS. [a. 392]

La versione giustiniana appare ampiamente accorciata. Il testo contiene solo la precisazione secondo la quale all'*actio finium regundorum* non si applicava la *longi temporis praescriptio* ma la *praescriptio triginta annorum*. Quest'ultima era stata introdotta in precedenza da Teodosio II ed estesa a tutte le azioni, tranne proprio l'*actio finium regundorum*.⁶³

Il dato più interessante ai miei fini è che ancora una volta scompare il riferimento al criterio dei *quinque pedes*. Di CTh. 2.26.4 viene salvato – coerentemente – solo il riferimento all'abolizione del divieto di usucapione del *confinium*, a conferma della sua riduzione a linea

⁶⁰ Esaminate da M. VINCI, *Fines regere* cit., 283 ss. e 496 ss.

⁶¹ Ho preso in esame i testi, *supra* nt. 44. Rinvio a J. DE MALAFOSSE, *L'interdit momentaire possessionis. Contribution a l'histoire de la protection possessoire en droit romain*, rist. Roma 1967, 39-41, per un esame delle modifiche subite dalle costituzioni costantiniane in questione, all'atto del loro inserimento all'interno del *codex repetitae praelectionis*.

⁶² Per un confronto tra i due testi cfr. L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte speciale (materiali)*, a cura di G. Falcone, Torino 2018, 246 s.

⁶³ Sul punto, cfr. G. BROGGINI, *Regolamento di confini* cit., 31, il quale ricorda che la *praescriptio triginta annorum* era stata esclusa da Teodosio II per la *petitio finium regundorum* con una costituzione del 424 d.C. (CTh. 4.14.1 pr.); fu solo Giustiniano ad estendere questa azione al regolamento di confini (con due costituzioni: C. 7.39.3 pr. e C. 3.39.6), sebbene lo studioso non escluda che si possa anticipare tale estensione alla tarda età postclassica, come parrebbe da Nov. Val. 35. Sul punto cfr. anche: E. I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrecht* cit., 236 ss.; M. VINCI, *Fines regere* cit., 517 s.

ideale, priva dello spessore di cinque piedi che l'aveva caratterizzata fin da età decemvirale.⁶⁴

In questa maniera viene portata a compimento, anche sul piano processuale, l'elisione del fondamento che aveva costituito, per tutta l'età repubblicana e classica, l'unico criterio differenziale tra *actio finium regundorum* e *rei vindicatio*: il *confinium* dello spessore di cinque piedi. Questa striscia di terreno, infatti, costituiva sia l'oggetto materiale esclusivo dell'*actio finium regundorum*, sia il criterio oggettivo capace di differenziare il campo di applicazione di questa azione da quello della *rei vindicatio*. Mentre in età postclassica, sebbene il *confinium* come striscia di terreno fosse stato superato dall'abbandono della tecnica della *centuriatio* e dall'adozione delle prassi ellenistiche applicate sui fondi provinciali, esso rimaneva come criterio differenziale tra le due azioni, in età giustiniana anche quest'ultimo venne abolito.

La conseguenza, non saprei dire quanto consapevole, fu quella di consegnare alla storia due azioni tenute distinte e separate e alle quali sono dedicati appositi titoli sia nel Digesto (D. 6.1 *De rei vindicatione* e 10.1 *Finium regundorum*) sia nel Codice (3.32 *De rei vindicatione* e 3.39 *Finium regundorum*), senza tuttavia che una sola parola sia spesa circa il criterio per differenziarle, una volta venuto meno quello dei *quinque pedes*.⁶⁵ Piuttosto, in diritto giustiniano si assiste ad una strisciante assimilazione tra le due azioni le quali vengono ora distinte solo sul piano funzionale, essendo la *rei vindicatio* volta al recupero del possesso⁶⁶ e la *finium regundorum* al regolamento di confini.⁶⁷

Come si sarebbe palesato in età moderna, a cominciare dal diritto giustiniano, eliminato il presupposto dei *quinque pedes*, si sarebbe cominciato a pretendere di distinguere le due azioni solo sul piano funzionale: l'una dedicata al recupero del possesso, l'altra alla definizione dei confini, sebbene una sarebbe potuta pervenire al medesimo risultato dell'altra. Del resto, anche l'*adiudicatio*, l'elemento formulare distintivo dell'*actio finium regundorum* in età classica, finisce per non essere più caratteristica dell'azione in età giustiniana, ridotta com'è ad una funzione residuale, ossia utilizzabile dal giudice nel solo caso in cui sia maggiormente idoneo a tracciare confini più evidenti:

I. 4.17.6-7: *Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet iudex, an necessaria sit adiudicatio. quae sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus*

⁶⁴ C. 3.39.5 IMPPP. VALENTINIANUS, THEODOSIUS ET ARCADIUS AAA. NEOTERIO PRAEFECTO PRAETORIO. *Quinque pedum praescriptione summota finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio*. DAT. VII K. AUG. ARCADIO A. I ET AAUTONE CONSS. [a. 385].

⁶⁵ Per uno sguardo di insieme ai frammenti contenuti nel titolo 10.1 del Digesto vd.: R. KNÜTEL, *Die actio finium regundorum und die ars gromaticae* cit., 303 ss.; B. H. STOLTE, *Finium regundorum and the Agrimensores*, in *Subseciva Groningana* 5, 1992, 41-59; W. KAISER, *Spätantike Rechtstexte in agrimensurischen Sammlungen*, in *ZSS* 130, 2013, 273-347.

⁶⁶ I. 4.6.1-2: *Veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est*. [2] *Aequae si agat, ius sibi esse re, fundo forte vel aedibus*.

⁶⁷ I. 4.6.20: *item finium regundorum, quae inter eos agitur, qui confines agros habent*. Ad avviso di G. BROGGINI, *Regolamento di confini* cit., 31, in età giustiniana tutti i litigi tra proprietari confinanti, sia *de fine* sia *de loco*, sarebbero rientrati nella categoria delle *quaestiones finales* (C. 3.39.6) risolte attraverso l'*actio finium regundorum*, *quae inter eos agitur, qui confines agros habent*, come precisa il passo delle Istituzioni imperiali. Tuttavia, il testo istituzionale solo in apparenza pare fare rientrare nel campo di applicazione dell'*actio finium regundorum* tutte le liti tra proprietari confinanti, perché il corrispondente PT 4.6.20, precisa come solo le controversie di regolamento di confine sarebbero state incardinabili per mezzo dell'*actio finium regundorum*: καὶ τὸ FINIUM REGUNDORUM, μεταξύ τῶν ἀγρογεϊτόνων γυμναζόμενον οἷτινες περὶ ὄρων πρὸς ἀλλήλους ἔχουσι φιλονεικίαν.

*distingui agros commodius sit quam olim fuissent distincti; nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari: quo casu conveniens est ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. eo quoque nomine damnandus est quisque hoc iudicio, quod forte circa fines malitiose aliquid commisit, verbi gratia quia lapides finales furatus est aut arbores finales cecidit. contumaciae quoque nomine quisque eo iudicio condemnatur, veluti si quis iubente iudice metiri agros passus non fuerit. [7] Quod autem istis iudiciis alicui adiudicatum sit id statim eius fit cui adiudicatum est.*⁶⁸

3.4. – Se la disciplina giustiniana che ho appena esposto è quella ufficiale, discendente cioè da testi dotati di efficacia normativa, tuttavia, forse anche a causa dell'impossibilità di rinvenire all'interno della Compilazione alcun criterio discrezionale tra le due azioni, il criterio dei *quinque pedes* riaffiora sottotraccia. Ciò accade, per esempio, nel trattato *De Actionibus*,⁶⁹ un prontuario di azioni ad uso dei pratici, con tutta verosimiglianza da datare in epoca pregiustiniana, almeno nel nucleo originario al quale appartiene il paragrafo di nostro interesse e, comunque in uso durante tutto il VI secolo d.C.:

De Actionibus 17: [SITZIA]: Εἰ δὲ περὶ ὅρων γῆς, ἐντὸς ε' ποδῶν οὐσης τῆς ζητήσεως, τὸ finium regundorum, τούτέστι περὶ φιλονεικίας συνόρων·

εἰ δὲ περὶ πλείονος γῆς in rem, ἡγουν ἀγωγὴν ἀπαιτοῦσαν πρᾶγμα ἀκίνητον ὅπερ τις εἶχε καὶ ἐξέπεσεν ἐξ αὐτοῦ.⁷⁰

Il trattato recupera il tradizionale criterio di distinzione tra il campo di applicazione dell'*actio finium regundorum* e quello della *rei vindicatio*, forse anche per colmare il vuoto di disciplina che si riscontra, sul punto, all'interno della Compilazione;⁷¹ per cui non potrebbe

⁶⁸ Sul passo, cfr. G. BROGGINI, *Regolamento di confini* cit., 29; V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari. II. In tema di adiudicatio* cit., 16 ss.; F.T. HINRICHS, *Zur geschichte der Klage finium regundorum* cit., 204; A. MAGDELAINE, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in RIDA 27, 1980, 236; L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano* cit., 133 ss.; M. VINCI, *Fines regere* cit., 286 ss. e 494 ss. In particolare, M. KASER, *Adiudicare bei der actio finium regundorum und bei den Vindikationen* cit., 88 ss. (= *Ausgewählte Schriften* 2 cit., 117 ss.), deduce dal passo delle Istituzioni imperiali la non necessaria presenza dell'*adiudicatio* nella formula dell'*actio finium regundorum*.

⁶⁹ F. SITZIA, *De actionibus. Edizione e commento*, Milano 1973, 75 ss., condivisibilmente data in epoca pregiustiniana il nucleo più antico di questo prontuario di azioni, elencate a beneficio degli operatori del diritto che le impiegavano nel *libellus conventionis*; concorde J.-D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *El tractado de actionibus y sus apéndices*, Santiago de Compostela 2016, 114 ss.

⁷⁰ Sul passo vd.: L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano* cit., 128; M. VINCI, *Fines regere* cit., 492 ss.

⁷¹ M. VINCI, *Regolamento di confini e rivendicazione. Storia e dommatica di una distinzione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli 2006, 413, paginazione seguita (= in *Sfruttamento tutela e valorizzazione del territorio. Dal diritto romano alla regolamentazione europea ed internazionale*, a cura F. Reduzzi Merola, Napoli 2007, 47 ss.), sottolinea come, ormai in età giustiniana «l'*actio finium regundorum* perde la funzione di strumento processuale per la determinazione della linea di confine tra i fondi per trasformarsi in una sorta di '*causa petendi*' della rivendica che rimane l'unico rimedio messo a disposizione di colui che contesti l'andamento del confine osservato di fatto: l'esperimento della rivendica finisce per produrre un regolamento di confini *ex post*, perché ristabile le proprietà si ristabilisce anche la linea di confinazione». Similmente, F. T. HINRICHS, *Zur geschichte der Klage finium regundorum* cit., 175 s., prospetta una unificazione delle due azioni in età giustiniana. Queste posizioni sono condivisibili sotto il profilo della sostanza, sebbene non si debba perdere di vista che nel sistema della Compilazione le due azioni restino distinte e separate sul piano teorico e anche nella relativa denominazione nel libello di

destare alcuna sorpresa che ancora nella pratica forense si continuasse a seguire l'antico criterio materiale sviluppato dagli agrimensori ed accolto dai giuristi. Del resto, che questo fosse lo stato del diritto vivo in età bizantina lo si potrebbe desumere – ma il condizionale è d'obbligo, come subito dirò – da un commento di Teodoro di Ermopoli al Codice di Giustiniano risalente alla seconda metà del VI secolo d.C.,⁷² di cui informa Cuiacio, nei seguenti termini:

11. Si lis constat intra pedes q. Theodorus Hærmopolites hæc scribit: *finium regundorum actionem dari*, ἐντὸς πέντε ποδῶν οὐσης τῆς ζητήσεως· εἰ δὲ πλείονος γῆς, τὴν in rem. Si lis constat intra quinque pedes, si de ampliore terra controversia sit actione in rem v. l. si finalis, Cod. Theod. eod. tit.⁷³

Il giurista umanista, del cui pensiero mi occuperò nella prossima sezione,⁷⁴ attesta che Teodoro di Ermopoli⁷⁵ avrebbe applicato il criterio differenziale tra l'azione *finium regundorum* e l'azione *in rem*, a seconda che l'oggetto della controversia fosse contenuto all'interno

domanda. Sui limiti e i casi nei quali restava opportuno in età giustiniana denominare l'azione nel *libellus conventionis*, mi permetto di rinviare al mio *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustiniano*, Torino 2018, *passim*.

⁷² Sul commento al Codice di questo σχολαστικός, proveniente dall'insegnamento come provano le numerose ἐρωταποκρίσεις che corredano il testo e precedente alla redazione del *Breviarium Novellarum*, databile a sua volta al 575 d.C., data della Novella più recente commentata da Teodoro, vd.: J.-A.-B. MORETTEUIL, *Histoire du droit Byzantin ou du droit romain dans l'empire d'Orient, depuis la mort de Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453*, I, Paris 1843, rist. Osnabrück 1966, 309 ss.; N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs du code de Justinien*, 's-Gravenhage 1953, 119 ss.; J.H.A. LOKIN-N. VAN DER WAL, *Historiae iuris graeco-romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, 58; S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino* (trad. it. a cura di P. Buongiorno), Torino 2015, 91 ss.; F. SITZIA, *Theodorus e l'insegnamento degli σχολαστικοί nella storia del diritto bizantino*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 189 ss. [= *Scritti di diritto romano. Volume II. Da Giustiniano al Diritto romano d'Oriente*, a cura di F. Botta, A. Cherchi, O. Diliberto, M.V. Sanna, Napoli 2020, 481 ss.]; ID., *Teodoro di Ermopoli. Giurista di livello o autore di opere mediocri?*, in *KOINΩNIA* 41, 2017, 27 ss. [= *Scritti di diritto romano. Volume II* cit., 699 ss.].

⁷³ J. CUIACIUS, *Paratitla in libros novem Codicis Justiniani. In lib. III tit. XXXIX Finium regundorum*, in *Opera Omnia*, VIII, ed. Prati, 1839, col. 726. Il passo è addotto da O. KARLOWA, *Beiträge zur Geschichte des Römischen Civilprozesses*, Bonn 1865, 159 s., al fine di dimostrare che, ancora in diritto giustiniano secondo il parere di Teodoro di Ermopoli, si distinguesse tra *actio finium regundorum* e *rei vindicatio*. Di contrario avviso F. SITZIA, *De actionibus* cit., 84 ss., secondo il quale questo testo del Cuiacio, unitamente a quello di cui ci occuperemo *infra*, § 4.2, potrebbe ben riferire opinioni anteriori all'età giustiniana. Con particolare riferimento, poi, a questo testo in cui compare il parere di Teodoro di Ermopoli, sempre secondo F. SITZIA, *De actionibus* cit., 85, si potrebbero nutrire dubbi circa la sua effettiva riferibilità a Cuiacio, infatti, il passo non compare in alcuna delle edizioni delle opere di Cuiacio precedenti a quella curata dal Fabroto, il quale inserisce proprio a commento di Bas. 58.9.14 = C. 3.39.1 un testo assai somigliante a quello di cui è testimone Cuiacio. Secondo lo studioso sardo, pertanto, non si potrebbe escludere una paternità fabrotiana del frammento.

⁷⁴ *Infra*, PARTE II – DIRITTO DI ETÀ INTERMEDIA, § 4.2.

⁷⁵ Nonostante l'espressa attribuzione a Teodoro di Ermopoli da parte di Cuiacio, corre l'obbligo di precisare che la citazione potrebbe provenire dall'*Ecloga Basilicorum*, opera della letteratura giuridica bizantina che, nel sedicesimo secolo, era erroneamente attribuita proprio a Teodoro di Ermopoli, come chiarisce C.W.E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX, T. VI, Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, Lipsiae 1870, 178, sebbene occorra precisare che nei limiti in cui l'*Ecloga Basilicorum* ci è pervenuta, ossia solo relativamente ai primi dieci libri dei Basilici, questo testo non compare.

dei *quinque pedes* dal confine o fosse più ampio, esattamente come disponeva l'ultima costituzione del titolo 2.26 del Codice Teodosiano, di Teodosio I, Arcadio e Onorio (CTh. 2.26.5) che per l'ultima volta aveva ribadito il criterio dei *quinque pedes*, poi eliminato dai compilatori di Giustiniano all'atto dell'inserimento del testo all'interno del *codex repetitae praelectionis* (C. 3.39.6).

Si tratterebbe di una conferma che nella pratica del diritto del sesto secolo ancora il criterio dei *quinque pedes* era osservato come in passato, senza che le riforme di Giustiniano avessero inciso in alcun modo sul punto. Questa conclusione – che peraltro resta salda anche solo sulla base del dettato di *De Actionibus* 17 – tuttavia deve tenere conto dell'impossibilità di confermare la citazione di Cuiacio. Il giurista umanista disponeva verosimilmente di un manoscritto dei Basilici contenente scolii, tra cui quello di Teodoro, ovvero un manoscritto della *Summa Codicis*,⁷⁶ ossia del commento di Teodoro di Ermopoli al Codice di Giustiniano, a noi non pervenuto.⁷⁷ Infatti, i soli frammenti del commento di Teodoro che oggi possiamo leggere provengono indirettamente da altre opere della letteratura giuridica bizantina, specialmente dagli scolii ai Basilici e dalla *Synopsis Eclogae*.⁷⁸ Tuttavia, all'interno delle edizioni critiche⁷⁹ della *Summa Codicis* di Teodoro curate da Scheltema e Lug negli anni '70 dello scorso secolo non si rinviene traccia del testo di cui è testimone Cuiacio. Né si può escludere che il testo citato da Cuiacio provenisse dall'*Ecloga Basilicorum*, attribuita da Cuiacio proprio a Teodoro di Ermopoli: in questo caso è necessario ipotizzare che Cuiacio disponesse di un manoscritto dell'*Ecloga* più ampio di quelli giunti fino a noi, i quali coprono solo i primi dieci libri dei Basilici.

A prescindere, comunque, dalla veridicità della notizia fornita dal giurista umanista, già solo sulla base del testo del *De Actionibus* è possibile sostenere che il criterio dei *quinque pedes* continuò ad essere seguito nella pratica forense del VI secolo d.C., in assenza di alcun

⁷⁶ Sul punto cfr. H.J. SCHELTEMA, *Fragmenta breviarii Codicis a Theodoro Hermopolitano confecti e Synopsi erotematica collecta*, in *Studia Byzantina et Neohellenica Neerlandica*, a cura di W.F. Bakker, A.F. van Gemert, W.J. Aerts, Leiden 1972, 15 [= *Opera minora ad iuris historiam pertinentia. Collegerunt N. van der Wal, J.H.A. Lokin, B.H. Stolte, Roos Meijering*, Groningue 2004, 375].

⁷⁷ Il titolo esatto dell'opera è, invero, ignoto, come segnala C.E. ZACHARIAE, *ANAKOTA. Theodori Scholastici Breviarium Novellarum, Collectio Regularum iuris ex Institutionibus, Fragmenta Breviarii Codicis a Stephano antecessore compositi, Appendix Eclogae, Fragmenta Epitomae Novellarum Graecae ab Anonymo sive Iuliano confectae, Fragmenta Novellarum ex variorum Commentariis, Edicta praefectorum praetorio*, Lipsiae 1843, XXXIV, il quale enumera una serie di possibili intitolazioni: *Breviarum Codicis*, per simmetria con il *Breviarium Novellarum* del quale, invece, è pervenuto un manoscritto del Monte Athos, pubblicato dal medesimo studioso; ma anche: *Summa Codicis*, per la sua minore estensione rispetto al *Breviarium Novellarum* e, ancora: Σύνοψις ἐκλογῆς ἐκ τῶν κωδίκων Θεοδώρου Ἑρμοπολίτου, ma anche Ἐκλογὴ ἐκ τῶν κωδίκων, σύντομος κώδιξ, quest'ultimo titolo derivato da un appellativo attribuito dai giuristi bizantini all'antecessore Stefano, probabilmente il maestro di Teodoro di Ermopoli. In astratto sarebbe anche possibile credere che il commento in questione provenisse da un manoscritto dei Basilici che conteneva il libro 58.9 corredato di scolii, tra cui il nostro di Teodoro. Tuttavia, con riferimento a quest'ultima ipotesi si deve segnalare la difficoltà consistente nel fatto che lo scolio si riferisce alla versione teodosiana di CTh. 2.26.5 e non potrebbe essere stato pensato con riferimento al testo inserito del *codex repetitae praelectionis*.

⁷⁸ I cui più importanti manoscritti sono il *Codex Vindobonensis iuridicus graecus* 2 e il *Codex Vindobonensis iuridicus graecus* 3, sui quali cfr.: G. MEERMAN, *Novus Thesaurus juris civilis et canonici, continens varia et rarissima optimum interpretum, imprimis Hispanorum et Gallicum opera, Tam Edita antehac, quam Inedita*, T. VI, Hagæ-Comitum 1753, 865-872.

⁷⁹ Da parte di H.J. SCHELTEMA, *Fragmenta breviarii Codicis a Theodoro Hermopolitano confecti e Synopsi erotematica collecta* cit., 9 ss. [= *Opera minora ad iuris historiam pertinentia* cit., 371 ss.] e H.R. LUG, *Ein Bruchstück des Kodex-Kommentars des Theodorus*, in *Fontes minores* I, Frankfurt am Main, 1976, 1 ss.

criterio discreitivo proposto da Giustiniano, il quale si era premurato solo di eliminare quello dei cinque piedi attestato dalle costituzioni tardo antiche.

L'età giustiniana rappresenta il periodo storico nel quale affondano le incertezze che si sarebbero palesate nelle età successive poiché, abrogato il criterio dei *quinque pedes*, l'unico criterio in grado di distinguere le azioni di regolamento di confini e di rivendicazione sarebbe stato quello funzionale.⁸⁰

L'azione di regolamento di confini avrebbe avuto come effetto principale quello di rendere chiari confini incerti, mentre la rivendicazione quello del recupero del possesso;⁸¹ tuttavia, ciascuna delle due azioni produceva un effetto secondario, esattamente coincidente con l'effetto primario dell'altra, finendo per renderle perfettamente sovrapponibili. La sistemazione dei confini, infatti, poteva comportare una nuova redistribuzione delle aree delle proprietà confinanti, diversa dai possessi precedenti all'azione e, viceversa, la nuova ridefinizione di una proprietà agraria sulla base del titolo esibito dall'attore, avrebbe imposto una nuova demarcazione dei confini. L'insufficienza del criterio della funzione dell'azione al fine di differenziare l'azione di regolamentazione dei confini e la rivendica sarebbe drammaticamente esplosa, come ci renderemo conto nella prossima parte, nel Medio Evo, quando ci si sarebbe resi conto che le due azioni potevano essere esercitate in maniera fungibile e, specialmente, l'azione di regolamento di confini poteva essere preferita dall'attore al fine di evitare la *probatio diabolica* implicata dalla rivendica.

PARTE II – ETÀ INTERMEDIA

4.1. IL RAPPORTO TRA *ACTIO FINIUM REGUNDORUM* E *REI VINDICATIO* NEL PENSIERO DEI GLOSSATORI E DEI POSTGLOSSATORI.

La questione del rapporto tra *actio finium regundorum* e *rei vindicatio* è presente nel pensiero di alcuni giuristi medievali, i quali non rinvenivano all'interno della Compilazione alcun criterio discreitivo tra le due azioni, essendo stato eliminato quello dei *quinque pedes*.⁸²

⁸⁰ M. VINCI, *Regolamento di confini e rivendicazione* cit., 410 s., giustamente individua nell'età giustiniana l'origine della commistione sostanziale tra le due azioni, con la conseguente «riduzione dell'*actio finium regundorum* a pressoché vuoto *nomen iuris*» e la sua trasformazione ad una semplice *vindicatio finium*, ossia una rivendica avente per oggetto i confini.

⁸¹ Infatti, come noto, nel processo libellare giustiniano, venuto meno il principio formulare della condanna pecuniaria, il giudice, unitamente alla pronuncia circa l'appartenenza della cosa, condannava alla restituzione del possesso all'attore. Grazie alla possibilità di una esecuzione in forma specifica, l'attore avrebbe potuto ottenere l'esecuzione della sentenza chiedendo di essere reintegrato nel possesso. Un'efficace sintesi del contenuto della sentenza di rivendica nel processo civile giustiniano in M. MARRONE, *s.v. Rivendicazione* (*dir. rom.*), in *Enc. Dir.* 41, Milano 1989, 29 (= *Scritti Giuridici*, a cura di G. Falcone, I, Palermo 2003, 413).

A questo esito ha contribuito anche la tendenziale assimilazione, in età giustiniana, degli interdetti, strumenti specificamente volti al reintegro nel possesso, alle azioni utili. Il fenomeno – dovuto al venire meno delle differenze procedurali tra procedura interdittale e procedura nascente da *editio actionis* – è stato reso possibile per mezzo della creazione della discussa *actio ex causa interdicti*, attestata da I. 4.15.8: *De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset*. Per un esame aggiornato della questione del rapporto tra *actio ex causa interdicti* e *actio utilis*, rinvio a R. FERCIA, 'Actiones' ed 'actio utilis ex causa interdicti': vicende storiche, anomalie, opacità, in *Diritto@Storia* 8, 2009, s.n.p.

⁸² Per un inquadramento dei conflitti di confine nel diritto medievale, rinvio a: M. BELLOMO, *Confini*

Per questa ragione, le prese di posizione sul punto sono tutte orientate a distinguere le azioni a seconda dell'oggetto e della funzione, ma in un contesto in cui già entrambe le azioni presentavano profili di sovrapponibilità.

Così accade, innanzi tutto per la Glossa 'Coharet' a C. 3.39.3⁸³ nella quale si ritrova la più dettagliata trattazione circa i criteri discretivi tra le due azioni nel pensiero dei glossatori:

Glossa 'Coharet': *sicut enim in rei vindicationes inquirat Iudex, quid, et quantum sit meum: sic et hic, cum dicam ultra terminos, vel ultra id quod dicit adversarius, esse meum: sed in rei vindicatione ideo quaerit, ut totum restituatur ei, cuius est, at hic quandoque non totum restituitur, sed alteri adiudicatur, et ille isti in eius aestimatione condemnatur rell.*

Il testo mostra come la *rei vindicatio* e l'*actio finium regundorum* potevano coprire lo stesso campo, di guisa che in entrambi i casi il giudice (*in rei vindicatione ... sic et hic*) avrebbe dovuto valutare tanto il profilo del *quid* quanto quello del *quantum sit meum*. L'unica differenza è dunque legata all'oggetto e alla funzione dell'azione: mentre nella rivendica si chiede la restituzione dell'intero fondo posseduto dal convenuto, *ultra terminos*, nell'*actio finium regundorum* si chiede invece l'assegnazione (*adiudicatio*) del solo confine, salva la condanna all'*aestimatio* a favore della parte che ha dovuto cedere una parte del proprio fondo, per consentire il ripristino dei confini.

Dunque, verrebbe da dire, la Glossa recepisce, da un verso, due azioni tra loro strutturalmente diverse ma, dall'altro verso, ammette che in esse l'istruttoria del giudice sia identica sia sotto il profilo del *quid* sia sotto il profilo del *quantum*, differenziandosi solo per l'oggetto: un intero fondo (o una sua parte) nella rivendica, il confine nell'*actio finium regundorum*. Tuttavia, in assenza di elemento materiale capace di esattamente distinguere dove finisce il confine e dove comincia il fondo altrui – funzione quest'ultima svolta dalla striscia di *quinque pedes* nel diritto romano di età repubblicana e classica – tanto la rivendica si sarebbe potuta impiegare in funzione di regolamento di confini, quanto l'*actio finium regundorum* avrebbe consentito la restituzione di parte del fondo posseduta dal convenuto.

Proprio in quest'ultima applicazione l'*actio finium regundorum* viene descritta dalla Glossa 'Vindicatione' a D. 10.1.1 (Paul. 23 *ad ed.*):⁸⁴

Glossa 'Vindicatione': *Ut si termini non sunt positi prout occupatur terra mea: et velim commodius agros terminari, ut partem meam fundi quam possides, restituas, et in eius finibus commodius ponantur termini ut C. eod. l. Si quis i.*

Forse perché la Glossa riguarda il passo di Paolo collocato in apertura del titolo *De finium regundorum* del Digesto, nel quale l'*actio finium regundorum* è accostata alla *rei vindicatio* (*pro rei vindicatione est*), sebbene sia un'azione *in personam*, tuttavia non può non sorprendere in questo commento che la funzione di ripristino di confini perseguita dall'*actio finium regundorum* sia alternativa rispetto alla rivendica e solo più conveniente (*commodius*). Il

(Regolamento di), in Enc. Dir. 8, Milano 1961, 957 ss.; P. MARCHETTI, *De iure finium: diritto e confini tra tardo Medioevo ed età moderna*, Milano 2001; M. VINCI, *Regolamento di confini e rivendicazione* cit., 413 ss. Riferimenti anche in lavori introduttivi della letteratura gromatica: U. SCHINDEL, *Nachklassischer Unterricht im Spiegel der gromatischen Schriften*, in *Die römische Feldmeßkunst. Interdisziplinäre Beiträge* cit., 375 ss.; M^aJ. CASTILLO PAS-CUAL, *El nacimiento de una nueva familia de textos técnicos: la literatura gromática*, in *Gerión* 14, 1996, 233 ss.

⁸³ GLOSSA 'Coharet' a C. 3.39.3, Lugduni 1560, 516.

⁸⁴ GLOSSA 'Vindicatione' a D. 10.1.1, Lugduni 1560, 898.

commento, infatti, affronta la questione di *termini* che non sono posizionati perché il convenuto ha occupato una porzione di fondo dell'attore (*terra mea*); solo se si vogliono posizionare più comodamente i *termini* rispetto alla rivendica, si potrà intentare l'*actio finium regundorum* la quale avrebbe comportato, come per la rivendica, una parziale restituzione del proprio fondo e la più comoda apposizione dei *termini*.

E similmente,⁸⁵ nella Glossa '*Iudici*' a D. 10.1.2.1 (Ulp. 21 *ad ed.*)⁸⁶ l'*actio finium regundorum* si ritiene utilizzabile per le controversie *in extremitatibus*, anche se non che ci siano termini apposti sui confini, quindi in una situazione di controversia su di una porzione di fondo limitrofo, perfettamente sussumibile all'interno della rivendica:

Glossa '*Iudici*': *Praedium meum et tuum sunt contigua: sed in extremitatibus inter me et te est discordia in alicuius locis, vel forte in tota extremitate: cum ego dicam plus ad me pertinere haec actio erit necessaria sive termini erant in confinibus, sive non. dividet iudex limitem retinendo veteres terminos: vel removeat illos: et ponat alios: et de praedio unius alteri adiudicet: et illum, cui adiudicat, condemnet in aliqua pecunia.*

Il caso prospettato è quello di una controversia tra due proprietari di fondi contigui, dunque una *discordia in alicuius locis*, probabilmente più degna di una rivendica che di un'*actio finium regundorum*, attesa la sua natura di *iudicium duplex*. Inoltre, ad avvicinare questa fattispecie ad una lite petitoria è la domanda dell'attore il quale pretende di possedere una porzione di terreno del convenuto: *cum ego dicam plus ad me pertinere*. Nonostante tutto questo, si sarebbe potuto agire anche con l'*actio finium regundorum*, sia che fossero presenti i *termini* lungo il percorso del confine, ma anche nel caso contrario, fattispecie quest'ultima che avrebbe dovuto suggerire di intentare, piuttosto una rivendica. Eppure, sarebbe stato ben possibile agire con l'*actio finium regundorum*; tanto che la glossa descrive l'*officium* del *iudex* dell'*actio finium regundorum* il quale può scegliere se confermare i *termini* già esistenti ovvero se porne di nuovi, rimuovendo i precedenti abusivamente posti; in questi casi il giudice può procedere all'*adiudicatio* a beneficio di una parte di porzioni del fondo dell'altra, condannando la parte assegnataria ad un conguaglio pecuniario.

4.1.1. Fin dalla Glossa Accursiana, pertanto, si palesa una difficoltà sul piano dogmatico a distinguere l'*actio finium regundorum* dalla *rei vindicatio* in assenza di precisi criteri discretivi rinvenibili all'interno della Compilazione, l'unica fonte disponibile per quei giuristi. Inoltre, nella Glossa si palesano usi indebiti delle due azioni, per i quali una potrebbe essere impiegata al posto dell'altra.

Una conferma all'incertezza sul preciso campo di impiego delle nostre azioni si può rinvenire anche nel pensiero di Piacentino, un giurista glossatore del XII secolo, e di Cino da Pistoia, postglossatore vissuto a cavaliere tra il XIII e il XIV secolo.

A Piacentino⁸⁷ risale la constatazione che l'*actio finium regundorum* potrebbe essere impiegata al posto della rivendica, visto che essa è '*contigua*' a quest'ultima:

In summa sciendum est quia haec actio controversiae proprietatis coharet, et contigua est, ut C. eod. l. siquis: immo si quis per instantiam forte dicat, non coharet: sed eam ipsam occupasti,

⁸⁵ Lo mette molto bene in luce M. VINCI, *Regolamento di confini e rivendicazione* cit., 425 s.

⁸⁶ GLOSSA '*Iudici*' a D. 10.1.2.1, Lugduni 1560, 898.

⁸⁷ PLACENTINUS, *In Codicis Iustiniani Sacratissimi principi repetita praelectione libros IX Summa a Placentino legum interprete excellentissimo aedita. Ad lib. III tit. XXXIX FINIUM REGUNDORUM*, Moguntiae 1586, 124 s.

quia usque adhuc mea est, et ideo finium regundorum actionem te convenio, vindicare videtur: sed certe expressa nocent.

Poiché l'*actio finium regundorum controversiae proprietatis coharet, et contigua est* (come si desume da C. 3.39.3), occorre prescindere dalla domanda dell'attore per individuare la natura giuridica dell'azione intentata; con la conseguenza che se anche l'attore qualifichi la propria azione come *finium regundorum*, ma in realtà pretenda l'attribuzione di porzioni di fondo occupate abusivamente ai danni del convenuto, tale azione appare una rivendica, piuttosto che un regolamento di confini.⁸⁸ Si tratta di una riflessione 'moderna' perché, come vedremo, contiene la critica che gli studiosi del diritto civile avrebbero mosso al cosiddetto 'criterio della domanda', ossia alla necessità di prescindere dalla qualificazione giuridica dell'azione data da parte dell'attore, per evitare abusi, specialmente consistenti nell'intentare da parte dell'attore un'azione di regolamento di confini, per evitare l'onere probatorio caratteristico della rivendica.

Infine, nell'opera di Cino da Pistoia,⁸⁹ e precisamente in occasione del commento al titolo 3.39 del Codice, si trova l'ammissione, quasi una confessione, che secondo alcuni giuristi nell'*actio finium regundorum* si potessero affrontare anche questioni possessorie. Il ragionamento di Cino da Pistoia prende le mosse dalla prospettiva del convenuto, per comprendere se sia stata intentata una rivendica o un'azione di regolamento di confini. Se il convenuto avesse negato e contestato che la porzione di fondo sulla quale sarebbero dovuti passare i confini era dell'attore, per prima cosa si sarebbe dovuta risolvere la questione possessoria, intentando una rivendica:

Si conventus actione finium regundorum neget aliquid occupasse de iure alterius, primo de possessione agendum est, sic a simili prior agitur super proprietate cum negatur.

Ed in effetti, questa soluzione corrisponde al pensiero dei *quidam*, i quali ritengono che prima vadano risolte, per esempio con la rivendica, le questioni possessorie sull'esatta spettanza delle porzioni di fondo, lungo le quali devono sarebbero stati i tracciati i nuovi confini:

Primo quaero, nunquid cum adversarius negat se occupasse, prius oporteat agi de possessione per rei vindicatione vel alium iudicium et postea finium regundorum. Dicunt quidam, si neget se aliquid de alieno habere, non agetur finium regundorum, nisi prius rei vindicatione fuerit actum, et pronunciatum illam portionem meam esse.

Tuttavia, questa posizione tradizionale sembrerebbe superata dai *Doctores nostri*,⁹⁰ probabilmente in virtù della constatazione dell'assoluta inutilità dell'*actio finium regundorum*, dopo che era stata esperita una rivendica in esito alla quale erano state stabilite le estensioni delle proprietà confinanti e si sarebbero potute tracciare le linee di confine; infatti, Cino da Pistoia nota che:

Sed Doctores nostri intelligunt aliter, scilicet quod totum illud potest venire in actione finium regundorum quae habet latiore naturam quam actio familiae erciscundae vel communi dividundo.

⁸⁸ Giustamente, a mio avviso, M. VINCI, *Regolamento di confini e rivendicazione* cit., 418 s., ritiene che l'inciso finale «*sed certe expressa nocent*», faccia riferimento alla perdita della lite, in virtù di *plus petitio re*, da parte dell'attore il quale avesse qualificato erroneamente l'azione.

⁸⁹ CYNUS PISTORIENSIS, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum Tomi, id est Digesti veteris, doctissima Commentaria*, ed. Francoforti ad Moenum 1578 (rist. Torino 1964), 185 ss.

⁹⁰ Verosimilmente i Maestri di Cino da Pistoia, a cominciare da Pierre de Belleperche, come congetturato con buon fondamento da M. VINCI, *Regolamento di confini e rivendicazione* cit., 428 nt. 38.

A differenza delle azioni divisorie, nell'*actio finium regundorum* – ragiona Cino da Pistoia – possono venire in considerazione anche questioni possessorie, poiché quest'ultima azione ha una natura più ampia delle azioni divisorie. Non ci potrebbe essere migliore ammissione dell'assoluta confusione nella quale queste due azioni avevano finito per trovarsi nella prima metà del XIV secolo.

Per cercare di evitarlo, Cino da Pistoia enuncia per la prima volta nella storia del pensiero giuridico occidentale il criterio che i giuristi civilisti del XX secolo avrebbero definito il 'criterio della domanda'. In altri termini, preso atto che sul piano funzionale le due azioni possono svolgere il medesimo compito, il giurista cerca di differenziare le due azioni prendendo in considerazione la domanda dell'attore.

In particolare, secondo Cino da Pistoia l'*actio finium regundorum* «*coharet proprietati quando agens hoc iudicio, locum designavit ad quem possedisse contenditur, et suam portionem ad designatam regionem esse dicit, quod adversarius negat*». Dunque, se anche l'attore agendo con l'*actio finium regundorum* indica con precisione la porzione di terreno confinante che pretende di possedere e il convenuto lo contesta, siamo di fronte ad una *controversia possessionis*, in esito alla quale saranno anche tracciati i nuovi confini discendenti dalle delimitazioni dei reciproci possessi. Viceversa, l'*actio finium regundorum non coharet (proprietati)* «*quando uterque confitetur alteri certum modum verbi gratia: Iugera 10, sed alter dicit, intra fines alterius maiorem modum agri contineri, quod alter negat*», quando cioè le parti non contestano i reciproci titoli di proprietà e, semmai, dibattono solo sull'estensione dei fondi confinanti. Rinviamo a quanto osserveremo nella prossima sezione dedicata al diritto civile per mettere in luce l'assoluto arbitrio che la cosiddetta 'teoria della domanda' comporta, rimettendo alla strategia processuale di volta in volta adottata da attore e convenuto la determinazione della natura giuridica dell'azione, ragione per la quale si tratta di un criterio respinto da tutti gli studiosi del diritto civile.⁹¹

4.2. L'IMPATTO DELLA PUBBLICAZIONE DELLE FONTI GROMATICHE E DELLE OPERE DELLA LETTERATURA GIURIDICA BIZANTINA SUL PENSIERO DEI GIURISTI UMANISTI.

La più importante novità che si registra a partire dalla fine del 1400 è la scoperta e la pubblicazione delle opere della letteratura gromatica⁹² e della letteratura bizantina:⁹³ i giuristi umanisti,

⁹¹ *Infra*, PARTE III – DIRITTO CIVILE, § 5.1.

⁹² Ricorda E. LOMBARDO, *Prolegomeni allo studio dell'actio finium regundorum. II. Istituzioni gromatiche*, Modica 1910, 20 ss., che nel medioevo le opere gromatiche erano ignorate, tanto da non essere mai menzionate dai glossatori (anche se qualche manoscritto altomedievale esiste e non si può escludere che venisse sporadicamente consultato, come potrebbe essere accaduto ad Azone, nella cui *Summa Codicis locuples iuriscivilis thesaurus*, ed. Venetiis 1596, 251-253, si rinviene un accenno al criterio dei cinque piedi: «*Item datur & si quinque pedibus si controversia sive de paucioribus sive de maiori numero terrae quam quinque pedum sit lis*»). Le opere dei gromatici vennero riscoperte dalla fine del XV secolo, quando i giuristi di quei tempi cominciarono ad utilizzare i frammenti provenienti dalle opere gromatiche. In particolare, un manoscritto ritrovato dal Galbiati nel 1493, nella biblioteca del monastero di Bobbio, venne ricopiato e pubblicato da Cuiacio e Alciato, si tratta del codice *Arcerianus* del 6^a-7^a secolo e una copia di un originale risalente al V secolo d.C. (450 d.C.); è comunque merito di Adriano Tübner la pubblicazione nel 1554 dell'intera collezione del *Corpus Agrimensorum Romanorum*. Una recente parziale riedizione del *Corpus agrimensorum Romanorum* si deve a L. LABRUNA, *I. Siculus Flaccus. Les conditions des terres* (1993); *II-III Balbus. Présentation systématique de toutes les figures; Podismus et textes connexes: Extraits d'Epaphrodite t de Vitruvius Rufus; La mesure des jugères* (1996); *IV Hygin l'Arpenteur. L'établissement des limites* (1996), sulla quale vd. G. GILIBERTI, *Una rilettura dei gromatici*, SDHI 64, 1998, 465 ss.

⁹³ Per una panoramica delle edizioni a stampa della letteratura giuridica bizantina, cfr. C.W.E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*, t. VI, *Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, Lipsiae 1870, 130 ss.

grazie all'accesso diretto al pensiero degli agrimensori romani e a quello dei giuristi bizantini, riscoprono il criterio differenziale dei *quinque pedes* e, nonostante il *confinium* largo cinque piedi non esistesse più da secoli, lo ripropongono quale criterio differenziale tra le due azioni.

Si assiste, dunque, ad una netta demarcazione tra il pensiero di commentatori, ad esempio Bartolo da Sassoferrato⁹⁴ ed il suo allievo Baldo degli Ubaldi⁹⁵ e quello dei giuristi umanisti. Da un lato, Baldo si limita a riproporre un criterio differenziale di tipo funzionale, ai sensi del quale nell'*actio finium regundorum* non si possono affrontare questioni *de proprietate*, in quanto si tratta solo di un *iudicium declaratorium* volto a trattare di occupazioni di modica quantità al fine dello ristabilimento dei confini; dall'altro lato, in particolare⁹⁶ con Andrea Alciato e Iacopo Cuiacio, il criterio dei *quinque pedes* comincia ad essere adottato, in aderenza alle fonti extra compilatorie, quale criterio differenziale tra *actio finium regundorum* e *rei vindicatio*.

Per primo è stato Andrea Alciato⁹⁷ a recuperare il pensiero degli agrimensori romani, di Agennio Urbico in particolare, riproponendo l'antico criterio dei *quinque pedes* quale criterio differenziale tra l'*actio finium regundorum* e la *rei vindicatio*. Tuttavia, si deve a Cuiacio la più ampia trattazione della materia.

Anche Cuiacio adotta il criterio dei *quinque pedes* rinvenendolo sia nelle opere dei gromatici, sia in quelle dei giuristi bizantini. Il giurista umanista classifica⁹⁸ l'*actio finium regundorum* tra le azioni divisorie, entrambe miste e *magis in rem quam in personam*; inoltre adotta il criterio materiale dei *quinque pedes* per distinguere l'*actio finium regundorum* dalle azioni *in rem*: «*Quia igitur actio finium regundorum datur si lis consistat intra pedes quinque (hic enim est finis finium) actio in rem si amplioris terrae controversia sit*».

Poco prima egli afferma di desumere il criterio dalle opere dei Gromatici:

⁹⁴ BARTHOLUS DE SAXOFERRATO, *Commentaria super prima Codicis, cum additionibus Thomae Diplovatati aliorumque excellentissimorum doctorum, una cum amplissimo repertorio noviter elucubrato per dictum clarissimum doctorem dominum Thomam Diplovatatum*, a cura di G. Polara, t. VII, rist. Roma 1996, 130, nel commento al titolo 3.39 *de finium regundorum* del Codice, si sofferma sull'ordine di precedenza della questione *de possessione* e *de proprietate* rispetto a quella *de finibus*, senza tuttavia indicare alcun criterio differenziale tra le due azioni, salva la considerazione dell'*actio finium regundorum* come azione autonoma rispetto alla rivendica: «*quando est quaestio de finibus et non de proprietate, lite non contestata pervenitur ad deffinitivam [sententiam]*».

⁹⁵ BALDUS DE UBALDIS, *Perusini ... In Primum, Secundum et Tertium Cod. Lib. Commentaria*, ed. Venetiis 1599, 245-246, come il suo maestro Bartolo, è dell'avviso che se in una controversia *finium regundorum* si ponga anche una questione proprietaria o *de possessione*, prima occorrerà risolvere la lite petitoria tra le parti presenti e, solo dopo, la questione legata al regolamento di confini, per mezzo dell'intervento di un agrimensore. In particolare, si definisce il *iudicium finium regundorum* come '*declaratorium*', dunque inadatto ad affrontare questioni *de proprietate*, quanto piuttosto: «*iudicium finium regundorum pro modica occupatione & pro vili cespite terrae redditur*».

⁹⁶ Nel pensiero di IOANNIS FABER, *In Iustiniani Imperatori Codicem Breviarium*, ed. Parisiis 1545, ad l. *Si quis*, 108, ritroviamo una distinzione tra le due azioni basata sul solo criterio della domanda, secondo l'impostazione data da Cino da Pistoia. Precisa il Faber che, se *venit quaestio proprietatis* si sarebbe dovuta esercitare una rivendica; *sed si quaestio de terminis* o se una parte avesse sostenuto che *iugera ipsum plus habere, tunc non venit proprietatis* e, in entrambi i casi, si sarebbe dovuta esercitare l'*actio finium regundorum*.

⁹⁷ A. ALCIATUS, *De quinque pedum praescriptione liber unus* cit., 12 ss.

⁹⁸ J. CUIACIUS, *Paratitla in libros novem Codicis Justiniani. In lib. III tit. XXXIX Finium regundorum* cit., 724-726.

Et signis, ut poeta ait, signare campum: et Arcadius Augustus apud Gromaticos: cum signis et sigillis terminos constituimus ... Ex lege 12 et lege Mamilia non era usucapio intra quinque pedes, quoniam hanc latitudinem iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri, ut Aegenius Urbicus ait ...

Come ricordavo sopra,⁹⁹ Cuiacio conferma il criterio materiale dei *quinque pedes* rinvenendolo nel pensiero di *Theodorus Hermopolites*, forse non sapremo mai se il giurista bizantino o l'*Ecloga Basilicorum* erroneamente da Cuiacio a costui attribuita.

Anche in un'altra opera¹⁰⁰ Cuiacio ribadisce il proprio convincimento:

finium regundorum actio certae partis puta tertiae, vel quartae, aut certi loci vindicatio non est, sed finium vindicatio intra quinque pedes: nam haec est finium latitudo ex 12 tabulis, ex lege Mamilia. Igitur, plerique Graeci interpretes dicunt, actionem finium regundorum dari, si controversia consistat intra quinque pedes, si excedat eam latitudinem dari in rem, quod notandum est.

Il criterio dei *quinque pedes* viene considerato risalente alle XII Tavole, ribadito dalla *lex Mamilia* e confermato da *plerique Graeci interpretes*, sebbene l'unico giurista bizantino espressamente citato da Cuiacio sia il solo Teodoro di Ermopoli. Anche i gromatici vengono richiamati a fondamento della teoria dei *quinque pedes*: «*Frontinus aliam facit de fine, aliam de loco ... Controversia de fine est intra quinque pedes. De loco est ultra quinque pedes: de loco proprietatis causa est vere et proprie*».

Cuiacio non è l'unico giurista umanista a richiamarsi all'antico criterio materiale adottato dai gromatici e dai giuristi romani; lo si rinviene, ad esempio, in Vinnius,¹⁰¹ Struvius,¹⁰² Hyeronimus de Monte.¹⁰³ Sebbene non si tratti dell'unico criterio adottato dai giuristi umanisti,¹⁰⁴ comunque il suo recupero mi pare un sintomo dell'impossibilità di farne a meno, pena non riuscire ad individuare alcun criterio idoneo per distinguere le due azioni. Ma quello che più conta è che il dibattito sviluppatosi tra i giuristi umanisti avrebbe segnato il solco lungo il quale si sarebbe sviluppato anche il dibattito civilistico di età moderna. Alle questioni che si agitano nella giurisprudenza e nella dottrina italiana a partire dall'adozione del Codice Pisanelli sarà la dedicata la prossima, ultima, parte.

⁹⁹ *Supra*, § 3.3.

¹⁰⁰ J. CUIACIUS, *Recitationes solennes ad Lib. X Digest. in Tit. I. Finium regundorum, ad L. 1*, in *Opera omnia*, VII, Prati 1839, 752 s.

¹⁰¹ A. VINNIUS, *Scholarum juris quaestionum*, Roterodami 1685 lib. I, 165.

¹⁰² G.A. STRUVIUS, *Syntagma Iuris civilis cum additionibus Perti Mulleri*³, Francofurti-Lipsiae 1738, 897.

¹⁰³ HYERONIMUS DE MONTE, *Tractatus de finibus regendis civitatum, castrorum ac praediorum tam urbanorum quam rusticorum & pro dirimendis iure iudicandis eorum litibus atque controuersijs fertilissimus utilis & pernecessarius*, Venetiis 1574, 27.

¹⁰⁴ Non vi è traccia di esso, per esempio, in H. DONELLUS, *Commentaria de iure civili. Lib. IX, cap. XI, § XLXVI*, in *Opera omnia commentariorum de Jure Civili. II*, Florentiae 1841, 1319-1320, il quale si limita ad individuare l'oggetto e la funzione dell'*actio finium regundorum* nel *finis et terminos agrorum confinium ad suam rectitudinem redigere*.

PARTE III – DIRITTO CIVILE

5.1. REGOLAMENTO DI CONFINI E RIVENDICA NELLA RIFLESSIONE CIVILISTICA E NELLA GIURISPRUDENZA DELLA SUPREMA CORTE: IL RICONOSCIMENTO DELL'IMPOSSIBILITÀ DI CONCILIARE, SUL PIANO TEORICO, LE DUE AZIONI.

Dunque il lascito del diritto romano, attraverso la riflessione dei giuristi di età intermedia, fu quello secondo il quale l'*actio finium regundorum* si sarebbe potuta distinguere dalla *rei vindicatio* solo sotto due profili: (1) un profilo oggettivo, quello dei *quinque pedes* del *confinium*, ai sensi del quale l'azione per il regolamento di confini aveva per oggetto una striscia di terreno posta alle estremità dei fondi rustici interessati, sulla quale nessuno dei due proprietari confinanti poteva vantare alcun diritto; (2) un profilo soggettivo, quello della domanda dell'attore, il quale avrebbe potuto scegliere quale azione intentare in ragione della sua funzione: il regolamento di confini, destinato a rimuovere una incertezza sull'andamento del confine, ma senza mettere in discussione la titolarità delle rispettive proprietà, ovvero la rivendicazione, volta al recupero del possesso da parte del convenuto e allo ristabilimento dell'estensione delle proprietà di attore e convenuto, sulla base dei titoli da costoro esibiti.

Ecco, proprio attorno a questi due poli si sarebbe sviluppato il dibattito di età moderna, a partire dalle prime codificazioni ottocentesche¹⁰⁵ e, in Italia, a partire dall'emanazione del Codice Pisanelli del 1865. Come ci renderemo conto, dopo l'introduzione nel nostro ordinamento del Codice Civile del 1942, che codifica l'azione di regolamento di confini come azione tipica, ancillare alla rivendica e addirittura nominata, in spregio al principio della atipicità delle azioni, si pone per la giurisprudenza e per la dottrina civilistica il problema dell'individuazione del corretto criterio da adottare per distinguere i rispettivi campi di applicazione delle due azioni.

Il dibattito, invero, si era aperto ben prima. Sotto la vigenza del Codice del 1865 non era contemplata l'azione di regolamento di confini, il rifacimento dei confini divenuti incerti era ricostruito nei termini di una obbligazione *propter rem* gravante sui proprietari dei fondi confinanti, con il conseguente problema di individuare quale azione avesse intentato l'attore il quale chiedeva il regolamento di confini. Infatti, in astratto, questo risultato si sarebbe potuto ottenere sia per mezzo di una azione di rivendicazione sia chiedendo un regolamento di confini. Per questa ragione la dottrina tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento aveva individuato il criterio 'della domanda' posta dall'attore come decisivo ai fini del riconoscimento della natura giuridica dell'azione.

Allo stesso modo in cui ragionavano i giuristi Glossatori e Postglossatori,¹⁰⁶ avendo le due azioni funzioni diverse, sarebbe bastato guardare al profilo soggettivo della domanda dell'attore per ricostruire la natura giuridica dell'azione. Come preciserò meglio in seguito, le incertezze alle quali si esponeva l'accoglimento di questo criterio diedero ben presto luogo alla elaborazione di un altro criterio, denominato del 'compossezzo' o del 'possezzo promiscuo', ai sensi del quale sarebbe occorso concentrarsi sull'altro profilo, quello materiale e oggettivo dello stato dei luoghi e riconoscere l'azione di regolamento di confini, solo in

¹⁰⁵ Per una panoramica del contenuto dei codici moderni, adottati in Europa tra la fine del 1700 e il 1800, in materia di azione di regolamento di confini, vd. M. VINCI, *Regolamento di confini e rivendicazione* cit., 459 ss. Lo studioso, in particolare si sofferma sul contenuto del BGB che espressamente disciplina tanto l'azione per il regolamento di confini quanto l'azione per l'apposizione di termini, rappresentando il modello seguito dal legislatore italiano del 1942.

¹⁰⁶ *Supra*, PARTE II – DIRITTO DI ETÀ INTERMEDIA, § 4.1.

relazione a strisce di terreno nelle quali si aveva non un possesso del solo convenuto (che avrebbe legittimato la rivendica), ma un compossesso di entrambi i proprietari, tuttavia incerto nella misura: solo nei confronti di strisce di terreno estranee al possesso esclusivo si sarebbe potuto realizzare un regolamento di confini, similmente al criterio dei *quinque pedes* del *confinium* valido in diritto romano classico, nel quale l'*actio finium regundorum* aveva ad oggetto appunto una striscia di terreno sottratta alla coltivazione, all'usucapione e, in definitiva, al possesso esclusivo.

Tuttavia, ancora una volta, le gravi obiezioni mosse al criterio del 'compossesso', hanno convinto la dottrina civilistica – specie per impulso degli studi di Walter Bigiavi – ad abbandonare questo criterio e adottare quello del 'conflitto tra fondi – conflitto tra titoli'. Esso rappresentava un ritorno al criterio soggettivo della domanda, del quale rappresentava nulla più che una variante, perché tale ultimo criterio suggerisce di individuare la natura giuridica dell'azione tornando a guardare la domanda posta dall'attore, sebbene precisando che l'attore non avrebbe potuto scegliere liberamente, ma avrebbe dovuto esercitare una rivendica se avesse messo in discussione il titolo di proprietà del convenuto (e viceversa, se il convenuto avesse contestato il titolo esibito dall'attore), mentre avrebbe dovuto esercitare l'azione di regolamento di confini se, riconosciuta la rispettiva e reciproca estensione dei fondi confinanti, avesse limitato la sua domanda al solo ristabilimento di una nuova linea di confine, divenuta incerta.

Anche in ordine all'applicazione di questo criterio non sono mancate obiezioni e rilievi, ragione per la quale la giurisprudenza, ormai dagli anni Settanta dello scorso secolo ha abbracciato, con un orientamento ormai consolidato, un criterio ibrido, necessario per risolvere i continui dubbi interpretativi affrontati senza sosta dalle corti, un criterio, tuttavia, tanto impreciso sul piano teorico, quanto necessario sul quello empirico, a dimostrazione della difficile, se non impossibile convivenza delle azioni di regolamento di confini e di rivendica nel nostro ordinamento: ma andiamo con ordine.¹⁰⁷

5.1.1. Come accennavo, il dibattito all'interno della dottrina civilistica volto ad individuare il criterio differenziale tra azione di regolamento di confini e azione di rivendica è anteriore all'introduzione del codice del 1942 che le ha disciplinate espressamente, infatti, si segnala anche sotto la vigenza del Codice del Regno d'Italia del 1865. In questo codice, tra le disposizioni generali concernenti il diritto di proprietà, all'art. 441,¹⁰⁸ si prevedeva che ogni proprietario potesse obbligare il proprio vicino a stabilire a spese comuni i termini tra proprietà contigue, senza prevedere alcuna azione specifica sul punto e, addirittura, collocando il regolamento di confini nell'area delle obbligazioni *propter rem*, piuttosto che in

¹⁰⁷ Tra gli studiosi del diritto civile che si sono occupati del rapporto tra azione di regolamento di confini e azione di rivendica, vd.: A. MAGAZZÙ, *Confini (Regolamento di)- c) DIRITTO VIGENTE*, in Enc. Dir. 8, Varese 1961, 963-971; F. CAPUTO, *L'azione di regolamento di confini come azione di mero accertamento*, in *Giustizia civile* 1976, I, 604-607; A. RONCO, *Che cosa distingue l'azione per il regolamento dei confini dalla rivendicazione?*, in *Rivista di diritto processuale* 1997, 1199-1213, fautore di un ritorno alla teoria del 'compossesso'; E. BILOTTI, *Il regolamento di confini nella teoria del conflitto tra fondi*, in *Rivista di diritto civile* 2002, II, 161 ss.; C. ARGIROFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in M. BESSONE (dir.), *Trattato di diritto privato, VII. Beni proprietà e diritti reali*, Torino 1999, 217 ss., secondo il quale a giudicare dalla quantità delle decisioni dei giudici su tali profili sembra essere di fronte "ad una delle più complesse questioni irrisolte della civilistica europea"; M. DE TILLA, *Il diritto immobiliare. Trattato sistematico di giurisprudenza ragionata per casi. La proprietà. II*. Milano 2000, 1171-1262.

¹⁰⁸ Codice Civile del Regno d'Italia, art. 441: *Ogni proprietario può obbligare il suo vicino a stabilire a spese comuni i termini tra le loro proprietà contigue.*

quella delle azioni a difesa della proprietà. Tuttavia, questa diversa collocazione dogmatica non era stata sufficiente a sopire dibattiti e incertezze, sul punto relativo al criterio di individuazione dell'azione che servisse a ristabilire i confini, diversa dall'azione di rivendica.

Le incertezze di quegli anni¹⁰⁹ derivavano principalmente dal fatto che dottrina e giurisprudenza seguirono fino agli anni '20 del Novecento il criterio della 'domanda' per stabilire quando si fosse in presenza di una rivendica o di un regolamento di confini.¹¹⁰ Seguendo siffatto criterio, la rivendica veniva ricostruita nei termini di un'azione volta a precisare esattamente i limiti della proprietà fondiaria dell'attore, mentre nel regolamento di confini l'attore, stante l'incertezza dei luoghi, doveva essere in grado di precisare correttamente l'estensione del possesso preteso; il criterio della 'domanda' si prestò agli abusi degli attori scaltri, ai quali sarebbe bastato non precisare alcunché nella propria domanda, pur potendolo fare, per evitare la *probatio diabolica* implicata dalla rivendica. Viceversa, sarebbe bastato al convenuto eccepire precisi limiti di estensione della proprietà per costringere l'attore a precisare la propria pretesa e vedere mutata l'azione in rivendica. Peraltro, ciò fa comprendere che la sola domanda dell'attore non sarebbe stata sufficiente a determinare la natura giuridica dell'azione intentata, prima che il convenuto non avesse articolato le proprie difese.

Per questa ragione, la giurisprudenza preferiva seguire il criterio del 'possesso promiscuo', un criterio discreitivo prevalente, fino a quando non venne sottoposto ad una attenta confutazione da Walter Bigiavi,¹¹¹ al quale si deve l'elaborazione del criterio del 'conflitto tra fondi – conflitto tra titoli': questi due ultimi criteri si contesero il campo fino alla metà degli anni '70 dello scorso secolo,¹¹² quando la giurisprudenza (ma come vedremo, non la dottrina) avrebbe abbandonato per sempre il criterio del 'possesso promiscuo', per abbracciare una variante del criterio della domanda, denominato criterio del 'conflitto tra fondi – conflitto tra titoli', ad oggi l'orientamento consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte.

Seguendo il criterio del 'possesso promiscuo', la differenza tra rivendica e regolamento di confini starebbe tutta nella natura 'oggettiva' dell'incertezza denunciata dall'attore. Di modo che si sarebbe configurata una rivendica laddove la pretesa dell'attore avesse riguardato un'area occupata abusivamente dal convenuto, mentre si sarebbe avuto un regolamento di confini laddove l'area contestata fosse oggetto di un compossesso tra attore e convenuto. Il merito di questo criterio era stato quello di impedire al convenuto di sollevare l'eccezione di usucapione, pretendendo il riconoscimento di una specifica area, eccezione che, seguendo il criterio della 'domanda', avrebbe mutato la natura giuridica del regolamento di confini intentato dall'attore in rivendica.

¹⁰⁹ Ben stigmatizzate da B. BRUGI, *Della proprietà. II*, in *Il Codice Civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli-Torino 1918, 594, il quale sottolineava che, quando si getta un occhio sulle decisioni forensi in materia di regolamento di confini, niente è da rimproverare agli «antichi raccoglitori di opinioni tra loro contrastanti: la giurisprudenza ha preso vie errate né la dottrina è senza macchia».

¹¹⁰ S. FERRERI, *s.v. Regolamento di confini (azione di)*, in *Dig. disc. Priv. – sez. dir. civ. XVI*, Torino 1997, 501 ss.

¹¹¹ Prima in W. BIGIAVI, *Regolamento di confini e rivendica*, in *Rivista di diritto processuale civile* 6.1, 1929, 244 ss. e, successivamente, in ID., *Il «regolamento di confini»*, in *Scritti Giuridici in onore di Antonio Scialoja* III, Bologna 1953, 37 ss. In particolare, in questo secondo contributo, Bigiavi replicava ai rilievi mossi alla sua tesi da G.B. VISTOSO, *La teoria del conflitto di titoli come criterio differenziale tra rivendica e regolamento di confini*, in *Il nuovo diritto*, 1933, 530 ss.

¹¹² Un'analisi della giurisprudenza della Suprema Corte, fino agli anni '50 dello scorso secolo è condotta da W. BIGIAVI, *Il «regolamento di confini» cit.*, 77 ss., il quale riconosce come fino a quel momento la giurisprudenza esigesse il 'possesso promiscuo' come presupposto dell'azione.

Naturalmente, se si limita il regolamento di confini a sole aree di possesso promiscuo tra le parti, questa eccezione non sarebbe stata configurabile (esattamente come in diritto romano classico non poteva avvenire in riferimento all'*actio finium regundorum* avente per oggetto il *confinium*). Il criterio del 'possesso promiscuo' ha vissuto un periodo di particolare favore nel decennio immediatamente successivo all'entrata in vigore del codice del 1942, perché l'ampia formulazione dell'art. 950,¹¹³ nel quale si discorre di 'incertezza' del confine, era stato inteso da diversi studiosi nei termini dell'incertezza oggettiva, implicata dalla teoria del 'possesso promiscuo'.

Tuttavia, il criterio in questione si prestava ad alcune gravi obiezioni:¹¹⁴

(1) così ricostruita l'azione di regolamento di confini sarebbe stata più simile ad un'azione di scioglimento della comunione tra due poteri, prospettiva errata perché, se anche i confini sono incerti, comunque, le due proprietà restano distinte; l'azione di regolamento di confini non è un'azione personale ma piuttosto reale, perché mira a tutelare la proprietà;

(2) sarebbe bastato che una delle due parti avesse avanzato, anche solo arbitrariamente e in maniera del tutto infondata, una richiesta al possesso esclusivo su di una zona di confine, fino al momento dell'azione in compossesso, per trasformare l'azione di regolamento di confini in rivendica;

(3) il possesso, da mezzo di prova, sarebbe divenuto un presupposto stesso dell'azione; inoltre sarebbe bastato uno spostamento arbitrario di termini e un'occupazione abusiva di terreno a precludere l'azione di regolamento di confini.

I motivi di critica sopra accennati hanno condotto Walter Bigiavi¹¹⁵ a formulare il criterio alternativo, da lui stesso denominato del 'conflitto tra fondi – conflitto tra titoli'. Seguendo quest'ultimo criterio distintivo, anche un'incertezza 'soggettiva' avrebbe potuto legittimare l'esperimento dell'azione di regolamento di confini nel senso che, oltre a situazioni di incertezza oggettiva, determinata dal compossesso della fascia di terreno su cui insiste il confine, anche la soggettiva incertezza determinata dal possesso solitario del convenuto avrebbe potuto legittimare l'esperimento dell'azione. Esiste solo un limite secondo la teoria del 'conflitto tra fondi – conflitto tra titoli' alla configurazione dell'azione di regolamento di confini: che nessuna delle due parti metta in discussione la proprietà dell'altra. Il conflitto deve restare su di un piano materiale, relativo all'estensione dei fondi, e non deve coinvolgere le proprietà, perché altrimenti saremmo in presenza di una rivendica; per questa ragione l'attore non potrebbe mettere in discussione il titolo legittimante il possesso del convenuto, né tantomeno quest'ultimo avrebbe potuto invocare propri titoli – a cominciare

¹¹³ Codice Civile, art. 950: *Azione di regolamento di confini* – Quando il confine tra due fondi è incerto, ciascuno dei proprietari può chiedere che sia stabilito giudizialmente.

Ogni mezzo di prova è ammesso.

In mancanza di altri elementi, il giudice si attiene al confine delineato dalle mappe catastali.

¹¹⁴ La confutazione più ampia della teoria del 'possesso promiscuo' è presente in W. BIGIAVI, *Regolamento di confini e rivendica*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 6.1, 1929, 248 ss. e 252 ss. In particolare, W. BIGIAVI, *Il «regolamento di confini»* cit., 58 ss., è convinto che l'ampia formulazione dell'art. 950 c.c. non abbia spostato i termini della questione relativa all'esatta individuazione del campo di applicazione dell'azione di regolamento di confini; piuttosto, egli ricorda come nel progetto al secondo libro del Codice, risalente al 1937, si parlava espressamente di 'incertezza soggettiva'.

¹¹⁵ In due riprese Walter Bigiavi ha costruito la teoria del 'conflitto tra fondi – conflitto tra titoli': prima in occasione del già citato W. BIGIAVI, *Regolamento di confini e rivendica* cit., 248 ss., e, dopo, in W. BIGIAVI, *Il «regolamento di confini»* cit., 37 ss., alla luce delle critiche che nel frattempo erano state mosse dagli studiosi del diritto civile alla sua teoria.

dall'usucapione¹¹⁶ – posti a fondamento del possesso dell'area oggetto di controversia, né, naturalmente egli avrebbe potuto mettere in discussione il titolo invocato dall'attore: ancora una volta l'azione si sarebbe tradotta in una rivendica.

Ma anche la teoria del 'conflitto tra fondi – conflitto tra titoli' non è stata esente da critiche e rilievi, specialmente da parte di chi le ha preferito il criterio del 'possesso promiscuo'.¹¹⁷ In particolare, è stato notato che:

[1] se l'attore invoca un titolo di proprietà nel corso di un'azione di regolamento di confini non al fine di mettere discussione le proprietà reciproche, ma solo per indicare l'esatta estensione del proprio fondo, non dovrebbe ammettersi il mutamento dell'azione in rivendica, poiché il titolo invocato non costituirebbe il *petitum* principale ma, ciononostante, secondo la teoria del 'conflitto tra fondi-conflitto tra titoli', l'azione di rivendica muterebbe in un regolamento di confini;

[2] similmente, se il convenuto dovesse invocare un titolo, a cominciare dall'usucapione, solo al fine di dimostrare l'esatta estensione del proprio possesso, dovrebbe ammettersi il mutamento dell'azione in rivendica, sebbene il convenuto non metta affatto in discussione il titolo dell'attore;¹¹⁸

[3] se l'attore dovesse trovarsi nel possesso dell'area di confine oggetto di controversia, non si potrebbe configurare il regolamento di confini, ma si dovrebbe prospettare una rivendica la quale, come noto, spetta solo al proprietario non possessore; viceversa, se il convenuto dovesse restare contumace, si resterebbe in uno stato di perenne incertezza circa l'esatta natura dell'azione, fino a quando egli non si costituisca in giudizio.

Insomma, come si vede, nessuno dei criteri messi a punto da parte della dottrina civilistica è riuscito a soddisfare l'esigenza di individuare in maniera certa i rispettivi campi di applicazione dell'azione di regolamento di confini e dell'azione di rivendica. E proprio l'assenza di un criterio certo, probabilmente, ha indotto la giurisprudenza della Suprema Corte ad adottare il criterio del 'conflitto di fondi – conflitto di titoli', non senza qualche accomodamento, verosimilmente dovuto a comprensibili ragioni di necessità.

Infatti, anche secondo la Cassazione l'azione di regolamento di confini può essere incardinata nel caso di una incertezza 'soggettiva', sollevata dunque solo dall'attore, mitigata tuttavia dall'ammissione dell'eccezione di usucapione da parte del convenuto, sempre che il titolo invocato dal convenuto fosse cronologicamente successivo al titolo di proprietà vantato dall'attore. Secondo l'interpretazione della Suprema Corte, dunque, l'eccezione di usucapione in questo caso non sposterebbe il conflitto materiale sul piano del 'conflitto di titoli', poiché esso sarebbe valso solo come mezzo di prova dell'estensione del proprio fondo al fine di tracciare correttamente il confine, senza mettere in discussione l'estensione del fondo dell'attore.¹¹⁹

¹¹⁶ Su questo specifico punto, cfr. W. BIGIARI, *Il «regolamento di confini»* cit., 39.

¹¹⁷ Cfr. gli studiosi richiamati, *supra*, in nt. 6. La teoria del 'possesso promiscuo' è ritenuta preferibile anche da M. VINCI, *Regolamento di confini e rivendicazione* cit., 487 ss.

¹¹⁸ Precisa A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà in trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, VIII.2, Torino 1995, 946 s., che, a seguire il criterio del 'compossesso', ai sensi del quale l'azione di regolamento di confini era ammessa solo in caso di una incertezza oggettiva non si poteva opporre alcuna usucapione, quando la giurisprudenza ha cominciato ad adottare la teoria del 'conflitto tra fondi – conflitto tra titoli', si è posto il problema dell'ammissibilità dell'eccezione di usucapione. Orbene, secondo Gambaro essa non si dovrebbe potere opporre nel giudizio di regolamento di confini perché, se fosse opposta, la controversia si trasformerebbe sempre e comunque in un giudizio di apposizione di termini.

¹¹⁹ Le pronunce della Cassazione (di solito da parte della seconda Sezione Civile) in materia di azione di regolamento di confini sono numerose. La stessa quantità è indice, a mio avviso, dell'incertezza che

Tuttavia, sul piano della stretta logica giuridica, l'eccezione di usucapione sollevata dal convenuto, nonostante sia successiva alla data del titolo di proprietà esibito dall'attore, finisce comunque per spostare il conflitto sul piano 'petitorio', finendo per attribuire ad un titolo di proprietà l'impropria funzione di mezzo di prova. Probabilmente, la ragione di questo orientamento si deve all'incertezza che ancora regna nelle aule di giustizia circa il riconoscimento della natura giuridica dell'azione intentata dall'attore, se rivendica o regolamento di confini, come la copia di pronunce, tutte sullo stesso punto, a mio avviso, è di per sé sola in grado di dimostrare.

6. CONCLUSIONE.

Il senso di queste mie pagine è quello di avere provato a rendere meno oscure le ragioni delle incertezze che si annidano intorno alla distinzione tra le azioni di rivendicazione e di regolamento di confini: non si tratta solo di etichettare le azioni di rivendica e di regolamento di confini come due 'relitti' del diritto romano,¹²⁰ perché entrambe nel diritto romano repubblicano e classico operavano senza intralciarsi. Il punto è, invece, che nel corso dell'età postclassica e giustiniana l'*actio finium regundorum* venne privata, oltre che della sua struttura formulare che valeva a porla su di un piano completamente diverso dalla *rei vindicatio*, anche del suo stesso presupposto: il *confinium*. Come abbiamo avuto modo di constatare, abolita la pratica della *centuriatio*, si cominciò a derogare anche al *confinium* di *quinque pedes* tra fondi rustici, preferendo adottare le pratiche ellenistiche che conoscevano il confine come una linea ideale e priva di spessore. Tuttavia, l'aver recepito da parte di Giustiniano all'interno della Compilazione l'*actio finium regundorum* ormai svuotata dei suoi presupposti e dei suoi contenuti formulari, la ha avvicinata pericolosamente alla *rei vindicatio*, fino ad arrivare ad un abbraccio talmente stretto, da renderle teoricamente indistinguibili, a meno di non volere compiere qualche concessione alla stretta logica giuridica, come avviene da parte della Giurisprudenza di legittimità.

ancora si registra in tema di riconoscimento della natura giuridica dell'azione, tanto più quanto più si tenga a mente che l'orientamento della Cassazione è consolidato da circa cinquant'anni, nel senso di accogliere il criterio del 'conflitto tra titoli – conflitto tra fondi'. Tra le pronunce più recenti, vd.: Cass. nn. 12573 del 26 aprile del 2000; 8689 del 26 giugno del 2000; 15013 del 21 novembre del 2000; 15507 del 06 dicembre del 2000; 6189 del 03 maggio 2001; 5899 del 21 giugno 2001; 11942 del 08 agosto del 2003; 9913 del 24 maggio del 2004; 9926 del 24 maggio del 2004; 3101 del 16 febbraio 2005; 3082 del 13 febbraio 2006; 15304 del 05 luglio del 2006; 21686 del 09 ottobre del 2006; 858 del 16 gennaio 2007; 15954 del 7 luglio 2009; 28349 del 22 dicembre del 2011; 14660 del 11 giugno 2013; 26992 del 02 dicembre del 2013; 5603 del 11 marzo 2014; 6148 del 30 marzo 2016; 2297 del 30 gennaio 2017; 10066 del 24 aprile del 2018; 22645 del 25 settembre 2018; 22095 del 13 ottobre 2020; 22095 del 13 ottobre 2020; 22590 del 16 ottobre 2020; 20912 del 21 luglio 2021, pronuncia quest'ultima nella quale si precisa che non muta la natura giuridica del regolamento di confini a fronte della eccezione di usucapione sollevata dal convenuto, se mediante l'usucapione si fa valere una situazione sopravvenuta senza mettere in discussione il titolo vantato *ex adverso*.

Come chiarito in altre pronunce – si vd. le sentenze nn.: 27413 del 23 gennaio del 2006; 18870 del 07 agosto 2013; 14660 del 11 giugno del 2013; 20144 del 03 settembre 2013; 22645 del 25 settembre del 2018 – invece l'azione di regolamento di confini muterebbe in rivendica solo se il convenuto vantasse un titolo di usucapione sorto anteriormente all'acquisto dell'attore, perché in questo caso la contestazione verterebbe non più sull'estensione del fondo, ma sul titolo vantato dall'attore a fondamento della propria domanda.

¹²⁰ Cfr. gli autori citati in nt. 6.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2025
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220