

ANTONIO GUARINO

ORDINARIO NELL'UNIVERSITÀ DI NAPOLI

DIRITTO PRIVATO ROMANO

LEZIONI ISTITUZIONALI DI DIRITTO ROMANO

SECONDA EDIZIONE RIVEDUTA



NAPOLI

CASA EDITRICE DOTT. EUGENIO JOVENE

1963

DIRITTI DI AUTORE RISERVATI

© Copyright 1962 by Jovene . Napoli

Stampato in Italia

Printed in Italy

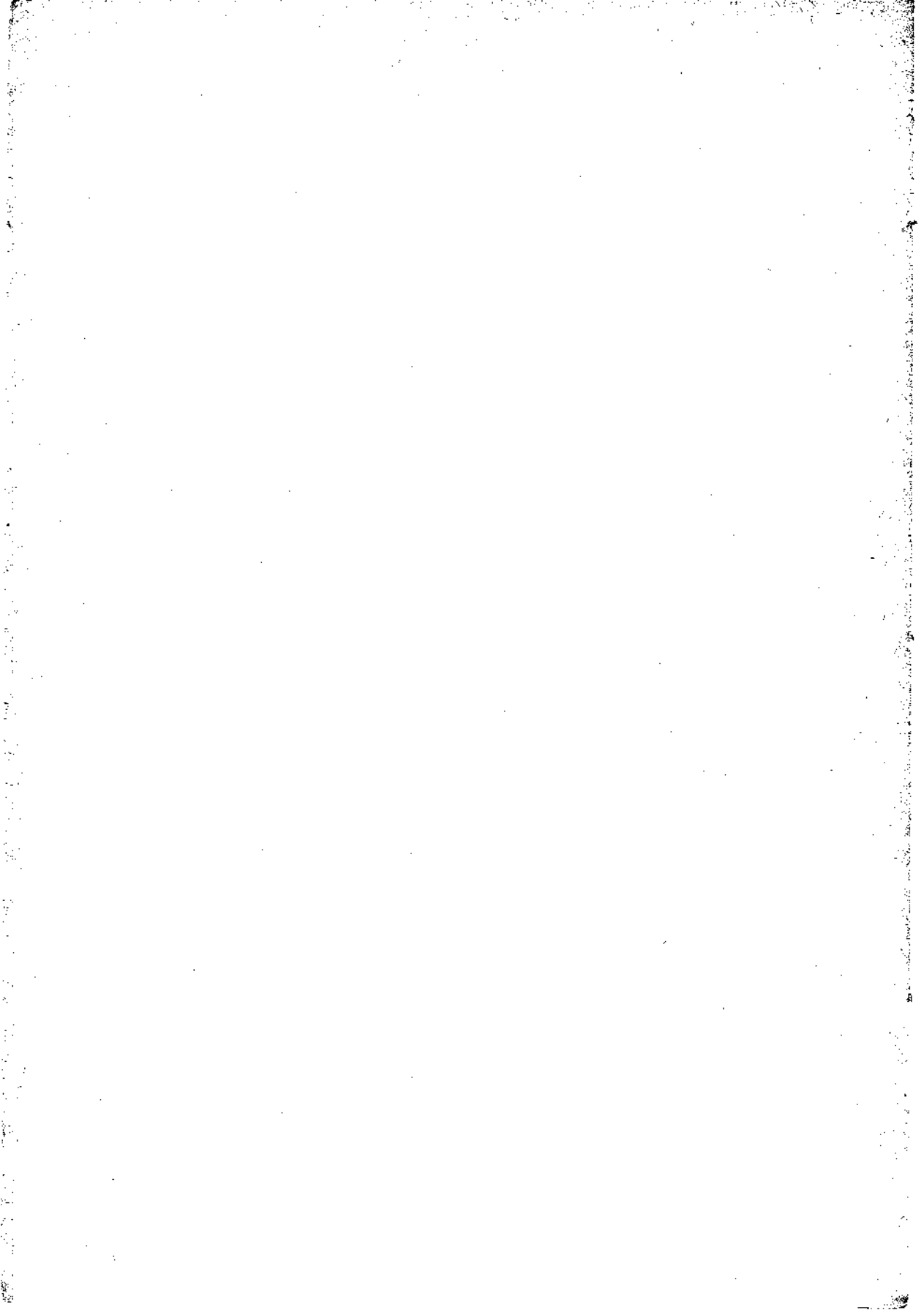
Sagraf S.p.A . Napoli . Casella postale 347 . Telef. 223225-359060

AVVERTENZA

Questo libro istituzionale, derivante da una ormai lunga serie di corsi svolti nell'Università di Napoli, si avvia a diventare un'opera, per così dire, definitiva (definitiva in questa edizione non è, peraltro, ancora) grazie alla preziosa collaborazione critica offerta dai miei bravi studenti, non meno che dai miei valorosi assistenti. Tra questi ultimi, ringrazio in particolar modo i dottori Francesco Guizzi, Agostino Elefante, Gennaro Franciosi, Gloria Galeno, Generoso Melillo, Luigi Di Lella e Vincenzo Giuffrè.

Napoli, 12 novembre 1962

A. G.



INDICE SOMMARIO

<i>Avvertenza</i>	<i>pag.</i> v

RAGGUAGLI PRELIMINARI

I. <i>Ragguaglio di bibliografia</i>	3
II. <i>Tavola cronologica</i>	15
III. <i>Indice dei giuristi e delle loro opere principali</i>	21
IV. « <i>Conspectus rerum</i> » delle <i>Istituzioni di Gaio</i>	33

IL DIRITTO ROMANO PRIVATO

PREMESSA: Il diritto e l'esperienza romana.	47

CAPITOLO I

IL DIRITTO ROMANO

§ 1. — L'ORDINAMENTO GIURIDICO

1. La società e gli ordinamenti sociali	53
2. Lo Stato e la sua struttura	55
3. L'ordinamento statale e il diritto	59
4. La produzione del diritto	64
5. L'interpretazione del diritto	66
6. I rapporti giuridici	68
7. L'ordine giuridico	73

§ 2. — IL PERIODO ARCAICO DEL DIRITTO ROMANO

8. Il periodo arcaico del diritto romano	75
9. La struttura della <i>civitas</i> quiritaria e il <i>ius Quiritium</i>	76
10. L'evoluzione costituzionale della <i>civitas</i> quiritaria	79
11. Il <i>ius legitimum vetus</i> e la formazione del <i>ius civile</i>	82

§ 3. — IL PERIODO PRECLASSICO DEL DIRITTO ROMANO

	<i>pag.</i>
12. Il periodo preclassico del diritto romano	84
13. La <i>respublica Romanorum</i>	86
14. <i>Ius civile vetus</i> e <i>ius publicum</i>	88
15. L'espansione di Roma e il <i>ius civile novum</i>	91
16. La crisi della <i>respublica Romanorum</i> e il <i>ius honorarium</i>	93
17. La giurisprudenza preclassica	96

§ 4. IL PERIODO CLASSICO DEL DIRITTO ROMANO

18. Il periodo classico del diritto romano	98
19. La <i>respublica</i> e il <i>principatus</i>	99
20. Il <i>ius vetus</i> e il <i>ius novum</i>	101
21. La giurisprudenza classica	105
22. I principali giuristi sino ad Adriano	108
23. I principali giuristi dopo Adriano.	109

§ 5. — IL PERIODO POSTCLASSICO DEL DIRITTO ROMANO

24. Il periodo postclassico del diritto romano	112
25. La costituzione assolutistica	113
26. Il <i>ius novum</i> e le sue fonti	115
27. Le altre cause dell'evoluzione postclassica	118
28. La giurisprudenza postclassica	122
29. Le compilazioni pregiustinianee di costituzioni imperiali	124
30. Le leggi romano-barbariche	127
31. I resti dell'attività giurisprudenziale postclassica	129
32. Le compilazioni di Giustiniano	132
33. Le compilazioni giuridiche postgiustinianee	136
34. L'evoluzione post-romana del diritto romano	138

CAPITOLO II

IL DIRITTO ROMANO PRIVATO

§ 6. — IL « IUS PRIVATUM »

35. La nozione romana di <i>ius privatum</i>	144
36. La distinzione tra <i>ius civile</i> e <i>ius gentium</i>	146
37. Le altre partizioni del <i>ius privatum</i>	149
38. La sistematica del <i>ius privatum</i>	152
39. Il diritto privato vigente in Italia	154

§ 7. — LA TUTELA GIURIDICA PRIVATA

40. La tutela giuridica privata	156
41. Le procedure <i>per legis actiones</i>	160

	<i>pag.</i>
42. La procedura <i>per formulas</i>	165
43. La struttura dei <i>iudicia formulari</i>	170
44. Lo svolgimento della procedura <i>formulari</i>	174
45. I mezzi complementari della procedura <i>formulari</i>	181
46. Le procedure <i>extra ordinem</i>	185
47. Ragguaglio di diritto moderno	189

§ 8. — I RAPPORTI DEL « IUS PRIVATUM »

48. I rapporti del <i>ius privatum</i>	196
49. Le qualificazioni soggettive regolari	198
50. I soggetti giuridici limitati	203
51. I soggetti giuridici impersonali	206
52. Le capacità di agire	210
53. Le qualificazioni oggettive regolari	214
54. Le <i>res</i> e le loro distinzioni	217
55. Ragguaglio di diritto moderno	220

§ 9. — LA « FAMILIA »

56. La <i>familia romana</i>	225
57. Il <i>matrimonium</i>	227
58. Le conseguenze del <i>matrimonium</i>	233
59. Il regime patrimoniale del <i>matrimonium</i>	236
60. Le unioni extramatrimoniali	242
61. Ragguaglio di diritto moderno	244

§ 10. — LA « SUCCESSIO IN IUS »

62. La <i>successio in ius</i>	249
63. La <i>vocatio ex testamento</i>	253
64. La <i>vocatio ab intestato</i>	259
65. La <i>vocatio contra testamentum</i>	262
66. L'attuazione della <i>successio in ius</i>	264
67. Le conseguenze della <i>successio in ius</i>	267
68. La <i>successio mortis causa in singulas res</i>	271
69. Ragguaglio di diritto moderno	274

CAPITOLO III

I RAPPORTI ASSOLUTI DEL « IUS PRIVATUM »

§ 11. — I RAPPORTI ASSOLUTI DEL « IUS PRIVATUM »

70. I rapporti assoluti del <i>ius privatum</i>	279
71. Il <i>mancipium</i> e la sua dissoluzione	282
72. L' <i>usus</i> e la <i>possessio</i>	286

	<i>pag.</i>
73. La <i>possessio ad interdicta</i>	289
74. Le vicende della <i>possessio</i>	292
75. La <i>quasi possessio</i> e la <i>possessio iuris</i>	295
76. Ragguaglio di diritto moderno	297

§ 12. — LE POTESTÀ FAMILIARI

77. La <i>patria potestas</i>	301
78. Le vicende della <i>patria potestas</i>	305
79. Le altre potestà familiari	310
80. La <i>tutela impuberum</i>	312
81. La <i>tutela mulierum</i>	317
82. Le curatele	318
83. Ragguaglio di diritto moderno	320

§ 13. — I POTERI DOMINICALI

84. Il <i>dominium ex iure Quiritium</i>	326
85. I fatti costitutivi o estintivi del <i>dominium ex iure Quiritium</i>	330
86. I fatti traslativi del <i>dominium ex iure Quiritium</i>	340
87. La tutela del <i>dominium ex iure Quiritium</i>	343
88. La <i>dominica potestas</i> sui servi	349
89. L' <i>in bonis habere</i> pretorio	352
90. La <i>possessio vel ususfructus</i> dei fondi provinciali	355
91. Il <i>dominium</i> unificato	356
92. Ragguaglio di diritto moderno	363

§ 14. — I RAPPORTI ASSOLUTI IMPROPRI

93. I <i>iura praediorum</i>	371
94. I tipi di <i>servitutes praediorum</i>	376
95. Le vicende delle <i>servitutes praediorum</i>	380
96. La tutela delle <i>servitutes praediorum</i>	384
97. L' <i>ususfructus</i>	387
98. I rapporti affini all' <i>ususfructus</i>	391
99. La <i>superficies</i>	394
100. L' <i>emphiteusis</i>	397
101. Il <i>pignus</i> e l' <i>hypotheca</i>	401
102. Ragguaglio di diritto moderno	408

§ 15. — LA « COMMUNIO »

103. La contitolarità e la comunione dei diritti	417
104. Le comunioni romane arcaiche	419
105. La <i>communio iuris Romani</i>	421
106. Il regime della <i>communio</i>	424
107. Ragguaglio di diritto moderno	427

CAPITOLO IV

I RAPPORTI RELATIVI DEL « IUS PRIVATUM »

§ 16. — I RAPPORTI RELATIVI DEL « IUS PRIVATUM »

	<i>pag.</i>
108. I rapporti relativi del <i>ius privatum</i>	431
109. I tipi delle <i>obligationes</i>	436
110. I soggetti delle <i>obligationes</i>	440
111. L'oggetto delle <i>obligationes</i>	444
112. L'adempimento delle <i>obligationes</i>	447
113. Le vicende delle <i>obligationes</i>	450
114. Ragguaglio di diritto moderno	461

§ 17. — LE « OBLIGATIONES CONTRACTAE »

115. Le <i>obligationes verbis contractae</i>	467
116. La <i>stipulatio</i>	471
117. Le applicazioni della <i>stipulatio</i>	475
118. Le <i>stipulationes</i> di garanzia	477
119. Le <i>obligationes litteris contractae</i>	480
120. Le <i>obligationes re contractae</i> in senso proprio.	483
121. Le <i>obligationes re contractae</i> in senso improprio.	489
122. Ragguaglio di diritto moderno	494

§ 18. — LE « OBLIGATIONES EX CONTRACTU »

123. Le <i>obligationes ex contractu</i>	498
124. La <i>emptio venditio</i> e le <i>obligationes</i> conseguenti	502
125. Le <i>leges emptionis et venditionis</i>	509
126. La <i>locatio conductio</i> e le <i>obligationes</i> conseguenti	513
127. Le <i>locationes conductiones</i> irregolari	517
128. La <i>societas</i> e le <i>obligationes</i> conseguenti	520
129. Il <i>mandatum</i> e le <i>obligationes</i> conseguenti	523
130. Ragguaglio di diritto moderno	526

§ 19. — LE « OBLIGATIONES » NON « CONTRACTAE »

131. Le <i>obligationes ex pacto</i>	535
132. Le <i>obligationes</i> da convenzioni <i>sine nomine</i>	541
133. Le <i>obligationes</i> da cause non convenzionali.	546
134. Le <i>obligationes ex negotiorum gestione</i>	549
135. Le <i>obligationes ex indebiti solutione</i>	553
136. Ragguaglio di diritto moderno	555

§ 20. — LE « OBLIGATIONES » DA ILLECITO

137. Le <i>obligationes</i> di responsabilità primaria	559

138. Il <i>furtum</i> e le <i>obligationes</i> conseguenti	562
139. La <i>rapina</i> e le <i>obligationes</i> conseguenti	566
140. L' <i>iniuria</i> e le <i>obligationes</i> conseguenti	568
141. Il <i>damnum iniuria datum</i> e le <i>obligationes</i> conseguenti	570
142. Le <i>obligationes</i> da illeciti non civilistici	572
143. Le <i>obligationes</i> di responsabilità secondaria	577
144. La <i>mora solvendi</i> e la <i>fraus creditorum</i>	583
145. Ragguaglio di diritto moderno	585

CAPITOLO V

GLI ATTI DI AUTONOMIA DEL « IUS PRIVATUM »

§ 21. — GLI ATTI DI AUTONOMIA DEL « IUS PRIVATUM »

146. Gli atti di autonomia del <i>ius privatum</i>	592
147. Il concetto di negozio giuridico	596
148. L'efficacia dei negozi giuridici	602
149. La forma nei negozi giuridici	608
150. La causa nei negozi giuridici	612
151. La volontà nei negozi giuridici	617
152. Le clausole accidentali dei negozi giuridici	625
153. La sostituzione nell'attività negoziale	631
<i>Indice analitico alfabetico</i>	637

RAGGUAGLI PRELIMINARI



- Berger A., [*Encyclopedic*] *Dictionary [of Roman Law (1953)]*. Dizionario elementare con corredo di bibliografia essenziale disposta per « voci ».
- Biondi B., *Guide bibliografiche. Diritto romano (1944)*. Selezione ad uso scolastico della letteratura romanistica, specialmente dell'ultimo secolo.
- Rassegna bibliografica di Iura* (annuale, dal 1950). Repertorio sistematico, con brevi sunti, della letteratura romanistica dell'anno (v. n. 9).
- Schedario di Labeo* (quadrimestrale, dal 1955). Indice per « voci » analitiche della letteratura del quadrimestre: in continuazione dei dati bibliografici del *Dictionary* del Berger (v. n. 9).

Altre opere, di più limitata importanza o di non più fresca attualità, sono: Berger e Schiller, *Bibliography of anglo-american Studies in Roman, Greek and Greco-Egyptian Law and related Sciences* 1 (1939-1945), 2 (1945-1947) in *Seminar* 1945, 1947; Bertolini, *Bibliografia 1895-1899* (monografie) e 1900-1906 (riviste), in *BIDR.* 20 (1908); id., *Bibliografia dell'antico dir. greco e romano*, in *BIDR.* 22-26 (1910-1913) e 29 (1916); Collinet, *Bibliographie des travaux de dr. rom. en langue française* (Paris 1930); id., *Bibliographies, Répertoire des Vocabulaires, Index, Concordances et Palingénésies de dr. rom.*² (1947); De Francisci, *Il diritto romano, Guida bibl.* (1880-1922: autori italiani) (Roma 1923); Georgescu, *Bibliografia de drept roman 1940-1942* (Bucarest 1943); Grandin, *Bibliographie générale des sciences juridiques (dr. rom. et dr. de l'antiquité)* 1 (1926), con 14 supplementi annuali; Henrion, *Bibliographie des travaux de dr. rom. privé publiés en Belgique et aux Pays-Bas* (1935-1947), in *AHDE.* 18 (1947); Monier, *Bibliographie des travaux récents de dr. rom.* 1 (1944), 2 (1949); Sachers, *Generalregister zu den Bänden 1-50 der ZSS.* (Weimar 1932); Sanfilippo, *Bibliografia romanistica italiana* (1939-1949) (Catania 1949); Romano Silvio, *Bibliografia*, in *BIDR.* 36 (1928), 39 (1931), 40 (1932); Volterra, *Bibliografia di diritto agrario romano* (Firenze 1951).

2. EDIZIONI E RACCOLTE DI FONTI DI COGNIZIONE.

Limitiamo la citazione alle edizioni e raccolte di più agevole e usuale consultazione.

- Huschke Ph. E., *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae*⁶, ediz. riveduta da Seckel e Kübler, 3 voll. (Lipsiae 1908-1927), estratto di *Gai institutiones*⁸ a cura di Kübler (1939).

RAGGUAGLIO DI BIBLIOGRAFIA

SOMMARIO: 1. Repertori bibliografici. — 2. Edizioni e raccolte di fonti di cognizione. — 3. Opere generali sulla storia del diritto romano. — 4. Opere generali sul diritto privato romano. — 5. Opere generali sul diritto processuale privato. — 6. Opere generali sulla civiltà romana. — 7. Opere sulle sopravvivenze del diritto romano. — 8. Enciclopedie e lessici. — 9. Principali riviste tecniche. — 10. Altre riviste e raccolte di scritti.

1. REPERTORI BIBLIOGRAFICI.

Gli studi di diritto romano, nel passato e nel presente, si sono svolti e si svolgono con tanta frequenza e intensità, che la bibliografia romanistica è, conseguentemente, tra le più vaste che esistano.

Naturalmente, si tratta di opere di vario valore: o a causa della ampiezza più o meno grande; o a causa del tipo più o meno approfondito; o a causa dell'età più o meno recente; o anche, infine, per la « stoffa » più o meno buona di chi le ha scritte. Esaminarle e valutarle direttamente tutte, per chi si accinga a una ricerca romanistica, sarebbe, in linea di principio, doveroso; ma in linea pratica, per tanti ed ovvi motivi, non è sempre possibile. Aiutano, comunque, nella catalogazione loro, almeno sino a un certo punto, alcuni repertori bibliografici, che passiamo ad indicare.

Caes L. e Henrion R., *Collectio bibliographica operum ad ius Romanum pertinentium* 1.1 (1949), 1.2-3 (1951), 1.4-5 (1953), 1.6 (1956), 1.7 (1958), 1.8-9 (1959), 1.10 (1960), 2.1 (1950), 2.2 (1960). Raccolta a vastissimo impianto, ma tuttora incompleta. La serie I è relativa agli articoli pubblicati in periodici; la serie II contiene l'elenco delle dissertazioni di laurea pubblicate a stampa (per ora solo quelle francesi e tedesche).

NOTA. Nella citazione delle opere indicate in questo *Ragguaglio di bibliografia* saranno, nel corso della presente opera, utilizzate le sigle abbreviative o, in mancanza, le parole poste fuori delle parentesi quadre.

- Krüger P., Mommsen Th., Studemund G., *Collectio librorum iuris anteiusinianum*, 1⁷, 2, 3 (Berolini 1927, 1878-1890).
- Girard P. F., *Textes de droit romain*⁶, riveduto da Senn (Paris 1937). Antiquato.
- Fontes ital.* = Riccobono S., Baviera G., Ferrini C., Furlani G., Arangio-Ruiz V., *Fontes iuris Romani anteiusiniani*, 1²: *Leges*, 2²: *Auctores*, 3: *Negotia* (Florentiae 1940-1943). E' la raccolta più diffusa e di più facile consultazione: ricchissima e molto accurata nella terza parte.
- Bruns [*Fontes iuris Romani antiqui*⁷, riveduto da Gradenwitz, 3 voll. (Tubingae 1909-1912, rist. 1958)].
- CTh. = *Codex Theodosianus*, cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredi, 6 voll. (Lugduni 1665). — *Theodosiani libri XVI*, cum constitutionibus Sirmondianis, et leges novellae ad Theodosianum pertinentes, edid. Th. Mommsen et P. M. Meyer, 2 voll. (Berolini 1905, rist. 1954). — *Codex Theodosianus*, recognovit P. Krüger, 1 (1923), 2 (1926) (incompl.). L'edizione generalmente consultata è quella di Mommsen e Meyer.
- I., D., Cl., NovI. = *Corpus iuris civilis*, edid. Mommsen, Krüger, Schöll, Kroll, 1¹⁰: *Institutiones* (Krüger), *Digesta* (Mommsen, Krüger), 2: *Codex repetitae praelectionis* (Krüger), 3: *Novellae* (Schöll, Kroll) (Berolini, rist. 1954). Di consultazione generale.
- D. ed. maior = *Digesta Iustiniani Augusti*, recognovit Th. Mommsen, 2 voll. (Berolini, 1886-1870). La prima e fondamentale edizione critica dell'opera.
- D. ital. = *Digesta Iustiniani Augusti*, edid. P. Bonfante et V. Scialoja (Mediolani 1908-1931, rist. 1960). Elegante, ma con qualche errore di stampa.
- Par. I. = *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo vulgo tributa*, recensuit et versione latina instruxit C. Ferrini (Milano 1897).
- B. = *Basilicorum libri LX*, edid. G. F. Heimbach, 6 voll. (Lipsiae 1833-1870), *Supplementum* edid. C. E. Zachariae (1846), *Supplementum alterum* edid. J. Mercati et C. Ferrini (Mediolani 1897). Edizione approssimativa e assai scorretta, ma l'unica attualmente completa.
- B. oland. = *Basilicorum libri LX* (Groningen). *Series A: Textus*, 1 (lib. 1-8, 1953, edd. Scheltema e Van der Wal), 2 (lib. 9-16, 1956, edd. Scheltema e Van der Wal), 3 (lib. 17-25, 1960, edd. Scheltema e Van der Wal); *Series B: Scholia*, 1 (lib.

1-11, 1953, ed. Scheltema), 2 (lib. 12-14, 1954, edd. Scheltema e Holwerda), 3 (lib. 15-20, 1957, edd. Scheltema e Holwerda), 4 (lib. 21-23, 1959, edd. Scheltema e Holwerda).

Di uso frequente sono anche:

- Dessau [*Inscriptiones latinae selectae*, 5 voll. (Berolini 1892-1915)].
Inscriptiones Graecae ad res Romanas pertinentes,... collectae et editae cura
 R. Cagnat, J. Toutain, J. Lafaye, 4 voll. (Paris 1903).
 Bremer [*Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, 3 voll. (Lipsiae 1896-1901)]. Palingenesi degli scritti giurisprudenziali fino ad Adriano.
 L. = Lenel O., *Palingenesia iuris civilis*, *Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit* —, 2 voll. (Lipsiae 1889). Opera monumentale, di cui peraltro lo stesso autore è stato il primo ad avvertire la opportunità di una nuova edizione, che tenga conto, sia pur con cautela, dei principali risultati della critica interpolazionistica. (L'opera è stata ristampata nel 1960, a Graz, con un *Supplementum ad fidem papyrorum* di L. Sierl).

3. OPERE GENERALI SULLA STORIA DEL DIRITTO ROMANO.

Tra le più moderne:

- Arangio-Ruiz, *Storia [del diritto romano]*⁷ (1957)]. Trattazione elegantissima: un insieme organico di brillanti monografie sui singoli argomenti.
- Bonfante, *Storia [del diritto romano]*⁴ (rist. 1959)]. Particolarmente pregevole nella parte dedicata al più antico diritto: purtroppo, risente del trascorrere del tempo.
- De Francisci, *Sintesi [storica del diritto romano]* (1948)]. Visione vastissima e completa, nella cui redazione l'a. ha sfruttato la assai più diffusa sua *Storia* in tre volumi (incompleta).
- Guarino, *Storia [del diritto romano]*³ (1962)]. E', ovviamente, l'opera cui maggiormente si ispira, nella parte storica (cap. I), la presente trattazione.
- Kaser, [*Römische*] *Rechtsgeschichte* [(1950)]. Tra le esposizioni più succinte è indubbiamente la migliore.
- Kübler [*Geschichte des römischen Rechts* (1925)]. Invecchiata, ma tuttora validissima, specie per quanto attiene alla storia delle fonti.

Padelletti-Cogliolo, *Storia del diritto romano*² (1886). Opera assai vecchia, ma ancora utile per la larga citazione di fonti.

Scherillo-Dell'Oro [*Storia del diritto romano* (1949)]. Trattazione scolastica, di apprezzabile limpidezza.

Cfr. inoltre: Dulckeit, *Röm. Rechtsgeschichte*² (1957); Frezza, *Corso di storia del d. r.* (1954); Grosso, *Lezioni di storia del d. r.*⁴ (1960); Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of R. Law*² (1952); Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte* (2 voll., incompl., 1885-1901); Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des r. R.*² (1912); v. Mayr, *Röm. Rechtsgeschichte* (7 voll., 1912-1913); Schulz, *History of Roman Legal Science* (1946, rist. 1953; testo tedesco, 1961); Seidl, *Röm. Rechtsgeschichte und röm. Zivilprozessrecht* (1962); Wenger, *Die Quellen des röm. R.* (1953).

4. OPERE GENERALI SUL DIRITTO PRIVATO ROMANO.

Tra le più moderne:

Arangio-Ruiz [*Istituzioni di diritto romano*¹⁴ (1960)]. Più che un trattato, è un discorso singolarmente avvincente in prima persona: l'opera che ha maggiormente influito sulla romanistica contemporanea, specie italiana.

Betti, *Istituzioni [di diritto romano]*¹ (1942)]. Trattazione pregevolissima nella impostazione dei problemi generali, ma purtroppo ancora incompleta.

Biondi [*Istituzioni di diritto romano*³ (1956)]. Informatissima e di grande chiarezza.

Biondi, *Il diritto romano* (1957). Esposizione complessiva del diritto romano, in tutti i suoi aspetti.

Bonfante, *Istituzioni [di diritto romano]*¹⁰ (rist., 1957)]. Un'opera, oggi fortemente invecchiata, ma di eccezionale importanza per l'influenza che ha esercitato sulla romanistica italiana del primo ventennio del secolo.

Buckland, [*A Text book [of Roman Law from Augustus to Justinian]*² (1950)]. La migliore trattazione in lingua inglese.

Correia e Sciascia, *Manual [de direito romano]*¹ (1949) 2 (testi con trad. 1951)]. Diffusa in Brasile: diligente.

Costa, [*Storia del*] *Diritto romano privato [dalle origini alla Compilazione giustiniana]*² (1925)]. Sintesi storica assai agile e chiara e tuttora abbastanza utile.

- Cuq [*Les institutions juridiques des Romains*² (2 voll., 1940)]. Opera informata e limpida, largamente diffusa in Francia.
- Von Czychlarz e San Nicolò, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*¹⁰ (1933). Opera ormai invecchiata.
- Di Marzo, *Istituzioni di diritto romano*⁵ (1946). Opera informativa.
- D'Ors, *Elementos de derecho privado romano* (1960). Sintesi originale, molto efficace.
- Ferrini [*Manuale di Pandette*⁴ (1953) a cura di Grosso]. Trattazione sintetica ma profonda, che risente peraltro di essere stata scritta agli inizi del secolo.
- Girard [*Manuel élémentaire de droit romain*⁸ (1928)]. E' un trattato di media grandezza, che costituisce, per la sua precisione e chiarezza, un classico della letteratura romanistica.
- Guarino, *Profilo [di diritto privato romano]*³ (1954)]. Parzialmente riprodotto in Guarino, *Storia del d. rom.*³ (v. n. 3).
- Iglesias [*Derecho romano*³ (1958)]. La migliore trattazione spagnola: informatissima.
- Jörs-Kunkel [*Römisches Privatrecht*² (rist., 1949)]. Sintesi informatissima, tra le più pregevoli della letteratura romanistica.
- Kaser, [*Das römische*] *Privatrecht* [1 (1955) 2 (1959)]. Indubbiamente il trattato più moderno e aggiornato a nostra disposizione.
- Kaser, [*Römisches Privatrecht. Ein*] *Studienbuch* (1960). Opera informativa.
- Kipp [*Das römische Recht* (1930)]. Opera informativa.
- Monier [*Manuel élémentaire de droit romain* 1⁶ (1947), 2⁴ (1948)]. Trattazione informatissima e chiara.
- Monier, Cardascia e Imbert [*Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du Moyen âge* (1956)]. Rifacimento della trattazione precedente, nel quadro dei diritti dell'antichità.
- Pacchioni [*Manuale di diritto romano*³ (1935)]. Opera informativa.
- Perozzi [*Istituzioni di diritto romano*² (2 voll., 1928)]. Opera geniale in cui si riversa una delle personalità più vivaci e discusse della romanistica italiana; naturalmente, ha carattere molto personale.
- Petropoulos [*Ἱστορία καὶ Εἰσαγγήσεις τοῦ ρωμαϊκοῦ Δικαίου* (1944)]. La migliore e più aggiornata trattazione in greco moderno.
- Rabel [*Grundzüge des römischen Privatrechts* (1915, rist. 1955)]. Sintesi ammirevole, sopra tutto per l'epoca in cui fu scritta.
- Radin [*Handbook of Roman law* (1927)]. Opera informativa.
- Sanfilippo [*Istituzioni di diritto romano*⁴ (1960)]. Opera informativa.

- Schulz [*Classical Roman law* (1951)]. Revisione accuratissima, talvolta accentuatamente personale, del diritto romano classico.
- Schwind [*Römisches Recht. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts* (1950)]. Opera informativa.
- Siber [*Römisches Privatrecht* (1928)]. Sintesi severa, di grande rigore scientifico.
- Sohm, Mitteis e Wenger, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*¹⁷ (1923, rist. 1949). Opera ormai invecchiata.
- Taubenschlag [*Rzymskie Prawo prywatne* (1955)]. Opera informativa.
- Taubenschlag, [*The Law of*] *Greco-Roman Egypt [in the Light of the Papyri]*² (1955)]. L'unica trattazione organica del diritto dei papiri.
- Van Oven [*Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*³ (1948)]. La migliore trattazione in lingua olandese.
- Voci [*Istituzioni di diritto romano*³ (1954)]. Sintesi assai precisa.
- Volterra [*Istituzioni di diritto privato romano* (1961)]. Ampio corso di lezioni.
- Weiss [*Institutionen des römischen Privatrechts*² (1949)]. Opera informativa.

Cfr. anche le seguenti trattazioni più voluminose:

- Betti, *Diritto [romano]* 1 (1935)]. Trattazione approfondita delle dottrine generali, che ha esercitato ed esercita grande influenza anche sugli studiosi del diritto moderno.
- Biondi, *Il diritto romano cristiano* (3 voll., 1951-1952). Esposizione vasta e interessante del diritto dell'età cristiana.
- Bonfante, *Corso [di diritto romano]* 1, 2 (1-2), 3, 6. 1 [(1925-1930)]. Purtroppo incompleto, ma di grande, insuperata maestria, sopra tutto nella parte dedicata ai rapporti di famiglia ed alla successione nei rapporti giuridici (vol. 1 e 6. 1).
- Dernburg, *Pandekten*⁵ a cura di Sokolowski, 4 voll. (1912), trad. ital. di Cicala (1903-1907). Una delle più chiare tra le trattazioni « pandettistiche ».
- Mitteis [*Römisches Privatrecht* 1 (1908)]. Opera tuttora viva e influente per la ricostruzione storica, singolarmente penetrante, delle dottrine generali.
- Vangerow, *Lehrbuch des Pandektenrechts*³ (3 voll., 1865-1876). Forse, la più profonda tra le trattazioni « pandettistiche ».
- Windscheid [*Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹ a cura di Kipp (3

voll. 1900-1906), trad. ital. di Fadda e Bensa (1902-1904)]. La opera « pandettistica » più rinomata, che sintetizza con ammirevole equilibrio e con grande chiarezza i risultati di secoli di studio romanistico.

5. OPERE GENERALI SUL DIRITTO PROCESSUALE PRIVATO.

Bertolini, *Appunti didattici sul processo civile romano* (3 voll., 1913-1915). Trattazione chiara, ma invecchiata.

Costa, *Profilo storico [del processo civile romano]* (1918)]. Molto limpida, ma troppo sintetica.

Keller, *Das römische Civilprocess und die Actionen*⁶ a cura di Wach (1883). Assai invecchiata, ma tuttora valida come punto di riferimento.

Wenger [*Institutionen der römischen Zivilprozessrechts* (1925), trad. ital. di Orestano (1938)]. Trattazione completa e bene informata, ma poco persuasiva nella impostazione generale e nelle esposizioni di specie.

Wlassak, *Römische Prozessgesetze* (2 voll., 1888-1891). Opera classica, ma a carattere monografico, del maggiore studioso contemporaneo del processo civile romano.

6. OPERE GENERALI SULLA CIVILTÀ ROMANA.

Tra le più diffuse:

Barbagallo, *Storia universale* 2 (1-2): *Roma antica* (1931-1932).

De Sanctis, *Storia dei Romani* 1² (1956), 2² (1960), 3 (1907), 4.1 (1907), 4.2.1 (1953), 4.2.2 (1957).

Duruy, *Histoire des Romains*² (7 voll., 1888-1904), trad. ital. di Marchisio (1929 ss.).

Ferrero e Barbagallo, *Roma antica* (3 voll., 1912-1922).

Frank, *A history of Rom* (1923), trad. ital. di Fazio (1932).

Hartmann e Kromayer, *Römische Geschichte*² (1921), trad. ital. di Cecchini³ (1935).

Levi e Meloni, *Storia romana dagli Etruschi a Teodosio* (1960).

Mommsen, *Römische Geschichte* 1-3¹¹ (1912-1917), 5⁷ (1917), trad. ital. dei voll. 1-3 di Di San Giusto (1903-1905), del vol. 5 di De Ruggiero (1887-1890).

Niebuhr, *Römische Geschichte* 1², 2², 3 (1828, 1830, 1832), trad. ital. di Moschitti (1846-1851).

- Niese, *Grundriss der römischen Geschichte nebst Quellenkunde*⁵ (1923), trad. ital. di Longo (1921).
 Pais, *Storia di Roma dalle origini all'inizio delle guerre puniche*³, 5 voll. (1926-1928).
 Pareti, *Storia di Roma* 1 (1952) 2 (1952) 3 (1953) 4 (1955) 5 (1960).
 Rostovzeff, *A history of the ancient World*, 1: *Rome* (1926).
 Vogt, *Die Römische Republik*, Kornemann, *Das Römische Kaiserzeit* (in Gercke e Norden, *Einleitung in die Altertumswissenschaft* 3, 2³) (1933), trad. ital. di Pellis (1945).

7. OPERE SULLE SOPRAVVIVENZE DEL DIRITTO ROMANO.

Tra le più recenti:

- Koschaker, *Europa und das Römische Recht* (1948).
 Kreller, *Römisches Recht*, 2. *Grundlehren des Gemeinen Rechts* (Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht) (1950).
 Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952).

8. ENCICLOPEDIA E LESSICI.

Di utile consultazione:

- Berger, [*Encyclopedic*] *Dictionary [of roman Law* (1953)]: v. retro n. 1.
 DS. = Daremberg, Saglio, Pottier, Lafaye, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*² (6 voll., 1875-1912).
 Dirksen, *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum* (1837).
 Heuman e Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹ (1907).
 Monier, *Petit vocabulaire de droit romain*⁴ (1949).
 PW. = Pauly, Wissowa ed altri, *Real-Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft* (1894 ss.).

9. PRINCIPALI RIVISTE TECNICHE.

- ARIDA. = *Archives d'histoire du droit oriental e Revue internationale des droits de l'antiquité* (Bruxelles). V. infra: RIDA.
 BIDR. = *Bullettino dell'Istituto di diritto romano 'Vittorio Scialoja'* (Roma). Fondata nel 1888 da Vittorio Scialoja, è stata per lunghi anni

la più autorevole rivista italiana, soffrendo peraltro qualche pausa in coincidenza con le due guerre mondiali. Prima serie: vol. 1-41 (1888-1933); Seconda serie: vol. 42-61 (1934-1958); Terza serie dal vol. 62 (1959).

Iura = *IVRA*, *Rivista internazionale di diritto romano e antico* (Napoli). Fondata a Catania nel 1950, esce in volumi annuali con un panorama completo della letteratura romanistica dell'anno.

Labeo = *Labeo*, *Rassegna di diritto romano* (Napoli). Fondata a Napoli nel 1955, esce in fascicoli quadrimestrali.

RH. = *Revue historique de droit français et étranger* (Paris). Massima fra le riviste francesi, accoglie anche studi sul diritto intermedio: trimestrale. La sua storia, piuttosto tormentata, si riassume in queste diverse intestazioni: *Rev. historique du dr. franç. et étranger*, vol. 1-15 (1855-1869); *Rev. de législation ancienne et moderne franç. et étr.*, vol. 1-6 (1870-1876); *Nouvelle rev. hist. de dr. franç. et étr.*, vol. 1-45 (1877-1921); *Rev. hist. ecc.* (quella attuale), IV serie, dal 1922.

RIDA. = *Revue internationale des droits de l'antiquité* (Bruxelles). Fondata a Bruxelles nel 1948, ha convissuto due anni, in unico volume, con gli *Arch. d'hist. du dr. oriental* (1952-53), indi li ha assorbiti (dal 1954). Annuale.

SDHI. = *Studia et documenta historiae et iuris* (Roma). Fondata a Roma nel 1935: annuale. Ottime rassegne epigrafiche e papirologiche.

T. = *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (Haarlem). Trimestrale. Non esclusivamente romanistica.

ZSS. = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (Weimar). La più illustre rivista romanistica del mondo: esce in volumi annuali, parallelamente a due altri volumi, rispettivamente dedicati al diritto germanico e al diritto canonico. Con il titolo e la impostazione attuali fu fondata nel 1880, ma i suoi precedenti sono: la *Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft*, fondata da F. C. Savigny (15 vol., 1815-1850), e la *Z. f. Rechtsgeschichte* (13 vol., 1861-1878).

10. ALTRE RIVISTE E RACCOLTE DI SCRITTI.

Ne forniamo un elenco sommario, sopra tutto allo scopo di indicare le abbreviazioni e le sigle.

ABW. = *Abhandlungen der bayerischen Akad. der Wissenschaften*.

ACIB. = *Atti del Congresso internaz. di d. romano di Bologna* (1934).

- ACIR. = *Atti del Congresso internaz. di d. romano di Roma* (1934).
ACIV. = *Atti del Congr. internaz. di d. rom. e di st. del dir. di Verona* (1948, editi nel 1953).
ACNSR. = *Atti dei Congressi nazionali (italiani) di studi romani*.
ACP. = *Archiv für die civilistische Praxis* (dal 1820: nuova serie dal 1925, Tübingen).
ACSS. = *Atti dei Congressi internaz. di Scienze storiche*.
Acta = *Acta Congressus iuridici internationalis* (Roma, 1935).
AE. = *Aegyptus* (Milano, dal 1920).
AG. = *Archivio Giuridico Filippo Serafini* (Modena, dal 1868).
AHDE. = *Anuario de historia del derecho español* (Madrid, dal 1924).
AI. = *Acta juridica* (Capetown, dal 1958).
AIV. = *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze e Lettere*.
ANA. = *Atti dell'Accad. di Sc. morali e politiche di Napoli*.
AP. = *Archiv für Papyrussforschung* (Leipzig, dal 1900).
Archid. = Ἀρχαίων Ἰσταντινου Διχαλου (Atene).
ASD. = *Annali di Storia del diritto* (Milano, dal 1958).
ASW. = *Abhandl. der phil.-hist. Kl. der sächsischen Ak. der Wissenschaften*.
ATH. = *Athenaeum* (Pavia, vol. 1-10 [1913-1922]; N. S. dal 1923).
ATO. = *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino*.
AUBA. = *Annali della Fac. di Giurisprudenza dell'Univ. di Bari*.
AUCA. = *Annali dell'Università di Camerino*.
AUCT. = *Annali del Seminario Giuridico dell'Univ. di Catania*.
AUI. = *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*.
AUMA. = *Annali dell'Università di Macerata*.
AUME. = *Annali dell'Ist. di Sc. giur. ec. dell'Univ. di Messina*.
AUPA. = *Annali del Seminario Giuridico dell'Univ. di Palermo*.
AUPE. = *Annali dell'Università di Perugia*.
AUTR. = *Annali triestini, a cura dell'Univ. di Trieste*.
BSGW. = *Berichte der sächsischen Ges. der Wissenschaften* (Leipzig).
ED. = *Enciclopedia del diritto* (Milano, dal 1958).
FI. = *Il Foro Italiano* (dal 1876).
Fil. = *Filangieri* (dal 1876).
GI. = *Giurisprudenza Italiana* (Torino, dal 1860).
JP. = *Journal of juristic Papirology* (dal 1946).
JRS. = *Journal of Roman Studies* (Londra, dal 1911).
Ius = *Ius, Rivista di scienze giuridiche* (Milano).
KVS. = *Kritische Vtjschr. für Gesetzgeb. und Rechtswiss.* (München).
LQR. = *Law Quarterly Review* (London, dal 1885).

- MAB.* = *Memorie dell'Acc. di Scienze e Lettere dell'Ist. di Bologna.*
MAI. = *Memorie dell'Accademia d'Italia.*
MAM. = *Memorie dell'Accademia di Modena.*
Mn. = *Mnemosyne* (vol. 1-5 [1852-1856]; *Bibliot. philol. Batava* [dal 1857]).
MT. = *Memorie dell'Ist. giur. dell'Univ. di Torino.*
NDI. = *Nuovo Digesto Italiano.*
NNDI. = *Novissimo Digesto Italiano.*
PP. = *La parola del passato* (Napoli, dal 1946).
PSI. = *Pubblicaz. della Soc. ital. di Papiri greci e latini* (Firenze).
PUMO. = *Pubblicazioni della Fac. giur. dell'Univ. di Modena.*
RAB. = *Rendiconti dell'Acc. dell'Ist. di Bologna.*
RADR. = *Revista de la Soc. Argentina de Derecho rom.* (Cordoba, dal 1954).
RAL. = *Rendiconti dell'Accad. dei Lincei* (Roma).
RDC. = *Rivista di Diritto civile* (Padova, dal 1955).
RDCo. = *Rivista di diritto commerciale* (Milano, dal 1903).
RDN. = *Rivista di diritto della navigazione* (dal 1935).
RDP. = *Rivista di diritto processuale civile* (dal 1924).
REL. = *Revue des études latines* (Paris).
RGD. = *Revue generale de droit* (Paris, dal 1877).
RIFD. = *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (Genova, dal 1921).
RIL. = *Rendiconti dell'Ist. Lombardo di Scienze e Lettere, Cl. di Lettere.*
RISG. = *Rivista italiana di scienze giuridiche* (Roma, dal 1886).
Romanitas = *Romanitas, Rev. de cultura romana* (Rio de Janeiro, dal 1958).
RSDI. = *Riv. di st. del dir. ital.* (Roma, vol. 1-16 [1928-1943]; Milano, dal 1944).
SAW. = *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften* (Wien).
SB. = *Sitzungsberichte d. Berliner Akademie d. Wissenschaften.*
SBA. = *Sitzungsberichte d. Bayer. Akademie d. Wissenschaften.*
SBS. = *Sitzungsberichte, d. sächs. Ges. der Wissenschaft.*
SDSD. = *Studi e documenti di storia e diritto* (Roma, dal 1880).
Seminar = *Seminar* (Lancaster-Washington, dal 1943).
SHA. = *Sitzungsberichte d. Heidelberger Ak. d. Wissenschaft.*
SPA. = *Studi Pavia* (dal 1912).
SPR. = *Studi parmensi* (a cura dell'Univ. di Parma).
SSA. = *Studi sassaresi* (a cura dell'Univ. di Sassari).
SSE. = *Studi senesi* (dal 1884, a cura dell'Univ. di Siena).
SU. = *Studi urbinati* (a cura dell'Univ. di Urbino).
SUC. = *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari.*

II

TAVOLA CRONOLOGICA

1. PERIODO ARCAICO (754 A.C.? - 367 A.C.?).

- 754 a.C.? Fondazione di Roma.
- 510 a.C.? Pretesa espulsione dei re.
- 494 a.C.? Prima secessione della plebe (Monte Sacro).
- 471 a.C. Seconda secessione della plebe (Aventino).
- 451-449 a.C. *Leges XII tabularum. Leges Valeriae-Horatiae.*
- 445 a.C.? *Plebiscitum Canuleium.*
- 387 a.C.? Incendio gallico di Roma.
- 367 a.C.? *Leges Licinia-Sextiae.* Istituzione del *praetor urbanus*.

2. PERIODO PRECLASSICO (367 A.C.? - 27 A.C.).

- 343-341 a.C. Prima guerra sannitica (vittoria romana a Suessola).
- 340-338 a.C. Guerra contro la lega latino-campana (Tito Manlio Torquato e Decio Mure).
- 339 a.C. *Leges Publiliae-Philonis.*
- 326-304 a.C. Seconda guerra sannitica. (Forche Caudine, Q. Fabio Massimo, vittoria romana).
- 326 a.C. *Lex Poetelia-Papiria* (abolizione del *nexum*).
- 312 a.C. Censura di Appius Claudius Caecus.
- 304 a.C. Cneus Flavius pubblica i formulari delle *actiones*: « *ius Flavianum* ».
- 298-290 a.C. Terza guerra sannitica. Roma, vittoriosa, acquista il dominio dell'Italia centrale.
- 287 a.C. Terza secessione della plebe. *Lex Hortensia de plebiscitis.*
- 280 a.C. Espansione romana verso la Magna Graecia. Guerra con Taranto. Intervento di Pirro.

- 275 a.C. Sconfitta finale di Pirro a Benevento. Sottomissione della Magna Graecia.
- 264-242 a.C. Prima guerra punica. Conquista della Sicilia.
- 260 a.C. Vittoria navale romana sui Cartaginesi a Milazzo.
- 252 a.C. Tiberius Coruncanius primo plebeo divenuto *pontifex maximus*.
- 242 a.C. Istituzione del *praetor peregrinus*.
- 222 a.C. Vittoria romana sui Galli a Clastidium.
- 218-202 a.C. Seconda guerra punica.
- 218 a.C. Annibale passa le Alpi.
- 216 a.C. I Romani sono sconfitti da Annibale a Canne.
- 215-205 a.C. Prima guerra Macedonica. Filippo V, re di Macedonia, si allea con Annibale contro Roma.
- 207 a.C. Vittoria romana su Asdrubale al Metauro.
- 202 a.C. Vittoria finale romana della seconda guerra punica a Zama.
- 200-197 a.C. Seconda guerra macedonica. Vittoria romana a Cinocefale.
- 198 a.C. Sextus Aelius Paetus Catus console.
- 196 a.C. T. Quinzio Flaminio proclama a Corinto l'indipendenza della Grecia dalla dominazione macedone.
- 191 a.C. Antioco III, re di Siria, muove guerra a Roma.
- 189 a.C. I Romani sconfiggono Antioco III a Magnesia.
- 169 a.C. Vittoria di Pidna. Fine della terza guerra macedonica.
- 149 a.C. Manius Manilius console.
- 148 a.C. Roma conquista e trasforma in sua provincia la Macedonia.
- 146 a.C. Roma conquista la Grecia. Distruzione di Corinto. Terza guerra punica, conclusa con la distruzione di Cartagine.
- 139 a.C. *Lex Gabinia tabellaria*.
- 137 a.C. *Lex Cassia tabellaria*.
- 136 a.C. Inizio delle guerre servili.
- 133 a.C. Presa di Numanzia e sottomissione della Spagna. Publius Mucius Scaevola console. Tiberius Gracchus tribuno della plebe.
- 131 a.C. *Lex Papiria tabellaria*.
- 123-122 a.C. Caius Gracchus tribuno della plebe.
- 118-106 a.C. Guerra giugurtina.
- 102 a.C. Mario sconfigge i Teutoni ad Aquae Sextiae.
- 101 a.C. Mario sconfigge i Cimbri ai Campi Raudii.
- 95 a.C. Quintus Mucius Scaevola (il caposcuola) console.
- 90-88 a.C. « Guerra sociale » degli Italici contro Roma.

- 86 a.C. Silla conquista Atene e sconfigge Mitridate, re del Ponto, a Cheronea ed Orcomeno.
- 82-79 a.C. Dittatura di Silla. *Leges Corneliae*.
- 73 a.C. Morte di Silla.
- 67 a.C. *Lex Cornelia de edictis*.
- 66 a.C. Caius Aquilius Gallus pretore.
- 63 a.C. Battaglia di Pistoia contro i congiurati e morte di Catilina. Conquiste romane in Oriente: Assiria, Siria, Palestina, Persia.
- 59 a.C. Primo triumvirato (Cesare, Pompeo, Crasso).
- 58 a.C. Cesare sconfigge Ariovisto sul Reno e gli Elvezi a Bibracte.
- 55 a.C. Convegno di Lucca fra i triumviri. Sbarco di Cesare in Britannia.
- 52 a.C. Cesare vince su Vercingetorige ad Alesia.
- 51 a.C. Servius Sulpicius Rufus console.
- 49 a.C. Cesare passa in armi il Rubicone e marcia alla volta di Roma.
- 48 a.C. Cesare sconfigge Pompeo a Farsalo.
- 45 a.C. Vittoria di Cesare a Munda.
- 44 a.C. Morte di Cesare.
- 43 a.C. Ottaviano vince a Modena le truppe di Antonio. Secondo triumvirato (Ottaviano, Antonio, Lepido).
- 42 a.C. Ottaviano e Antonio sconfiggono a Filippi Bruto e Cassio.
- 40 a.C. Ottaviano espugna Perugia, occupata dai partigiani di Antonio.
- 39 a.C. Alfenus Varus *consul suffectus*.
- 31 a.C. Battaglia d'Azio.

3. PERIODO CLASSICO (27 A.C. - 284 D.C.).

- 27 a.C. - 14 d.C. Caius Caesar Octavianus, poi Imperator Caesar *Augustus*.
- 14-37 *Tiberius Claudius Nero*.
- 37-41 *Caius Caesar* (detto Caligula).
- 41-54 *Tiberius Claudius*.
- 54-68 *Claudius Nero*.
- 64 Incendio di Roma e prima persecuzione dei Cristiani.
- 68-69 Prima anarchia militare. Servius Sulpicius *Galba*, M. Salvius *Otho*, A. *Vitellius*.

69-79	Titus Flavius <i>Vespasianus</i> .
70	Distruzione di Gerusalemme.
79-81	<i>Titus</i> Flavius <i>Vespasianus</i> .
81-96	T. Flavius <i>Domitianus</i> .
96-98	M. Cocceius <i>Nerva</i> .
98-117	Ulpius <i>Nerva Traianus</i> .
117-138	T. Aelius <i>Hadrianus</i> .
138-161	T. Aelius <i>Hadrianus Antoninus Pius (divus Pius)</i> .
161-169	M. Aurelius <i>Antoninus</i> et Lucius <i>Verus (divi Fratres)</i> .
169-180	M. <i>Aurelius</i> <i>Antoninus</i> (solo).
180-192	L. Aelius <i>Aurelius Commodus</i> .
192	Seconda anarchia militare.
193	Pertinax. Didius <i>Iulianus</i> .
193-211	Septimius <i>Severus</i> .
211-212	M. Aurelius <i>Severus Antoninus</i> (detto Caracalla) et P. Septimius <i>Antoninus Geta</i> .
212-217	M. Aurelius <i>Severus Antoninus</i> (solo).
212	<i>Constitutio Antoniniana de civitate</i> .
217-218	M. Opellius <i>Macrinus</i> .
218-222	Elagabalus.
222-235	Alexander <i>Severus</i> .
235-285	Terza anarchia militare.
235-238	C. Iulius <i>Verus Maximinus</i> .
238	Gordianus I et II (inoltre: Pupienus Maximus, Balbinus).
238-244	Gordianus III (l'unico di questo nome ricordato sovente).
244-249	Philippus.
249-251	Decius.
251-253	Tribonianus <i>Gallus</i> .
253	Aemilianus.
253-260	P. Licinius <i>Valerianus</i> et P. Licinius <i>Gallienus</i> .
261-268	P. Licinius <i>Gallienus</i> (solo).
268-270	M. Aurelius <i>Claudius</i> (II).
270-275	Aurelianus.
275-276	Tacitus.
276	Florianus.
276-282	Probus.
282-283	Carus.
283-284	Numerianus et Carinus.

4. PERIODO POSTCLASSICO (285 - 565 D.C.).

285-305	Diocletianus et Maximianus.
292	<i>Codex Gregorianus.</i>
293	<i>Codex Hermogenianus.</i>
300 circa	<i>Collatio legum Mosaicarum et Romanarum. Pauli Sententiae. Tituli ex corpore Ulpiani.</i> Altre elaborazioni di <i>iura</i> e di <i>leges</i> .
305-306	Galerius et Constantius.
306-307	Galerius et Severus.
307-323	Galerius, Licinius, Maxentius, Maximianus, Constantinus (in periodi vari).
312	Vittoria di Costantino su Massenzio.
313	Editto di Milano (Constantinus).
324-337	Constantinus I (Bisanzio capitale).
337-340	Constantinus II, Constans et Constantius.
340-350	Constans et Constantius.
350-361	Constantius.
353	Il Cristianesimo religione di Stato.
361-363	Iulianus (Apostata).
363-364	Iovianus.
364-375	Valentinianus I et Valens.
375-378	Valentinianus II et Valens (inoltre: Gratianus).
379-392	Valentinianus II et Theodosius I (inoltre, fino al 383: Gratianus).
392-395	Theodosius I.

Occidente

Oriente

395-423	Honorius.	395-407	Arcadius.
410	Alarico, re dei Goti saccheggia Roma.	408-450	Theodosius II.
423-425	Iohannes.		
425-455	Valentinianus III.		
426	Legge delle citazioni.		
		438	<i>Codex Theodosianus.</i>
455	Petronius Maximus.	450-457	Marcianus.
455-456	Avitus.		
457-461	Maorianus.	457-474	Leo I.

461-465	Severus III.		
467-472	Anthemius.		
472	Olybrius.		
473-474	Glycerius.		
474-475	Nepos.	474-491	Zeno.
475-476	Romulus Augustulus.		
500?	<i>Edictum Theoderici. Lex Romana Burgundionum.</i>	491-518	Anastasius.
506	<i>Lex Romana Wisigothorum</i> (Alarico II).		
		518-527	Iustinus I.
		527-565	Iustinianus I.
		529	Primo <i>Codex Iustinianus</i> .
		530-533	<i>Digesta seu Pandectae.</i>
		533	<i>Institutiones Iustiniani Augusti.</i>
		534	<i>Codex repetitae praelectionis.</i>
		535-553	Guerra gotica per la riconquista d'Italia.
		554	<i>Sanctio pragmatica pro petitione papae Vigili:</i> estensione all'Italia della Codificazione giustiniana.

III

INDICE DEI GIURISTI E DELLE LORO OPERE PRINCIPALI

ABURNIUS	v. Valens
AELIUS GALLUS, I sec. a.Ch.?	De verborum quae ad ius civile pertinent significatione libri
AELIUS MARCIANUS	v. Marcianus
AELIUS PAETUS CATUS, consul 198 a.Ch.	Tripertita
AELIUS TUBERO	v. Tuberio
AEMILIUS	v. Macer et Papinianus
AFRICANUS, II sec. a.Ch.	Epistularum libri Quaestionum l. IX
ALFENUS VARUS, consul suffectus 39 a.Ch.	Coniectaneorum libri Digestorum libri XL Digestorum ab anonymo epitomatorum libri Digestorum a Paulo epitomatorum libri
ANTAEUS?	
ANTHIANUS	v. Furius
AQUILA	v. Iulius
AQUILIUS GALLUS, praetor 66 a.Ch.	
ARCADIUS CHARISIUS, IV sec. p.Ch.	De muneribus civilibus l. sing. De officio praefecti praetorio l. sing. De testibus l. sing.
ARISTO, 105 p.Ch.	Decreta Frontiana Digestorum libri
ARRIANUS, II sec. p.Ch.?	De interdictis libri

NOTA. L'indice è redatto secondo Lenel, *Palingenesia iuris civilis* (retro: I. 2).

ARRIUS	v. Menander
ATEIUS, I sec. a.Ch.?	
ATEIUS CAPITO	v. Capito
ATILICINUS, I sec. p.Ch.	
AUFIDIUS CHIUS, I sec. p.Ch?	
AUFIDIUS NAMUSA, I sec. a.Ch.	
AULUS?	
BLAESUS, I sec. a.Ch.	
BRUTUS, II sec. a.Ch.	De iure civili l. III
CAECILIUS	v. Africanus
CAELIUS SABINUS, consul 69 p.Ch.	Ad edictum aedilium curulium
CALLISTRATUS, II-III sec. p.Ch.	De cognitionibus l. VI
	Ad edictum monitorium l. VI
	Institutionum l. III
	De iure fisci et populi l. IV
	Quaestionum l. II
CAMPANUS, I-II sec. p.Ch.	
CAPITO, consul 5 p.Ch.	
CARTILIUS, I sec. p.Ch.	
CASCELLIUS, I sec. a.Ch.	
CASSIUS LONGINUS, consul 30 p.Ch.	Iuris civilis libri
CATO (MARCUS PORCIUS) CENSORII F., 191(?) - 153 a.Ch.	
CATO (MARCUS PORCIUS) CENSORIUS, 234-149 a.Ch.	Commentarii iuris civilis
CELSUS (pater), I sec. p.Ch.	
CELSUS (filius), II sec. p.C.	Commentariorum libri
	Digestorum l. XXXIX
	Epistularum libri
	Quaestionum libri
CERVIDIUS	v. Scaevola
CHARISIUS	v. Arcadius
CINNA, I sec. a.Ch.	
CLAUDIUS	v. Tryphoninus et Venuleius
CLEMENS	v. Pactumeius et Terentius
COCCEIUS	v. Nerva
CORNELIUS MAXIMUS, I sec. a.Ch.	
DRUSUS (C. LIVIUS), consul 144 a.Ch.	

FABIUS MELA	v. Mela
FEROX	v. Urseius
FLORENTINUS, II sec. p.Ch.?	Institutionum l. XII
FRONTO	v. Papirius
FUFIDIUS, I sec. p.Ch.	Quaestionum libri
FULCINIUS PRISCUS, I sec. p.Ch.	
FURIUS ANTHIANUS, III sec. p.Ch.	Ad edictum libri
GAIUS, II sec. p.Ch.	De casibus l. sing.
	Dotalicion l. sing.
	Ad edictum praetoris urbani libri
	{ Ad edictum aedilium curulium l. II
	{ Ad edictum provinciale l. XXX
	De fideicommissis l. II
	De formula hypothecaria l. sing.
	Institutionum l. IV
	Ad legem XII Tabularum l. VI
	Ad legem Glitiam (?) l. sing.
	Ad legem Iuliam et Papiam l. XV
	De manumissionibus l. III
	Ex Quinto Mucio libri
	Regularum l. III
	Regularum l. sing.
	Rerum cottidianarum (sive aureo- rum) l. VII
	Ad senatus consultum Orfitianum l. sing.
	Ad senatus consultum Tertullia- num l. sing.
	De tacitis fideicommissis l. sing.
	De verborum obligationibus l. III
GALLUS	v. Aelius et Aquilius
HERENNIUS	v. Modestinus
HERMOGENIANUS, IV sec. p.Ch.	Iuris epitomarum l. VI (Fideicommissorum libri)
IAVOLENUS PRISCUS, legatus consul 90 p.Ch.	Ex Cassio l. XV Epistularum l. XIV Ex Plautio l. V Ex posterioribus Labeonis l. X

IULIANUS, II sec. p.Ch.

De ambiguitatibus l. sing.

Digestorum l. XC

(Ad edictum libri)

Ad Minicium libri

Ad Urseium Feroecem l. IV

IULIUS AQUILA, III sec. p.Ch.

IUNIUS BRUTUS

v. Brutus

IUSTUS

v. Papirius

IUVENTIUS

v. Celsus

LABEO, claruit Augusto imperante

Ad XII tabulas libri

Ad edictum praetoris peregrini libri

Ad edictum praetoris urbani libri

Epistularum libri

Παραγών a Paulo epitomatorum l.

VIII

Posteriorum libri

Responsorum libri

Ad Q. Mucium libri

Regularum l. XII

v. Drusus

v. Varius

LAELIUS FELIX, II sec. p.Ch.

LICINIUS RUFINUS, III sec. p.Ch.

LIVIUS DRUSUS

LUCULLUS

MACER, III sec. p.Ch.

De appellationibus l. II

De iudiciis publicis l. II

Ad legem vicensimam hereditarium

l. II

De officio praesidis l. II

De re militari l. II

Quaestionum de fideicommissis l.

XVI

De iudiciis publicis l. XIV

De lege Rhodia

Actionum libri

Digestorum l. XXXI

Ad legem Iuliam et Papiam l. VI

Notae ad Iulianum et Pomponium

De officio consulis libri

(De officio praesidis)

(De publicis iudiciis)

MANILIUS, consul. 149 a.Ch.

MARCELLUS, II sec. p.Ch.

MARCIANUS, II-III sec. p. Ch.

MASURIUS

MAURICIANUS, II sec. p.Ch.

MAXIMUS

MELA, I sec. a. Ch.

MENANDER, II-III sec. p. Ch.

MESSIUS, II-III sec. p.Ch.

MINICIUS, I sec. p.Ch.

MODESTINUS, † 239 p.Ch.

P. MUCIUS SCAEVOLA, consul 133 a.
Ch.

Q. MUCIUS SCAEVOLA, consul 95 a.
Ch.

Responsorum l. sing.

De appellationibus l. II

De delatoribus l. sing.

(Digesta)

Ad formulam hypothecariam l. sing.

Institutionum l. XVI

De iudiciis publicis l. II

Notae ad Papiniani de adulteriis li-
bros

Regularum l. V

Ad SC Turpillianum l. sing.

v. Sabinus

Ad legem Iuliam et Papiam l. VI

Notae ad Iuliani digesta

v. Cornelius et Rutilius

De re militari l. IV

De differentia dotis l. sing.

Differentiarum l. IX

De enucleatis casibus l. sing.

De excusationibus l. VI

De heurematicis l. sing.

De inofficioso testamento l. sing.

De legatis et fideicommissis l. sing.

De manumissionibus l. sing.

(Ad Q. Mucium)

Pandectarum l. XII

De poenis l. IV

De praescriptionibus l. sing.

(De praescriptionibus libri)

Regularum l. X

Responsorum l. XIX

De ritu nuptiarum l. sing.

De testamentis l. sing.

De iure civili l. XVIII

*Ὅρων l. sing.

NAMUSA

NERATIUS PRISCUS, II sec. p.Ch.

NERVA (pater), consul 22 p.Ch.

NERVA (filius), praetor des. 65 p.Ch.

OCTAVENUS, II sec. p.Ch.

OFILIUS, I sec. a. Ch.

PACONIUS, I sec. p.Ch.?

PACTUMEIUS CLEMENS, consul 138 p.
Ch.

PAPINIANUS, † 212 p.Ch.

PAPIRIUS FRONTO, II sec. p.Ch.

PAPIRIUS IUSTUS, II sec. p.Ch.

PATERNUS

PAULUS, II-III sec. p.Ch.

v. Aufidius

Epistularum libri

Membranarum l. VII

De nuptiis l. sing.

Ex Plautio libri

Regularum l. XV

Responsorum l. III

De usucapionibus libri

Actionum libri

Ad edicta praetoris et aedilium cu-
rulum?

Iuris partiti libri

De legibus (ad Atticum?) l. XX

Responsa

De adulteriis l. II

De adulteriis l. sing.

Definitionum l. II

Quaestionum l. XXXVII

Responsorum l. XIX

Responsa

Constitutionum l. XX

v. Tarruntenus

De actionibus l. sing.

De adsignatione libertorum l. sing.

De adulteriis l. III

De adulteriis l. sing.

De appellationibus l. sing.

De articulis liberalis causae l. sing.

Brevium (brevis edicti) l. XXIII

De censibus l. II

De centumviralibus iudiciis l. sing.

De cognitionibus l. sing.

De conceptione formularum l. sing.

- De concurrentibus actionibus l. sing.
- Decretorum l. III
- De donationibus inter virum et uxorem l. sing.
- De dotis repetitione l. sing.
- Περὶ δυσασποπάστων
- { Ad edictum aedilium curulium l. II
- { Ad edictum praetoris l. LXXVIII
- Epitomae Alfeni digestorum v. Alfenus
- Epitome Labeonis πεδανῶν v. Labeo
- De excusationibus tutelarum l. sing.
- De extraordinariis criminibus l. sing.
- De fideicommissis l. III
- De forma testamenti l. sing.
- De gradibus et adfinibus et nominibus eorum l. sing.
- Ὑποθηκάρια μονόβιβλος
- Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum l. VI
- De iniuriis l. sing.
- De inofficioso testamento l. sing.
- Institutionum l. II
- De instrumenti significatione l. sing.
- De intercessionibus feminarum l. sing.
- De iure codicillorum l. sing.
- De iure fisci l. II
- De iure libellorum l. sing.
- De iure patronatus l. sing.
- De iure patronatus quod ex lege Iulia et Papia venit l. sing.
- De iure singulari l. sing.
- De iuris et facti ignorantia l. sing.
- De iurisdictione tutelari (ed. II) libri
- Ad legem Aeliam Sentiam l. III
- Ad legem Cinciam l. sing.
- Ad legem Falcidiam l. sing.

- Ad legem Fufiam Caniniam l. sing.
- Ad legem Iuliam l. II
- Ad legem Iuliam et Papiam l. X
- Ad legem Vellaeam l. sing.
- De legibus l. sing.
- De legitimis hereditatibus l. sing.
- De liberali causa l. sing.
- De libertatibus dandis l. sing.
- Manualium l. III
- Ad municipalem l. sing.
- Ad Neratium l. IV
- Notae ad Iavolenum, Iulianum, La-
beonem, Papinianum, Scaevolam
- De officio adsectorum l. sing.
- De officio praefecti urbis l. sing.
- De officio praefecti vigilum l. sing.
- De officio praetoris tutelaris l. sing.
- De officio proconsulis l. II
- Ad orationem divorum Marci Anto-
nini et Commodi l. sing.
- Ad orationem divi Severi l. sing.
- (Ad orationem divi Severi et Com-
modi)
- Περίληψις Labeonis epitomae v. La-
beo
- Ad Plautium l. XVIII
- De poenis militum l. sing.
- De poenis omnium legum l. sing.
- De poenis paganorum l. sing.
- De portionibus quae liberis damna-
torum conceduntur l. sing.
- De publicis iudiciis l. sing.
- Quaestionum l. XXVI
- Ad regulam Catonianam l. sing.
- Regularum l. VII
- Regularum l. sing.
- Responsorum l. XXIII
- Ad Sabinum l. XVI
- De secundis tabulis l. sing.
- De senatus consultis l. sing.

- Ad SC Claudianum l. sing.
 Ad SC Libonianum l. sing.
 Ad SC Orfitianum l. sing.
 Ad SC Silanianum l. sing.
 Ad SC Tertullianum l. sing.
 Ad SC Turpillianum l. sing.
 Ad SC Vellaeianum l. sing.
 Sententiarum ad filium l. V
 De septemviralibus iudiciis v. de
 centumviralibus iudiciis
 De tacitis fideicommissis l. sing.
 De testamentis l. sing.
 De usuris l. sing.
 Variarum lectionum l. sing.
 Ad Vitellium l. IV
 Ad edictum libri
 De stipulationibus libri
- PEDIUS, I-II sec. p.Ch.?
- PEGASUS, I sec. p.Ch.
- PLAUTIUS, I sec. p.Ch.
- POMPONIUS, II sec. p.Ch.
- Ad edictum libri
 Enchiridii l. II
 Enchiridii l. sing.
 Epistularum libri
 Epistularum et variarum lectionum
 l. XX
 De fideicommissis l. V
 Ad Q. Mucium l. XXXIX
 Notae ad Aristonis digesta
 Ex Plautio l. VII
 Regularum l. sing.
 Ad Sabinum l. XXXVI (XXXV?)
 De senatus consultis l. V
 De stipulationibus libri
 Variarum lectionum libri
 v. Fulcinus, Iavolenus, Neratius
 Epistularum libri
 Ex posterioribus Labeonis libri
 Notae ad Labeonem
- PRISCUS
- PROCLUS, I sec. p.Ch.
- PUBLICIUS, II sec. p.Ch.?
- PUTEOLANUS, I-II sec. p.Ch.
- Adsectorium libri

RUFINUS	v. Licinius
RUTILIUS MAXIMUS, III sec. p.Ch.	Ad legem Falcidiam l. sing.
RUTILIUS RUFUS, consul 105 a. Ch.	
SABINUS (CAELIUS)	v. Caelius
SABINUS (MASURIUS), I sec. p.Ch.	Ad edictum praetoris urbani libri De furtis l. sing. Iuris civilis l. III Memorialium libri De officio adsectorum l. sing. Responsorum libri Ad Vitellium libri
SATURNINUS	v. Venuleius
SCAEVOLA (Q. CERVIDIUS), II sec. p. Ch.	Digestorum libri XL Quaestionum l. XX Quaestionum publice tractatarum l. sing. Regularum l. sing. Regularum l. IV Responsorum l. VI
SCAEVOLA (MUCIUS)	v. Mucius
SERVILIUS, I-II sec. p.Ch.?	
SERVIUS SULPICIUS, consul 51 a.Ch.	De dotibus l. sing. Ad edictum (ad Brutum) l. II Reprehensa Scaevolae capita De sacris detestandis
SEVERUS	v. Valerius
TARRUNTENUS PATERNUS, II sec. p.Ch.	De re militari l. IV
TERENTIUS CLEMENS, II sec. p.Ch.	Ad legem Iuliam et Papiam l. XX
TERTULLIANUS, II-III sec. p.Ch.	De castrensi peculio l. sing. Quaestionum l. VIII
TREBATIUS (TESTA), I sec. a.Ch.	De religionibus libri
TRYPHONINUS, II-III sec. p. Ch.	Disputationum l. XXI Notae ad Scaevolam
TUBERO, I sec. a.Ch.	
ULPIANUS, † 228 p. Ch.	De adulteriis v. ad legem Iuliam de adulteriis l. V De appellationibus l. IV

De censibus l. VI
 (Digestorum libri)
 Disputationum l. X
 { Ad edictum aedilium curulium l. II
 { Ad edictum praetoris l. LXXXI
 De excusationibus l. sing.
 De fideicommissis l. VI
 Institutionum l. II
 Ad legem Aeliam Sentiam l. IV
 Ad legem Iuliam de adulteriis l. V
 Ad legem Iuliam et Papiam l. XX
 Notae ad Marcelli digesta et Papi-
 niani responsa
 De officio consularium l. sing.
 De officio consulis l. III
 De officio curatoris rei publicae l.
 sing.
 De officio praefecti urbis l. sing.
 De officio praefecti vigillum l. sing.
 De officio praetoris tutelaris l. sing.
 De officio proconsulis l. X
 De officio quaestoris l. sing.
 De omnibus tribunalibus l. X
 Opinionum l. VI
 Πανδέκτου βιβλία δέκα
 Pandectarum l. sing.
 Regularum l. VII
 Regularum l. sing.
 Responsorum l. II
 Ad Sabinum l. LI
 De sponsalibus l. sing.

URSEIUS FEROX, I-II sec. p.Ch.

VALENS, II sec. p.Ch.

VALERIUS SEVERUS, I-II sec. p.Ch.?

VARIUS LUCULLUS, I-II sec. p. Ch.?

VARUS

VENULEIUS SATURNINUS, II sec. p.Ch.

Actionum libri

De fideicommissis l. VII

v. Alfenus

Actionum l. X

(Disputationum libri)

VINDIUS, consul 138 p.Ch.

VITELLIUS, I sec. p.Ch.

VIVIANUS, I sec. p.Ch.

VOLUSIUS

(Ad edictum libri)

De interdictis l. VI

De iudiciis publicis l. III

De officio proconsulis l. IV

De poenis paganorum l. sing.

De stipulationibus l. XIX

v. Maecianus

IV

« CONSPECTUS RERUM » DELLE ISTITUZIONI DI GAIO

PROOEMIUM DE OMNI IURE

Omnes populi partim iure civili partim iure gentium utuntur	I, 1
Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur	I, 1
Fontes iuris populi Romani	I, 2
a) Leges	I, 3
b) Plebiscita	I, 3
c) Senatusconsulta	I, 4
d) Constitutiones principum	I, 5
e) Edicta magistratuum	I, 6
f) Responsa prudentium	I, 7
Omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones	I, 8

I. IUS QUOD AD PERSONAS PERTINET

A. OMNES HOMINES AUT LIBERI SUNT AUT SERVI	I, 9
Liberorum hominum alii ingenui sunt alii libertini	I, 10
1. Ingenui	I, 11
2. Libertini aut cives Romani aut Latini aut dediticiorum numero sunt	I, 12

NOTA. Questo *Conspectus rerum*, compilato tenendo conto di quello redatto da Boecking e delle integrazioni e correzioni apportatevi da Kübler e da Bizoukides, è adottato da Arangio-Ruiz e Guarino, *Breviarum iuris romani*³ (1962) II ss.

a) Qui vocentur peregrini dediticii et qui dediticiorum numero fiant	I, 13-15
b) Qui cives Romani et qui Latini fiant	I, 16-22
c) Differentia condicionis libertinorum Latinorum eorumque, qui dediticiorum numero sunt:	
aa) ...quod ad ius mortis causa capiendi testamentique faciendi	I, 23-25
bb) ...quod ad modos pertinet, quibus ad civitatem Romanam pervenitur	I, 26-35
d) Ad legem Aeliam Sentiam de manumissionibus	I, 36-41, 47
e) Ad legem Fufiam Caniniam de servis testamenti manumittendis	I, 42-47

B. QUaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae

I, 48

Aa. Quae alieno iuri subiectae sunt

aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt	I, 49-50
1. In potestate sunt	I, 51
a) ...servi dominorum	I, 52-54
b) ...liberi nostri, quos	I, 55
aa) ...procreavimus:	
a1) iustis nuptiis (<i>a quibus nuptiis abstinere debemus: 58-64</i>)	I, 56-64
a2) non iustis nuptiis, sed qui postea rediguntur in potestatem	I, 65-96
bb) ...adoptavimus (<i>quibus modis adoptio fit: 98-107</i>)	I, 97-107
2. In manu nostra sunt	I, 108
...feminae, quae in manum conveniunt	I, 109-110
aa) ...usu	I, 111
bb) ...farreo	I, 112
cc) ...coëmpzione, quam facit mulier:	
a1) aut matrimonii causa cum marito suo	I, 113
a2) aut fiduciae causa sive cum extraneo sive cum marito suo	I, 114-115
3. In mancipio sunt	I, 116
...personae mancipatae	I, 118 a

aa) ...liberorum	I, 117
bb) ...earumve, quae in manu sunt	I, 118
(Quae sit mancipatio	I, 119-123)
Ab. Quibus modis ii, qui alieno iuri subiecti sunt, eo iure liberentur	I, 124
1. Qui in potestate sunt	I, 125
a) servi	I, 126
b) liberi	I, 127-136
2. Quae in manu sunt	I, 137
3. Qui in mancipio sunt	I, 138-141
C. Ex his personis, quae neque in potestate neque in manu neque in mancipio sunt, quaedam vel in tu- tela sunt vel in curatione, quaedam neutro iure tenentur	I, 142
1. De tutela	I, 143
a) Quis et quomodo tutor fiat.	
aa) Testamento tutor dari potest:	
a1) ...liberis, quos in potestate habemus	I, 144-147
a2) ...uxori, quae in manu est (<i>tutoris optio</i> : I, 150-154)	I, 148-154
bb) Legitima tutela.	
a1) Ingenui sunt in tutela agnatorum (gen- tiliumve); ius agnationis capitis demi- nutione perimitur	I, 155-164
a2) Liberti sunt in patronorum tutela	I, 165, cfr. 167
a3) Ex causa mancipii manumissi sunt in tutela manumissorum	I, 166-166 a
cc) Cessicia tutela	I, 168-172
dd) Ex variis causis a magistratu petiti tutores	I, 173-184
ee) A magistratu dati tutores	I, 185-187
ff) De generibus et speciebus tutelarum	I, 188
b) Impuberum tutela et feminarum inter se com- paratae; de tutorum auctoritate	I, 189-193
c) Quibus modis tutela finitur	I, 194-196
2. De curatione	I, 197-198
3. De satisfatione tutorum et cura- torum	I, 199-200

2. IUS QUOD AD RES PERTINET

A. RES VEL IN NOSTRO PATRIMONIO SUNT VEL EXTRA NOSTRUM PATRIMONIUM HABENTUR	2, 1
1. Summa rerum divisio: aliae sunt divini iuris, aliae humani	2, 2
aa) Divini iuris (nullius in bonis):	
a1) ...sunt res sacrae et religiosae	2, 3-7
a2) Sanctae quoque res quodam modo divini iuris sunt	2, 8
bb) Humani iuris (plerumque alicuius in bonis sunt)	2, 9
a1) ...res publicae (nullius videntur in bonis esse)	2, 10-11
a2) ...res privatae (quae singulorum sunt)	
2. Quaedam res corporales sunt, quaedam incorporales	2, 12-14
3. Res aut Mancipi sunt aut nec Mancipi	2, 14 a-18

B. SINGULARUM RERUM ADQUISITIONES (ET ALIENATIONES) .

1. Per eam, cui acquiritur (vel a qua alienatur), personam.	
a) Civiles acquisitiones alienationesve.	
aa) ...ab iis factae qui ordinariam rei alienandae facultatem habent:	
a1) ...rerum corporalium.	
Ipsa rei nec Mancipi traditio	2, 19-21
Mancipatio, in iure cessio	2, 22-27
a2) ...rerum incorporalium. Res corporales traditionem non recipiunt, sed aliae in iure cedi tantum possunt, ut iura praediorum urbanorum, ususfructus et hereditas, aliae etiam Mancipari possunt, ut iura praediorum rusticorum	2, 28-37
Obligationes nihil eorum recipiunt, sed novatione transferuntur	2, 38-39
a3) ...rerum mobilium immobiliumque, si-	

ve Mancipi sunt sive nec Mancipi, usucapio.

Divisio domini, ut alius possit ex iure Quiritium dominus esse, alius, donec usu ceperit, rem in bonis habere.

2, 40-42

Earum rerum usucapio, quae non a domino nobis traditae sunt.

2, 43-44

Usucapio non procedens alienae rei bonae fidei possessori.

2, 45-51

Usucapio eius, qui scit alienam rem se possidere.

2, 52-61

bb) Aliquando dominus alienandae rei potestatem non habet, et qui dominus non est, alienare potest.

2, 62-64

b) Naturales acquisitiones.

2, 65

aa) Traditio, occupatio, ex hostibus capio.

2, 66-69

bb) Vis fluminis: alluvio, insula in flumine nata.

2, 70-72

cc) Solo cedit superficies, planta in nostro posita, frumentum in nostro satum; item meum fit, quod in cartulis meis aliquid scripserit, sed non quod in tabula mea pinxerit.

2, 73-78

dd) Si quis ex aliena materia novam speciem fecerit.

2, 79

2. Acquisitiones alienationesque per eas personas, quae sub tutela sunt.

2, 80-85

3. Acquisitiones alienationesque.

2, 86; 95-96

a) ...per eas personas, quas in potestate manu Mancipiove habemus.

2, 87-90

b) ...per servos, in quibus usumfructum habemus.

2, 91

c) ...per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus.

2, 92-94

C. QUIBUS MODIS PER UNIVERSITATEM RES NOBIS ADQUIRUNTUR

2, 97-98

1. De hereditatibus (et bonorum possessionibus).

2, 99

a) ...quae nobis ex testamento obveniunt.

2, 100

aa) Testamentorum ordinatio.

<i>a1)</i> Testamentorum genera tria: calatis comitiis, in procinctu, per aes et libram	2, 101-103
<i>a2)</i> Specialiter de testamento per aes et libram	2, 104-108
<i>a3)</i> Testamenta militum	2, 109-111
<i>bb)</i> Qui testamenta facere non possunt (?)	2, 111
<i>cc)</i> Qui testamenta facere possunt	2, 112-113
<i>dd)</i> Testamenta secundum regulam iuris civilis facienda	2, 114
<i>a1)</i> Ab initio non iure fiunt:	
...herede non solemniter modo instituto	2, 115-117
...cum mulieres sine tutoris auctoritate testantur	2, 118-122
...suo herede praeterito	2, 123-129
<i>a2)</i> Testamenta iure facta rumpuntur:	
...adgnatione postumi	2, 130-137
...quasi adgnatione	2, 138-143
...posteriore testamento	2, 144
<i>a3)</i> Testamenta irrita fiunt capitis deminutione testatoris	2, 145-146
<i>a4)</i> Praetor dat bonorum possessionem secundum tabulas testamenti ab initio non iure facti vel postea rupti vel irriti facti	2, 147-150
...ab intestato, si testamentum contraria voluntate infirmatum est	2, 151-151 a
<i>ee)</i> Heredes aut necessarii aut sui et necessarii aut extranei	2, 152
<i>a1)</i> Necessarius heres	2, 153-155
<i>a2)</i> Sui et necessarii heredes; ius abstinendi	2, 156-160
<i>a3)</i> Extranei heredes; ius deliberandi et cretio	2, 161-173
<i>ff)</i> De substitutionibus.	
<i>a1)</i> Vulgaris substitutio	2, 174-178
<i>a2)</i> Pupillaris substitutio	2, 179-184
<i>gg)</i> De servis heredibus instituendis	2, 185-190
<i>hh)</i> De legatis	2, 191
<i>a1)</i> Legatorum quattuor genera	2, 192
...per vindicationem	2, 193-200
...per damnationem	2, 201-208
...sinendi modo	2, 209-215

...per praeceptionem	2, 216-223
a2) De modo legatorum: lex Furia, Voconia, Falcidia	2, 224-228
a3) De inutiliter relictis legatis:	
...propter locum legati in testamento	2, 229-234
De poenae causa relictis legatis	2, 235-237
De legatis incertis personis relictis	2, 238-243
De legatis ei, qui in potestate heredis, aut ab eo, qui in legatarii potestate sit, relictis	2, 244-245
ii) De fideicommissis	2, 246
a1) De hereditatibus fideicommissariis	2, 247-259
a2) De singulis rebus ac libertatibus per fideicommissum relictis	2, 260-267
ll) Differentiae fideicommissorum et legatorum	2, 268
a1) Quae nunc sunt	2, 269-283
a2) Quae erant olim	2, 284-288
a3) Tutoris datio directa esse debet	2, 289
b) De hereditatibus intestatorum	
aa) ...ingenuorum.	
a1) ...ex iure civili:	
sui heredes	3, 1-8
adgnati	3, 9-16
gentiles	3, 17
a2) ex iure praetorio (cognatorum exclusio aliaeque iuris civilis iniquitates emendatae)	3, 18-25
Gradus bonorum possessionis	3, 26-31; 23
Bonorum possessores loco heredum constituuntur	3, 32
Bonorum possessio datur non modo emendandi vel impugnandi veteris iuris gratia, sed etiam confirmandi	3, 33-34
Bonorum possessio cum re aut sine re	3, 35-38
bb) (De hereditatibus intestatorum) libertorum	3, 39
a1) ...civium Romanorum	3, 40-54 (72-73)
a2) ...Latinorum	3, 55-73
a3) ...eorum, qui dediticiorum numero sunt	3, 74-76

2. Bonorum emptiones	3, 77-79
(Quo iure bonorum possessores et bonorum emptores succedant)	3, 80-81
3. Si quis alieno iuri subicitur	3, 82-84
4. Hereditatis iniure cessio.	3, 85-87

D. OBLIGATIONES. SUMMA DIVISIO IN DUAS SPECIES DIDUCITUR: OMNIS ENIM OBLIGATIO VEL EX CONTRACTU NASCITUR VEL EX DELICTO

3, 88

1. Obligationes, quae ex contractu nascuntur. Harum quattuor genera sunt	3, 89
a) Adquiruntur obligationes:	
aa) ...per nosmet ipsos:	
a1) Re contractae obligationes (mutui datio et indebiti solutio)	3, 90-91
a2) Verbis contractae obligationes (stipulatio, dotis dictio, promissio iurata liberti) Verborum obligationes ad alias accedentes:	3, 92-109
de adstipulatoribus	3, 110-114
de sponsoribus, fidepromissoribus, fideiussoribus	3, 115-127
a3) litteris contractae obligationes (nomina transcripticia, chirographa, syngraphae)	3, 128-134
a4) consensu contractae obligationes	3, 135-138
Emptio et venditio	3, 139-141
Locatio et conductio	3, 142-147
Societas	3, 148-154 b
Mandatum	3, 155-162
bb) (Adquiruntur obligationes) per eas personas, quae in nostra potestate manu mancipiove sunt	3, 163-167
b) Tolluntur obligationes:	
aa) ...solutione	3, 168
bb) ...acceptilatione	3, 169-172
cc) ...imaginaria solutione per aes et libram	3, 173-175
dd) ...novatione	3, 176-179
ee) ...litis contestatione	3, 180-181

2. Obligationes quae ex delicto nascuntur	3, 182
a) Furtum	3, 183-208
b) Vi bona rapta	3, 209
c) Damnum iniuria datum	3, 210-219
d) Iniuria	3, 220-225

3. IUS QUOD AD ACTIONES PERTINET

A. ACTIONES.

1. Divisiones earum.	
a) Ex varia eorum substantia vel iure, quod persequimur	
aa) Duo actionum genera: in rem et in personam, vindicationes et conditiones	4, 1-5
bb) Aut rem tantum, aut poenam tantum, aut rem et poenam persequimur	4, 6-9
b) Ex forma. Quaedam ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant	4, 10
aa) Legis actiones	4, 11
a1) Lege agebatur modis quinque	4, 12
...sacramento	4, 13-17
...per iudicis postulationem	4, 17 a
...per conditionem	4, 17 b-20
...per manus iniunctionem	4, 21-25
...per pignoris capionem	4, 26-29
a2) Legis actionibus maximam partem sublati per formulas litigamus	4, 30-31
bb) Formulae.	
a1) Genera formularum.	
Ad legis actionem expressae formulae	4, 32-33
Alterius generis fictiones in quibusdam formulis	4, 34-38
a2) Partes formularum (demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio)	4, 39-44
a3) Formularum pro ipsarum partium diversitate variae species et effectus.	
In ius et in factum conceptae formulae	4, 45-47

Formularum condemnatio aut certae, aut incertae pecuniae est	4, 48-52
De periculo in conceptione formularum ineundo:	
...in intentione, si plus petitur	4, 52-56
...in condemnatione	4, 57
...in demonstratione, si falsum demonstratur	4, 58-60
De formulis in quibus interdum non solidum, quod nobis debetur, consequimur. Praesertim si agitur cum compensatione aut deductione	4, 61-68
2. De actione instituenda et qui agere vel conveniri possunt	4, 69
Conveniri aut agere possumus vel nostro vel alieno nomine	cf. 4, 82
a) Alieno nomine conveniri possumus:	
aa) ...ex contractu earum personarum, quae in potestate nostra sunt (actiones quod iussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso)	4, 70-74 a
bb) ...ex maleficio earum personarum, quae in potestate nostra sunt (actiones noxales)	4, 75-79
cc) ...ex contractu earum personarum, quae in manu mancipiove sunt	4, 80
dd) ...animalium nostrorum nomine	4, (80)
ee) De hominum mortuorum noxae deditione	4, 81
b) Alieno nomine agere possumus	4, 82
aa) Qui alieno nomine agunt quomodo in litem substituantur	4, 83-85
bb) De formis actionum alieno nomine constitutarum	4, 86-87
3. De satisfactionibus ab actoribus reisve exigendis	4, 88-102
4. Quibus modis actiones finiantur.	
a) Iudicia legitima et quae imperio continentur	4, 103-109
b) Perpetuae et temporales actiones	4, 110-111
c) Quae actiones heredi atque in heredem neque competunt neque dantur	4, 112-113

- d) Si reus ante rem iudicatam post acceptum iudicium satisfacit actori 4, 114

B. EXCEPTIONES 4, 115

1. Proprie sic dictae.
 - a) Causa, origo et forma exceptionum 4, 116-119
 - b) Effectus: exceptiones peremptoriae, dilatoriae 4, 120-125
2. Replicatio, duplicatio, triplicatio 4, 126-129
3. De praescriptionibus, quae receptae sunt pro actore 4, 130-137

(*de praescriptionibus, quae olim pro reo opponerantur*: 134)

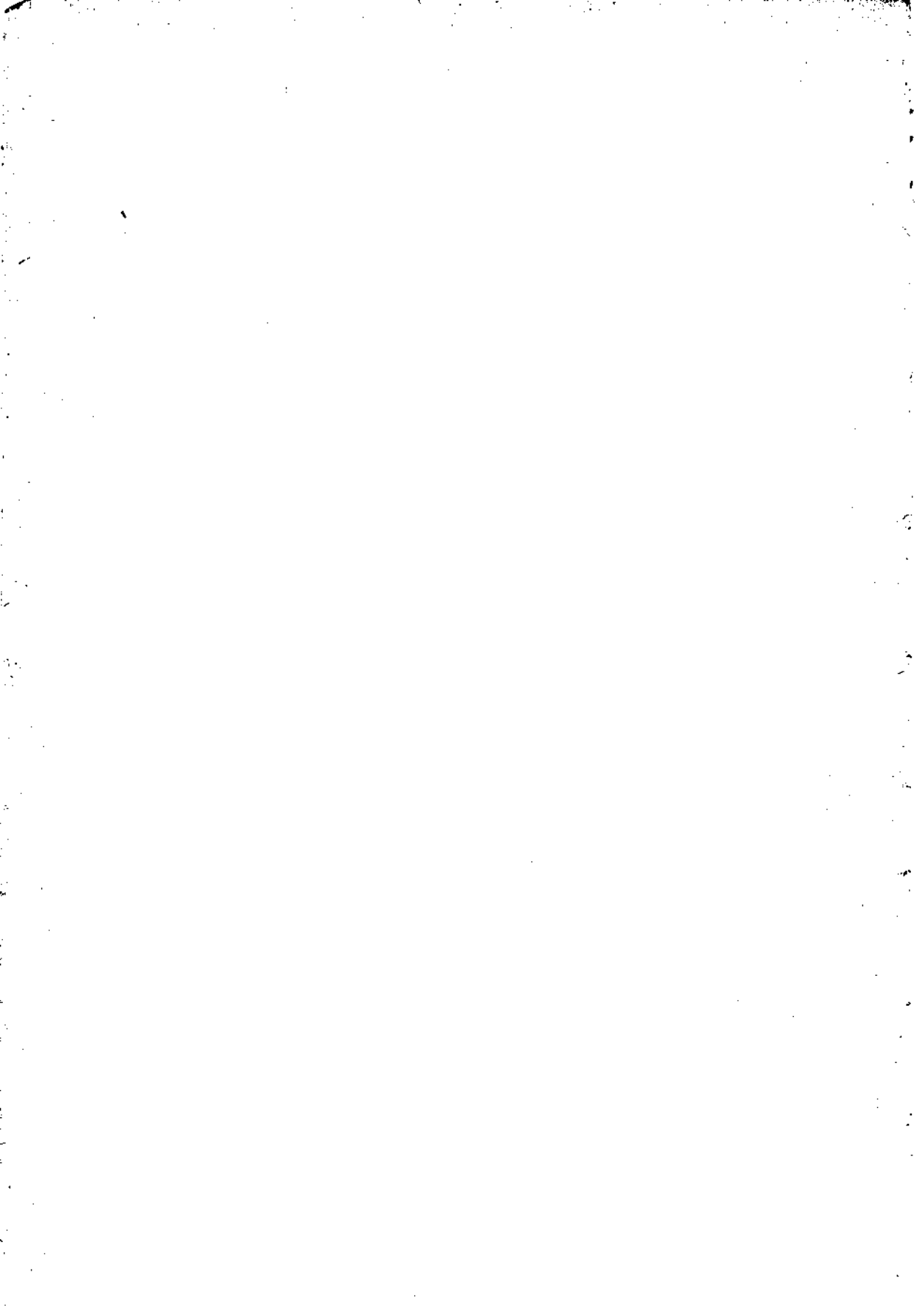
C. INTERDICTA 4, 138

1. Interdictum decretumve quid sit 4, 139-141
2. Divisiones interdictorum.
 - a) Interdicta sunt aut prohibitoria, aut restitutoria, aut exhibitoria 4, 142
 - b) Interdictorum ad possessionem pertinentium divisio 4, 143
 - aa) Adipiscendae possessionis 4, 144-147
 - bb) Retinendae possessionis 4, 148-153
 - cc) Recuperandae possessionis 4, 154-155
 - c) Tertia divisio interdictorum 4, 156
 - aa) Interdicta simplicia 4, 157-159
 - bb) Interdicta duplicia 4, 158; 160
3. De ordine et exitu interdictorum 4, 161-170

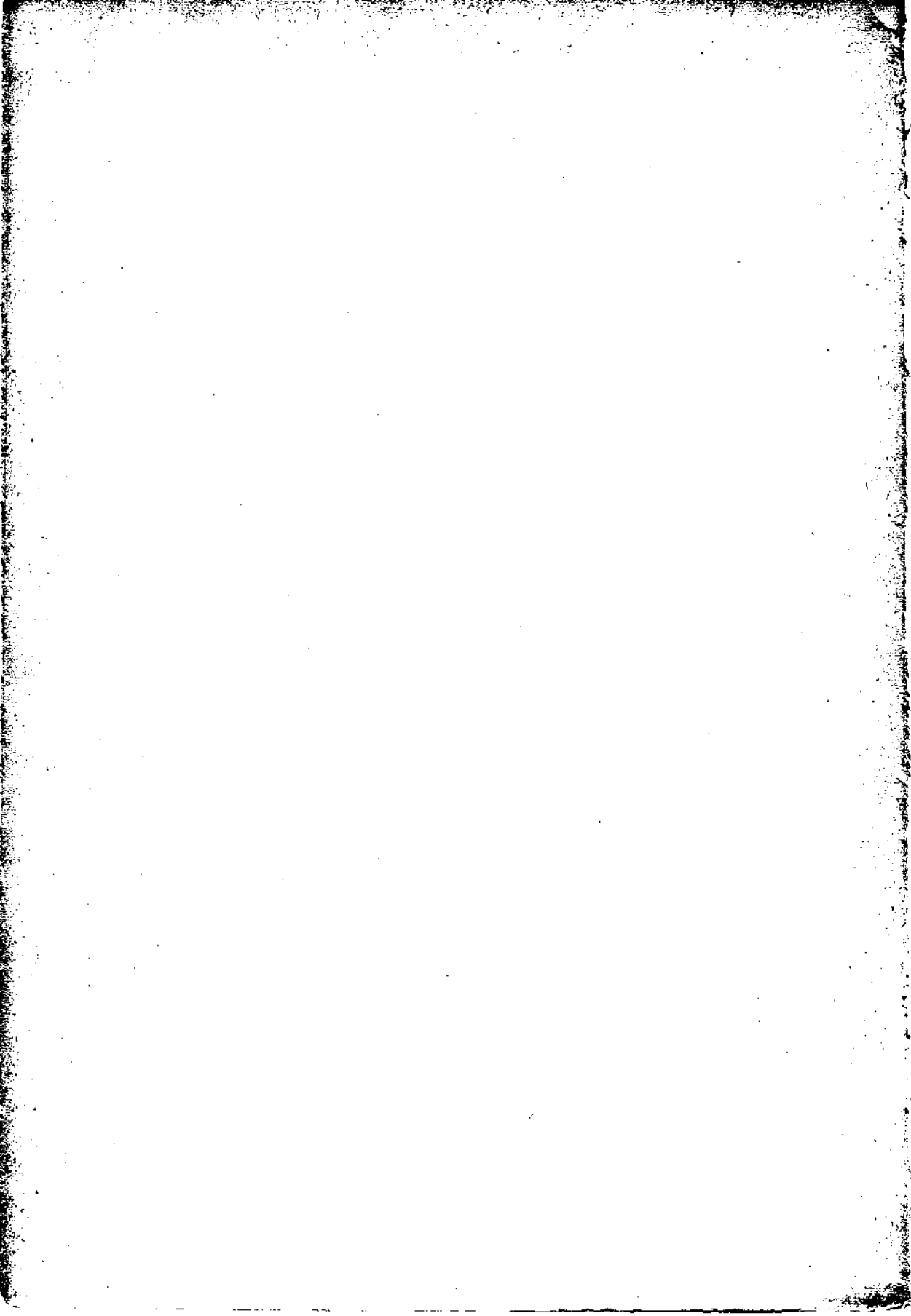
D. DE TEMERE LITIGANTIUM COERCITIONIBUS ET DE POENIS:

1. Quibus reorum calumnia coërcetur 4, 171-173
2. Quibus actorum calumnia coërcetur 4, 174-181
3. Iudicia quibus damnati ignominiosi fiunt 4, 182

E. DE IN IUS VOCANDO ET DE VADIMONIIS 4, 183-187



IL DIRITTO ROMANO PRIVATO



PREMESSA

IL DIRITTO E L'ESPERIENZA ROMANA

1. E' di comune, per non dir trita, nozione che la *esperienza* è maestra di vita. Ma l'esperienza degli uomini non può e non deve fermarsi alla meditazione dei pochi e spesso insignificanti avvenimenti, di cui essi siano stati personalmente partecipi. L'esperienza degli uomini, e sopra tutto degli uomini di cultura, deve mirare ad estendersi e ad approfondirsi il più che sia possibile, superando il ristretto limite delle loro persone e delle loro vite ed identificandosi con quella passata e presente di tutta l'umanità. Quanto più si conoscono, si discutono e si vagliano i fatti umani, tanto meglio si è in grado di comportarsi nella vita e di evitare gli innumerevoli passi falsi, ai quali il percorso di essa ci espone. Se veramente « fatti non fummo a viver come bruti, ma per seguir virtude e canoscenza », il nostro impegno costante deve essere, insomma, di non attendere fiaccamente il formarsi di un « senno di poi », ma di operare instancabilmente allo scopo di costruirci, sulla base delle esperienze umane che ci hanno preceduto o che ci circondano, un agguerrito e vigilante « senno di prima ».

2. Il mezzo che ci consente di allargare e approfondire la nostra personale esperienza è la *storiografia*, vale a dire la scienza che raccoglie, classifica, valuta e pone in libera discussione i fatti della umanità tutta. Ma guardiamoci bene dai semplicismi e dalle astrazioni. Semplicismo è l'atteggiamento, purtroppo assai diffuso, di chi crede che la storiografia consista in un'arida catalogazione di dati e di date, e cioè che essa si identifichi con la mera cronaca o con l'arida erudizione; astrazione è l'idea, pur

essa malauguratamente corrente, che la storiografia sia una scienza unitaria e universale, tendenzialmente capace di fare un unico e immenso fascio di tutte quante le molteplici esperienze umane. Ora, non vi è dubbio che i fatti catalogati dalla cronaca erudita siano alla base delle valutazioni storiografiche, nè può mettersi certo in discussione che il metodo della critica storiografica sia sostanzialmente unico. Tuttavia, proprio perchè la storiografia è valutazione critica dei fatti umani, è chiaro che essa si risolve, al concreto, in tante diverse storiografie per quanti sono i tipi di avvenimenti umani che interessano le sue meditazioni e per quanti sono i temi di meditazione che essa di fronte agli avvenimenti umani si propone.

3. Ai fini della formazione di una esperienza del diritto l'importanza della storiografia è ancor più evidente. Infatti, contrariamente a quanto taluni ingenuamente pensano, la conoscenza del diritto non è garantita nè dalla lettura delle leggi e dei codici, nè da un qualsivoglia ragionamento inteso a ricostruirlo sul piano della logica. Non sempre le leggi ed i codici contengono norme giuridiche e non sempre le norme giuridiche sono trasfuse in esplicite formulazioni delle leggi e dei codici: il diritto è un fenomeno sociale, una manifestazione del tutto alogica della storia umana, che bisogna desumere faticosamente dalla realtà, entro cui spesso addirittura si nasconde. L'unico modo per sapere quale esso è, come esso è fatto, come esso opera, dove esso tende consiste nella ricerca storiografica. E questa, si badi, più che una assoluta sicurezza della configurazione del fenomeno, fornisce al giurista la possibilità di creare e affinare, attraverso la esperienza, una sua acuta sensibilità del diritto (un « sesto senso », si direbbe in linguaggio corrente), la quale costituisce, in definitiva, lo scopo più alto (e più difficile) della educazione giuridica.

4. Lo studio del diritto altro non può essere, in conclusione, che studio storiografico del diritto. « Scienza del diritto » significa storiografia giuridica. Naturalmente, le tematiche e le accentuazioni possono essere diverse, ma il fine ultimo è sempre quello di una conoscenza e valutazione critica del fenomeno giuridico. Si distinguono, pertanto, nell'ambito della

storiografia giuridica: la « sociologia giuridica », particolarmente intesa allo studio dell'ambiente sociale, in cui il diritto opera; la « storia del diritto » (in senso stretto), particolarmente intesa alla ricostruzione del passato, rispetto al diritto vivente; la « comparazione giuridica », particolarmente intesa allo studio comparativo dei vari diritti viventi; la « dogmatica giuridica », particolarmente intesa alla rappresentazione sistematica di un singolo ordinamento giuridico vivente; la « teoria generale del diritto », particolarmente intesa alla costruzione sistematica dell'ordinamento giuridico in generale, senza limitazione a questa o a quella singola esperienza giuridica del passato o del presente. Queste ed ogni altra possibile branca della scienza giuridica sono tutte egualmente legittime e confacenti, ma a patto che non perdano di vista la loro intima essenza storiografica e la stretta interdipendenza che deve esistere tra loro. Ignorarsi a vicenda e, sopra tutto, trascurare l'appartenenza alla stessa famiglia delle scienze storiografiche implicherebbe (e spesso, difatti, implica) una riprovevole superficialità di indagini e una perniciosa inattendibilità di risultati: il che deve dirsi principalmente per la teoria generale del diritto, che è quella che maggiormente alletta taluni suoi cultori alla gioia di fastose ed eleganti costruzioni sistematiche non basate su una seria e larga esperienza del fenomeno giuridico, ma sprizzate da personali (e per altro verso, ammirevoli) doti di intuizione, di coerenza logica e di fantasia strutturale.

5. Tra le esperienze storiche più ricche e più approfondite, di cui noi moderni disponiamo per la conoscenza del fenomeno giuridico, vi è quella del *diritto romano*, cioè del diritto che ebbe vita e declino in Roma antica nei tredici e più secoli della sua storia. Il diritto romano non è necessario solo allo studio degli ordinamenti giuridici europei, tra cui quello italiano, dei quali costituisce notoriamente un « precedente » illustre. Esso è del pari opportuno alla formazione di qualsivoglia esperienza giuridica, anche la più lontana dalle tradizioni latine, per il bagaglio amplissimo di ammaestramenti, che è in grado di dare in ogni caso. Roma antica ebbe, fuor d'ogni dubbio, il « genio » del diritto: sicchè, come i filosofi e gli artisti difficilmente potrebbero fare a meno del messaggio dell'Ellade, così i giuristi difficilmente

(forse, ancor più difficilmente) potrebbero privarsi di quello del diritto romano. Ma, a parte ciò, l'esperienza giuridica romana si impone all'attenzione degli studiosi anche perchè essa è l'unica, per quel che sappiamo, che sia nelle condizioni di fornire un quadro completo di una civiltà giuridica ad alto livello: uno sviluppo che va dalla formazione arcaica alla rigogliosa fioritura preclassica, quindi alla splendida compostezza classica e infine alla decadenza postclassica. Onde si spiega perchè il diritto romano sia oggi studiato e (più o meno diffusamente) universitariamente insegnato in quasi tutti i Paesi del mondo: dall'Italia alla Francia, dalla Germania alla Spagna, dalla Gran Bretagna agli Stati Uniti, dalla Russia sovietica al Giappone, dal Sud America al Sud Africa e così via dicendo.

6. I periodi in cui può articolarsi la storia del diritto romano sono, più precisamente, i seguenti:

1) un periodo arcaico, che va dal sec. VIII sin verso la metà del sec. IV a. C., in corrispondenza con quella fase politica di Roma, che a noi sembra di poter qualificare come fase della *civitas* quiritaria;

2) un periodo preclassico, che si spinge sin verso la fine del I sec. a. C., in corrispondenza con la fase della *respublica* nazionale;

3) un periodo classico, che giunge sino alle soglie del sec. IV d. C., in corrispondenza con la fase della *respublica* universale o del *principatus*;

4) un periodo postclassico, che comprende i sec. IV - VI d. C., in corrispondenza con la fase dell'*imperium* assolutistico.

La sommaria giustificazione di questa periodizzazione, tutt'altro che incontestata, sarà data più oltre e sarà implicitamente rafforzata da tutta quanta la presente trattazione. Qui giova piuttosto giustificare il ricorso ad una periodizzazione, quale che sia, la quale non potrà a meno di coartare entro schemi rigidi, ed appunto perciò antistorici, una rievocazione che dovrebbe invece procedere il più possibile aderente ai dati di fatto ed ai temi di indagine, e perciò libera dai percorsi obbligati e dalle tappe predeterminate dei periodi. Ma la ragione della scelta è presto detta. Un

sommario di storia giuridica, quale è la presente opera, non può procedere per saggi reciprocamente indipendenti, ma è esso stesso un unico saggio di sintesi delle specifiche indagini volte alla conoscenza della vasta materia. Per il che esso coscientemente propone una certa visuale d'insieme e coscientemente sacrifica ad essa ogni particolare determinazione.

7. Le fonti di conoscenza del diritto romano, che costituiscono la base di operazione della storiografia giuridica romanistica, saranno dettagliatamente indicate più oltre. Tuttavia è sin d'ora opportuno avvertire di un fatto caratteristico, che costituisce in certa guisa un limite, e pertanto una difficoltà, dell'indagine. Per quattro quinti, e anche più, le fonti di conoscenza tecnica dei primi tre periodi non sono fonti di conoscenza coeva ai periodi stessi, ma fonti di epoca posteriore, e principalmente fonti di età postclassica. Primeggia per ampiezza e importanza la grande Compilazione ordinata da Giustiniano I (il cd. *Corpus iuris civilis*: 529-533 d. C.), di cui fan parte: un breve manuale istituzionale condotto sul modello classico, miracolosamente conservato, di Gaio (*Institutiones Iustiniani Augusti*); una raccolta di costituzioni imperiali prevalentemente postclassiche (*Codex Iustinianus repetitae praelectionis*); una copiosa compilazione a mosaico di frammenti della giurisprudenza preclassica e classica, peraltro sensibilmente modificati (« interpolati ») da mani postclassiche (*Digesta seu Pandectae*). Ora ciò importa che le molte, troppe lacune, che si avvertono in ordine alla conoscenza dei primi tre periodi, debbano essere fortunatamente colmate col sussidio insicuro delle fonti di conoscenza atecniche (principalmente, di quelle letterarie) e sopra tutto col ricorso alla fantasia, pur nel senso più nobile, dello storiografo.

8. In ordine al problema del metodo di esposizione della materia romanistica, vi è una certa difficoltà di scelta tra: il metodo « storico-sistematico », che consiste nell'esporre la materia entro il quadro dei singoli periodi storici, e secondo sistemi inquadrativi che si rendono particolarmente opportuni in ordine a quei periodi; e il metodo « sistematico-storico », che consiste invece nell'ordinamento della materia secondo un quadro sistematico unitario, ma con accurato rilievo, di volta in volta,

delle variazioni subite dagli istituti attraverso i vari periodi storici. Ambedue i metodi espositivi, e particolarmente il secondo, implicano, oltre il pericolo di vere e proprie falsificazioni, la certezza, in ogni caso, di deformazioni più o meno ampie della verità storica. Tuttavia, essendo lo scopo della presente opera uno scopo eminentemente « istituzionale », essendo cioè l'opera precipuamente intesa ad agevolare lo studio del diritto moderno con gli insegnamenti dell'esperienza romana, il metodo di esposizione adottato sarà proprio il m e t o d o s i s t e m a t i c o - s t o r i c o con espliciti (se pur succinti) riferimenti al diritto moderno, e in particolare al diritto italiano vigente.

CAPITOLO I

IL DIRITTO ROMANO

§ 1. — L'ORDINAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. La società e gli ordinamenti sociali. — 2. Lo Stato e la sua struttura. — 3. L'ordinamento statale e il diritto. — 4. La produzione del diritto. — 5. L'interpretazione del diritto. — 6. I rapporti giuridici. — 7. L'ordine giuridico.

I. LA SOCIETÀ E GLI ORDINAMENTI SOCIALI.

1. Il diritto, o « ordinamento giuridico », è un particolare tipo di ordinamento sociale, il quale si manifesta, di regola, in relazione ad una specie caratteristica di società umana, la società politica o Stato. Per intenderne la nozione occorre, dunque, intendersi preliminarmente sui concetti di « società umana », di « società politica » e di « ordinamento » (sociale e statale).

2. Società umana, come dice la parola, è un aggregato volontario di uomini, costituito per la realizzazione di certe finalità (scopi) di comune interesse dei consociati: finalità religiose, economiche, morali, militari, di svago, e via dicendo. Suoi requisiti di esistenza sono, pertanto: la convenzione tra i soci e la obbiettiva funzione sociale.

2.1. La « convenzione sociale » (cioè il cd. « contratto sociale » del Rousseau) è la concorde volontà (espressa o tacita) dei soci di costituire e di tenere in vita l'aggregato sociale. Se essa manca, l'unione ha carattere puramente materiale e occasionale, perchè è determinata da impulsi istintivi (si pensi all'orda dei primitivi, tenuta insieme da meri richiami naturali) o da contingenze este-

riori (si pensi a un insieme di persone che affollano una sala di aspetto, un teatro, un treno).

2.2. La « causa sociale » è la funzione caratteristica, esteriormente riconoscibile, dell'aggregato sociale, determinata dall'esistenza di una finalità non raggiungibile dai singoli consociati, ma realizzabile solo attraverso la loro unione. Se essa manca, la società non ha ragion d'essere, non è obbiettivamente giustificabile, non vive di vita reale (si pensi a un gruppo di persone che vivono materialmente insieme, ma ciascuna per suo conto). La causa sociale non deve confondersi non solo con la convenzione sociale, ma neanche con gli svariati, personali, spesso imponderabili « motivi » subbiettivi, che hanno potuto indurre i membri della società a consociarsi o che li inducono a rimanere uniti. Così, ad esempio: il motivo per cui ciascun socio di una associazione sportiva si è iscritto alla associazione può essere stato dei più vari (praticare personalmente lo sport, sostenere i colori dell'associazione, avere un punto di ritrovo con gli amici), ma la causa dell'associazione è sempre quella: provvedere agli impianti e al personale necessario a rendere possibile la pratica di un certo sport o gruppo di sports.

3. Ogni società implica una certa *o r g a n i z z a z i o n e* sociale, cioè, praticamente, un certo numero di vincoli posti alla libertà di ciascun consociato in vista del fine o dei fini superiori da raggiungere. L'organizzazione sociale implica, a sua volta, un certo *o r d i n a m e n t o* sociale, cioè un certo sistema di principi, di « regole del giuoco », che ne determinano a priori la struttura ed il funzionamento.

Una società non organizzata sarebbe una contraddizione in termini. D'altro canto, una organizzazione, che non fosse predisposta, prestabilita, prefissata da un correlativo ordinamento, sarebbe, a sua volta, un controsenso. Società, organizzazione, ordinamento sono tre aspetti di un'unica realtà.

4. La « società politica » o *S t a t o* si distingue da ogni altra specie di società umana per il fatto di esercitare nei riguardi dei consociati (cioè di coloro che hanno consentito a farne parte) una *i l l i m i t a t a a u t o r i t à* e per il fatto di godere, correlativamen-

te, di una assoluta indipendenza da ogni potestà sovraordinata. Essa richiede, pertanto, una organizzazione sociale particolarmente efficiente ed implica un ordinamento sociale (cd. « ordinamento politico » o « statale »), che non si limiti a dettar norme di condotta per i consociati (cd. « norme direttive »), ma consideri deliberatamente anche l'ipotesi di inosservanza di tali norme da parte dei consociati e predisponga (mediante le cd. « norme sanzionatorie ») i mezzi per costringere costoro all'obbedienza o alla penitenza.

4.1. Per verità, anche le società non politiche (le cd. « società apolitiche »: sportive, religiose ecc.) contemplano un *quid* anche minimo di sanzioni per i recalcitranti. Ma non si tratta di sanzioni « coercitive »: si tratta, tutt'al più, di ulteriori e più perentori inviti all'osservanza delle regole di convivenza, oppure di minacce di mali che verranno da poteri politici sovraordinati o addirittura da poteri extraumani (si pensi alla minaccia di deferimento alla giustizia statale o a quella, tipica delle società religiose, di malanni nella vita oltre tomba). L'unico e solo mezzo di efficace reazione che una società apolitica ha verso i ribelli è l'espulsione, l'estromissione degli stessi dal suo seno: il che poi altro non è che un estraniarsi, estraniandolo, dal consociato che, col suo comportamento, impedisce il retto funzionamento dell'organismo sociale. La società politica, invece, è la sola che sia in grado, per effetto della sua particolare organizzazione sanzionatoria, di far pagare al recalcitrante il fio del suo comportamento antisociale, senza bisogno di ricorrere alla sua espulsione, ed anzi senza tema che egli si sottragga alla sanzione mediante un frettoloso recesso volontario dalla società stessa. Anche dalle società politiche si può liberamente recedere, ma non prima di aver espiato per le colpe commesse.

2. LO STATO E LA SUA STRUTTURA.

1. L'analisi della struttura dello Stato, quale che sia l'ambiente di civiltà in cui esso si sia sviluppato e viva, porta costantemente alla identificazione di un presupposto fondamentale, che è la costituzione politica, e di tre elementi essenziali, che sono: il popolo, il territorio e il governo.

2. Della costituzione politica, presupposto fondamentale dello Stato e fonte della sua organizzazione e della sua dinamica, già si è detto (n. 1), quando si è accennato alla « convenzione sociale » da cui scaturisce ogni tipo di società, e quindi anche la società politica. La costituzione politica, che può essere (come si dirà meglio in seguito: n. 4) esplicita o tacita, fissa i principi strutturali, « costituzionali », dell'organismo politico: principi, che non potrebbero, almeno teoricamente, essere modificati senza distruggere la società politica, sostituendola eventualmente con una altra diversamente conformata. In pratica avviene, invece, che essa, salvo casi eccezionalissimi, ammette di poter essere modificata mediante provvedimenti particolarmente qualificati (cd. « leggi costituzionali »), o talvolta addirittura mediante provvedimenti normativi ordinari. La costituzione modificabile solo da leggi costituzionali si dice « rigida », quella modificabile da leggi ordinarie (o anche da leggi ordinarie) si dice « flessibile ».

3. P o p o l o, o « popolazione », è l'insieme dei membri della consociazione politica.

Il popolo può suddividersi in due categorie: a) la « cittadinanza », che è il complesso di coloro, cui è riconosciuta la capacità di partecipare al governo dello Stato o ad alcune funzioni di esso (cittadini); b) la « sudditanza », che è il complesso di coloro, cui non è riconosciuta alcuna capacità di partecipazione al governo (sudditi). La sudditanza può, a sua volta, distinguersi a seconda che i sudditi siano « permanenti », cioè normalmente soggetti allo Stato, o « temporanei », cioè soggetti allo Stato in dipendenza di vicende per loro natura temporanee (es.: gli stranieri di passaggio).

La categoria dei « cittadini » può articolarsi in svariate gradazioni, a seconda dell'estensione della capacità di governo spettante a ciascuno: accanto ai cittadini « di pieno diritto », capaci di tutte indistintamente le funzioni di governo, possono esservi, dunque, diverse classi di cittadini « parziali » o « di minor diritto », aventi una capacità di governo limitata. La distinzione tra le infime classi dei cittadini parziali e la categoria dei sudditi non è sempre praticamente agevole, e dipende spesso da elementi variabili a seconda delle specifiche e contingenti forme politiche.

4. **Territorio** è la sede comune del popolo. Può anche trattarsi di una sede non fissa, come avviene per i popoli nomadi.

Il territorio può distinguersi in: a) territorio « metropolitano », che è la sede normale dei cittadini o, quanto meno, degli organi di governo dello Stato; b) territorio « pertinenziale », che è la sede normale dei sudditi permanenti, se ve ne sono.

Il territorio pertinenziale può anche non esservi o può anche non essere considerato elemento dello Stato, ma soltanto oggetto della sua sovranità. Il territorio metropolitano, per limitato che sia, non può invece mai mancare, perchè, se il governo fosse fissato sul territorio di un altro Stato, difetterebbe, evidentemente, la condizione fondamentale dell'indipendenza. Per conseguenza, in tanto un popolo nomade può essere considerato Stato, in quanto esso si aggiri su terre non appartenenti ad altri Stati (cosa frequente nel mondo antico, ma divenuta, nel mondo moderno, praticamente impossibile).

5. Il **governo** è l'organizzazione di cittadini e di enti parastatali (*sub* 7), cui spetta, a norma della costituzione politica, l'esercizio dei poteri di comando sui cittadini e sui sudditi. La sua funzione è quella di provvedere alla attuazione in concreto dei fini della società politica.

5.1. La funzione di governo importa l'attribuzione agli organi statali di un triplice ordine di attività potestative, o « poteri pubblici »: a) l'attività « legislativa », la quale consiste nella emanazione di provvedimenti (« leggi ») a carattere supremo, cioè tali da integrare o modificare l'ordinamento statale; b) l'attività « sanzionatoria », la quale consiste nella applicazione delle sanzioni, coattive e non coattive, previste dalla costituzione politica e dai provvedimenti legislativi; c) l'attività « amministrativa », la quale consiste nella esplicazione autoritativa, entro i limiti posti dai principi costituzionali e dai provvedimenti legislativi o sanzionatori, di ogni altra mansione necessaria per il soddisfacimento dei pubblici interessi.

I tre tipi di attribuzioni ora descritti possono essere ulteriormente ripartiti in specifiche « competenze », che vengono assegnate, oltre che a determinati enti parastatali, a vari « uffici di governo »: assemblee, consigli, organi monocratici o collegiali, ecc.

6. Il carattere di indipendenza e di autorità delle società politiche significa, in altri termini, la immanenza nello Stato di una potestà di comando *origi n a r i a*, di una potestà, cioè, che non deriva da alcuna potestà superiore, ma nasce con lo Stato e si spegne con esso. Detta potestà di comando dicesi *s o v r a n i t à*: essa spetta ad una o più persone, che ne sono i « titolari », e può essere esercitata o dal titolare stesso o da altri per lui.

La identificazione del titolare o dei titolari della sovranità è una questione opinabile, la cui soluzione varia a seconda dei tempi e dei luoghi. Si può ritenere, alquanto grossolanamente, che la sovranità spetti agli individui che esercitano, a vita o a tempo determinato, i poteri o alcuni più importanti poteri che essa implica (es.: il re, il presidente della repubblica ecc.); si può ritenere che appartenga al popolo, o meglio alla cittadinanza, e che l'esercizio, ma solo l'esercizio, ne sia demandato a questo od a quell'individuo; si può ritenere, mediante un processo di astrazione, che sia di uno o più organi statali, di cui eventualmente si finge che siano « persone », analogamente agli individui umani (es.: la Corona, il Parlamento ecc.); si può ritenere, infine, attraverso un processo di astrazione ancora più ardito, che lo Stato sia esso stesso una « persona », di cui la sovranità formi un attributo caratteristico, e che gli individui che la esercitano agiscano in sua rappresentanza. Comunque, quello che è certo è che uno Stato senza sovranità non è uno Stato, ma solo una parvenza di società politica.

7. Occorre aggiungere che raramente gli Stati, sopra tutto nei tempi moderni, si presentano a struttura semplice, e per così dire unicellulare. Il più delle volte gli Stati sono, in misura maggiore o minore, a struttura composta, nel senso che la società statale include e coordina in sé minori entità sociali, che derivano la loro autorità dallo Stato da cui dipendono (*e n t i p a r a s t a t a l i*). Detti enti parastatali esercitano per concessione dello Stato (beninteso, nei limiti della concessione stessa) funzioni sovrane: o con riguardo a determinate ripartizioni territoriali (cd. « enti autarchici territoriali »: es. i comuni, le province, le regioni), o con riguardo a tutto il territorio statale (enti parastatali in senso stretto).

7.1. In taluni casi lo Stato composto può essere a struttura federativa (cd. *S t a t o f e d e r a l e*), nel senso che si è for-

mato attraverso la confederazione di due o più preesistenti Stati e questi ultimi, pur essendo ormai ridotti al rango di enti parastatali, ancora conservano larga autonomia e, almeno formalmente, l'apparenza di enti politici in senso proprio. Diversa dallo Stato federale è, invece, la « Confederazione » di Stati vera e propria, nella quale la sovranità è tuttora degli Stati confederati, salvo che questi hanno costituito e mantengono di comune accordo certi organi di governo in comune. Inutile aggiungere che tra la Confederazione in senso proprio e lo Stato federale esiste, in pratica, tutta una varietà di forme intermedie.

3. L'ORDINAMENTO STATALE E IL DIRITTO.

1. I concetti di società, di Stato, di ordinamento sociale e statale, dei quali si è parlato dianzi (n. 1, 2), sono concetti logici. Non così la nozione di ordinamento giuridico, che ha, invece, carattere essenzialmente storico, dipendendo principalmente da valutazioni contingenti, e quindi variabili a seconda dei tempi e dei luoghi.

La sola cosa che si possa dire del diritto, senza tema di sbagliare, è che « diritto » è ciò che, di volta in volta (in ogni singolo ambiente e in ogni singolo momento storico), si ritiene concretamente, dalla generalità dei consociati, essere appunto diritto. La nozione di ordinamento giuridico, in altri termini, non ha un proprio *ubi consistam* concettuale, ma discende dalle convinzioni (e dalle convenzioni) dei membri dell'aggregato sociale cui si applica. Essa è, dunque, essenzialmente variabile e potrebbe anche essere ignorata o rifiutata.

Tuttavia, una esperienza storica plurimillenaria insegna che i popoli umani (sia stato per felice coincidenza di idee, o sia anche stato, talvolta, per influenza o per imitazioni reciproche) hanno assai raramente ommesso di far ricorso alla nozione di ordinamento giuridico (quale che sia stata la denominazione ad essa, secondo i vari linguaggi, attribuita). L'esperienza storica insegna altresì che questa nozione è stata prevalentemente applicata alla disciplina delle società politiche. Ed è a questa esperienza prevalente che biso-

gna, a nostro avviso, guardare per tracciare un profilo approssimativo della idea del diritto.

2. Il diritto, o « ordinamento giuridico », è una sottospecie di ordinamento statale, in quanto (almeno per ciò che l'esperienza storica ci dice) esso inerisce, come si è detto, alle società politiche ed a quelle soltanto. Più precisamente, esso o coincide totalmente con l'ordinamento statale, o ne costituisce un settore particolare e specifico.

L'affermazione secondo cui il diritto, anche se non coincide perfettamente con l'ordinamento statale, inerisce, di regola, alle società politiche, e si inquadra quindi nell'ordinamento dello Stato, non è, tuttavia un'affermazione pacifica. Alla tesi tradizionale della « statalità » del diritto (« *ubi civitas ibi ius* ») altri oppongono la tesi della generica « socialità » del diritto (« *ubi societas ibi ius* »). I difensori di questa teoria sogliono basarsi sulla considerazione della affinità strutturale che con l'ordinamento giuridico presentano alcuni ordinamenti non statali: ad esempio l'ordinamento (cd. « diritto ») canonico, relativo alla comunità dei cattolici, o quello « internazionale », relativo ai rapporti tra gli Stati e gli altri enti assimilati. Ma siccome il concetto di diritto, almeno per noi giuristi, non è un concetto puramente logico, bensì un concetto storico, bisogna, ripetiamo, essenzialmente guardare, per ricostruirlo e determinarlo, a ciò che si è generalmente ritenuto in passato, e che comunemente tuttora si ritiene, essere l'intima e più caratteristica essenza di esso. Ora, per quanto diverse sian potute essere e siano le concezioni del diritto, può dirsi che, approssimativamente, vi è stato e vi è tuttora accordo della generalità in ciò: l'ordinamento giuridico è caratterizzato, come già abbiamo visto per tutto l'ordinamento statale, dal fatto di poter esser eventualmente fatto rispettare, in ultima istanza, c o n l a f o r z a. E siccome comunemente si ritiene (oggi assai più che in passato) che solo agli enti politici sia possibile l'esercizio della coazione fisica nei riguardi dei rispettivi associati, ne consegue che l'ordinamento giuridico non può che coincidere, in tutto o in parte, con l'ordinamento delle società politiche. Quando si parla di diritto anche al riguardo dell'ordinamento « canonico » e di quello « internazionale », cioè di due ordinamenti che sembrano difettare di una sicura efficacia co-

attiva, se ne parla in senso improprio ed approssimativo, basandosi essenzialmente sul fatto che la formulazione esteriore dei citati ordinamenti è, come si è detto, assai simile a quella degli ordinamenti giuridici.

La statalità del diritto non implica nè può implicare, peraltro, la identificazione completa dell'ordinamento giuridico e di quello statale: l'ordinamento giuridico è sempre statale, ma l'ordinamento statale può anche, in questo o quel settore, non essere considerato giuridico. L'equivalenza « ordinamento giuridico » - « ordinamento statale » è, per vero, abbastanza diffusa nell'esperienza moderna (che tende, anzi, all'accennato sconfinamento dall'ambito statale in ordine ai concetti di diritto canonico e di diritto internazionale), ma non lo è stato sempre e altrettanto nelle esperienze più antiche.

3. La struttura dell'ordinamento giuridico consta di elementi essenziali, che sono le « norme giuridiche », e di elementi accidentali, che sono le « leggi meramente formali ». Le prime, pur se ridotte ad un numero minimo, non possono mai mancare; ed anzi l'*optimum* di un ordinamento giuridico è che esso sia costituito esclusivamente da norme giuridiche.

3.1. Le norme giuridiche sono comandi « normativi », cioè comandi che non riguardano casi singoli o persone individuate, ma concernono fattispecie ipotetiche (che potranno verificarsi una, nessuna o centomila volte) e categorie generiche (determinate nei tipi e non individuate nelle singole persone) di destinatari. Esse possono essere poste: in primo luogo, dalla costituzione politica; in secondo luogo, dal potere legislativo, mediante le leggi in senso proprio (cioè le cd. « leggi formali e sostanziali »); in terzo luogo, ma eccezionalmente, dal potere giurisdizionale o da quello amministrativo, mediante provvedimenti « con forza di legge » o « aventi valore di legge » (cd. « leggi sostanziali »).

3.2. Quanto al contenuto, le norme giuridiche vanno distinte in due tipi: le norme direttive, che fissano i presupposti di applicazione dell'ordinamento (cd. « norme di qualificazione »; es.: la disciplina *x* si applica solo alla regione *y* dello Stato; la disciplina *z* si applica solo ai cittadini atti alle armi) o rego-

lano i rapporti tra i soggetti (cd. « norme di condotta »; es.: se taluno è proprietario di una cosa, tutti gli altri soggetti devono rispettare il suo godimento »); e le norme sanzionatorie, che fissano le sanzioni applicabili a chi violi una norma direttiva (cd. « norme di tutela »; es.: « se taluno infrange l'obbligo di rispettare il godimento del proprietario, sarà costretto a riparare il danno arrecatogli »).

3.3. Il potere legislativo, avendo nelle mani la possibilità di emanare provvedimenti imperativi, subordinati solo (eventualmente) alla costituzione, fa talvolta abuso di questa sua forza, emanando leggi meramente formali, cioè provvedimenti privi della sostanza normativa che dovrebbe inerire alle leggi e relativi a casi singoli o a persone determinate (es.: la legge con cui si concede la cittadinanza ad un certo personaggio straniero; la legge con cui si attribuisce una pensione speciale a un cittadino benemerito).

4. Caratteristica dell'ordinamento giuridico è la coattività, nel senso che, ove si verifichi la inosservanza di un comando direttivo (normativo o non normativo), è già predisposta una correlativa norma sanzionatoria (o una corrispondente graduazione di norme sanzionatorie) al fine di costringere l'inosservante o chi per lui, eventualmente anche con la forza, alla riparazione o alla espiazione.

4.1. Ad ogni fattispecie primaria presa in considerazione dal diritto corrisponde, pertanto, una normativa giuridica complessa, costituita, nella ipotesi più semplice, quanto meno da un binomio: il comando direttivo e una correlativa norma sanzionatoria ad effetto coattivo. Ma il più delle volte la infrazione del comando direttivo dà luogo ad una prima norma sanzionatoria non coattiva, che si limita ad imporre all'inosservante un comportamento di riparazione o di espiazione; e solo nella ipotesi di inosservanza di questa prima norma sanzionatoria (o di altre norme sanzionatorie non coattive subordinatamente applicabili) entra in azione la norma sanzionatoria suprema, che costringe l'inosservante, suo malgrado, alla effettiva riparazione o espiazione. Così, ad esempio: alla norma direttiva che vieta di uccidere il proprio simile corrisponde direttamente la norma sanzionatoria coattiva che

fissa un certo periodo di reclusione per l'omicida; alla norma direttiva che vieta di trarre in inganno la controparte per indurla a fare un certo contratto corrisponde direttamente la norma sanzionatoria che stabilisce l'annullamento di quel contratto; ma alla norma che vieta di arrecare danno patrimoniale ad altri corrisponde una prima norma sanzionatoria non coattiva, che impone al danneggiatore (o chi per lui) di risarcire il danno, e solo nella ipotesi di inosservanza di questa prima norma sanzionatoria entra in campo la norma sanzionatoria coattiva che disciplina l'esecuzione forzata a carico del danneggiatore (o di chi per lui).

5. La concezione strutturale del diritto ora esposta è quella tradizionale: cd. « teoria normativa del diritto ».

Contro di essa è stata formulata in questi ultimi tempi la cd. « teoria istituzionistica del diritto », che incontra largo favore particolarmente tra i giuspubblicisti. Secondo tale dottrina, il diritto non si traduce sempre e soltanto nello schema delle « norme », e comunque dei comandi, siano questi o non siano coattivi e garantiti dallo Stato. Si ha diritto, « ordinamento giuridico », sempre che vi sia una organizzazione sociale, una « istituzione »: anzi il diritto si identifica totalmente con la società, altro non è che la stessa istituzione nella sua reale e concreta pienezza. Voler distinguere tra « ordinamento » sociale e « ordine » derivato da quell'ordinamento sarebbe come voler distinguere, in un corpo vivente, tra spirito e materia, tra volontà e comportamento: un assurdo pratico. Il che, entro certi limiti, è anche esatto.

Altri, per sfuggire almeno alle critiche che si muovono alla concezione della socialità del diritto, ha modificato e limitato la teoria istituzionistica nel senso di identificare l'ordinamento giuridico esclusivamente con lo Stato o, più genericamente, con le istituzioni a carattere necessario, indipendente e autonomo. Tuttavia, anche di fronte a questa teoria così modificata, resta il dubbio se sia davvero lecita la identificazione del diritto con tutta quanta l'istituzione statale, e quindi se sia da sottoscrivere la svalutazione del suo carattere empiricamente più ricorrente e visibile, che è quello dei « comandi » (sia pur non sempre espliciti) in cui l'ordinamento giuridico si traduce.

4. LA PRODUZIONE DEL DIRITTO.

1. Le norme del diritto, appartenendo alla categoria dei comandi, vengono in essere attraverso atti di volizione, che si dicono le *fonti di produzione* di esse.

Ma i comandi giuridici sono comandi eteronomi, diretti cioè ad altri (i cd. « destinatari »), i quali debbono essere posti in condizione di conoscerne l'esistenza e l'estensione. Acchè una norma giuridica sia praticamente operante, non basta, dunque, la pura volizione, ma occorre un qualche mezzo esteriore di manifestazione di essa, al quale mezzo i destinatari possano fissare lo sguardo.

2. La fonte di produzione naturale e originaria delle norme giuridiche è la *costituzione politica*, cioè la convenzione esplicita o tacita dei consociati che sta a base della organizzazione statale (n. 2 *sub* 2).

2.1. Se la costituzione è esplicita, cioè tradotta in un documento, il mezzo di sua manifestazione è costituito dal documento costituzionale (cd. « statuto politico », o « carta costituzionale »).

2.2. Se la costituzione è inespressa documentalmente (ipotesi assai più frequente), essa si manifesta attraverso la uniforme ripetizione di un certo comportamento, operata dalla generalità (se non dalla universalità) dei consociati con la convinzione della sua giuridica necessità (cd. *opinio iuris et necessitatis*): fenomeno che si designa modernamente con il termine di « consuetudine ». Non basta, dunque, una prassi, una abitudine, un « uso », sia pur generale, acchè vi sia una consuetudine giuridica: oltre la *vetustas*, occorre in più il generale (prevalente) convincimento della sua obbligatorietà giuridica.

3. La costituzione politica può anche ammettere, e solitamente ammette, che comandi giuridici integrativi vengano emanati da organi del governo dello Stato (principalmente, gli organi legislativi) attraverso provvedimenti legislativi o ad essi equiparati (n. 3 *sub* 3). Fonti di produzione derivate e subordinate, dell'ordinamento giuridico sono, pertanto, i *provvedimenti di governo*, e in particolare i provvedimenti legislativi sostanziali, cioè a contenuto normativo.

3.1. In linea logica, i provvedimenti governativi (normativi o non normativi) non dovrebbero prevalere sulle norme costituzionali, statutarie o consuetudinarie che siano. Molti ordinamenti giuridici moderni sono giunti, invece, attraverso una lenta evoluzione, sino al punto di ammettere la piena equivalenza dei provvedimenti giuridici di governo con le norme statutarie, che possono cioè essere abrogate o modificate da cd. « leggi costituzionali » o, in certi Stati, perfino da provvedimenti legislativi ordinari. Tutti gli ordinamenti giuridici del giorno d'oggi hanno, inoltre, sancito ormai qualcosa di più: la prevalenza dei provvedimenti giuridici di governo sulle norme consuetudinarie. A queste ultime non viene, dunque, riconosciuta alcuna efficacia, se si trovino ad essere « *contra legem* » o anche, talvolta, se siano soltanto « *praeter legem* », cioè relative ad argomenti che la legislazione dello Stato tralascia di regolare. L'uno e l'altro fenomeno (si ripete: tipicamente moderni) possono essere compresi e giustificati quando si pensi alle dimensioni, solitamente grandissime, che hanno assunto gli Stati contemporanei. Questa smisurata dilatazione delle società politiche è andata particolarmente a discapito delle consuetudini, le quali ormai assai difficilmente potrebbero formarsi e prendere consistenza di consuetudini generali, valevoli cioè per tutto il territorio e per tutta la popolazione dello Stato. Anche se non è logicamente corretto, appare insomma praticamente opportuno, nel mondo contemporaneo, affidare agli organi di governo il compito di interpretare gli interessi dell'organizzazione politica e di fissare in modo preciso e prevalente le norme di comportamento adeguate.

4. Integrativo del concetto di fonte di produzione del diritto è quello di *fonte di cognizione* dell'ordinamento giuridico, cioè di mezzo materiale che permette la conoscenza dell'ordinamento stesso.

Le fonti di cognizione del diritto sono, più precisamente, passibili delle seguenti distinzioni: a) fonti di cognizione « in senso tecnico » e « in senso atecnico »: a seconda che riguardino l'ordinamento con lo scopo specifico di rappresentarlo o che, invece, lo riguardino in maniera indiretta, nel quadro di una rappresentazione (artistica, culturale, economica ecc.) volta a tutt'altri scopi; b) fonti di cognizione « primarie » e « secondarie » (o derivate): a seconda

che diano una rappresentazione immediata e obbiettiva (documentale o testimoniale) dell'ordinamento o che, invece, costituiscano una elaborazione subbiettiva dell'ordinamento stesso.

Esempio di fonte di cognizione in senso atecnico (e secondaria) del diritto è un romanzo, o un film, in cui figurino casi giuridici più o meno ben capiti e rappresentati dall'autore. Esempio di fonte di cognizione primaria (e tecnica) è la « Gazzetta ufficiale » (oppure il « Journal officiel » ecc.), in cui si pubblicano gli atti di governo. Esempio di fonte di cognizione secondaria (e tecnica) è un trattato di diritto civile o penale e così via.

5. L'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO.

1. Affinchè i destinatari dei comandi giuridici li conoscano e li applichino, non è sufficiente che una volontà vi sia e sia manifestata, ma occorre che, da parte degli stessi destinatari, si svolga una attività: *a)* di accertamento di essa e *b)* di accertamento della sua sfera di applicazione.

Detta attività dicesi di *i n t e r p r e t a z i o n e* del diritto, ed è ovvio che, in pratica, la precisa determinazione di una volontà normativa risulta spesso non meno dalla interpretazione che dalla manifestazione di essa.

2. L'accertamento dei comandi giuridici vigenti può essere di tre specie: *a)* *d i r e t t o*, quando consista nella ricognizione del documento in cui un comando giuridico (esplicito) si concreti; *b)* *i n d i r e t t o*, quando consista nella ricognizione dei fatti, che fanno testimonianza della esistenza di una norma giuridica non documentata (« fatti di consuetudine »); *c)* *p r e s u n t i v o*, quando consista nella logica deduzione da una norma giuridica accertata della esistenza di un principio giuridico inespresso, che di essa costituisce il presupposto.

2.1. La funzione di accertamento presuntivo delle norme giuridiche si dice *a n a l o g i a* ed è, naturalmente, di estrema delicatezza e difficoltà. Più che nell'accertamento di una norma esistente, essa consiste nella creazione di una norma integrativa dell'ordinamento giuridico: più che di « interpretazione », dunque, deve parlarsi di « integrazione analogica » dell'ordinamento.

L'analogia è, comunque, logicamente corretta e praticamente necessaria perchè serve ad individuare i principi regolatori di fattispecie, che, pur non potendosi dire giuridicamente irrilevanti, non risultano, tuttavia, previste esattamente da norme giuridiche direttamente o indirettamente accertate. E' ovvio che il regolamento che meglio si attaglia a queste fattispecie sia, *mutatis mutandis*, quello dettato per casi simili. Ad esempio, si ponga che una norma stabilisca l'obbligo per gli « albergatori » di risarcire i clienti per i danni subiti dalle loro cose durante la permanenza in albergo: questa norma discende, evidentemente, da un principio più generale, per cui chiunque eserciti attività di ospizio a pagamento deve garantire gli ospiti nel senso già veduto: dunque, può concludersi, per analogia, che anche il « locandiere » è tenuto allo stesso modo verso i clienti.

2.2. Attraverso il procedimento analogico vengono, finalmente, in luce i principi generali dell'ordinamento giuridico, cioè le regole supreme, fondamentali del diritto vigente in una certa società politica.

3. L'accertamento del significato dei comandi giuridici identificati è operazione complessa, che consiste nel contemperamento del significato letterale del comando con le esigenze della logica e con le linee generali dell'ordinamento giuridico vigente.

Non sempre, dunque, la significazione sostanziale di un comando giuridico collima con la sua significazione letterale. E se la coincidenza manca, è evidente che è la significazione sostanziale a dover prevalere sull'altra.

3.1. L'interprete del diritto, quando sia riuscito a stabilire un testo o tenore della norma, deve procedere, per accertare l'esatto significato, a tre operazioni analitiche, distinte e complementari: a) analisi filologica, consistente nell'accertamento del significato letterale del testo: cd. *vox iuris*; b) analisi logico-giuridica, consistente nella determinazione del senso logico (con particolare riguardo alla logica del diritto) che al testo va attribuito: cd. *ratio iuris*; c) analisi storica, consistente nella valutazione dell'epoca storica e dell'ambiente sociale in cui la norma è sorta, nonché dell'epoca e dell'ambiente in cui la norma va applicata: cd. *historia iuris*.

3.2. Il risultato di queste analisi può essere: a) *d i c h i a r a t i v o*, se il senso della norma risulti collimare con la sua formulazione letterale (la *vox iuris* « *tam dixit quam voluit* »); b) *e s t e n s i v o*, se l'ambito di applicazione della norma risulti essere più esteso di quanto si ricaverebbe dalla mera formulazione letterale (« *minus dixit quam voluit* »); c) *r e s t r i t t i v o*, nel caso contrario (« *plus dixit quam voluit* »).

4. L'interpretazione del diritto incombe su tutti i destinatari delle norme, essendo questi i diretti interessati alla retta applicazione delle stesse. L'attività di interpretazione svolta dai *destinatari* in quanto tali può essere, pertanto, denominata come attività di *i n t e r p r e t a z i o n e c o m u n e* del comando giuridico.

4.1. Vi sono, peraltro, attività di *i n t e r p r e t a z i o n e q u a l i f i c a t a*: l'interpretazione « autentica » o normativa, che è quella esercitata talvolta dal governo con provvedimenti legislativi sostanziali; l'interpretazione « giurisdizionale » o sanzionatoria, che è quella esercitata dai giudicanti come presupposto indispensabile per la emanazione di provvedimenti sanzionatori; l'interpretazione « giurisprudenziale » o dottrinale, che è quella esercitata, su scala più o meno vasta, dai giurisperiti, cioè dagli interpreti professionali del diritto.

L'efficacia degli atti di interpretazione autentica o giurisdizionale è quella stessa dei provvedimenti normativi o sanzionatori che li contengono e li assorbono: l'interpretazione disposta da una legge non può essere contestata da nessuno, quella stabilita in un giudicato non può essere contestata dalle parti in causa. L'efficacia dell'interpretazione giurisprudenziale è invece giuridicamente nulla, cioè da parificarsi a quella dell'interpretazione comune, perchè i giurisperiti non hanno poteri di comando; ma essa può essere socialmente assai influente in dipendenza dell'estimazione di cui eventualmente godono i singoli giurisperiti che la esercitano.

6. I RAPPORTI GIURIDICI.

1. Le normative giuridiche o si risolvono nella determinazione di qualificazioni giuridiche, oppure predispongono il regolamento

(direttivo o sanzionatorio) adeguato ad un certo tipo di rapporto intersubbiettivo.

1.1. Le qualificazioni giuridiche sono di cinque tipi: a) « formali » (altrimenti dette « definizioni giuridiche »), intese a qualificare (definire) il significato di un termine, e cioè il valore di un concetto, per l'ordinamento (es.: « rapporto giuridico », « diritto subbiettivo », « diritto di proprietà », ecc.); b) « temporali », intese a determinare il periodo di tempo in cui un certo regolamento avrà vigore; c) « spaziali », intese a determinare lo spazio territoriale entro cui si applicherà un certo regolamento; d) « soggettive », intese a stabilire i requisiti per poter essere soggetti di uno o più rapporti giuridici; e) « oggettive », intese a stabilire i requisiti di identificazione degli oggetti di uno o più rapporti giuridici.

1.2. I rapporti giuridici possono essere dei tipi più diversi, ma hanno la comune caratteristica (« qualifica ») di consistere ciascuno in una relazione tra due o più « soggetti giuridici » in ordine ad un « oggetto giuridico », cioè ad una fonte di interessi contrastanti dei soggetti. Posto che l'oggetto giuridico, essendo causa di interessi subbiettivi in contrasto, minaccia di determinare un conflitto tra i soggetti, la normativa giuridica interviene a stabilire preventivamente quale soggetto, e a quali condizioni, e con quali modalità, meriti la prevalenza sull'altro o sugli altri soggetti concorrenti.

2. La conseguenza della previsione normativa di un rapporto giuridico è, dunque, che, in ordine ad un certo oggetto, si determina una situazione di preminenza (cd. « situazione giuridica attiva ») di uno o più « soggetti attivi » ed una correlativa situazione di subordinazione (cd. « situazione passiva ») di uno o più « soggetti passivi ». La situazione attiva viene denominata « potere giuridico » (o anche, tradizionalmente, « diritto subbiettivo »), mentre la situazione passiva assume il nome di « dovere giuridico ». E' questione puramente esteriore se la normativa (o una norma di essa) sia formulata in modo che ne sembri esclusivo destinatario il titolare del potere giuridico (al quale, appunto, si conferisce e riconosce un certo potere), o ne sembri invece esclusivo destinatario il titolare del dovere giuridico (al quale,

appunto, si attribuisce un certo dovere): in realtà ed in sostanza, la normativa ha carattere del tutto imparziale, limitandosi a stabilire un certo regolamento di interessi tra due o più soggetti virtualmente in conflitto. Data la natura complessa della normativa giuridica (che è composta, come si è detto, quanto meno dall'abbinamento di una norma direttiva con una norma sanzionatoria), hanno ovviamente natura complessa le situazioni giuridiche subbiettive.

2.1. Ogni potere giuridico è, pertanto, costituito, quanto meno: *a*) dal potere di pretendere dal soggetto passivo un certo comportamento, positivo o negativo, così come prescritto in una norma direttiva di relazione (cd. « pretesa »); *b*) subordinatamente all'eventuale inosservanza del comportamento prescritto, dal potere di costringere il soggetto passivo ad un atteggiamento di esecuzione forzata o di forzata penitenza per l'inosservanza commessa (cd. « azione »).

2.2. Correlativamente, ogni dovere giuridico è, quanto meno, costituito: *a*) dal dovere di osservare l'invito a fare o a non fare alcunchè, contenuto in una norma direttiva di relazione (cd. « obbligo »); *b*) subordinatamente all'eventuale violazione dell'obbligo, dalla necessità di sottostare, anche contro la propria volontà, a quanto prescritto da una norma sanzionatoria (cd. « soggezione »).

3. L'analisi del diritto subbiettivo porta ulteriormente a precisare che esso non consiste, di regola, nel potere di soddisfarsi solo attraverso il comportamento del soggetto passivo: il soddisfacimento di un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico implica anzi la attribuzione al soggetto attivo di facoltà e anche di oneri.

3.1. *Facoltà* sono le possibilità riconosciute e garantite dal diritto al soggetto attivo di soddisfare il proprio interesse con i propri mezzi, senza turbative da parte di altri soggetti giuridici (es.: la facoltà di godere della cosa o di disporne a piacimento, che compete al titolare del diritto di proprietà).

3.2. *Oneri* sono i sacrifici che talvolta si impongono al soggetto attivo affinché egli possa esercitare il proprio diritto (es.: onere di esprimere la propria pretesa al soggetto passivo, onere di ricorrere alla autorità giudiziaria per provocarne l'assoggettamento).

3.3. Si noti, infine, che l'azione, cioè il potere di agire per l'assoggettamento del soggetto passivo alla sanzione, può essere tanto una azione « diretta », cioè esercitata direttamente e personalmente dal soggetto attivo per la tutela del proprio interesse violato, quanto una azione « indiretta », cioè esercitata dal soggetto attivo indirettamente, provocando la attività sanzionatoria del governo. Mentre le società politiche più antiche, anche per deficienza di organizzazione interna, autorizzavano ampiamente l'esercizio dell'« autotutela » (cioè dell'azione diretta) da parte dei soggetti giuridici, i più moderni Stati, assai meglio organizzati, tendono a limitare al massimo l'autotutela, rendendo obbligatorio il ricorso agli organi della funzione sanzionatoria del governo.

4. Con riguardo alla loro struttura, i rapporti giuridici vanno distinti in rapporti assoluti e rapporti relativi.

4.1. I rapporti giuridici assoluti sono quelli che intercorrono tra uno o più soggetti attivi determinati e, indeterminatamente, tutti gli altri consociati, che assumono quindi la veste di soggetti passivi. Al soggetto attivo si riconosce, in altri termini, una pretesa giuridica *erga omnes*: la pretesa a non essere turbato nell'esercizio delle sue facoltà giuridiche in ordine ad un certo oggetto. Gli altri consociati (cioè gli « omnes », cui si rivolge la pretesa del soggetto attivo) vengono ad essere tenuti, pertanto, ad un comportamento di sopportazione (« pati ») nei riguardi del titolare del diritto assoluto. La violazione dell'obbligo di *pati* da parte di uno degli *omnes* determinerà, a suo carico specifico, lo scatto della norma sanzionatoria. Esempi tipici di rapporti giuridici assoluti sono il rapporto di proprietà (tutti i consociati sono tenuti ad astenersi dal turbare il godimento di un oggetto giuridico da parte del proprietario), il rapporto di usufrutto (tutti i consociati, compreso il proprietario della cosa fruttifera, sono tenuti ad astenersi dal turbare lo sfruttamento della cosa da parte dell'usufruttuario).

4.2. I rapporti giuridici relativi sono quelli che intercorrono tra uno o più soggetti (attivi e passivi) determinati: i soggetti passivi sono, in tal caso, tenuti ad un comportamento soddisfacente positivo o negativo (« dare », « facere »,

« *non facere* »), nel senso che questo comportamento vale a determinare per se stesso il soddisfacimento di un interesse del soggetto attivo. Esempi tipici di rapporti giuridici relativi sono i rapporti cd. obbligatori (da compravendita, da mutuo, da atto illecito ecc.: il debitore è tenuto a soddisfare il creditore consegnandogli la merce, restituendogli la somma avuta in prestito, astenendosi dal fargli concorrenza ecc.).

5. Altre importanti distinzioni dei rapporti giuridici e delle loro fasi evolutive sono quelle tra rapporti di debito e di responsabilità e rapporti ad esecuzione libera e ad esecuzione coatta.

5.1. I rapporti giuridici di debito sono rapporti (assoluti o relativi) consistenti in un vincolo che si costituisce per effetto di un fatto giuridico involontario o di un atto giuridico lecito (n. 7). I rapporti giuridici di responsabilità sono rapporti giuridici relativi (mai assoluti) consistenti in un vincolo che si pone, a carico di uno o più soggetti passivi determinati, a titolo di responsabilità, per la commissione da parte loro di un atto giuridico illecito. Esempio di rapporti giuridici di responsabilità è il rapporto di risarcimento del danno provocato (l'autore del danno ingiusto è tenuto a risarcire il danneggiato).

5.2. I rapporti giuridici ad esecuzione libera sono rapporti (di debito o di responsabilità) caratterizzati dalla correlazione di una mera pretesa del soggetto attivo con un mero obbligo del soggetto passivo. I rapporti giuridici ad esecuzione coatta sono rapporti di responsabilità (mai di debito) caratterizzati dalla correlazione di un'azione del soggetto attivo con una soggezione del soggetto passivo.

5.3. In realtà, ogni rapporto giuridico (assoluto o relativo) è anzi tutto un rapporto di debito. In dipendenza della inosservanza dell'obbligo da parte del soggetto passivo, esso si evolve successivamente in rapporto di responsabilità, eventualmente ad esecuzione coatta. Le distinzioni sopra esposte (tra rapporti di debito e di responsabilità, ad esecuzione libera e ad esecuzione coatta) non sono, insomma, vere e proprie contrapposizioni di rapporti giuridici autonomi, ma sono, si ripete, precisazioni di fasi e di aspetti evolutivi di ogni rapporto giuridico.

7. L'ORDINE GIURIDICO.

1. Fine dell'ordinamento giuridico è l'attuazione dell'ordine giuridico, cioè il verificarsi in concreto degli effetti che le norme giuridiche ricollegano alla ipotesi che si verifichi una delle fattispecie da esse previste (cd. « effetti giuridici »).

1.1. L'ordine giuridico può risolversi in una triplice categoria di effetti giuridici: a) la costituzione di una qualificazione o di un rapporto sinora inesistenti; b) la estinzione di una qualificazione o di un rapporto sinora esistenti; c) la modificazione di una qualificazione o di un rapporto in uno dei suoi elementi caratteristici.

2. Causa dell'ordine giuridico è il prodursi in atto di accadimenti conformi alle fattispecie ipotetiche delle norme giuridiche (« fatti giuridici »). La classificazione più semplice e generale dei fatti giuridici consiste nel distinguere tra fatti involontari e volontari e nel distinguere questi ultimi in leciti e illeciti.

2.1. I fatti giuridici involontari sono quelli il cui accadimento è indipendente dalla volontà dei futuri o attuali titolari della qualificazione o del rapporto riguardo a cui sono chiamati ad esercitare la loro influenza, ma dipende o dall'ordine naturale delle cose (cd. « fatti naturali »; es.: la nascita o la morte di un soggetto, il perimento naturale di un oggetto giuridico) o dalla volontà di un soggetto del tutto estraneo (cd. « atti del terzo »; es.: la requisizione di un oggetto di proprietà privata da parte dell'autorità di governo).

2.2. I fatti giuridici volontari, anche detti atti giuridici, sono quelli il cui accadimento è determinato dalla volontà dei futuri o degli attuali titolari della qualificazione o del rapporto riguardo a cui sono chiamati ad esercitare la loro influenza. Gli atti giuridici si dicono: a) leciti, se il comportamento in cui consistono è permesso dall'ordinamento giuridico; b) illeciti, se il comportamento in cui consistono è vietato dall'ordinamento giuridico, che ad esso comportamento ricollega una situazione di responsabilità dell'agente.

2.3. Gli ordinamenti giuridici non fissano sempre i precisi effetti degli atti giuridici, ma usano lasciare una certa sfera di « autonomia » ai soggetti giuridici nella determinazione degli effetti da riconnettersi a loro atti, purchè leciti. Di qui la distinzione degli atti giuridicamente leciti in *a)* meri atti giuridici, che sono per l'appunto quelli i cui effetti sono esattamente stabiliti dall'ordinamento; *b)* atti giuridici di autonomia, che sono quelli i cui effetti sono totalmente o parzialmente stabiliti dai soggetti stessi che li compiono.

3. Gli atti giuridici di autonomia possono essere, più esattamente, definiti come atti lecitamente produttivi di effetti giuridici conformi alla volontà manifestata da chi li compie ed allo scopo pratico che essi sono strutturalmente capaci di raggiungere. L'ordinamento giuridico ne determina i limiti più o meno lati di liceità, precisando chi sia capace di compierli, a quale tipo di oggetti giuridici possono riferirsi, quali tipi di scopi pratici possono essere destinati a realizzare (o, per meglio dire, quali scopi pratici non siano perseguibili con atti di autonomia). Per il resto, gli effetti giuridici degli atti di autonomia dipendono esclusivamente dall'identificazione del loro specifico fine pratico (cd. « causa » dell'atto) e dalla interpretazione della « volontà manifestata » da chi li compie.

3.1. La distinzione fondamentale degli atti giuridici di autonomia va fatta con riguardo alla natura pubblica o privata degli interessi che essi sono diretti a soddisfare, cioè con riguardo al fatto che la loro causa consiste nella esplicazione di una funzione di governo o no. Da questo punto di vista si distinguono gli atti di autonomia pubblica, o provvedimenti di governo, dagli atti di autonomia privata, o negozi giuridici. I provvedimenti di governo si suddividono, a loro volta, in « legislativi », « sanzionatori » ed « amministrativi ». Gli ordinamenti giuridici sogliono, ovviamente, stabilire una rigida gerarchia tra questi atti, nel senso che i negozi giuridici non possono comunque interferire nella sfera di efficacia dei provvedimenti di governo e che, tra questi ultimi, i provvedimenti legislativi prevalgono sugli altri, ed i provvedimenti sanzionatori prevalgono su quelli amministrativi.

§ 2. — IL PERIODO ARCAICO DEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 8. Il periodo arcaico del diritto romano. — 9. La struttura della *civitas* quiritaria e il *ius Quiritium*. — 10. L'evoluzione costituzionale della *civitas* quiritaria. — 11. Il *ius legitimum vetus* e la formazione del *ius civile*.

8. IL PERIODO ARCAICO DEL DIRITTO ROMANO.

1. Il periodo arcaico del diritto romano corrisponde a quello della *civitas* quiritaria e si inquadra in esso. Esso va dal sec. VIII sin verso la metà del sec. IV a. C.; o, per chi preferisce punti di riferimento più categorici, sebbene assai più arbitrari, dal 754 a. C. (anno della mitica fondazione di Roma) al 367 a. C. (anno delle *leges Liciniae Sextiae*).

2. La costruzione di questo periodo quadrisecolare contrasta con le idee correnti tra gli storiografi antichi e moderni di Roma, i quali generalmente distinguono, per quanto almeno riguarda la storia politica romana, tra un originario « periodo della monarchia » ed un successivo « periodo della repubblica », iniziatosi negli ultimi anni del sec. VI a. C. e protrattosi sino alla fine del sec. I a. C. Ma a nostro parere questa distinzione va respinta. Lo Stato dei primi quattro secoli deve essere considerato un *unicum* indivisibile e, nel contempo, radicalmente diverso dallo Stato dei secoli successivi principalmente per questo: che la sua struttura fu quella di una « πόλις » o « *civitas* », alla maniera delle città greche, e che la sua cittadinanza fu rigorosamente ristretta ai membri delle *gentes patriciae*, detti anche *Quirites*.

La civiltà romana arcaica merita, insomma, il nome di « civiltà quiritaria » essenzialmente perchè i *Quirites* o *patricii* furono e si mantennero sino all'ultimo l'elemento determinante del suo assetto iniziale e della sua posteriore evoluzione.

9. LA STRUTTURA DELLA « CIVITAS » QUIRITARIA E IL « IUS QUIRITIUM ».

1. La leggenda parla di una Roma fondata da Romolo, ma la migliore critica storica ritiene che la *civitas* dei *Quirites* (che solo più tardi venne denominata, con termine etrusco, *Roma*, « città del fiume ») si formò, invece, progressivamente, nel corso del sec. VIII a. C., attraverso un processo federativo, di riunione e fusione di gruppi politici. L'ultimo atto del processo di formazione della città fu costituito dalla confederazione (forse attuata in due momenti successivi) di tre gruppi politici minori: la *tribus* dei *Ramnes* (Latini?), la *tribus* dei *Tities* (Sabini?), la *tribus* dei *Luceres* (Etruschi?). Ma anche alle *tribus* si era giunti attraverso aggregazioni di gruppi politici minori, che furono, più precisamente, le *gentes* e le *familiae*.

1.1. Probabilmente, la cellula primordiale e, nel contempo, più consistente e resistente fu la *familiā*, intesa come complesso di uomini, animali subumani e cose sottoposto alla *potestas* (o *manus*) di un capo, ch'era, più precisamente, denominato *paterfamilias*. Le *gentes* furono, invece, dei consorzi più o meno grandi di *familiae*, che si ricollegavano ad un lontano capostipite morto ed erano rimaste unite per motivi di opportunità, sotto la guida di un *pater gentis* scelto dai *patres familiarum* nel loro seno. L'*animus societatis*, caratteristico delle organizzazioni politiche, è assai più chiaramente percettibile nelle *gentes* che nelle *familiae*.

1.2. Le *gentes* passarono a loro volta a federarsi in *tribus* e queste in *civitas*. Come la formazione delle *tribus* dovè intaccare fortemente l'autonomia delle *gentes*, così la formazione della *civitas* intaccò, anzi spazzò via l'autonomia delle *tribus*, che si ridussero, successivamente alla loro confederazione, a poco più di puri nomi. In definitiva, gli organismi che mostrarono maggior resistenza furono proprio quelli più embrionali, cioè le *familiae*, evidentemente a causa di quel fondamento naturalistico della parentela (*adgnatio*) su cui poggiava l'*animus societatis* dei loro membri.

1.3. La *civitas Quiritium*, in altri termini, finì per divenire, *omisso medio*, una grande confederazione di *famili-*

l i a e o, in taluni casi residuali, di *gentes*, ciascuna delle quali (*familiae* o *gentes*) era rappresentata nella comunità dal rispettivo *pater*.

2. La *civitas*, trovò la sua espressione suprema nella assemblea dei *patres* (più tardi detta *senatus*), la quale esprimeva, a sua volta, dal proprio seno un *rex* vitalizio, simbolo dell'unità cittadina e sommo sacerdote.

2.1. Il *rex* arcaico era, dal momento della sua *inauguratio* sino a quello della sua morte o della sua spontanea *abdicatione*, il capo supremo, politico e religioso, della *civitas*. Ma il suo prepotere era più di nome che di fatto: da un lato, era politicamente condizionato dalla volontà suprema del *senatus* e, dall'altro, trovava un limite invalicabile nel potere domestico, incontrollabile, di ciascun *pater* entro la propria *familia*. Pertanto, il vero comando politico veniva, in questa situazione, ad essere esercitato dai *patres* ed ai *patres* esso tornava anche nominalmente alla morte o all'*abdicatione* del *rex* (« *auspicia ad patres redeunt* »): nel qual caso i *patres* lo esercitavano a turno, con il titolo di *interrex*, sin che il nuovo *rex* non fosse stato da essi prescelto e non fosse risultato gradito agli dei.

2.2. Oltre che esponente della *civitas* nei confronti delle altre *civitates*, il *rex* era portavoce della volontà dei *patres* nei confronti della turba dei *Quirites*. Questi venivano, quindi, da lui convocati nei *comitia curiata* (così detti perchè divisi in 30 *curiae*) al fine di prendere conoscenza delle sue disposizioni (*leges regiae*). E' da escludere che i *comitia curiata* avessero, come vuole la tradizione, poteri deliberanti.

3. Costituitasi la *civitas*, l'ordinamento statale quiritario risultò composto: anzi tutto, dai *foedera*, cioè dagli accordi federativi intervenuti tra i capi delle *tribus* o delle *gentes* all'atto della creazione dell'unità cittadina; secondariamente, dalle *leges regiae*, cioè dalle deliberazioni prese dai *patres* nel loro consesso e proclamate ai *comitia* dal *rex*; in terzo luogo, dai *more maiorum*, cioè dalle consuetudini già precedentemente formatesi nel seno delle *tribus*, ma sopra tutto, antecedentemente, nel seno delle *gentes*, allo scopo di regolare la pacifica convivenza tra le *familiae*.

L'autoritatività dell'ordinamento, prima e più ancora che dall'organizzazione coattiva dello Stato, derivò da un imperativo religioso assai fortemente sentito dagli antichi. Violare i *foedera*, le *leges* o i *mores maiorum* era *nefas*, vietato dai *numina*, importava conseguentemente l'ira di questi e determinava, in pratica, la possibilità per chicchessia di avventarsi sul trasgressore per placare gli dei.

4. Non tutto l'ordinamento statale romano dianzi descritto fu considerato in antico come ordinamento giuridico, come diritto, come *ius*.

Col termine di « *ius* » furono denominati, originariamente, solo i *mores maiorum*, le costumanze di vita interfamiliare affermatesi nei rapporti tra gli antenati. Ed i *mores*, se ed in quanto non fossero limitati a singole *gentes* (di cui costituissero, pertanto, lo specifico « *ius gentilicium* »), se ed in quanto risultassero comuni a tutte le *gentes* e *familiae* quiritarie, materiarono quel che fu il primissimo nucleo del diritto romano, anzi del diritto privato romano, il *ius Quiritium*.

Oggetto del *ius Quiritium* furono, dunque, non i rapporti interni tra i componenti le varie *familiae* quiritarie (rapporti regolati esclusivamente dai *mores* familiari e gentilizi), ma i rapporti esterni tra le varie *familiae* quiritarie, ciascuna rappresentata e impersonata dal suo *pater*: quindi, i rapporti tra i *patres familiarum*. In altri termini, il *ius Quiritium*, fondandosi sui soli *mores* comuni alle *familiae* e alle *gentes* quiritarie, valse a determinare i limiti esterni delle *potestates* esercitabili dai *patres familiarum*: i limiti imposti, cioè, dalla coesistenza delle *familiae* quiritarie nella *civitas*. Come ogni singolo *pater familias* esercitasse i suoi poteri all'interno dell'organismo familiare era, dunque, indifferente al *ius Quiritium*: ed è questo il motivo per cui ciascun *pater* era tradizionalmente libero persino di uccidere, se lo credesse opportuno, i suoi discendenti (cd. *ius vitae ac necis*).

4.1. Quanto ai motivi per cui il *ius Quiritium* si differenziò dal restante ordinamento quiritario, essi consistettero: anzitutto, nella maggiore antichità dei *mores* rispetto ai *foedera* e alle *leges*, e, secondariamente, nella particolare autorevolezza e dignità che gli stessi *mores* avevano in dipendenza del fatto che essi si erano

formati tra i *maiores*, i quali erano, per imperante credenza, addirittura deificati (*manes*). Non solamente, perciò, si ritenne *nefas* trasgredire nei casi singoli i dettami del *ius Quiritium*, ma si ritenne, inoltre, che costituisse grave strappo alla religione nazionale avventurarsi a modificare o ad abrogare il *ius Quiritium* mediante *leges*.

10. L'EVOLUZIONE COSTITUZIONALE DELLA « CIVITAS » QUIRITARIA.

1. Nel corso del sec. VII a. C. la *civitas* quiritaria, che aveva già raggiunto un notevole livello di importanza tra le comunità cittadine del *Latium*, operò la sua prima conquista territoriale, soggiogando il vicino villaggio del colle A v e n t i n o. Le *gentes* aventiniane, se pure non furono materialmente disciolte, vennero considerate irrilevanti nella vita costituzionale della *civitas*; i *patres* delle *familiae* ad esse appartenenti vennero esclusi dalla partecipazione al senato; i loro membri non vennero nè ammessi alle *curiae* ed ai culti cittadini, nè chiamati a far parte dell'esercito. Gli Aventiniani costituirono, pertanto, una categoria di s u d d i t i della *civitas* quiritaria, nettamente distinta dall'elemento cittadino dei *Quirites*.

Sebbene militarmente meno forti dei *Quirites*, gli Aventiniani si erano mostrati, durante la loro indipendenza politica, economicamente più evoluti, perchè già dediti (forse a causa della limitata disponibilità di territori da coltivare estensivamente) alla produzione agricola industriale ed al commercio. Resi sudditi dei *Quirites*, essi divennero facilmente il nerbo dell'economia cittadina. Il ceto dominante, secondo una caratteristica tendenza dell'antichità, si concentrò nell'attività politica e militare, contando, per le necessarie risorse economiche, sullo sfruttamento delle attitudini e delle attività dell'elemento politicamente inferiore: il quale assunse, peraltro, proprio per questo, una essenziale importanza nella vita della *civitas*.

1.1. Lo sforzo compiuto dai *Quirites* per togliere ogni qualificazione politica agli Aventiniani assoggettati non potè non determinare, a più o meno breve scadenza, l'affievolimento dei legami che tenevano originariamente avvinti questi ultimi. Il loro carattere « nazionale » andò progressivamente svanendo, tanto più che

le successive vittorie militari e conquiste territoriali dei *Quirites* accrebbero notevolmente il numero delle *familiae* ricacciate a far parte della indifferenziata categoria dei sudditi di Roma.

Attorno al nucleo originario degli Aventiniani, di cui rimasero pur sempre tangibili vestigia sopra tutto nei culti, si formò, per tal modo, un ceto di sudditi, che fu denominato *plebs*. E inevitabilmente la *plebs*, conscia della sua importanza economica e dello sfruttamento cui era assoggettata dai *Quirites*, si orientò verso una posizione psicologica e sociale di « classe », trovando i motivi di una sua coesione interna nella reazione alla supremazia, sempre meno tollerata, dei suoi dominatori, i *patricii*.

2. Intanto, circa un secolo dopo la conquista dell'Aventino, si affermò in Roma, assumendo le redini dello Stato, una *gens* etrusca forte e numerosa, efficacemente appoggiata all'esterno dalla potente lega della Dodecapoli etrusca: la *gens Tarquinia*. L'autorità dei *patres* quiritari venne praticamente esautorata, e i *reges* appartenenti alla *gens Tarquinia* ed al suo ambiente (vale a dire il Tarquinio Prisco, il Servio Tullio ed il Tarquinio il Superbo, di cui parla la tradizione), riformarono in senso assolutistico gli ordinamenti cittadini.

2.1. Lo sforzo dei Tarquinii si concentrò sopra tutto nel potenziamento della forza militare di Roma, con la creazione di un nuovo tipo di esercito, l'*exercitus centuriatus*, cui furono chiamati a partecipare indifferentemente *patricii* e *plebeii*. Trascurando completamente i presupposti su cui si fondava costituzionalmente la *civitas*, i *reges* etruschi divisero la popolazione in un certo numero di distretti di leva, graduati secondo la potenzialità economica delle *familiae* romane, e costrinsero ciascun distretto a rifornire di uomini e mezzi una *centuria* del nuovo *exercitus*: i distretti dei più ricchi provvidero alle *centuriae* dei meglio armati, gli opliti, che costituirono il nerbo delle truppe (« *classis* »), mentre le centurie dei meno abbienti provvidero ai reparti leggeri di copertura (« *infra classem* »). I *patricii* mantennero come prerogativa quella di alimentare le tre *turmae* della cavalleria. Il fulcro di tutto il sistema fu il concetto, caratteristicamente etrusco, dell'assoluto comando militare del *rex* (*imperiū*), ben diverso dalla ori-

ginaria *potestas* che a lui era riconosciuta come esponente dei *pateres* quiritari.

3. La supremazia così rigorosa dei Tarquinii, anche perchè apertamente sostenuta da potenze politiche estere, non poteva, alle lunghe, soddisfare nè *patricii* nè *plebei*, che vedevano gli uni soffocata la loro primitiva autonomia, gli altri appesantito lo sfruttamento di cui erano oggetto. Patrizi e plebei finirono, dunque, per trovarsi d'accordo nell'inscenare una *rivoluzione*, effetto della quale fu che i dominatori etruschi vennero cacciati da Roma, sul finire del sec. VI a. C. (510 a. C.?).

3.1. Ma la rivoluzione antietrusca, contrariamente a quanto vuole la tradizione, non significò abolizione del sistema monarchico e instaurazione di quello repubblicano. Piuttosto, si iniziò con essa la *decadenza dell'istituto del rex*, il quale progressivamente si ridusse a semplice capo dei culti religiosi (*rex sacrorum* o *sacrificulus*), mentre la somma dei poteri cittadini si concentrava nel *praetor*, comandante la *legio* (da *legere* = « scegliere ») dell'*exercitus centuriatus*.

3.2. D'altro canto, per l'importanza venuta ad assumere nella vita cittadina, sia dal punto di vista economico che dal punto di vista militare, la *plebs* si indusse a pretendere, dopo la cacciata dei re etruschi, il *pareggiamento* coi *patricii*. Essa ingaggiò, a questo fine, una energica azione non scevra da atteggiamenti rivoluzionari, che durò, con alterne vicende, per tutto il corso del sec. V e per i primi decenni del sec. IV a. C.

4. Al termine della lunga lotta politica, di cui non occorre rievocare gli episodi, sta di fatto che il volto dello Stato romano, sia per effetto delle rivendicazioni plebee, sia di altre molteplici contingenze, era radicalmente cambiato.

All'*exercitus centuriatus* (patrizio-plebeo) era stato riconosciuto, col nome di « *comitia centuriata* », il carattere di assemblea politica con funzioni deliberative, sicchè in esso era venuto a spostarsi il baricentro della vita costituzionale romana. Decaduto inevitabilmente il *rex*, il comando supremo politico-militare era stato assunto dal capo elettivo dell'*exercitus centuriatus*, il *praetor*, o meglio dai due *praetores* (o *consules*) comandanti le due *legiones*

in cui l'*exercitus* era stato frattanto articolato. Ed infine il *senatus* era anch'esso sostanzialmente scaduto, essendo diventato, da assemblea sovrana dei *patres*, un ristretto comitato consultivo composto di ex-magistrati (*senes, senatores*).

Sulle rovine della *civitas Quiritium*, a base familiare e patrizia, era sorta, insomma, la *respublica Romanorum* dei tempi storici (n. 13).

11. IL « IUS LEGITIMUM VETUS » E LA FORMAZIONE DEL « IUS CIVILE ».

1. La dominazione etrusca e, successivamente alla cacciata dei Tarquinii, l'agitazione della *plebs* per il pareggiamento con i *patricii* determinarono, da un lato, la difficoltà della formazione di nuovi *mores maiorum* riconosciuti come vincolanti da tutti i *Quirites* e, dall'altro lato, la necessità di provvedere al regolamento delle relazioni tra *patricii* e *plebei*. Dal che derivarono l'isterilimento del *ius Quiritium* e l'affermarsi, di fianco ad esso, di un nuovo sistema giuridico, cui può darsi, convenzionalmente, il nome di *ius legitimum vetus*.

Per meglio spiegarsi il fenomeno, occorre tener presente che il rafforzamento della compagine statale, conseguito al militarismo etrusco, rese concepibile che lo Stato, e per esso il *rex* o i suoi incaricati, si assumesse due nuovi compiti: curare l'osservanza del *ius* da parte dei cittadini, effettuandone la interpretazione nei casi controversi (*iuris dictio*), e produrre mediante *leges* altri principi di condotta sociale, integrativi del *ius* ed equiparati ad esso. D'altro lato, il forte progresso economico e l'energica pressione politica della *plebs* favorirono, in concreto, l'emanazione, da parte del *rex* o comunque dei magistrati patrizi che lo surrogarono, di numerose ed importanti *leges*, che si posero a fianco del *ius Quiritium*, allargandone notevolmente gli orizzonti: *leges*, si badi, di carattere ben diverso dalle successive *leges publicae* (n. 13), perchè non furono approvate dal *populus*, ma vennero unilateralmente erogate ad esso dai dominatori *Quirites*.

2. Il nucleo di gran lunga più importante del *ius legitimum vetus* fu costituito dalle *leges XII tabularum* (451-

450 a. C.), la cui emanazione fu strappata con difficoltà ai *patricii*, e costituì una delle principali tappe della lotta sostenuta dai *plebei* per la loro emancipazione dallo stato di sudditanza.

Le *XII tabulae* non ebbero carattere innovativo, nè contennero norme di aperto favore per la *plebs*, ma chiarirono e precisarono il senso di molti principi sinora oscuri del *ius Quiritium*. Sotto veste di esplicazione dei principi quiritari, esse regolarono anche alcune situazioni che il *ius Quiritium*, in realtà, non aveva previsto (e in particolare, il fenomeno economico dell'*obligatio*). Disciplinarono, infine, l'attività da svolgersi dai privati per ottenere l'accertamento o la realizzazione delle loro pretese giuridiche (cd. *legis actiones*). Dubbio è, invece, che le *XII tabulae* abbiano veramente contenuto, come narra la tradizione, norme relative alla costituzione statale ed alla materia della religione.

3. Sullo scorcio del sec. V e nei primi decenni del sec. IV a. C., mentre nuove *leges* integrative del *ius* continuavano ad essere emanate, si verificò su scala alquanto vasta una sorta di produzione indiretta di nuovo *ius* attraverso l'*interpretatio iuris* esercitata dal collegio sacerdotale dei *pontifices* (cd. *interpretatio pontificum*).

I *pontifices*, che erano considerati *ab antiquo* i depositari del *ius Quiritium*, venivano largamente richiesti dai cittadini di interpretarlo con riferimento alle diverse vicende concrete: i loro *responsa* avevano, quindi, vasta risonanza ed alta autorità. Dopo l'emanazione delle *leges XII tabularum*, continuando il monopolio pontificale della giurisprudenza, i *pontifices*, di fronte a sempre nuovi e più numerosi quesiti, non esitarono a far passare sotto la veste di *responsa* interpretativi costruzioni del tutto originali ed innovative. Per tal modo, *ius Quiritium* e *ius legitimum vetus* furono progressivamente integrati, unificati e superati.

Con gli elementi da essi offerti, e con altri ancora, apprestati dall'*interpretatio pontificum*, venne a costituirsi un sistema normativo unitario, più progredito e complesso, che prese il nome di *ius civile Romanorum* (n. 14).

§ 3. — IL PERIODO PRECLASSICO DEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 12. Il periodo preclassico del diritto romano. — 13. La *respublica Romanorum*. — 14. *Ius civile vetus* e *ius publicum*. — 15. L'espansione di Roma e il *ius civile novum*. — 16. La crisi della *respublica Romanorum* e il *ius honorarium*. — 17. La giurisprudenza preclassica.

12. IL PERIODO PRECLASSICO DEL DIRITTO ROMANO.

1. Il periodo preclassico del diritto romano corrisponde a quello della *respublica romano-nazionale* e si inquadra in esso. Esso va dalla metà circa del sec. IV sin verso la fine del sec. I a. C.; o, se si preferisce, dal 367 a. C. al 27 a. C. (anno in cui furono conferiti ad Augusto i primi poteri costituzionali di *princeps*).

2. Il concetto dello Stato come *respublica*, venuto lentamente delineandosi già durante la fase di crisi dello Stato quiritario, rappresenta una concezione caratteristica e peculiare della civiltà romana; concezione di cui gli elementi essenziali perdurarono a lungo anche nel periodo seguente. Quel che caratterizza la *respublica* romana dei sec. IV-I a. C., oltre il criterio nazionalistico di composizione dell'elemento cittadino (v. n. 13), è la sopravvivenza in essa, almeno sino agli albori del sec. I a. C., di tracce notevoli della struttura arcaica dello Stato come *πόλις* o *civitas*.

« *Respublica* » significò « *res populi* », « *res populi* » (Cic. *de rep.* 1.25.39), ma in un senso particolarissimo, che non può comprendersi se non tenendo presente lo sviluppo storico che portò alla scomparsa dello Stato quiritario ed alla finale ammissione dei *plebei* alla cittadinanza (v. n. 10). Sul presupposto che la sicurezza e la prosperità della comunità politica non fosse merito esclusivo dei *cives* patrizi, ma anche dei sudditi *plebei*, sopra tutto in quanto concorrenti alla formazione dell'*exercitus centuriatus*, vale a dire del *populus Romanus Quiritium*, la *plebs* riuscì, appunto, nel corso del sec. IV a. C., a far riconoscere un nuovo principio: il principio che lo Stato, nei suoi oneri e nei suoi vantaggi, fosse un bene indivisibile di tutto il *populus*, senza pregiudiziali di stirpe,

e che, quindi, tutti i membri del *populus*, anche se non *patricii*, meritassero la qualifica di *cives*, con un *minimum* di partecipazione al governo dello Stato.

2.1. Il riconoscimento di questo nuovo principio non importò affatto l'esplicita abolizione del precedente, ma implicò la giustapposizione di esso al principio più antico, che divenne praticamente inoperante e finì per sparire del tutto verso gli inizi del sec. III a. C. Così avvenne che, pur avendo perduto ogni importanza pratica, i vecchi istituti della *civitas* quiritaria (il *rex*, i *comitia curiata*, l'*auctoritas patrum* ecc.) rimasero ancora formalmente in vita per periodi più o meno lunghi, principalmente a causa della riverenza con cui i Romani ricordavano le loro antiche tradizioni e funzioni.

2.2. Al nuovo concetto di *respublica* non fu, in linea di principio, essenziale nemmeno l'altro elemento caratteristico della concezione dello Stato come *civitas* o πόλις, la limitatezza, cioè, del territorio statale, al fine di rendere praticamente possibile il concorso dei *cives* alla vita della comunità. Senonchè è un fatto (del resto umanamente spiegabile) che a questo presupposto, pur non essenziale, i Romani si attennero, almeno sino al sec. II a. C., con estremo e forse esagerato rigore: nel che è da vedere una delle non ultime cause della crisi della *respublica*, territorialmente troppo angusta rispetto all'enorme estensione delle terre via via conquistate.

3. Dato che lo Stato fu concepito come « *res populi* », è ovvio che i territori occupati dai Romani in tanto poterono essere considerati come facenti parte dello Stato, in quanto su di essi risiedesse stabilmente il *populus*, cioè il complesso dei *cives*, o una frazione del *populus*. Data, inoltre, l'accennata persistenza di residui del concetto di *civitas*, è spiegabile che i Romani abbiano considerato territorio romano, in linea di principio, soltanto quello dell'*urbs*, del contado circostante e finalmente, a seguito di un lungo travaglio evolutivo, il suolo italico nel suo complesso (ma, quest'ultimo, posteriormente e conseguentemente all'ammissione dei *socii Italici* nella *civitas romana*: I sec. a. C.).

Conseguenza di questa insormontabile difficoltà a considerare territorio romano il territorio non abitato stabilmente da cittadini

romani fu che l'immensa estensione dei territori di conquista, con le relative popolazioni residenti, fu considerata estranea allo Stato romano, e più precisamente fu considerata: o oggetto dell'*imperium* magistratuale romano (*imperium Romanum*, di cui gli abitanti si dissero *peregrini*, cioè stranieri), oppure tuttora sede di Stati sovrani, anche se vincolati a Roma da una situazione di « vassallaggio ».

Bisogna distinguere, insomma, nell'analisi del sistema politico romano, tre elementi diversi: la *respublica Romanorum*, l'*imperium Romanum*, la sfera di egemonia politica romana.

13. LA « RESPUBLICA ROMANORUM ».

1. La *respublica Romanorum* dei sec. IV-I a. C. merita la qualificazione di *respublica* romano-nazionale in virtù del fatto caratteristico che l'appartenenza al *populus Romanus Quiritium*, cioè a quello che costituiva l'elemento della cittadinanza nello Stato romano, non fu ristretta ai membri di una o più stirpi, ma fu liberamente, se pur cautamente, aperta a chiunque mostrasse di partecipare alla nazionalità romana, cioè alla comunanza di esperienze, di aspirazioni e di ideali dei Romani.

Quanto al governo della *respublica* romano-nazionale, si trattò di un governo essenzialmente democratico: infatti, almeno in linea di principio, tutte le funzioni dello Stato furono aperte, sia pur con diverse e spesso gravose condizioni (particolarmente quella di un certo censo minimo), a tutti i cittadini, senza creazione di caste chiuse e invalicabili.

La struttura di governo della *respublica Romanorum* riposò fondamentalmente, in questo periodo, su tre elementi o gruppi di elementi: le assemblee popolari, le magistrature, il senato.

2. Le assemblee popolari furono, a prescindere dagli antichi *comitia curiata* (n. 9), ormai simbolicamente rappresentati da 30 *lictors*: i *comitia centuriata*, i *concilia plebis tributa*, i *comitia tributa*.

2.1. I « *comitia centuriata* » sorti dalle riunioni delle *centuriae* dell'esercito (n. 10), raggrupparono i cittadini atti alle armi (dai 17 ai 60 anni) in un certo numero di centurie, ciascuna munita di un

voto. Le *centuriae* furono, in totale, 193 e furono ripartite in un gruppo di 18 centurie di *equites*, che votavano con precedenza, ed in 5 classi (o gruppi) di centurie di *pedites*, graduate l'una dopo l'altra a seconda del censo dei membri. I *proletarii* (privi di censo e muniti solo di prole) furono, invece, stipati, malgrado il grande numero, in sole 5 centurie di *capite censi*.

I comizi centuriati ebbero per attribuzioni principali la elezione dei *magistratus maiores* (consoli, censori, pretori) e la votazione delle *leges publicae* proposte dagli stessi (*leges centuriatae*).

2.2. I « *concilia plebis tributa* » raggruppavano l'ingente massa dei non patrizi in 35 gruppi, uno per ciascuna tribù, e avevano per attribuzione la elezione dei *tribuni plebis* e la votazione dei *plebiscita* proposti dagli stessi.

2.3. I « *comitia tributa* » furono gli stessi *concilia plebis*, allorchè erano convocati dai magistrati maggiori per la votazione (che riusciva assai più spedita) delle leggi (*leges tributae*) e per la elezione dei *magistratus minores*.

3. Le magistrature principali furono, nell'ordine gerarchico: il *dictator*, i *censores*, i *consules*, i *praetores*, gli *aediles*, i *tribuni plebis*, i *quaestores*.

3.1. Il « *dictator* » era un magistrato unico ed eccezionale (in carica non più di 6 mesi), creato dagli stessi consoli, per surrogarli nei loro poteri, in caso di grave pericolo per la *respublica*.

3.2. I 2 « *censores* » erano magistrati eletti ogni 5 anni per un periodo massimo di 18 mesi, allo scopo precipuo di fare la *lectio senatus* e di effettuare il censimento, assegnando i cittadini alle diverse classi dei *comitia centuriata* in relazione al reddito di ciascuno.

3.3. I 2 « *consules* » erano magistrati supremi ordinari, che duravano in carica un anno ed avevano il sommo potere coercitivo sui cittadini ed il comando dell'esercito *imperium domi militiaeque*).

3.4. I « *praetores* » erano magistrati titolari di un *imperium minus* rispetto a quello dei *consules*, tra cui si distinsero il *praetor urbanus* ed il *praetor peregrinus*, che esercitavano specificamente la funzione della *iurisdictio* (n. 15 e 16).

3.5. I 2 « *aediles curules* » avevano poteri di amministrazione

cittadina (*cura urbis, annonae, ludorum*), tra cui particolarmente interessante la *iurisdictio* in ordine alle controversie private nei mercati cittadini.

3.6. I « *tribuni plebis* », di cui erano ausiliari gli *aediles plebis*, avevano la funzione della « opposizione costituzionale » nell'ambito del sistema di governo repubblicano, e quindi era loro attribuito il potere di *intercedere* (porre il veto) contro qualsiasi atto degli altri magistrati, paralizzandone il compimento.

3.7. I « *quaestores* » erano magistrati ausiliari dei *censores* e dei *consules*, particolarmente competenti in materia finanziaria.

3.8. Per la necessità della condotta di guerra a lunga scadenza e della amministrazione delle *provinciae* via via conquistate, sorse, inoltre, l'uso della « *prorogatio imperii* », cioè della concessione, da parte dei *comitia centuriata*, di un anno di proroga ai magistrati ordinari e annuali al solo fine dell'esercizio dell'*imperium militiae* (dove le cariche di *proconsul* e *propraetor*).

4. Il *senatus* fu composto dagli ex-magistrati, che vi erano ammessi sino alla concorrenza di un certo numero massimo, con preferenza per chi avesse ricoperto magistrature più elevate.

La *lectio senatus* era operata ogni 5 anni dai *censores*, ma, vuotandosi i seggi, gli ex-magistrati di grado più elevato entravano nel consesso anche prima, sia pure in via provvisoria, ed erano designati come « *ii, quibus in senatu sententiam dicere licet* ».

Le attribuzioni precipue del *senatus* furono: la consulenza sugli argomenti sottoposti al suo esame dai *magistratus maiores* (consulenza che dava luogo a « pareri » detti *senatus-consulta*); attraverso questa funzione di consulenza, l'alta direzione politica della *respublica*; infine, sino ad un certo tempo (*lex Hortensia*, 287 a. C.), la *auctoritatis interpositio*, attività di convalida nei riguardi dei *plebiscita*, affinché questi acquistassero efficacia generale pari a quella delle *leges publicae*.

14. « IUS CIVILE VETUS » E « IUS PUBLICUM ».

1. Nel periodo preclassico, la spina dorsale dell'ordinamento giuridico romano fu costituita dal sistema del *ius civile Ro-*

manorum, relativo ai rapporti (assoluti e relativi) tra i *patres familiarum* romani ed alla disciplina delle attività processuali connesse con l'esercizio delle *actiones*.

Il *ius civile Romanorum* aveva come sue fonti costitutive: gli antichi *mores maiorum* (n. 9), le *leges* del *ius legitimum vetus* (n. 11) e, in un certo senso, l'*interpretatio prudentium*, cui era affidato il suo sviluppo. Esteriormente il *ius civile* (« *vetus* » rispetto al successivo *ius civile novum*: n. 15) era essenzialmente costituito dai *responsa* giurisprudenziali, che ne esprimevano ed esplicavano i principi: fu perciò che si disse, sebbene con una certa esagerazione, (Pomp. D. 1.2.2.12) che « *ius civile sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* ».

2. Tutto il resto dell'ordinamento statale romano, pur rivestendo autorità altissima, non era considerato, a rigore, quanto meno agli inizi del periodo preclassico, nè *ius civile*, nè, addirittura, *ius*.

Tuttavia, ben presto il sistema civilistico venne a trovarsi accanto un altro sistema giuridico, a carattere essenzialmente integrativo: il sistema del *ius publicum*, così detto perchè costituito dalle *leges publicae populi Romani*, cioè dai provvedimenti votati dal popolo romano nei *comitia centuriata* (cd. *leges centuriatae*) o nelle assemblee equiparate dei *comitia tributa* (cd. *leges tributae*) e dei *concilia plebis* (cd. *plebiscita*) (n. 13).

Le *leges publicae*, di solito, riguardarono, ritoccandolo in più punti, l'ordinamento costituzionale e amministrativo della *res publica*, nonchè, particolarmente, la repressione dei *crimina*, cioè delle azioni gravemente lesive degli interessi della comunità. Solo eccezionalmente esse si addentrarono nelle materie proprie del *ius civile* (rapporti tra *patres familiarum*, processo privato): e ciò avvenne nelle ipotesi in cui si manifestasse una esigenza di superiore interesse affinchè certi rapporti privatistici fossero regolati in un certo determinato modo.

3. Le *leges publicae* erano, di regola, *leges rogatae* o « *latae* », dette così perchè consistenti in una proposta del magistrato (*rogatio*) portata, con l'*auctoritas patrum*, all'approvazione del popolo (*legem ferre ad populum*).

Sino alla emanazione della *lex Hortensia* (n. 13 sub 4) anche

i *plebiscita* dovettero essere trasfusi in una *rogatio* magistratuale, per poter essere approvati dai comizi centuriati e valere quindi per tutto il popolo. Dopo la *lex Hortensia* essi equivalsero a *leges rogatae*, in quanto consistettero nella approvazione di una *rogatio* presentata da un magistrato della repubblica ai *concilia plebis* (che erano denominati, in questo caso, *comitia tributa*).

Eccezionalmente si avevano, ma sempre fuori del territorio romano, le *leges datae*, emanate dai magistrati provinciali per delega legislativa dei comizi. In sostanza, neanche le *leges datae* costituivano una eccezione alla regola, perchè esse implicavano una delimitazione ed una approvazione preventiva delle deliberazioni prese dal magistrato delegato.

3.1. Il testo vero e proprio della *lex rogata* era costituito, appunto, dalla *rogatio*, che conteneva sia le prescrizioni e sia le sanzioni eventualmente comminate contro i trasgressori. Ma alla *rogatio* si faceva precedere una *praescriptio*, che indicava il nome e i titoli del magistrato proponente, il giorno e il luogo in cui la legge era stata votata e altri dati utili alla identificazione della legge ed all'accertamento della sua regolarità formale.

3.2. Alla *praescriptio* e alla *rogatio* faceva seguito la cd. *sanctio*, che era costituita, precisamente, da un complesso variabile di clausole (uniformi per ogni sorta di legge), le quali avevano lo scopo precipuo di inquadrare esattamente la legge cui si riferivano nel sistema del diritto vigente. Tali sopra tutto: a) il « *caput tralaticium de impunitate* », che garantiva esplicitamente la impunità a chi, per obbedire alla legge nuova, si fosse trovato costretto a trasgredire una legge precedente; b) la clausola di inderogabilità dei principi fondamentali del *ius civile*, che affermava esplicitamente la invalidità di qualunque disposizione della legge stessa, in quanto urtasse contro quei principi ritenuti eterni (« *si quid ius non esset rogari, eius hac lege nihilum rogatum* »); c) la clausola di inderogabilità delle *leges sacratae*, cioè dei plebisciti leggendari votati sul Monte Sacro dalla plebe a tutela della sua libertà (« *si quid sacri sancti est, quod non iure sit rogatum, eius hac lege nihilum rogatum* »); d) la clausola di inderogabilità delle disposizioni della legge stessa, che era tuttavia assai poco frequente. Tutte queste clausole avevano, in fondo, un valore più di forma che di

sostanza e servivano, prevalentemente, a dare maggiore solennità alla legge.

15. L'ESPANSIONE DI ROMA E IL « IUS CIVILE NOVUM ».

1. Verso la metà del sec. III a. C., quando la *respublica Romanorum* entrò in contatti sempre più frequenti con gli altri popoli del bacino mediterraneo, intessendo con essi attivissime relazioni commerciali, fu fortemente sentita la necessità, in Roma, di istituire un tribunale per dirimere le controversie eventualmente insorgenti tra Romani e stranieri (*peregrini*). Fu creata così (242 a. C.) la magistratura del *praetor peregrinus*, avente l'attribuzione di « *dicere ius inter cives et peregrinos vel inter peregrinos in urbe Roma* ».

In realtà, si trattava di « *iuris dictio* » non nel senso che il *praetor peregrinus* esplicasse e imponesse un *ius* già esistente (infatti, tra Romani e stranieri non esisteva comunanza di *ius*), ma nel senso che il *praetor*, insorgendo controversie tra Romani e stranieri (o tra stranieri in Roma), affermava la supremazia dello Stato romano e della propria funzione di *ius dicens*. Quindi, sotto apparenza di *iuris dictio*, il *praetor peregrinus*, in effetti, creava di volta in volta, la « regola di giudizio » più adatta al caso espostogli, basando le sue decisioni essenzialmente sulla valutazione concreta dei rapporti che gli erano sottoposti e sul rispetto di quella *fides*, di quella « correttezza di affari », che le parti avevano posto a base (e dovevano, quindi, continuare a porre a base) delle loro relazioni.

La spontanea e anticipata sottomissione delle parti al suo futuro giudizio garantiva il *praetor peregrinus* in questa opera delicatissima di « ricerca del diritto ». D'altro canto, se la regola di giudizio da lui formulata non convenisse alle parti in causa, queste potevano bene non accordarsi affinché la questione fosse risolta in base ad essa.

2. Il tribunale del *praetor peregrinus* non fu, pertanto, il tribunale delle solenni procedure civilistiche, ove ogni parte conveniva per pronunciare le solenni formule tradizionali delle *actiones* del *ius civile* (cd. *legis actiones*), ma fu il tribunale ove le parti si incontravano per esporre alla buona (gli stranieri, spesso, a mezzo di

interpreti) le loro ragioni e dove il pretore, avendo ascoltato la voce dell'uno e dell'altro contendente, esprimeva, di solito per iscritto (in un « *iudicium* »), i termini alternativi della questione e il criterio più conveniente per la sua decisione. Se le parti si accordavano sul *iudicium* (cioè sulla « regola di giudizio » formulata dal *praetor*), esse assumevano esplicito impegno di recarsi davanti ad un *iudex privatus*, o più spesso davanti ad un collegio arbitrale privato (di *recipratores*), affinché, assunte le prove, fosse concretamente adottata l'una o l'altra fra le soluzioni prospettate dal pretore. Ed è ovvio che il loro accordo (denominato, per analogia col processo delle *legis actiones*, « *litis contestatio* ») implicava, altresì, l'impegno di sottostare alla *sententia iudicis*.

2.1. Il procedimento giurisdizionale si divideva, dunque, in due fasi: la prima di impostazione della controversia nei suoi termini giuridico-fiduciari (fase *in iure*), la seconda di risoluzione della controversia secondo i principi indicati del pretore (fase *apud iudicem*). E i principi indicati dal *praetor peregrinus* furono delle più varie specie, a seconda che si trattasse di adeguare il diritto romano ad una controversia fra Romani e stranieri o che invece si trattasse di prendere in considerazione istituti giuridici stranieri (specie quelli, di origine greca, del traffico marittimo) per applicarli in forma romana.

3. Attraverso la *iuris dictio* del *praetor peregrinus* vennero progressivamente ad ottenere tutela giuridica nuovi tipi di rapporti, prevalentemente a carattere commerciale, che erano ignoti al vecchio *ius civile*. E questi rapporti, considerati dapprima validi tra Romani e stranieri, lo furono poi anche tra Romani, perchè il *praetor urbanus*, cioè il magistrato cui era attribuita la *iurisdictio inter cives*, non poté mancare di riconoscerli e di tutelarli a sua volta (n. 16 *sub* 2).

Si formò, pertanto, come un nuovo settore del *ius civile Romanorum*, un *ius civile novum*, applicabile sia ai cittadini (dovunque si trovassero) che agli stranieri (se si trovassero in Roma): un settore, cui più tardi i giuristi romani dettero anche il nome di « *ius gentium* » (n. 36).

16. LA CRISI DELLA « RESPUBLICA ROMANORUM » E IL « IUS HONORARIUM ».

1. Intorno alla metà del sec. II a. C. la *respublica* romana incorse, come è ben noto, in un grave periodo ultrasecolare di crisi, che ne corrose l'assetto democratico, favorì la affermazione delle dittature e dette, infine, la stura al regime di governo del principato (n. 19).

In questa lunga fase critica mancò alle assemblee popolari il tempo e il modo di provvedere regolarmente, attraverso nuove *leges publicae*, alle necessarie riforme ed integrazioni del sempre più decrepito *ius civile*. Fu giocoforza che a quest'opera, indifferibile, di completamento e superamento si sobbarcassero gli stessi magistrati *ius dicentes*, cioè principalmente il *praetor urbanus*, nonchè, in via complementare, il *praetor peregrinus*, gli *aediles curules*, i *praesides provinciarum*. Di volta in volta che venivano richiesti di *ius dicere* in ordine ad una determinata controversia, essi si arbitravano di non applicare o di non applicare integralmente il vecchio *ius*, ma di formulare regole di giudizio conformi alle mutate esigenze della vita sociale.

2. Il magistrato giusdicente, che maggiormente si distinse in questa opera di deformazione innovativa del vecchio diritto fu quello che era, ad un tempo, il più autorevole (*collega minor* dei *consules*) e il più impegnato dai vecchi principi giuridici: il *praetor urbanus*.

Il *praetor urbanus* fu appunto il primo che, pur senza contestare la formale autorità del *ius civile* (sia *vetus* che *novum*), non esitò, in ordine alle singole controversie sottoposte concretamente alla sua cognizione, ad avvalersi dei suoi vasti poteri discrezionali per seguire criteri risolutivi del tutto diversi: criteri dettati dalle valutazioni sociali più moderne e che appunto perciò venivano senza esitazione preferiti a quelli scaturenti da un *ius* ritenuto ormai vecchio e inattuale (*iniquum*).

La prassi di libera ricerca del principio giuridico applicabile al caso concreto, quale si era formata nel tribunale del *praetor peregrinus*, influì sull'attività del *praetor urbanus* non solo nel senso di spingerlo ad impostare sempre più creativamente la risoluzione dei

casi a lui sottoposti, ma anche nel senso di additargli il mezzo tecnico più adatto per l'esercizio di questa funzione: l'*iudicium*. E la sua opera trovò il pieno consentimento dell'opinione sociale ed il validissimo incitamento ed appoggio della giurisprudenza laica, ansiosa, quest'ultima, di valicare in qualche modo i limitati confini imposti dalla *interpretatio*.

Avvenne pertanto che, già verso la metà del II sec. a. C., una *Lex Aebutia*, sancendo un'usanza che si era probabilmente già affermata nel secolo precedente, concesse ai cittadini di astenersi, se lo volessero, dall'uso delle tradizionali *legis-actiones* e di far valere le loro pretese « *per concepta verba* » (Gai. *Inst.* 4. 30) cioè sulla base di schemi (*formulae*) preparati dal pretore secondo quanto essi stessi gli avessero liberamente esposto: *formulae*, le quali, beninteso, intanto si concretavano in un *iudicium*, in quanto le parti convenissero di contestare la lite. Sebbene il nuovo modo di esercizio dell'azione in giudizio fosse facoltativo (ed invero soltanto la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C. rese obbligatorio, quasi per ogni caso, il ricorso alle *formulae*), la decadenza delle *legis-actiones* fu rapidamente completa, tanto che nell'ultimo secolo della repubblica esse erano ormai poco più di un ricordo.

3. Anche nella prassi della pretura urbana si crearono ben presto gli svariati « precedenti », cui il pretore non poteva fare a meno di guardare, regolando casi simili o analoghi, se non voleva incorrere nella riprovazione sociale. I pretori presero anzi l'uso di emanare all'inizio dell'anno di carica, degli *edicta*, nei quali dichiaravano quali sarebbero stati i criteri da loro seguiti in ordine alla soluzione dei singoli tipi di controversie: « *edicta perpetua* » perchè ammessi per la durata di un anno, ma che divennero poi « *tralatizia* » perchè ogni pretore, assumendo la carica, usava confermare gli editti dei suoi predecessori, aggiungendovi al più qualche nuovo elemento e facendovi solo piccolissimi ritocchi.

Sebbene il pretore non fosse tenuto ad osservare le promesse dei suoi editti (quest'obbligo giuridico fu stabilito soltanto dalla *lex Cornelia* del 67 a. C.), tuttavia, per le ragioni già esposte dianzi, raramente se ne discostò, e solo a prezzo di una vivace condanna dell'opinione pubblica.

3.1. Sorse, in tal modo, un nuovo sistema di diritto applicato:

il sistema del *ius praetorium*, anche detto, più in generale, *ius honorarium*, con allusione all'*honor* che insigniva tutti i magistrati giurisdicenti (pretori, magistrati provinciali, edili curuli).

Fu un sistema assai più ampio di quello del *ius civile novum*, che era essenzialmente limitato ai rapporti obbligatori a fonte contrattuale. Esso rispecchiò, praticamente, tutto il diritto civile, ma in una maniera assolutamente nuova e diversa, quasi come una immagine deformata, e senza mai contaminarne i principi. Ancora alla fine della repubblica il diritto di Roma era il *ius civile Romanorum*, di fronte al quale il *ius honorarium* si poneva come un sistema diverso e sottomesso, vivente di una vita riflessa, in funzione di quella del vecchio diritto civile.

Il *ius honorarium* non abrogò, dunque, nessun principio civilistico: si limitò a fissare, di contro alle regole superate del *ius civile*, nuovi regolamenti più moderni ed evoluti, che erano poi, in pratica, i soli cui i magistrati *ius dicentes* consentissero di dare applicazione in tribunale.

4. Del *ius honorarium* la fonte materialmente visibile fu, come si è detto, l'*edictum*, che i magistrati pubblicavano all'inizio dell'anno di carica per preannunziare i criteri cui si sarebbero attenuti nell'amministrazione della giustizia.

Si formarono, con l'andar del tempo, almeno quattro tipi di *edicta*: a) l'*edictum praetorium* » del *praetor urbanus*, che preannunciava i criteri che avrebbero seguito questo magistrato nella risoluzione delle controversie fra cittadini romani, in Roma; b) l'*edictum peregrinum* » del *praetor peregrinus*, che preannunciava i criteri cui si sarebbe attenuto questo magistrato nella risoluzione delle controversie tra cittadini romani e *peregrini* o tra *peregrini*, in Roma; c) l'*edictum aedilium curulium* », che preannunciava i criteri cui si sarebbero attenuti questi magistrati nell'amministrazione cittadina e nella risoluzione delle contestazioni che potessero sorgere entro i mercati cittadini; d) l'*edictum provinciale* » di ogni singolo governatore delle *provinciae* (magistrato o promagistrato), che preannunciava i criteri cui si sarebbe attenuto ciascuno di questi magistrati nel regolamento delle liti tra Romani in provincia.

17. LA GIURISPRUDENZA PRECLASSICA.

1. Sullo sfondo del vivace processo di produzione dianzi esposto operò efficacemente, come forza motrice e propulsiva, la nuova giurisprudenza laica, erede di quella pontificale, che fiorì a partire dal III sec. a. C.

L'ambiente dei *iuris prudentes* fu, nella Roma repubblicana, quello stesso della classe dirigente, perchè requisito essenziale per percorrere con successo la carriera politica (in cui si inseriva anche la delicatissima carica di *praetor*) fu ritenuta l'approfondita conoscenza dell'ordinamento statale, ed in particolare dell'ordinamento giuridico. I giuristi preclassici, pertanto, non furono solo *iuris interpretes*, ma elementi attivi dell'evoluzione giuridica, sopra tutto come magistrati *ius dicentes*.

Comunque, anche nella *iuris interpretatio* la giurisprudenza laica repubblicana esercitò, non meno di quella pontificale, opera pratica di creazione del *ius*, o, per meglio dire, di sviluppo creativo del *ius civile* e del *ius honorarium*.

2. L'opera dei giureconsulti laici si incanalò in tre tipi di attività, che erano stati già esercitati dalla giurisprudenza pontificale: *respondere*, *cavere*, *agere*.

Il tipo fondamentale di attività giurisprudenziale repubblicana fu il *respondere*, cioè il fornire pubblicamente e gratuitamente responsi di diritto a quanti si rivolgessero ai giuristi per essere consigliati su questa o quella vicenda pratica. Per questa via fu iniziata, appunto, la concorrenza al collegio dei pontefici, al quale sempre meno ormai i privati credettero opportuno rivolgersi per la soluzione dei loro dubbi. L'autorità dei giuristi laici divenne in breve tanto grande, che non solamente molti di essi si crearono stuoli di discepoli, ma avvenne che dei loro *responsa* fecero molto conto gli stessi magistrati giudicanti (i quali, del resto, appartenevano alla stessa classe ed agli stessi ambienti dei giureconsulti). Si giunse al punto che i pareri giuridici furono redatti per iscritto, su tavolette cerate munite del sigillo di testimoni (« *testationes* »), per essere esibiti in giudizio: non fu, anzi, raro il caso che gli stessi giureconsulti avvertissero per lettera i magistrati o i giudici

del loro parere circa la tale o la tale altra questione, onde avviarli al più retto esercizio delle loro funzioni (« *epistulae* »).

Quando fu caduto del tutto il monopolio pontificale, i giurisperiti laici passarono ad occuparsi anche dell'« *agere* », cioè della assistenza delle parti impegnate in giudizio, e del « *cavere* », cioè della assistenza ai cittadini, nelle attività giuridiche extragiudiziali: tanto la procedura giudiziaria, quanto gran parte delle attività extragiudiziali reclamarono, infatti, sin verso il secolo II a. C., l'uso di precise e solenni formule verbali, senza le quali non si sarebbero potuti conseguire gli effetti giuridici voluti. E i giuristi preclassici svolsero, sopra tutto in materia cautelare, un'attività così vasta ed ardita, da meritare alla giurisprudenza repubblicana la denominazione complessiva di « giurisprudenza cautelare ». Veramente ammirabili per la loro ingegnosità furono, sopra tutto, i vari espedienti escogitati dai giuristi per adattare gli schemi rigidi dei pochi negozi solenni dell'antico *ius* alla molteplicità delle nuove esigenze e dei nuovi istituti.

3. Giuristi furono, praticamente, tutti gli illustri personaggi che la storia della *respublica Romanorum* ci addita.

3.1. Vanno ricordati come maggiormente eminenti nei primi due secoli: Appio Claudio Cieco (censore nel 312 a. C.); Sesto Elio Peto Cato (console nel 198), autore di un'opera detta *Triperita*; Marco Porcio Catone (censore nel 184); Marco Giunio Bruto (pretore nella prima metà del II sec.); Manio Manilio (console nel 149), espertissimo nella preparazione di schemi negoziali.

3.2. L'ultimo secolo della *respublica* nazionale, come vide rompersi la mirabile concordia politica che aveva caratterizzato la vita di Roma nei secoli precedenti, così vide incrinarsi, nel campo della giurisprudenza, l'unità di indirizzi e di orientamenti di prima. Ne furono conseguenza un certo quale fenomeno di inflazione dell'ambiente dei giureconsulti, con l'effetto di una pericolosa abbondanza di giureconsulti superficiali e scadenti, e la formazione di due piccoli partiti giurisprudenziali, quello dei « *Muciani* » e quello dei « *Serviani* », che facevano capo alla rivalità tra i due massimi giuristi dell'epoca, Q. Mucio Scevola e S. Sulpicio Rufo.

3.3. Q. M u c i o Scevola, console nel 95 a. C., fu un eminente caposcuola e scrisse *libri XVIII iuris civilis*, ammiratissimi in

tutto il mondo antico. Fu suo discepolo C. Aquilio Gallo, uno dei più rinomati esponenti dell'attività cautelare.

3.4. Servio Sulpicio Rufo, amico di Cicerone, fu console nel 43 a. C. Allievo di Aquilio Gallo, superò di molto il maestro, rivelandosi innovatore sagacissimo del *ius civile*. Non esitò ad attaccare vivacemente le dottrine di Quinto Mucio Scevola e scrisse anche una silloge intitolata *Reprehensa Scaevolae capita (sive Notata Mucii)*. La sua opera, e quella della sua scuola, fu raccolta in 140 libri dal discepolo Aufidio Namusa.

3.5. Tra i discepoli di Servio vanno anche citati: Alfenio Varo autore di 40 *libri digestorum*, ove sono raccolti responsi suoi e di Servio; Aulo Ofilio, amico e consigliere di Cesare; C. Trebazio Testa, maestro di Labeone (n. 22) e consigliere di Augusto; Aulo Cascellio, autore di *libri bene dictorum*; Q. Elio Tuberone, di cui si ricorda un'operetta *de officio iudicis*.

§ 4. — IL PERIODO CLASSICO DEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 18. Il periodo classico del diritto romano. — 19. La *respublica* e il *principatus*. — 20. Il *ius vetus* e il *ius novum*. — 21. La giurisprudenza classica. — 22. I principali giuristi sino ad Adriano. — 23. I principali giuristi dopo Adriano.

18. IL PERIODO CLASSICO DEL DIRITTO ROMANO.

1. Il periodo classico del diritto romano corrisponde a quello della *respublica romano-universale* e del relativo regime del *principatus*, inquadrandosi in esso. Esso va dagli ultimi anni del sec. I a. C. sin verso la fine del sec. III d. C.; o, se si preferisce, dal 27 a. C. al 284 d. C. (fine della terza anarchia militare e ascesa al potere di Diocleziano).

2. Caratteristica fondamentale del periodo della civiltà romano-universale fu l'espansione mondiale della civiltà romana, permessa e garantita dalla preminenza politico-militare della *respublica*. Roma, dunque, non soltanto portò alla sua massima estensione il suo *imperium*, ma riuscì anche ad imprimere il marchio della sua civiltà ai popoli soggetti, progressivamente romanizzandoli.

E' evidente tuttavia, che la romanizzazione del mondo antico, appunto perchè così vasta, potè essere solo relativamente profonda e durevole. E non sorprende, inoltre, che essa abbia implicato, come rovescio della medaglia, il sacrificio di quel rigoroso nazionalismo, che tanto efficacemente aveva servito in passato a salvaguardare la purezza e la compattezza della civiltà romana da inquinamenti e da commistioni.

La civiltà di Roma, insomma, si universalizzò, ma universalizzandosi perse in densità quel che acquistò in diffusione. Essa divenne, in definitiva, una sorta di denominatore generico delle varie civiltà antiche, i cui rispettivi patrimoni culturali rimasero per buona parte intatti e quiescenti sotto il manto comune della romanità.

19. LA « RESPUBLICA » E IL « PRINCIPATUS ».

1. La struttura dello Stato romano nel periodo 27 a. C. - 284 d. C. fu ancora e sempre quella di una *respublica*, così come già nel periodo precedente (n. 13). Tuttavia scomparvero completamente o quasi, in questa nuova epoca, le due vecchie caratteristiche del fondamento cittadino della società politica romana e del criterio nazionalistico di composizione della sua cittadinanza.

Come nuova caratteristica della *respublica*, nella sua struttura generale, si profilò, invece, quella della universalità, vale a dire della sua espansione, prima tendenziale e poi effettiva, sino a coincidere con tutto il mondo civile dell'antichità.

L'aver dovuto o voluto concedere, sin dai tempi della crisi della *respublica* nazionale, la cittadinanza romana a larghissimi strati di popolazione non sicuramente ed inequivocabilmente partecipi delle tradizioni e degli ideali di Roma, a cominciare dai *socii Italici*, aveva già determinato un affievolimento della concezione nazionalistica dello Stato romano. Questo processo si accelerò e si allargò, nella nuova epoca storica, sino al punto che, nel 212 d. C., la cittadinanza romana fu concessa in blocco, da Antonino Caracalla (« *constitutio Antoniniana* »), a quasi tutti gli abitanti dell'impero. Per effetto di questa evoluzione, la *respublica* romana passò ad essere sempre più chiaramente concepita come la consociazione politica generale di tutti i popoli amministrati da Roma, indipendente-

mente dalla loro nazionalità specifica ed in contrapposto ai popoli incivili o comunque antiromani, stanziati fuori dei confini dell'*imperium Romanum* e denominati « barbari ».

2. Quanto al governo della *respublica* romano-universale, si trattò pur sempre di un governo democratico, ma a carattere fortemente accentrato ed « autoritario ». Sommo moderatore della cosa pubblica fu il *princeps civitatis*, il più eminente tra i cittadini della *respublica* e, nel contempo, il capo di quel complesso di *provinciae*, ciascuna col relativo esercito di occupazione, che costituivano l'*imperium Romanum*. Ragion per cui si parla anche, in ordine a questo periodo della storia costituzionale romana, di periodo del *principatus*.

La struttura di governo della *respublica* fu pertanto caratterizzata dal dualismo e dal contemperamento dei vecchi organismi repubblicani (*comitia*, *magistratus*, *senatus*) con la figura del *princeps*, alla quale faceva capo tutta una propria e particolare organizzazione amministrativa, tratta principalmente dall'*ordo equester*.

3. Il *princeps* basò la sua posizione di preminenza costituzionale del sistema politico romano (costituito dalla *respublica* e dall'*imperium*) su due poteri speciali, concessigli, almeno formalmente, per deliberazione delle assemblee repubblicane: a) la *tribunicia potestas* (elargitagli a vita dai *concilia plebis*), consistente nel potere di *intercessio*, analogo a quello dei *tribuni plebis*, contro tutti gli atti dei magistrati repubblicani, senza pericolo di soffrire per converso l'*intercessio* dei *tribuni*; b) l'*imperium proconsulare maius et infinitum* (concesso per un limitato numero di anni ma regolarmente rinnovato dai *comitia centuriata*), consistente in un supremo potere di comando militare sulle *provinciae*, con facoltà di esercitare l'*imperium militiae* anche entro i confini della città.

La *tribunicia potestas* costituiva per il *princeps* una efficace garanzia giuridica del fatto che nessun magistrato repubblicano, ivi compresi i *tribuni plebis*, avrebbe mai osato compiere atti contrari ai suoi desideri, esponendosi al suo « veto ». L'*imperium proconsulare maius et infinitum* metteva nelle mani del *princeps* l'esercito, il quale era distaccato sopra tutto nelle *provinciae*, e dava a

lui l'esclusiva possibilità di impiegarlo, secondo i suoi voleri, sia dentro che fuori Roma.

4. Le *provinciae* dell'*imperium Romanum* si distinguevano in: *provinciae « senatoriae »*, amministrate da pro-magistrati repubblicani (*proconsules*) sottoposti all'alto controllo del *princeps*; e *provinciae « Caesaris »*, attribuite direttamente al *princeps* ed amministrate, in suo nome, da *legati Caesaris pro praetore* (o *propraetores*).

Le *provinciae Caesaris*, che inizialmente erano una eccezione, passarono, con l'andar del tempo, ad essere, se non le più numerose, certamente le più importanti e le meglio armate: per il che il *princeps*, a scanso di ogni incomodo intermediario, veniva ad avere il comando diretto sulla parte più scelta e agguerrita delle truppe.

5. Una importante conseguenza del dualismo di strutture governative, che caratterizza il *principatus*, fu la formazione, accanto al patrimonio pubblico tradizionale (« *aerarium populi Romani* » o « *aerarium Saturni* »), di un patrimonio semi-pubblico, denominato *fiscus Caesaris*.

Il *fiscus Caesaris* raccoglieva le molte entrate patrimoniali del *princeps* e le redistribuiva tra i funzionari da lui direttamente dipendenti. Inizialmente esso fu considerato come patrimonio privato del *princeps*, ma l'estensione dei poteri di costui finì per determinare la sua assimilazione all'*aerarium Saturni*, dal quale rimase però, durante il periodo classico, sempre nettamente separato.

20. IL « IUS VETUS » E IL « IUS NOVUM ».

1. Nel periodo classico i vecchi sistemi giuridici « repubblicani », con le relative fonti di produzione, rimasero formalmente in vita, ma persero in breve, dal punto di vista della sostanza, ogni capacità evolutiva e finirono per essere considerati, nel loro insieme, *ius vetus*, cioè l'ordinamento giuridico fondamentale e sommo, ma vetusto ed improduttivo, di Roma.

In particolare, si esaurirono sia la legislazione che l'attività sostanzialmente normativa dei magistrati giurisdicenti. In ordine alla

prima, va segnalata una limitata ripresa di *leges publicae*, volute sopra tutto da Augusto e da Tiberio, che le proposero o le fecero proporre alle assemblee da magistrati di loro fiducia: queste *leges*, relative a fondamentali argomenti della vita pubblica e privata, chiusero, peraltro, definitivamente il ciclo delle norme giuridiche di produzione collettiva. Quanto ai magistrati giurisdicenti, e in particolare al *praetor urbanus*, essi furono ancora notevolmente attivi durante il sec. I a. C., ma smisero di avere ogni e qualsiasi iniziativa nel secolo seguente. Gli *edicta* magistratuali (n. 16 *sub* 4) finirono, pertanto, per cristallizzarsi in testi stabili e praticamente immutabili, in ordine ai quali si parlò di « *edictum perpetuum* » nel senso pieno della parola: ditalchè poté addirittura formarsi, in età postclassica, la diffusa leggenda di una « codificazione » dell'Editto, che sarebbe stata ordinata dal *princeps* Adriano ed attuata per lui dal giurista Salvio Giuliano.

2. Solo il senato conservò, tra le istituzioni repubblicane, una rimarchevole vitalità, ed i suoi pareri ai magistrati (*senatus consultum*) acquistarono anzi valore sostanziale di legge, di pari passo col declino di attività dei comizi e di autorità dei magistrati.

Formalmente i *senatusconsulta* constavano di quattro parti: a) la *praescriptio*, contenente la indicazione della data e del luogo del senatoconsulto, quella del magistrato proponente, nonchè quella delle persone incaricate della redazione dell'atto; b) la *senatus sententia*, composta di due elementi: la *relatio* del magistrato proponente e il *decretum* (cioè la decisione) del senato; c) l'indicazione dell'esito positivo della votazione (espresso dalla parola « *censuere* »); d) l'indicazione del numero dei senatori presenti alla seduta.

Il testo dei *senatusconsulta* era depositato nell'*aerarium populi Romani*, senza essere pubblicato, dato che l'atto si indirizzava ad un magistrato e non alla popolazione; ma fu d'uso inciderlo su bronzo o su pietra per conferirgli notorietà.

3. La richiesta di pareri al senato fu fatta anche dagli imperatori, mediante una apposita *oratio*, dapprima con carattere sporadico, ma, a cominciar dall'epoca di Adriano (117-138 d. C.), a titolo di pratica costante. Da quel momento la *oratio principis in senatu habita* fu il solo e il vero elemento

determinativo di ogni *senatusconsultum*, una forma indiretta di costituzione imperiale. Il senato, ovviamente, non negava mai la sua approvazione all'*oratio* e ridusse la sua attività alla acclamazione delle proposte del *princeps*.

4. L'azione direttiva della vita giuridica da parte dei *principes* (e dei funzionari da essi dipendenti) si fece, sopra tutto a partire da Adriano, ancora più scoperta ed evidente attraverso i sempre più frequenti e diretti interventi nella regolamentazione della cosa pubblica e privata. Questi interventi esorbitarono, ovviamente, dai canoni della costituzione repubblicana e possono qualificarsi (utilizzando una terminologia peraltro di uso più limitato) come *interventi extra ordinem*, cioè al di fuori dell'*ordo*, tradizionale della *respublica*. I loro modi di manifestazione si dissero *constitutiones principum* o *principales* e consistettero essenzialmente in quattro tipi: *edicta*, *mandata*, *rescripta*, *decreta*.

4.1. Gli « *edicta* » imperiali erano, formalmente e sostanzialmente, atti emanati dai *principes* in base al loro *imperium proconsulare maius*. Essi annunciavano i criteri cui gli imperatori desideravano si attenessero i magistrati delle provincie, ai quali erano indirizzati: in questo fatto (di prescrivere una determinata condotta ai magistrati, anziché di stabilire quale sarebbe stata la condotta propria dell'edicente) stava l'elemento di differenziazione degli *edicta principum* dagli ordinari editti magistratuali. La loro formulazione non era imperativa, ma aveva piuttosto il tono di un autorevole consiglio (« *placet* », « *arbitror* », « *censeo* »).

4.2. I « *mandata* » erano istruzioni impartite dal *princeps* ai funzionari da lui direttamente dipendenti circa il modo come dovesse svolgere la loro attività amministrativa. Non tardarono, tuttavia, tali atti ad essere indirizzati anche a magistrati repubblicani, o in quanto esercitassero una attività giurisdizionale *extra ordinem* loro affidata dal *princeps* (così, ad esempio, il *praetor fideicommissarius*), o in quanto governassero (come *proconsules*) le provincie senatorie e fossero perciò sottoposti all'*imperium proconsulare maius* dell'imperatore. Spesso i mandati conservarono il loro originario carattere di istruzioni amministrative, ma non mancarono i casi in cui furono introdotti per questa via nuovi istituti

giuridici, sopra tutto a carattere di privilegio: così, ad esempio, dei mandati imperiali venne introdotto nel mondo giuridico il *testamentum militis*, atto testamentario scevro di forme, concesso, per speciale privilegio, ai soldati (n. 63).

4.3. I « *rescripta* » erano responsi dati dal *princeps* in ordine a casi pratici sottoposti alla sua cognizione. Ma con questo termine di comodo si designano, in realtà, due forme diverse di costituzioni: a) le « *epistulae* », lettere di risposta indirizzate dagli imperatori a giudici, funzionari, comunità, che li avessero richiesti del loro parere: della redazione di questi atti si occupava uno speciale ufficio della cancelleria imperiale (*ab epistulis*); b) i « *rescripta* » (o *subscriptiones*), annotazioni di risposta in calce a richieste di parere (*libella*), presentate da privati cittadini, al fine di valersene eventualmente in giudizio: della redazione di questi atti si occupava l'ufficio *a libellis*, il quale provvedeva a far affiggere il rescritto in pubblico, in modo che il richiedente e chiunque vi avesse interesse potesse prenderne visione. I *rescripta*, come i *responsa* dei giuristi, erano indubbiamente relativi a fattispecie concrete, ma avvenne sempre più spesso che essi introducessero modificazioni giuridiche, le quali, una volta conosciute dal pubblico, fecero testo e furono costantemente ripetute nei casi simili o analoghi.

4.4. I « *decreta* » erano le sentenze emanate dal *princeps* « *extra ordinem iudiciorum* », cioè senza rispetto delle forme della procedura ordinaria (formulari), su richiesta delle parti o anche di pubblici funzionari, sia in primo grado sia in sede di appello: in questo secondo caso essi riformavano il giudicato delle sentenze ordinarie. Sopra tutto in questa sua funzione delicata di giudizio l'imperatore usava farsi assistere da un *consilium* (cd. « *consilium principis* »), composto di eminenti giuristi.

5. Per effetto dell'ampio intervento, diretto e indiretto, esercitato dai *principes*, si formò, accanto al *ius vetus*, un complesso di nuovi regolamenti, cui si dette (e ancora più oggi si dà) il nome di *ius novum*. Nucleo principale di esso fu l'insieme delle fonti giuridiche *extra ordinem* (cd. « *ius extraordinarium* »); ma non si trattò del nucleo esclusivo, perchè *ius novum* fu tutto quanto venne ad affermarsi, sia pure in forme giuridiche repubblicane (per esem-

pio, i *senatusconsulta*), a titolo di progresso e di modificazione rispetto ai principi tradizionali.

5.1. Il *ius novum* principato non abrogò il *ius vetus*, di cui anzi rimasero formalmente intatti i due ceppi fondamentali del *ius civile* e del *ius honorarium*, ma piuttosto lo esautorò, rendendolo inoperante ovunque esso affermasse i suoi principi innovatori. Si ripeté, in altri termini, il fenomeno verificatosi qualche secolo prima, allorchè il *ius honorarium* esautorò il *ius civile* (n. 16). E avvenne, inoltre, fatalmente che *ius civile* e *ius honorarium*, essendo accomunati in una posizione di scadimento di fronte al *ius novum*, cominciarono a perdere le loro caratteristiche differenziali, inizialmente così accentuate, dando l'inizio ad un processo di reciproca compenetrazione e unificazione, che sarebbe poi divenuto sempre più intenso nel corso del periodo postclassico.

21. LA GIURISPRUDENZA CLASSICA.

1. La giurisprudenza classica si adoperò efficacemente, in circa tre secoli di prodigiosa attività, nel *riordinare* i due fondamentali sistemi del *ius civile* e del *ius honorarium* e nel *coordinarli* tra loro e con il *ius novum*. Ciò le permise, nell'età dei Severi, di forgiare una concezione dogmatica del « *ius* » (distinto in *publicum* e *privatum*), che venne ad approssimativamente coincidere con la nozione stessa di ordinamento statale (n. 35).

Questi risultati furono raggiunti in due fasi successive e ben identificabili. In una *prima fase*, che si chiude con la morte di Adriano (138 d. C.), i giuristi lavorarono ancora, sebbene sempre più debolmente, secondo la direttrice segnata dalla giurisprudenza preclassica, prediligendo la attività casistica e curando meno la rimeditazione sistematica degli istituti. In una *seconda fase*, che si apre con Antonino Pio, i giuristi furono spinti dalla situazione politica a lasciare sempre più da parte la casistica ed a concentrare i loro sforzi nella sistemazione parallela, e sostanzialmente unitaria, del *ius civile* e del *ius honorarium*, anche con riguardo al *ius novum*.

L'unitarietà della visione e della trattazione giuridica, al di là delle separazioni fra *ius civile* e *ius honorarium* e fra *ius vetus* e *ius*

novum, si manifestò attraverso l'attento richiamo dei principi dell'uno nel commento agli istituti dell'altro sistema, ma ebbe modo di spiccare particolarmente nelle vaste compilazioni di « *digesta* », i quali sin dalla metà del II secolo d. C. acquistarono il carattere di trattazioni sistematiche complessive, *sub specie* di casistica, di tutti i vari rami dell'ordinamento giuridico del principato. Essi si dividevano, più precisamente, in una prima parte, nella quale erano esposte questioni di *ius civile* e di *ius honorarium* secondo l'ordine delle materie dell'*edictum praetorium*, ed in una seconda parte, in cui erano raccolte tutte le materie che restavano fuori dal sistema dell'editto (tra cui, principalmente, quelle formanti oggetto delle più importanti *leges* e dei principali *senatusconsulta* normativi).

Sotto la dinastia dei Severi l'attività sistematica divenne nettamente predominante, ma appunto perciò ebbe inizio il declino della giurisprudenza, ormai priva della capacità, oltre che della concreta possibilità, di dire la sua parola nella evoluzione del diritto romano. E tale declino si accentuò talmente, dopo la morte di Alessandro Severo (235 d. C.), che certa romanistica contemporanea parla addirittura, in ordine all'ultimo sessantennio del periodo del principato, di « giurisprudenza quasi-classica ».

2. Nella prima fase della sua evoluzione classica, la giurisprudenza romana basò la sua relativa autonomia sull'istituto del *ius publice respondendi*, introdotto da Augusto e disciplinato da Tiberio.

Il *ius publice respondendi* era una sorta di patente di buon giurista concessa parsimoniosamente dagli imperatori ai giureconsulti da loro maggiormente stimati e maggiormente ritenuti fedeli. Esso conferiva una particolare autorevolezza ai *responsa* dei giureconsulti che ne fossero insigniti, ponendoli in una posizione di « *iuris conditores* » non dissimile da quella dei « *veteres* » (*iurisconsulti*) della migliore fioritura preclassica. Ed è ovvio che il « *respondere ex auctoritate principis* » costituiva per i *principes* un modo indiretto, ma efficace per influenzare lo sviluppo del diritto.

Adriano giunse al punto di ammettere per esplicito che i cittadini (e in particolare i giudicanti) non potessero divergere dal parere dei giuristi rispondenti, quando risultasse che, in ordine ad un certo argomento, essi avessero tutti (morti e vivi) espresso il mede-

simo avviso. Ma fu proprio a partire da Adriano che l'istituto si avviò ad un rapido declino. Anzichè lasciare adito ai *responsa prudentium*, gli imperatori preferirono, in questa seconda fase, dare essi stessi la soluzione dei casi pratici mediante *rescripta* e confinare i giuristi nel ruolo consultivo di membri del *consilium principis*. Dal che derivò l'accennato ripiegamento dei giureconsulti verso le attività di esposizione sistematica e di mero insegnamento.

3. Le forme, in cui l'attività della giurisprudenza classica nelle diverse fasi si esprese furono: opere di casistica; opere di commento; opere monografiche; opere elementari.

3.1. Opere di casistica furono: a) I « *responsa* », raccolte di responsi emanati dai singoli giuristi, ordinate sistematicamente secondo schemi empirici, ma divenuti col tempo rigorosamente tradizionali; b) le « *quaestiones* », raccolte di decisioni su fattispecie ipotetiche, discusse tra maestro e discepoli a titolo di esercitazione; c) le « *disputationes* », opere analoghe alle precedenti; d) i « *digesta* » (da *digerere* = ordinare), raccolte sistematiche complessive di *quaestiones* e di *responsa* (v. sub 1).

3.2. Opere di commento furono: a) i « *libri iuris civilis* », commenti ai principi al *ius civile*, ordinati secondo schemi tradizionali; b) i « *libri ad* », commenti alle opere dei giuristi precedenti, e sopra tutto agli scritti dei primi commentatori del *ius civile* (*libri ad Q. Mucium*, *libri ad Sabinum*), che sostituirono in breve (metà I sec. d. C.) i *libri iuris civilis*; c) i « *libri ad edictum* » (*praetoris urbani*, *aedilium curulium*, *provinciale*), ordinati secondo l'ordine degli editti commentati; d) i *libri* di commento specifico a leggi, senatoconsulti e costituzioni imperiali.

3.3. Opere monografiche furono: trattazioni brevi (spesso *libri singulares*, perchè scritti su un solo rotolo di papiro) dedicate a vari argomenti di diritto pubblico (*de officio proconsulis*, *de officio praefecti urbis* ecc.), processuale (*de appellationibus* ecc.), penale (*de poenis* ecc.), privato (*de usuris*, *de legatis* ecc.).

3.4. Opere elementari furono: a) le « *institutiones* », a carattere sistematico; b) « *sententiae* », « *regulae* », « *manualia* » ed altri florilegi del genere.

22. I PRINCIPALI GIURISTI SINO AD ADRIANO.

1. Il punto di contatto e di transizione tra la giurisprudenza repubblicana e quella classica sta in una famosissima scissione fra due giuristi dell'epoca augustea, la quale dette origine al contrasto fra due grandi scuole di diritto, continuato per tutto il I sec. d. C. e sino ad Adriano.

I due giureconsulti furono C. Ateio Capitone e M. Antistio Labeone. Le divergenze personali a sfondo politico fra loro portarono alla formazione di due opposti partiti di giureconsulti: da un lato i *Cassiani* o *Sabiniani*, ricollegantisi a Capitone, dall'altro i *Proculiani*, ricollegantisi all'insegnamento di Labeone. Tentar di definire esattamente il carattere di queste due scuole giurisprudenziali sarebbe cosa vana, e lo dimostra l'inutilità dei moltissimi tentativi sinora fatti. L'opinione migliore è proprio quella in apparenza più superficiale: le due scuole non ebbero una ben distinta fisionomia scientifica, ma l'appartenenza dei singoli giuristi all'una o all'altra fu, più che altro, determinata da complessi motivi personali, quali la rivalità con giuristi dell'opposta corrente, la fedeltà dei discepoli ai maestri, la tradizione familiare. Quanto al nome assunto dalle due opposte fazioni (Cassiani o Sabiniani e Proculiani) non deve stupire che esso non derivi dalle persone di Capitone e di Labeone. Fu solo in una fase successiva all'opera di questi due giuristi, per opera dei rispettivi discepoli, che le due scuole presero consistenza.

2. Furono giuristi della scuola sabiniana, oltre Capitone: Sabino, Cassio, Giavoleno.

2.1. Massurio Sabinio, succeduto a Capitone nella direzione della scuola sabiniana, visse nel tempo tra il principato di Tiberio e quello di Nerone (14-68 d. C.). Fu piuttosto povero e non occupò mai cariche pubbliche. Scrisse tre libri *iuris civilis*, un commento *ad edictum praetoris* e altre opere minori (*liber singularis de furtis*, *libri ad Vitellium*, ecc.).

2.2. C. Cassio Longino, contemporaneo e discepolo di Sabino, occupò importanti cariche politiche sotto Caligola (37-41 d. C.) e sotto Claudio (41-54 d. C.); cadde però in disgrazia di Nerone, dal quale fu mandato in esilio, donde lo chiamò Vespasiano (69-79

d. C.). Scrisse un'opera di diritto civile in quindici libri e alcuni altri libri di *responsa*.

2.3. **Giavoleno Prisco**, capo della scuola sabiniana sotto Traiano (98-117 d. C.), scrisse alcuni libri di commento alle opere di Cassio, 14 libri di *responsa*, che intitolò *epistulae*, delle note ai *posteriores* (libri postumi) di Labeone (opera, questa, notevole perchè con essa la scuola sabiniana comincia a perdere il suo carattere esclusivista) e qualche altra opera in cui riassume gli scritti di giuristi che lo precedettero.

3. Furono giuristi della scuola proculiana, oltre Labeone: Proculo, Celso, Nerazio.

3.1. **Proculo**, contemporaneo di Sabino, fu giurista di larga rinomanza. Scrisse delle *notae* ai *posteriores* di Labeone e una opera in almeno undici libri, intitolata *epistulae*.

3.2. **Giuvenzio Celso** (*filius*), giurista eminente e di larga cultura, occupò molte cariche pubbliche durante il principato di Adriano (117-138 d. C.). Scrisse 39 libri di *digesta*, 11 libri di *epistulae*, 7 libri di *commentarii* e 12 libri di *quaestiones*.

3.3. **Nerazio Prisco**, contemporaneo di Giuvenzio Celso (figlio), visse sotto Traiano (98-117 d. C.) e sotto Adriano (117-138 d. C.) e coprì molte cariche pubbliche. Scrisse 15 libri di *regulae*, due raccolte di responsi, intitolate *responsa* e *membranae*, nonché alcune altre opere di minore importanza (*epistulae*, *de nuptiis* ecc.).

23. I PRINCIPALI GIURISTI DOPO ADRIANO.

1. Le divergenze tra le due scuole dei Sabiniani e dei Proculiani furono sopite, nell'età tra Adriano e Antonino Pio, dalla forte personalità di **Salvio Giuliano**, che fu forse il massimo giurista romano.

Giuliano, che era africano di origine, fu allievo di Giavoleno Prisco, cui succedette nella direzione della scuola sabiniana. Egli scrisse 90 libri di *digesta*, che costituirono la sua opera fondamentale, e alcune altre opere di minore importanza (*liber singularis de ambiguitatibus*, 4 libri *ad Urseium Ferozem*, 6 libri *ad Minicium*).

2. Nell'età degli Antonini (138-192 d. C.) la giurisprudenza classica, superata la divergenza delle scuole, toccò il massimo della fioritura, con le figure di Africano, Pomponio, Gaio, Marcello, Scevola.

2.1. Sesto Cecilio A f r i c a n o, allievo di Giuliano, utilizzò molto le opinioni del maestro nelle *quaestiones*, l'unica sua opera di cui abbiamo notizia certa. Sembra abbia scritto anche un'opera intitolata *epistulae*.

2.2. Sesto P o m p o n i o, contemporaneo di Cecilio Africano, visse sotto Adriano e durante tutta l'epoca degli Antonini. Come scrittore fu assai chiaro e fecondo, ma non eccelse molto come giurista: sembra non abbia nemmeno avuto il *ius respondendi*. Pomponio scrisse un commento all'editto pretorio in 150 libri, una opera in 33 o 39 libri *ad Quintum Mucium*, 35 o 36 libri *ad Sabinum*, 20 libri di *epistulae*, note ad Aristone e a Plauzio, alcune vaste monografie su senatoconsulti e sui fedecommissi, 41 libri di *variae lectiones* e un'operetta elementare in due libri, intitolata *enchiridion*, che ci è nota anche attraverso un'epitome postclassica (*liber singularis enchiridii*).

2.3. G a i o, nato sotto Traiano od Adriano, scrisse le sue opere principalmente sotto Antonino Pio e Marco Aurelio. Morì probabilmente ai tempi di Commodo, e certamente dopo il 178. È molto probabile che egli non sia nato a Roma, ma in una provincia ellenistica: infatti ci è noto, così come molti provinciali, attraverso un semplice prenome. Inoltre, in tempi in cui le controversie tra le due scuole erano da molto sopite, egli si professa nelle sue opere sabiniano, facendo con ciò pensare che non fosse romano di nascita e di vita, dato che dimostra una visione così anacronistica della giurisprudenza di Roma.

Gaio non fu giurista di eccezionale valore, ma fu certo assai lucido e coerente. Scrisse quattro libri (o, come egli dice, *commentarii*) di *institutiones*, che ci sono stati conservati quasi per intero. Scrisse ancora: un commento *ad legem XII tabularum*, libri *ad edictum praetoris urbici*, libri *ad edictum provinciale* e, inoltre, alcune vaste monografie, tra cui una riguardante il SC. Orfiziano del 178.

2.4. Ulpio M a r c e l l o visse durante l'età degli Antoni-

ni e svolse sopra tutto la sua attività di giurista sotto Marco Aurelio. La sua opera principale sono i 31 libri di *digesta*, condotti sulla falsariga dei *digesta* di Giuliano, le cui opinioni spesso l'autore controbatte brillantemente. Marcello scrisse inoltre un libro di *responsa*, 6 libri *ad legem Iuliam et Papiam* ed almeno 5 libri *de officio consulis*.

2.5. Q. Cervidio Scevola, giurista valente, esplicò sopra tutto la sua attività dal 165 al 196. Fu molto stimato da Marco Aurelio ed ebbe il *ius respondendi*. Egli scrisse 40 libri di *digesta*, 6 di *responsa*, 20 di *quaestiones*, 4 di *regulae*.

3. Nell'età dei Severi (193-235 d.C.) si ebbero giureconsulti meno brillanti della età precedente, ma fecondissimi. Primeggiano in questa schiera: Papiniano, Paolo, Ulpiano e Modestino.

3.1. Emilio Papiniano, di origine probabilmente siriana, fu condiscipolo di Settimio Severo (193-211 d. C.), al quale fu anche unito da vincoli di affinità e dal quale fu nominato prefetto del pretorio. Caduto in disgrazia di Caracalla (211-217 d. C.), fu trucidato per ordine di questi. Tra i suoi scritti, tutti contrassegnati da una particolare stringatezza e da un elevato senso di giustizia, i principali sono i 37 libri delle *quaestiones* e i 19 libri dei *responsa*. Di Papiniano abbiamo inoltre due libri di *definitiones*, due opere *de adulteriis*, ed un'operetta, scritta in greco, di diritto amministrativo (*Αστυνομικὸς μονόβιβλος*).

3.2. Giulio Paolo fu allievo di Scevola e svolse sopra tutto la sua attività in quel torno di tempo che va dal 193 (avvento al potere di Settimio Severo) al 211 (morte di Eliogabalo). Fu scrittore fecondo e dotato di buon spirito critico: dote questa ultima che è quasi assente in Ulpiano, il quale peraltro supera Paolo nella chiarezza e limpidezza dello stile. Tra la vastissima produzione di Paolo si segnalano: 16 libri *ad Sabinum*, 78 *ad edictum* (più altri due libri *ad edictum aedilium curulium*), 25 libri di *quaestiones*, 23 di *responsa*, un ingente numero di monografie (*de fideicommissis*, *ad legem Iuliam et Papiam*, *de adulteriis*, *de iure fisci*, *ad SC. Tertullianum*, *de poenis militum* ecc.), note alle opere di Giuliano, di Papiniano, di Scevola, riassunti dei *digesta* di Alfeno Varo e dei *pithanà* di Labeone, due libri di *institutiones* e parecchie altre opere di minore importanza.

3.3. Domizio Ulpiano, proveniente da Tiro, in Fenicia, esercitò la sua attività di scrittore (buona parte della quale, così come Paolo, dedicò al diritto pubblico e al diritto penale), sopra tutto durante il regno di Caracalla (211-217). Morì nel 228. Fu, come prefetto del pretorio, collega di Paolo; ma è opinione comune che tra i due giuristi vi fosse dell'antagonismo. Tra le sue opere emergono: 51 libri *ad Sabinum*, 81 libri *ad edictum* (più due libri *ad edictum aedilium curulium*), 10 libri di *disputationes*, 2 di *responsa*, un vasto numero di monografie (*ad legem Iuliam et Papiam*, *ad legem Iuliam de adulteriis*, *de fideicommissis*, *de officio proconsulis* ecc.), numerosi *libri singulares* sugli officia dei vari funzionari, due libri di *institutiones*.

3.4. Erennio Modestino, allievo di Ulpiano, scrisse sopra tutto per l'uso pratico, parte in latino e parte in greco. Tra le sue opere si segnalano i 12 libri di *pandectae*, i 10 di *regulae*, i 9 di *differentiae* e i 19 di *responsa*.

3.5. Tra i contemporanei di Paolo ed Ulpiano va anche ricordato Elio Marciano, autore di un manuale di *institutiones*, che fu largamente utilizzato nelle scuole postclassiche.

§ 5. — IL PERIODO POSTCLASSICO DEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 24. Il periodo postclassico del diritto romano. — 25. La costituzione assolutistica. — 26. Il *ius novum* e le sue fonti. — 27. Le altre cause dell'evoluzione postclassica. — 28. La giurisprudenza postclassica. — 29. Le compilazioni pregiustinianee di costituzioni imperiali. — 30. Le leggi romano-barbariche. — 31. I resti dell'attività giurisprudenziale postclassica. — 32. La compilazione di Giustiniano. — 33. Le compilazioni giuridiche postgiustinianee. — 34. L'evoluzione postromana del diritto romano.

24. IL PERIODO POSTCLASSICO DEL DIRITTO ROMANO.

1. Il periodo postclassico del diritto romano corrisponde a quello dell'assolutismo imperiale, da Diocleziano (284-305 d. C.) a Giustiniano I (527-565).

2. Varie cause concorsero, come si dirà, a fare di quest'epoca storica un periodo di declino della civiltà giuridi-

ca romana e di vario inquinamento dei suoi principi. Tra esse quella esteriormente più appariscente, anche se forse non la più importante, fu costituita dalla nuova struttura statale e di governo, introdotta da Diocleziano e quindi riformata, e in certo senso perfezionata, da Costantino e da Teodosio I.

Ma giova dire che alla storiografia contemporanea risulta sempre più chiaro che le premesse della decadenza postclassica e i germi della corruzione del diritto genuinamente romano vanno ricercati nell'ambito dello stesso periodo classico, principalmente nell'età dei Severi e della terza anarchia militare. Ragion per cui dai romanisti si tende, e non del tutto a torto, a far risalire parecchie alterazioni testuali e parecchie connesse involuzioni dei principi giuridici addirittura all'epoca di transizione e dall'uno all'altro periodo (dalla morte di Alessandro Severo all'ascesa di Costantino I: 235-312 d. C.): epoca di « anarchia giuridica » (oltre che politica), nella quale i valori più puri della civiltà romana opposero l'ultima disperata resistenza alle molteplici forze corrosive che, in ogni campo e da ogni direzione, si esercitavano su di essi per minarli e travolgerli.

25. LA COSTITUZIONE ASSOLUTISTICA.

1. Dell'organizzazione politica romana in età postclassica può dirsi, in generale, che rappresentò l'esautoramento praticamente completo della *respublica*, a tutto vantaggio di un elemento peraltro non nuovo, l'*imperium*.

Il preponderare dell'*imperium* sulla *respublica* determinò il deciso evolversi della costituzione statale verso il sistema dell'assolutismo, vale a dire della subordinazione di tutti e di tutto alla direzione, incontrollabile e indiscutibile, degli *imperatores*.

2. La *respublica* non fu mai abolita, ma le vestigia della sua struttura di governo si ridussero al mantenimento, a titolo di cariche puramente onorifiche, dei *consules*, dei *praetores*, dei *quaestores*, tutti peraltro di nomina o di conferma imperiale.

Anche il *senatus* rimase, ma come espressione di una sorta di consiglio comunale della città capitale, Roma: alla quale, del

resto, Costantino I si affrettò a contrapporre, come seconda e più importante capitale, munita anch'essa di suo proprio senato, Costantinopoli (*Roma nova*).

Forse la traccia più viva, che rimase della *respublica* nel periodo del *dominatus*, fu la persistente consuetudine di designare gli anni coi nomi della coppia dei *consules* eponimi.

3. *L'imperium*, che già in periodo classico aveva trovato il suo supremo titolare nel *princeps*, fu la formula in cui si risolse, nel periodo postclassico, tutta l'organizzazione statale e di governo.

Esso fu sempre più decisamente concepito, secondo una impostazione tipicamente orientale, come « Stato patrimoniale ». L'*imperator* o gli *imperatores*, più che sovrani, ne furono i *domini*, cioè gli arbitri indiscussi delle sue sorti. Tuttavia non mancò di distinguersi nettamente tra il vero e proprio « *dominium* » imperiale e il « *dominatus* » politico esercitantesi su persone e cose libere dal godimento e dalla utilizzazione diretta dell'imperatore.

3.1. Oggetto del « *dominium* » imperiale, analogo alla proprietà privata, furono: la *res privata principis*, costituita dai demanî imperiali e dalle entrate straordinarie del fisco, e amministrata dal *comes rerum privatarum*; il *patrimonium principis*, istituito da Anastasio e amministrato dal *comes patrimonii*, che risultava di un più ristretto compendio di beni liberamente disponibili; le *res publicae*, vincolate dalla destinazione all'uso pubblico.

3.2. Oggetto del « *dominatus* » imperiale furono gli uomini liberi stanziati entro i confini dell'impero e i beni di proprietà privata. Il potere dell'*imperator* sugli uni e sugli altri consisteva nella possibilità di applicare alcuni limiti alla libertà dei soggetti o alla libera disposizione degli oggetti (imposte, *munera* ecc.); ma eccezionalmente poteva giungere alla messa a morte, alla confisca e via dicendo.

4. La conseguenza di questo nuovo assetto politico così radicalmente antidemocratico e illiberale fu, nel campo del diritto, l'inaridimento delle vecchie fonti repubblicane (*leges publicae*, *senatusconsulta*, *edicta magistratum* ecc.) e la fine della vecchia attività giurisprudenziale a carattere individualistico, cioè pubblicamente eser-

citata da personalità ben individuate di giureconsulti. Di contro al *ius vetus* (talvolta denominato sinteticamente « *ius* » o « *iura* ») trionfò pienamente il *ius novum* delle *constitutiones* (spesso denominate anche « *leges* ») imperiali.

Forse i monumenti dell'antica sapienza giuridica sarebbero, in questa nuova situazione politico-sociale, addirittura crollati, se non li avessero salvaguardati dall'estrema rovina gli stessi imperatori: non tanto per ragioni tradizionalistiche, quanto per motivi utilitari, e cioè per avere un punto di riferimento per le loro molteplici, ma comunque sempre parziali e frammentarie, costituzioni innovative. Il *ius novum* delle *leges* imperiali postclassiche ha, infatti, essenzialmente, il carattere di una messa a punto critica, e spesso polemica, di fronte al *ius vetus* della tradizione repubblicana, di cui divennero fonte di cognizione praticamente esclusiva gli scritti degli antichi giureconsulti.

Ma è ovvio che gli scritti giurisprudenziali classici, essendo stati per tal modo conservati all'uso diuturno delle scuole e del foro durante il corso del periodo postclassico, subirono in forte misura le conseguenze di questo uso. Non solo li corromperono la facile incomprendione e la involontaria superficialità di coloro che li adoprano, e adoprando li annotarono, e annotandoli li esposero a successive trascrizioni fallaci degli amanuensi; ma li alterarono e inquinarono altresì, in ragguardevole misura, i deliberati aggiornamenti e le intenzionali revisioni di quanti si preoccuparono, in Occidente e in Oriente, di tenerli aderenti alle esigenze dell'insegnamento e della prassi, rapportandoli, nelle successive edizioni, ai graduali sviluppi della legislazione e della coscienza giuridica.

26. IL « IUS NOVUM » E LE SUE FONTI.

1. Fonte esclusiva ed autonoma del *ius novum* fu considerata, nel periodo postclassico, la volontà del *princeps*: esclusiva, perchè a nessun altro organo od ente era permesso di « *iura condere* », salvo che per sua delega; autonoma, perchè l'*imperator*, libero dal rispetto di ogni ordine precostituito, non ripeteva il suo potere supremo da nessun potere umano, nè era tenuto a renderne conto a qualsivoglia potere terreno.

Questa concezione accentratrice della normazione giuridica era vieppiù perfezionata dalla concezione, secondo cui l'*imperator* era anche il supremo interprete del diritto, e quindi il supremo giudice: « *tam conditor quam interpret legis, solus imperator iuste existimabitur* » (Iust. CI. I. 14. 12. 5).

Limiti concreti alla potestà normativa e giurisdizionale dei *principes* derivavano, tuttavia, dalla sfera territoriale delle loro attribuzioni di governo, dalla durata della loro carica, dall'oggetto dei provvedimenti emanati e dal tipo dei provvedimenti stessi.

2. Quanto all'oggetto e al tipo dei provvedimenti, si distinse tra *leges generales* e *leges speciales* (o comunque non *generales*), a seconda che fossero o non fossero relative a tipi di casi ed a categorie di sudditi.

Ovviamente, mentre le *leges generales* avevano, nell'ambito del loro riferimento, vigenza illimitata, le altre *leges* avevano applicazione strettamente condizionata al caso o alle persone cui si riferivano: ed anche questa applicazione era subordinata al principio « *si preces veritate nituntur* », intendendosi esclusa l'applicabilità della costituzione, ove risultasse falsa la rappresentazione del caso che l'aveva originata.

2.1. « *Leges generales* », non tutte peraltro della stessa ampiezza, furono: le *orationes ad senatum*, lette solennemente al senato (di Roma o di Costantinopoli) da un funzionario di grado superiore, allo scopo di rendere pubbliche delle norme valide per tutta la relativa *pars Imperii*; gli *edicta ad populum* o *ad universos provinciales* (o più limitatamente, gli *edicta* indirizzati *Italicis*, *ad Afros*, *ad populum urbis Romae* ecc.), pubblicati mediante affissione; gli *edicta ad praefectos praetorio*, che questi funzionari avevano il compito di trasfondere in propri *edicta*, valide nell'ambito della rispettiva *praefectura*; gli *edicta* diretti a funzionari di corte, perchè facessero applicazione dei dettami in essi espressi quanto alle materie per cui erano competenti.

2.2. « *Leges speciales* » (o comunque non *generales*) furono: i *rescripta* (*ad relationem vel ad consultationem emissas*), con i quali si risolvevano casi particolari sottoposti all'imperatore mediante *preces*, *libelli*, *supplicationes*, di cui l'esame era rimesso agli *scrinia a memoria*, *ab epistulis* e *a libellis*; le *adnotationes*, che

erano forme più spedite di risoluzioni, sovente emesse per concedere *beneficia* a singoli; le *pragmaticae sanctiones* (o *pragmaticae formae* o *leges*), altra forma sommaria (ma rivestita di una certa solennità) di risoluzione, cui si ricorreva in ipotesi disparate, ma principalmente per la concessione di *beneficia* ad enti, città, province. Fortemente decaduti erano i *mandata* e i *decreta*, questi ultimi surrogati dalle *sententiae* (o *decreta*) dei funzionari che amministravano giustizia nel nome dell'imperatore.

3. Quanto alla applicabilità territoriale delle costituzioni, è chiaro che il problema non sorge per le *leges speciales* e per quelle *leges generales*, che fossero, peraltro, limitate dal riferimento a determinate prefetture o province. E' discusso, invece, se le *leges generales* prive di ogni limitazione formale si applicassero a tutto l'impero allorquando fossero state emanate dall'*Augustus* di una sola *pars Imperii*.

Probabilmente, solo con la recisa scissione dell'impero seguita alla morte di Teodosio I (395 d. C.) si affermò chiaramente il principio, secondo cui l'*Augustus* di ciascuna *pars Imperii* non poteva dettar legge in relazione all'altra *pars*, nè poteva emanare *leges* applicabili al di fuori del proprio dominio. Sino a quel momento dovette persistere, invece, il concetto della formale unità dell'impero, e quindi della competenza di ciascun imperatore a legiferare in ordine a tutto il territorio dello stesso.

Dopo la scissione del 395 fu rimesso sopra tutto alla buona volontà degli imperatori lo sforzo di subordinare ambo le *partes* alle stesse *leges*: risultato che si raggiunse o col sistema della collaborazione nella stesura parallela di alcune importanti *leges generales* o col sistema della recezione delle *leges* di una *pars imperii* da parte dell'imperatore dell'altra *pars*.

Teodosio II e Valentiniano III, in una costituzione congiunta del 429 (CTh. 1.1.5), cercarono di consolidare il sistema della recezione, prescrivendo che per l'avvenire le *leges* emanate in una sola delle due *partes* dovessero esser comunicate all'altro imperatore, onde ricevere esecuzione anche da questi. Ma la disposizione rimase lettera morta.

4. Quanto, infine, alla *vigenza temporale* delle *leges* imperiali, si affermò facilmente il principio che le *leges*

generales avessero valore in perpetuo, finchè non fossero state esplicitamente o implicitamente abrogate da altre *leges generales*.

Per le *leges speciales*, invece, non solo se ne escluse la applicabilità a casi analoghi, ma prevalse l'idea che esse (e conseguentemente i *beneficia* o *privilegia* da esse elargiti) perdessero automaticamente valore con la morte dell'imperatore: ragion per cui dovessero essere rinnovate o almeno implicitamente confermate dal successore.

27. LE ALTRE CAUSE DELL'EVOLUZIONE POSTCLASSICA.

1. L'assolutismo di governo fu la più appariscente, ma non la sola causa dell'evoluzione postclassica del diritto romano. Accanto ad esso intervennero, in maggiore o minor misura, altri elementi: la nuova situazione sociale ed economica, la riforma del processo giurisdizionale, il Cristianesimo, l'ellenismo, l'involuzione dello spirito giuridico.

Tutte queste cause non influirono sul diritto romano in modo complementare, avviandolo cioè verso un'unica direzione. Esse esercitarono spesso, al contrario, impulsi divergenti o contrastanti, facendo sì che l'ordinamento giuridico dell'età postclassica si incrementasse di deviazioni, di cedimenti, di contraddizioni, di incongruenze: tutti ulteriori sintomi della sua decadenza.

Se, malgrado tutto, il diritto postclassico rimase, fino a Giustiniano, un diritto essenzialmente « romano », ciò dipese da due circostanze: da un lato, la incapacità degli accennati fattori evolutivi di intaccare sino all'intima sostanza il grandioso e solido monumento dell'antico diritto; dall'altro, la esistenza, nel mondo postclassico, di una ineliminabile forza reattiva, manifestatasi sopra tutto negli ambienti culturali di Oriente e concretatasi in un cosciente amore verso i valori « classici » del diritto romano ed in una deliberata ricerca e rivalutazione di quei valori. L'ultimo e grande campione dell'indirizzo classicistico fu appunto l'imperatore Giustiniano, che dette prova imponente, nella sua opera di codificazione, di forti tendenze tradizionalistiche e addirittura, talvolta, di gusto arcaicizzante (n. 32).

2. La situazione sociale ed economica del mondo postclassico, strettamente connessa con l'assolutismo di governo, può essere identificata, essenzialmente, da questi caratteri: decadenza della piccola proprietà e delle classi medie, statalizzazione dell'economia e della stessa vita sociale, formazione di un'aristocrazia latifondista fortemente privilegiata.

La decadenza della piccola proprietà e delle classi medie fu fatale conseguenza del disordine economico e sociale del sec. III d. C., che rese oltremodo difficili le relazioni commerciali e addirittura antieconomica la coltivazione intensiva delle piccole proprietà terriere. Mentre le masse si riducevano alla miseria e tendevano ad inurbarsi, per vivere più facilmente alla giornata, poche famiglie, approfittando della situazione e sfruttando il favore imperiale, assurgevano a grande potenza economica e sociale, mediante la creazione di vastissimi latifondi e l'ottenimento di influenti cariche statali e di connessi privilegi spesso ereditari.

In questa situazione abnorme lo Stato fu costretto ad intervenire in vari modi: sia imponendo prezzi di calmiera per i generi di prima necessità, sia stabilendo tributi sempre più frequenti e più alti, sia provvedendo direttamente ai più indispensabili rifornimenti ed alla più urgente assistenza pubblica, sia infine imponendo alle famiglie contadine di non abbandonare i luoghi di origine e di considerarsi perpetuamente legate alla terra da coltivare. Interventi e provvedimenti che, come è ovvio, non fecero che accrescere, dopo i primi momenti di apparente benessere, lo stato generale di disagio sociale e di rovina economica.

3. La riforma del processo giurisdizionale fu anche essa in intima interdipendenza con l'assolutismo imperiale, che non poteva non segnare il trionfo della *cognitio extra ordinem* (n. 20).

La decadenza sempre più accentuata della procedura formulare fu coronata, nel 342, dalla sua definitiva abolizione, sancita dagli imperatori Costanzio e Costante. L'accentramento della *iurisdictio* nelle mani dell'*imperator* e dei funzionari da lui dipendenti fece sì che assai di frequente le controversie non fossero più risolte secondo i principi tradizionali del *ius vetus*, ma secondo nuovi e non sempre coerenti criteri: il che permise la subdola in-

filtrazione, sotto la veste del *ius novum*, di regole aberranti o addirittura straniere nell'ordinamento giuridico romano.

4. Il Cristianesimo fu pienamente legittimato in Roma da Costantino, con l'« editto di tolleranza » del 313, e fu proclamato religione di Stato da Teodosio I nel 381 d. C. Questi riconoscimenti formali facilitarono la sua penetrazione capillare nel mondo romano, e per conseguenza nella coscienza giuridica e nella legislazione.

Non sembra esatto, tuttavia, parlare della formazione di un « diritto romano-cristiano » nel IV e V sec. d. C. In realtà, rimase ferma in Roma la tradizionale posizione di estraneità dello Stato e del suo ordinamento, sopra tutto privato, nei riguardi della religione. Pur quando gli imperatori si considerarono investiti del loro potere supremo per la grazia di Dio, restarono sufficientemente distinte le due sfere di competenza: relativa alla comunità dei fedeli quella della religione, alla comunità dei cittadini quella del diritto. Le principali ragioni di attrito furono eliminate sopra tutto attraverso la creazione di giurisdizioni ecclesiastiche con competenza esclusiva nei riguardi dei chierici (*aepiscopalis audientia*: n. 46).

Tuttavia, se formalmente furono distinti, i due ordinamenti si influenzarono reciprocamente, in modo abbastanza notevole, nella sostanza. In particolare, le idee cristiane si insinuarono, più o meno profondamente, nel *ius novum* e intaccarono in molti punti lo stesso *ius vetus* a causa dello « spirito cristiano » che animava imperatori, giudici, giuristi. Per mille vie, assai difficili a rintracciarsi, i genuini principi giuridici romani vennero, quindi, a corrompersi e ad inquinarsi, in una misura che ancora non si è riusciti ad accertare con piena sicurezza.

5. L'ellenismo, sia « greco » che genericamente « orientale », accrebbe, nei confronti del diritto romano, una influenza che già esercitava sin dagli ultimi tempi del periodo preclassico. Ma questa influenza, che sinora si era manifestata con la forza degli esempi e dei modelli (esempi e modelli che il mondo romano ricreava, adeguandovisi, in forme e istituti inequivocabilmente romani), passò ad esplicarsi, da Costantino in poi, particolarmente nella *pars Orientis*, in modo più penetrante e deleterio:

attraverso l'interpretazione del *ius vetus* e la formazione del *ius novum* secondo concezioni e tradizioni ellenistiche.

Sarebbe esagerato parlare, come da alcuni studiosi si parla, di un « diritto romano ellenico » o di un « periodo bizantino » del diritto romano (postclassico): è certo, infatti, che, ad onta di tutto, il diritto romano non perse le sue strutturazioni caratteristiche per effetto della corruzione ellenistica. Del pari esagerato, in senso opposto, è, peraltro, l'atteggiamento di chi risolutamente nega l'importanza dell'ellenismo come causa di evoluzione del diritto romano postclassico.

In realtà, dopo che l'imperatore Caracalla ebbe esteso la cittadinanza romana a tutti gli abitanti dell'impero (212 d. C.), avvenne in Oriente che i neo-cittadini romani non si rassegnarono a rinunciare alle loro consuetudini locali in omaggio al diritto ufficiale romano, ma si sforzarono in vari modi di conciliarle con il diritto ufficiale e di mascherarle, nel commercio giuridico, sotto veste romana. Mentre gli imperatori fino a Diocleziano combattevano validamente questa invadenza dell'ellenismo, la situazione mutò con Costantino e i suoi successori, allorquando cioè l'epicentro dell'impero si trasferì per l'appunto in Oriente.

6. L'involuzione dello spirito giuridico fu la conseguenza immediata della fine delle libertà democratiche (n. 24) e fu, nel contempo, la manifestazione esteriore inevitabile di tutta la decadenza postclassica.

La classe dei giurisperiti decadde. Essi non si sentirono nè furono considerati più *sacerdotes iuris*; la loro rigida preparazione tecnica, il loro austero tradizionalismo vennero meno; vennero meno, di conseguenza, il loro senso di responsabilità, la finezza delle loro concezioni, l'acribia del loro distinguere i valori giuridici dalle valutazioni approssimative del buon senso corrente.

Mentre nelle scuole giuridiche orientali questo rigurgito di « volgarismo » fu efficacemente arginato dall'impegno culturalistico e « classicistico » dei loro rappresentanti, nelle scuole di Occidente e nella prassi di ambedue le *partes imperii* la devastazione causata dall'involuzione dello spirito giuridico fu di notevole gravità e lasciò larghe e squallide tracce nei testi che di quelle epoche e di quegli ambienti sono a noi direttamente pervenuti.

28. LA GIURISPRUDENZA POSTCLASSICA.

1. Uno degli indici più caratteristici della decadenza post-classica della giurisprudenza romana è costituito dalla *cd. legge delle citazioni*, una costituzione emessa dall'imperatore d'Occidente Valentiniano III nel 426 ed estesa all'Oriente da Teodosio II con la codificazione del 438 (n. 29).

Essa stabilì che le sole opinioni giurisprudenziali che le parti potessero allegare in giudizio a fondamento delle loro pretese fossero quelle di Papiniano, Paolo, Gaio, Ulpiano e Modestino (o, tutt'al più, degli altri giuristi da essi esplicitamente citati). Posti di fronte alle opinioni di costoro, i giudicanti altro non avrebbero dovuto fare che prenderne atto, decidendo di conseguenza; se fossero state prodotte opinioni contrastanti, essi avrebbero dovuto seguire il parere della maggioranza o, in subordinata, non essendovi una maggioranza, il parere adottato da Papiniano. L'autonomia di valutazione dei giudicanti fu riconosciuta nella sola ipotesi che le parti non curassero di produrre in giudizio opinioni dei dottori classici o che, avendole esse prodotte, non fossero applicabili i criteri preferenziali della maggioranza o di Papiniano.

La legge delle citazioni prova non soltanto la nessuna considerazione in cui era tenuta in epoca postclassica la giurisprudenza coeva, ma anche la forza quasi di legge che ormai si tendeva ad attribuire agli scritti dei giuristi classici più noti. E' fuor di dubbio che essa non fu espressione isolata, ma che sanzionò e precisò ufficialmente una prassi che si era affermata, specialmente in Occidente, già nel corso del IV sec. d. C.

Per effetto delle sue indicazioni, la giurisprudenza postclassica maggiormente si immiserì in una attività anonima, o comunque non creativa, a carattere essenzialmente scolastico, che presenta peraltro notevoli differenze a seconda che si svolse in Occidente o in Oriente.

2. La giurisprudenza occidentale esercitò, sin verso l'età di Costantino (prima metà del sec. IV d. C.), una notevole attività di aggiornamento, e quindi di modificazione, delle opere classiche, di cui apprestò numerose edizioni rivedute, nonchè sintesi, estratti e raccolte a mosaico. Più tardi, essa degra-

dò rapidamente verso una attività, ancora più bassa, di cretomazie utilitarie e di suntarelli scolastici, sino a divenire praticamente inesistente, o comunque ininfluyente, nel V secolo.

L'unica scuola di diritto di una certa importanza e dignità fu, nella prima fase, la scuola di Roma, cui affluivano numerosi uditori dalle altre province occidentali, ove l'insegnamento del diritto era praticato in scuole di minimo conto e di scarsissima autorità, o era addirittura negletto.

I risultati di questa situazione furono: nella prima fase, la corruzione più o meno cosciente degli scritti giurisprudenziali classici; nella seconda fase, l'oblio di quegli scritti, ormai quasi integralmente sostituiti da *epitomae* scolastiche e da modestissime *interpretationes* ad uso pratico.

3. La giurisprudenza orientale, al contrario di quella di Occidente, divenne sempre più attiva e vivace man mano che andò affermandosi l'impero di Oriente. Centri propulsori ne furono le scuole di Berito (fondata già nel III secolo) e di Costantinopoli (aperta nel 425), che raggiunsero la più alta rinomanza nel V e VI secolo.

I giuristi orientali, pur facendo largo uso della lingua greca, non persero di vista gli originali latini degli scritti classici e vi lavorarono intorno, assai intensamente, per chiarirli, per arricchirli di esempi, per approfondirne taluni motivi: il tutto con un effetto che non potè non essere di grande, se pur non volontaria, corruzione. E inevitabilmente la corruzione degli scritti classici e del diritto da loro rappresentato fu resa anche maggiore dalla necessità cosciente, in cui i commentatori postclassici di Oriente si trovarono, di adeguarli alle riforme imperiali e di conformarli alle istanze più vive delle consuetudini ellenistiche e della religione cristiana.

L'opera della giurisprudenza orientale deve essere, pertanto, indicata come quella che più gravemente e profondamente ha inquinato, con la sua intensa attività, il diritto romano dell'epoca classica.

4. A prescindere dalla accennata distinzione di sostanza tra giurisprudenza occidentale e giurisprudenza orientale, le forme principali dell'attività giurisprudenziale postclassica possono essere

classificate unitariamente come segue: a) « interpolazioni », cioè alterazioni deliberate del testo, eseguite o mediante inserzione di parole e frasi (cd. « interpolazioni positive ») o mediante tagli del dettato genuino (cd. « interpolazioni privative »); b) « glossemi » interlineari o marginali al dettato originale: glossemi resi particolarmente insidiosi dal fatto, frequentissimo, della loro successiva incorporazione nel testo in occasione della successiva tradizione manoscritta; c) « parafrasi » di brani più o meno lunghi: spesso passate, nella successiva tradizione manoscritta, ad incorporarsi nel testo, sostituendo il brano originario o aggiungendosi ad esso; d) « epitomi » di interi scritti giurisprudenziali classici, redatti a scopo didattico o a scopo pratico; e) « estratti » di scritti giurisprudenziali classici relativi a materie specifiche e limitate (cd. *libri singulares*); f) « versioni o retroversioni » di testi classici in (e dal) greco o altre lingue orientali; g) « antologie » di brani di scritti giurisprudenziali (cd. *lectiones, opiniones, definitiones, regulae, sententiae*); h) « esplicazioni semplificative » di costituzioni imperiali o di brani della giurisprudenza classica (cd. *interpretationes*); i) « compilazioni sistematiche » (anche dette « a catena » o « a mosaico ») di *iura*, di *leges* o di *iura e leges* insieme: attuate mediante l'adozione di un certo piano sistematico della materia e il riversamento nelle varie ripartizioni (generalmente dette *tituli*) di brani scelti, ciascuno individuato da una *inscriptio* indicativa dell'autore e tutti fra loro approssimativamente concatenati a costituire una trattazione unitaria.

Particolare importanza rivestirono le compilazioni a catena, di cui alcune furono a carattere privato (n. 31) ed altre furono a carattere ufficiale (n. 32-33).

29. LE COMPILAZIONI PREGIUSTINIANEE DI COSTITUZIONI IMPERIALI.

1. Il moltiplicarsi del numero e l'accrescersi dell'importanza delle costituzioni imperiali determinarono, sin dai primissimi tempi del periodo dell'assolutismo imperiale, la opportunità di raccoglierle in ordinate collezioni, affinchè fossero tenute presenti, nella pratica, tutte quelle *leges* che potessero ancora, in tutto o in

parte, essere utilmente applicate. Questo scopo rimase per parecchio tempo estraneo alla iniziativa ufficiale e fu quindi perseguito dalla giurisprudenza postclassica, a titolo di privata attività, conformemente ad un esempio già dato, del resto, da alcuni rappresentanti della giurisprudenza classica.

Appartengono alla fase di transizione tra il periodo del principato e quello della monarchia assoluta due collezioni private di costituzioni imperiali, che ebbero la più larga fortuna nel mondo giuridico postclassico: il cd. *Codex Gregorianus* e il cd. *Codex Hermogenianus*. Più di un secolo dopo, Teodosio II pubblicò la prima compilazione ufficiale di *leges*: il *Codex Theodosianus*.

2. Il *Codex Gregorianus* (CG.) fu compilato in Oriente (Nicomedia?) da un Gregorio o Gregoriano, di cui non abbiamo precise notizie, intorno agli anni 291 e 292 d. C. Questa raccolta fu destinata alla pratica giudiziaria civile e comprese, pertanto, particolarmente *rescripta* (genere di costituzioni che era ancora abbastanza fiorente in quell'epoca) da Adriano a Diocleziano.

Il Codice Gregoriano non ci è noto per tradizione diretta, ma è stato ricostruito, almeno parzialmente, sulla base di un'epitome contenuta nella *lex Romana Visigothorum* (n. 30) e sulla base di citazioni di singoli rescritti da esso riportati fatte nella *lex Romana Burgundionum* (n. 30), nella *Collatio*, nella *Consultatio* e nei *Fragmenta Vaticana* (n. 31). Esso si divideva in non meno di 14 libri (forse 16), in cui gli argomenti erano ordinati per *tituli* (ciascuno munito di una rubrica indicativa del contenuto): entro i *tituli* le costituzioni erano riportate in ordine di data. Lo schema generale della raccolta era improntato su quello dei *digesta* della giurisprudenza classica, nella loro forma più evoluta (n. 21).

3. Il *Codex Hermogenianus* (CH.) fu parimenti compilato in Oriente da un Ermogene o Ermogenio (o forse Ermogeniano) non meglio identificato. Costituì un complemento ed una appendice, in un solo libro (diviso in *tituli*), del *Codex Gregorianus* e comprese essenzialmente un gruppo di rescritti diocleziane degli anni 294-295 d. C.

Neanche questo codice ci è pervenuto direttamente. Una ricostruzione assai frammentaria è stata possibile sulla base delle stesse fonti adoperate per ricostruire il Codice Gregoriano.

4. Il *Codex Theodosianus* (CTb.), voluto dall'imperatore Teodosio II (408-450 d. C.), fu pubblicato in Oriente il 15 febbraio 438 e fu comunicato al *praefectus praetorio* d'Italia per la presentazione al senato d'Occidente: esso entrò in vigore, a titolo di complemento del Gregoriano e dell'Ermogeniano, il 1 gennaio 439 d. C.

Il Codice Teodosiano, che è pervenuto sino a noi in buona parte, risulta diviso in 16 *libri*, ripartiti in *tituli* di numero assai vario da libro a libro, alla maniera del Codice Gregoriano. Il sistema fu sostanzialmente quello del Gregoriano, salvo che largo spazio fu anche dedicato a materie di diritto pubblico: è da tener presente, inoltre, che Teodosio autorizzò esplicitamente i suoi commissari a modificare e correggere il testo delle costituzioni, purchè ciò non implicasse innovazioni sostanziali. Sono escluse dalla compilazione le *leges speciales*.

L'ordine delle materie è il seguente: libro I (fonti del diritto e competenze dei funzionari imperiali), libri II-V (diritto privato, secondo l'ordine della prima parte dei *digesta classici*: n. 21), libri VI-VII (gerarchie dei funzionari imperiali di rango superiore, loro privilegi, diritto speciale dei militari), libro VIII (rimanenti materie di diritto privato), libro IX (diritto penale), libri X-XI (diritto finanziario), libri XII-XV (organizzazioni cittadine e corporazioni varie), libro XVI (ordinamento della Chiesa e del diritto ecclesiastico).

5. Dopo la pubblicazione del Codice Teodosiano, e a cominciare dagli stessi Teodosio II e Valentiniano III, fu emanata dai vari imperatori che si susseguirono tutta una serie di costituzioni, che sogliono ora essere designate sotto il nome di *Novellae posteodossiane* (cioè *novellae constitutiones*).

Delle raccolte che di queste costituzioni si fecero in Oriente nulla ci è pervenuto. Ci sono note invece circa un centinaio di *leges* attraverso i resti delle raccolte fatte in Occidente, e sopra tutto attraverso la *lex Romana Visigothorum* (n. 30).

30. LE LEGGI ROMANO-BARBARICHE.

1. Un posto a sè, nel quadro delle fonti giuridiche postclassiche, meritano le cd. *leges Romanae Barbarorum*, cioè alcune modeste compilazioni di scritti giurisprudenziali e di *leges* imperiali pubblicate dai re germanici di Occidente sullo scorcio del sec. V d. C.

Lo scopo di queste compilazioni fu vario. Alcune furono operate per enucleare quelle regole del diritto romano che i re barbari volevano si applicassero anche alle loro popolazioni, quanto meno nei rapporti con l'elemento romano; altre furono messe insieme per riassumere e sintetizzare i principi di diritto applicabili ai sudditi di nazionalità romana. I re che pubblicarono compilazioni del primo tipo (Eurico e Teodorico il Grande) mostrarono o confermarono con ciò di accettare, sul piano formale, la supremazia dell'imperatore romano e di voler inquadrare anche i loro popoli nell'ambito dei cittadini dell'Impero; gli altri (Alarico II e Gundobado), dimostrarono di rifiutare ogni supremazia romana e del diritto romano sui loro popoli, pur senza pretendere, in omaggio al principio dell'esclusivismo nazionale del diritto, che il loro diritto nazionale si applicasse anche ai sudditi romani.

Le leggi romano-barbariche da tener particolarmente presenti sono: il *Codex Eurici*, l'*Edictum Theoderici*, la *Lex Romana Burgundionum* e la *Lex Romana Wisigothorum*.

2. Il *Codex Eurici* (CE.) fu pubblicato, intorno al 475 d. C. (in coincidenza con la fine dell'Impero di Occidente), dal re visigoto Eurico, figlio di Teodorico I, i cui domini si estendevano su buona parte della Gallia occidentale e della Spagna. Sembra probabile che il *Codex* sia stato concepito come un *edictum* emanato da Eurico in sostituzione del prefetto della Gallia e che le sue norme si applicassero, pertanto, non solo ai Romani, ma anche ai Visigoti, dato che questi ancora si consideravano, a quell'epoca, formalmente sudditi dell'Impero di Occidente.

La compilazione euriciana, assai rudimentale nella forma e nella sostanza, ci è nota direttamente solo in piccola parte. Pare che essa si dividesse in una trentina di *tituli*, entro i quali la ma-

teria era esposta in un breve seguito di secche proposizioni. Le fonti ne sono state i tre codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano e le opere giuridiche elementari correnti all'epoca in Occidente.

3. L'*Edictum Theoderici* (ET.) fu pubblicato in Italia, intorno al 500 d. C., da Teodorico il Grande, re degli Ostrogoti (489-526), che si considerava governatore della prefettura italiana in nome dell'imperatore d'Oriente Zenone. Proprio perciò esso si applicò sia alla popolazione romana che a quella ostrogota.

Formalmente l'*Edictum Theoderici* si presenta analogo al *Codex Eurici*, di cui aveva all'incirca lo stesso carattere. La materia vi è esposta, con grande laconicità, in 154 articoli privi di riferimento alle fonti sfruttate per la loro compilazione. Non è difficile, peraltro, ravvisare tra le fonti dell'*Edictum* i codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, le novelle post-teodosiane, le *Sententiae* di Paolo e le *institutiones* di Gaio.

4. La *Lex Romana Burgundionum* (LRB.) venne compilata per ordine del re Gundobado (474-516) intorno al 500 d. C., ad integrazione di una precedente *Lex Burgundionum* (o *Lex Gundobada*). Sembra che la *Lex Burgundionum* fosse essenzialmente informata alle consuetudini borgognone e fosse applicata ai soli Burgundi, o tutt'al più ai rapporti tra Burgundi e Romani; la *Lex Romana Burgundionum*, invece, si applicava ai soli rapporti tra Romani ed era tratta essenzialmente da fonti romane.

Le fonti della *Lex Romana Burgundionum* sono le stesse dell'*Edictum Theoderici*. Ma, sebbene l'indicazione della loro provenienza faccia quasi sempre difetto, la compilazione si presenta meno rudimentale, più ricca, più informata del testo teodericiano.

5. La *Lex Romana Wisigothorum* (LRW.), che è di gran lunga la più importante delle leggi romano-barbariche, fu pubblicata nel 506 dal re visigoto Alarico II, ed appunto perciò è anche nota col nome di *Breviarium Alarici*. Probabilmente la nuova compilazione non abrogò il *Codex Eurici*, ma convisse con esso, applicandosi esclusivamente ai Romani della Francia occidentale e della Spagna nei rapporti tra loro.

Le fonti della *Lex Romana Wisigothorum* sono copiose e ap-

paiono riunite in modo da conferire alla compilazione il carattere di una raccolta di ben distinte opere legislative e giurisprudenziali, piuttosto che quello di una compilazione unitaria. Poco si trova dei codici Gregoriano ed Ermogeniano, ma parecchio si rinviene del codice Teodosiano e delle novelle post-teodosiane. La *Lex* contiene, inoltre, una larga scelta delle *Sententiae* di Paolo e l'intera *Epitome Gai*, nonché un passo isolato dei *responsa* di Papiniano. E' di molto interesse, infine, la succinta e rozza *interpretatio* latina che accompagna ogni testo (ad eccezione della *Epitome Gai*): una *interpretatio* che forse non è stata nemmeno scritta dai compilatori, ma che già si trovava da prima a margine o in calce al materiale utilizzato.

Grande fu la diffusione che ebbe questa legge nell'alto Medioevo, ragion per cui ci sono pervenuti parecchi manoscritti di essa. La sua utilità per i romanisti sta sopra tutto nel fatto che i passi in essa riportati, sebbene non scevri da alterazioni, servono a riempire (specie per le *Sententiae* di Paolo e per il codice Teodosiano) alcune lacune altrimenti incolmabili.

31. I RESTI DELL'ATTIVITÀ GIURISPRUDENZIALE POSTCLASSICA.

1. Un quadro completo dei resti dell'attività giurisprudenziale postclassica, di cui disponiamo al giorno d'oggi, si risolverebbe in un'elencazione tanto lunga, quanto inutile. Perciò, tralasciando le cose di minor conto, ci limiteremo ad indicare i principali elaborati della giurisprudenza postclassica (occidentale e orientale) a noi direttamente pervenuti.

Essi possono distinguersi in due gruppi: un primo gruppo è costituito da opere strettamente limitate alla rielaborazione più o meno intensa di scritti giurisprudenziali classici (i cd. « *iura* » del linguaggio usuale scientifico); un secondo gruppo è dato da compilazioni a più vasto impianto, miste di *iura* e di *leges*.

Tra le raccolte di *iura* possono ricordarsi: i *Tituli ex corpore Ulpiani*, le *Pauli Sententiae*, l'*Epitome Gai*, i *Fragmenta Augustodunensia*, gli *Scholia Sinaitica*. Tra le raccolte di *iura* e di *leges* emergono: i *Fragmenta Vaticana*, la *Collatio*, il *Liber Syro-Romanus*, il *De Actionibus*, la *Consultatio*.

2. I cd. *Tituli ex corpore Ulpiani* (o *Ulpiani liber singularis regularum*) (*Tit. Ulp.*, *Ulp. reg.*, o *Ulp.*) ci restano in un manoscritto del X secolo, ritrovato nella Biblioteca Vaticana. E' opinione comune tra gli studiosi che si tratti di una compilazioncella elaborata nel IV secolo col titolo di « *Ulpiani liber singularis regularum* », la quale era il frutto di un'elaborazione postclassica condotta sulla falsariga delle *institutiones* di Gaio e di altre opere elementari dell'età dei Severi, ivi comprese le *institutiones* di Ulpiano.

3. Le *Pauli Sententiae* (o *Pauli receptae sententiae*) (*PS.*, o *Paul.*) constano di 5 libri pervenutici in varie redazioni, di cui la più completa ed ampia è quella conservata nella *Lex Romana Wisigothorum* (n. 30). Si ritiene, in generale, che si tratti di un'antologia di testi giuridici compilata durante il principato di Diocleziano (285-305), nella quale furono sfruttati come fonte principale, secondo alcuni, gli scritti di Paolo o, secondo altri, opere di vari autori.

4. L' *Epitome Gai* (*EG.*, o *Gai ep.*) è un'opera in tre libri condotta sulla falsariga dello scritto gaiano, da cui, peraltro, qualche volta si discosta per uniformarsi al nuovo diritto vigente in Occidente. L'opera fu compilata dalle scuole d'Occidente nel sec. V d. C. e ci è nota attraverso la *lex Romana Wisigothorum*, in cui si trova inserita.

5. I *Fragmenta Augustodunensia* (*Fr. August.*) sono un commento assai povero alle istituzioni gaiane, in cui sono riportati prima passi di Gaio e poi la relativa *interpretatio*, quanto mai sciatta e piatta. L'opera appartiene al V sec. d. C.: ne abbiamo qualche squarcio, ritrovato in un palinsesto della biblioteca di Autun nel 1889.

6. Gli *Scholìa Sinaitica* (*Sch. Sin.*), trasmessici da un papiro del Monastero del monte Sinai, sono un commento rudimentale ai libri *ad Sabinum* di Ulpiano. In questi scolii sono richiamati, allo scopo d'interpretare il testo, passi di parecchie altre opere dello stesso Ulpiano e di altri giuristi classici, e non mancano talune citazioni di costituzioni imperiali.

L'opera, scritta in greco, appartiene alla scuola d'Oriente e fu

elaborata verosimilmente nel V sec. d. C. Di essa possediamo solo pochi brani, che si riferiscono ai libri 36 e 37 dell'opera ulpianea.

7. I *Fragmenta Vaticana* (FV., o Vat.) sono circa 400 frammenti, facenti parte di una compilazione a catena, redatta in Occidente da un privato e che risale probabilmente al IV secolo. In essa, infatti, appaiono sfruttati i codici Gregoriano ed Ermogeniano, ma non risulta utilizzato il Teodosiano del 438.

L'opera era divisa in titoli, sotto ognuno dei quali erano raccolti passi di Papiniano, di Paolo, di Ulpiano, e costituzioni imperiali. Purtroppo, i soli titoli pervenutici sono i pochi seguenti: *ex empto et vendito, de usufructo, de re uxoria ac dotibus, de excusatione*, e qualche altro titolo riguardante la tutela, la donazione, il *cognitor* e il *procurator*.

8. La « *Lex Dei quam praecepit Dominus ad Moysen* » o *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (Coll.) è una raccolta di cui si è perduto il titolo. Delle due intersezioni qui riferite nessuna è quella originale: infatti, la prima si trova nei manoscritti ma sembra di seconda mano, la seconda è quella data solitamente dagli editori.

L'opera, che possediamo solo in parte, si proponeva di dimostrare che le leggi romane derivavano da quelle mosaiche, per cui in essa era fatto un confronto tra passi della legge mosaica e testi romani: rappresentati, questi ultimi, da costituzioni imperiali e da squarci dei cinque giuristi della legge delle citazioni (n. 28). L'epoca presumibile della sua compilazione è la prima metà del IV sec. d. C.

9. Il cd. *Liber syro-romanus iuris* (L. srom.), (il vero titolo dell'opera è Δικαιώματα o *Leges saeculares*) è un'operetta di cui si possiedono alcune versioni in siriano, in arabo e in armeno, tutte condotte su un originale greco del V secolo.

Lo scopo della compilazione fu eminentemente pratico, e sembra che le versioni siriane siano state apprestate appunto per uso dei cristiani della Mesopotamia. E' notevole il fatto che non vi sia alcuna traccia di *ius honorarium* in quest'opera, ove è esposto soltanto diritto civile, aggiornato con le costituzioni emanate da Costantino in poi.

10. Il trattatello *De actionibus* (*De act.*) è un'opera di origine orientale, scritta in greco, in cui sono contenute delle brevi definizioni concernenti i fini e la struttura delle azioni più importanti.

11. La *Consultatio veteris cuiusdam iuriconsulti* (*Consult.*) è un'opera di minimo valore culturale, che fu compilata probabilmente in Gallia verso la fine del V o addirittura nel VI sec. d. C. e che ci torna utile per le costituzioni tratte dai codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, nonché per parecchi squarci tratti dalle *Sententiae* di Paolo. La *Consultatio*, infatti, altro non era che il motivato responso di un modesto giurista intorno a varie questioni a lui sottoposte.

32. LA COMPILAZIONE DI GIUSTINIANO.

1. Oriundo d'Illiria, come il suo zio e predecessore Giustino (518-527), Giustiniano riassunse in sé il senso ormai svanito della romanità e compì un'opera insigne per la ricostruzione dell'impero romano e per il salvataggio del suo diritto. L'operato politico di questo grande imperatore è ben noto. Non meno gigantesco fu il compito che Giustiniano seppe assolvere nel campo del diritto, mediante la collaborazione del grande ministro Triboniano.

Non è da credere che Giustiniano abbia ideato in un solo tratto la sua grandiosa opera legislativa. Dapprima, durante la correggenza con Giustino, egli maturò il limitato disegno di provvedere alla compilazione di un codice di *leges* che surrogasse, per i bisogni della pratica, l'invecchiato e superato codice Teodosiano (n. 29). Rimasto solo al potere (527 d. C.), Giustiniano provvide ad attuare il suo intento e trovò, tra i membri della commissione da lui nominata a quest'uopo, l'intelligente e perspicace comprensione di Triboniano, uomo di vasta cultura e di notevolissime attitudini realizzatrici. In breve Triboniano divenne, come *quaestor sacri palatii*, l'intimo collaboratore di Giustiniano, al quale seppe consigliare e per conto del quale seppe praticamente attuare, sino alla morte (542 d. C.), il vastissimo programma di una compilazione dei *iura* e delle *leges*, risolvendo in maniera eccellente tutti i delicati problemi sistematici e legislativi da esso implicati.

2. Poco dopo l'ascesa al potere, Giustiniano emanò la costituzione « *Haec quae necessario* » (13 febbraio 528), con la quale dispose la compilazione di un *Codex Iustinianus* in base ai materiali raccolti nei codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, nonché alle costituzioni emanate posteriormente al codice Teodosiano. Della confezione del codice fu incaricata una commissione presieduta dall'ex - *quaestor sacri palatii* Giovanni.

Data la eccellenza dei modelli preesistenti, l'opera fu compiuta in tempo brevissimo e venne pubblicata con la costituzione « *Summa rei publicae* » (9 aprile 529), che ne fissò l'entrata in vigore per il 16 aprile.

Il *Codex Iustinianus* del 529 non è pervenuto sino a noi, perchè fu rifiuto, dopo solo quattro anni, nel *Codex repetitae praelectionis*. E' presumibile che esso fosse solo un raffazzonamento del *Codex Theodosianus*.

3. Fu, probabilmente, in occasione della redazione del primo Codice che a Giustiniano venne in mente, forse per consiglio di Triboniano, di procedere ad una grande compilazione di *iura*. Sta di fatto che, poco dopo la pubblicazione del *Codex Iustinianus*, Giustiniano prese ad emanare una serie di costituzioni preparatorie del nuovo lavoro, risolvendo legislativamente vari dubbi dottrinali determinati dai *iura*: con questo lavoro, che fu continuato durante la compilazione dei *Digesta*, egli facilitò enormemente il compito della commissione triboniana.

A quanto pare, le costituzioni preparatorie dei *Digesta* vennero raccolte, verso la fine del 530 d. C., in una compilazione provvisoria, dal titolo di *Quinquaginta decisiones*, poi rifiuta, insieme con le costituzioni successive, nel secondo Codice. Di questa raccolta non rimangono tracce e molto si discute tra i romanisti circa la individuazione, entro il materiale del *Codex repetitae praelectionis*, delle costituzioni ad essa appartenenti.

4. Esauriti i lavori preparatori delle *Quinquaginta decisiones*, Giustiniano emanò, il 15 dicembre 530, la costituzione « *Deo auctore* », con la quale diede incarico a Triboniano di scegliersi dei collaboratori, per procedere ad una grande compilazione di *iura*, condotta secondo l'ordine dei *digesta* della giurisprudenza classica (n. 21), la quale avrebbe appunto ricevuto il nome di *Digesta*.

« *seu Pandectae* » (da πᾶν δέχομαι = raccolgo insieme). Giusta le disposizioni dell'imperatore, dovevano essere escerpiti i soli scritti dei giuristi classici muniti del *ius respondendi* (n. 21), senza alcun ordine di preferenza degli uni sugli altri, ed in particolare senza dover preferire il parere di Papiniano a quello altrui: la commissione era tenuta a riferire nominativamente l'autore e l'opera dei singoli frammenti raccolti, ma era nel contempo autorizzata ad alterare nella più lata maniera i dettati originari, sia per eliminare ogni antinomia e contraddizione fra i testi, sia per adattare i testi stessi al diritto nuovo.

Triboniano tolse a suoi collaboratori due professori di Costantinopoli (Teofilo e Cratino), due professori di Berito (Doroteo e Anatolio), il *comes sacrarum largitionum* Costantino e undici avvocati di Costantinopoli: in tutto la commissione fu composta di 17 membri. I lavori procedettero anche stavolta con straordinaria rapidità. In data 16 dicembre 529 Giustiniano era già in grado di pubblicare l'opera, mediante la costituzione bilingue « *Tanta-Δέδωκεν* », indirizzata *ad senatum et omnes populos*, con la quale stabiliva altresì che i *Digesta* sarebbero entrati in vigore, con forza di legge, il 30 dicembre dello stesso anno, e che d'ora in poi era assolutamente vietato (sotto pena di falso) compiere opera di commentario scolastico sui materiali in essi raccolti, salvo che si trattasse di versioni letterali in greco (κατὰ πῶδα), di indici (ἐνδικοί) o di brevi sommari dei titoli (παράτιτλα), e simili.

4.1. I *Digesta seu Pandectae* si compongono di 50 libri di varia ampiezza, ciascuno diviso in due o più titoli (salvo i libri 30-32, che costituiscono un titolo unico: *de legatis et fideicommissis*). Entro ogni titolo si incontra una serie di frammenti giurisprudenziali classici, ciascuno munito di una *inscriptio* contenente il nome dell'autore, il libro e l'opera escerpita. Le edizioni moderne numerano progressivamente i frammenti entro i titoli; i pratici medievali distinsero, per comodità didattica, i frammenti più lunghi in un *principium* e in uno o più paragrafi successivi. Ai *Digesta* fu premesso, giusta un disposto della costituzione *Deo auctore*, un *Index* delle opere escerpite.

Giustiniano stesso, nella costituzione *Tanta - Δέδωκεν*, ripartì i *Digesta* in sette parti, sia per comodità pratica (di divisione in

volumina), sia per esigenze didattiche. Le sette *partes* sono le seguenti: a) *πρώτα* (libri 1-4): contengono i principi generali sul diritto e sulla giurisdizione; b) *pars de iudiciis* (libri 5-11): dottrina generale delle azioni e protezione giudiziaria della proprietà e degli altri diritti reali; c) *pars de rebus* (libri 12-19): obbligazioni e contratti; d) *umbilicus* (libri 20-27): altri istituti della materia delle obbligazioni e rapporti giuridici di famiglia; e) *de testamentis* (libri 28-36): eredità, legati e fedecommissi; f) parte senza nome (libri 37-44): eredità pretoria e molteplici istituti eterogenei, relativi ai diritti reali, al possesso, alle obbligazioni; g) altra parte senza nome (libri 45-50): due libri sono dedicati alla *stipulatio* e ad istituti connessi, altri due libri sono dedicati al diritto penale (*libri terribiles*), un libro è dedicato all'*appellatio*, un libro è infine dedicato al diritto municipale, ma si chiude con due titoli di carattere generale (« *de verborum significatione* » e « *de diversis regulis iuris antiqui* »).

5. Prima ancora che fossero pubblicati i *Digesta*, Giustiniano incaricò una ristretta commissione, composta da Triboniano, Teofilo e Doroteo (membri già tutti della commissione dei *Digesta*), di redigere un manuale elementare di diritto, le *Institutiones Iustiniani Augusti* (I.), il quale potesse surrogare nelle scuole le ormai invecchiate *institutiones* di Gaio. L'opera fu compiuta in brevissimo tempo e fu pubblicata con la costituzione « *Imperatoriam maiestatem* » del 21 novembre 533, indirizzata alla « *cupida legum inventus* »: anche ad essa venne conferita forza di legge, alla pari dei *Digesta*, unitamente ai quali la nuova opera entrò in vigore il 30 dicembre 533.

Le *Institutiones* furono divise in quattro libri, sul modello delle Istituzioni di Gaio. Il primo libro trattò delle *personae*, il secondo della proprietà e della successione testamentaria, il terzo della successione intestata e delle obbligazioni da atto lecito, il quarto delle obbligazioni da atto illecito, delle azioni e del diritto penale.

6. Il notevole numero di costituzioni innovative emanate a partire dal 530 d. C. rese necessaria una riedizione e un perfezionamento del primo *Codex Iustinianus*. Di questo lavoro Giustiniano incaricò, ai primi del 534, Triboniano, Doroteo e tre avvocati della disciolta commissione dei *Digesta*. L'opera fu condotta a termine entro l'anno e fu pubblicata con la costituzione « *Cordi* » del 17

novembre 534, la quale abrogò il primo codice e le costituzioni posteriori.

Il *Codex repetitae praelectionis* (Cl.), l'unico che ci sia conservato, è ripartito in 12 libri, a ricordo delle dodici tavole decemvirali (n. 11): ogni libro contiene numerosi *tituli* ed ogni titolo comprende un certo numero di costituzioni ordinate cronologicamente (con una *praescriptio*, relativa al nome dell'imperatore e del destinatario della costituzione, ed una *subscriptio*, relativa alla data di emanazione dell'atto). L'ordine delle materie è il seguente: libro I (fonti del diritto, argomenti di diritto pubblico, diritto ecclesiastico); libri II-VIII (diritto privato, secondo l'ordine dei *digesta* classici: n. 21); libro IX (diritto penale); libri X-XII (diritto pubblico).

7. L'attività legislativa di Giustiniano non si chiuse con la compilazione del *Codex repetitae praelectionis*, ma continuò fino alla sua morte (565 d. C.) e fu particolarmente feconda sino al 542 d. C. (anno in cui probabilmente morì Triboniano).

Non più legato al suo programma di restaurazione del diritto romano, l'imperatore si dedicò, in queste *Novellae constitutiones* (alcune in latino ed altre in greco), a riformare intere branche del diritto, con uno spirito di indipendenza molto maggiore di quanto ne avesse dimostrato prima.

33. LE COMPILAZIONI GIURIDICHE POSTGIUSTINIANEE.

1. L'imperatore Giustiniano vietò severamente, sotto minatoria di *deportatio* (pena del *crimen falsi*), ogni attività di commento ai *Digesta* (*const. Deo auctore* 12, *const. Tanta - Δέδωκεν* 21). Analogo divieto non fu fatto per il *Codex repetitae praelectionis*, e ben a ragione, perchè l'imperatore non poteva illudersi di arrestare con le sue disposizioni l'evoluzione naturale del diritto. In sostanza, Giustiniano volle soltanto evitare il pericolo di una ulteriore corruzione dei *iura*, che con tanta fatica era riuscito a salvare.

All'atto pratico, la scuola bizantina non esitò, ancora in vita dell'imperatore, ad aggirare il divieto, sospintavi dalla duplice necessità di provvedere alle esigenze di studenti di lingua greca e di

adattare i principi romani (ancor troppo romani) del *Corpus iuris* alle ben diverse condizioni del mondo giuridico bizantino. Non soltanto furono fatte versioni greche delle compilazioni, non soltanto furono redatti *ἱνδikes* e *παράτυλα*, ma furono scritte anche note di commento (*παραγραφαί*) ed opere monografiche su singoli argomenti (queste ultime a partire dal sec. VII d. C.).

E' da sospettare, del resto, che tutta questa elaborazione in lingua greca altro non sia se non la riproduzione, con imperfetti adattamenti, del materiale accumulatosi prima di Giustiniano nelle scuole orientali: il che contribuisce notevolmente a spiegare come mai si sia potuta iniziare subito una attività che si risolveva, in buona sostanza, in una infrazione del rigoroso divieto di Giustiniano.

2. Nel sec. VI, od agli inizi del sec. VII, scrissero *ἱνδikes* dei *Digesta* Doroteo, Cirillo, Stefano, tutti contemporanei di Giustiniano e suoi collaboratori nella compilazione.

Un *index* dei *Digesta* va anche sotto il nome di Teofilo (altro collaboratore di Giustiniano, ma morto prima del 534, visto che non lo si vede incaricato della redazione del secondo *Codex*), ed è quello che maggiormente contravviene al divieto di commenti dell'imperatore: di ciò possiamo farci ragione, pensando che Teofilo raccolse il precedente materiale di scuola, ma non ebbe tempo, causa la morte prematura, di metterlo in perfetta armonia con i *Digesta*.

Dello stesso Teofilo è una *parafrasi delle Institutiones*, la quale mostra chiaramente di essere piuttosto una parafrasi del manuale gaiano (usato nelle scuole prima del 534) e conferma pertanto la congettura avanzata a proposito dell'indice dei *Digesta*.

Nello stesso torno di tempo fu pubblicata una *parafrasi greca dei Digesta* anonima (o, come poi si disse, di Anonimo): parafrasi piena di sconcordanze col testo imperiale, anch'essa evidentemente condotta su compilazioni a catena postgiustiniane (o « predigesti »).

Indices del *Codex repetitae prelectionis* dettero, infine, alla luce Taleleo, Isidoro ed altri.

3. Di tutti questi lavori scolastici postgiustiniani soltanto la parafrasi di Teofilo ci è nota per tradizione diretta. Tutto il rimanente trovasi rielaborato nella grande compilazione ufficiale dei *Li-*

br i Basilicorum (τὰ Βασιλικά), ordinata dall'imperatore Leone il saggio (886-911) per raccogliere quanto ancora avesse vigore del diritto romano giustiniano. Questa compilazione greca comprende, in 60 libri, tutto il materiale del *Corpus iuris*, ricomposto unitariamente secondo l'ordine del *Codex*.

I *Basilica* furono, nei secoli seguenti (sec. X-XII), corredati di numerosi *scholia* (se ne conoscono almeno due serie ben distinte) e furono oggetto, inoltre, di molte imitazioni ed epitomi, quali la *Synopsis Basilicorum* del sec. X e il *Tipucitus* (τί ποῦ κεῖται; = dove si trova?) del sec. XII.

L'imponente letteratura, qui sopra appena accennata, dimostra l'alta importanza rivestita dal diritto romano, nella sua veste giustiniana, come elemento di sostegno (« diritto comune ») dell'ordinamento giuridico bizantino, sino alla caduta dell'impero d'Oriente (1456).

34. L'EVOLUZIONE POSTROMANA DEL DIRITTO ROMANO.

1. Lo studio del diritto romano fu praticato anzi tutto, ed ovviamente, dai Romani stessi, che a quel diritto dovevano far ricorso per il regolamento della loro vita di relazione. Il periodo post-classico segnò, tuttavia, l'inizio di una *d e c a d e n z a*, che si accentuò in Occidente dopo il 476 e in Oriente dopo la morte di Giustiniano I (565).

In *O c c i d e n t e*, nei paesi dominati dai barbari, il diritto romano fu studiato fiaccamente e superficialmente, al solo scopo pratico di avere una traccia sommaria delle istituzioni giuridiche proprie dell'elemento romano assoggettato. In *O r i e n t e* e nei domini bizantini di Occidente (Venezia, Ravenna, Napoli, Calabria) l'impegno di studio fu assai maggiore, ma perse gradatamente la genuina ispirazione romana, dando luogo ad una degenerazione del diritto romano in « diritto bizantino », fortemente influenzato dalle istituzioni delle popolazioni greco-orientali.

Per tal modo, il diritto romano finì per essere, intorno all'anno 1000, piuttosto un ricordo e un vuoto nome, che un fattore vivo e operante del progresso civile dei popoli.

2. Il « rilancio » del diritto romano come oggetto di studio approfondito fu determinato essenzialmente da due circostanze: la costituzione del Sacro Romano Impero, fondato sulla idea dell'eredità dell'*Imperium Romanum* antico, e il « pre-rinascimento » italiano del sec. XII, caratterizzato da un nuovo interesse degli studiosi per la civiltà di Roma.

Il ritrovamento in Pisa (1050) di un fedele manoscritto dei *Digesta* risalente al sec. VI (la cd. *Littera Pisana*, passata a Firenze nel 1406, ed appunto perciò oggi denominata *Littera Florentina*) acuì l'interesse per il diritto romano. Sulle copie tratte da quel manoscritto (le cd. *lectiones vulgatae*) prese più tardi ad esercitare i suoi allievi un *magister artium* dello Studio di Bologna (vissuto agli inizi del sec. XII) di nome Irnerio. Nell'intento di offrire nuovi materiali di studio ai suoi discepoli di Grammatica e di Retorica, Irnerio lesse loro i *Digesta*, chiosandoli opportunamente con glosse là dove il testo fosse difficile ed oscuro. Di questa attività glossatoria i successori di Irnerio (tra cui primeggiano Martino, Bulgaro, Ugo, Iacopo e Azzone) fecero addirittura lo scopo esclusivo del loro studio e del loro insegnamento, fondando in tal modo, nell'ambito dello Studio bolognese, una vera e propria scuola di diritto, che è passata alla storia col nome di *S c u o l a d e i g l o s s a t o r i*.

L'attività insigne di questa scuola, che presto estese i suoi interessi anche alle altre parti del *Corpus iuris* e alle leggi longobarde e federiciane (di Federico II) di più comune applicazione, fu sintetizzata dal Maestro Accursio (inizi del sec. XV) in una grande edizione di insieme denominata « *Magna glossa* » o *Glossa ordinaria*, ancor oggi utilmente consultabile per la dovizia di notazioni, di esplicazioni e di richiami che vi figurano (generalmente siglati con le iniziali dello studioso che per primo ebbe a formularli).

3. Le esigenze della pratica imposero, peraltro, nei secoli XIII-XIV, una evoluzione nello studio del diritto, sia a Bologna che nelle altre Università frattanto costituitesi: Pisa, Padova, Perugia, Siena, Napoli. Si trattava di mettere in armonia le norme romane con quelle del diritto canonico e del diritto germanico, e si trattava altresì di affrontare più da vicino i problemi giuridici attuali.

Senza abbandonare del tutto il metodo glossatorio, insigni maestri dello Studio bolognese e degli altri Studi si dedicarono alla stesura di vere e proprie monografie su specifici temi, con l'effetto di un notevolissimo allargamento di orizzonti. Eccelsero su tutti tre uomini: Cino da Pistoia (1270-1336), Bartolo da Sassoferrato (1314-1357) e Baldo degli Ubaldi (1327-1400).

Il nuovo indirizzo scientifico dominante in questa epoca ha fatto parlare di una Scuola dei commentatori, anche detta meno propriamente « dei post-glossatori ».

4. Nota comune a Glossatori e Commentatori fu il convincimento della piena vigenza del diritto romano, della sostanziale applicabilità delle sue norme, pur se in concorso con altre più recenti, alla società loro contemporanea. Orientamento caratteristico e fascinoso, che richiamò agli Studi italiani studenti di ogni parte d'Europa e che meritò il nome di « *mos Italicus* ».

Ma nel periodo delle preponderanze straniere in Italia, che si aprì nel 1492 con la morte di Lorenzo de' Medici e i preparativi della calata di Carlo VIII in Italia, le Scuole giuridiche italiane persero fatalmente la loro supremazia. Nei loro confronti si affermò e prevalse la così detta Scuola culta, prevalentemente francese e dichiaratamente favorevole ad una interpretazione storica delle fonti giuridiche romane (« *mos gallicus* »). Tra i più illustri esponenti della scuola culta si possono citare: Andrea Alciato (1499-1550), Iacopo Cuiacio (Cujas, 1522-1590), Ugo Doneau (Doneau, 1527-1591), Dionigi Gotofredo (Godefroy, 1549-1622), Giacomo Gotofredo (1587-1652), Antonio Fabro (Faure, 1557-1624).

Nei secoli XVII-XVIII fiorì, anch'essa prevalentemente fuori d'Italia e più precisamente in Germania, la così detta Scuola del diritto naturale, la quale studiò il diritto romano come espressione di un diritto naturale, inteso come diritto comune a tutti i popoli che ripete la sua ragion d'essere da principi meramente razionali. Massimi rappresentanti di questa scuola furono Guglielmo Leibniz (1646-1716) e Cristiano Thomasius (1655-1728).

5. Agli albori del sec. XIX, sotto la scossa innovatrice della Rivoluzione francese, si fece strada in Europa l'idea che il diritto romano, unitamente ad ogni altro ordinamento tradizionale, dovesse essere sostituito da una sintetica codificazione, che ne riassumesse e riformasse, ove necessario, i principi. Sostenne vigorosamente questa tesi, tra gli altri, un tardo esponente della Scuola razionalista, il Thibaut (1772-1840). Ma in senso contrario si schierò, con incomparabile vigore, la Scuola storica tedesca, fondata da Federico Carlo Savigny (1779-1861), la quale concepiva il diritto come espressione immediata dello spirito popolare, come realtà storica perennemente evolventesi ed innovantesi, e sosteneva pertanto che esso non potesse essere concretato in leggi, dato che queste sarebbero state fatalmente superate dall'evolversi della materia giuridica nell'atto stesso della loro emanazione.

Per l'impulso del Savigny e della sua scuola, il sec. XIX fu il « secolo della storia » anche nel campo del diritto. Da un lato si moltiplicarono le ricerche storiche sul diritto romano, pubblico e privato, e sulla sua evoluzione attraverso il Medioevo; dall'altro fu ravvivato lo studio del *Corpus iuris* al fine pratico di applicare le regole ancor vive in esso contenute al regolamento dei rapporti sociali. Tra gli storici puri emersero le figure del Mommsen, del Huschke, del Bluhme, del Karlowa, del Bruns. Tra i pratici emersero il Jehrings, il Vangerow, il Dernburg, il Windscheid.

L'influenza della Scuola storica fu, per ovvie ragioni, particolarmente sentita in Germania. Ad essa si deve se la Germania ha atteso sino al 1900 per darsi un Codice civile. E ad essa si deve se, per sopperire alla carenza di leggi, è sorta, sempre in Germania, quella prodigiosa corrente scientifica, denominata della *Pandettistica*, la quale ha speso tesori di intelligenza e di acume per la sistemazione dell'antiquato materiale romano entro nuovi schemi dogmatici.

6. Tuttavia l'opera di codificazione, già praticamente iniziata in Russia nel 1794, trionfò e fu proseguita in Austria, con un Codice civile generale del 1811. Ma il codice di gran lunga più celebre, anche per la novità di molti suoi principi e per l'indubbia larghezza di idee e profondità di dottrina che presiedettero alla sua compilazione, fu il Codice francese pubblicato con

legge 21 marzo 1804, e successivamente denominato, a partire dal 1807, « *Côte Napoleon* ».

Fu sopra tutto all'influenza del codice napoleonico che si dovette il propagarsi della codificazione in tutti gli Stati di Europa, e in particolare negli Stati italiani. Nel regno di Sardegna ebbe vigore il « *Codice albertino* » del 1838; nel Lombardo-Veneto il « *Codice austriaco* » del 1811, entrato in vigore nel 1816; nel ducato di Parma, Piacenza e Guastalla il « *Codice farnese* », entrato in vigore il 1 febbraio 1852; nel regno delle due Sicilie il « *Codice per lo regno delle due Sicilie* », pubblicato il 27 maggio 1819 e comprendente cinque parti, di cui la prima ebbe a titolo « *Leggi civili* »; nello Stato pontificio il « *Regolamento gregoriano* », entrato in vigore il 1 gennaio 1835 (che, peraltro, lasciava in vita, per le materie da esso non esplicitamente disciplinate, il diritto romano, il diritto canonico, le costituzioni dei Pontefici e gli statuti locali); nello Stato di Lucca e di Piombino il Codice francese del 1804.

7. La codificazione per l'Italia unita fu attuata col Codice civile del 1865, entrato in vigore il 1 gennaio 1866, e più tardi esteso a Roma nel 1870, alle provincie di Venezia e di Mantova nel 1871. Sempre nel 1865 furono pubblicati anche il Codice di procedura civile e il Codice di commercio, il quale ultimo fu, peraltro, sostituito dal nuovo Codice di commercio nel 1882.

Il codice civile del 1865 e il codice di commercio del 1882 sono rimasti immutati fino al 1942, anno in cui, a seguito di una lunga elaborazione preliminare, è stato pubblicato il vigente Codice civile.

8. Molto importanti dal punto di vista scientifico sono stati i riflessi delle codificazioni in Europa.

Nel 1900, con la entrata in vigore del Codice civile tedesco (*BGB.*: « *Bürgerliches Gesetzbuch* »), anche la Germania si liberò dal diritto romano, il cui valore pratico fu ormai ridotto in termini insignificanti. Rimase, tuttavia, altissimo, anzi aumentò a dismisura, il valore storico di questo diritto, già chiaramente sentito dal Savigny.

Caduta, finalmente, la necessità della applicazione concreta

e diretta dei principi giuridici romani, i « romanisti » poterono rivendicare a sè, non in quanto « giuristi » ma essenzialmente in quanto « storici », l'onore e l'onere di rinnovare dalle fondamenta lo studio del diritto romano. Sorse pertanto, e si affermò stabilmente, l'indirizzo storico-critico nello studio della materia romanistica: indirizzo che trionfa, oggigiorno, in tutti i paesi del mondo civile, dall'Italia alla Germania, dalla Francia all'Inghilterra, dalle Americhe al Giappone, alla Russia, alla Romania, all'Ungheria, alla Norvegia, alla Spagna, ecc.

Al giorno d'oggi la scienza del diritto romano è, dunque, un ramo delle scienze storiche. Suo scopo fondamentale è quello di trarre alla luce il diritto romano « quale realmente è stato » (così, in generale, si esprime il Ranke riguardo alla storia), cioè di inquadrare prospetticamente nel tempo le sue fasi, i suoi fattori, i suoi istituti, le sue vicende. E' questa la ragione per cui il primo gradino della ricerca romanistica viene dato dalla conoscenza del materiale di cognizione del diritto romano: manoscritti, pergamene, papiri, epigrafi. Da questa conoscenza si passa, in un secondo momento, alla valutazione storico-critica delle nostre fonti di cognizione. Ed è un lavoro, questo, in cui i romanisti moderni, giovandosi di una preparazione filologica assai accurata, sono già pervenuti a imponenti risultati.

CAPITOLO II

IL DIRITTO ROMANO PRIVATO

§ 6. — IL « IUS PRIVATUM »

SOMMARIO: 35. La nozione romana di *ius privatum*. — 36. La distinzione tra *ius civile* e *ius gentium*. — 37. Le altre partizioni del *ius privatum*. — 38. La sistematica del *ius privatum*. — 39. Il diritto privato vigente in Italia.

35. LA NOZIONE ROMANA DI « IUS PRIVATUM ».

1. Per diritto privato, in contrapposto a diritto pubblico, si intende solitamente, in sede di teoria generale, l'ordinamento giuridico relativo ai cd. « rapporti privati », cioè ai rapporti che non interessino direttamente la società politica, ma attingano ad interessi tipici dei singoli cittadini. Nulla esclude pertanto, in linea di principio, che anche lo Stato (e a maggior ragione ciò va detto per i minori enti pubblici) possa intervenire in rapporti giuridici privati, se ed in quanto si svesta dei suoi poteri sovrani e si parifichi ai soggetti privati (per es., se acquisti la proprietà di un fondo esclusivamente allo scopo di sfruttarlo dal punto di vista economico, se venda i prodotti di quel fondo per procurarsi danaro, se compri azioni di una società commerciale ecc.). Nè, per converso, può escludersi che un privato cittadino intervenga in rapporti giuridici pubblici, se ed in quanto sia in giuoco un pubblico interesse (per es., la necessità di costruire un'opera pubblica sul fondo di sua proprietà, che gli viene pertanto espropriato).

In verità, la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico,

pur se è teoricamente legittima, è praticamente quanto mai difficile e inopportuna, sopra tutto là dove uno dei soggetti del rapporto considerato sia un ente pubblico (e in particolare, lo Stato). Questo il motivo per cui la giurisprudenza moderna tende a metterla da parte, anche se, per rispetto alla sua lontana discendenza romana, esita ad abolirla addirittura. Ogni esitazione in questo senso dovrebbe tuttavia, a nostro avviso, venir meno, ove si riflettessero che la dicotomia « *ius publicum* - *ius privatum* » altro non è che una decadente classificazione scolastica.

2. Anche se le fonti atecniche di cognizione mostrano che sin dall'età preclassica vi fu una tendenza volgaristica a distinguere tra *ius publicum* e *ius privatum*, sta di fatto che, in sede tecnica, la formulazione della dicotomia « *ius publicum* - *ius privatum* » fece la sua apparizione solo in età post-adrianea.

La dicotomia appare, infatti, per la prima volta, nelle *institutiones* di Ulpiano (D. 1.1.1.2), ove si afferma che « *ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem (pertinet)* », e si aggiunge a mo' di chiarimento: « *sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim* ». La definizione ulpiana è intrinsecamente contraddittoria perchè non tutto ciò che attiene all'organizzazione statale romana può dirsi, come abbiamo visto, di pubblico interesse (« *pubbliche utile* »). Essa è contraddetta, inoltre, da molte altre fonti romane, perchè da queste risulta che venivano tradizionalmente considerati *ius privatum*, almeno in senso ampio, i rapporti che tra privati si costituissero nel quadro del cd. processo privato, pur essendo il regolamento di tali rapporti di interesse prevalentemente pubblico.

La verità è che la giurisprudenza romana aveva chiara soltanto la nozione (storica, e non dogmatica) del *ius privatum*, in cui si identificava tutta la tradizione giuridica romana svoltasi intorno al nucleo del primitivo *ius Quiritium*. La nozione di *ius publicum*, come « *ius, quod ad statum rei Romanae spectat* » è solo una nozione di completamento di quella rigorosamente storicistica del *ius privatum*: una nozione di completamento, volta, più precisamen-

te, a far combaciare il concetto di ordinamento giuridico, nel suo complesso, con quello di ordinamento statale romano.

3. Il *ius privatum* risulta, quindi secondo la stessa definizione romana, rettammente interpretata: a) l'ordinamento che comunque concerna gli interessi dei singoli o privati (« *quod ad singulorum utilitatem pertinet* »), b) sempre che non tocchi l'organizzazione statale romana (« *status rei Romanae* »), nel qual caso si ha il *ius publicum*.

Tutto il resto dell'ordinamento statale romano è *ius publicum*. Ma si avverta, a scanso di equivoci, che il *ius publicum*, come contrapposto del *ius privatum*, non va confuso con altre due significazioni assolutamente diverse della stessa locuzione « *ius publicum* ».

Una prima e diversa significazione del *ius publicum* è quella, posta in luce a suo tempo (n. 14), del *ius* promanante dalle *leges publicae* e dai provvedimenti equiparati. L'altra significazione da rilevare è quella del *ius publicum* come « *quod privatorum pactis mutari non potest* » (Pap. D.2.14.38), cioè come il complesso delle norme di *ius privatum*, che non ammettono regolamenti derogatori da parte dei privati: le cd. norme « di diritto cogente » o « di ordine pubblico », in contrapposizione alle norme « di diritto dispositivo », cioè derogabili dei privati, che sono ovviamente assai più numerose nell'ambito del *ius privatum*.

36. LA DISTINZIONE TRA « IUS CIVILE » E « IUS GENTIUM ».

1. Una fondamentale distinzione del diritto romano in genere, ma in ispecie del *ius privatum* romano, è quella, operata dalla giurisprudenza classica, tra *ius civile* e *ius gentium*.

In questa classificazione il termine « *ius civile* » ha valore di « *ius proprium civitatis* », il termine « *ius gentium* » sta invece ad indicare le norme giuridiche dettate in modo conforme a tutti i popoli da una sorta di *ragione naturale* (« *ius quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* », « *quod apud omnes populos peraeque custoditur* »: cfr. Gai 1. 1).

Il senso pratico della dicotomia classica fu che il *ius civile* dovesse applicarsi esclusivamente ai Romani, essendo « *proprium civi-*

tatis », e non anche ai *peregrini*, nemmeno se questi si trovassero in Roma e chiedessero di essere sottoposti all'ordinamento giuridico romano. Naturalmente, non si escludeva la possibilità che del *ius civile* usassero anche gli stranieri, ma solo: o nel senso che singoli peregrini o singole consociazioni peregrine ottenessero la *civitatis donatio* e, divenendo in tal modo esponenti della cittadinanza romana, fossero per logica e necessaria conseguenza sottoposti al *ius civile*; oppure, eccezionalmente, nel senso che, si fingesse, in questa o in quella concreta situazione, che la parte *peregrina* fosse romana (« *fictio civitatis* »). Il *ius gentium*, invece, essendo comune a tutti i popoli, poteva applicarsi indistintamente tanto ai Romani quanto ai *peregrini*, e veniva pertanto specificamente richiamato ed applicato allorché rapporti intercorressero tra *peregrini* in quanto tali e Romani.

2. La nozione del *ius gentium* come diritto comune a tutti i popoli, ed applicabile quindi nelle relazioni tra cittadini di Stati diversi, fu un concetto a radici filosofiche formatosi, essenzialmente al di fuori della giurisprudenza romana, sin dall'ultimo sec. a. C. Tale concezione fu accolta con favore dai giuristi romani della età classica per le possibilità di inquadramenti e di sistemazioni che offriva, ed in particolare per la possibilità, che ne derivava, di inquadrare al di fuori del rigoroso *ius civile vetus* romano alcuni istituti venutisi a formare appunto nei rapporti tra Romani e stranieri, e venuti quindi a costituire quello che abbiamo denominato precedentemente il *ius civile novum* (n. 15).

Tuttavia, a rigor di termini, non tutti gli istituti del *ius civile novum* sono compatibili con la nozione del *ius gentium*. Molti tra quegli istituti (es.: la *stipulatio*) erano in realtà istituti romani, assolutamente estranei ad altri popoli non romani, e tuttavia resi dall'ordinamento giuridico romano, ed in particolare dal *praetor peregrinus*, utilizzabili nei rapporti tra Romani e stranieri. Peraltro, nel corso dello sviluppo giurisprudenziale classico i concetti di *ius gentium* e di *ius civile novum* passarono ad essere unificati, nel senso che: non soltanto furono ritenuti di *ius gentium* gli istituti effettivamente comuni ai Romani ed agli stranieri (e quindi, come tali, applicabili agli uni e agli altri); ma vennero, sia pure con uno strappo alla logica dei concetti originari, ad essere inclusi nella categoria

ius gentium anche taluni istituti prettamente romani del *ius civile*, in base alla considerazione che questi istituti erano resi applicabili non soltanto ai Romani ma anche agli stranieri.

Esempi del *ius gentium*, a parte gli istituti del *ius civile novum*, sono, stando alle fonti romane classiche, la schiavitù, la *occupatio bellica*, e, in genere, le poche regole di carattere internazionalistico riconosciute nell'ambiente rudimentale della vita interstatale antica.

3. Non è da escludere che qualche giurista della tarda età classica, posto il concetto di *ius gentium* come diritto scaturente da una *naturalis ratio*, abbia potuto parlare, a proposito del *ius gentium*, anche di « *ius naturale* » o « *ius naturae* » (cfr. Gai 1. 156 e 2. 65, 73). Tuttavia, solo in età postclassica, mediante una serie di interpolazioni testuali, la dicotomia « *ius civile-ius gentium* » venne sistematicamente trasformata in *tricotomia*, con l'aggiunta del *ius naturale*, distinto sia dal *ius civile* che dal *ius gentium*.

Per *ius naturale* si intese quel complesso di regole di vita che sono comuni non soltanto agli uomini (quale che sia la loro nazionalità), ma a tutti gli esseri animati, quindi anche agli animali: « *ius quod natura omnia animalia docuit* » (Ulp. D. 1.1.1.3). Le radici di questa concezione sono indubbiamente classiche (dato che già nell'ambito del diritto classico si distinse tra *cognatio civilis* e *naturalis*, *possessio civilis* e *naturalis*, *obligatio civilis* e *naturalis*, *ratio civilis* e *naturalis*), ma è evidente che la concezione del *ius naturale* nel senso dianzi veduto poté prendere piede e affermarsi, sotto l'impulso di correnti filosofiche, soltanto in un'epoca in cui era andata dilagando l'ideologia cristiana, in forza della quale si riteneva e predicava che tutte le creature fossero nelle mani di Dio e fossero, per quanto diverse tra loro, accomunate dalla creazione. Pertanto, non si rifuggiva, in questo ambiente sempre più permeato di idee cristiane, dalla concezione di un vero e proprio diritto naturale a fondamento divino, il quale, appunto per ciò, non poteva essere derogato dai singoli ordinamenti positivi: *naturalia iura* che « *divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent* » (D. 1.2.11).

Si ritenne, insomma, nell'ambiente postclassico, che nessun ordinamento positivo potesse permettere il matrimonio tra persone

dello stesso sesso, potesse eliminare la dipendenza dei figli dai loro genitori e così via: ciò perchè esso sarebbe andato contro il *ius naturale*, ritenuto « *quod semper aequum et bonum est* » (Paul. D. 1.1.11).

37. LE ALTRE PARTIZIONI DEL « IUS PRIVATUM ».

1. Una partizione del *ius privatum*, non infrequentemente ricordata nelle fonti giurisprudenziali del tardo periodo classico, è quella tra *ius civile* e *ius honorarium*: alle quali categorie può aggiungersi, per integrare il senso della classificazione, il *ius novum* o *extraordinarium*.

Non occorre chiarire ulteriormente la tripartizione ora indicata dopo quanto si è detto al proposito in sede storica (§ 4-5). Occorre solo sottolineare che questa distinzione si mantenne, entro certi limiti, anche nel periodo postclassico, sebbene in tale età la differenza tra *ius civile* e *ius honorarium* abbia avuto più il carattere di una reminiscenza storica, che non quello di una giustapposizione effettiva. Infatti, nell'ambito del periodo postclassico, come sappiamo (n. 26), *ius civile* e *ius honorarium* costituivano, rispetto al *ius novum*, la categoria del *ius vetus*, e molto operarono le costituzioni e le scuole postclassiche per eliminare ogni differenza pratica tra istituti civilistici e onorari, equiparando gli uni agli altri negli effetti, o addirittura fondendoli in istituti unitari.

2. La distinzione tra *ius strictum* e *ius aequum* è una distinzione che originariamente sorse in due ambienti diversi: nell'ambiente della giurisprudenza, per differenziare il criterio informatore degli istituti onorari, la *aequitas praetoris* (o *magistratus*), dai criteri informativi degli istituti civilistici; nell'ambiente filosofico, per contrapporre agli istituti di diritto positivo, sorti per svariate ragioni, quelli informati a criteri di superiore giustizia, denominati appunto criteri di *aequitas*.

E' probabile che la nozione filosofica dell'*aequitas* abbia di gran lunga preceduto la formazione della nozione giuridica. Forse la concezione giuridica di una *aequitas* superiore, cui si era particolarmente ispirata l'azione dei magistrati giusdicenti, generatrice a sua volta del *ius honorarium*, fece la sua apparizione solo con la

giurisprudenza classica della fase adrianea. In età repubblicana e nella fase augustea dell'età classica sembra, infatti, accertato che i magistrati giurisdicenti, sulla scorta della giurisprudenza coeva, intendessero per « *aequum esse* », molto più realisticamente, la corrispondenza delle loro innovazioni alle istanze della coscienza sociale.

Comunque, il concetto di *aequitas* coltivato dalla giurisprudenza adrianea, non ebbe nulla a che fare con i concetti di *benignitas*, di benevolenza, di carità, di condiscendenza, di strappo alle regole del diritto in considerazione di situazioni personali particolarmente pietose. « *Aequitas* », dallo stesso étimo di « *aequare* » e « *aequor* », significò, per i giuristi tardo-classici, contemperamento di opposte esigenze, equilibrio tra opposti interessi, il tutto operato con criteri rigidamente obbiettivi e di superiore giustizia.

Solo in età postclassica, sia per la decadenza dello spirito giuridico e sia per l'influenza delle concezioni cristiane, il concetto di *aequitas* degenerò sino a ricomprendere in sè anche gli elementi della *benignitas* e della *caritas*. In tale epoca, dunque, la contrapposizione tra *ius strictum* e *ius aequum* assunse il valore di contrasto tra un diritto troppo rigidamente concepito e attuato e un diritto concepito ed attuato con criteri di grande scioltezza.

Altra diversità tra la concezione classica e quella postclassica di *aequitas* fu in ciò: che in età classica la *aequitas* era considerata virtù e prerogativa del magistrato che effettuasse la *iurisdictio*, mentre nell'età postclassica la *aequitas* fu considerata ristretta al legislatore, negandosi ogni larghezza di giudizio e di valutazione ai magistrati-giudici. Solo l'imperatore conservò la possibilità di valutare e giudicare con *aequitas*.

3. Con riguardo alle fonti normative, la tarda giurisprudenza classica distinse, ancora, tra *ius ex scripto* e *ius ex non scripto*, a seconda che scaturisse da fonti documentali o meno.

Per i giureconsulti classici il *ius ex scripto* fu rappresentato dalle *leges* e dai provvedimenti di governo equiparati, mentre il *ius ex non scripto* (anche detto *ius sine scripto*) fu costituito, in teoria, dalla consuetudine, e più precisamente dai *mores*. In pratica, per *ius ex non scripto* essenzialmente si intese-

ro i *responsa prudentium*, cioè quelli che erano i mezzi di manifestazione degli antichi *mores civilistici*. L'idea di una consuetudine giuridica di più recente formazione fu infatti assai vaga nei giureconsulti classici, i quali, più che altro, si limitarono a riscontrare il fenomeno di questa o quella usanza sociale, senza peraltro attribuirvi l'efficienza di derogare o abrogare il *ius ex scripto*.

4. Un'ultima distinzione, che appare in talune fonti romane, è quella tra *ius commune* e *ius singulare*: intesi il primo come « diritto regolare » e il secondo come « diritto eccezionale ».

Il *ius singulare*, in un testo probabilmente non genuino, viene definito: « *quod contra tenorem rationis auctoritate constituentium propter aliquam utilitatem introductum est* » (Paul. D. 1.3.16), cioè come diritto, che una qualche considerazione specifica (« *aliqua utilitas* ») ha indotto ad essere contrario a quella *ratio* normale (« *tenor rationis* ») che giustifica il *ius commune*.

Tutto il valore pratico della distinzione tra *ius singulare* e *ius commune* vuole essere, stando alle fonti romane, in ciò: che il *ius singulare*, a differenza del *ius commune*, non poteva essere applicato a casi analoghi a quelli da esso esplicitamente previsti: « *quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias* » (Paul. D. 1.3.14). Senonchè la inapplicabilità per analogia di determinate norme a altri casi è un principio che contrasta con tutta la storia della civiltà giuridica romana sino alla fine dell'età classica. Quella storia infatti dimostra che, viceversa, la giurisprudenza di Roma fece uso pieno e praticamente incondizionato della integrazione analogica. La dicotomia *ius commune* - *ius singulare* (e in particolare la nebulosa concezione del *ius singulare*) è da ritenersi, pertanto, di assai dubbia classicità.

A nostro avviso, il sorgere della distinzione, con il conseguente divieto di analogia, si spiega solo in relazione alla contrapposizione postclassica tra *iura* e *leges* (n. 26): *ius commune* i *iura*, espressione della sapienza giuridica romana, *ius singulare* le *leges*, cioè le costituzioni imperiali, costituenti eccezioni ai *iura* e da applicarsi quindi con ogni restrizione. Comunque, nella Compilazione giustiniana la distinzione acquistò un valore generale, ed ivi come istituto del *ius singulare* figura, ad esempio, il *testamentum militis*,

che costituisce eccezione di fronte al regime del testamento ordinario (n. 63).

5. Nelle fonti postclassiche il *ius singulare* è detto anche *ius constitutum* o *beneficium*, e spesso anche *privilegium*.

Si intendono, in particolare, per *privilegia* le norme emanate specificamente in considerazione di un caso singolo o di una persona determinata: quindi, le norme specificamente a favore, o anche in odio, di determinate persone. In questo senso il *privilegium* (o *ius singulare*) è un istituto classico.

Il *privilegium* nei tempi più antichi aveva forse quasi esclusivamente significato sfavorevole, come si desume dalla *lex Clodia de exilio Ciceronis* (58 a. C.), che appunto viene qualificata come *privilegium* contro Cicerone; ma una disposizione attribuita alle *XII tabulae*, « *privilegia ne inroganto* », sembra volesse significare che non era lecito emanare norme sia a favore che a sfavore di determinate persone o ceti sociali. In età classica, invece, il termine *privilegium* aveva essenzialmente il valore di istituto giuridico favorevole ad una determinata persona, o a una determinata categoria o classe sociale: in questo senso si parlava di *privilegia militum*, costituenti appunto il cd. « *ius militare* ».

38. LA SISTEMATICA DEL « IUS PRIVATUM ».

1. Circa la partizione sistematica del *ius privatum*, è da dire che poco o nessun aiuto ci offre la giurisprudenza romana. Le opere sistematiche di *ius civile* in realtà non furono che raccolte casistiche incentrate intorno ad un certo numero di argomenti, che si seguivano in ordine di importanza pratica e si collegavano tra loro per considerazioni puramente esteriori.

Il fondatore di una *sistematica civilistica romana* fu Quinto Mucio Scevola (n. 17), che redasse i suoi 18 *libri iuris civilis* in modo da seguire quest'ordine di materie: successione nei rapporti giuridici (testata e intestata), rapporti giuridici di famiglia, rapporti giuridici reali, rapporti giuridici obbligatori (*ex contractu* e *ex delicto*).

Il sistema di Quinto Mucio fu seguito e solo parzialmente riformato, nei suoi tre *libri iuris civilis*, da Massurio Sabino (n. 22), che

si discostò dal predecessore per il fatto di chiudere l'opera con la trattazione dei rapporti giuridici reali, anzichè con quella dei rapporti giuridici obbligatori e per il fatto di tener conto, entro certi limiti, degli istituti principali del *ius honorarium*.

2. Se un tentativo di sistemazione esisteva nelle opere giurisprudenziali relative al *ius civile*, nessuna aspirazione sistematica sussisteva nelle opere relative al *ius honorarium*, le quali seguivano pienamente, con minime variazioni, l'ordine delle materie dell'*edictum* commentato. D'altra parte, pur se si voglia ammettere, con la dottrina dominante, che Salvio Giuliano « codificò » l'editto del pretore (n. 20), sta di fatto che questa pretesa codificazione non importò alcun serio risultato di organizzazione delle materie editali a sistema logico. Dai commentari *ad edictum* a noi meglio noti (principalmente di Paolo, di Ulpiano, di Gaio e di Salvio Giuliano, nella prima parte dei suoi *digesta*) si ricava soltanto che le materie erano considerate, ovviamente, *sub specie* processuale ed erano pertanto raggruppate in quattro grandi sezioni (più un'appendice sugli *interdicta*, le *exceptiones* e le *stipulationes praetoriae*): la prima dedicata all'introduzione della lite, la seconda dedicata alla procedura ordinaria, la terza dedicata alle procedure di urgenza, la quarta dedicata all'esecuzione della sentenza.

3. La sistemazione più razionale, ma indubbiamente anch'essa assai approssimativa e discutibile, fu quella adottata nelle sue *Institutiones* da G a i o (n. 23): « *omnes ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* » (Gai 1.8). Gaio perciò parla anzi tutto degli *status* giuridici delle *personae*, cioè degli esseri umani (siano essi soggetti giuridici oppur no: *liberi* e *servi*, *sui iuris* e *alieni iuris*, capaci di agire e sottoposti a *tutela* o a *cura*); poi delle *res*, cioè praticamente di tutto ciò che non riguarda lo stato personale (le *res corporales* oggetto di *dominium* e le *res incorporales*, vale a dire i diritti diversi dal *dominium*); infine delle *actiones*, cioè del processo privato. Questa disposizione delle materie, apprezzabile nella prima e nella terza parte, ma visibilmente artificiosa e sforzata nella parte seconda (che è quella di gran lunga più ampia), influì largamente sulle opere istituzionali tardo-classiche e sulle compilazioni elementari postclassiche, fu adottata a base delle *Institutiones* di Giustiniano ed ha stranamente affasci-

nato la Pandettistica e le codificazioni dell'800, tanto che se ne trovano sensibili tracce nel Codice Napoleone, in quello austriaco e in quello italiano del 1865 (n. 34).

39. IL DIRITTO PRIVATO VIGENTE IN ITALIA.

1. Il diritto privato italiano vigente, oltre che da numerosissime leggi speciali, che non sarebbe assolutamente possibile enumerare, è fondamentalmente costituito dal Codice civile, entrato in vigore il 21 aprile 1942. Questo è formato di 2969 articoli ed è diviso in sei libri: 1) delle persone (e della famiglia); 2) delle successioni (e donazioni); 3) della proprietà (e degli altri diritti reali cd. di godimento); 4) delle obbligazioni (e dei singoli contratti che ne costituiscono la fonte); 5) del lavoro (e delle società e consorzi); 6) della tutela dei diritti (trascrizione, prove, garanzie patrimoniali, tutela giurisdizionale, prescrizione e decadenza).

Al codice civile sono premesse le così dette Preleggi, cioè 31 articoli di « disposizioni sulla legge in generale ». La sua disciplina è integrata, a prescindere dalle numerosissime leggi speciali, dalle norme privatistiche contenute nel Codice della navigazione (marittima, interna ed aerea) entrato in vigore del pari nel 1942. Tra le altre principali leggi integrative del codice civile, possono essere indicati lo stesso Codice di procedura civile, di 831 articoli, entrato in vigore nel 1942, e il decreto 16 marzo 1942, portante il titolo « disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa ».

2. Fonte principale dell'ordinamento giuridico italiano è lo statuto politico denominato Costituzione della Repubblica italiana, che è entrato in vigore, a seguito di approvazione da parte di una apposita Assemblea costituente, il 1 gennaio 1948. Sullo stesso piano gerarchico della cd. Costituzione sono le leggi costituzionali, di essa integrative o modificative, la cui formazione è sottoposta a particolari requisiti procedurali.

Subordinatamente alle norme costituzionali, sono fonti dell'ordinamento italiano le fonti giuridiche ordina-

rie, la cui disciplina è in parte dettata dalla Costituzione e in altra parte fissata dalle Preleggi. Esse sono indicate dall'a. 1 prel. e sono, in ordine di importanza (e quindi di prevalenza): le leggi, i regolamenti, le norme corporative, gli usi.

3. La legge è la fonte di diritto più comune nel nostro ordinamento. Essa è la manifestazione tipica della sovranità statale. Il procedimento per la formazione delle leggi è stabilito dagli artt. 70-74 Cost. Accanto alle leggi approvate dal Parlamento van poste le leggi votate dal popolo e le leggi regionali. L'a. 75 della Costituzione prevede e disciplina, infatti, l'istituto del « referendum popolare », stabilendo i limiti entro cui esso può trovare attuazione; e l'a. 117 riconosce alle Regioni una potestà legislativa su materie determinate, nei limiti stabiliti dall'ordinamento ed in armonia con l'interesse nazionale e con quello delle altre Regioni.

La stessa efficacia delle leggi hanno gli « statuti regionali » (esclusi quelli delle Regioni ad autonomia speciale, che hanno valore di legge costituzionale).

Alle leggi formali sono equiparati gli atti amministrativi aventi forza di legge: « decreti legislativi » o leggi delegate e « decreti-legge » (a. 76 e 77 Cost.).

4. Fonti subordinate di diritto sono i regolamenti, cioè gli atti normativi mediante cui gli uffici di governo prestabiliscono, nell'ambito delle proprie attribuzioni, le modalità di esecuzione di una legge (r. « esecutivi »), o le modalità di esplicazione dei propri poteri discrezionali (r. « indipendenti »).

La subordinazione dei regolamenti alle leggi è data dal fatto che non è ammesso che essi possano contenere norme contrarie alle disposizioni legislative (a. 4 prel.).

5. Subordinatamente alle leggi e ai regolamenti, vigono le cd. norme corporative, cioè le norme speciali in materia di lavoro: norme che, in attesa di un ordinamento legislativo della materia, sono, ad esaurimento (sin che ne sussistano di non abrogate), quelle risultanti dalle fonti del preesistente ordinamento corporativo, abolito dal d.l.l. 23 novembre 1944 n. 369 (contratti collettivi di lavoro, sentenze della magistratura del lavoro, accordi economici collettivi, ordinanze corporative).

6. All'ultimo posto della gerarchia delle fonti del diritto italiano vigente si trovano gli *usi*, cioè le consuetudini (prevalentemente locali) che per altro devono essere esplicitamente richiamati dalle leggi e dai regolamenti (consuetudini *secundum legem*) oppure devono essere relativi a materie da essi non previste (c. *praeter legem*).

Gli usi sono pubblicati in Raccolte ufficiali degli enti e degli organi a ciò autorizzati. Tali raccolte non sono fonti di produzione giuridica, ma hanno solo valore probatorio: gli usi in esse pubblicati si presumono esistenti fino a prova contraria.

7. Le fonti giuridiche (e in particolare le leggi ed i regolamenti) vanno distinte a seconda che riguardino tutti i cittadini e ogni parte del territorio (fonti giuridiche generali), o riguardino invece determinate categorie di cittadini (fonti giuridiche speciali) o determinate porzioni del territorio nazionale (fonti giuridiche locali). Tra le fonti giuridiche locali sono da annoverare, a doppio titolo, quelle emanate da enti locali (leggi regionali, regolamenti provinciali e comunali, ecc.). E' ovvio che le fonti giuridiche speciali e locali non possono essere applicate al di fuori delle categorie di cittadini o delle porzioni di territorio cui sono riferite.

§ 7. — LA TUTELA GIURIDICA PRIVATA

SOMMARIO: 40. La tutela giuridica privata. — 41. Le procedure *per legis actiones*. — 42. La procedura *per formulas*. — 43. La struttura dei *iudicia formulari*. — 44. Lo svolgimento della procedura *formulari*. — 45. I mezzi complementari della procedura *formulari*. — 46. Le procedure *extra ordinem*. — 47. Ragguaglio di diritto moderno.

40. LA TUTELA GIURIDICA PRIVATA.

1. La possibilità che ogni normativa assicura al diritto subbiettivo di sfociare, di fronte alla resistenza del titolare del dovere giuridico, in una azione costringitiva (n. 6) implica che l'ordinamento giuridico debba preoccuparsi di dare man forte al titolare del diritto subbiettivo, ove a lui non riesca di ottenere la soggezione

della controparte con i suoi propri mezzi. Anzi, a prescindere da ogni eventualità di impotenza del soggetto attivo, l'interesse dell'ordinamento giuridico (e dell'ordinamento statale in genere) è addirittura quello di limitare o di impedire l'esercizio dell'azione diretta, sostituendo ad essa un più valido e sicuro surrogato, perchè la pace e l'ordine sociale potrebbero essere assai facilmente offesi e menomati dal giuoco incontrollato delle azioni e delle reazioni tra privati. E appunto per ciò sin dai più antichi tempi lo Stato ha avvocato a sé la funzione sanzionatoria, fortemente limitando, se non talvolta addirittura sopprimendo, il cd. sistema dell'« autotutela »; imponendo pertanto ai soggetti giuridici privati il ricorso al sistema della tutela statale, esercitata dagli organi della giurisdizione mediante una apposita attività detta « processo giurisdizionale ».

2. La tutela giuridica privata, intesa alla realizzazione dell'azione (e della correlativa soggezione), si esplica quindi, di regola, attraverso un processo giurisdizionale, di cui è onere dell'avente diritto chiedere l'avvio iniziale e sollecitare, con successivi atti di impulso, lo svolgimento e la definizione. E poichè può ben darsi che chi creda di avere una azione da realizzare risulti, al giudizio imparziale degli organi giurisdizionali, aver formulato una domanda infondata, è evidente che l'esito di ogni processo giurisdizionale può essere tanto di « accoglimento » quanto di « rigetto » della domanda di chi si asserisce titolare dell'azione. Onde la necessità di distinguere nettamente dall'azione in senso proprio o sostanziale, che può esservi e non esservi, le azioni puramente asserite, le cd. azioni processuali, che altro non sono se non atti di iniziativa o di impulso di un processo giurisdizionale. E del pari la necessità di distinguere nettamente dal « titolare del potere di azione », cioè dall'avente diritto, l'« attore », cioè il soggetto che, asserendo di essere titolare del potere di azione, dà inizio ad un procedimento giurisdizionale, convocando in esso il preteso titolare della soggezione (il cd. « convenuto »).

3. Il processo sanzionatorio privato, può essere di tre specie: processo di cognizione, processo di esecuzione, processo cautelare.

3.1. Il processo di *cognizione* o « di accertamento » è quello promosso da una « azione di accertamento », rivolta ad ottenere l'accertamento autoritario della esistenza (o inesistenza) di una situazione giuridica controversa. Il processo di accertamento può essere inteso tanto all'accertamento puro e semplice o « mero accertamento » (es.: accertamento che Tizio non è schiavo di Caio), quanto ad un accertamento con « condanna » del soccombente a fare ciò che deve fare, quanto ad un accertamento con « effetti cd. costitutivi », cioè implicante una modificazione dell'ordine giuridico (es.: annullamento di un atto previo accertamento di un vizio della volontà).

3.2. Il processo di *esecuzione* è quello promosso da una « azione esecutiva », rivolta ad ottenere la materiale, effettiva esecuzione di un diritto già accertato (sia processualmente che extra-processualmente).

3.3. Il processo *cautelare* è quello promosso da una « azione cautelare », rivolta ad ottenere misure di preventiva garanzia in vista della successiva ed indipendente decisione di un processo di accertamento o di esecuzione.

4. Ma il processo sanzionatorio privato non sempre si realizza allo stesso modo o in una sola volta. Esso può realizzarsi in maniere esteriormente diverse, cioè con diverse procedure, o attraverso più serie organiche e collegate di attività, cioè attraverso più procedimenti, ciascuno facente capo ad una pronuncia provvisoria o parziale.

4.1. Ogni processo sanzionatorio (di cognizione, di esecuzione, cautelare) implica un suo peculiare *modus procedendi*, cioè una sua figura di *procedura*. E' chiaro, infatti, che, mentre ai fini dell'accertamento di una situazione giuridica è necessario preordinare una attività processuale di carattere preminentemente istruttorio (esame di prove, contestazione sulla loro valutazione, ecc.), ai fini dell'esecuzione di un potere giuridico già certo è necessario preordinare una attività di carattere preminentemente realizzativo (apprensione della persona o dei beni del debitore, vendita dei beni, assegnazione del ricavato, ecc.), e così via dicendo. Tuttavia, è ben possibile (sebbene assai raro) che una stessa procedura possa essere utilizzata per due specie diverse di processi ed

è altresì possibile (e molto frequente in pratica) che una certa specie di processo disponga, per la sua più opportuna realizzazione, di due o più procedure diverse.

4.2. Quanto ai *procedimenti*, un processo può anche risolversi in un unico procedimento, ma in pratica, sopra tutto negli ordinamenti giuridici moderni, un processo comporta la possibilità di vari procedimenti connessi e successivi (di impugnazione, di revisione, ecc.). E' rispetto a ciascun singolo procedimento che si qualificano le figure di attore e di convenuto: « attore » è colui che assume la iniziativa del procedimento, sperando l'azione processuale relativa; « convenuto » è colui contro il quale l'attore chiede al magistrato un provvedimento giurisdizionale.

5. Per quanto riguarda il diritto romano, va avvertito preliminarmente che in esso il termine *actio* è un termine a significazione plurivalente: talvolta esso serve a designare il potere di azione di un soggetto nei riguardi di un altro (*actio* in senso sostanziale), talaltra esso indica l'atto processuale con cui si dà inizio o impulso al processo (*actio* in senso processuale), talaltra ancora esso adombra nel suo complesso tutta la procedura occorrente per la realizzazione di un certo fine di giustizia (*actio* come procedimento). La pluralità dei significati di « *actio* » dipende dal fatto che in origine, quando il potere giuridico di un soggetto non incontrava nell'altro soggetto del rapporto il volontario adempimento dell'obbligo, esso si traduceva senz'altro in una attività materiale, in una *actio* del soggetto attivo, intesa alla realizzazione coattiva del proprio interesse. Più tardi, verso la fine del sec. VI a.C., pur rimanendo fermo il principio dell'autotutela, si affermò anche in Roma il sistema di ricorrere, per la difesa dei diritti, al *rex* (e poi ad uno dei *praetores*), affinché enunciassero il principio giuridico da applicarsi alla fattispecie espostagli (*iuris dictio*).

6. Nella storia di Roma si conobbero ed applicarono via via tre sistemi procedurali diversi: quello delle *legis actiones*, quello delle *formulae* e quello della *cognitio extra ordinem*. I primi due sistemi procedurali furono riuniti nella concezione generale della « *cognitio ordinaria* » e, come tali, vennero contrapposti al terzo sistema.

7. Per rendersi conto delle caratteristiche del processo giurisdizionale romano e per meglio comprendere perchè la tutela giuridica privata sia stata fatta rientrare nell'ambito del *ius privatum*, bisogna tener presente un fatto fondamentale. A Roma, quanto meno fino alla fine del periodo classico, il sistema dell' *autotutela*, anche se fortemente limitato in pratica, costituì pur sempre, almeno in linea di principio, la regola. La tutela giurisdizionale era dunque considerata soltanto un'alternativa o un complemento dell'esercizio coattivo e privato del potere giuridico: esercizio cui i soggetti si inducevano a rinunciare essenzialmente per sottrarsi ai molteplici incomodi e svantaggi che derivavano dall'uso eccessivo dell'autodifesa.

Di questa impostazione romana esistono tracce caratteristiche, come si vedrà, proprio nel processo. Comunque, il farsi ragione da sè fu considerato *crimen* solo se si concretasse in atti di violenza fisica e non fu considerato *crimen* nemmeno in questo caso allorchè fosse giustificato dalla reazione alla violenza altrui (« *vim vi repellere licet* »), dallo stato di necessità o da alcune situazioni particolari (es.: la situazione di comproprietario, quella di creditore pignoratizio, ecc.). Fu Marco Aurelio, nel sec. II d.C., a imprimere una svolta decisiva a questo sistema, disponendo (col cd. *decretum divi Marci*, cfr. Call. D. 48.7.7) che fosse incriminabile a titolo di *vis privata*, e fosse privato del suo diritto, il creditore che « *id quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit* ». Gli imperatori postclassici fecero il resto, abolendo, nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, l'antico principio dell'autotutela.

41. LE PROCEDURE « PER LEGIS ACTIONES ».

1. Il sistema procedurale originario del *ius privatum* romano fu quello delle cd. *legis actiones*. Gli spunti ne furono indubbiamente antichissimi e risalgono a pratiche di autodifesa o di controversie formatesi nel seno del *ius Quiritium*. Non sembra, peraltro, che (ad esclusione, forse, della *legis actio per pignoris capionem*) si possano collegare le formalità procedurali a veri e propri *mores quiritari*. E' più che probabile che il regolamento giuridico delle *legis actiones* più risalenti sia stato posto in essere dalle *leges*

XII *tabularum*, le quali provvidero a stilizzare in formulazioni verbali ben determinate ed in comportamenti formali altrettanto precisi le attività delle parti. Leggi successive perfezionarono e arricchirono il sistema. Ed è appunto per questo penetrante intervento legislativo, almeno a nostro parere, che i Romani usarono parlare di « *legis actiones* » (cfr. Gai 4.11).

Le *legis actiones* furono limitate a cinque: tre dichiarative (*legis actio per sacramentum*, *per iudicis postulationem*, *per con-dictionem*) e due esecutive (*legis actio per manus iniunctionem* e *per pignoris capionem*).

Esse contribuirono fortemente a quella « certezza del diritto », cui la *plebs* aspirava con tanta intensità nella sua lotta per l'emancipazione dal prepotere del patriziato. Con l'andar del tempo e il complicarsi della vita sociale romana esse, peraltro, misero sempre più a nudo un gravissimo difetto: quello di costringere le parti a riversare le loro opposte pretese entro pochi e rigidi schemi formali, assolutamente inadatti a tradurre in termini di processo, ed ai fini di una vera e adeguata giustizia, la molteplicità delle istanze che la realtà delle cose suggeriva. Fu perciò che, verso la metà del sec. II a. C., diffusosi in Roma il sistema procedurale *per formulas*, il sistema delle *legis actiones* cadde rapidamente in desuetudine. La sua abolizione ufficiale, salvo che per qualche ristretta applicazione, fu opera della *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C. (n. 42).

2. Caratteristica del sistema delle *legis actiones* fu che le parti si recavano davanti al magistrato (in origine il *rex*, da ultimo il *praetor urbanus*) ed ivi (*f a s e i n i u r e* del procedimento) compivano (in forme rigorosamente stilizzate) gli atti che avevano rinunciato a compiere privatamente. Il magistrato assicurava con la sua presenza il giusto svolgimento della contesa, nella quale interveniva esclusivamente per *dicere ius*, cioè per rendere noti alle parti i limiti delle loro azioni e reazioni (*i u r i s - d i c t i o*). Dopo di ciò: a) trattandosi di azione di accertamento, le parti chiamavano dei terzi a testimoni dei termini della questione (*litis contestatio*) e si davano convegno davanti ad un arbitro privato (*iudex, arbiter*), il quale avrebbe manifestato il suo parere (*sententia*) sulla controversia, risolvendola a favore dell'uno o dell'altro (*f a s e a p u d i u d i c e m* del procedimento); b) trat-

tandosi invece di azione esecutiva, il soggetto si faceva espressamente autorizzare dal magistrato ad effettuare con i propri mezzi l'esecuzione.

2.1. Il *iudex* o *arbiter* era solitamente unico ed era prescelto senza particolare riguardo alle sue capacità tecniche, richiedendosi più che altro in lui qualità di equilibrio e buon senso. Tuttavia si formarono nell'antica Roma anche due albi di giudicanti specializzati, e precisamente: a) quello dei « *centumviri* » (che erano esattamente 105, cioè 3 per ciascuna delle 35 *tribus*), i quali giudicavano (talvolta al completo e talvolta in commissione più ristretta) talune controversie di maggiore risonanza sociale (prevalentemente, questioni ereditarie); b) quello dei « *decemviri stlitibus indicandis* », i quali giudicavano nelle questioni di libertà e schiavitù.

3. La *legis actio sacramenti* fu una procedura dichiarativa generale, cioè valevole per tutte le questioni per cui non fosse specificamente disposta o ammessa una procedura diversa. Sua peculiarità fu che ciascuna delle parti prestava solennemente *in iure* il giuramento (*sacramentum*) di pagare una penale all'*aerarium* (in origine: di fare un congruo sacrificio agli dei) nel caso risultasse *apud iudicem* che avesse torto. Pertanto il *iudex privatus* decideva, in base alle prove, quale dei due *sacramenta* fosse *iustum*, restando la parte soccombente tenuta a pagare la *summa sacramenti* all'*aerarium*, oltre che ad eseguire il suo obbligo giuridico a favore della parte vincitrice. La *summa sacramenti* fu di 50 assi per le questioni di valore non superiore ai 1000 assi, di 500 assi per le questioni di valore superiore ai 1000 assi. Alla solenne pronuncia dei *sacramenta* erano invitati ad assistere un certo numero di testimoni, affinché al giudice potessero essere imparzialmente riferiti i termini esatti della controversia: questo momento processuale, con cui si concludeva la fase *in iure*, era appunto la *litis contestatio*.

Nella fase *in iure* la procedura differiva, peraltro, secondo che si trattasse di *legis actio sacramenti in rem* (cioè relativa all'accertamento di un rapporto giuridico assoluto, generalmente su *res*) o *in personam* (cioè relativa all'accertamento di un rapporto giuridico relativo).

3.1. Nell' *actio sacramenti in rem* le due parti, che contendevano circa la titolarità di un diritto assoluto su un certo oggetto giuridico, si presentavano davanti al magistrato, portando seco l'oggetto in contestazione (« *lis* »). Ivi ciascuna pronunciava la solenne *vindicatio* dell'oggetto e muoveva verso di esso (*in rem*) per toccarlo con una festuca (*vindicta*) in segno di padronanza: « *hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio secundum suam causam: sicut dixi, ecce vindictam imposui* ». Di fronte a queste due affermazioni in contrasto, il magistrato: a) ordinava alle parti di lasciare l'oggetto conteso (« *mittite ambo rem* »); b) faceva poi l'*addictio vindiciarum*, cioè l'assegnazione autoritativa del possesso interinale (*vindiciae*) ad una fra le parti, la quale era peraltro tenuta a fornire dei *praedes litis et vindiciarum*, cioè delle persone che si impegnassero (mediante *praediatura*: n. 115) a pagare una somma se poi l'oggetto non fosse consegnato alla parte vincente in caso di soccombenza. Seguiva finalmente il duplice *sacramentum*, a garanzia del quale erano richiesti peraltro dei *praedes sacramenti*.

3.2. Nell' *actio sacramenti in personam* l'iniziativa era assunta da colui che si riteneva creditore (*actor*), il quale, dopo aver chiamato *in ius* la controparte (*in ius vocatio*), affermava solennemente l'*obligatio* di questa (quindi, implicitamente, il proprio potere sulla persona di lui): « *aio te mihi X milia sestertiorum dare oportere: postulo aias an negas* ». Se il convenuto negava, i due si sfidavano reciprocamente al *sacramentum*, che era prestato con la consueta garanzia dei *praedes sacramenti*.

4. La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* fu ammessa dalle *XII tabulae* a tutela di coloro che vantassero un credito derivante da *sponsio* (n. 116) o chiedessero la divisione del patrimonio ereditario nei confronti dei coeredi (*actio familiae erciscundae*: n. 67). Una posteriore *lex Licinia* estese la procedura all'*actio communi dividundo* (n. 106) e la prassi ancora posteriore la rese applicabile all'*actio finium regundorum* (n. 87). Ad evitare il dispendio implicato dal *sacramentum*, l'attore, dopo aver dichiarato la sua pretesa ed aver udito il diniego del convenuto, passava a rivolgere la parola al magistrato, chiedendogli di nominare un *iudex* che decidesse circa il suo buon

diritto o un *arbiter* che effettuasse una giusta divisione: « *quando tu (reus) negas, te, praetor, postulo iudicem (o arbitrum) uti des* ».

5. La *legis actio per condictionem* fu introdotta nel sec. III a.C. da una *lex Silia* in ordine ai crediti di somme di danaro e fu estesa da una posteriore *lex Calpurnia* ai crediti di cose determinate. In essa l'attore, dopo aver dichiarato la sua pretesa ed aver udito il diniego del convenuto, fissava a quest'ultimo un appuntamento (*condictio*) *in iure* di lì a trenta giorni, allo scopo di scegliersi insieme un *index* che decidesse circa il suo buon diritto: « *quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiedi causa condico* ». Questo *ultimatum* era, il più delle volte, sufficiente a indurre il debitore a pagare prima del trentesimo giorno.

6. La *legis actio per manus iniectio-nem* veniva effettuata dal creditore insoddisfatto afferrando l'*obligatus* e trascinandolo davanti al magistrato allo scopo di proclamarne solennemente l'insolvenza (« *quod tu mihi iudicatus es sestertium decem milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manum inicio* »). Il magistrato pronunciava allora la *addictio* dell'*obligatus* al *creditor*, che lo teneva per 60 giorni in catene, portandolo però a tre mercati consecutivi in cerca di chi lo riscattasse, e finalmente, mancando il riscatto, poteva metterlo a morte o venderlo come schiavo *trans Tiberim*. Il caso originario e tipico di *manus iniectio* fu relativo alle somme dovute dal soccombente o dai *praedes litis et vindiciarum* in un processo di accertamento (*manus iniectio iudicati*). A questa ipotesi furono successivamente equiparati altri casi di crediti ben accertati, sia pure non giurisdizionalmente (es., crediti basati su *confessio in iure* del convenuto): per essi si parlò di *manus iniectio pro iudicato*.

6.1. Alla *manus iniectio* si poteva sfuggire solo se si presentasse un terzo (« *vindex* ») a mettere fuori causa il debitore (*manum depellere*) ed a contestare il debito. Si apriva allora un nuovo procedimento di accertamento, che poteva concludersi con l'assoluzione del *vindex* oppure con la sua condanna al doppio della somma originaria. In taluni casi si ammise eccezionalmente il debitore stesso a contestare personalmente il debito, senza intervento di

vindex (cd. *manus iniectio pura*). Una *lex Vallia* di epoca relativamente tarda fece poi della *manus iniectio pura* la regola.

7. La *legis actio per pignoris capionem* fu praticata solo per certi crediti di carattere pubblicistico (es.: il credito *ex lege censoria* del *publicanus* contro il *civis* tenuto a pagargli il tributo) ed ebbe caratteri specialissimi. Consisteva nell'impadronirsi di una cosa mobile dell'*obligatus*, anche non in tribunale e non in *dies fasti*, a titolo di rivalsa (*pignus*), accompagnando l'azione con la pronuncia di una formula solenne, che rimane sconosciuta.

42. LA PROCEDURA « PER FORMULAS ».

1. Il sistema procedurale delle *formulae*, sorto nel corso del periodo preclassico (n. 15 e 16) e ampiamente regolato dalla *lex Aebutia* emanata intorno alla metà del sec. II a.C. (120 a.C.?), fu surrogato a quello delle *legis actiones* dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C., che fece salve solo le procedure riservate ai *centumviri* (n. 41) e l'antiquata *actio damni infecti* (n. 87). Caduto in desuetudine sul declinare del periodo classico, esso finì per essere ufficialmente abolito da Costanzo e Costante nel 342 d. C.

1.1. Come il precedente, anche il processo formulare si distinse in due fasi, *in iure* e *apud iudicem*: quest'ultima sostanzialmente identica a quel che era stata nella procedura *per legis actiones*. Caratteristica fu invece la fase *in iure*. Davanti al pretore si apriva tra le parti un'ampia discussione ed il magistrato, valutando con criteri di *aequitas* le opposte ragioni, manifestava se ed entro quali limiti avrebbe dato sfogo alla pretesa dell'attore, se e come avrebbe invece rafforzato le difese del convenuto. Alla fine si perveniva al concretamento di un « *iudicium* » (generalmente corrispondente ad una predisposta *formula* edittale), che l'attore leggeva al convenuto ed il convenuto dichiarava di accettare (« *dictare et accipere iudicium* »). Sulla base di tale accordo (cui si dette l'antico nome di « *litis contestatio* »; n. 41), il pretore ordinava al giu-

dice di giudicare. Infatti, alla *sententia*, almeno in teoria, non era possibile pervenire, ove l'accordo delle parti mancasse.

1.2. Delle *actiones* processuali, nel quadro della procedura formulare, possono farsi le seguenti *classificazioni* principali: *actiones civiles* e *honorariae*; *actiones in rem* e *in personam*; *actiones reipersecutoriae*, *poenales* e *mixtae*; *iudicia stricta*, *bonae fidei* e *arbitraria*; *iudicia legitima* e *imperio continentia*; *actiones* normali e *utiles*.

2. La distinzione tra *actiones civiles* e *actiones honorariae* era basata sulla provenienza della tutela processuale.

Le *actiones civiles* erano quelle che competevano *ipso iure*, essendo fondate sul *ius civile* (*vetus* o *novum*) o su fonti integrative dello stesso (*leges*, *senatusconsulta*). Le *actiones honorariae* erano quelle che, pur se promesse nell'*edictum* magistratuale, dipendevano in concreto, volta per volta, da una concessione del magistrato giurisdicente (« *a praetore dantur* »). La distinzione perse importanza nel periodo classico, di pari passo con il fenomeno di esaurimento del *ius honorarium* e di sua amalgamazione nel concetto di *ius vetus* (n. 20).

3. La distinzione tra *actiones in rem* e *actiones in personam* si ricollegava all'antica distinzione tra *legis actio sacramenti in rem* e *in personam* (n. 41).

Actiones in rem erano quelle volte alla difesa di un diritto assoluto contro l'aggressione di chicchessia. *Actiones in personam* erano quelle impiegate per la difesa di un diritto relativo; anzi, spesso il termine (sopra tutto trattandosi di istituti del *ius honorarium*) veniva impiegato per designare gli stessi diritti relativi. Ma la distinzione, proprio per il suo riferimento originario alla sola *actio sacramenti*, non riesce, in realtà, ad applicarsi ad ogni specie di azione: ne rimangono fuori le azioni divisorie (ricollegantisi alla *legis actio per iudicis postulationem*: n. 41), l'*actio quod metus causa* (n. 142: esercitabile contro chiunque possiede la cosa che si è consegnata sotto l'impulso della violenza morale), le *actiones noxales* (n. 137: esercitabili contro chiunque abbia in sua potestà l'autore di un *delictum*) e altre. Queste azioni, intermedie tra quelle *in rem* e quelle *in personam*, furono denominate da Giustiniano *actiones mixtae*.

4. La distinzione tra *actiones reipersecutoriae*, *poenales* e *mixtae* riguarda l'oggetto della pretesa dell'attore.

4.1. Le *actiones reipersecutoriae* (« *quibus rem persequimur* ») erano rivolte ad ottenere il controvalore di ciò che fosse dovuto all'attore o a lui appartenesse (es.: la *rei vindictio*, l'*actio empti* ecc.): il controvalore, e non la *res*, a causa del principio della pecuniarietà della condanna (n. 44).

4.2. Le *actiones poenales* (« *quibus poenam tantum persequimur* ») erano rivolte ad ottenere il pagamento di una ammenda pecuniaria (*poena*) da parte del responsabile di un atto illecito. L'ammenda pecuniaria (sostitutiva della originaria vendetta privata) consisteva generalmente in un multiplo (*duplum*, *tripplum*, *quadruplum*) del valore della *res* sottratta, o distrutta, o perduta (così, ad esempio, nelle *actiones furti*, nell'*actio de dolo*, ecc.); quando il criterio della *res* non soccorreva, nè la *poena* era altrimenti fissata dall'ordinamento, essa era determinata dal giudicante (es., nell'*actio iniuriarum*). Nulla impediva che l'*actio poenalis* concorresse con l'*actio reipersecutoria*: ad esempio, la vittima di un *furtum* poteva ottenere il *duplum* (o talvolta anche più) del valore della cosa rubata agendo contro il ladro con l'*actio furti*, poteva inoltre ottenere il controvalore della *res furtiva* (di cui fosse proprietario) agendo contro il ladro con la *condictio ex causa furtiva* (n. 138).

4.3. Le cd. (da Giustiniano) *actiones mixtae* (« *quibus et rem et poenam persequimur* ») erano intese sia all'ottenimento del controvalore che a quello dell'ammenda pecuniaria (es., l'*actio legis Aquiliae*): nel senso che col pagamento dell'ammenda il convenuto si liberava sia della responsabilità per l'illecito commesso, che della responsabilità per il pregiudizio patrimoniale arrecato. In altri termini, le cd. *actiones mixtae* erano azioni penali, l'esercizio delle quali escludevano il concorso di *actiones reipersecutoriae*.

5. La distinzione tra *iudicia stricta*, *iudicia bonae fidei* e *iudicia arbitraria* ebbe riguardo all'*officium iudicis*, cioè ai poteri-doveri conferiti mediante il *iudicium* al giudicante.

5.1. I *iudicia stricta* o « *stricti iuris* », anche detti tradizionalmente « *condictiones* », erano *actiones in personam im-*

perniate sulla nuda enunciazione di un obbligo a contenuto certo e determinato, le quali non lasciavano quindi al *iudex* nessuna possibilità di valutazioni discrezionali. Ove il giudice pervenisse alla convinzione del buon diritto dell'attore, egli altro non poteva fare che condannare il convenuto alla precisa somma indicata dal *iudicium*; ove il giudice pervenisse alla conclusione contraria, o comunque non riuscisse a convincersi pienamente delle ragioni della parte attrice, egli altro non poteva fare che assolvere il convenuto.

5.2. I *iudicia bonae fidei* erano *actiones in personam* nelle quali al giudice si lasciava un ampio ambito di valutazione discrezionale in ordine alla validità ed efficacia dell'*obligatio*, nonchè in ordine al contenuto della condanna («...*quidquid ex fide bona dare facere oportet, iudex, condemnato*»). Ove il giudice pervenisse alla convinzione del buon diritto dell'attore, egli aveva il potere di graduare la condanna del convenuto, eventualmente limitandola, sulla base di considerazioni ispirate a quella *bona fides* che si riteneva dovesse necessariamente informare certi rapporti, quali quelli riconosciuti dal *ius civile novum* (*ex empto et vendito, ex locato conducto, da mandatum, da societas*), o quelli derivanti da *negotiorum gestio, da fiducia, da depositum, da tutela*, ecc. La discrezionalità riconosciuta al giudicante era, dunque, limitata dalla « *bona fides* », cioè da un valore che per la società romana ebbe, sino a tutto il periodo classico, una configurazione ben precisa. Il giudicante poteva, quindi, senza abbandonarsi a decisioni arbitrarie e personali, prendere in considerazione, ai fini della *sententia*, le pattuizioni non formali intervenute tra le parti al momento del contratto (« *pacta adiecta in continenti* », ma non « *ex intervallo* »), le arti subdole (« *dolus malus* ») esercitate dall'una parte verso l'altra, la situazione di timore (« *metus* ») da cui una delle parti fosse stata dominata e via dicendo. E la condanna poteva essere aumentata dal calcolo di interessi, di frutti ecc.; come pure poteva essere diminuita dal calcolo di controcrediti del convenuto nei confronti dell'attore (« *compensatio* »).

5.3. I *iudicia arbitraria* erano *actiones in personam* o *in rem*, nelle quali al giudice, qualora fosse giunto a convincersi del buon diritto dell'attore, era riconosciuto il potere di

far precedere alla condanna una *pronuntiatio*, mediante cui annunciava alle parti quale era il suo convincimento e poneva al convenuto la scelta tra il subire la condanna o il ripristinare lo stato giuridico da lui alterato (e quindi, eventualmente, il restituire la *res* controversa), nel quale caso sarebbe stato assolto (cd. *arbitrium de restituendo*). Esempi di *iudicia arbitraria* furono costituiti dalla *rei vindicatio* (che era *actio in rem*) e in genere dalle *actiones in personam* intese alla restituzione di una certa *res*.

6. La distinzione tra *iudicia legitima* e *imperio continentia* fu probabilmente introdotta dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*.

Iudicia legitima furono proclamati quelli muniti di tutti e tre questi requisiti: intercorrere tra un attore e un convenuto *cives Romani*, essere celebrati non oltre un miglio al di là della cerchia di Roma, essere rimessi alla *sententia* di un *iudex unus* che fosse *civis Romanus* (e non di *recuperatores* o di un *iudex* non romano). *Iudicia quae imperio continentur* furono ritenuti quelli mancanti anche di un solo tra i predetti requisiti.

Mentre per i *iudicia legitima* la *lex Iulia* ammise che la *sententia* potesse essere pronunciata entro 18 mesi dalla *litis contestatio*, per gli altri rimase valida la regola generale che la *sententia iudicis*, essendo fondata su un conferimento di poteri del magistrato giudicante (*iussum iudicandi*: n. 43 sub 1), dovesse essere pronunciata entro l'anno di carica del magistrato che avesse emesso il *iussum iudicandi* relativo.

7. Rispetto alle *actiones civiles* normali, le *actiones utiles* costituirono la categoria delle azioni utilizzate per uno scopo diverso da quello originario, al fine di tutelare ipotesi originariamente non previste. Ciò si otteneva in concreto mediante ingegnosi adattamenti della struttura formulare, tra cui vanno particolarmente segnalati i seguenti.

7.1. La *trasposizione di soggetti*: consisteva nell'indicare un soggetto giuridico come debitore nell'*intentio* e nel designarne invece un altro come condannabile nella *condemnatio* (n. 43). Con questo sistema, nelle cd. *actiones adiecticiae qualitatibus* (n. 52), il pretore poteva far sì che per un debito

contratto dal *filius familias* o dal *seruus* fosse condannato, in taluni casi, il relativo *pater familias* o preponente.

7.2. La *fictio iuris civilis*: consisteva nell'invitare il giudice a condannare o ad assolvere il convenuto, dando per scontata, cioè fingendo la esistenza di un requisito del *ius civile* in realtà inesistente. Questo espediente fu applicato, ad esempio, nel caso dell'*in bonis habere* (*actio Publiciana*: n. 89), in quello della *bonorum venditio* (*actio Serviana*: n. 45) e in quello della *bonorum possessio* (n. 67).

43. LA STRUTTURA DEI « IUDICIA » FORMULARI.

1. Nel sistema procedurale *per formulas*, a differenza che in quello *per legis actiones* (n. 41), le parti avevano la più ampia libertà di ottenere la costituzione di *iudicia* esattamente e plasticamente riflettenti la questione pratica tra loro dibattuta, in quanto la struttura essenziale degli schemi formulari da riempire era estremamente semplice e duttile. Da un punto di vista logico, anche se non sempre da un punto di vista formale, la *formula* processuale si componeva di quattro parti ben distinte: *iudicis nominatio*, *pars pro actore*, *pars pro reo*, *iussum iudicandi*.

1.1. La *iudicis nominatio* era la designazione della persona o delle persone incaricate dal pretore, su accordo o con l'assenso delle parti, di emettere la *sententia* (es.: « *Titius index esto* »; « *Titius, Caius, Mevius recuperatores sunt* »).

1.2. Nella *pars pro actore* si formulava l'ipotesi che risultassero fondati gli argomenti addotti dall'attore ed infondati quelli addotti dal convenuto e si invitava conseguentemente il giudice ad emettere il provvedimento richiesto dall'attore. Ad es.: « *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere (nec inter A.m A.m et N.m N.m convenisse ne ea pecunia peterentur), index, N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia condemnato* ».

1.3. Nella *pars pro reo* si formulava l'ipotesi che non risultassero fondati gli argomenti addotti dall'attore o risultassero fondati quelli addotti dal convenuto e si invitava conse-

guentemente il giudice a lasciare indenne il convenuto: « *si non paret, absolutio* ».

1.4. Il *iussum iudicandi* era il conferimento al giudice del potere di emettere un provvedimento sulla base dei termini formulati: *iussum* che, il più delle volte, non era nemmeno pronunciato a parte, ma si desuneva implicitamente dal tono imperativo della formulazione (es.: « *condemnato, absolutio* »).

1.5. Il *merito* della *formula* (cioè quella parte della *formula* in cui si indicava il *thema decidendum*, il problema da risolvere) era, naturalmente, costituito dalle *partes pro actore e pro reo*. Esso si componeva di due elementi essenziali, l'*intentio* e la *condemnatio*, e di svariati elementi accidentali: *demonstratio, adiudicatio, praescriptio, taxatio, exceptio* (e clausole affini).

2. Elementi essenziali della *formula* erano l'*intentio*, cioè la formulazione della pretesa dell'attore, e la *condemnatio*, cioè l'invito rivolto al giudice a condannare il convenuto al pagamento di una somma di danaro, se ed in quanto risultasse fondata l'*intentio*, o ad assolverlo in caso contrario.

2.1. L'*intentio* poteva essere *in ius* e *in factum*. Era « *in ius concepta* », se consisteva nella affermazione di un diritto o di un dovere (es.: « *si paret fundum Capenatem A.i A.i esse ex iure Quiritium* »; « *si paret N.m N.m A.o A.o centum dare oportere* »); mentre era « *in factum concepta* », se, evitando di parlare esplicitamente di un diritto dell'attore o di un dovere del convenuto, essa si limitava alla indicazione di una circostanza di fatto legittimante la *condemnatio* (es.: « *si paret A.m A.m apud N.m N.m mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N.i N.i A.o A.o redditam non esse* »). L'*intentio in factum* era caratteristica delle *actiones honorariae*, ma potevano esservi *actiones honorariae* con *intentio in ius* e *actiones civiles* con *intentio in factum*. Se l'*intentio* era *in ius concepta*, essa poteva essere, a sua volta, *certa* o *incerta*. Era « *certa* » se indicava essa stessa la *summa* che doveva formare oggetto della condanna o servire da sottomultiplo della stessa; mentre era « *incerta* » se, omettendo ogni precisa indicazione, lasciava al giudice il compito di determinare l'ammontare della condanna: « *quidquid ob eam rem N.m N.m*

A.o A.o dare facere oportet ex fide bona (eius iudex N.m N.m A.o A.o condemnato, ecc.) ».

2.2. La *condemnatio* poteva essere, a sua volta, « certa » e « incerta ». Se *incerta*, poteva avere per oggetto il « *quidquid dare facere oportet* » enunciato dalla corrispondente *intentio incerta*, oppure aveva per oggetto una somma da stabilirsi in relazione al valore complessivo della controversia al momento della *litis contestatio*, o eccezionalmente al momento dell'insorgere della lite o a quello della emanazione della *sententia* (« *quanti ea res [fuit, erit] tantam pecuniam iudex condemnato* »).

2.3. Eccezionalmente potevano aversi *formulae* con la sola *intentio*, nel senso che il giudice era invitato al mero accertamento della esistenza o inesistenza di un diritto o di una circostanza di fatto. Tali *formulae* servivano, peraltro, a porre i presupposti di una azione successiva, quindi in definitiva di una *condemnatio*, ed appunto perciò erano dette *praeiudicia* (es.: « *quanta dos C. Seiae sit [vide]* », « *an Titius ingenuus sit [vide]* »).

3. Elementi accidentali, cioè eventuali, della *formula* furono la *demonstratio*, la *adiudicatio*, la *taxatio*, la *praescriptio*, l'*exceptio* e le clausole affini all'*exceptio*.

3.1. La *demonstratio*, era una clausola mediante cui, nei casi di *intentio incerta*, si chiarivano e precisavano i termini di fatto della questione. Es.: la frase « *quod A.s A.s apud N.m N.m mensam argenteam deposuit, qua de re agitur* », con cui si precisa l'*intentio* che segue nella *formula in ius* dell'*actio depositi* (« *quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N.m N.m A.o A.o condemnato, ecc.* »).

3.2. La *adiudicatio*, propria dei giudizi divisorii (n. 106), era una clausola con cui si dava al giudice il potere di assegnare in *dominium ex iure Quiritium* ai singoli dividendi le parti di una cosa comune (n. 85), a prescindere dall'eventuale condanna di alcuni o di ciascuno a pagare agli altri le opportune somme di conguaglio.

3.3. La *taxatio* era una clausola con cui, nei casi di *condemnatio incerta*, si limitava entro un certo *maximum* l'importo della condanna (es.: « *dumtaxat sestertium decem milia condem-*

nato ». Un tipo caratteristico di *taxatio* era quella « *in id quod (reus) facere potest* »: il giudicante veniva cioè invitato, in certi casi, a rapportare la condanna del *reus* alle sue effettive possibilità di adempierla, in modo da evitare a quest'ultimo il rischio della *bonorum venditio* per insolvenza e della *infamia* conseguente (cd. « *beneficium competentiae* » di certi soggetti convenuti in giudizio: n. 112).

3.4. La *praescriptio* era una clausola con cui si ponevano in via preliminare delle riserve *pro actore* o *pro reo* (queste ultime poco usate), in modo da limitare il campo di estensione dell'azione. Es.: « *ea res agatur cuius rei dies fuit* », *praescriptio pro actore* con cui si limitava l'azione contro il debitore rateale alle rate per cui fosse già venuto il giorno di scadenza (*dies*).

3.5. L'*exceptio*, posta subito dopo l'*intentio*, era una clausola inserita nella *formula* su richiesta del convenuto, che serviva a subordinare la *condemnatio*, oltre che al « *si paret* » del diritto dell'attore, anche al « *nisi paret* » di una circostanza tale da rendere inefficace o comunque processualmente inoperante quel diritto: per esempio, la condanna del mutuatario al pagamento della somma ricevuta in prestito poteva essere condizionata, oltre che alla validità del *mutuum*, alla inesistenza di un *pactum de non petendo* vantato dal convenuto. Clausole affini all'*exceptio* erano la « *replicatio* » dell'attore, la « *duplicatio* » del convenuto, la « *triplicatio* » dell'attore ecc.: mediante le quali, contro una circostanza dedotta dalla controparte, si faceva presente un'altra circostanza tale da togliere efficacia alla prima. L'*exceptio* e le clausole affini potevano essere basate tanto su dispositivi di legge (es.: *exceptio legis Plaetoriae de circumscriptione adolescentium*, opposta al creditore istante dal debitore *adulescens*: n. 82), quanto su concessioni del magistrato giurisdicente (es.: *exceptio doli, metus, pacti conventi* ecc.). Le *exceptiones* si distinguevano, inoltre, in « *peremptoriae* », se tali da poter essere opposte in qualunque momento all'azione (es.: l'*exceptio doli* opposta all'*actio* del creditore doloso), e « *dilatoriae* », se tali da poter essere opposte solo in determinate epoche o situazioni (es.: contro chi agisse per il pagamento di un debito, di cui non fosse ancora giunta la scadenza, l'*obligatus* poteva far valere, ma solo sino al

giorno della scadenza, l'*exceptio* del *pactum de non petendo*). Comunque, se l'attore, malgrado l'opposizione di una *exceptio dilatoria*, anzichè ritirarsi, insisteva nell'azione proposta, giungendo alla *litiscontestatio*, il convenuto andava assolto, nè l'azione poteva più riproporsi: ciò per il caratteristico effetto estintivo della *litiscontestatio* (n. 44).

44. LO SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA FORMULARE.

1. La procedura formulare era sempre e soltanto una procedura di accertamento, distinta nelle due fasi tradizionali *in iure* e *apud iudicem*. L'esecuzione non si svolgeva *per formulas* ma *per manus iniunctionem* (o meglio, con quel pochissimo che restava dell'antica *manus iniectio*), oppure, più frequentemente, attraverso mezzi complementari posti a disposizione dai magistrati giurisdicenti.

2. Parti nel processo (cioè soggetti del rapporto processuale, capaci di esercitare l'*actio* o di opporvisi) erano, di regola, esclusivamente i soggetti del rapporto giuridico litigioso. Non vi era necessità di « assistenti », di « *defensores* » (*oratores*, *patroni*, *advocati*): al loro ausilio tecnico si ricorreva assai raramente, ritenendosi preferibile farsi forti del *responsum* di qualche buon giurista. Nemmeno vi era bisogno di « rappresentanti », salvo che nel caso necessitato degli incapaci di agire (*impuberes*, *furiosi* ecc.). Tuttavia, non era infrequente che le parti, per non essere distolte dai loro affari di ogni giorno, incaricassero di sostituirle in giudizio un *cognitor* o un *procurator*. Ma vi erano persone cui l'editto vietava di agire *alieno nomine* (cioè di rappresentare altri in giudizio) e vi erano altre persone cui l'editto vietava di agire *per alios*.

2.1. Il *cognitor* era un soggetto che la parte proclamava solennemente *in iure*, di fronte all'avversario e in cospetto del magistrato, come suo sostituto (« *Lucium Titium tibi cognitorem do* »): da quel momento, allontanatasi la parte, fungeva come suo *alter ego* il *cognitor*, a cui favore (o nei cui confronti) sarebbe stata poi pronunciata la *sententia iudicis*. Tuttavia, se il *cognitor* era nominato dal convenuto, occorreva che questi si impe-

gnasse, mediante una « *cautio (satisfatio) indicatum solvi* », a pagare l'importo della condanna nell'ipotesi che il *cognitor* non vi provvedesse o non vi potesse provvedere.

2.2. Il *procurator* non era proclamato *in iure* dalla parte, ma si presentava *in ius* ad asserire di agire per conto di essa. Pertanto: per poter essere accettato in sostituzione della parte attrice, egli doveva prestare una « *cautio (satisfatio) ratam rem dominum habiturum* » (con cui si impegnava a rivalere il convenuto dell'ammontare della condanna per l'ipotesi che il suo rappresentato, non ratificando il suo operato, agisse per conto proprio contro il convenuto stesso); per poter essere accettato in sostituzione della parte convenuta, egli doveva prestare una « *cautio indicatum solvi* » (con cui si impegnava e faceva impegnare dei garanti al pagamento della *summa condemnationis* ove il convenuto vi si sottraesse).

3. La fase *in iure* della procedura formulare aveva inizio con la comparizione delle parti davanti al magistrato ed aveva termine con la *litiscontestatio*.

3.1. La comparizione del convenuto era richiesta dall'attore, come già nella *legis actio sacramenti in personam* (n. 41), mediante la *in ius vocatio*: atto di invito, che creava un obbligo del *vocatus* a seguire l'attore *in ius* e che autorizzava, almeno teoricamente, il costringimento fisico del *vocatus* in caso di recalcitranza. In pratica, il *vocatus* che volesse differire la comparizione poteva dare un solvibile « *vindex* » a garanzia della stessa; se non dava il *vindex*, nè si piegava a seguire l'attore *in ius*, egli si esponeva all'esercizio di un'azione penale *in factum* nei suoi confronti; se, infine, non obbediva alla *in ius vocatio* per l'azione penale, il pretore concedeva all'attore la *missio in possessionem* nei *bona* di lui.

3.2. Per garantire la ricomparizione *in ius* del convenuto dopo la prima udienza (nella ipotesi che alla *litis contestatio* non si fosse potuti giungere in un'udienza sola), il convenuto doveva prestare all'attore un *vadi monium*, cioè una solenne *promissio* (nella forma della *stipulatio*), generalmente assistita da garanti (anticamente da *vades*), di « *certo die se iudicio sisti* ».

3.3. Se ed in quanto il convenuto comparisse effettivamente *in ius*, l'attore (che già in sede di *vocatio* aveva provveduto a preavvertirlo circa l'azione che intendeva esercitare) procedeva all'*editio actionis*, cioè ad una indicazione della sua pretesa, con eventuale designazione della *formula* edittale *ad hoc* e con invocazione, in ogni caso, al magistrato affinché concedesse un apposito *iudicium*. Sul punto il convenuto era libero di intavolare una discussione, illustrando i motivi di fatto o di diritto per cui l'*actio* contro di lui esercitata dovesse essere denegata dal magistrato o comunque respinta dall'*index*. Sulla base di questa discussione e (indipendentemente dai *petita partium*) sulla base dei suoi propri rilievi, il magistrato giusdicente decideva: a) se l'azione fosse da denegare perchè improcedibile; b) se l'azione, pur essendo procedibile, fosse da denegare perchè manifestamente infondata o iniqua; c) in quali termini l'azione, essendo procedibile e non manifestamente infondata, fosse da trasformare in un *iudicium*. Cause di « improcedibilità » dell'azione (cioè di inammissibilità del processo intentato dall'attore) erano, fra l'altro: la mancanza di *iurisdictio* del magistrato adito in ordine alla materia a lui sottoposta o in ordine al luogo proprio della controversia; la incapacità di agire delle parti; la incapacità delle parti di *postulatio* giudiziaria nel proprio interesse o *pro aliis*.

4. Cause di *estinzione* del processo prima della *litiscontestatio* potevano essere: la *confessio in iure* del convenuto, cioè l'ammissione da parte di costui del buon fondamento della pretesa dell'attore (eventualmente, su precisa *interrogatio in iure* di questi); il *iusiurandum in iure delatum*, deferito dall'attore al convenuto nell'*actio in personam*, per cui il convenuto era automaticamente ritenuto per assolto se giurasse di non essere debitore (« *se actori dare non oportere* »), mentre era automaticamente ritenuto per condannato (alla stregua del *confessus*) se si sottraesse al giuramento deferitogli.

5. Cause di *impossibilità* del processo erano, invece, la ricordata *denegatio actionis* da parte del magistrato giusdicente, l'*assenza* di una delle parti, o infine la *renitenza* di una di esse ad addivenire alla *litiscontestatio*. In tutti e tre questi casi la proponibilità dell'azione non era però esclusa,

sicchè l'attore poteva tornare alla carica con la stessa azione anche altre volte, profittando del cambiamento del magistrato o di altre circostanze. Quanto alle ipotesi di assenza o di renitenza di una delle parti, il pretore tutelò indirettamente gli interessi dell'attore, minacciando contro l'*indefensus*, nel caso di *actio in personam*, la rovinosa procedura esecutiva della *missio in bona* (n. 45). Nell'ipotesi di *actio in rem*, se il convenuto abbandonava la cosa, il possesso ne passava all'attore reclamante.

6. La possibilità, sia per il pretore che per le parti, di evitare la *litis contestatio* dimostra come questa fosse il frutto del concorso delle loro tre volontà: la « *datio iudicii* » del magistrato, la « *dictatio iudicii* » dell'attore e l'« *acceptio iudicii* » del convenuto. Concettualmente indipendente dalla *litiscontestatio*, sebbene il più delle volte implicito in essa, era l'*iussum iudicandi* rivolto dal magistrato al giudice. Esso poteva anche essere successivo alla *litiscontestatio* o essere successivamente rinnovato.

6.1. Effetto della *litiscontestatio* era la « *res in iudicium deducta* » (cd. « *res iudicanda* »), che implicava la novazione del rapporto giuridico controverso in un nuovo rapporto giuridico nei termini indicati dal *iudicium*: un rapporto per cui il convenuto era tenuto a subire la condanna se il giudice accertasse il suo torto (« *condemnari oportere* »). Ed è chiaro che, dal momento in cui si fosse verificata la *res in iudicium deducta*, non era lecito rinnovare l'azione.

6.2. Effetto dell'*iussum iudicandi* era l'acquisto da parte del giudice del potere di condannare o di assolvere il convenuto nel termine finale di 18 mesi per i *iudicia legitima* o dell'anno magistratuale per i *iudicia imperio continentia*.

7. La fase *apud iudicem* della procedura formulare (di accertamento) aveva inizio: in teoria, nel momento della *litiscontestatio*, in cui contemporaneamente aveva termine la fase *in iure*; in pratica, nel momento in cui le parti o una di esse (generalmente, per ovvi motivi, l'attore) si presentavano all'*index privatus*, chiedendogli che, in forza dell'*iussum iudicandi* e sulla base del *iudicium* concretato *in iure*, svolgesse la sua attività di giudizio. Se una delle parti non si presentava all'*index*, questi esercitava egualmente la sua funzione, fondandosi sulle allegazioni dell'altra

parte, ed egualmente giungeva alla *sententia* pure in assenza di uno dei contendenti. Se, viceversa, ambedue le parti non si presentavano, il procedimento non poteva aver luogo. Se, infine, non presentandosi le parti o non facendo in tempo il *iudex* ad assolvere la sua funzione, scadeva il termine finale del giudizio, si verificava la cd. « *mors litis* »; ma sembra che l'attore potesse successivamente invocare dal magistrato una conferma della precedente *litiscontestatio* ed una rinnovazione del processo *apud iudicem*.

7.1. Il procedimento *apud iudicem* era molto semplice. Le parti, eventualmente assistite da *defensores*, ribadivano le affermazioni fatte *in iure* e cristallizzate nel *iudicium*, adducendone le prove, di cui il giudice operava la assunzione e la valutazione. L'onere della prova spettava, di regola, a chi affermasse una circostanza, non a chi la negasse (« *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* »). Pertanto, essenzialmente l'attore era gravato del compito di provare gli elementi giustificativi della condanna del convenuto; il convenuto, invece, era tenuto a provare solo le circostanze su cui basasse una *exceptio* o una *duplicatio* (e in questo senso si diceva che « *reus in excipiendo fit actor* »).

Quanto ai mezzi di prova, era lasciata alle parti la massima libertà nel produrli in tutta la loro moltitudine (documenti, testimonianze ecc.), ma era altresì lasciata al giudice la massima libertà nel valutarne la efficacia. Tuttavia, il giudice non era libero di basare la *sententia* su indagini (*inquisitiones*) svolte da lui stesso o per sua iniziativa, perchè doveva giudicare « *iuxta alligata et probata* ». Se, malgrado gli *alligata et probata*, egli non riusciva a farsi un convincimento, gli era concesso di proclamare « *sibi non liquere* »: per il che si passava a nominare, in sua vece, altro *iudex*.

8. La *sententia iudicis*, con cui si chiudeva la fase *apud iudicem*, era un atto complesso, costituito: da un « parere » sulla controversia contestata, che il giudice emanava come privato *ex informata conscientia* (*sententia* in senso stretto); da un conseguente « provvedimento » di *condemnatio*, *adiudicatio* o *absolutio*, che il *iudex* emanava in forza dei poteri conferitigli dal magistrato mediante il *iussum indicandi*.

La eventuale condanna del convenuto era sempre pecuniaria, cioè in una somma di danaro determinata nell'*intentio* oppure ri-

messa alla valutazione del giudice (n. 43), e mai *in ipsam rem*. Ad essa il convenuto poteva sfuggire (ottenendo perciò l'assoluzione) solo restituendo la cosa di cui avesse spossessato l'attore o adempiendo a favore dell'attore la sua obbligazione di cosa determinata. Diversamente dai Proculiani, i Sabiniani, giustamente basandosi sulla separazione concettuale esistente tra *sententia* in senso stretto e provvedimento, sostennero che il convenuto potesse sino all'ultimo momento ottenere l'assoluzione, se restituisse la cosa o eseguisse la prestazione (e in questo senso si disse « *omnia iudicia absolutoria esse* »).

9. Nel sistema formulare l'esecuzione della *sententia* di condanna non era ottenibile direttamente, ma solo in via indiretta, attraverso l'esperimento dell'*actio iudicati*.

9.1. L'*actio iudicati*, che aveva preso il posto della *manus iniectio iudicati*, non era una vera e propria azione esecutiva, ma piuttosto una azione di nuovo accertamento della regolarità della *sententia iudicis*, e più precisamente un'azione di revisione della sentenza di condanna. L'attore che fosse riuscito vittorioso in prime cure, ed al quale il convenuto non avesse spontaneamente prestato la *summa condemnationis*, doveva, per realizzare il suo credito, citare nuovamente il convenuto dinanzi al magistrato, invocando nei suoi confronti la *sententia* di condanna. A tal punto il convenuto poteva tanto attuare la *confessio in iure*, quanto affermare la irregolarità del primo giudizio e reclamare la nuova *litiscontestatio*. Il giudice dell'*actio iudicati* era conseguentemente invitato a pronunciare: o l'assoluzione del convenuto, se risultassero fondati i suoi reclami, oppure, in caso diverso, la condanna del convenuto stesso al *duplum* della primitiva *summa condemnationis*. L'« *infitiatio* », cioè la contestazione del fondamento del *iudicatum*, era, ovviamente, l'ipotesi più rara, dato che poteva portare alla condanna nel doppio. Comunque, essa poteva essere basata: o sull'affermazione di una nullità o falsità della *sententia* (cioè sulla invalidità del *iudicatum*); oppure sull'affermazione di una inefficacia del *iudicatum* stesso per sopravvenuto adempimento o per altra causa paralizzatrice. Approfittare dell'*actio iudicati* per ottenere un completo riesame del merito non era, invece, almeno di regola, possibile.

9.2. L'attore era, dunque, autorizzato alla concreta esecuzione solo in caso di condanna del convenuto nell'*actio indicati*, oppure di sua *confessio in iure* in questa procedura. E quanto alla concreta esecuzione, essa era sempre, in teoria, quella personale (n. 41), sebbene fortemente mitigata per effetto dell'antichissima *lex Poetelia Papiria* (426 a.C.), la quale aveva vietato che si giungesse agli estremi della uccisione del debitore o della sua vendita *trans Tiberim*. Ma il sistema dell'*actio indicati* (troppo macchinoso, e inoltre condizionato alla vita ed alla presenza *in iure* del convenuto) fu progressivamente soppiantato, nel corso del periodo classico, dal sistema anomalo, ma assai più efficace, della *missio in possessionem* (n. 45), con conseguenti *bonorum venditio* o *bonorum distractio*.

10. Mentre la *litiscontestatio* determinava la *res in iudicium deducta*, la *sententia iudicis* (o la *confessio in iure* ad essa equiparata) determinava la *res iudicata* (« causa giudicata, lite risolta »: cd. « cosa giudicata in senso sostanziale »), e quindi la fine della lite fra le parti.

10.1. Conseguenza della *res iudicanda* e della *res iudicata* era la *preclusione* di altre azioni tra le stesse parti (o i loro eredi o rappresentanti) in ordine allo stesso merito: « *bis de eadem re ne sit actio* ». Nei *iudicia legitima in personam* aventi formula *in ius concepta* la *eadem res iudicata* era rilevabile dal giudice *ex officio* (eventualmente su segnalazione del convenuto stesso) sino al momento della pronuncia della *sententia*, con la conseguenza che il convenuto andava assolto. Negli altri *iudicia* (cioè nei *iudicia legitima in personam* con formula *in factum*, nei *iudicia legitima in rem* e nei *iudicia imperio continentia*), invece, solo il convenuto era ammesso, nella fase *in iure*, a far valere mediante *exceptio* la esistenza di una *eadem res iudicata* o di una *eadem res iudicanda* (« *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* »); la posizione del convenuto era, in altri termini, di gran lunga meno favorevole, potendo egli essere condannato per una *eadem res* se non avesse proceduto a opporre l'eccezione *in iure*.

10.2. A prescindere dall'efficacia preclusiva, la *res iudicanda* e la *res iudicata* (o meglio, gli atti di cui esse erano espressione: *litiscontestatio*, *confessio in iure*, *sententia*) avevano una *efficacia ordinativa* nei riguardi delle parti e di ogni al-

tro interessato alla controversia: costoro erano, infatti, tenuti per l'avvenire a sottostare al preciso regolamento di interessi risultante dalla *res iudicanda* o dalla *res iudicata*. Ovviamente, invece, erano sottratti a tale regolamento di interessi i terzi estranei alla controversia: « *res inter alios acta, tertio neque nocere neque prodesse debet* ». Notevoli difficoltà pratiche derivarono, peraltro, dalla necessità di stabilire quando si verificasse e quando non si verificasse il caso dell'« *eadem res* » (*iudicanda* o *iudicata*). In linea approssimativa, i giuristi romani giunsero a stabilire che la *res (iudicanda o iudicata)*: incontrasse i suoi « limiti obbiettivi » nei fatti anteriori o coevi al momento della decisione (oltre i quali fatti non era possibile ammettere la efficacia della *litis contestatio* e rispettivamente della *sententia*); incontrasse i suoi « limiti subbiettivi » nelle persone delle parti in causa, dei loro successori e dei loro aventi causa a titolo particolare. Ma questa materia dei limiti della *res iudicata* (e della *res iudicanda*), come pure quella, per più versi connessa, della identificazione delle azioni e dei casi in cui fosse ammissibile o non ammissibile il concorso di due o più azioni in ordine ad uno stesso rapporto giuridico, costituiscono uno dei campi più complessi della casistica giurisprudenziale romana. Tentar di fissare principi meno che generici equivarrebbe, in materia, correre il rischio di falsare gravemente la realtà storica.

45. I MEZZI COMPLEMENTARI DELLA PROCEDURA FORMULARE.

1. Molte ragioni, tra cui non ultima la limitazione della procedura formulare al processo di accertamento e la subordinazione del processo secondo il rito formulare all'accordo delle parti circa la *litiscontestatio*, indussero i magistrati giudicanti romani, ed in particolare il pretore, a porre in essere svariati mezzi complementari della procedura formulare: mezzi sopra tutto intesi a garantire l'adesione delle parti al processo e la esecuzione delle pretese giudizialmente accertate.

Tali mezzi complementari furono essenzialmente basati sull'*imperium* magistratuale (« *magis imperii quam iurisdictionis* ») e furono: gli *interdicta*, le *in integrum restitutiones*, le *stipulatio-*

nes praetoriae, la *missio in possessionem*, la *bonorum possessio*, la *bonorum venditio*, la *bonorum distractio*.

2. Gli *interdicta*, sorti probabilmente ancor prima della procedura formulare, erano ordinanze di urgenza, mediante le quali il magistrato ingiungeva a chi di ragione di restituire una cosa di cui si fosse impossessato (*interdicta* « *restitutoria* »), oppure di esibire un oggetto che tenesse riservato o un soggetto giuridico che tenesse prigioniero (*interdicta* « *exhibitoria* »), o infine di astenersi da un certo comportamento (*interdicta* « *prohibitoria* »). L'ordine era emesso dal magistrato su richiesta di chi assumesse di avervi interesse e nei personali riguardi della persona o delle persone che questi gli avesse condotto *in ius* per sentirselo proferire: nel caso di alcuni *interdicta prohibitoria*, l'ordine era diretto ad ambo le parti (*interdictum duplex*). L'*interdictum*, appunto per il suo carattere di urgenza, era emanato senza previo accertamento della fondatezza delle asserzioni del richiedente (*causa non cognita*). Pertanto, il destinatario che non intendesse ottemperarvi poteva, prima di uscire dal tribunale, provocare, con una sua dichiarazione di rifiuto ad eseguire l'ordine ricevuto, una procedura di accertamento della sua infrazione; procedura che dal punto di vista formale doveva, peraltro, essere promossa, come è ovvio, da chi avesse interesse alla esecuzione dell'*interdictum*. Tale procedura poteva essere *cum poena* e *sine poena*.

2.1. Nella procedura *cum poena* il destinatario dell'interdetto (o ambedue le parti, nel caso di *interdicta duplicia*) si impegnava mediante *sponsio* verso la controparte a pagarle una somma a titolo di penale, se risultasse il proprio torto: la controparte si impegnava a sua volta, mediante altra *sponsio* (cd. *restipulatio*), verso il destinatario dell'interdetto a pagargli una somma a titolo di penale se il suo torto non risultasse dimostrato. Dopo di ciò, le parti esercitavano l'una contro l'altra le *actiones ex stipulatu* derivanti dalle *sponsiones* ricevute. Quindi un *iudex privatus*, a seguito di una unica *litiscontestatio*, veniva incaricato di decidere se e da chi si fosse contravvenuto all'*interdictum*, pronunciando le conseguenziali condanne e assoluzioni.

2.2. Nella procedura *sine poena* (procedura ammessa soltanto per gli *interdicta exhibitoria* e *restitutoria*) contro il desti-

natario dell'interdetto la controparte chiedeva la instaurazione di un *iudicium arbitrium* (n. 42), in base al quale un giudice accertasse il suo torto ed eventualmente lo condannasse dopo averlo inutilmente invitato ad obbedire all'interdetto.

3. Le *in integrum restitutiones* erano provvedimenti intesi ad invalidare *ope magistratus* atti pienamente validi *iure civili*, e quindi a ripristinare integralmente (*restituere in integrum*) una situazione, di fatto o di diritto, che un atto giuridico avesse precedentemente modificato.

Il magistrato emanava tali provvedimenti su richiesta dell'interessato, previo accertamento dei fatti (*causa cognita*): talvolta in forma esplicita, mediante apposito *decretum*, e talaltra in modo implicito, attraverso la concessione di *formulae ficticiae*, con cui si invitava il *iudex* a fingere che un certo fatto (es.: una *capitis deminutio*) non si fosse verificato o che un altro fatto si fosse verificato.

4. Le *stipulationes praetoriae* (anche dette « *cautiones* ») erano normali *stipulationes* (n. 116), cui il pretore, su richiesta dell'interessato, ordinava a taluno di aderire, sotto minaccia di una *denegatio actionis* o di una *missio in possessionem* o di altro provvedimento sfavorevole ai suoi interessi. Il fine delle *stipulationes praetoriae* era un fine cautelare (n. 40): il destinatario del comando pretorio era tenuto ad impegnarsi (in veste di *promissor*) al pagamento di una somma di danaro alla controparte allo scopo di garantirla dal verificarsi di un fatto temuto (es.: *cautio rem pupilli salvam fore*, n. 80; *cautio ratam rem dominum [negotii] habiturum*, n. 44).

Le *cautiones praetoriae* si distinguevano, più propriamente, in: « *repromissiones* », se era sufficiente la sola promessa del destinatario del comando pretorio; e « *satisfactiones* », se il pretore esigeva che esse fossero accompagnate, a maggior garanzia dell'adempimento, da altre *cautiones* o da altre garanzie di terze persone.

5. Le *missiones in possessionem* erano provvedimenti magistratuali mediante i quali si autorizzava taluno ad immettersi nella detenzione o anche talvolta nel possesso (n. 73) di alcuni o di tutti i beni di un altro, con la conseguenza che a

costui il magistrato denegava l'azione se volesse riacquistare la materiale disponibilità dei suoi beni.

Nel caso di *missio in possessionem* relativa a singoli beni si parlava di « *missio in rem* ». Se invece la *missio* riguardava l'intero patrimonio di un soggetto, si parlava di « *missio in bona* ».

6. La *bonorum possessio* era l'autorizzazione elargita dal pretore ad una o più persone di immettersi nella detenzione del patrimonio successorio di una persona defunta, prescindendo dai diritti che su tale patrimonio potessero vantare i successori *iure civili*. In altri termini, il *bonorum possessor* era titolare di un potere, concessogli dal *praetor*, di immettersi nei *bona defuncti*, come se fosse l'*heres* di lui.

In origine la *bonorum possessio* era « *sine re* », nel senso che i *bonorum possesores* potevano comportarsi come *domini* nei riguardi di tutti salvo che degli *heredes iure civili*, di fronte alla cui *hereditatis petitio* erano tenuti a soccombere. Ma sul finire del periodo preclassico essa divenne « *cum re* », e pertanto i *bonorum possesores* furono protetti (mediante la *denegatio* della *hereditatis petitio*) anche rispetto agli *heredes* e furono ammessi ad esercitare contro chiunque *actiones ficticiae* (in cui si ordinava al giudice di fingere che essi fossero *heredes iure civili*).

7. Mezzo efficacissimo di complemento della procedura *per formulas* fu la *bonorum venditio*: procedura esecutiva, cui si fece largamente ricorso per garantire la esecuzione della sentenza (n. 44). Peculiare della procedura della *bonorum venditio* fu il carattere della « concorsualità », in forza del quale essa, una volta apertasi su iniziativa di un creditore, era a disposizione di tutti quanti gli altri creditori e su tutto quanto il patrimonio dell'insolvente. Casi originati di *bonorum venditio* furono, appunto, quelli della fraudolenta renitenza ad ottemperare alla *vocatio in ius* (cd. *latitatio fraudationis causa*), quello della assenza ingiustificata da Roma e quello del debitore morto senza eredi; ma più tardi il sistema si generalizzò, riguardando tutte le ipotesi di insolvenza.

Il pretore pronunciava la *missio in bona* di tutti i creditori che ne facessero richiesta e nominava tra essi un « *curator bonorum* », col compito di amministrare il patrimonio del debitore insolvente e

di annunciare per pubblici bandi l'avvenuta *missio*, affinché potesse farsi avanti a parteciparvi ogni altro creditore. Dopo 30 giorni dalla *missio* (o 15 giorni, trattandosi di *missio in bona* di un defunto) i creditori iscritti procedevano alla elezione di un « *magister bonorum* », il quale facesse l'inventario dei beni e redigesse un bando di vendita degli stessi (« *lex venditionis* »).

La *venditio bonorum*, che era produttiva di *infamia* (n. 50) per il fallito (vivo o morto che fosse), avveniva in blocco a favore di chi offrisse ai creditori la più alta percentuale dei loro crediti (*bonorum emptor*). Il « *bonorum emptor* » era considerato successore universale del fallito: per conseguenza, uno speciale interdetto tutelava la sua *bonorum possessio*, ed inoltre egli era ammesso ad esigere i crediti del fallito con l'*actio Serviana* (azione *ficticia* che lo parificava all'erede, nel caso che il fallito fosse defunto) o con l'*actio Rutiliana* (azione con trasposizione di soggetti, usata nel caso che il fallito fosse tuttora vivente).

8. In ipotesi particolari (es.: quando il debitore fosse un senatore), per evitare la rovina economica totale del debitore e la sua *infamia*, fu praticata la procedura esecutiva della *bonorum distractio*, cioè della vendita alla spicciolata dei cespiti patrimoniali sino a concorrenza dell'ammontare dei crediti.

46. LE PROCEDURE « EXTRA ORDINEM ».

1. Sin dal periodo classico le controversie svolgentisi in territorio esterno a Roma e quelle relative ad alcune materie speciali (es.: *fideicommissa*, n. 63) furono sottoposte, per iniziativa del *princeps*, a procedura diversa da quella ordinaria descritta sin ora. Si parlò pertanto di procedimenti straordinari, di *cognitio extra ordinem* (n. 26). E la *cognitio extra ordinem* finì, con l'abolizione del processo formulare, per divenire la regola.

2. C a r a t t e r i s t i c h e comuni di tutte le svariate procedure *extra ordinem* furono:

(a) l'assunzione del compito di giudicare da parte dello stesso magistrato (o funzionario imperiale) giurisdicente, con la conseguen-

za che tutta l'attività di giudizio fu operata da un « magistrato-giudice », come nei diritti moderni;

(b) la possibilità per l'attore di agire anche in « *contumacia* » (assenza ingiustificata) del convenuto;

(c) la possibilità di ottenere una revisione della prima *sententia* mediante *appellatio* ad un funzionario di grado superiore, sino a giungere, come suprema istanza, al *princeps*;

(d) la possibilità di ottenere la *condemnatio* del soccombente *in ipsam rem*, anzichè in una somma di danaro;

(e) la possibilità di procedere per l'esecuzione *manu militari*, a mezzo di appositi ufficiali giudiziari (*apparitores*).

3. Il procedimento dichiarativo del periodo classico era introdotto (anzichè dalla *in ius vocatio* e dal *vadimonium*) da una *evocatio* del convenuto ad iniziativa dell'attore ed a mezzo dei pubblici poteri. Essa poteva compiersi in tre modi: « *denuntiationibus* », facendo pervenire al convenuto, tramite un funzionario, l'invito a presentarsi al magistrato provinciale nel giorno in cui questi avrebbe tenuto udienza pubblica (*conventus*); « *litteris* », facendosi rilasciare dal magistrato un provvedimento di citazione a giudizio, da recapitare a propria cura al convenuto; « *edictis* », ottenendo dal magistrato che provvedesse direttamente alla chiamata della controparte.

3.1. In età postclassica l'*evocatio* avveniva a mezzo di una *litis denuntiatio*, recapitata da un pubblico funzionario, nella quale l'attore indicava i termini della questione che intendeva sollevare, invitando il convenuto a costituirsi in giudizio ad una certa data.

3.2. Sempre in età postclassica si diffuse il sistema *per libellos*, che divenne quello ordinario dell'età giustiniana: attore e convenuto si scambiavano, cioè, per mezzo di un ufficiale giudiziario (*exsecutor*), un atto di citazione (*libellus conventionis*) e una comparsa di risposta (*libellus contradictionis*) preventivamente vistati dal magistrato. Le parti dovevano inoltre prestare al magistrato una garanzia di presenza al giudizio: garanzia che, nel caso del convenuto, si diceva « *cautio iudicio sisti* » ed era costituita o dalla presentazione di fideiussori o da un giuramento. Il convenuto

che si sottraesse alla prestazione della *cautio* era tenuto in istato di arresto dall'*exsecutor* sino alla pronuncia della sentenza.

4. Il dibattimento davanti al magistrato assunse l'antico nome di *litis contestatio* ed era costituito da uno scontro tra la *narratio* dell'attore e la *contradictio* del convenuto. Ma poichè il processo poteva aver luogo anche in *contumacia* del convenuto, era imposto alle parti (o all'attore presente in causa) un « *iusiurandum calumniae* », giuramento solenne di non pronunciare accuse o difese ingiuste. Lo stesso obbligo incombe sugli eventuali *advocati*, che con l'andar del tempo furono sempre più frequentemente utilizzati come rappresentanti tecnici delle parti.

4.1. L'istruzione probatoria fu sottratta al dominio delle parti e affidata alla iniziativa del magistrato, il quale d'altronde doveva obbedire a sua volta a tutto un sistema di regole fisse sulla importanza delle prove, sulla loro gerarchia e sulla loro valutazione. Un rango di primo piano assunsero, nella procedura postclassica, le « *praesumptiones* », in forza delle quali si riteneva per certa una determinata situazione a meno che il convenuto non riuscisse a dimostrare il contrario. La prova regina, assai difficilmente scalzabile, fu costituita dalle scritture provenienti dal convenuto ed ancor più dagli atti della pubblica autorità.

4.2. La « *sententia* » era pronunciata dal magistrato in pubblica udienza, dopo essere stata redatta per iscritto. Con l'andar del tempo, fu assai difficile che essa venisse compilata a breve distanza dall'inizio del processo. La durata dei processi si aggravava normalmente, a causa dei rinvii, intorno all'anno.

5. L'*appellatio* al magistrato di grado superiore si faceva dal soccombente depositando un atto di appello presso il giudice che aveva emesso la *sententia*. Questi doveva provvedere a trasmettere l'atto di appello e i fascicoli di causa al magistrato superiore, accompagnandoli con una relazione (*litterae dimissoriae*). Fin che l'appello non era deciso, l'esecuzione della *sententia* era sospesa. Normalmente, non si ammettevano più di tre istanze successive, l'ultima delle quali era costituita dall'imperatore.

6. Il procedimento di esecuzione poteva dar luogo ad una esecuzione sulla persona o sul patrimonio del soccombente. Il sistema preferito era, peraltro, il secondo, anche

perchè innumerevoli erano gli esenti, a titolo privilegiato, da esecuzione personale.

6.1. L'esecuzione patrimoniale aveva luogo mediante l'apprensione di beni determinati (*missio in rem*) o mediante l'oppignorazione di un bene a garanzia di una somma da pagarsi dal soccombenente (*pignus in causa iudicati captum*). In caso di insolvenza del debitore, avveniva la *missio in bona* dei creditori, ma i beni non erano mai venduti in blocco, bensì col sistema della *distractio bonorum* (n. 46).

7. La giurisdizione ordinaria nell'età giustiniana era esercitata: a Costantinopoli, dal *praefectus urbi* (o dal suo *vicarius*); nelle provincie, dai *defensores plebis* o *civitatis*, in prima istanza, e dal *praeses provinciae*, in grado superiore.

In armonia con l'andazzo dei tempi si formarono, in periodo postclassico, svariate giurisdizioni e procedure speciali, tra cui le seguenti.

7.1. Il procedimento *per rescriptum*. L'attore, dopo aver introdotto il giudizio, inviava il suo libello all'imperatore con preghiera di esprimere il suo parere sulla questione ivi esposta. La cancelleria imperiale restituiva all'attore questo « *libellus principi oblatus* » con l'aggiunta in calce del parere imperiale, che era peraltro espressamente subordinato alla condizione « *si preces veritate nituntur* ». Di fronte al rescritto imperiale il convenuto poteva solo difendersi, dimostrando al giudice che la questione sottoposta all'imperatore non corrispondeva alla *species facti*.

7.2. La *summaria cognitio*. Era una procedura abbreviata, a carattere di urgenza, cui si ricorreva in ordine a particolari questioni, per lo più corrispondenti a quelle che formavano oggetto, in epoca classica, di *interdicta*.

7.3. La *aepiscopalis audientia*. Era la giurisdizione esercitata dai vescovi nei riguardi dei sacerdoti loro disciplinarmente sottoposti. Talvolta essa si estendeva, alquanto arbitrariamente, anche a materie non religiose, a detrimento della giurisdizione statale. Anche i laici potevano fruire della *aepiscopalis audientia*, se ne facessero richiesta.

47. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. Il processo civile italiano vigente (essenzialmente regolato dal c.p.c.) si ricollega storicamente alla *cognitio extra ordinem*, di cui serba intatti alcuni principi e alcuni tratti caratteristici.

2. La giurisdizione civile viene esercitata da magistrati-giudici ordinari e da giudici speciali. I giudici ordinari, ai quali limiteremo il nostro cenno, sono molteplici e differiscono tra loro per attribuzioni e per sede. Pertanto, la giurisdizione civile è ripartita fra essi in competenze specifiche: per materia, per funzione, per valore, per territorio (a. 1-74 c.p.c.).

2.1. Il « conciliatore », organo monocratico, è competente in via generale per le cause fino a L. 25.000 nel territorio del comune ove ha sede.

2.2. Il « pretore », organo monocratico, esercita la giurisdizione nel proprio mandamento. La sua competenza per valore è di regola limitata alle cause fino a L. 250.000, che non siano di competenza del conciliatore. Egli è inoltre competente per materia, senza riguardo al valore, per le azioni possessorie e quasi possessorie, per le cause relative ad apposizione di termini ed osservanza delle distanze per il piantamento degli alberi e delle siepi, per le cause di sfratto e di finita locazione, ed infine per le cause relative alla misura ed alle modalità di uso nei servizi del condominio di case.

2.3. Il « tribunale », organo collegiale composto da tre giudici, esercita la giurisdizione nel proprio circondario. La sua competenza si estende a tutte le cause di valore superiore a quelle di competenza pretoria, ed alle cause di valore indeterminato. Esso è inoltre competente per alcune materie (stato e capacità delle persone, falso documentale, imposte e tasse, previdenza ed assistenza) indipendentemente dal valore. E' anche giudice di appello rispetto alle decisioni del pretore, così come quest'ultimo lo è rispetto a quelle del conciliatore.

2.4. La « corte di appello », organo collegiale composto da

cinque giudici, esercita la giurisdizione nel proprio distretto. Essa è giudice di appello rispetto alle decisioni del tribunale.

2.5. La « corte di cassazione », unica per tutto lo Stato con sede in Roma, è giudice dei conflitti di competenza e di giurisdizione, e veglia sulla retta osservanza delle norme di diritto da parte dei giudici di merito. Quando giudica in sezione singola la corte è composta da sette giudici; a sezioni unite giudica con l'intervento di quindici giudici.

2.6. Nella fase dell'esecuzione la competenza è ripartita tra il pretore ed il tribunale, in base a criteri particolarmente complessi. In linea generale si può dire che il pretore è competente per la esecuzione forzata per consegna di cose mobili o rilascio di immobili, per l'espropriazione forzata di cose mobili e crediti, e per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare; il tribunale è competente per l'espropriazione forzata di cose immobili.

3. L'atto introduttivo del giudizio di cognizione (a. 163 ss.) assume di regola la forma della « citazione »; per materie particolari (ad es., per gli affari di giurisdizione volontaria) è invece previsto il « ricorso ». La citazione (*libellus conventionis*) va notificata al convenuto a mezzo di ufficiali giudiziari (*executores*): essa si ritiene esistente nel momento in cui giunge a conoscenza della controparte. La citazione va fatta ad udienza fissa, innanzi al giudice competente (ad es.: invito a comparire il 13 giugno innanzi al pretore di Napoli), e rispettando i termini (dilatatori) di comparizione, che variano a seconda del luogo in cui deve essere eseguita la notificazione. Alla notifica della citazione segue l'« iscrizione a ruolo », che di regola è compiuta ad opera del cancelliere su richiesta dell'attore.

3.1. La comparizione delle parti avviene mediante costituzione in cancelleria o all'udienza. L'attore ed il convenuto si costituiscono depositando, rispettivamente, l'atto di citazione e la comparsa di risposta (*libellus contradictionis*). Le parti, di regola, stanno in giudizio a mezzo di procuratore legale, salvo che innanzi al conciliatore, e talora innanzi al pretore. La mancata costituzione di una delle parti importa la dichiarazione di « contumacia »: nel processo contumaciale l'onere della prova resta invariato.

3.2. Dopo la costituzione delle parti ha inizio la *trattazione della causa* (*causae cognitio*), che innanzi al tribunale ed alla corte di appello è condotta da un « istruttore » incaricato dal presidente. La parte preponderante della trattazione sta nell'assunzione delle prove. L'onere della prova, per quanto riguarda i fatti costitutivi della pretesa dedotta in giudizio, spetta all'attore; per i fatti cosiddetti modificativi o estintivi della pretesa dell'attore (*exceptiones*) spetta invece al convenuto (« *reus in excipiendo fit actor* »). Come nella *extraordinaria cognitio*, il libero convincimento del giudice incontra una serie di limiti, dovuti all'esistenza di cosiddette « prove legali » (presunzioni, atti pubblici, scritture private riconosciute, confessione, giuramento).

3.3. Alla fase istruttoria segue la fase decisoria, in cui il giudice (singolo o collegio), esaminate le risultanze processuali, emette la decisione (*sententia*). La sentenza può essere dichiarativa, costitutiva o di condanna, ed in ogni caso contiene la condanna alle spese della parte soccombente, compresi gli onorari di difesa. Il giudice può compensare totalmente o parzialmente le spese quando vi sia soccombenza reciproca e quando concorrano giusti motivi. Effetti della sentenza di condanna sono l'*actio iudicati* e l'ipoteca giudiziale.

4. I più importanti mezzi di prova nel nostro processo civile sono quelli fissati dagli a. 2697-2739 c.c., cui fanno riferimento gli a. 191 ss. c.p.c.

4.1. L'« ispezione di persone o di cose ». Consiste nell'esame diretto della prova da parte del giudice (ad es.: dove una servitù di passaggio possa essere imposta con minor danno per il fondo servente). Ai fini dell'ispezione è preordinato l'istituto dell'« accesso giudiziale ».

4.2. L'« esibizione ». Consiste nell'ordine, che il magistrato dà alla parte o anche ad un terzo, di esibire in giudizio carte, documenti o altre cose mobili.

4.3. I « documenti ». Si dividono in atti pubblici e scritture private: l'« atto pubblico » è l'atto scritto, redatto con le richieste formalità da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato, e fa piena prova fino a querela di falso; la « scrittura privata »,

invece, fa piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura stessa è prodotta riconosce anche solo tacitamente la sottoscrizione, ovvero se questa è considerata riconosciuta per effetto di autenticazione o di verifica.

4.4. La « confessione ». E' la dichiarazione che la parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte. La confessione, che può essere spontanea o provocata per mezzo di apposito interrogatorio, fa piena prova e vincola pertanto il giudice.

4.5. Il « giuramento ». Esso è di due specie: decisorio e suppletorio. Il giuramento « decisorio » è quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa. E' « suppletorio » il giuramento deferito di ufficio dal giudice ad una delle parti per supplire ad una prova insufficiente, ma non totalmente mancante. Una sottospecie del giuramento suppletorio è il cd. giuramento « estimatorio ». Anche il giuramento costituisce prova legale e vincola il giudice.

4.6. L'« esame testimoniale ». Al giudice è rimesso l'apprezzamento della verità dei fatti e della credibilità dei testimoni. Ciò non implica, però, una distinzione dei testi in categorie in base alla loro credibilità, com'era invece regola nella *extraordinaria cognitio*, in cui la testimonianza degli *honestiores* prevaleva su quella degli *humiliores*. Parimenti non ha più valore nel nostro ordinamento il principio « *unus testis, nullus testis* ».

4.7. Le « presunzioni ». Esse sono le conseguenze che la legge o il giudice traggono da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato. Le presunzioni sono di due tipi: semplici e legali. Si dicono presunzioni « semplici » (*hominis vel iudicis*) quelle lasciate al prudente apprezzamento del giudice: esse non sono ammissibili nei casi in cui la legge esclude la prova testimoniale, ed in ogni caso devono essere gravi, precise e concordanti. Le presunzioni « legali » si distinguono in *praesumptiones iuris tantum* (che ammettono prova contraria), e *praesumptiones iuris et de iure* (che non ammettono la prova contraria).

4.8. Il giudice può, come già nel tardo processo romano, av-

valersi dell'opera di « consulenti tecnici » allorchè si richieda una particolare conoscenza tecnica (medica, merceologica, chimica, ecc.).

5. Contro la sentenza di primo grado è di regola ammesso l'appello (a. 339 ss.), all'organo giurisdizionale superiore, entro termini perentori. Anche nel processo moderno la dichiarazione di appello va corredata con la presentazione dei motivi (*libellus appellatorius*). L'appello va proposto con citazione a comparire innanzi al giudice competente per l'appello (*iudex ad quem*).

La proposizione dell'appello ha effetto sospensivo, salvo che il giudice di prima istanza abbia concesso la provvisoria esecuzione della sentenza (provvisoria esecuzione, che in ogni caso il giudice di appello può revocare). In appello non si possono proporre domande nuove (non avanzate in prima istanza), salvo quelle riguardanti gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza stessa. Come nel processo *extra ordinem*, sono invece ammesse in ogni caso nuove eccezioni e nuove prove; solo che, se la richiesta poteva esser fatta in primo grado, si applicano le disposizioni dell'a. 92 (violazione del dovere di lealtà e probità imposto alle parti ed ai difensori). A questa regola fa eccezione il deferimento del giuramento decisorio, che è ammissibile nel giudizio di appello. La sentenza di appello può accogliere il gravame, riformando in tutto o in parte la sentenza impugnata, o rigettarlo e condannare l'appellante alle maggiori spese processuali.

6. Contro la sentenza di appello è ammesso il ricorso per cassazione innanzi alla corte omonima, per *errores in iudicando* (a. 360 n. 3: violazione o falsa applicazione di norme di diritto) o per *errores in procedendo* (a. 360 n. 1, 2, 4 e 5 c.p.c.).

La corte di cassazione esercita una giurisdizione di solo diritto, e non può, di regola, conoscere dei fatti che stanno alla base della pretesa delle parti: la conoscenza di questi è pertanto limitata alle giurisdizioni di merito (prima istanza ed appello). A differenza dell'appello, il ricorso per cassazione non ha effetto sospensivo. La sentenza pronunciata in grado di appello è perciò esecutiva, così come è esecutiva la sentenza di primo grado non impugnata nei termini.

La corte di cassazione può rigettare il ricorso, o accoglierlo, cassando in quest'ultimo caso la sentenza impugnata, con o senza rinvio al giudice di merito. Con la decisione della cassazione si ha il formarsi della *res indicata* (che non va confusa con la esecutorietà della sentenza). Parimenti passa in giudicato la sentenza non impugnata nei termini.

7. Mezzi straordinari d'impugnazione previsti dal nostro ordinamento sono la revocazione, ammessa per motivi tassativamente stabiliti (a. 395 ss.), e l'opposizione di terzo (a. 404 ss.).

8. Il processo di esecuzione, come quello di cognizione, si svolge ad impulso di parte, ma attraverso organi dello Stato (giudice dell'esecuzione, ufficiale giudiziario, forza pubblica) che si pongono al servizio dell'esecutante per attuare concretamente la volontà della legge, pur contro la volontà dell'esecutato, e facendo uso, se è il caso, anche della forza (esecuzione *manu militari*) (a. 483 ss.).

8.1. L'azione esecutiva si fonda sull'esistenza di un valido « titolo esecutivo ». Questo può essere: a) « giudiziale »: sentenze esecutive di condanna, provvedimenti equiparati (quali il decreto d'ingiunzione), verbali di conciliazione giudiziale, lodi arbitrali resi esecutivi dal pretore, sentenze straniere deliberate; b) « contrattuale »: cambiale o altro titolo di credito a cui la legge conferisce efficacia esecutiva; atti contrattuali ricevuti da notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in essi contenute; c) « amministrativo »: ad es., i ruoli delle imposte resi esecutivi dall'intendente di finanza.

8.2. L'esecuzione forzata è preceduta dalla notifica del titolo esecutivo e del « precetto ». Quest'ultimo consiste nell'intimazione di adempiere entro un certo termine (non inferiore, di regola, ai dieci giorni) con l'avvertimento che, in mancanza, si procederà all'esecuzione forzata.

8.3. L'esecuzione segue regole speciali, a seconda che si tratti di espropriazione forzata (di mobili, immobili e crediti), di esecuzione per consegna o rilascio, o di esecuzione di obblighi di fare o di non fare. L'espropriazione forzata ha inizio col « pigno-

ramento » (*pignus ex causa indicati captum*), e consiste nell'apprensione di cose del debitore, che vengono vendute ai pubblici incanti, dando modo ai creditori di soddisfarsi sul prezzo, o assegnate fino all'ammontare dei crediti. L'eventuale differenza in più tra il prezzo di vendita ed il credito (o i crediti, nel caso di esecuzione concorsuale) va restituita all'espropriato. La vendita agli incanti risponde in parte a regole proprie, di carattere pubblicistico, che la differenziano dalla compravendita contrattuale (ad es., esclusione della garanzia per vizi e dell'azione di rescissione).

8.4. A tutela dei diritti del debitore esecutato, il nostro ordinamento prevede una serie di « opposizioni », che si distinguono in opposizioni all'esecuzione ed opposizione agli atti esecutivi. Il terzo espropriato è a sua volta tutelato da una speciale opposizione.

9. Oltre al processo di cognizione ordinario, il c.p.c. (a. 633 ss.) disciplina una serie di procedimenti speciali, che obbediscono a regole proprie. I più importanti di essi sono: il procedimento d'ingiunzione; il procedimento per convalida di sfratto; i procedimenti cautelari (sequestri, denuncia di nuova opera e di danno temuto, procedimenti d'istruzione preventiva); i procedimenti possessori; i procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone (separazione tra coniugi, interdizione ed inabilitazione, dichiarazione di assenza e di morte presunta, ecc.); i procedimenti in materia di successione e di divisione.

10. E' inoltre prevista la possibilità, per i privati, di far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, quando queste non riguardino diritti indisponibili (a. 806 ss.). L'« arbitrato » viene istituito mediante « compromesso » (*compromissum*), che è l'accordo col quale le parti rimettono ad arbitri la risoluzione di una controversia già insorta, o mediante « clausola compromissoria », che è la clausola inserita in un contratto per rimettere ad arbitri le controversie che potranno sorgere in sede di applicazione dello stesso. La sentenza arbitrale (« lodo ») è resa esecutiva (e viene quindi equiparata a sentenza) con decreto del pretore.

§ 8. — I RAPPORTI DEL « IUS PRIVATUM »

SOMMARIO: 48. I rapporti del *ius privatum*. — 49. Le qualificazioni soggettive regolari. — 50. I soggetti giuridici limitati. — 51. I soggetti giuridici impersonali. — 52. La capacità di agire. — 53. Le qualificazioni oggettive regolari. — 54. Le *res* e le loro distinzioni. — 55. Ragguaglio di diritto moderno.

48. I RAPPORTI DEL « IUS PRIVATUM ».

1. I rapporti conosciuti e regolati dal *ius privatum* romano nell'epoca della sua compiuta formazione, cioè nel periodo classico, non furono numerosi. Ancor meno numerosi essi sarebbero stati, se complesse incidenze di carattere storico non avessero addirittura determinato la formazione di alcuni sostanziali doppioni. Eppure, malgrado l'esiguità del loro numero, i rapporti del *ius privatum* manifestarono tale precisione di linee e, ad un tempo, tanta duttilità di impiego, da risultare praticamente bastevoli all'inquadramento della vita privata non pur della civiltà romana, ma anche delle civiltà ad essa susseguite, per molti secoli ancora. Anche il diritto contemporaneo, del resto, sopra tutto presso i popoli latini e occidentali, è ancora fondamentalmente ancorato agli schemi essenziali del *ius privatum* romano.

2. La chiave per la comprensione del *ius privatum* romano è fornita dall'individuazione del nucleo originario, attorno al quale avvenne ogni suo successivo sviluppo. Questo nucleo fu costituito da un rapporto, il *mancipium*, che fu l'unico e solo oggetto dell'antichissimo *ius Quiritium*.

Il *mancipium* (o *manus*) fu un rapporto assoluto, risolvendosi nella affermazione *erga omnes* della potestà del *pater* sui componenti umani, subumani e inanimati della sua *familia*. Tutto ciò che fosse estraneo alla *familia* non era *mancipi* e non riceveva protezione giuridica; nè protezione giuridica era accordata agli obblighi che il *pater familias* eventualmente assumesse (o ai crediti che eventualmente acquisisse) nei confronti di altri *patres familiarum*; nè comunque erano considerati soggetti, ma erano soltanto oggetti di *mancipium*, i membri liberi della *familia* sottoposti alla *potestas*

del *pater*. Pertanto, al di fuori del *ius Quiritium* si trovano, nell'età più vetusta: i rapporti assoluti (*possessio*) sulle *res non familiares* (anche dette *nec Mancipi*), riconosciuti dal costume sociale; i primi e rudimentali rapporti relativi (poi detti *obligationes*), riconosciuti taluni dal costume sociale e talaltri dall'ordinamento religioso; tutti i rapporti, assoluti o relativi, aventi a soggetti *filii familiarum* e *mulieres* (cioè i liberi della *familia*), riconosciuti soltanto dall'ordinamento religioso o dall'ordinamento statale extragiuridico.

3. L'esaurimento del *ius Quiritium* e la formazione, attraverso il *ius legitimum vetus* e l'*interpretatio pontificum*, del *ius civile vetus* determinarono un processo evolutivo estremamente complesso (e di ricostruzione indubbiamente assai incerta), i cui risultati furono, approssimativamente, questi: a) soggetti giuridici rimasero i *patres familiarum* romani, ma li divennero anche le *mulieres* non sottoposte a *potestas* (cd. *matres familiarum*), sempre però con esclusione dei *filii in potestate* e delle *mulieres in manu*; b) il *mancipium* si frantumò e trasformò in vari rapporti assoluti aventi oggetti e regolamenti diversi: la *patria potestas* sui *filii*, la *manus maritalis*, la *potestas* sui *liberi in mancipio* e, più caratteristico di tutti, il *dominium ex iure Quiritium* sulle *res Mancipi e nec Mancipi* (cose inanimate, animali subumani e schiavi); c) le *obligationes* tra *patres familiarum* ottennero riconoscimento e disciplina giuridica.

4. L'apporto del *ius civile novum* al diritto privato romano si riassunse, essenzialmente, nell'introduzione di nuovi tipi di *obligationes* e nel riconoscimento di una limitata soggettività giuridica ai *peregrini*. Ma il contributo di gran lunga più importante fu quello fornito dal *ius honorarium*, sia mediante l'ammodernamento degli antichi istituti, sia mediante la creazione di nuovi e più agili rapporti, sia mediante il riconoscimento di una parziale soggettività giuridica ai *liberi* privi della *patria potestas*.

5. Ai primordi dell'età classica il *ius privatum* romano si presentava, dunque, come un ordinamento tanto ricco, quanto disorganico, in cui abbondavano gli istituti civilistici in totale o parziale disuso, ormai praticamente soppiantati dagli istituti onorari, ed in cui gli stessi istituti in uso presentavano

intime discrepanze, antitesi con altri istituti vigenti, ripetizioni di istituti concorrenti.

Il *ius novum* e la *iurisprudentia* dell'epoca classica si adoperarono, pertanto, essenzialmente in un'opera assidua di riordinamento, di disciplina unitaria e di semplificazione, nei limiti peraltro di un orientamento fortemente tradizionalista e conservatore quanto alle forme esteriori. E in fondo fu questo anche il programma e lo sforzo del *ius novum* e della giurisprudenza postclassica, salvo che i risultati furono spesso assai discutibili: sia per il decadimento della cultura giuridica, sia per le influenze ellenistiche e cristiane, sia per la spregiudicatezza del potere imperiale nei suoi interventi normativi.

6. Il processo evolutivo dianzi tratteggiato spiega come sia possibile ed opportuno disegnare, dei rapporti del *ius privatum* romano, una configurazione generale unitaria, che subordini le molte variazioni particolari verificatesi nei secoli alla costanza di certe linee strutturali manifestatesi fin dalle origini.

49. LE QUALIFICAZIONI SOGGETTIVE REGOLARI.

1. Le qualificazioni soggettive regolari del *ius privatum* romano, cioè i requisiti normalmente indispensabili per essere soggetti (attivi o passivi) di rapporti giuridici privati, furono: l'appartenenza alla specie umana, l'esistenza, la libertà, la cittadinanza romana, l'autonomia familiare. Ma prima di passare ad illustrare il valore di questi requisiti ed il loro grado di regolarità, cioè di normale indispensabilità, giova precisare il significato di tre termini collegati, piuttosto frequenti nelle fonti romane: *persona*, *caput*, *status*.

1.1. « *Persona* », termine usato nell'inoltrato diritto classico (in particolare da Gaio: n. 22) per chiara influenza filosofica stoica, stette a significare normalmente « uomo », con esclusione dei soggetti giuridici immateriali (n. 51) e con inclusione, viceversa, dei *servi*, dei *peregrini* e dei *filii familiarum* (cioè dei non soggetti giuridici).

1.2. « *Caput* » stette a significare l'appartenenza ad un gruppo: quello degli uomini liberi, quello dei *cives*, quello di una *familia*. In rapporto a ciò, « *capitis deminutio* » significò il mutamento di posizione giuridica di una *persona* in dipendenza della sua uscita dal gruppo: per il che i giuristi classici parlarono della « *capitis deminutio maxima* » di chi uscisse dal novero degli uomini liberi (divenendo *servus*), della « *capitis deminutio media* » di chi uscisse dal novero dei *cives Romani* (divenendo *peregrinus*), della « *capitis deminutio minima* » di chi uscisse da una *familia* per entrare a far parte di un'altra *familia* (in forza di *conventio in manum* o di *adoptio*) oppure per diventare *sui iuris* (in forza di *emanipatio*). La *capitis deminutio* non equivalse, dunque, in ogni caso, a perdita di capacità giuridica, nè il *capite deminutus* fu in ogni caso persona divenuta, da capace, incapace.

1.3. « *Status* », alla stessa guisa di *caput*, fu termine riferito dalla giurisprudenza romana non al concetto di soggetto giuridico, ma a quello di *persona*: esso stette a significare la posizione giuridica di una *persona* in relazione al concetto di *libertas*, di *civitas* o di *familia*. Per conseguenza, « *status libertatis* » fu usato per classificare le *personae* in *liberae* e *non liberae* e per trattare dei modi in cui queste potessero acquistare la *libertas*; « *status civitatis* » fu usato in modo analogo rispetto alla *civitas*; « *status familiae* » fu usato in modo analogo rispetto alla *familia*.

2. Primo requisito della soggettività (capacità) giuridica fu quello della appartenenza alla specie umana: « *hominum causa omne ius constitutum est* » (Hermog. D. 1. 5. 2). I *monstra vel prodigia*, cioè gli esseri privi di normale forma umana, non furono, di regola, considerati soggetti giuridici salvo che allo scopo di far numero con gli altri nati da un matrimonio per la concessione del *ius liberorum* alla madre (n. 57).

3. Secondo requisito della soggettività giuridica fu quello della *esistenza*: la soggettività giuridica sorgeva nel momento stesso della nascita fisica del soggetto e si estingueva nel momento stesso della sua morte. Per la determinazione del momento della nascita, i Proculiani ritennero che esso coincidesse col primo pianto, mentre i Sabiniani (la cui opinione finì per prevalere) sosten-

nero che bisognasse accontentarsi di un qualunque atto dimostrativo della vita del soggetto. In ordine al momento della morte, sorse questione, in particolare, nel caso che più soggetti tra loro imparentati scomparissero in uno stesso incidente: il diritto post-classico, rinunciando a considerarli morti nello stesso momento, si orientò verso la presunzione che gli impuberi, essendo più deboli, fossero morti prima dei puberi e che, tra i puberi, i più vecchi avessero ceduto prima dei più giovani.

3.1. Prima della nascita non vi è vita autonoma, e quindi era esclusa radicalmente la soggettività giuridica: « *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur* » (Papin. D. 35. 2. 9. 1). Tuttavia gli esseri non ancora autonomi, cioè non ancora staccati dall'alveo materno, ma già concepiti, ebbero una considerazione speciale dal *ius privatum*, appunto per il fatto di essere qualcosa: « *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens commodis ipsius partus quaeritur* » (Paul. D. 1. 5. 7). Fin dal periodo classico fu riservata ad essi la successione *ab intestato* e fu prevista la nomina di un « *curator ventris* » per amministrare i beni loro riservati; sin dal periodo classico si ebbe riguardo molte volte alla condizione del padre al momento del concepimento per stabilire nel modo più favorevole lo *status* del figlio al momento della nascita. Il diritto postclassico generalizzò i casi classici. Fu, forse, proprio esso ad elevare addirittura a regola la considerazione del concepimento, e non della nascita, quando essa tornasse utile, dopo la nascita, al soggetto (« *quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* »).

3.2. Dopo la morte il soggetto giuridico si considerava cancellato dal mondo del diritto, avendone preso il posto i suoi successori *mortis causa*. Tuttavia, motivi di utilità pratica indussero talvolta a considerare il morto come ancora titolare, almeno a certi effetti, di situazioni giuridiche: per es., nel caso della *bonorum venditio*, che poteva essere effettuata anche a danno del debitore defunto, sul quale veniva quindi a ricadere l'*infamia* conseguente (n. 45).

4. Terzo requisito della soggettività giuridica fu quello della libertà, cioè della appartenenza alla categoria degli uomini liberi. Gli schiavi (« *servi* »), conformemente ad una credenza uni-

versale dei popoli antichi, non erano considerati, di regola, soggetti giuridici, pur essendo *personae*.

4.1. Fatti costitutivi dello stato di libertà furono: a) la nascita da genitore (padre o madre) libero almeno al momento del concepimento, o in un momento successivo sino a quello del parto; b) l'affrancazione dalla *servitus* (« *manumissio* »: n. 88). Coloro che fossero liberi per nascita si dicevano « *ingenui* »; coloro che fossero liberi per manumissione (sia che fossero nati *servi*, sia che fossero divenuti *servi* dopo la nascita) si dicevano « *libertini* » e soffrivano di qualche minorazione della capacità giuridica.

4.2. Fatto estintivo della libertà fu, in tempi storici, la cattura da parte dei nemici, produttiva della cd. *capitis deminutio maxima*. Una *lex Cornelia* dell'81 a.C., per ovviare alla conseguenza più grave di ciò, che era la incapacità di testare e quindi la nullità del testamento già fatto, dispose che il cittadino morto in prigionia dovesse considerarsi morto all'atto della cattura, cioè quando era ancora libero (cd. « *fictio legis Corneliae* »). Se, dopo la cattura e la conseguente *capitis deminutio maxima*, il prigioniero rientrava nei *limina* di Roma, egli riacquistava tutte le situazioni giuridiche (attive e passive) di cui era titolare in precedenza (cd. « *ius postliminii* »). Non si ricostituivano, peraltro, nè la *possessio* (n. 72 ss.), nè il *matrimonium sine manu* (n. 57), che erano due istituti fondati su fatti a carattere necessariamente continuativo (rispettivamente: il *corpore possidere* del possessore e la convivenza dei coniugi).

5. Quarto requisito della soggettività giuridica fu quello della *cittadinanza romana*, cioè dell'appartenenza alla categoria dei *cives Romani*. I non cittadini (cd. « *peregrini* »), pur essendo *personae*, a parte le forti limitazioni che subirono nel campo del diritto pubblico, furono esclusi, almeno in linea di principio e sino alla *constitutio Antoniniana* del 212 d.C. (n. 19), dal *ius civile vetus* e dal *ius honorarium*.

5.1. Fatti costitutivi della *civitas Romana* furono: a) la nascita da *matrimonium iustum* di genitori romani, o quanto meno di padre romano al momento del concepimento; b) la nascita non *ex iusto matrimonio* da madre romana al momento del parto (purché non derivante da unione con *peregrini* in senso stretto);

c) la naturalizzazione (cd. « *civitatis donatio* »), concessa a singoli stranieri o ad intere categorie di stranieri dello Stato romano; d) la « *manumissio iusta ac legitima* » (n. 88).

5.2. Fatti estintivi della *civitas* furono gli stessi che valevano in ordine alla libertà: essi producevano la cd. *capitis diminutio media*.

5.3. Entro la categoria generale dei « *peregrini* » occorre porre in evidenza la sottocategoria dei *Latini*, tra cui primeggiavano i cd. « *Latini prisci* », cioè i discendenti degli antichi abitanti del Lazio: essi, pure non essendo *cives Romani*, erano praticamente, quanto al *ius privatum*, equiparati pienamente a costoro, perchè erano loro riconosciuti sia il « *connubium* » con i Romani, cioè la capacità di contrarre *matrimonium iustum* con i cittadini di Roma (n. 57), sia il « *commercium* » con gli stessi, cioè la capacità di avvalersi, nei rapporti con Romani, di tutto il *ius privatum* romano. Specie « artificiali » di *Latini* (cioè di persone non di stirpe latina, ma fruienti della condizione giuridica dei *Latini*) furono quelle: dei « *Latini coloniarii* », membri delle *coloniae Latinae* (n. 51), istituite da Roma in alcune località ove la *respublica* non voleva impegnare il suo nome attraverso l'istituzione di *coloniae civium Romanorum*; dei « *Latini Iuniani* », i quali, secondo la *lex Iunia Norbana* (n. 88), erano però privi della capacità di testare e di trasmettere anche *ab intestato* ai discendenti i propri beni, che andavano, dunque, in caso di morte, al *patronus* (« *vivunt quasi ingenui, moriuntur ut servi* »); dei « *Latini Aeliani* », cioè dei servi manomessi in età inferiore ai 30 anni, contro un divieto della *lex Aelia Sentia* (n. 88), i quali erano in condizioni identiche a quelle dei *Latini Iuniani*.

5.4. I *peregrini* in senso stretto (cioè i non *Latini*) si distinguevano in: « *peregrini alicuius civitatis* », i quali nei rapporti con i Romani e con i *peregrini* delle altre città facevano ricorso al cd. *ius gentium*, ma nei rapporti tra loro vivevano secondo gli ordinamenti privatistici delle rispettive *civitates*; « *peregrini dediticii* », cioè privi di *civitas* perchè arresi a discrezione ai Romani (*deditio*), che vivevano esclusivamente secondo le norme del *ius gentium*; (*peregrini*) « *dediticii Aeliani* », che erano una ca-

tegoria artificialmente creata dalla *lex Aelia Sentia*, già citata, e composta dai *libertini* i quali durante la schiavitù avessero subito pene infamanti per i *crimina* commessi (a cui perciò era negata la ammissione tra i *cives Romani*).

5.5. Antonino Caracalla, con la *constitutio Antoniniana* del 212 d.C. (n. 19), concesse la *civitas Romana* a tutti gli abitanti dell'Impero, eliminando la distinzione tra *cives*, *Latini* e *peregrini*. Dalla concessione furono probabilmente esclusi i *peregrini dediticii*, nonchè le categorie artificiali dei *Latini Iuniani* e *Aeliani* e dei *dediticii Aeliani*.

6. Quinto ed ultimo requisito della soggettività giuridica fu quello della *autonomia familiare*: requisito strettamente caratteristico del *ius privatum* romano e consistente nell'essere esente da ogni altrui *potestas*.

Le persone in condizioni di autonomia familiare si dicevano (*personae*) « *sui iuris* ». Le persone *alieno iuri subiectae* (o « *personae alieni iuris* »), pur avendo piena capacità nel diritto pubblico, erano incapaci quanto al *ius privatum*. Alle *personae sui iuris* si attribuiva anche il titolo di *patres* (o *matres*) *familiarum*, indipendentemente dalla considerazione che avessero o non avessero (o non potessero avere, come *mulieres*) una *familia* sotto di sé.

6.1. Fatti costitutivi dell'autonomia familiare furono: a) la morte del *pater familias*, di cui si fosse immediati discendenti; b) la *capitis deminutio* (*maxima* o *media*) dello stesso *pater familias*; c) la affrancazione del *filius* ad opera del *pater* mediante *emancipatio* (n. 78).

6.2. Fatti estintivi dell'autonomia familiare furono gli stessi che producevano la *capitis deminutio maxima* e *media*, nonchè la *adrogatio* di un *pater familias* ad opera di altro *pater* (n. 78) e la *conventio in manum* della *mater familias* (n. 79).

50. I SOGGETTI GIURIDICI LIMITATI.

1. Le *personae* non dotate delle qualificazioni regolari dianzi esaminate o erano estranee, almeno in linea di principio, in quanto *peregrini*, al *ius privatum* romano, oppure erano oggetti e non

soggetti di rapporti giuridici privati. Restano da considerare, tuttavia, alcune figure di *soggetti limitati* del *ius privatum* romano: persone munite di tutte le qualificazioni regolari dianzi esposte, ma la cui capacità giuridica subiva per vari motivi limitazioni quanto al tempo o quanto ai rapporti.

Cause di limitazione della capacità giuridica privata furono considerate: l'*infamia*, l'appartenenza a certe religioni, l'appartenenza a certe classi o professioni, l'appartenenza al sesso femminile, alcuni atti giuridici di vario genere.

2. *Infamia* fu definita, nel linguaggio comune, la situazione di alcune categorie di soggetti, ai quali l'editto pretorio vietava, in considerazione della loro indegnità (*ignominia*), di rappresentare altri in giudizio (« *postulare pro aliis* »).

Infames erano gli esercenti i mestieri considerati turpi, come gli attori e i gladiatori; i condannati per *crimina* pubblici e per alcuni illeciti privati (*crimina* di calunnia e di prevaricazione, illeciti di *furtum*, di *dolus malus*, di *bona vi rapta* e di *iniuria*); i condannati nei *iudicia privata* di *tutela*, *fiducia*, *depositum*, *societas* e *mandatum*; la donna che passasse a seconde nozze prima del compimento del *tempus lugendi*; i bigami; la donna colta in flagranza di adulterio; e ancora i lenoni, le meretrici, e i soldati licenziati con disdoro (*missio inbonesta*).

Nel diritto giustiniano all'*infamia* conseguivano l'incapacità di essere nominato *procurator*, e di nominarsi un *procurator*, l'interdizione dalle cariche pubbliche, l'incapacità di testimoniare e l'incapacità ad esercitare « *actiones populares* », cioè azioni il cui esercizio fosse concesso ad un *quivis de populo*.

3. A prescindere dalla *infamia* in senso tecnico, limitazioni di minor conto erano connesse alla generica *turpitudine*, sopra tutto in età cristiana. Così, per esempio, il *pater* era privato dell'amministrazione dei beni del figlio qualora fosse dedito ai vizi; la figlia poteva rifiutare il fidanzato designatole dal padre nel caso che il fidanzato fosse uomo disonesto o turpe; il padre che menasse vita disonesta era privato dell'esercizio dell'azione dotale ecc. Queste e analoghe valutazioni portavano invece, in età classica, ad una diversa sanzione, quella della « *nota censoria* » irrogata dai *censores* in occasione delle operazioni censuali, con conseguenza

prevalentemente di diritto pubblico (es.: assegnazione a una classe inferiore dei *comitia centuriata*).

4. L'appartenenza a certe religioni fu variamente valutata nelle diverse epoche del diritto romano.

In età precristiana nessuna limitazione di capacità fu determinata dalla confessione religiosa del soggetto: tutte le religioni erano ammesse nei limiti dell'ordine e della moralità pubblica. Anche le persecuzioni contro i Cristiani, che si ebbero in età pagana, avevano piuttosto il carattere di operazioni di polizia, intese a reprimere il *crimen maiestatis* (reato di attentato alla sovranità dello Stato), che non di persecuzioni antireligiose.

Nell'età cristiana, a partire da Costantino, limiti vari furono invece posti alla capacità privata dei non Cristiani: ebrei, apostati, eretici. Così fu vietato agli eretici di avere schiavi cristiani, di servire nell'amministrazione statale e di rivestire cariche pubbliche. Fu inoltre loro vietato di testare e, entro certi limiti, di ricevere per testamento. Le nozze tra cristiani ed ebrei furono vivamente e variamente contrastate.

5. Classi sociali e professioni ebbero rilevante influenza sulla capacità giuridica privata, sia al fine di garantire privilegi e sia, sopra tutto, al fine di limitare tale capacità.

Tra le limitazioni vanno segnalate, a prescindere da casi di minore importanza, quelle che subirono sin dal periodo classico i senatori, cui era vietato di sposare *libertinae*. Limitazioni subirono anche i magistrati provinciali (es.: incapacità di acquistare beni nella provincia o di contrarre matrimonio con donne della stessa) e i militari (es.: incapacità di sposarsi e di manomettere gli schiavi).

In periodo postclassico l'assolutismo politico e la connessa statalizzazione dell'economia portarono alla creazione di ceti professionali a carattere ereditario, con divieto agli appartenenti di abbandonarli. Tra questi ceti professionali subirono gravi limitazioni di capacità quello dei cd. « *servi fisci* », cioè degli operai addetti alle officine statali, e quello dei cd. « *servi glaebae* » o *coloni* o *adscripticii*, cioè delle persone addette alla coltivazione dei latifondi. In particolare, i *coloni* erano in condizione pressochè identica a quella dei *servi* e formavano come una pertinenza del fondo cui erano addetti. Erano alienati con esso, non potevano allontanarsene

(e se se ne allontanavano erano rivendicati dal *dominus* alla stessa guisa di un *servus fugitivus*), erano resi liberi solo per il fatto che il fondo fosse loro donato dal proprietario.

6. Per ciò che riguarda il sesso femminile, va ricordato che alle donne, indipendentemente da ogni considerazione di *ignominia*, era fatto divieto dal pretore di *postulare pro aliis*. Le donne non potevano nemmeno assumere obbligazioni a favore di altri: il senatoconsulto Velleiano, dell'età di Nerone, vietò, infatti, di *intercedere pro aliis*. Inoltre, come si è visto, le donne ricevendo l'autonomia familiare non acquistavano tuttavia la capacità di creare una propria famiglia, ma rimanevano, in qualità di *matres familiarum*, « *caput et finis familiae suae* ».

7. Atti giuridici limitativi della capacità giuridica privata furono: il « *nexum* » (n. 111); l'« *addictio* », cioè l'assegnazione *in causa mancipii* del debitore insolvente al creditore, fatta dal magistrato nella procedura della *manus iniectio* (n. 41); l'« *auctoramentum* », cioè il patto, confermato da giuramento, con cui i gladiatori si ponevano a piena disposizione dell'impresario (*lanista*); la « *redemptio ab hostibus* » di un prigioniero di guerra, per effetto della quale il *redemptor* aveva in sua disponibilità il *redemptus* fin che non fosse stato rimborsato della somma del riscatto.

51. I SOGGETTI GIURIDICI IMPERSONALI.

1. Un'altra categoria di soggetti giuridici limitati fu quella di taluni enti, i quali vennero considerati come unitari e distinti dalle persone dei membri (o comunque, degli interessati alla loro esistenza). Tali enti, che ebbero una limitata soggettività giuridica pur essendo privi del requisito della appartenenza alla specie umana, vengono qualificati, con terminologia moderna, « persone giuridiche »; ma questa qualifica non poté essere applicata ovviamente agli enti soggetti di diritto privato romano, cioè ai soggetti giuridici immateriali, per la limitazione del concetto di *persona* agli esseri umani (n. 49).

2. A partire dal periodo classico, sebbene con notevole ritegno, il diritto romano mostrò di riconoscere la soggettività giuridica a certi enti associativi, considerati ciascuno come un tutto unitario ben distinto dalle persone dei membri. Il modello seguito dai giuristi, in questi processi di finzione della soggettività giuridica in un ente corporativo, fu costituito dal *populus Romanus Quiritium*, che già nel periodo preclassico era stato concepito nel suo insieme come soggetto unitario (sebbene sovrano, e quindi inadatto per definizione ad esser parte di rapporti giuridici privati: n. 35). Con riferimento al *populus Romanus* furono, appunto, via via identificati come soggetti giuridici privati i *municipia* e le *coloniae*, i *collegia* e le *sodalitates*.

2.1. I *municipia* erano comunità di *cives Romani* inquadrare secondo una organizzazione simile a quella della *respublica* e strettamente subordinate a questa. Le *coloniae* erano comunità sparse nel territorio dell'*imperium Romanum*, a grande distanza dal centro, e potevano essere di due specie: « *coloniae civium Romanorum* », vere e proprie « filiali » o succursali della *respublica*, di cui i membri erano *Romani* a tutti gli effetti; e « *coloniae Latinae* », i cui membri erano parificati nella condizione giuridica ai *Latini* (n. 49). *Municipia* e *coloniae* (anche detti complessivamente « *civitates* » o « *universitates* ») erano, normalmente, nei riguardi dei propri organizzati e degli enti consimili, enti sovrani (parastatali), ma potevano anche svestirsi del carattere sovrano per entrare a far parte di rapporti giuridici privati (« *privatorum loco habentur* »: Gai. D. 50. 16. 16). In tal caso era loro concesso di compiere (a mezzo dei propri funzionari di governo, o anche di speciali *actores*, o, in età più tarda, di regolari *curatore* o *syndici*) ogni attività inerente alle relazioni giuridiche di carattere patrimoniale. Pur se con una certa difficoltà, fu sinanche concesso loro di essere onorati di legati e fedecommissi e persino di accettare istituzioni di erede.

2.2. I *collegia* e le *sodalitates* furono consociazioni di tradizione antichissima, denominate anche *societates* o *corpora*. A quanto sembra, i primi si erano formati prevalentemente a scopo di culto in comune, e quindi spesso allo scopo di garantire una sepoltura ai membri (*collegia funeraticia*); i secondi si erano

invece costituiti prevalentemente per motivi di ricreazione e di mutua assistenza dei soci. Mai si dubitò che essi fossero altrettante forme di *societates*, il cui regime dipendeva generalmente da un accordo trasfuso in uno statuto scritto, che disciplinava minutamente l'organizzazione e il funzionamento della *societas* (*lex collegii vel sodalicii*). Ma il concetto secondo cui essi erano addirittura enti distinti dalle persone dei soci e soggetti autonomi di rapporti giuridici si profilò soltanto agli inizi dell'età classica, per effetto della *lex Iulia de collegiis*, fatta votare da Augusto in un anno imprecisato. Questa legge sembra aver disposto lo scioglimento di tutte le associazioni esistenti, salvo un ristretto numero di *collegia* e *sodalitates* di antica e nobile tradizione, e subordinò la costituzione di nuovi enti del genere ad autorizzazione del senato. La rappresentanza processuale dei *collegia*, autonomamente considerati, alla stessa guisa che per i *municipia*, fu predisposta dall'editto pretorio. Marco Aurelio riconobbe ai *collegia* autorizzati la facoltà di manomettere i propri schiavi e conseguentemente la capacità di ricevere ereditariamente i beni del liberto a titolo di patronato. Sempre nell'età classica fu anche ammesso che si lasciassero legati ai *collegia licita*: se si trattava di *collegium illicitum*, il legato non andava all'ente ma ai soci singoli. Al termine del periodo classico si giunse, insomma, ad un riconoscimento sufficientemente chiaro della soggettività giuridica dei *collegia* e delle *sodalitates*.

3. E' assai discusso, ma generalmente negato, che i Romani, privi come erano di eccessive facoltà di astrazione, abbiano riconosciuto la soggettività giuridica anche alle così dette *f o n d a z i o n i*, cioè ai patrimoni destinati a beneficio di una categoria di persone o comunque alla realizzazione di un certo scopo (es.: assistenza ai malati, lavori di bonifica, ecc.). I casi che generalmente si adducono sono quelli delle *piae causae* e dell'*hereditas iacens*, in ordine ai quali quanto meno il diritto classico non ravvisò la soggettività giuridica.

3.1. Nell'ipotesi delle *p i a e c a u s a e*, cioè di lasciti di beni destinati a scopi di pietà, il patrimonio era considerato di proprietà dell'ente o dell'ufficio (la Chiesa, il vescovo ecc.) incaricati della realizzazione degli scopi stessi, oppure tali scopi erano

considerati da realizzarsi a titolo di *modus* di una disposizione testamentaria. In età postclassica il propagarsi della beneficenza privata e pubblica, sotto l'influsso della religione cristiana, portò alla creazione di numerosi ospizi di vario genere (per vecchi, per poveri, per pellegrini, ecc.), i quali, tuttavia, non pare abbiano assunto carattere di soggettività giuridica, ma sembra si siano inquadrati nella configurazione che delle *piae causae* ebbe il diritto classico. Giustiniano, invece, sembra aver compiuto passi decisivi sulla via del riconoscimento della soggettività giuridica alle istituzioni di beneficenza: ad esse egli accordò la capacità di ricevere per testamento e quella di promuovere giudizi e di resistere negli stessi.

3.2. Nell'ipotesi della *hereditas iacens*, cioè del patrimonio ereditario in attesa di essere accettato dall'erede (da non confondere con l'eredità vacante, cioè con la eredità che sia stata rifiutata o non possa più essere accettata e che per conseguenza passava in proprietà del fisco a termine della *lex Iulia et Papia*), il compendio patrimoniale era considerato, in età classica, *res nullius*, almeno entro certi limiti: pertanto, chi si impadronisse di una eredità non accettata nè posseduta, dalla persona designata come erede non commetteva furto. Ma sin dall'età classica sorse la necessità, almeno a certi fini, di considerare che la *hereditas iacens* fosse in certo qual modo un soggetto giuridico. Per esempio, se uno schiavo facente parte dell'eredità giacente era istituito erede da un terzo, per evitare che la istituzione fosse nulla per mancanza di un *dominus* capace di ricevere testamentariamente, si disse da alcuni giuristi che la *hereditas* aveva nei riguardi dello schiavo « *personae vicem* ». Tuttavia l'*hereditas iacens* non era considerata un sostitutivo della persona soggetto di diritti in astratto, ma era in realtà considerata un sostitutivo della persona del defunto o di quella dell'erede: cioè un patrimonio ancora fittiziamente collegato ad un soggetto giuridico scomparso o sospensivamente collegato ad un soggetto giuridico ancora da precisare. Da questo inizio la giurisprudenza del tardo periodo classico e gli imperatori postclassici furono portati a ravvisare nella *hereditas iacens* una sorta di effimero soggetto di diritti. Giustiniano, completando lo sviluppo iniziatosi nei tempi precedenti, giunse ad affermare che l'*hereditas*

iacens « dominae locum obtinet », chiaramente ponendo in evidenza la sua caratteristica di soggetto giuridico, sia pur limitato.

52. LA CAPACITÀ DI AGIRE.

1. Secondo il *ius privatum* romano dell'età storica tutte le *personae* (fossero o non soggetti giuridici) potevano compiere atti giuridici illeciti: ma la responsabilità degli stessi ricadeva, nel caso dei non giuridicamente capaci, sui *patres familiarum*, i quali potevano liberarsi da essa solo consegnando il sottoposto colpevole al soggetto giuridico offeso (*noxae deditio*: n. 137). In età postclassica si giunse peraltro a ritenere che i *filii familiarum* fossero personalmente responsabili delle conseguenze dei loro *delicta*.

2. Quanto agli atti giuridici leciti, bisognava distinguere tra capacità giuridica e capacità di agire, cioè idoneità a compierli validamente, assumendosene le conseguenze.

2.1. Fondamento del concetto di capacità di agire fu la convinzione, sempre più diffusa e profonda con l'andar del tempo, che un atto giuridico lecito potesse essere validamente compiuto solo da chi fosse fisicamente e mentalmente idoneo a rendersi conto della sua portata. Tuttavia, almeno fino a tutto il periodo classico, i Romani non giunsero sino al punto da ritenere che la capacità di agire dovesse esistere *in concreto*, e cioè che fosse da accertare caso per caso se l'agente, al momento della commissione dell'atto, fosse effettivamente, concretamente capace di intenderlo e di volerlo (cd. « capacità naturale » di agire). Fu sufficiente la capacità astratta di agire, cioè la sussistenza nell'agente, al momento della commissione dell'atto, di alcuni requisiti, che astrattamente (cioè in considerazione dell'*id quod plerumque accidit*) facessero presumere la sua idoneità fisica e mentale. Soltanto in diritto postclassico si manifestò, sebbene in modo incerto e sporadico, l'esigenza della capacità naturale come integrativa della astratta capacità di agire: pur se concorressero i requisiti della astratta capacità di agire, si ritenne, quindi, invalido l'atto commesso in istato di incapacità naturale.

2.2. *Requisiti* principali della astratta capacità di agire furono, in età storica: a) l'età pubere, che i Sabiniani vo-

levano fosse accertata di volta in volta mediante *inspectio corporis*, ma che i Proculiani (il cui parere prevalse) fissarono, a lume di esperienza, in 14 anni per gli uomini ed in 12 anni per le donne; b) la appartenenza al sesso maschile; c) la normalità psichica, risultante dall'assenza di infermità mentali, dalla sufficiente oculatezza amministrativa, dalla mancanza di inesperienza sociale e da altri elementi di minore e più limitato rilievo.

Di conseguenza, coloro che difettassero dei predetti requisiti furono sottoposti a *tutela* (*impuberum, mulierum*: n. 80-81) oppure a *cura* (*furiosi, prodigi, minorum*, ecc: n. 82).

3. Con l'andar del tempo la capacità di agire fu eccezionalmente ravvisata anche in *personae* prive della soggettività giuridica, ma chiaramente capaci di intendere e di volere: onde può parlarsi, in ordine a queste ipotesi, di *mera capacità di agire*. La mera capacità di agire fu progressivamente riconosciuta in parte dal *ius civile* e in parte dal *ius honorarium*. Per conseguenza, si ammise, su scala sempre più vasta, che gli atti giuridici leciti compiuti dai sottoposti ad un *pater familias* romano (*fili, mulieres in manu, liberi in causa mancipii, servi*) producessero effetti per il *pater familias* o che, talvolta, essi atti producessero effetti per lo stesso agente il giorno in cui questi divenisse *sui iuris*.

3.1. Secondo il *ius civile*, sin da tempi molto antichi gli atti leciti posti in essere dai sottoposti a *potestas* erano validi, o più precisamente utilizzabili dai titolari della *potestas* stessa, allorchè fossero determinativi per essi di un *incremento patrimoniale*, fossero cioè acquisitivi di diritti assoluti o costitutivi di crediti.

3.2. In età preclassica, ad opera del *ius honorarium*, venne a trovar riconoscimento la possibilità che i sottoposti a *potestas* obbligassero il loro *pater familias*, rendendolo responsabile delle *conseguenze onerose* di taluni atti leciti compiuti, quando avessero agito per suo esplicito o implicito incarico o autorizzazione, o ad ogni modo con suo vantaggio. In materia non si formò mai un principio generale, ma il *praetor urbanus*, su suggestione della giurisprudenza coeva, introdusse nel suo editto la promessa di tutta una serie di *actiones* concesse, nei confronti dei *pateres fa-*

miliarum, ai creditori dei loro sottoposti (cd. « *actiones adiecticiae qualitatis* »).

3.3. Ma la giurisprudenza romana classica, indipendentemente dalle ipotesi di azioni adiettorie, riconobbe la possibilità che i *filii familiarum* assumessero obbligazioni in proprio mediante *stipulatio*, seppur condizionata nella efficacia alla morte o *capitis diminutio* del *pater familias*. Altri casi di obbligazioni in proprio, e nemmeno condizionate, dei *filii familiarum* sembrano, invece, post-classici. Inoltre, si affermò largamente, in età classica, il principio per cui le obbligazioni dei sottoposti a *potestas* (*filii e servi*) avevano carattere di *obligationes naturales*, con l'annessa conseguenza della *soluti retentio*, cui vennero ad aggiungersi, in età posteriore, altri e più intensi effetti (n. 109).

4. *Actiones adiecticiae qualitatis* furono: l'a. *exercitoria*, l'a. *institoria*, l'a. *tributoria*, l'a. *de peculio*, l'a. *quod iussu*, l'a. *de in rem verso*. La caratteristica tecnica comune a tutte le azioni adiettorie fu che la formula presentava una « trasposizione di soggetti »: mentre nell'*intentio* veniva indicato come *obligatus* il sottoposto (cioè colui che effettivamente e personalmente aveva contratto l'obbligazione), nella *condemnatio* veniva indicato come legittimato passivo il *pater familias*.

4.1. L'« *actio exercitoria* » trovò la prima applicazione nell'ipotesi che un *pater familias* avesse posto un suo *filius* o un suo *servus* al comando di una nave (in qualità di *magister navis*), incaricandolo per conseguenza di compiere le operazioni di affari connesse con questa funzione: per le obbligazioni assunte dal sottoposto *magister* il creditore aveva azione per l'intero (*in solidum*) contro il *pater familias* armatore, cioè contro l'*exercitor navis*. Successivamente, l'*actio exercitoria* fu ammessa, nei confronti del *pater exercitor*, anche nel caso in cui questi avesse designato come *magister navis* un *extraneus* alla sua famiglia, cioè il *servus* di un altro o addirittura una persona libera: la qualità di *magister* dell'*extraneus* faceva sì che il creditore di lui potesse (e nel caso del *servus magister* dovesse) intentare l'azione *in solidum* contro l'*exercitor* preponente.

4.2. L'« *actio institoria* » ebbe applicazione nell'ipotesi che un *pater familias* avesse preposto un *filius* o un *servus*, oppure anche

un *extraneus* (*servus* altrui o persona libera), alla gestione di un negozio (*taberna*) o di un affare determinato, fuori dell'ambito del commercio marittimo. Il nome di *actio institoria* derivò dal fatto che *institores* venivano usualmente chiamati i preposti alla gestione delle *tabernae*.

4.3. L'« *actio tributoria* » si applicò nell'ipotesi che un sottoposto a *potestas* avesse impiegato il proprio *peculium* o parte di esso in un certo affare, essendone a conoscenza il *pater familias*. Posto che si determinasse uno stato di insolvenza, i creditori (tra cui poteva essere compreso lo stesso *pater*, creditore *naturalis*) erano ammessi ad ottenere dal pretore che la *merx peculiaris* ed i suoi eventuali successivi incrementi formassero oggetto di una distribuzione proporzionale fra tutti. Di compiere la ripartizione era incaricato, ovviamente, il *pater familias*, titolare del *patrimonium* di cui la *merx peculiaris* faceva parte: l'*actio tributoria* era intesa appunto alla sua condanna nel caso che egli avesse dolosamente operato in danno di uno o più creditori.

4.4. L'« *actio quod iussu* » era concessa al creditore di un *filius* o *servus* contro il rispettivo *pater* o *dominus* nell'ipotesi che l'affare fosse stato compiuto per esplicita autorizzazione (*iussum*), che il creditore avesse ricevuto dal *pater* o dal *dominus*: all'autorizzazione preventiva era equiparata la successiva ratifica.

4.5. L'« *actio de peculio* » fu concessa ai creditori del *filius* o del *servus* contro il relativo *pater* o *dominus* nell'ipotesi che questi avesse attribuito al sottoposto un *peculium* e nei limiti di questa attribuzione (« *dumtaxat de peculio* »).

4.6. L'« *actio de in rem verso* » fu una variante dell'*actio de peculio*: il *praetor urbanus* la formulò, infatti, sullo stesso schema di quella. Posto che un *filius familias* o un *servus*, avendo contratto una obbligazione, avesse riversato in tutto o in parte i frutti dell'affare (ad esempio, la somma mutuatagli) nel patrimonio del suo *pater* o *dominus* (o mediante versamento reale, o mediante pagamento di debiti del *pater familias*, o in altro modo), si ammetteva il creditore ad agire contro il *pater familias* in ordine all'arricchimento da lui goduto e nei limiti dello stesso.

53. LE QUALIFICAZIONI OGGETTIVE REGOLARI.

1. Non ogni fonte di interessi umani era concepita come possibile oggetto dei rapporti del *ius privatum*. A questo fine, l'ordinamento giuridico romano richiese le seguenti qualificazioni oggettive regolari: la concretezza, l'utilità, la limitatezza, la disponibilità privata, l'estraneità al soggetto attivo del rapporto.

Bisogna avvertire che non esiste nelle fonti romane un termine tecnico per designare l'oggetto giuridico. Anzi, alla giurisprudenza romana, pur nella sua età più evoluta, sembra sia stata estranea una adeguata nozione unitaria dell'oggetto giuridico, essendo tratti i giuristi a considerare come tale solo la categoria particolare delle *res*. Ma il termine « *res* » non sempre indica nelle fonti le sole cose inanimate e gli animali subumani: spesso esso designa anche i *servi*, a volte anche i *liberi alieni iuris*, talora infine, in senso traslato, il *patrimonium* del soggetto giuridico, cioè il complesso delle situazioni giuridiche attive e passive, assolute e relative, che a lui facessero capo. E questo è, se non altro, un indizio della genuinità del concetto di « oggetto giuridico », che legittima, unitamente ad altri indizi concorrenti, la sua ricostruzione *a posteriori*.

2. Il requisito della concretezza stette a significare che l'oggetto giuridico, per essere tale, dovesse appartenere al mondo della realtà umana, così come questa storicamente si presentava all'esperienza dei Romani. Non costituivano, pertanto, oggetto di rapporti giuridici (pubblici e privati) le manifestazioni della vita sovrumana (es.: l'ambrosia degli dei) o di quella extraumana (es.: il suolo di un altro pianeta); nè costituivano oggetto di rapporti giuridici, allo stadio di sviluppo della esperienza romana, anche alcune cose di questo mondo, come le energie naturali (es.: l'energia elettrica, non ancora conosciuta) e le creazioni puramente ideali della mente umana (es.: le concezioni filosofiche, le manifestazioni letterarie, le invenzioni industriali, di cui ancora non si avvertivano i peculiari riflessi economici).

3. Il requisito dell'utilità fu inteso dai Romani nel senso di attitudine dell'oggetto e soddisfare un bisogno della vita umana

di relazione, e più precisamente un bisogno del soggetto attivo del rapporto giuridico. Ad esso si connetteva strettamente il requisito della *limitatezza*, nel senso di attitudine a determinare nei soggetti (e più particolarmente, nel soggetto attivo) l'interesse ad accaparrarsi l'oggetto giuridico per poterne trarre utilità. Fuori del diritto erano considerate, pertanto, le cd. « *res communes omnium* », illimitatamente a disposizione di tutti, quali l'aria, l'*aqua profluens* (piovana?), il mare (Marcian. D. 1. 8. 2).

4. Il requisito della *disponibilità privata* fu inteso nel senso che potesse costituire oggetto di rapporti giuridici privati, e quindi elemento del *patrimonium* del soggetto giuridico (cd. « *res in patrimonio* »: Gai. 2. 1), soltanto ciò che non fosse estraneo per sua natura ai rapporti privati, o che a questi non fosse stato sottratto dall'ordinamento. Al proposito, si distinse dalla giurisprudenza classica, con riferimento alla nozione particolaristica di *res*, tra « *res in commercio* » (capaci cioè di entrare a far parte di un *patrimonium* privato) e *res extra commercium* (« *quae extra nostrum patrimonium habentur* »: Gai. 2. 1).

4.1. *Res extra commercium*, tipicamente destinate a soddisfare interessi religiosi o pubblicistici, furono: *a*) le « *res divini iuris* », suddivise in *res sacrae*, dedicate al culto degli dei (templi, arredi sacri, are, ecc.), *res religiosae*, dedicate al culto dei defunti (« *res dis Manibus relictæ* », tra cui il terreno funerario e i *sepulchra*), e *res sanctae*, appartenenti alla comunità tutta e poste sotto la diretta protezione degli dei (le porte e le mura della città, gli spazi liberi tra fondi privati, ecc.); *b*) le « *res humani iuris* », suddivise in *res publicae*, amministrate dal governo statale e destinate all'utilizzazione, diretta o indiretta, di tutta la comunità (« *res, quae publico usui destinatae sunt* »: strade, pubblici edifici, *flumina publica* ecc.), e *res universitatis*, appartenenti a comunità municipali parimenti per l'uso collettivo. Le *res communes omnium* (retro sub 3) furono da taluni qualificate come *extra commercium* (*humani iuris*), includendovisi anche il *litus maris*, che era in realtà una *res publica*.

5. Il requisito dell'*estranicità* al soggetto attivo del rapporto stette a significare che, per i Romani, tutto e tutti (beninteso, nei limiti imposti dai requisiti dianzi illu-

strati) potevano costituire oggetto di rapporti giuridici privati, all'infuori dello stesso soggetto attivo. Oggetto di rapporti del *ius privatum* non erano soltanto le cose inanimate e gli animali sub-umani (*res* in senso stretto), ma anche i *servi* (*res* in senso lato), anche i *liberi alieni iuris* (*res* in senso latissimo), e infine potevano rendersi tali, purchè a tempo e per scopi ben determinati, gli stessi soggetti giuridici (passivi).

Questa concezione è chiaramente ravvisabile nel più antico *ius Quiritium*, in forza del quale i *filii familiarum* e le *mulieres* erano oggetto di *mancipium* (alla stregua dei *servi* e delle *res* vere e proprie), oggetto di *mancipium* erano anche i *patres impuberes* o *furiosi* o *prodigi*, mentre gli stessi *patres familiarum* capaci di agire potevano, mediante il *nexum* (n. 111), auto-manciparsi a termine. Sebbene sempre più attenuata e sbiadita, la situazione si conservò comunque anche nel sistema del *ius civile vetus*, in forza del quale i *filii familiarum* e le *mulieres in manu* erano tuttora oggetto di una *potestas*, i *patres* incapaci di agire erano oggetto di una quasi-*potestas* (*tutela, cura*), i *patres* capaci di agire erano, se *obligati*, vincolati ad un interesse del *creditor* ed esposti direttamente alla sua *actio sacramenti in personam* (o ad azioni dichiarative analoghe), nonchè, in subordinata, alla sua *manus iniectio* esecutiva. Col procedere del tempo e con l'evolversi della civiltà romana, i poteri sugli *alieni iuris* si attenuarono sempre più e, quanto alle persone *sui iuris*, si fece strada il concetto che oggetto di diritti, nell'ipotesi di *obligatio*, non fossero esse personalmente, ma piuttosto i loro beni: tuttavia ancora in epoca classica e postclassica si affermava che « *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum... faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* » (Paul. D. 44. 7. 3 pr.).

6. In conclusione, con riferimento allo stadio più evoluto (classico e postclassico) del *ius privatum* romano, si impone una distinzione degli oggetti giuridici in relazione alla distinzione tra rapporti assoluti e relativi.

6.1. Oggetto di rapporti giuridici assoluti non venne mai considerato il comportamento dei soggetti passivi o di qualcuno tra essi (ad es., il nudo proprietario rispetto all'usufruttuario), ma

vennero considerate solo le entità concrete in ordine a cui si esplicassero le facoltà del soggetto attivo: la cosa materiale, l'animale subumano, il *servus*, il *liber alieni iuris*, il soggetto giuridico incapace di agire. Ma con l'evolversi dei tempi, sia i soggetti incapaci di agire, che i *liberi alieni iuris* si distanziarono sempre più, in considerazione della loro soggettività attuale o potenziale, dagli altri oggetti, ai quali più propriamente si applicò la terminologia di « *res* ».

6.2. Oggetto di rapporti giuridici relativi venne invece considerato lo stesso soggetto passivo, ma *sub specie* del comportamento da lui dovuto (*dare, facere, non facere*): onde facilmente si giunse a identificare il più delle volte l'oggetto nel comportamento e a designare direttamente quest'ultimo come oggetto del rapporto relativo (cd. « prestazione »).

54. LE « RES » E LE LORO DISTINZIONI.

1. Man mano che, nel corso del diritto classico e postclassico, andarono assumendo qualificazione autonoma, nell'ambito degli oggetti giuridici, le prestazioni debitorie, i soggetti incapaci di agire e gli stessi *liberi alieni iuris*, gli oggetti residui (o « *res* » in senso proprio) divennero in certo senso il paradigma esclusivo degli oggetti giuridici: onde si giunse spesso ad identificare tutto quanto il novero degli oggetti giuridici nelle *res*.

Di esse le fonti romane offrono alcune utili classificazioni, sulla base dei seguenti criteri distintivi: composizione, divisibilità economica, produttività, consumabilità, surrogabilità, trasportabilità, funzione sociale.

2. In base al criterio della *composizione* si distinse tra: a) cose « semplici », cioè create unitarie dalla natura, alitate da un unico soffio naturale (« *quae uno spiritu continentur* »: Pomp. D. 41. 3. 30 pr.), come uno schiavo, un cavallo, un tronco d'albero, un blocco di marmo (anche se trasformato in statua); b) cose « materialmente composte », cioè costituite attraverso le artificiali riunioni di più cose semplici (« *quae ex pluribus inter se cohaerentibus constant* »), come un edificio, una nave, un vestito; c) cose « economicamente composte », cioè idealmente riunite per

l'attuazione di una finalità economica unitaria (« *quae ex pluribus inter se distantibus constant: corpora soluta, sed uni nomini subiecta* »), come un gregge, una mandria, un armento, una biblioteca. La speculazione giurisprudenziale classica non andò, nella concezione delle cose economicamente composte (cd. *universitates facti*), oltre il caso del *grex*. Fu ignoto, inoltre, al diritto romano il concetto moderno delle cd. *universitates iuris*, cioè degli aggregati patrimoniali considerati come un oggetto unitario dall'ordinamento giuridico.

3. In base al criterio della *divisibilità economica* si distinse tra: *a*) cose (semplici o composte) « divisibili », cioè suscettibili di ripartizione materiale in parti di qualità corrispondente e di utilità economica proporzionale al tutto (es.: un fondo, una casa, un pezzo di pane); *b*) cose « indivisibili » (« *res quae sine interitu dividi non possunt* »), cioè insuscettibili di ripartizione nel senso predetto (es.: un cavallo, una macchina). Ma una *res* (o un complesso di *res*), pur se non ammette la possibilità di scindersi in *partes pro diviso*, ammette di regola la ripartizione in *partes pro indiviso*, cioè in quote ideali di partecipazione alla sua utilizzazione da parte di due o più soggetti che ne hanno la *communio* (n. 105).

3.1. Diversa dalla *pars* è la « pertinenza », cioè la cosa (autonoma) durevolmente vincolata al servizio o all'ornamento di un'altra cosa. I Romani fecero applicazione di questo concetto nell'*instrumentum fundi* e nell'*instrumentum tabernae*, intesi rispettivamente come l'attrezzatura di un fondo o di un magazzino.

4. In base al criterio della *produttività* si distinse tra: *a*) cose « fruttifere », cioè capaci di dare più o meno periodicamente un prodotto materiale economicamente autonomo (caso fondamentale quello dei *fructus*; casi derivati quelli dei fiori, del latte, dei nati da animali subumani, della lana da tosatura periodica, del legname da taglio di boschi cedui, dei prodotti minerari, ecc.); *b*) cose « infruttifere », cioè incapaci di produzione. La distinzione, più ampia e comprensiva, tra cose redditizie o meno, basata sulla capacità di dare comunque un reddito economico (attraverso locazione, mutuo feneratizio, ecc.), fu generalmente trala-

sciata: si parlò, tuttavia, talvolta, oltre che di *fructus naturales* (o frutti in senso proprio), di « *fructus civiles* » o *reditus*.

5. In base al criterio della *consumabilità* si distinse tra: a) cose « consumabili », che per essere usate devono necessariamente andar distrutte o alienate o trasformate, insomma perdute da chi ne dispone (es.: derrate alimentari, danaro, materie prime); b) cose « inconsumabili », cioè suscettibili di uso ripetuto e praticamente illimitato (es.: fondi, quadri, vestiti). In età postclassica le cose inconsumabili in una sola volta, ma deperibili con l'uso ripetuto (*quae usu minuuntur*: es., *vestimenta*), passarono a costituire una sorta di categoria intermedia tra le prime due.

6. In base al criterio della *surrogabilità* si distinse tra: a) cose « fungibili », cioè appartenenti ad un *genus* relativamente esteso (« *quae in genere suo functionem recipiunt* »: Paul. D. 12. 1. 2. 1), per le quali quindi non ha rilevanza giuridica la individualità di ciascuna, ma solo l'appartenenza al *genus* (*res quae pondere numero mensura consistunt*: es., il danaro, le derrate); b) cose « infungibili », cioè individuate nella loro specifica identità (*singula corpora*: es., un cavallo, uno schiavo). La infungibilità, oltre che naturale, può essere anche artificiale, quando si conferisca dai soggetti una individuazione particolare a cosa di per sé fungibile (es.: « questo mucchio di grano »).

7. In base al criterio della *trasportabilità* si distinse tra: a) cose « immobili », cioè non trasportabili da un punto all'altro (es.: un fondo, un edificio, il bagno installato in un edificio); b) cose « mobili », cioè trasportabili da un luogo all'altro o addirittura semoventi (es.: un cavallo). La distinzione, che è fondamentale a molti effetti negli ordinamenti giuridici moderni, non ebbe grande rilievo in Roma, se non nel periodo postclassico.

8. In base alla loro *funzione sociale*, si differenziarono le *res Mancipi* dalle *res nec Mancipi*: distinzione di fondamentale importanza sino a tutto il periodo classico, ma decaduta in età postclassica e abolita da Giustiniano (CI. 7. 31. 1. 5).

« *Res Mancipi* » erano le *res* che in età arcaica avevano formato oggetto del rapporto di *mancipium* (n. 71) per essere strettamente collegate alle necessità di vita della *familia* (n.

56): i *fundi in agro Romano* (e, con gli ultimi anni del periodo preclassico, anche quelli *in agro Italico*), i *servi*, gli *animalia quae collo dorsove domantur* (cavalli, buoi, asini, muli) e, per motivi che risulteranno a loro tempo (n. 94), le servitù rustiche di passaggio (*iter, via, actus*) e di *aquaeductus*. Per questa essenziale funzione ricoperta in antico dalle *res Mancipi* il *dominium* sulle stesse non poteva essere trasferito mediante *traditio*, ma solo mediante *mancipatio* o anche (salvo le predette servitù rustiche) mediante *in iure cessio* (n. 86). Con la riforma giustiniana la *traditio* valse anche per le *res Mancipi*.

55. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. I rapporti del diritto privato vigente non differiscono molto, come si è detto (n. 48), da quelli profilatisi nell'ordinamento giuridico romano. Essi rientrano tuttora, sostanzialmente, nelle antiche categorie, salvo modifiche e precisazioni particolari e salva, sopra tutto, la scissione delle categorie antiche in più numerosi sottotipi, aventi ciascuno caratteristiche specifiche.

E' da aggiungere che, sebbene il codice civile abbia in alcuni punti riportato ad onore concezioni classiche, fondamentalmente il regolamento attuale dei rapporti giuridici privati è ancorato al diritto giustiniano ed alle sue concezioni, indiscutibilmente più frammentarie di quelle del diritto classico romano.

2. Le qualificazioni soggettive regolari del diritto privato vigente sono: l'appartenenza alla specie umana, l'esistenza e la cittadinanza italiana.

2.1. Per quanto riguarda il requisito della « esistenza », la capacità giuridica si acquista con la nascita, la quale si identifica con il distacco dal corpo materno, a condizione che si nasca vivi (a. 1 c.c.). Eccezionalmente, prima della nascita e prima dello stesso concepimento, si può verificare che alcuni diritti siano attribuiti a colui che nascerà o che verrà concepito (a. 339, 462, 715, 784). La fine della capacità giuridica coincide con la morte, ma alla morte naturale viene parificata entro certi limiti la cd. « morte presunta » (a. 58-73), la quale è dichiarata dal Tribunale allorché siano decorsi dieci anni dal giorno a cui risale l'ultima no-

tizia di una persona scomparsa, e purchè siano trascorsi nove anni dal giorno della sua maggiore età. La dichiarazione di morte presunta implica le conseguenze che deriverebbero dalla morte effettiva, e quindi il trasferimento del patrimonio del morto presunto ai suoi eredi, nonchè la possibilità per il coniuge di contrarre nuovo matrimonio (a. 63 e 65); ma, naturalmente, il ritorno del morto presunto risolve questi effetti (a. 66 ss.). Casi speciali di morte presunta, per i quali è ammesso il decorso di un termine più breve, si hanno nell'ipotesi che la scomparsa si sia verificata in circostanze tali da far ritenere particolarmente probabile la morte (operazioni belliche, prigionia, infortuni: a. 60).

2.2. Per quanto riguarda il requisito della « cittadinanza italiana », bisogna rilevare che ormai anche gli stranieri sono ammessi al godimento di quasi tutti i diritti privati, alla condizione, peraltro, che lo Stato cui essi appartengono faccia ai cittadini italiani lo stesso trattamento (« condizione di reciprocità »: a. 16 prel.).

3. Il diritto italiano vigente non conosce cause limitatrici della capacità giuridica in generale, pur ovviamente ammettendo che in determinati casi possa la capacità giuridica, per specifiche ragioni, essere limitata.

3.1. Va rilevato, anzi, che il diritto vigente ha affermato la esistenza e la tutela di alcuni diritti caratteristici del soggetto giuridico, che si dicono « diritti della personalità » o « diritti personalissimi »: a) il « diritto al nome » (comprensivo del prenome e del cognome), che non può essere cambiato e non può ricevere aggiunte o rettifiche se non nei casi e con le forme autorizzate (a. 6) e trova piena difesa, sia a favore del titolare che a favore di chi abbia un interesse familiare alla tutela del nome altrui, contro coloro che lo contestano o che ne fanno un uso indebito (a. 7 e 8); b) il « diritto allo pseudonimo », che può essere tutelato alla stessa guisa del nome ed entro gli stessi limiti (a. 9); c) il « diritto all'immagine » (propria, dei genitori, del coniuge, dei figli), che è tutelata contro coloro che la espongono o la pubblicano fuori dei casi consentiti dalla legge e con pregiudizio del decoro o della reputazione del soggetto e dei suoi congiunti (a. 10); d) il « diritto sul proprio corpo », in ordine al quale sono vietati gli atti di disposizione, che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità

grità fisica o che siano comunque contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (a. 5).

4. I soggetti giuridici si dicono, nel linguaggio giuridico moderno, « persone », essendo oramai questo termine, nelle intenzioni del legislatore, sinonimo di soggetto giuridico. Più precisamente si differenziano dal legislatore le « persone fisiche » dalle « persone giuridiche », che sono gli enti incorporali. Ma in realtà l'ordinamento sembra sicuramente riconoscere la soggettività giuridica, pur con particolari limitazioni, anche ad altri enti, oltre che alle persone giuridiche: enti che denomineremo « soggetti impersonali ».

4.1. Per quanto attiene alle persone giuridiche, il diritto moderno (a. 11-35) distingue tra associazioni e fondazioni. Le « associazioni » sono un insieme di persone che conferiscono ciascuna una certa quantità di beni, ripromettendosi di raggiungere una finalità comune, vantaggiosa per coloro che partecipano o parteciperanno alla comunità. Le « fondazioni » (o « istituzioni ») sono costituite da un complesso di beni destinato al raggiungimento di un fine estraneo a coloro che compiono la destinazione (fondatori), e cioè un fine vantaggioso per i terzi oppure per la collettività.

Gli elementi costitutivi della persona giuridica sono: *a*) una organizzazione di persone e un complesso di beni (l'elemento personale prevale nelle associazioni e l'elemento patrimoniale, ovviamente, prevale nelle fondazioni); *b*) una finalità lecita e attuabile, che non sia esclusiva di un membro o di una persona determinata; *c*) il riconoscimento da parte dello Stato (a. 12); *d*) una forma costitutiva scritta, che può essere l'atto pubblico o, per le fondazioni, anche il testamento (a. 14).

4.2. Soggetti impersonali sono le « associazioni non riconosciute » (non riconosciute come persone giuridiche) e i « comitati » (a. 36-42). Le prime sono assimilate alle associazioni munite di personalità giuridica, salvo che gli associati sono personalmente corresponsabili delle attività compiute dall'ente. I secondi (comitati di soccorso, di beneficenza, promotori di opere pubbliche, di esposizioni, ecc.) sono, in certa guisa, assimilabili alle fondazioni, ma rispetto ai terzi è sancita una responsa-

bilità personale e solidale di tutte le persone che ne fanno parte.

5. Una categoria a parte di soggetti giuridici incorporali è costituita dalle società (a. 13 e 2247 ss.), che sono tra gli elementi di maggiore importanza della vita economico-giuridica moderna. Esse vengono create mediante un contratto (« contratto di società »: a. 2247), con il quale due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili.

La legge disciplina sei tipi di società: a) la « società semplice » (a. 2251 ss.); b) la « società in nome collettivo » (a. 2291 ss.), in cui tutti i soci rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali; c) la « società in accomandita semplice » (a. 2313 ss.), in cui si distingue tra soci accomandatari e soci accomandanti: i primi sono gli amministratori della società (a. 2318) e rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali, i secondi hanno una responsabilità limitata alla loro quota di partecipazione; d) la « società per azioni » (a. 2325 ss.), in cui i conferimenti dei soci sono rappresentati da « azioni » (a. 2342 ss.) e per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società nei limiti del suo patrimonio azionario; e) la « società in accomandita per azioni » (a. 2462 ss.), in cui le quote di partecipazione dei soci (accomandanti e accomandatari) sono rappresentate da azioni; f) la « società a responsabilità limitata » (a. 2472 ss.), in cui delle obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio, ma questo è costituito da quote di partecipazione e non da azioni.

La legge attribuisce la personalità giuridica (senza necessità di specifico riconoscimento) solo alle società per azioni, in accomandita per azioni ed a responsabilità limitata, cioè a quelle che si sogliono denominare « società di capitali ». Alle altre società (cd. « società di persone ») la personalità giuridica non è attribuita esplicitamente ma parte della dottrina ritiene che la personalità giuridica spetti anche ad esse. A nostro avviso, le società di persone sono innegabilmente prive di personalità giuridica, ma sono tuttavia soggetti di diritto: soggetti impersonali.

6. La capacità di agire si acquista dalle persone fisiche, di regola, con il raggiungimento della « maggiore età »,

che coincide con il ventunesimo anno (a. 2); ma esistono limiti di età diversi, generalmente inferiori, per molteplici atti. Inoltre, il genitore esercente la patria potestà può concedere l'« emancipazione » al figlio diciottenne, rendendolo capace di compiere gli atti di ordinaria amministrazione (a. 390 ss.).

6.1. Cause limitatrici della capacità di agire sono le infermità mentali e le condanne penali. L'infermità mentale grave ed abituale pone il soggetto in istato di « interdizione » (a. 414), cioè di incapacità assoluta; l'infermità meno grave pone il soggetto in istato di « inabilitazione » (a. 415), vale a dire in uno stato analogo a quello del minore emancipato. Per potersi procedere alla interdizione od alla inabilitazione occorre eseguire un accertamento concreto, che avviene mediante un regolare giudizio, a garanzia dai pericoli che possono essere connessi con un atto di così grande importanza (a. 419 ss.). Si ammette, peraltro, che una persona legalmente capace possa trovarsi, nel momento in cui si compie un determinato atto, in istato di incapacità di intendere e di volere (cd. « incapacità naturale »): nel qual caso gli atti da essa posti in essere possono venire a sua istanza annullati (a. 428 e 1425). Altra causa limitatrice della capacità di agire è la condanna penale (pena di morte o dell'ergastolo), che importa uno stato di « interdizione legale ». Per coloro che hanno riportato condanna alla reclusione per un periodo non inferiore a cinque anni l'interdizione legale dura per tutta la durata della pena.

6.2. Istituti di rappresentanza e protezione degli incapaci sono considerati, nel diritto italiano: la « patria potestà », nei confronti dei figli; la « tutela », nei confronti dei minori non emancipati privi di genitori e nei confronti degli interdetti per infermità di mente e degli interdetti legali; la « curatela », nei confronti dei minori emancipati e degli inabilitati. A tutela dell'infanzia abbandonata esistono inoltre numerosi provvedimenti di assistenza e l'istituto dell'« affiliazione » (a. 404-413), il quale consiste in un affidamento durevole di un minore ad un affiliante, che può dare all'affiliato il proprio cognome ed esercita sull'affiliato stesso i poteri inerenti alla patria potestà, essendo ovviamente obbligato al suo mantenimento ed alla sua educazione.

7. La teoria dell'oggetto giuridico corrisponde, a nostro avviso, anche alla luce del diritto vigente, alle linee indicate in ordine al diritto romano (n. 53), ma bisogna avvertire che gli spunti legislativi in proposito sono molto esigui, e che la dottrina moderna è vivamente contraria, nella sua maggioranza, alla concepibilità dell'uomo come oggetto di rapporti giuridici. Pertanto, si usa, nelle trattazioni moderne, tratteggiare una teoria dell'oggetto giuridico limitata alle cose, ed intendere conseguentemente il patrimonio esclusivamente come un complesso di attività e passività di carattere economico.

7.1. Le cose o « beni », anche a termini del diritto italiano (a. 810 ss. c.c.) vigente, devono avere il requisito della « concretezza », che peraltro è inteso con molta latitudine, quello della « utilità », quello della « limitatezza » e quello della « disponibilità privata ». Indisponibili dai privati sono i beni dello Stato, che si distinguono in « demaniali » e « patrimoniali »: i primi hanno una rilevante importanza per l'interesse pubblico, mentre i secondi sono diretti solo indirettamente al pubblico interesse. Ai beni patrimoniali si assimilano i beni delle province e dei comuni, i beni degli enti pubblici diversi dalle province e dai comuni, i beni degli enti ecclesiastici e gli edifici di culto.

§ 9. — LA « FAMILIA »

SOMMARIO: 56. La *familia* romana. — 57. Il *matrimonium*. — 58. Le conseguenze del *matrimonium*. — 59. Il regime patrimoniale del *matrimonium*. — 60. Le unioni extramatrimoniali. — 61. Ragguaglio di diritto moderno.

56. LA « FAMILIA » ROMANA.

1. La *f a m i l i a* (dall'etimo « *dhām* », che è lo stesso di « *domus* ») era, in età precivica, un vero e proprio microrganismo politico-economico, costituito da uomini, animali subumani e cose materiali, caratterizzato da propri *sacra* ed organizzato ad unità sotto il potere assoluto (*manus* o *mancipium*) del capostipite (*pater familias*). Questa struttura originaria (che non ci è direttamente

attestata, ma è stata ricostruita induttivamente dalla migliore dottrina) influì potentemente, quanto meno sino alla fine del periodo classico, sul concetto dell'istituto familiare, facendo sì che l'elemento connettivo di questo non fosse identificato, come la logica astratta detterebbe, nella pura e semplice parentela di sangue fra i membri (*cognatio*), ma, preminentemente, in qualcosa di ben diverso, e cioè nella *adgnatio*.

2. *A d g n a t i o*, che letteralmente vuol dire la nascita entro il gruppo posteriormente al *pater familias* suo capostipite (« *ad-nasci* »), significò in epoca storica l'accrescersi ad una *familia* di altri membri liberi (*filii* o *mulieres in manu*) per un qualunque motivo valido a farli sottoporre alla *potestas* del *pater*: nascita da *matrimonium iustum*, *conventio in manum*, *adrogatio* o *adoptio*, *legitimatio*. Quando il *pater familias* morisse o fosse *capite deminutus*, la *familia*, di regola, veniva meno, dissociandosi in tante *familiae* nuove per quanti fossero gli immediati discendenti del *pater* (cioè i *filii* o i nipoti da figli maschi premorti). In epoca storica anche le *filiae*, venendo a mancare la *potestas* sopraordinata del loro *pater*, acquistavano l'autonomia familiare e divenivano *matres familiarum*, ma esse non potevano avere *potestas* sui sottoposti liberi, di modo che ciascuna era « *caput et finis familiae suae* ».

2.1. Pur quando la *familia* si fosse dissociata in tante *familiae* derivate, per effetto della morte o della *capitis deminutio* del suo *pater*, l'*adgnatio* tra quelli che fossero stati membri di essa era considerata tuttora sussistente: il che aveva le sue ripercussioni in tema di *successio ab intestato*, di *tutela* e di *cura*. Pertanto, alla *familia* in senso proprio o stretto (*familia proprio iure*) i giuristi classici contrapposero quella in senso lato e improprio (*familiacommuni iure*), costituita da tutti coloro che si sarebbero tuttora trovati sotto la *potestas* di un certo capostipite, se questi non fosse morto o *capite minutus*: istituto ricollegantesi all'antico *consortium ercto non cito* dei *fratres*, i quali rimanevano uniti anche dopo la scomparsa del *pater*.

2.2. Al di sopra della *familia communi iure* era, infine, posta la *gens*, alla quale appartenevano tutti coloro che discendessero da un antico, spesso mitico, capostipite di una certa stirpe.

3. La *cognatio* aveva rilievo, nei tempi più antichi, solo nella sfera del *fas*, il quale vietava come *incestae* le nozze tra parenti di sangue. In epoca storica essa passò lentamente ad acquistare sempre maggiore rilevanza giuridica: così la *lex Cincia de donis et muneribus* eccettuò dal divieto di donazioni oltre un certo ammontare i *cognati* sino al quinto grado; così, ancora, della *cognatio* tenne conto il *praetor* in materia di *bonorum possessio ab intestato*.

3.1. Si distingueva una « *cognatio recta* », costituita da ascendenti e discendenti, da una « *cognatio transversa* » (collaterale), costituita da due linee rette facenti capo ad uno stesso capostipite. I *gradus cognationis* tra persona e persona si calcolavano computando il numero delle generazioni che le separavano. Trattandosi di *cognatio recta*, tante erano le generazioni (e quindi i gradi) per quante erano le persone della linea, eccettuando il capostipite (« *tot gradus quot personae dempto stipite* »); trattandosi di *cognatio transversa*, si sommarono i numeri delle generazioni che distanziavano i due *cognati* dal capostipite comune.

57. IL « MATRIMONIUM ».

1. Il *matrimonium* (o *nuptiae*), concretantesi nella seria, manifesta e durevole unione tra uomo e donna (« *coniunctio maris et feminae* »), fu, sin dalle origini, un istituto di somma importanza sociale e religiosa (« *seminarium rei publicae* ») fondato su riti sacri e pratiche solenni di vario genere.

1.1. Nel periodo arcaico il *matrimonium* in quanto tale non aveva rilevanza giuridica. Produttiva di effetti giuridici era, in tale epoca, solo la cd. *conventio in manum*, cioè l'acquisto della *manus* sulla donna da parte del marito o, se questi fosse *alieni iuris*, da parte del suo *paterfamilias*. Essa si verificava o mediante una applicazione della *mancipatio* o mediante una applicazione dell'*usus*: due istituti aventi, originariamente, appunto la funzione di fare acquistare ad un *paterfamilias* il *mancipium* su un oggetto giuridico (n. 71).

1.2. Verso la fine del periodo arcaico l'istituto extragiuridico del *matrimonium* giunse a fondersi con la *conventio in manum*,

dando luogo al cd. *matrimonium cum manu*. Di questo furono riconosciuti come fatti costitutivi: la *coemptio matrimonii causa* e l'*usus* (come già per la *conventio in manum*), e in più la *confarreatio*, rito religioso accompagnatosi sin dai tempi più antichi ai matrimoni patrizi. Il *connubium*, cioè la capacità matrimoniale reciproca, che era richiesto per la costituzione del *matrimonium* e non della *manus*, passò, conseguentemente, ad essere presupposto essenziale del *matrimonium cum manu* (n. 79).

1.3. Nel corso dell'età preclassica, avendo ormai il *matrimonium* acquistato rilevanza giuridica, avvenne un'ulteriore evoluzione, costituita dallo sganciamento del *matrimonium* dalla *manus*: cd. *matrimonium sine manu*. Per evitare la *conventio in manum* della moglie, e quindi la perdita da parte di costei dei diritti successori nella *familia* di origine, ci si astenne dal compiere la *confarreatio* o la *coemptio* e, facendosi ricorso all'*usus*, si adottò l'accorgimento di interrompere ogni anno l'*usus* maritale per lo spazio di tre notti: l'interruzione (« *trinoctii usurpatio* »), impedendo il compimento dell'anno continuativo di *usus*, impediva l'acquisto della *manus* sulla moglie.

1.4. Nel periodo postclassico, per l'influenza del Cristianesimo, la concezione classica del *matrimonium* si alterò. Fu valorizzato sempre di più l'atto iniziale della convivenza coniugale e fu sottolineato il carattere volontaristico di esso, di modo che solo o essenzialmente dal compimento dell'atto di celebrazione del *matrimonium* venne a farsi dipendere la validità del rapporto giuridico matrimoniale, indipendentemente da ogni indagine sulla persistenza dell' *affectio maritalis*. La massima tradizionale « *consensus facit nuptias* », che in antico aveva voluto soltanto caratterizzare la essenzialità della mutua *affectio* per il matrimonio, acquistò, quindi, progressivamente, il valore di un principio secondo cui il *matrimonium* aveva radice convenzionale.

2. Il *matrimonium sine manu* (preclassico e classico) era produttivo di effetti giuridici se ed in quanto fosse un *matrimonium iustum*, cioè rispondente ai requisiti posti dal *ius privatum* romano attraverso i *mores*, le *leges* o i provvedimenti di governo equiparati a queste.

Requisiti di esso furono: a) la manifesta e normale *convi-*

v e n z a dei soggetti come coniugi, dimostrata da un inequivoco atto iniziale (di solito, la *deductio uxoris in domum mariti*); b) la seria e costante intenzione dei coniugi di essere tali (cd. *affectio maritalis*), dimostrata particolarmente dalla persistenza di quel reciproco riguardo che i coniugi si dovevano secondo la coscienza sociale (cd. *honor matrimonii*); c) la reciproca capacità matrimoniale (*connubium*), la quale, prima della *constitutio Antoniniana*, si aveva solo fra *cives Romani*, fra *cives* e *Latini* e, in casi di volta in volta determinati, fra *cives* e *peregrini* di certe categorie.

3. A prescindere dai tre fondamentali requisiti ora ricordati, altri ne furono richiesti aggiuntivamente, sia dal diritto romano classico che dal diritto postclassico, affinché il *matrimonium* fosse o si mantenesse valido in ogni caso o in taluni casi. L'assenza di tali requisiti costituiva, in altri termini, i m p e d i m e n t o alla validità del *matrimonium*.

3.1. Un primo impedimento alla validità del matrimonio era dato dalla inidoneità fisica degli sposi, vale a dire dalla età impubere degli stessi. Non erano capaci di contrarre matrimonio i maschi che non avessero ancora raggiunto la *pubertas* e le femmine che non fossero ancora *viripotentes*.

3.2. Un secondo impedimento alla validità del matrimonio era la mancanza del consenso del *pater familias* del coniuge *alieni iuris*. A che il matrimonio si costituisse validamente non era sufficiente il consenso degli sposi, ma, se uno di essi era *alienae potestati subiectus*, occorreva l'intervento del consenso (*rectius*: assenso) dell'avente potestà su di lui. Qualora il *pater familias* fosse assente da Roma o fosse prigioniero dei nemici, solo in questo caso potevano i suoi figli *in potestate* contrarre matrimonio prescindendo dal suo consenso: il diritto giustiniano stabilì, peraltro, che in tale ipotesi occorresse il decorso di almeno tre anni dall'inizio dell'assenza o della prigionia di guerra. Si dubitò, peraltro, se potesse prescindersi dal consenso del *pater familias* nel caso che questi fosse *furiosus*: Giustiniano stabilì che in tale ipotesi si potesse ricorrere al magistrato affinché desse la sua approvazione in luogo del *pater*. Già la *lex Iulia* del 18 a.C. aveva ammesso gli aspiranti coniugi a ricorrere al ma-

gistrato nel caso che il *pater* si rifiutasse senza giustificati motivi di dare il consenso. Se, infine, il *pater familias* non era il padre naturale della persona che volesse contrarre matrimonio, era richiesto il consenso anche dal padre naturale, sulla base della possibilità che questi divenisse, alla morte del *pater familias*, *pater familias* a sua volta.

3.3. Un terzo impedimento era costituito dalla *cognatio*. In linea retta la *cognatio* costituiva impedimento all'infinito; in linea collaterale era vietato il matrimonio tra fratelli e tra zio e nipote. L'imperatore Claudio, quando volle sposare Agrippina, figlia di suo fratello, fece fare un apposito senatoconsulto che autorizzava le nozze tra *patruus* e *neptis*, restando in piedi il divieto di nozze tra *neptis* e *avunculus*. Il divieto di nozze tra zio paterno e nipote fu ripristinato dalla legislazione cristiana, la quale ampliò gli impedimenti connessi con la parentela e introdusse anche gravi penalità per coloro che si attentassero ad infrangerli. Gli stessi divieti della parentela naturale valevano anche per la parentela adottiva, salvo che essa non cessasse in virtù di emancipazione, e valevano altresì per la *cognatio servilis*, nel caso in cui i servi conseguissero la libertà.

3.4. Altro impedimento era costituito dall'*ad finitas* tra suocera e genero, suocero e nuora, patrigno e figliastra, matrigna e figliastro. In età postclassica, per influenza del Cristianesimo, il divieto fu esteso anche alla *ad finitas* in linea collaterale.

3.5. Furono vietate, con la conseguenza di essere considerate *unioni more uxorio*, quelle tra: a) persone già unite in matrimonio e non divorziate (alle quali si applicava, inoltre, la sanzione dell'*infamia*); b) tutore (o suo *pater familias* o suo discendente) e pupilla, sino al momento della resa dei conti; c) magistrato provinciale e donne appartenenti alla sua provincia, per tutta la durata della carica; d) rapitore e rapita; e) adultera e suo amante (divieto posto dalla *lex Iulia de adulteriis*); f) cristiani e ebrei (impedimento posto dalla legislazione cristiana postclassica); g) padrino e figlioccia (altro impedimento posto in età postclassica).

3.6. Quando il matrimonio si scioglieva per morte del marito (in diritto postclassico anche per divorzio), era vietato alla *mulier* di contrarre di nuovo matrimonio se non dopo dieci mesi (in diritto

postclassico, dodici mesi). Questo termine di rispetto era chiamato poeticamente *tempus lugendi*, ma era stabilito per evitare dubbi circa la paternità dell'eventuale nascituro nel caso che la moglie fosse rimasta incinta. Il divieto quindi veniva meno nel momento in cui la *mulier* partorisce prima della scadenza del termine.

4. Di ulteriori requisiti ebbe bisogno il *matrimonium* in forza della imponente legislazione matrimoniale promossa da Augusto e concretantesi nella *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a. C.) e nella *lex Papia Poppaea nuptialis* (9 d. C.). Tuttavia, l'inottemperanza a disposizioni di queste leggi non rendeva il matrimonio *iniustum*, ma determinava solo alcuni, sebbene notevoli, svantaggi di carattere economico e giuridico. Il *matrimonium* che, oltre ad essere *iustum*, fosse *secundum legem Iuliam et Papiam* si disse, pertanto, *matrimonium iustum ac legitimum*.

4.1. Per favorire i *matrimonia* e la figliolanza, fu stabilito che gli uomini tra i 25 ed i 60 anni e le donne tra i 20 e i 50 anni, se non fossero sposati (se fossero, cioè « *coelibes* »), soffrissero svantaggi di carattere personale e successorio; analogamente fu disposto per i coniugi privi di un numero minimo di figliuoli (3 per gli *ingenui*, 4 per i *libertini*), denominati « *orbi* ». Tuttavia il senato (o il *princeps*) poteva concedere in casi speciali l'esenzione da tali svantaggi, fingendo l'esistenza del minimo di figli richiesto dalla legge (cd. « *ius trium vel quattuor liberorum* »). Allo scopo di impedire *matrimonia* di cattiva lega fu fatto, inoltre, divieto ai *senatores* di sposare donne *libertinae*, ed a tutti i cittadini *ingenui* di sposare donne di facili costumi (tra cui anche le attrici e le spose adultere): in caso di inosservanza di questo divieto, trovavano luogo gli svantaggi previsti per i *coelibes*.

4.2. Tra i vantaggi concessi dalle leggi augustee a coloro che ottemperassero all'invito al matrimonio e alla proliferazione si annoveravano: la possibilità di gerire le cariche pubbliche tanti anni prima del tempo prescritto per quanti fossero i figli; la esenzione dai *munera publica* nel caso che si avessero tre figli viventi in Roma, quattro in Italia, cinque nelle provincie; la esenzione dalla tutela del sesso della donna che avesse tre figli se *ingenua* e quattro se *libertina*, o comunque il *ius liberorum*; la esen-

zione dalle *operae libertorum* dei liberti aventi due figli in *pote-state* o un figlio di almeno 5 anni; la possibilità per i liberti muniti di tre figli e di un patrimonio di almeno 100 mila sesterzi di escludere il patrono dalla successione nella quota spettantegli *ab intestato*.

4.3. Tra gli svantaggi va indicata come più notevole la *incapacitas* dei *coelibes* e degli *orbi* di succedere nel *dominium* di beni loro lasciati per testamento, salvo che il testatore non fosse loro parente entro il sesto grado (n. 66).

4.4. La legislazione augustea non ritenne che le donne fossero esentate dall'obbligo matrimoniale dopo il divorzio o a causa della vedovanza, sempre che esse fossero tra i 20 e i 50 anni. Tuttavia, mentre l'uomo era tenuto al nuovo matrimonio immediatamente dopo lo scioglimento di quello precedente, la donna poteva restare senza sposarsi 18 mesi in caso di divorzio, 24 mesi in caso di morte del marito.

5. Cause di scioglimento del *matrimonium* furono: a) la morte di uno dei coniugi; b) la perdita dello *status libertatis* da parte sua; c) l'« *incestum superveniens* », che si verificava quando per via di adozione da parte di un suocero i coniugi venissero ad essere anche fratelli; d) il « *divortium* », cioè la volontaria desistenza dal rapporto matrimoniale. La perdita dello *status civitatis* da parte di uno dei coniugi rendeva il matrimonio *iniustum iure civili*; esso rimaneva valido *iure gentium* e riprendeva retroattivamente tutta la sua efficacia, qualora il coniuge *capite minutus* riacquistasse la cittadinanza.

5.1. Nel *matrimonium cum manu* il *divortium* risultava dal compimento di una attività contraria a quella che aveva servito a costituire il rapporto: « *diffarreatio* » solenne, nel caso di nozze confarreate; « *remancipatio* » dal marito al *paterfamilias* originario, nel caso di nozze derivanti da *coemptio*; *emancipatio* della *mulier* sia nel caso precedente che in quello di nozze basate sull'*usus*. Nel *matrimonium sine manu* il *divortium* era dato dal puro e semplice venir meno dell'*affectio maritalis*: o in ambedue i coniugi (« *divortium* » propriamente detto) o anche in uno soltanto (« *repudium* »).

5.2. Il diritto postclassico, influenzato dal Cristianesimo, fu tendenzialmente sfavorevole al *divortium*, che cercò di rendere difficile attraverso l'introduzione di varie pastoie (fra cui quella della formulazione di un solenne « *libellus repudii* »). Per conseguenza, furono ammessi con favore solo due tipi di *divortium*: il « *divortium bona gratia* », cioè quello reso opportuno dall'impossibilità di raggiungere i fini del *matrimonium* (es.: l'impotenza di un coniuge, il voto di castità, ecc.), e il « *divortium ex iusta causa* », cioè quello giustificato da gravi colpe di uno dei coniugi o di ambedue. Penalità furono disposte a carico dei divorzianti capricciosi.

58. LE CONSEGUENZE DEL « MATRIMONIUM ».

1. A prescindere dalle ovvie conseguenze del *matrimonium cum manu*, per effetto del quale la *mulier* usciva dal suo gruppo agnatizio ed entrava a far parte in qualità di *filia* del gruppo agnatizio del marito, le conseguenze del *matrimonium (sine manu) iustum* erano, a loro volta, numerose ed importanti e si ricollegavano tutte al fatto che in forza delle *nuptiae* si istituiva, tra i coniugi e tra ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati dell'altro (*socer socrus, gener nurus, vitricus noverca, privignus privigna*) un rapporto detto di *ad finitas*. Questa concezione classica variò, nell'età postclassica, in due sensi: a) che il « vincolo coniugale » fu considerato qualcosa di diverso e più intimo del vincolo di *ad finitas* e che ad esso fu equiparato il vincolo esistente tra gli *sponsi* (n. 60); b) che l'*ad finitas* fu ritenuta un vincolo analogo alla *cognatio*, che si instaurava, a partire dagli sponsali o dal matrimonio, solo tra ciascun *sponsus* o *coniux* e i parenti in linea retta e collaterale dell'altro, entro i limiti dei gradi corrispondenti della *cognatio*.

2. Il vincolo tra marito e moglie determinava, anzi tutto, una « *individuae vitae consuetudo* », nella quale peraltro i due coniugi non erano su un piede di parità, essendo nettamente prevalente la posizione del marito, pur se sfornito di *potestas* rispetto alla moglie. La *mulier*, infatti, assumeva la condizione so-

ziale del marito e doveva necessariamente adattarsi a vivere nel suo *domicilium* ed in casa sua, mentre al marito competevano gli *interdicta de exhibenda ac ducenda uxore* nel caso in cui la moglie fosse stata rapita da altri o comunque fosse stata da altri, anche con il di lei consenso, allontanata da casa. Comunque, a prescindere dalla preminenza riconosciuta al marito come capo di casa, l'unione tra i coniugi, pur essendo il matrimonio *sine manu*, era considerata così stretta da derivarne conseguenze relevantissime, quali l'obbligo di fedeltà, l'obbligo di mantenimento, l'inammissibilità delle donazioni tra coniugi. In età postclassica tutto questo insieme di regole particolari venne considerato come conseguenza del carattere convenzionale del *matrimonium* e come espressione di un dovere generale di mutua « *reverentia* » tra i coniugi.

2.1. L'obbligo di fedeltà della donna era sanzionato, in età preclassica, dalla reazione familiare dello stesso marito, il quale non veniva punito nel caso di vendetta sulla moglie adultera. Nel 17 a. C. la *lex Iulia de adulteriis* di Augusto (n. 60), qualificò *crimen* pubblico l'« *adulterium* » della moglie, ma in taluni casi lasciò che il marito o il suo *pater familias* potessero esercitare direttamente ed immediatamente una reazione nei riguardi dell'adultera. L'adulterio del marito era preso in considerazione soltanto come attenuante ed eventualmente come discriminante dell'adulterio della moglie, ma non era punito in quanto tale.

2.2. Il marito aveva, dal suo canto, il dovere di provvedere al mantenimento della moglie e dei figli. D'altra parte, nel caso che la moglie commettesse furto a suo danno, egli non aveva nei suoi confronti la consueta *actio furti*, ma una assai meno grave « *actio rerum amotarum* ». A partire da Antonino Pio, inoltre, se la moglie agiva contro il marito in giudizio, la *condemnatio* del marito fu limitata all'*id quod reus facere potest*, per evitargli l'*infamia* derivante dalla *venditio bonorum* conseguente alla eventuale insolvenza. In età postclassica questo beneficio fu esteso anche alla moglie convenuta in giudizio dal marito.

2.3. Per antichissima tradizione non era considerata ammissibile, in costanza di matrimonio, di « *vitae consuetudo* », la « *donatio inter virum et uxorem* ». La vecchia regola fu ravvivata

e riversata in espresso divieto di donazioni tra coniugi (dichiarate, quindi, giuridicamente nulle) dalle leggi matrimoniali augustee, le quali si preoccupavano di evitare che i coniugi, se privi di figli o se sposati *contra legem*, potessero aggirare la regola della *incapacitas* successoria facendosi l'un l'altro donazioni in vita. La giurisprudenza classica, poco convinta del buon fondamento del divieto, cercò di spiegarlo in maniera insoddisfacente (« *ne mutuo amore invicem spoliarentur* »: Ulp. D. 24. 1. 1.) e studiò di limitarne l'ambito di applicazione, eccettuando le donazioni di modico valore, quelle fatte al fine di permettere al coniuge di manomettere un proprio schiavo e via dicendo. Di più: furono ritenute solo provvisoriamente invalide le donazioni tra coniugi fatte « *divortii causa* » (in previsione dello scioglimento del matrimonio per divorzio) o « *mortis causa* » (in previsione della premorienza del donante): se il donatario non premoriva al donante, tali donazioni, al verificarsi dell'evento previsto, acquistavano validità. Una *oratio Severi* del 206 d.C. giunse a dichiarare convalidate anche le donazioni tra coniugi prive della clausola « *mortis causa* », se il donante, morendo prima del donatario, non le avesse revocate.

2.4. Allo scopo di evitare una inchiesta irriverente ed offensiva, fu riconosciuta, su suggerimento del giurista Quinto Mucio, la cd. « *praesumptio Muciana* », per cui tutto ciò che la moglie avesse acquistato si presumeva, fino a prova contraria, esserle stato dato dal marito.

3. L'*ad finitas* tra ciascun coniuge ed i parenti dell'altro sussisteva, di norma, esclusivamente in costanza di matrimonio: sicché solo in costanza di matrimonio il suocero e la *mulier* avevano il beneficio della *taxatio in id quod facere potest* nei riguardi del marito che agisse contro di loro con l'*actio ex stipulatu*, lamentando la inadempienza della *promissio dotis*. Tuttavia, la giurisprudenza classica ammise dei casi di ultra-attività dei vincoli di *ad finitas* dopo la sua estinzione: e più precisamente tali casi essa ammise a fine di impedimento matrimoniale, nei limiti sopra accennati (n. 57) della relazione tra un coniuge ed i parenti in linea retta e in primo grado dell'altro (sia *adgnati* che *cognati*).

4. Altra conseguenza del *matrimonium iustum* era che i figli nati dalla *mulier* in costanza di matrimonio, pur non facendo essa parte della *familia* del marito, rientravano nella *familia* stessa ed erano definiti a loro volta *filii iusti*. Pertanto, il marito (o il suo *pater familias*) acquistava su tali figli la *patria potestas*: « *pater is est quem nuptiae demonstrant* » (Paul. D. 2. 4. 5).

4.1. Non era previsto uno specifico mezzo di disconoscimento della paternità, perchè, almeno teoricamente, era concesso al *pater*, in virtù della *patria potestas*, persino il potere di esporre oppure di uccidere il *filius*, qualora non lo gradisse o non lo riconoscesse come effettivamente suo. Nell'uso sociale invalse la pratica che il *pater* riconoscesse formalmente il figlio neonato, il quale veniva deposto ai suoi piedi ed era da lui solennemente raccolto (« *tollere liberum* »): in caso di mancato accoglimento, il figlio doveva considerarsi *vulgo conceptus*.

4.2. Si presumeva *iustus* il figlio nato almeno 182 giorni dopo la conclusione del matrimonio e non oltre i 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio. Se pertanto il figlio fosse nato prima della decorrenza di 182 giorni, esso non era considerato *suus heres* rispetto al *pater*. Così pure il *filius* non era considerato legittimo, ma nato da schiava, se la di lui madre fosse stata manomessa meno di 182 giorni prima della sua nascita.

59. IL REGIME PATRIMONIALE DEL « MATRIMONIUM ».

1. Principio fondamentale del *matrimonium* romano fu che gli oneri patrimoniali da esso derivanti (*onera matrimonii*) dovessero essere sopportati dal marito o dal suo *pater familias*. Tale regola si formò in connessione con il *matrimonium cum manu*, di cui l'effetto era che la *mulier* si staccasse dalla propria *familia* entrando a far parte di quella del marito. Nel *matrimonium sine manu* il principio rimase fermo, pur restando la *mulier* partecipe della propria *familia* originaria, o divenendo essa, in caso di scioglimento della famiglia d'origine, *mater familias* con proprio patrimonio autonomo. I beni presenti o futuri della *mulier* erano, insomma, considerati in regime di « separazione » da quelli del marito e sottratti alla destinazione familiare.

2. Per agevolare il marito nella sopportazione degli oneri matrimoniali, sorse sin da epoca molto risalente la consuetudine sociale di attribuirgli a questo scopo un piccolo capitale (la « *dos* »), che entrasse a far parte del patrimonio suo o del suo *pater familias*, rafforzandolo. Probabilmente, contribuì alla formazione della prassi dotale anche il fatto che nel *matrimonium cum manu*, ove la moglie fosse già *mater familias*, il suo patrimonio diveniva automaticamente, con la *conventio in manum*, partecipe del patrimonio maritale: dato che lo stesso effetto era escluso dal *matrimonium sine manu*, la *dos* ne costituì il surrogato.

2.1. La *dos* poteva essere costituita dal *pater familias* della donna *alieni iuris*, onde si diceva « *dos profecticia* » (a *patre profecta*); poteva inoltre essere costituita dalla moglie *sui iuris*, o infine da un terzo interessato alla buona riuscita del *matrimonium* (nel qual caso le scuole postclassiche parlarono di « *dos adventicia* »). Non esisteva un obbligo giuridico, per il *pater* o per la *mulier sui iuris*, di costituire la dote, ma la costituzione della dote rappresentava tuttavia un obbligo sociale e morale. Dopo che la *lex Iulia et Papia* fece divieto al *pater familias* di opporsi al matrimonio della *filia* (n. 57), Severo e Caracalla posero, con alcune loro costituzioni, l'obbligo al *pater* di dotare la figlia, proclamando che il non costituire la dote implicasse opposizione al matrimonio. Il diritto postclassico accolse e potenziò questo istituto della « *dos necessaria* ».

2.2. La costituzione della dote poteva avvenire: a) mediante « *dotis dictio* », dichiarazione solenne costitutiva di un credito del marito sul patrimonio dotale (« *dotem tibi dico sestertium milia tot* », oppure « *doti tibi erunt sestertium milia tot* ») (n. 115); b) mediante « *dotis datio* », atto o complesso di atti valevoli a trasferire al marito i diritti sulle *res dotales* (*mancipatio* o *in iure cessio* delle *res Mancipi*, costituzione di diritti assoluti reali in senso improprio, *traditio* delle *res nec Mancipi*, cessione dei crediti ecc.); c) mediante « *dotis promissio* », cioè mediante *stipulatio* costitutiva di un credito del marito relativamente alle cose dotali (« *spondesne mihi dari centum dotis causa? — spondeo* ») (n. 117). In età classica la *dotis dictio* era già decaduta. In età postclassica divenne atto tipicamente costitutivo di dote il « *pactum*

dotis » privo di forme. Forse non classica fu anche l'ammissione, sia pure a titolo eccezionale, della « costituzione tacita » di dote, nel caso che due coniugi divorziati si sposassero nuovamente o che una donna dotata passasse, dopo lo scioglimento del matrimonio, ad altre nozze.

3. La *dos* diveniva, come si è detto, patrimonio del marito o del suo *pater familias*. Questi nè era tenuto, a stretto rigor di diritto, ad impiegarla effettivamente *ad onera matrimonii ferenda*, nè era tenuto a restituirla in caso di scioglimento del matrimonio, a meno che non vi fosse stato esplicitamente impegnato mediante *stipulatio* (nel qual caso si parlava di « *dos recepticia* »).

3.1. Contro questo regime originario e contro la sua eccessiva rigidità reagì, sin dall'età preclassica, il pretore romano, introducendo in via generale un' *actio rei uxoriae*, la quale tendeva a che la moglie o il suo *pater familias* riottenessero (o, nel caso di dote costituita da estraneo, ottenessero) le *res dotales* quando il matrimonio fosse sciolto. Se lo scioglimento era dipeso da divorzio, l'azione era esercitata dalla stessa moglie *sui iuris*, ove la moglie fosse *alieni iuris*, dal *pater familias* di lei, ma con il suo specifico assenso (*pater* « *adiuncta filiae persona* »), ritenendosi che il matrimonio avesse in certo qual modo affievolito la incapacità giuridica della donna *alieni iuris*, almeno per ciò che concernesse i beni dotali. Le stesse regole valevano nel caso che il matrimonio si fosse sciolto per morte del marito, con questa avvertenza: che, se il marito aveva lasciato alcunchè alla moglie nel testamento, la moglie non poteva avere sia il lascito che la dote, ma aveva la scelta tra l'uno e l'altra (« *edictum de alterutro* »). Nel caso che lo scioglimento del matrimonio era dipeso da morte della moglie, l'azione per la restituzione spettava al *pater familias* di lei, ma solo nei limiti della *dos profecticia*: la dote « *non a patre profecta* » rimaneva, quindi, in questo caso, al marito.

3.2. Il marito o il suo *pater familias* non era, comunque, tenuto a privarsi di tutte le *res dotales*, bensì solo di « *quod melius aequius erit* ». L'azione *rei uxoriae*, infatti, se pur non era un *iudicium bonae fidei*, era certamente analoga ai *bonae fidei iudicia*: ed il giudice aveva quindi il potere di stabilire volta per

volta ciò che fosse meglio e più equo restituisse il marito della dote ricevuta.

4. In diritto preclassico e classico si venne a formare, in sede di applicazione pratica dell'*actio rei uxoriae*, un vero e proprio stabile regime della « restituzione della dote », concretantesi essenzialmente in questi principi: a) le *res* infungibili ricevute in dote erano da restituirsi all'atto dello scioglimento del matrimonio; b) le *res* fungibili potevano essere, invece, restituite in tre rate annuali (*annua, bima, trima die*); c) il marito non era responsabile della mancata o parziale restituzione delle *res* infungibili distrutte o danneggiate senza suo *dolus*, salvo che, ricevendo le cose stesse dal costituente, non avesse espressamente dichiarato di considerarle per il loro valore (*aestimatio*), anzichè per la loro individualità: nel qual caso egli era tenuto a restituire l'« *aestimatio dotis* » in luogo delle *res dotales* distrutte o deteriorate; d) il marito aveva, infine, in certe determinate ipotesi, il diritto ad una parziale *retentio* della *dos*: o nel senso di poter restituire qualcosa meno del dovuto, o nel senso di poter trattenere qualche oggetto dotale sinchè non gli fosse stato dato quanto dovutogli. Le ipotesi della cd. *retentio dotis* furono le seguenti.

4.1. « *Retentio propter liberos* »: sciogliendosi il matrimonio per morte della moglie, il marito poteva trattenere il quinto delle *res dotales* per ciascun figlio; sciogliendosi il matrimonio per divorzio determinato da colpa della moglie, il marito poteva trattenere un sesto delle *res dotales* per ciascun figlio. Naturalmente, il diritto di *retentio* andava esercitato entro il limite massimo della dote.

4.2. « *Retentio propter mores* »: sciogliendosi il matrimonio per divorzio causato da cattivo comportamento della moglie, il marito poteva agire contro la moglie con un « *iudicium de moribus* » o altrimenti poteva chiedere la restituzione (*repetitio*, da non confondersi con la *retentio*) di un sesto del patrimonio dotale nella ipotesi di comportamento particolarmente grave (*mores graves*), di un ottavo nell'ipotesi di comportamento leggero ma non grave (*mores leviores*).

4.3. « *Retentio propter impensas* »: il marito aveva la *retentio* di quanto occorresse a ripagarlo per tutte le spese utili da lui com-

piute *ad onera matrimonii ferenda*, purchè fossero state preventivamente o successivamente approvate dalla *mulier*. Nessun compenso spettava al marito per le spese voluttuarie. Le spese necessarie alla conservazione delle *res dotales* erano invece detratte *ipso iure* dal patrimonio dotale (« *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt* »).

4.4. « *Retentio propter res donatas* »: posto il divieto di donazioni tra coniugi, il marito che avesse ciò malgrado fatto una donazione alla moglie poteva trattenere dalla dote l'importo della donazione stessa, evitandosi di far valere la nullità dell'atto.

4.5. « *Retentio propter res amotas* »: la sottrazione di cose mobili al marito da parte della moglie legittimava, come si è detto (n. 58), il marito all'esercizio contro la moglie dell'*actio rerum amotarum*, la quale, a differenza dell'*actio furti*, non era infamante ed implicava la condanna al mero controvalore delle cose sottratte; ma il marito poteva cogliere l'occasione della restituzione della dote per effettuare la *retentio* per le *res amotae*. La *retentio* poteva farsi valere dal marito, generalmente, mediante *exceptio doli*, ma non è escluso che essa potesse essere disposta direttamente dal giudice sulla base del « *quod melius aequius* » della formula dell'*actio rei uxoriae*.

5. In diritto postclassico il regime della *dos* subì progressivamente una radicale evoluzione, sopra tutto in virtù del principio che la *dos* dovesse essere trasferita alla *mulier* in caso di scioglimento del matrimonio. Per conseguenza di questo principio, il marito fu considerato semplice amministratore ed usufruttuario dei beni dotali, di cui la titolarità fu riconosciuta alla *mulier*.

5.1. Giustiniano, volendo riformare organicamente l'istituto della dote, abolì l'*actio rei uxoriae*, lasciando sussistere la sola *actio ex stipulatu*, che classicamente competeva per la sola *dos recepticia*: egli fissò, peraltro, la presunzione assoluta che, correlativamente alla stipulazione di dote, fosse avvenuta la stipulazione di restituzione e conferì all'*actio ex stipulatu* (anche detta « *actio de dote* ») le sostanziali caratteristiche dell'*actio rei uxoriae*, proclamando la sua natura di giudizio di buona fede. Sempre in sede di riforma, Giustiniano: a) abolì l'*edictum de alterutro*, presumendo che, se il marito non avesse lasciato alla moglie esplicitamente il

legato in sostituzione della dote (*legatum pro dote*), dote e legato potessero cumularsi; b) abolì anche le *retentiones*, sostituendo ad alcune di esse delle *actiones* e sancendo in tal caso il principio della *compensatio*; c) dispose, infine, che i beni immobili dovessero essere restituiti subito dopo lo scioglimento del matrimonio ed i beni mobili nel termine di un anno, e che alla moglie spettasse per legge una ipoteca sui beni del marito con prevalenza su qualsiasi altra costituzione ipotecaria anche anteriore al matrimonio.

6. Altro tipo di regolamento patrimoniale del *matrimonium* era quello della donazione nuziale, un istituto che prese cittadinanza nel diritto romano solo in età postclassica.

In tale epoca andò diffondendosi l'usanza, di provenienza orientale, che il fidanzato donasse alla fidanzata, prima del matrimonio, un *quid*, affinché essa non rimanesse sprovvista in caso di vedovanza o di divorzio per colpa del marito. Tale istituto aveva, dunque, lo scopo di rafforzare gli sponsali, di garantire la moglie nel caso di vedovanza e di penalizzare il marito nell'ipotesi di divorzio per sua colpa. L'istituto della « *donatio ante nuptias* » fu favorito sino al punto da divenire, nel diritto giustiniano, una sorta di controdote. Giustiniano obbligò, pertanto, il *pater familias* non soltanto a costituire la dote per la figlia, ma anche a fare donazione nuziale per il figlio. Inoltre egli ammise che la donazione potesse essere fatta anche in costanza del matrimonio: ragione per cui la donazione nuziale passò ad essere genericamente qualificata come « *donatio propter nuptias* ».

7. A prescindere dalla dote, poteva darsi, ovviamente, che la moglie avesse di sua esclusiva spettanza altri beni (gioielli, vesti, limitate quantità di danaro) che costituivano un suo personale appannaggio: *bona extra dotem* o *praeter dotem*, detti anche alla greca *paraferna* (da *παρά* e *φερνή*).

Su tali beni la donna *sui iuris* aveva i poteri del proprietario, ma questioni giuridiche sorgevano per la ipotesi che essa affidasse i beni stessi alla custodia del marito o li trasferisse in proprietà di lui, sebbene non a titolo di dote. In età classica la *mulier* aveva nei riguardi del marito la *rei vindicatio* o, in caso di furto, l'*actio furti* o, in caso di custodia infedele, l'*actio depositi*; oppure, se avesse trasferito i suoi beni parafernali in proprietà del marito, la

condictio. In età postclassica gli imperatori confermarono il principio che il marito non dovesse ingerirsi nella amministrazione delle *res parafernali*, se non ne avesse avuto esplicita autorizzazione, ma Giustiniano finì poi per stabilire che al marito spettasse l'amministrazione dei *paraferna*, sebbene questa non gli competesse in qualità di marito, ma a titolo di rappresentante della moglie. Tuttavia, lo stesso Giustiniano volle che i beni parafernali contribuissero *ad onera matrimonii ferenda*, ponendo le basi di una nuova concezione, in forza della quale la moglie era tenuta a contribuire sempre e in ogni caso, finanziariamente, al peso della vita matrimoniale, almeno quanto all'eventualità in cui le sostanze del marito non fossero sufficienti.

60. LE UNIONI EXTRAMATRIMONIALI.

1. A parte i casi di *matrimonia iniusta* o di *matrimonia iusta* ma *contra legem Iuliam et Papiam* (n. 57), nonché alcune altre ipotesi di minor conto, il diritto romano considerò giuridicamente rilevanti i seguenti casi di unioni extramatrimoniali: *adulterium*, *incestum*, *stuprum*, *concubinatus*, *contubernium*, *sponsalia*.

2. Le prime tre figure, dopo varie vicende, furono organicamente regolate dalla *lex Iulia de adulteriis* del 18 a. C., la quale le classificò nella categoria dei *crimina*, stabilendo per esse forti pene. A termini della *lex Iulia*, si aveva *stuprum* nel caso di unione sessuale con donna nubile o vedova; si aveva *adulterium* (cioè *stuprum* aggravato) nel caso di unione con donna maritata; si aveva *incestum* (altra forma aggravata di *stuprum*) nel caso di unione con donna parente o affine. A titolo di eccezione la legge permise le unioni extramatrimoniali tra persone appartenenti al rango senatorio e le *libertinae*, nonché le unioni con alcune categorie di donne di facili costumi (« *in quas stuprum non committitur* »: etère, attrici ecc.).

3. Dalle eccezioni poste dalla *lex Iulia de adulteriis* derivò, in diritto classico, l'istituto giuridico del *concubinatus*: unione durevole con donne che non possono essere sposate (n. 57).

In diritto classico il *concubinatus* fu solamente la espressione di una attività lecita, ma che non ebbe particolari effetti giuridici. I figli dei concubini, alla pari di qualunque altro prodotto di unioni extramatrimoniali, erano, dunque, « *vulgo concepti* » e seguivano la condizione giuridica della madre. In diritto postclassico: anzi tutto la nozione di *concubinatus* fu estesa sino a ricomprendere le unioni durevoli, ma senza intenzioni matrimoniali, nonchè in ispregio alle disposizioni sullo *stuprum*, con donne *honestae*; secondariamente, i figli da concubinato furono classificati come « *liberi naturales* », ebbero un limitato diritto di successione e furono passibili di legittimazione, cioè di elevazione al grado di nati « *ex iustis nuptiis* » (cioè di figli legittimi).

3.1. Le forme di *legitimatō* furono quella « *per subsequens matrimonium* » tra i genitori concubini e quella autorizzata in casi speciali dall'imperatore (« *per rescriptum principis* »). Una forma di legittimazione meno praticata fu quella « *per oblationem curiae* », che si verificava allorchè il padre presentasse il figlio come decurione alle curie municipali, assegnandogli anche un certo patrimonio, o facesse sposare con un decurione la figlia, assegnandole una dote.

4. Il *contubernium*, cioè l'unione tra schiavi o tra liberi e schiavi, non ebbe, naturalmente, propri effetti giuridici, ma ebbe, tuttavia, qualche riflesso nel campo del diritto, soprattutto in periodo postclassico, come espressione del cd. *ius naturale*.

5. Non unione (*coniunctio maris et feminae*), ma pur sempre costituzione di un vincolo tra persone di sesso diverso furono gli *sponsalia*.

E' probabile che, nei più antichi tempi, la *mulier*, così come costituiva oggetto di *mancipatio* tra il proprio *pater familias* e il *pater* del marito, formasse oggetto di promessa (mediante *sponsio*) al secondo dal primo. Dell'antica consuetudine rimase traccia, in età storica, nell'uso sociale detto degli *sponsalia*, cioè nella promessa di *nuptiae*, giuridicamente non impegnativa, fra due soggetti di sesso diverso. Nel diritto postclassico, tuttavia, si manifestò una forte tendenza a conferire agli *sponsalia* rilevanza giuridica, sancendo in ordine agli stessi regole affini a quelle vigenti per il *matrimonium*. A rafforzare l'impegno servirono le cd. « *ar-*

rhæ sponsaliciæ », sorta di caparra data dalla sposa allo sposo a garanzia del futuro matrimonio. Salva l'ipotesi di gravi ragioni giustificative, se la *sponsa* si sottraeva all'impegno assunto, lo sposo aveva diritto alla ritenzione della caparra; se si sottraeva lo *sponsus*, la sposa aveva diritto alla restituzione del *duplum*.

61. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. Nel diritto italiano vigente la « famiglia » è il cardine dell'ordine sociale e giuridico, ma essa non presenta più alcuna traccia della tradizionale organizzazione agnaticia del diritto romano ed è esclusivamente basata sul vincolo di « parentela », corrispondente alla romana *cognatio* (a. 74-77 c.c.). Tra i coniugi, anzi, non si crea affinità, ma il « vincolo coniugale », così come in diritto postclassico. L'« affinità » è oggi soltanto un vincolo che unisce un coniuge ai parenti dell'altro coniuge (a. 78).

2. Il fondamento della famiglia è costituito dal matrimonio (a. 29 Cost.), che peraltro è concepito dal diritto vigente non come una situazione di fatto (così come il *matrimonium sine manu*), ma come un negozio bilaterale costitutivo del vincolo coniugale e di altre conseguenze di ordine personale e patrimoniale. Il vincolo coniugale è indissolubile durante la vita dei coniugi: esso si scioglie solo con la morte di uno di loro (a. 149).

2.1. L'ordinamento (a. 82 ss.) ammette tre tipi di matrimonio: il « matrimonio civile », celebrato davanti ad un organo dello Stato (l'Ufficiale dello stato civile) e interamente regolato dalla legge civile (a. 84 ss.); il « matrimonio religioso cattolico », celebrato innanzi ad un ministro del culto cattolico, e regolato dal diritto della Chiesa, in conformità del Concordato tra Italia e Santa Sede (11 febbraio 1929) e delle leggi speciali dello Stato; il « matrimonio religioso acattolico », celebrato dinanzi ad un ministro di culto diverso dal cattolico (purchè ammesso nello Stato: evangelico, ortodosso, ebraico ecc.) e regolato dalle stesse norme del codice civile relative al matrimonio civile, salve disposizioni speciali che attengono all'atto della celebrazione. I soggetti giuridici

di fede cattolica possono, in virtù del Concordato fra Italia e Santa Sede (a. 34) e della legge 27 maggio 1929 n. 847 (a. 5-23), compiere in una sola volta il matrimonio cattolico e quello civile, presentandosi dinanzi al ministro del culto cattolico, che provvederà a celebrare il matrimonio cattolico con effetti civili.

2.2. Per la celebrazione del matrimonio occorre procedere ad alcune formalità preliminari, a fini di pubblicità: le « pubblicazioni matrimoniali » (a. 93 ss.). In tal modo è possibile a chi vi abbia interesse opporsi alla celebrazione del matrimonio.

3. La conclusione di un matrimonio civile è sottoposta a numerose limitazioni, violando le quali si determinano delle nullità matrimoniali, che non sono peraltro tutte della stessa intensità.

3.1. Cause di nullità assoluta, che non ammettono nè sanatoria nè dispensa, sono: la sussistenza di un precedente vincolo matrimoniale (a. 86 e 124); l'età inferiore agli anni 14 per l'uomo e 12 per la donna (a. 84); l'esistenza tra i nubenti di parentela (legittima o naturale) o di affinità in linea retta (ascendente o discendente), o anche l'esistenza di parentela collaterale in secondo grado (a. 87 n. 1, 2 e 4); la condanna per omicidio consumato o tentato nei confronti della persona del coniuge di colui o di colei che si vuole sposare (a. 88).

3.2. Cause di nullità assoluta, che non ammettono sanatoria, ma ammettono dispensa dalla pubblica autorità, sono: l'età dell'uomo tra i 14 e i 16 e l'età della donna tra i 12 e i 14 anni (a. 84); la parentela in linea collaterale di terzo grado, cioè tra zio e nipote, zia e nipote (a. 87 n. 3); l'affinità in linea collaterale (a. 87 n. 5); il rapporto di adozione tra i nubenti (a. 87 n. 6, 7, 8); il rapporto di affiliazione (a. 87 co. 2). Causa di semplice irregolarità punita con l'ammenda è il mancato decorso, per la donna, di un intervallo di trecento giorni dall'epoca dello scioglimento o dell'annullamento del precedente matrimonio (a. 89).

3.3. Cause di nullità relativa, cioè sanabile, sono: il vizio del consenso, limitatamente alla violenza e all'errore sulla persona (a. 122); l'impotenza (a. 123); l'interdizione per infermità mentale (a. 85 e 119); l'infermità di mente anche senza la pronuncia dell'interdizione (a. 120); la mancanza dell'assenso al matrimonio da

parte dell'esercente la patria potestà o del curatore (a. 90 e 121).

3.4. All'accertamento dei vizi consegue, salve le possibilità di sanatoria, la dichiarazione di nullità (evidentemente, *ab origine*) del matrimonio (a. 117 ss.). Tuttavia, se i coniugi (o uno solo di essi) hanno contratto un matrimonio nullo in buona fede, si verifica il caso del « matrimonio putativo », considerato eccezionalmente valido fino alla sentenza di dichiarazione di nullità, e comunque sempre pari ad un matrimonio valido per quanto concerne i figli da esso derivati (a. 120).

4. Le conseguenze del matrimonio riguardano i coniugi ed i figli.

4.1. I coniugi hanno l'obbligo reciproco della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza (a. 143). Il marito inoltre deve tenere la moglie presso di sé, proteggerla di fronte ai terzi e somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita, salvo che non abbia mezzi sufficienti: nel qual caso a mantenere se stessa e il marito è tenuta la moglie (a. 145). La moglie segue la condizione civile del marito, ne assume il cognome (sino alle seconde nozze) e deve accompagnarlo ovunque egli crede opportuno fissare la sua residenza (a. 144). Se la moglie si allontana senza giusta causa dal domicilio coniugale rifiutando di ritornarvi, l'obbligo del mantenimento da parte del marito è sospeso (a. 146).

4.2 Nei riguardi dei figli nati dal matrimonio, i genitori hanno l'obbligo di mantenere la prole, di educarla e di istruirla o di farla istruire convenientemente (a. 147), provvedendovi in proporzione delle rispettive sostanze. Se i mezzi dei coniugi non sono sufficienti, l'obbligo ricade per il residuo sugli altri ascendenti in ordine di prossimità (a. 148).

5. Lo scioglimento del matrimonio per divorzio non è ammesso ed è considerato contrario all'ordine pubblico. E' ammessa però la *separazione*. I coniugi possono cioè dividersi: o per « separazione consensuale » omologata dal tribunale (a. 158), oppure per « separazione giudiziale », dichiarata dall'autorità giudiziaria in seguito a regolare processo che l'uno abbia promosso contro l'altro per una colpa in cui l'altro sia incorso (adulterio, volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce, ingiurie gravi, determinate condanne penali e, in certi casi, mancata fissazione di una residenza

da parte del marito: a. 150-153). Spetta al tribunale, in questo secondo caso, determinare la sorte dei figli e la loro assegnazione ad uno dei coniugi (a. 155). Il coniuge colpevole conserva, nei riguardi dell'altro coniuge, il diritto agli alimenti, ma perde il diritto al mantenimento e può essere privato dell'usufrutto legale sui beni dei figli minori (a. 156); perde inoltre i diritti successori.

Per facilitare il ritorno alla unità coniugale è disposto che lo stato di separazione, sia consensuale che giudiziale, cessi per il semplice fatto della coabitazione ripristinata fra i coniugi (a. 157).

6. Una disciplina particolarmente accurata è dedicata alla *fili a z i o n e*, che si distingue in legittima e naturale.

6.1. La « filiazione legittima » deriva da matrimonio valido (a. 231-249). E' legittimo (e si presume concepito dal marito) il figlio nato dalla moglie dopo 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio e prima di 300 giorni dal suo scioglimento o annullamento (a. 231-232): la prova della legittimità è costituita dall'« atto di nascita » (a. 236-243). Il marito può esercitare una « azione di disconoscimento della paternità », se manchino i predetti requisiti di tempo o se provi di non aver avuto la possibilità di partecipare al concepimento (a. 243, 244, 248). Tanto il marito quanto la moglie sono ammessi, inoltre, all'esercizio di una « azione di contestazione della legittimità », se provano che vi è stata sostituzione o supposizione di parto (a. 248). Al figlio, cui venga negata la legittimità, è concessa una « azione di reclamo della legittimità » (a. 248). Parificati ai figli legittimi sono i figli adottivi (n. 83).

6.2. La « filiazione naturale » (o « illegittima ») si verifica fuori del matrimonio; pertanto, essa deve essere o « riconosciuta » da un genitore o da entrambi (a. 250-268), o « dichiarata » giudizialmente, a seguito di azione promossa dal figlio o dai suoi discendenti (a. 269-279). Non possono essere riconosciuti i figli incestuosi o adulterini (a. 251-252), nè sono consentite indagini giudiziarie in proposito (a. 278): in casi speciali, i figli incestuosi e adulterini sono, tuttavia, ammessi ad ottenere dai genitori naturali gli alimenti (a. 279).

6.3. Lo stato di figlio naturale (riconosciuto o dichiarato) implica conseguenze, anche successorie, meno favorevoli di quelle di

figlio legittimo. La legge agevola, peraltro, la « legittimazione dei figli naturali » (a. 280-290), la quale può avvenire o per susseguente matrimonio (a. 283) o per decreto del Capo dello Stato (a. 284).

7. Il regime patrimoniale del matrimonio è, come nel diritto romano, esclusivamente rimesso alle parti. Se queste (o altri nel loro interesse) nulla abbiano disposto specificamente, vige tra i coniugi la cd. « separazione dei beni » (a. 210 ss.): ciascun coniuge amministra i propri beni (beni che, nel caso della moglie, si dicono « parafernali »), senza alcuna ingerenza dell'altro coniuge.

Ove le parti (o altri per esse) vogliano dotare il matrimonio di un regime patrimoniale specifico (cfr. a. 159 ss.), esse non hanno la piena libertà in materia, ma hanno solo la possibilità di scegliere fra tre tipi predeterminati: il patrimonio familiare, la dote, la comunione dei beni.

7.1. Il « patrimonio familiare », che può essere costituito dalle parti o da un terzo, consiste nella assegnazione ai coniugi o ad un coniuge (normalmente, in proprietà) di beni immobili o titoli di credito, col vincolo che i frutti ne siano destinati a vantaggio dei coniugi e della prole sino al raggiungimento della maggiore età da parte dell'ultimo nato (a. 167-176).

7.2. La « dote » è ancora oggi, in buona sostanza, la *dos* del diritto romano (a. 177-209), con destinazione *ad onera matrimonii ferenda*. Il marito (ne sia o non ne sia il proprietario) ne è, di regola, l'amministratore: in caso di cattiva amministrazione, la moglie può ottenerne giudizialmente la separazione dai beni del marito (a. 202 ss.).

7.3. La « comunione dei beni » tra i coniugi è, in realtà una comunione limitata agli « utili » dei beni dei coniugi al momento della convenzione matrimoniale relativa, nonchè a parte degli « acquisti » successivi di altri beni (a. 215-230). Ciascun coniuge rimane, quindi, proprietario del suo patrimonio.

8. Le unioni extramatrimoniali a carattere di « incesto » o di « adulterio » costituiscono reato e provocano conseguenze civilistiche già segnalate.

Gli « sponsali », derivanti da promessa di matrimonio, non vincolano gli sposi a contrarre matrimonio (a. 79). In caso di rottura

della promessa è ammessa, peraltro, con molte limitazioni, la richiesta di restituzione dei doni e di risarcimento del danno sofferto per i preparativi (a. 80-81).

9. I vincoli di parentela, di matrimonio, di affinità e talvolta di doverosa gratitudine (nel caso del donatario) determinano l'obbligo degli *alimenti* (a. 433-448). Questi possono essere richiesti solo in istato di bisogno e possono essere ottenuti, tra i vari obbligati (cfr. a. 433-437), solo da colui che sia materialmente in grado di prestarli, in proporzione delle sue condizioni economiche: non devono tuttavia superare quanto sia necessario per la vita dell'alimentando, avuto però riguardo alla sua posizione sociale (a. 438).

§ 10. — LA « SUCCESSIO IN IUS »

SOMMARIO: 62. La *successio in ius*. — 63. La *vocatio ex testamento*. — 64. La *vocatio ab intestato*. — 65. La *vocatio contra testamentum*. — 66. L'attuazione della *successio in ius*. — 67. Le conseguenze della *successio in ius*. — 68. La *successio mortis causa in singulas res*. — 69. Ragguglio di diritto moderno.

62. LA « SUCCESSIO IN IUS ».

1. La morte o la *capitis deminutio* (*maxima, media*) di un soggetto giuridico avrebbero dovuto implicare, in linea di principio, la fine del suo *patrimonium*: non solo sarebbero dovute venir meno le sue *potestates* familiari, ma i suoi beni sarebbero dovuti divenire *nullius*, i suoi diritti assoluti e relativi si sarebbero dovuti dissolvere, i suoi debiti si sarebbero dovuti estinguere, i *sacra* familiari sarebbero dovuti restare senza chi fosse tenuto ad accudirli. Tutto ciò sarebbe stato, peraltro, rovinoso per i suoi familiari, dannoso per i suoi creditori, pregiudizievole per l'ordine sociale. E pertanto il *ius privatum* romano provvide sin dai più antichi tempi a predisporre un regolamento inteso ad evitare la dissoluzione del *patrimonium* del defunto e ad assicurare la trasmissione dello stesso, nella sua totalità o in singoli cespiti, a soggetti designati dal defunto o, in mancanza, dall'ordinamento. Fu-

rono regole dapprima rudimentali, imperfette, limitate, ma poi sempre più elaborate, complete, minuziose, anche e sopra tutto per il ricchissimo apporto che a questa materia, di tanto vivo interesse pratico, dette la giurisprudenza, a cominciare da quella pontificale.

Il termine che, sin da tempi assai risalenti, stette ad indicare nel loro complesso i cespiti patrimoniali ritenuti trasmissibili fu quello di *hereditas*: dapprima limitata ai soli beni della *familia* del defunto (con esclusione dei *liberi*, che acquistavano, per effetto della sua scomparsa, l'autonomia familiare), di poi estesa anche alla *pecunia*, indi ritenuta inclusiva anche dei *sacra* e dei diritti relativi, infine portata ad implicare anche l'assunzione delle *obligationes* gravanti sul *paterfamilias* morto. Mai, peraltro, l'*hereditas* venne a coincidere completamente col *patrimonium* del defunto: sia perchè le *obligationes* di questi non si consideravano farne parte (la responsabilità ereditaria per i debiti del defunto era cosa diversa dai debiti stessi) e sia perchè vi erano diritti che, per il loro carattere strettamente personale, erano ritenuti intrasmissibili (il diritto di *ususfructus*, quello di *usus*, i crediti da *mandatum* e da *societas* ecc.). Il soggetto o i soggetti cui l'*hereditas* in quanto tale (cioè in quanto complesso patrimoniale) era trasmessa si dicevano « *heres* », « *heredes* ».

2. La giurisprudenza preclassica e classica inquadrono acutamente il fenomeno ereditario nel più ampio concetto della *successio in (universum) ius* (o « *successio in locum et ius* »), intendendo sottolineare che esso realizzava un'ipotesi di subingresso di un soggetto giuridico (il *successor*) nel *patrimonium*, cioè nel complesso delle situazioni giuridiche attive e passive (in quanto trasmissibili), di un precedente titolare (l'*antecessor*). In ordine al fenomeno ereditario la giurisprudenza precisò, appunto, trattarsi di una ipotesi di *successio in ius defuncti* (o *capite minuti*) da parte dell'*heres* (il *successor*). Per designare l'*antecessor* si usò anche la espressione ellittica « *de cuius* » (da « *is de cuius hereditate agitur* »).

Probabilmente, fu la stessa giurisprudenza classica a porre in rilievo, messa su questa strada, che, al di fuori dei casi di *successio in ius defuncti* (o « *successio mortis causa* ») e dei casi ad

essa pienamente equiparati (la successio nel *patrimonium del capite minutus*), vi erano dei casi di *successio in ius inter vivos* (cioè non ereditaria) approssimativamente analoghi, ma tutt'altro che identici: la successio dell'*adrogator* all'*adrogatus* (n. 78), la successio del *maritus* (o del suo *paterfamilias*) alla *mulier sui iuris* sottopostasi a *conventio in manum* (n. 79), la successio (*iure honorario*) del *bonorum emptor* nei *bona* del fallito (n. 45). Assai meno probabile è che la giurisprudenza classica abbia parlato di *successio mortis causa* (sia pure *in singulas res*, anziché *in universum ius defuncti*) relativamente ad un fenomeno accessorio dell'*hereditas* (e più precisamente, della *successio ex testamento*: n. 68), costituito dall'acquisto di singoli cespiti del patrimonio ereditario da parte dei *legatarii*. Certamente postclassico è, comunque, lo snaturamento del concetto genuino di *successio*, dianzi precisato (*successio in ius*), mediante la sua equiparazione al concetto di acquisto derivativo di una situazione o di un complesso di situazioni giuridiche. I giuristi classici già parlavano, in ordine alla *successio in ius*, di « *adquisitio per universitatem* » (intendendo dire che il *successor* acquisiva, mediante la trasmissione dell'*hereditas*, la posizione giuridica del defunto), ma è stato soltanto per via di glossemi e di interpolazioni postclassiche che si è fatto dire ad essi, per quanto si legge nelle fonti giustinianee, che una *successio* (sia *mortis causa* che *inter vivos*) può avvenire tanto *in universum ius*, quanto *in singulas res*.

3. La storia della *successio in ius defuncti* (peraltro, estremamente controversa, sopra tutto riguardo all'età più vetusta) può essere approssimativamente ricostruita come segue.

3.1. Nel sistema del *ius Quiritium*, la morte (o *capitis deminutio*) del *paterfamilias* non importava la dissoluzione del suo *mancipium* perchè i *filii* (divenuti a loro volta *patres familiarum*) rimanevano tradizionalmente uniti in *consortium*, continuando ad insistere tutti insieme sulle *res familiares*. Raro dovette essere il caso che i *fratres* scindessero il *consortium*, ripartendosi le *res familiares*. E' probabile che il *pater*, ove fosse privo di discendenti, si precostituisse un successore mediante l'*adrogatio* di un altro *paterfamilias*. Incerta è la sorte della *pecunia*, estranea al *mancipium* e oggetto di

possessio: probabilmente il *pater* provvedeva a distribuirla a persone di sua fiducia prima della morte, o provvedeva tempestivamente a dichiarare (« *legem dicere* », « *legare* ») chi preferisse che se ne appropriasse dopo la propria morte.

3.2. Il *ius legitimum vetus* (e in particolare la *lex XII tabularum*) disciplinò e precisò il regolamento originario in relazione alle molteplici *potestates* derivate dalla dissoluzione del *mancipium*. Mediante l'introduzione dell'*actio familiae (pecuniaeque) erciscundae*, esso garantì la possibilità di divisione del *consortium* ad istanza di uno dei *fratres*. Per l'ipotesi di mancanza di discendenti (*sui heredes*), esso precisò i soggetti (*adgnati* e, in subordinata, *gentiles*) cui dovessero essere attribuiti i diritti sulla *familia pecuniaeque*, facendo salvo il caso che una diversa attribuzione fosse stata fatta prima di morire (mediante *legata*) dal *pater*.

3.3. Nel sistema del *ius civile*, sopra tutto per influenza della giurisprudenza pontificale e laica, si affermò compiutamente il concetto di *hereditas*, comprensivo dei *sacra* familiari. *Heredes* furono, per conseguenza, denominati tutti i successibili della legge decemvirale. Ma al *paterfamilias* fu riconosciuto il potere di nominare a sua volta erede, mediante il *testamentum per aes et libram*, chi volesse, a patto che questa sua *heredis institutio* fosse accompagnata dalla espressa *exhereditatio* degli *heredes sui*. Subordinatamente all'*heredis institutio*, il *pater* poteva inserire nel testamento *legata* ed altre disposizioni particolari.

3.4. Il *ius honorarium* vivificò e migliorò notevolmente il sistema ereditario civilistico, sopra tutto mediante l'istituto della *bonorum possessio* (n. 45), che i *praetores* utilizzarono particolarmente al fine di ammettere tra i successibili i discendenti *emancipati*, i *cognati*, il coniuge superstite.

3.5. Il *ius novum* e la giurisprudenza dell'età classica e dell'epoca postclassica, accanto a sviluppi che saranno descritti a suo tempo, operarono per il coordinamento prima, per la fusione poi dei sistemi dell'*hereditas* e della *bonorum possessio*: sistemi che nella compilazione di Giustiniano si presentano ormai solo formalmente distinti.

4. Per potersi operare la *successio in ius defuncti*, occorre il presupposto di una designazione del soggetto destinato ad essere

heres o bonorum possessor: vocatio ad hereditatem (o *ad bona defuncti*).

Il diritto romano conobbe due tipi fondamentali di vocazione successoria: la *vocatio ex testamento* (n. 63) e, in mancanza, la *vocatio ab intestato* (n. 64). In certi casi era, tuttavia, possibile succedere al *de cuius* a dispetto delle sue disposizioni testamentarie: onde può parlarsi per essi di *vocatio contra testamentum*.

La prevalenza della vocazione testamentaria su quella intestata faceva sì che agli eredi testamentari dovesse andare tutto quanto il patrimonio ereditario (con esclusione, dunque, degli eredi *ab intestato*) anche quando il testatore avesse avuto riguardo solo a una parte di esso (od anche quando, avendo il testatore distribuito tutto il patrimonio ereditario tra più eredi, uno di questi fosse venuto meno): « *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* » (cfr. D. 50. 17. 7).

63. LA « VOCATIO EX TESTAMENTO ».

1. La *vocatio* successoria di gran lunga più usuale in Roma (e prevalente, come si è detto, rispetto alla *vocatio ab intestato*) fu quella basata sul *testamentum* del *de cuius*, cioè sull'atto (orale o scritto), normalmente compiuto alla presenza di *testes*, contenente le disposizioni del *paterfamilias* in ordine alla sorte del suo *patrimonium* (trasmissibile) per il tempo successivo alla sua morte: « *testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat* » (Ulp. 20. 1).

2. I principali *testamenta ordinari*, cioè accessibili a tutti i soggetti giuridici, furono il *t. calatis comitiis*, il *t. per aes et libram*, il *t. iure praetorio factum*, il *t. tripertitum*.

2.1. Il « *testamentum calatis comitiis* » disapplicato in tempi storici, si pronunciava dal *paterfamilias* dinanzi ai *comitia curiata*, presieduti per l'occasione dai *pontifices* (*comitia calata*). Spesso esso coincideva con l'*adrogatio* di un altro *paterfamilias* da parte del *testator* privo di discendenza: questi, infatti, procurandosi un *filius*, si procurava automaticamente un *heres suus* (*ab intestato*). Ma non è da escludere che vi fossero *testamenta calatis comitiis* fatti di soli *legata*.

2.2. Il « *testamentum per aes et libram* », caratteristico del sistema del *ius civile*, fu un elaborato della giurisprudenza pontificale e consistette in una ingegnosa applicazione della *mancipatio* (n. 86). Originariamente il *paterfamilias*, pensoso della sorte del suo *patrimonium*, mancipava in blocco la propria *familia pecuniaeque* ad un amico (*familiae emptor*), dandogli l'incarico fiduciario (privo cioè di valore giuridico) di distribuire i beni, dopo la propria morte, a persone da lui designate mediante una *nuncupatio*. Più tardi, per far sì che l'obbligo del *familiae emptor* acquistasse carattere giuridico, fu fatto pronunciare a questi un solenne impegno: « *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua (a tua disposizione) custodelaque mea (e in mia custodia) esse aio, eaque, quo tu iure (giuridicamente) testamentum facere possis secundum legem publicam (secondo le attribuzioni fatte pubblicamente, mediante la nuncupatio); hoc aere aeneaque libra esto mihi empti* ». In ulteriore prosieguo di tempo invalse l'uso di scrivere le disposizioni testamentarie su tavolette cerate (la cui autenticità veniva garantita dai sigilli del *familiae emptor*, del *libripens* e dei cinque *testes* della *mancipatio*) e di far consistere la *nuncupatio* in un riferimento al contenuto delle *tabulae* (« *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* »): il *testamentum* puramente orale cadde, pertanto, in desuetudine.

2.3. Il « *testamentum iure praetorio factum* » derivò dall'iniziativa del *praetor urbanus* di concedere la *possessio* dei *bona defuncti* (*bonorum possessio secundum tabulas*) a coloro che fossero stati beneficiati in un *testamentum* civilistico manchevole nella solennità della *mancipatio*. Il pretore, ritenendo che ormai l'importanza dell'atto consistesse essenzialmente nella testimonianza dei sette astanti (il *familiae emptor*, il *libripens* e i *testes mancipationis*), si accontentò di essa, e in particolare si accontentò della esibizione delle *tabulae* munite di sette sigilli. La *bonorum possessio secundum tabulas* divenne *cum re* con Antonino Pio, il quale concesse al *bonorum possessor* il potere di paralizzare, mediante una *exceptio doli*, anche l'*hereditatis petitio* degli *heredes ab intestato* civili.

2.4. Il « *testamentum tripertitum* » (così denominato da Giustiniano) si formò in età postclassica attraverso la fusione del testamento civile e di quello pretorio e in connessione con la caduta di ogni diversità tra *successio in ius* e *successio in bona*. Esso doveva essere redatto e sottoscritto dal *testator* in presenza di sette testimoni (ai quali il contenuto dell'atto poteva anche essere tenuto segreto) e i suggelli dei testimoni servivano a garantirne la autenticità.

2.5. Altri tipi di *testamenta* ordinari furono, in età postclassica: il *testamentum per nuncupationem*, fatto oralmente, ma attestato da sette persone presenti; il *testamentum per holographam scripturam*, introdotto da Valentiniano III (446 d.C.), scritto e sottoscritto di proprio pugno dal *testator* (senza necessità di testimoni); il *testamentum apud acta conditum* (sec. V d.C.), risultante da dichiarazioni verbalizzate da pubblici funzionari o dalla cancelleria imperiale (*testamentum principi oblatum*).

3. Forme testamentarie speciali furono: l'antichissimo « *testamentum in procinctu* », pronunciato nell'imminenza della battaglia davanti ai propri commilitoni, che ne avrebbero riferito il contenuto in caso di morte del *testator*; il « *testamentum militis* », libero da vincoli di forma, introdotto dal *ius novum* dell'età augustea sopra tutto in considerazione dei molti stranieri che militavano nell'esercito; il « *testamentum tempore pestis conditum* », postclassico, che poteva essere testimoniato anche da meno di sette persone o da persone che non avevano materialmente assistito alla sua scrittura; il « *testamentum iuri conditum* », postclassico, cui erano sufficienti cinque testimoni, in considerazione dello spopolamento delle campagne.

Agevolazioni varie furono concesse, in età postclassica, anche ai ciechi, agli analfabeti, a coloro che testassero a favore della chiesa o di finalità religiose. Giustiniano si occupò, inoltre, di due ipotesi speciali, già precedentemente profilatesi: il cd. « *testamentum parentis inter liberos* » (o testamento riferito alla *successio ab intestato*), consistente nella attribuzione *mortis causa* dei propri beni ai figli (in quanto *heredes ab intestato*) fatta da un genitore; la cd. « *divisio inter liberos* », consistente nella ripartizione anticipata dei propri beni tra i figli, che il genitore avesse fatto in vita.

4. Il *testamentum* civilistico, nella sua forma più evoluta, e gli altri testamenti ordinari ebbero come disposizione iniziale ed essenziale (« *caput et fundamentum totius testamenti* ») la *heredis institutio*, cioè la chiara ed inequivoca designazione del *vocatus* (o dei *vocati*) *ad successionem* (es.: « *L. Titius heres esto* »). Ad essa doveva accompagnarsi la espressa *exhereditatio* degli *heredes sui* (se ve ne fossero) che il testatore volesse escludere dalla *successio* (« *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* »). Solo con Costantino (320 d.C.) fu ammesso che la volontà di istituire e di diseredare potesse risultare per implicito, attraverso l'uso di « *quaecumque verba* ».

La qualità di *heres* postulava la attribuzione a lui di tutto il patrimonio ereditario (nel qual caso, si parlava di *heredes ex asse*) o di una quota dello stesso (nella quale ipotesi, mancando o venendo meno gli eredi per le quote rimanenti, andava in applicazione il principio « *nemo pro parte testatus rell.* »: n. 62). La istituzione di erede, pertanto, non poteva avere riferimento ad un cespite determinato (« *institutio ex certa re* ») o esser fatta con detrazione di un determinato cespite (« *institutio excepta re* »). Tuttavia, la giurisprudenza classica, ispirandosi al *favor testamenti*, opinò che in queste ipotesi non dovesse ritenersi invalida la disposizione (e quindi il testamento), ma dovesse ritenersi invalida la menzione della *certa res*: la disposizione valeva « *detracta rei certae mentione* ». Più tardi si ammise che le indicazioni del *testator* dovessero essere eseguite, nei limiti del possibile, in sede di divisione.

La *institutio heredis* poteva essere subordinata a condizione sospensiva (cioè ad un avvenimento futuro e incerto, dal verificarsi del quale essa acquistasse efficacia), ma non poteva essere fatta a termine, cioè non poteva avere efficacia limitata nel tempo. Il principio « *semel heres semper heres* » faceva sì che ogni limitazione del genere si considerasse non apposta.

5. A prescindere da svariati tipi di disposizioni particolari, tutte successive e subordinate all'*heredis institutio* (n. 68), il *testamentum* poteva anche contenere la designazione di un erede di riserva: *substitutio heredis*. Di questa si conoscevano due tipi: la *s. vulgaris* e la *s. pupillaris*.

5.1. La « *substitutio vulgaris* » era la nomina di un altro o di altri *heredes* « *substituti* », per il caso che l'*heres institutus* premorisse al *testator* o comunque non acquistasse l'eredità: « *Titius mihi heres esto; si Titius mihi heres non erit, tunc Seius (mihi) heres esto* ».

5.2. La « *substitutio pupillaris* » era la nomina di un *heres* al discendente impubere (*pupillus*), per il caso che questi morisse dopo aver acquistato la eredità ma prima di raggiungere la pubertà e con essa la capacità di testare a sua volta: « *Titius filius meus mihi heres esto; si Titius prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius (Titio) heres esto* ». In età postclassica il principio fu esteso alla ipotesi che il discendente fosse pubere, ma insano di mente, e morisse prima di aver acquistato la ragione (« *substitutio quasi pupillaris* »).

6. La capacità di testare (*testamenti factio* cd. « *activa* ») seguiva le regole generali della capacità giuridica e della capacità di agire, salvo qualche ulteriore specifica limitazione (relativamente ai *Latini Iuniani*, ai condannati a certe pene più gravi, ecc.).

7. La capacità di essere *vocati ex testamento* (cd. *testamenti factio passiva*) spettava a tutti i soggetti giuridici. Potevano essere istituiti anche gli schiavi del testatore, purché il *testamentum* contemplasse la loro *manumissio*. Schiavi e *fili* di altri *patresfamilium* potevano essere istituiti, ma con l'effetto di far acquistare il compendio al loro *paterfamilias*. L'istituzione di soggetti non ancora venuti in vita (« *postumi* »), dapprincipio non ammessa, fu riconosciuta valida in diritto classico: i *postumi sui* acquistavano l'*hereditas*, i *postumi alieni* ottenevano la *bonorum possessio*. Di regola, per altro, la capacità di essere istituiti doveva sussistere sia nel momento della confezione del *testamentum*, che nel momento della morte del *testator*.

8. Il *testamentum* fu considerato *revocabile* dal *testator* in ogni momento anteriore alla morte (« *usque ad vitae supremum exitum* »), ma con notevoli differenze tra *ius civile*, *ius honorarium* e ordinamento postclassico.

Secondo il *ius civile*, il *testamentum* (*per aes et libram*) non

poteva essere revocato che mediante la confezione di un nuovo e diverso *testamentum*. In altri termini, chi avesse testato una volta non aveva la possibilità di trarsi indietro e di lasciare il passo alla *successio ab intestato*: « *semel testator, semper testator* ».

Secondo il *ius honorarium*, che considerava il *testamentum* essenzialmente dal punto di vista documentale, il *testator* poteva revocare il testamento anche distruggendolo (lacerandolo, rompendone i sigilli, ecc.): nel qual caso, visto che *iure civili* il *testamentum* era sempre valido, il pretore concedeva ai successibili *ab intestato* la *bonorum possessio sine tabulis*.

Nel diritto postclassico il *testamentum* fu considerato revocato sia quando il *testator* avesse proceduto a fare un altro valido *testamentum*, sia quando il *testator* avesse deliberatamente lacerato il documento, e sia (con Giustiniano) quando il *testator* avesse pubblicamente dichiarato (*apud acta* o davanti a tre *testes*) di volerlo revocare.

9. Il *testamentum* diveniva anche inefficace quando fosse *desertum* o *ruptum*. Il *testamentum* era « *desertum* » (o *destitutum*) quando nessun *vocatus ad successionem* acquistava il compendio: o per essere l'istituito premorto al *testator*, o per essersi egli rifiutato (se *heres voluntarius*) di effettuare l'accettazione. Il *testamentum* era « *ruptum* » quando si verificava, dopo la sua confezione, la nascita di un *suus heres* (« *adgnatio postumi* »), che il *testator* non avesse avuto la previdenza di istituire o di diseredare come postumo.

10. Ben diverso dal *testamentum* fu l'istituto (diffuso in periodo classico) dei *codicilli*, i quali erano un documento scritto (ma privo delle formalità testamentarie) contenente disposizioni di ultima volontà.

Di regola i *codicilli* potevano contenere solo disposizioni fidecommissarie (n. 68). Ma se si trattava di *codicilli testamento confirmati* (cioè preventivamente o successivamente confermati nel *testamentum* dal loro autore), essi valevano come *testamentum*, salvo che per le eventuali *institutiones* e *exheredationes* (che rimasero contenuto esclusivo e caratteristico dei soli *testamenta*).

Non di rado il *testamentum* era munito della cd. « clausola codicillare », mediante la quale il *testator* disponeva che, per l'ipo-

tesi di invalidità del *testamentum*, il documento valesse come *codicilli* e le disposizioni in esso contenute acquistassero pertanto valore di *fideicommissa*.

64. LA « VOCATIO AB INTESTATO ».

1. In mancanza di *testamentum* (con relative *heredis institutio* ed *exheredatio*), trovava luogo la *vocatio ab intestato*, che si disse anche « *vocatio legitima* » per aver avuto il suo primo e compiuto regolamento dalle *leges XII tabularum*. Senza indugiare sui processi evolutivi, i principi della *vocatio ab intestato* possono essere raccolti intorno a quattro poli: *ius civile*, *ius honorarium*, *ius novum* (classico e postclassico), diritto delle novelle di Giustiniano.

2. A termini del *ius civile*, al *paterfamilias* defunto *intestatus* succedevano in primo luogo, per necessità di cose, i suoi discendenti di primo grado (*filii in potestate, uxor in manu*), che appunto con la sua morte acquistavano la soggettività giuridica, divenendo capi di altrettante *familiae* derivate (*stirpes*): essi si dicevano *sui heredes* e acquisivano l'*hereditas* (o la rispettiva quota di *hereditas*) senza bisogno di accettazione e senza possibilità di rinuncia (*ipso iure civili*). Se uno dei *filii* era premorto al *pater*, la soggettività giuridica si acquistava, alla morte di costui, dai *nepotes ex filio*, ai quali quindi, andava (e fra i quali doveva ripartirsi) la quota di *hereditas* che sarebbe appartenuta al *filius* premorto, cioè la quota spettante alla *stirps* di questo ultimo. Se, infine, dopo la morte del *de cuius*, nasceva qualche suo figlio da lui concepito (*postumus suus*), questi era ammesso a pari titolo degli altri *heredes sui* al conseguimento di una quota di *hereditas*: è probabile anzi che, nei tempi più antichi, questa ammissione ritardata alla partecipazione ereditaria vigesse anche per i *sui heredes* impuberi, che presumibilmente non erano ritenuti capaci di diritti prima del raggiungimento della pubertà. D'altro canto, era uso che le operazioni di divisione dell'*hereditas* non si compissero immediatamente, alla morte del *pater*, e che i *sui heredes* rimanessero per qualche tempo (in antico, per lunghissimo tempo) in istato di indivisione (*consortium erecto non cito*).

2.1. In mancanza di *sui heredes*, l'*hereditas* era attribuita all'*adgnatus proximus*, cioè al collaterale più vicino al *paterfamilias* defunto (il fratello, o in mancanza il primo cugino ecc.). L'*adgnatus proximus* era libero di accettare o meno il patrimonio ereditario. Se non lo accettava, esso non era, peraltro, attribuito all'*adgnatus* di grado ulteriore, ma ai membri della *gens* del defunto (« *gentiles familiam habento* »); non accettando nessuno di questi ultimi (il che, oltre tutto, era in tempi storici consueto), l'*hereditas* era considerata *res nullius*. E' probabile che, nella legge decemvirale gli *adgnati* e i *gentiles* non fossero considerati *heredes*, ma semplici acquirenti dei cespiti patrimoniali (« *familia pecuniaque* »): fu la giurisprudenza pontificale a specificare che l'*adgnatus proximus* avesse, tra gli *adgnati* del *de cuius*, l'onore e l'onere di succedergli a titolo ereditario.

2.2. Regole speciali vigevano per i *manumissi* (*ex servitute* o *ex mancipio*), i quali, essendo provenuti alla soggettività giuridica dallo stato di schiavitù o da quello di *liber in causa mancipii*, erano privi di collaterali. Ove non vi fossero *heredes sui*, l'*hereditas* andava, al *dominus manumissor* (o *patronus*) o, rispettivamente, al *parens manumissor*; non accettando costui o essendo egli premorto al *de cuius*, l'*hereditas* era attribuita ai discendenti di lui.

3. A termini del *i u s h o n o r a r i u m*, la *bonorum possessio intestati* (o « *sine tabulis* ») veniva promessa a quattro classi successive (*ordines*) di successibili: *liberi*, *legitimi*, *cognati*, *vir et uxor*.

3.1. L'ordo « *unde liberi* » era costituito da tutti i discendenti (*liberi*) del *de cuius*, in gerarchia di grado: quindi, sia dai *sui heredes*, che da coloro che fossero stati *emancipati* dal *paterfamilias* prima della morte. Ai *postumi sui* era parimenti assegnata una quota: se la *datio possessionis* era impartita prima della loro nascita, la quota era accantonata in attesa e affidata all'amministrazione di un *curator ventris* (cd. *bonorum possessio ventris nomine*). La *bonorum possessio* dei *liberi* era concessa regolarmente *cum re*.

3.2. L'ordo « *unde legitimi* » era costituito dai successibili *iure civili* (cioè dagli *heredes legitimi*) nell'ordine di preferenza fis-

sato dalle *XII tabulae*: *heredes sui* (se già non avessero chiesto e ottenuto i *bona* come liberi), *adgnatus proximus*, *gentiles*. La *bonorum possessio* dei *legitimi* era *sine re* (nei confronti degli *heredes legitimi* di grado poziore che avessero omesso di rivolgersi al *praetor*, preferendo l'esercizio delle azioni civili).

3.3. L'ordo « *unde cognati* » era costituito dai parenti di sangue (*cognati*), in linea collaterale maschile o femminile, sino a tutto il sesto grado (più, del settimo grado, i *sobrino nati*, cioè i nipoti dei cugini). La *bonorum possessio* dei *cognati* era sempre *sine re* e veniva assegnata in ordine di grado.

3.4. L'ordo « *unde vir et uxor* » era costituito dal coniuge superstite del *de cuius* ed era *sine re*.

3.5. La *bonorum possessio intestati* era caratterizzata, in conclusione, dalla cd. *successio ordinum et graduum*: gli *ordines* erano subordinati l'uno all'altro e, nell'interno di ciascun *ordo*, il grado precedente escludeva i successivi. D'altra parte, essa in tanto trovava applicazione, in quanto venisse concretamente richiesta e concessa: sicchè poteva ben darsi che ne rimanessero fuori coloro che non avessero provveduto all'*adgnitio*.

4. Il *i u s n o v u m*, classico e postclassico, introdusse vari ritocchi al sistema civilistico, tra cui vanno rilevati i seguenti.

4.1. La *lex Iulia de maritandis ordinibus* (17 a. C.) dispose che, se una *hereditas* fosse priva di successori *ab intestato*, i *bona vacantia* del *de cuius* costituissero un *caducum* e andassero pertanto attribuiti all'*aerarium populi Romani* (più tardi surrogato dal *fiscus Caesaris*).

4.2. Il SC. *Tertullianum* (dell'età di Adriano) ammise all'*hereditas* del *de cuius* anche la madre (*cognata* e non *adgnata*), ove fosse munita del *ius liberorum*, parificandola agli *heredes sui*.

4.3. Il SC. *Orfitianum* (178 d. C.) ammise alla *hereditas* della *de cuius* di sesso femminile (la quale fosse priva di *heredes sui*) anche i suoi figli (*cognati* e non *adgnati*) in condizione di *adgnatus proximus*, e quindi con preferenza sugli *adgnati* veri e propri.

4.4. Numerose costituzioni imperiali, da Costantino a Giustiniano, contribuirono a ridurre le diversità tra *hereditas* e *bono-*

rum possessio e ad ordinare tutto il sistema successorio intestato sulla base della *cognatio*.

5. Giustiniano riformò il sistema successorio intestato con due importanti novelle (la 118 del 543 e la 127 del 548). I successibili furono ripartiti (sempre con la regola della *successio ordinum et graduum*) in quattro classi: *a*) discendenti in linea maschile e femminile; *b*) ascendenti e fratelli germani (questi ultimi parificati ai genitori); *c*) fratelli per parte di un solo genitore (consanguinei o uterini); *d*) altri collaterali. Per il resto, e in particolare per il coniuge superstite, di cui le due novelle tacciono, è da ritenere che siano rimaste in vigore le regole precedenti.

65. LA « VOCATIO CONTRA TESTAMENTUM ».

1. Di *vocatio contra testamentum* (o di « successione necessaria ») si parla in senso approssimativo, e comunque secondo una sistematica non romana, per designare in modo unitario una serie di casi in cui, pur essendo stato lasciato dal *de cuius* un *testamentum*, il diritto romano ritenne fosse da darsi la preferenza a persone diverse da quelle in esso istituite.

Le ipotesi da considerare sotto questo riguardo sono: quella della *praeteritio* degli *heredes sui*, quella della *praeteritio* dei *liberi*, quella della violazione dell'*officium pietatis*.

2. La *praeteritio* degli *heredes sui* consisteva nella disapplicazione, da parte del *testator*, della regola civilistica « *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* » (n. 63): in altri termini, nella mancata istituzione o diseredazione degli *heredes sui*. La regola in questione, secondo l'interpretazione largheggiante della giurisprudenza preclassica e classica, implicava, per colui che non istituisse i *sui heredes*: *a*) l'obbligo di diseredare *nominatim* (con indicazione specifica dei nomi) i *filii* maschi di primo grado esistenti al momento della sua morte; *b*) l'obbligo di diseredare *inter ceteros* (con la formula « *ceteri omnes exheredes sunt* ») gli altri discendenti *in potestate* (le *filiae* femmine, l'*uxor in manu*, i nipoti ecc.).

La mancata diseredazione nominativa di un *filius* maschio importava la invalidità del *testamentum* e l'apertura della *successio*

ab intestato. La mancata diseredazione dei *ceteri sui heredes* non inficiava il *testamentum*, ma conferiva ai *praeteriti*: il diritto di concorrere in parti eguali con i *sui* istituiti alla divisione della *hereditas*; quando non vi fossero *sui* istituiti, il diritto di ottenere la metà del patrimonio loro attribuito.

3. Il *ius honorarium*, più rigoroso del *ius civile*, esigeva dal *testator* che diseredasse *nominatim* tutti i *liberi* di sesso maschile (sia *sui* che *emancipati*), che non intendesse istituire; per i *liberi* di sesso femminile era ammessa la diseredazione *inter ceteros*. La *praeteritio* del *filius in potestate* implicava anche per il *ius honorarium* la nullità del *testamentum*, con conseguente concessione della *bonorum possessio intestati cum re* a tutti i *liberi* che ne facessero richiesta. La *praeteritio* degli altri *liberi*, senza inficiare nella sua totalità il *testamentum*, inficiava le istituzioni di erede: ai *liberi* che ne facessero domanda veniva, pertanto, concessa la *bonorum possessio contra tabulas*, anch'essa *cum re*.

E' da notare che in diritto postclassico l'obbligo della diseredazione dei discendenti fu mantenuto, pur potendo la diseredazione essere fatta con qualunque espressione. Giustiniano anzi pretese che tutti i discendenti maschi e femmine, fossero diseredati nominativamente.

4. La violazione dell'*officium pietatis* era ravvisata nel fatto che il *testator* non avesse provveduto o sufficientemente provveduto ai suoi più stretti parenti. Costoro erano, pertanto, ammessi (pur se fossero stati espressamente diseredati) all'esercizio di un'azione giurisdizionale *per sacramentum* (di cui erano giudici i *centumviri*) denominata « *querela inofficiosi testamenti* ».

4.1. In età classica, la *querela* era esercitabile dai *liberi* (e forse anche dagli ascendenti e dai collaterali più stretti) contro gli eredi testamentari, nel termine di decadenza di cinque anni dall'acquisto successorio. La sussistenza o meno della violazione dell'*officium pietatis* era accertata mediante un giudizio discrezionale di fatto, nel quale si partiva dal presupposto che la quota spettante ai querelanti (cd. « quota di riserva ») fosse pari ad almeno un quarto della quota che loro sarebbe spettata *ab intestato*. Se la *querela* era accolta, il *testamentum* era considerato annullato, con

la conseguenza che il querelante otteneva per intero (non per un quarto) la sua quota *ab intestato*.

4.2. Il *ius novum* postclassico negò la *querela inofficiosi testamenti* a chi avesse ottenuto una attribuzione successoria, sia pure insufficiente, dal testatore e riconobbe a lui solo un'« *actio ad supplendam legitimam* », intesa alla integrazione del quarto riservatogli.

4.3. Sul declinare dell'età classica fu riconosciuta dal *ius novum* anche una « *querela inofficiosae donationis* », esercitabile dagli stretti congiunti del *de cuius* al fine dell'annullamento delle donazioni che il defunto avesse fatto in vita, con ciò anticipatamente ledendo la quota di riserva: l'importo delle donazioni veniva, pertanto, a riversarsi nel patrimonio successorio. Analoga alla *querela inofficiosae donationis* fu la « *querela inofficiosae dotis* » del diritto postclassico.

66. L'ATTUAZIONE DELLA « SUCCESSIO IN IUS ».

1. Affinchè la *successio in ius* si verificasse, occorreano due circostanze: l'apertura della successione e l'acquisizione del patrimonio successorio da parte del *vocatus*. L'« apertura della successione » coincideva con la morte del *de cuius* e determinava la trasformazione dell'astratta *vocatio ad hereditatem* (o *ad bona*) in una concreta offerta (« *delatio* ») del patrimonio successorio al chiamato: il tempo eventualmente richiesto dall'accertamento della *vocatio* applicabile e dall'individuazione del chiamato alla successione veniva neutralizzato e si considerava non trascorso, sì che la *delatio* si riteneva avvenuta al momento della morte del *de cuius*. L'« acquisizione del patrimonio successorio » avveniva in taluni casi *ipso iure* (coincidendo quindi nel tempo con la *delatio*), mentre richiedeva in altri casi l'accettazione (« *aditio* »), successivamente alla *delatio*, da parte del successibile.

2. L'acquisizione *ipso iure* del patrimonio successorio si verificava in due ipotesi: quella della *delatio hereditatis* (sia *ex testamento*, che *ab intestato*) ad un *heres suus* (discendente in potestate del *de cuius* al momento della sua morte) e quello della *delatio hereditatis ex testamento* ad un *ser-*

uus, che fosse stato dichiarato ad un tempo libero ed erede (« *Pamphilus servus meus liber heresque esto* »). L'*heres suus* e il *servus cum libertate* (*heres*) *institutus* venivano denominati, pertanto, « *heredes necessarii* » e la ragione della necessarietà del loro acquisto successorio era ravvisato nella loro veste di persone di famiglia (*heredes domestici*) del *de cuius*.

3. L'acquisizione del patrimonio mediante *aditio* si verificava in due ipotesi: allorchè, mancando *heredes necessarii* (e cioè *domestici*), l'*hereditas* fosse *delata* a *heredes extranei* alla *familia* (*proprio iure*) del defunto (*adgnatus proximus*, *gentiles*, altre persone istituite dal *de cuius*); e allorchè si trattasse di *bonorum possessio*. Gli *heredes extranei* erano, pertanto, anche detti « *heredes voluntarii* », e *voluntarii* erano, a maggior ragione, i *bonorum possesores*.

3.1. Modi di *aditio hereditatis* erano: la « *cretio* », atto solenne di accettazione (« *hereditatem Lucii Titii adeo cernoque* »); la « *pro herede gestio* », cioè il comportamento concreto di accettante messo in opera dall'*heres* (per esempio, mediante l'impossessamento di beni ereditari, il pagamento di debiti del defunto ecc.). Il modo di richiesta al pretore dell'elargizione della *bonorum possessio* era l'« *adgnitio bonorum possessionis* »; ma l'*adgnitio* era priva, ovviamente, di ogni efficacia, se non interveniva ad esaudirla la *datio praetoris*. Il diritto postclassico, annebbiando le differenze tra *hereditas* e *bonorum possessio*, parlò in ogni caso di *aditio*; anzi, ponendo da parte l'antica formalità della *cretio*, esso manifestò un orientamento decisamente favorevole all'ammissione, accanto alla *pro herede gestio*, di una « *aditio nuda voluntate* », espressa liberamente in qualunque forma.

3.2. Ad evitare che l'*aditio* tardasse oltre modo, lasciando quindi il patrimonio ereditario senza titolare, furono escogitati vari espedienti. In primo luogo era possibile al *vocatus* dichiarare di rinunciare all'acquisto successorio (« *repudiatio hereditatis* »), permettendo che l'*hereditas* passasse ad essere *delata* ad altri. In secondo luogo era uso dei testatori di imporre agli istituiti un termine (solitamente, 100 giorni) per la pronuncia della *cretio*, diseredandoli per l'ipotesi che non accettassero tempestivamente. In terzo luogo, i creditori ereditari potevano rivolgersi al pretore affinché

fissasse al *vocatus* un « *tempus ad deliberandum* », per decidere se accettare o meno, o affinché procedesse alla formale « *interrogatio in iure* » del *vocatus*, cui veniva richiesto « *an heres sit* ».

4. In alcune ipotesi, pur essendo il *vocatus* capace di succedere, l'acquisto dei cespiti del defunto gli era impedito o frustrato dall'ordinamento.

4.1. Le leggi matrimoniali augustee (n. 57) stabilirono che i beni lasciati in proprietà mediante *testamentum* (sia a titolo di eredità che di legato) ai *caelibes* in età matrimoniale o agli *orbi* (cioè alle persone sposate prive di figli) diventassero, salvo che il testatore non fosse un parente entro il sesto grado, « *caducum* ». Essi non erano cioè acquisibili da quei *vocati* e andavano divisi tra gli *heredes patres*, o in mancanza tra i *legatarii patres*; in difetto anche di questi ultimi, i cespiti spettavano all'*aerarium* (più tardi sostituito dal *fiscus*), che poteva rivendicarli presso il possessore mediante una *caducorum vindicatio*. Analoghi divieti di *capere ex testamento* furono sanciti dalla *lex Iunia Norbana* per i *Latini Iuniani* (n. 49) e dal *ius novum* imperiale per le donne di malaffare (*feminae probrosae*).

4.2. Diversa dal *caducum* fu la « *creptio hereditatis* » a danno degli « *indigni* », cioè di coloro che si fossero macchiati di delitti verso il *de cuius* o che ne avessero alterato il *testamentum*. Secondo il *ius novum*, che regolò l'istituto, l'acquisto dei cespiti si realizzava, ma i cespiti stessi, dopo l'accertamento della *indignitas*, erano ritolti al successore e attribuiti all'*aerarium* (sostituito più tardi dal *fiscus*).

5. Mancando i *sui heredes*, l'*hereditas* in attesa della acquisizione successoria si diceva, sin che l'*aditio* non fosse avvenuta, *hereditas iacens* (n. 51). In antico, essa era considerata *res nullius*, cosicché chiunque poteva impadronirsi dei singoli cespiti senza commettere *furtum*. Anzi era addirittura possibile al primo venuto di usucapire, mediante la *possessio* del patrimonio ereditario per un anno, tutto il patrimonio, acquisendo con esso il titolo di *heres*: « *usucapio pro herede* ». Ma l'istituto dell'*usucapio pro herede* era già fortemente decaduto sul finire del periodo preclassico. In età classica, l'*usucapio* era ammessa solo a favore del possessore di buona fede e in ordine ai singoli cespiti ereditari,

senza implicare l'acquisto del titolo di erede: il possessore di mala fede venne da Marco Aurelio punito a titolo di *crimen (crimen expilatae hereditatis)*.

5.1. Durante il periodo di giacenza dell'eredità gli *heredes voluntarii* chiamati *ab intestato* (*adgnatus proximus, gentiles*) potevano trasferire ad altri il loro diritto di accettazione, mediante una « *in iure cessio hereditatis* ». La *in iure cessio* era anche possibile, sia agli eredi *ab intestato* che a quelli *ex testamento*, dopo l'acquisizione dell'eredità, ma con effetti limitati: il cedente conservava il titolo di erede e la responsabilità per i debiti ereditari, il cessionario acquistava i soli diritti assoluti sulle *res hereditariae*, i crediti ereditari (trasmessi dal *de cuius* all'*heres*) si estinguevano. In diritto postclassico (sec. V d. C.) l'istituto dell'*in iure cessio hereditatis* scomparve.

67. LE CONSEGUENZE DELLA « SUCCESSIO IN IUS ».

1. L'acquisizione del patrimonio successorio da parte del *vacatus* si risolveva in due ordini di conseguenze: a) che il *successor* diventava titolare di tutti i diritti trasmissibili (assoluti e relativi) del *de cuius*: diritti che costituivano l'« attivo successorio »; b) che il *successor* assumeva la responsabilità di adempiere tutti i debiti (trasmissibili) gravanti sul defunto: debiti che costituivano il « passivo successorio ». In altri termini, le situazioni giuridiche attive e passive del defunto entravano a far parte del *patrimonium* del *successor* (cd. « confusione successoria »).

1.1. Se il *successor* era, per proprio conto, già gravato di troppi debiti (cd. *heres suspectus*), i creditori del defunto, per evitare di veder diminuite o annullate le loro possibilità di ricevere il pagamento, potevano ottenere dal *praetor* la « *separatio bonorum* », vale a dire la separazione dei due patrimoni (del *de cuius* e del *successor*), con la conseguenza di essere garantiti che i loro crediti sarebbero stati pagati con l'attivo ereditario.

2. Se il passivo successorio superava l'attivo, la *successio* si manifestava economicamente un danno per il *successor* (cd. *hereditas damnosae*): danno evitabile dagli *heredes voluntarii*.

tarii mediante la rinuncia, ma non evitabile dagli *heredes necessarii*.

2.1. Per evitare, o quanto meno per ridurre, il danno degli *heredes necessarii* furono escogitati due istituti. A favore degli *heredes sui et necessarii* il *ius honorarium* concesse il cd. « *beneficium abstinendi* »: il *suus*, purchè non avesse compiuto atti di *immixtio* nella *hereditas*, poteva, senza perdere la qualità di *heres*, dichiarare di astenersi dall'assumere responsabilità oltre i limiti dell'attivo ereditario, il che implicava che la *venditio bonorum* si operasse a danno del *de cuius* e che l'*infamia* ad essa conseguente ricadesse su quest'ultimo. A favore dei *servi necessarii* (che generalmente erano istituiti dal *de cuius* proprio allo scopo di evitare l'*infamia* alla propria memoria, facendo sì che la *venditio bonorum* dell'*hereditas damnosa* si operasse nel nome dell'erede) la giurisprudenza classica creò il cd. « *beneficium separationis* »: sempre che l'*immixtio* non fosse stata effettuata, il *servus necessarius* poteva quanto meno sottrarre alla responsabilità ereditaria i suoi acquisti futuri, pur sobbarcandosi alla *bonorum venditio* e all'*infamia* conseguente.

2.2. A favore degli *heredes voluntarii*, per favorire l'*aditio* da parte loro di una *hereditas* probabilmente *damnosa*, Giustiniano introdusse il cd. « *beneficium inventarii* ». L'*heres* poteva, nei 30 giorni dalla notizia della successione, far procedere ad un inventario dell'attivo ereditario da un notaio (*tabularius*) ed accettare l'*hereditas* nei limiti dell'attivo stesso (*intra vires hereditarias*).

3. Nell'ipotesi di pluralità di *successores*, i diritti (trasmissibili) provenienti dal *de cuius* spettavano ad essi a titolo di « *communio* », nel senso che ne erano tutti insieme titolari. Conseguentemente, gravava su tutti insieme i successori la responsabilità per i debiti del defunto.

La *communio* successoria del periodo arcaico era, più precisamente, il *consortium erecto non cito dei fratres sui heredes* (« *consortium fratrum suorum* »), caratterizzato dal fatto che ciascun consorte poteva liberamente godere e disporre di tutti i cespiti ereditari, salvo che non ne fosse impedito da una specifica *prohibitio* di un altro consorte. Il *consortium fratrum suorum* si costituiva *ipso iure* alla morte del *pater* e i suoi vantaggi, tutto sommato, erano

tali, che si diffuse l'uso, da parte di soggetti giuridici che non erano *fratres sui*, di istituire volontariamente, attraverso una speciale procedura giudiziaria, qualche « *consortium ad exemplum fratrum suorum* » per lo sfruttamento in comune di un bene o di un intero patrimonio. In età storica, peraltro, l'istituto del *consortium* era scomparso e al suo posto si era affermata la ordinaria *communio* (n. 105).

Per ottenere la divisione della *communio hereditatis*, quando non vi fosse accordo tra i partecipanti, si ricorreva all'esercizio di un'apposita « *actio familiae erciscundae* ». Nell'ipotesi di *communio* fra *bonorum possesores*, il *ius honorarium* accordava una « *actio familiae herciscundae utilis* » ed altri mezzi intesi ad ottenerne parimenti la divisione.

4. Tra i *plures vocati* ad una comunione successoria esisteva un vincolo di colleganza già prima che la comunione si realizzasse. Per conseguenza, se uno dei *plures vocati* non voleva (a causa di rinuncia) o non poteva (a causa di morte o altro) operare l'acquisizione successoria, trovava luogo il *ius ad crescendi*: in forza del quale tutto ciò che sarebbe a lui spettato si accresceva e ripartiva *ipso iure* tra tutti gli altri successori. Se questi ultimi avevano già operato l'acquisizione successoria, non era, dunque, loro possibile sottrarsi, sia pure mediante la rinuncia alla successione tutta, all'accrescimento.

4.1. Nella *successio ex testamento* era possibile limitare l'accrescimento ad alcuni consuccessori. A quest'uopo il testatore doveva effettuare una *coniunctio* degli stessi: a) « *coniunctio re* », se due persone erano istituite successivamente nella stessa quota (« *Titius ex parte dimidia heres esto; Caius ex parte, qua Titius heres institui, heres esto; Sempronius ex parte dimidia heres esto* »): la quota di Tizio si accresce a Caio e non anche a Sempronio); b) « *coniunctio re et verbis* », se due persone erano istituite contemporaneamente nella stessa quota (« *Titius et Caius ex parte dimidia heredes sunt; Sempronius ex parte dimidia heres esto* »). Non modificava le regole sull'accrescimento la semplice « *coniunctio verbis* », che si verificava quando due persone erano istituite nella stessa proposizione, ma non nella stessa quota (« *Ti-*

tius et Caius aequis ex partibus heredes sunt; Sempronius heres esto »).

5. Ove vi fossero *plures successores* discendenti del *de cuius*, poteva darsi che taluni avessero già ricevuto da lui vivente l'attribuzione di cespiti, o quanto meno l'attribuzione della possibilità di fare acquisti per conto proprio. Ad evitare una ingiusta sperequazione tra costoro e i discendenti non favoriti, fu introdotto l'istituto della *collatio bonorum*, di cui si conoscono tre esplicazioni: la *collatio emancipati*, la *collatio dotis* e la postclassica *collatio descendendum*.

5.1. La « *collatio emancipati* » fu creata dal *ius honorarium* in ordine alle ipotesi di *bonorum possessio (liberorum) contra tabulas* e di *bonorum possessio (ab intestato) unde liberi*. Tra i *liberi* si noveravano tanto i *sui heredes*, quanto i discendenti che il defunto avesse *emancipati* in vita: questi ultimi, essendo divenuti con la *emancipatio* soggetti giuridici, avevano dunque potuto crearsi un più o meno pingue patrimonio attivo. Il pretore stabilì, pertanto, che non avrebbe loro concesso la *datio bonorum possessionis*, se prima non avessero garantito (mediante una *cautio de bonis conferendis*) ai *sui heredes* di dividere con loro i propri *bona* (naturalmente, *deducto aere alieno*).

5.2. La « *collatio dotis* » fu escogitata dalla giurisprudenza classica, sempre nell'ipotesi di *bonorum possessio contra tabulas o unde liberi*, per costringere analogamente la *filia* (sia *emancipata* che *sua heres*) a promettere ai *sui heredes* di dividere con loro la *dos* ricevuta dal *pater* (*dos profecticia*).

5.3. In età postclassica, attraverso successivi allargamenti dei due istituti e nel clima di progressiva fusione fra *hereditas* e *bonorum possessio*, si giunse all'istituto generale della « *collatio descendendum* », in forza del quale i discendenti chiamati alla successione dovevano conferire nella massa ereditaria (*conferre in medium*) tutto quanto avessero ricevuto in vita a titolo gratuito dal *de cuius*.

6. Se il *successor* era impedito di impossessarsi del patrimonio ereditario da altri che, in buona o in mala fede, si fosse comportato come *successor* prima di lui, gli erano concessi, a tutela della posizione di *successor*, la *hereditatis petitio* e l'*interdictum quorum bonorum*.

6.1. L'« *hereditatis petitio* » era un'« *actio in rem* » di accertamento, spettante all'« *heres* » contro il « *possessor* » dell'« *hereditas* » (o di singoli cespiti ereditari) e intesa ad ottenere la condanna di questi al controvalore, frutti compresi: ma il convenuto, trattandosi di « *actio arbitraria* », poteva evitare la condanna mediante la « *restitutio* ». Convenuto poteva essere, in diritto classico, tanto il « *possessor pro herede* » (cioè colui che possedesse i beni ereditari affermandosi, in buona o in mala fede, « *heres* »), quanto il « *possessor pro possessore* » (cioè colui che possedesse i beni ereditari senza affermarsi « *heres* », ma col semplice « *animus sibi habendi* »). Sulla base di un « *SC. Iuventianum* » (129 a. C.), la giurisprudenza classica estese la legittimazione passiva anche a chi più non possedesse le « *res hereditariae* », per averle preventivamente alienate, e ritenne che il possessore di mala fede fosse tenuto alla restituzione del loro controvalore e dei relativi interessi, mentre il possessore di buona fede doveva solo restituire il « *pretium* » delle « *res* » vendute. Il diritto post-classico ammise, infine, l'esercizio dell'azione anche contro il « *fictus possessor* », cioè contro colui che si fosse sbarazzato dolosamente delle « *res hereditariae* » (« *qui dolo desiit possidere* ») o che dolosamente si fosse dato a intendere quale « *possessor* » delle stesse (« *qui dolo liti se optulit* »), allo scopo di dare al vero possessore il tempo di usucapirle.

6.2. L'« *interdictum quorum bonorum* » era dato al « *bonorum possessor* » per ottenere da chi li possedesse (ed eventualmente anche dall'« *heres* », nel caso di « *bonorum possessio cum re* ») i « *bona* » a lui attribuiti dal pretore. Ma spesso il « *bonorum possessor* » seguiva, allo stesso scopo, un'altra via, rappresentata dall'esercizio di una « *hereditatis petitio ficticia* », che egli cioè proponeva « *ficto se herede* ».

68. LA « SUCCESSIO MORTIS CAUSA IN SINGULAS RES ».

1. La cd. « *successio mortis causa in singulas res* » (n. 62) si verificava solo « *ex testamento* », subordinatamente all'acquisizione successoria da parte dell'« *institutus* ». Mancando l'acquisizione successoria (cioè la realizzazione della « *successio in ius* »), non potevano, infatti, avere effetto le disposizioni a titolo

particolare contenute nel *testamentum*, cioè la *datio tutoris* (n. 79), la *manumissio* (n. 88), i *legata*.

2. *Legatum* era il lascito di un certo e determinato cespite ereditario, che il testatore operava a favore di una determinata persona (legatario o onorato), facendone carico alla persona istituita erede (onerato: « *a quo legatum est* »). Oggetto di legato poteva essere un diritto reale, un diritto di credito, la remissione di un debito (*l. liberationis*), una quota dell'eredità (*l. partitionis*), una rendita alimentare ecc.

2.1. Il *ius civile* conobbe quattro tipi di *legata*: a) il « *legatum per vindicationem* » (nella forma: « *Titio do lego* », che aveva per effetto il trasferimento della proprietà di una cosa (o la costituzione di un diritto assoluto sulla stessa) dal testatore al legatario, il quale dunque poteva senz'altro esercitare l'*actio in rem* contro chi ne trattenesse il possesso (eredi o altri); b) il « *legatum per damnationem* » (« *heres meus Titio damnas esto dare* »), che aveva per effetto la costituzione di un debito per la *res legata* a carico dell'erede e a favore del legatario, il quale poteva, dunque, agire contro il primo con un'*actio in personam* (*a. ex testamento*); c) il « *legatum sinendi modo* » (« *heres meus damnas esto sinere Titium hominem Stichum sumere sibi que habere* »), sottospecie del precedente, che fu produttivo dell'obbligo dell'erede di permettere che il legatario si impossessasse di una cosa o non pagasse un debito, ecc.; d) il « *legatum per praeceptionem* » (« *Titius heres meus hominem Stichum praecipito* »), che aveva per effetto la costituzione di un diritto assoluto determinato a favore di uno dei coeredi, il quale poteva impossessarsi della cosa prima (*prae-capere*) della divisione ereditaria.

Questi quattro tipi di legato furono fortemente accostati l'uno all'altro da un *SC. Neronianum* del I sec. d. C., il quale stabilì, fra l'altro, che, se un *legatum per vindicationem* non potesse valere come tale (es.: perchè il testatore aveva legato una cosa altrui), esso valesse almeno come *legatum per damnationem* (quindi, nell'esempio citato, l'erede doveva procurarsi la cosa ed aveva l'obbligo di garantire l'acquisto della proprietà al legatario).

2.2. La pratica dei *legata* fu tanto diffusa in Roma che spesso accadeva che i testatori distribuissero testamentariamente tutto il

patrimonio in legati, lasciando all'erede un *nudum nomen*. Per ovviare a questo inconveniente furono emanate, tra il II ed il I sec. a. C., tre leggi, la *Furia*, la *Voconia* e la *Falcidia*: quest'ultima dispose che all'*heres* dovesse restare almeno un quarto del compendio ereditario (« *quarta Falcidia* ») e che, pertanto, i lasciti esuberanti fossero da ridurre (« *falcidiare* ») in proporzione.

3. L'acquisto del *legatum* da parte del *legatarius* (e quindi, il suo ingresso nel *patrimonium* di quest'ultimo, con possibilità di essere trasmesso ai suoi successori) era dipendente dall'acquisizione successoria dell'*institutus*: quest'ultima (o anche il momento ulteriore, in cui si fossero realizzati il termine o la condizione cui il *legatum* fosse stato subordinato dal testatore) costituiva il cd. « *dies veniens* » (nel quale il *legatum venit*). Tuttavia, ad evitare che il *legatarius*, premorendo al *dies veniens*, non potesse trasmettere il *legatum* ai suoi eredi, la giurisprudenza elaborò il concetto di « *dies cedens* », coincidente col momento dell'apertura della *successio* (in forza della *lex Papia Poppaea*, col momento dell'apertura del testamento), e insegnò che sin da allora il *legatarius* poteva ritenersi *securus* della titolarità del legato, anche se non era sicuro della sua esigibilità: sin da allora, quindi, il *legatum* faceva parte del suo *patrimonium*.

3.1. Le cause di impedimento all'acquisto del *legatum* erano, a parte la mancata acquisizione successoria dell'*institutus*, le seguenti: a) la invalidità iniziale del *testamentum* o della singola disposizione di legato; b) la invalidità sopravvenuta dopo la confezione del testamento, ma prima del *dies cedens* (es.: morte del *legatarius* prima del testatore, perdita della cosa legata per *vindicationem* da parte del testatore ecc.); c) la « *ademptio legati* », cioè la formale revoca del *legatum* (in un testamento o nei *codicilli confirmati*) da parte del *testator* (es.: « *heres meus ne dato* »); d) la « *translatio legati* », cioè la assegnazione del *legatum* ad altro onorato, fatta in un successivo *testamentum* o in *codicilli testamenti confirmati*. Nel caso che scomparissero prima del *dies cedens* le cause di invalidità iniziale, la regola tradizionale (cd. « *regula Catoniana* ») era che il *legatum* non potesse ritenersi convalidato (« *quod initio nullum est, non potest tractu temporis convallescere* »: cfr. Cels D. 34. 7. 1 pr.), ma la giurisprudenza clas-

sica manifestò la tendenza ad interpretare questa regola nel senso più restrittivo.

4. Verso la fine del periodo preclassico invalse l'uso di effettuare lasciti *mortis causa*, anzichè per legato, mediante *fideicommissum*, cioè mediante una preghiera (*rogatio*), rivolta all'erede o al legatario, di trasferire (*restituere*) in tutto o in parte un cespite ricevuto ad un terzo (*fideicommissarius*). La *rogatio fideicommissaria*, assolutamente scevra di forme prestabilite, poteva essere fatta sia nel *testamentum*, che a voce, oppure in *codicilli*. Da essa sorgeva inizialmente un puro impegno d'onore, non un dovere giuridico dell'ontrato; ma Augusto istituì una magistratura *extra ordinem* (« *praetor fideicommissarius* »: n. 46), acché anche dei fedecommissi fosse assicurata giurisdizionalmente l'esecuzione.

Un'applicazione speciale del *fideicommissum* era costituita dal cd. « *fideicommissum hereditatis* », cioè dalla *rogatio* rivolta all'*heres* di trasmettere tutta intera l'*hereditas* (o la sua quota ereditaria) ad altra persona: cosa resa piuttosto complessa dal fatto che l'*hereditas* era comprensiva di crediti e debiti, di cui la cessione al *fideicommissarius* era tutt'altro che facile. Un SC. *Trebellianum* (56 o 57 d. C.) dispose che il *fideicommissarius hereditatis* fosse considerato *heredis loco* e godesse quindi di azioni ereditarie in via utile. Un SC. *Pegasianum* (dell'età di Vespasiano) dispose che, in ogni caso, fosse riservato all'*heres rogatus* un quarto dell'asse ereditario (cd. « *quarta Pegasiana* »), ad imitazione della *quarta Falcidia*.

Il *fideicommissum* diventò, in tal modo, un istituto giuridico assai diffuso, che in periodo postclassico mostrò chiara tendenza ad assorbire in sè i legati. Giustiniano finì, infatti, se non per unificare nella struttura, almeno per ragguagliare negli effetti i *legata* ai *fideicommissa* (« *per omnia exaequata sunt legata fideicommissis* »).

69. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. La dottrina moderna, sulle orme del diritto giustiniano, concepisce la successione come una figura generale, comprensiva sia degli acquisti a titolo universale che di quelli a titolo partico-

lare. Sta di fatto, peraltro, che mancano al nostro diritto positivo casi e possibilità di successione universale tra vivi.

La successione a causa di morte a titolo universale, regolata dagli a. 456 ss. c.c., è anche detta « eredità » e si opera sulla base di due vocazioni: quella legittima e quella testamentaria. La cd. successione necessaria è piuttosto concepita come un limite a quella testamentaria.

Venuta meno la preponderanza della successione testamentaria rispetto a quella legittima, è scomparso il principio « *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* »: i beni di cui non si sia disposto per testamento ricadono, dunque, nella successione legittima (a. 457 co. 2).

2. La vocazione testamentaria (a. 587 ss.) si fonda sul « testamento », che è definito (a. 587 co. 1) come « un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui sarà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse ».

Le forme testamentarie ordinarie sono: a) il « testamento olografo » (a. 602), scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore; b) il « testamento pubblico » (a. 603), pubblicamente ricevuto da un notaio in presenza di due testimoni; c) il « testamento segreto » (a. 604 ss.), sottoscritto dal testatore e da questi pubblicamente consegnato a un notaio in plico sigillato. Forme speciali di testamento sono previste (a. 609 ss.) per ipotesi particolari: malattie contagiose, pubbliche calamità, mobilitazione in guerra, viaggio su nave o su aereo ecc. Alla « pubblicazione » del testamento provvede, avutasi notizia della morte del testatore, il notaio presso cui l'atto era depositato o cui l'atto venga consegnato, a fini di pubblicazione, dallo scopritore del testamento olografo (a. 620 ss.).

L'istituzione formale di erede non è più necessaria alla validità del testamento, che può anche esaurirsi in legati. Conta solo il contenuto dell'atto: « le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore » (a. 588). Appunto per ciò una minuta disciplina è dedicata dal legislatore alla capa-

cità di testare (a. 591), a quella di ricevere per testamento (a. 592 ss.), alle modalità delle disposizioni testamentarie (a. 620 ss.).

Casi di sostituzione ereditaria ammessi dalla legge sono: la « sostituzione ordinaria » (a. 688 ss.), consistente nel nominare in luogo del chiamato altra persona per il caso che egli non voglia o non possa accettare; la « sostituzione fedecommissaria » (a. 692 ss.), consistente nell'obbligo imposto al figlio o ai fratelli di trasmettere alla loro morte i beni ricevuti ai propri figli o a un ente pubblico.

3. La vocazione intestata o « legittima » ha luogo in ordine ai beni di cui non si sia disposto testamentariamente (a. 565 ss.).

I successori legittimi sono: a) i figli legittimi, legittimati e adottivi (e, per rappresentazione, i loro discendenti), che escludono ogni altro parente e concorrono solo con i figli naturali e col coniuge superstite (a. 566, 567, 574, 581); b) gli ascendenti legittimi, che concorrono con taluni altri parenti e col coniuge (a. 571, 575, 582); c) i fratelli e le sorelle (e loro discendenti legittimi, per rappresentazione), che sono esclusi solo dai figli legittimi e naturali, mentre concorrono con gli altri parenti e col coniuge in caso diverso (a. 571 e 582); d) gli altri parenti collaterali entro il sesto grado, che sono peraltro esclusi dai parenti più stretti e concorrono solo col coniuge superstite, salvo che non siano parenti di quinto e sesto grado (a. 572, 576, 583); e) i figli naturali (e loro discendenti legittimi, per rappresentazione), purchè non adulterini e incestuosi (a. 580), che concorrono variamente con gli altri successibili (a. 573-576); f) i genitori naturali, che concorrono solo col coniuge superstite (a. 578, 579); g) il coniuge superstite (non separato giudizialmente per sua colpa: a. 585), che concorre con gli altri successibili (a. 581-583), ma che, in caso di concorso con i figli legittimi, ha diritto solo all'usufrutto di una quota ereditaria (a. 581). Mancando tutti questi successibili, il patrimonio è acquistato *ipso iure* dallo Stato (a. 586).

4. Un limite alla capacità di testare è costituito dalla cd. *successione necessaria*, in forza della quale a taluni congiunti del *de cuius* (eredi riservatari o legittimari) è riservata una

« quota legittima » o « di riserva ». La quota di cui il testatore può liberamente disporre si dice, pertanto, « disponibile ».

I successori riservatari sono: *a*) i figli legittimi, legittimati e adottivi (e i loro discendenti, per rappresentazione); *b*) gli ascendenti legittimi; *c*) i figli naturali (e i loro discendenti, per rappresentazione); *d*) il coniuge superstite, cui è però riservato solo l'usufrutto di una quota dell'eredità. Le quote di riserva variano a seconda del numero dei riservatari o delle categorie di riservatari in concorso (a. 536-552).

Per la reintegrazione dei legittimari nella quota loro riservata, si calcola anzi tutto il patrimonio attivo lasciato dal *de cuius* (a. 556). Quindi si procede, se risulta violata la legittima, alla riduzione proporzionale delle disposizioni testamentarie e delle donazioni (a. 553-564), sulla base di una « azione di riduzione » promossa dagli interessati.

5. Quanto all'attuazione della successione ereditaria, occorre tener presente che l'apertura della successione si effettua al momento della morte del *de cuius* (a. 456) e che l'acquisizione successoria si opera dagli eredi mediante l'« accettazione dell'eredità », che può essere espressa o tacita, pura e semplice o con beneficio di inventario (a. 470-511). L'accettazione è, peraltro, retroattiva e gli effetti ne sono fatti risalire dalla legge al momento dell'apertura della successione (a. 459). Alla successione ereditaria è anche possibile sottrarsi mediante « rinuncia all'eredità » in forma pubblica (a. 519-527). Esclusi dalla successione sono gli « indegni » (a. 463-466).

Caratteristica della successione ereditaria è anche la cd. « rappresentazione », in forza della quale i discendenti legittimi dei figli (legittimi, legittimati, adottivi, naturali) e dei fratelli subentrano per diritto di stirpe nel luogo e nel grado del loro ascendente in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità o il legato (a. 467-469).

L'eredità in attesa di accettazione del chiamato, che non sia nel possesso dei beni, si dice « eredità giacente » e viene affidata dall'autorità giudiziaria all'amministrazione di un curatore (a. 528-532).

6. Le conseguenze dell'acquisizione successoria non sono diverse da quelle del diritto romano.

All'erede è riconosciuta la possibilità di accettare col beneficio di inventario (a. 484 ss.), di cui si è detto. Ai creditori del defunto è riconosciuto, per converso, il diritto di ottenere la « separazione » dei beni del defunto (ivi compresi i legati di specie) da quelli dell'erede (a. 512-518).

Nell'ipotesi di pluralità di eredi, si determina la « comunione ereditaria », di cui i partecipanti possono attuare la divisione o in comune accordo o a seguito di un'apposita azione giudiziaria (a. 713-768). La divisione ereditaria ha effetto retroattivo al momento dell'apertura della successione (a. 757) ed esige la previa « collazione » ai fratelli (e loro discendenti) dei beni ricevuti dal padre defunto a titolo di donazione (a. 737-751).

A tutela del suo diritto l'erede ha l'azione di « petizione di eredità », con la quale ottiene il riconoscimento del titolo di erede (e quindi la restituzione dei beni ereditari) nei confronti di chiunque possiede tutti o parte dei beni ereditari a titolo di erede o senza titolo alcuno (a. 533-535).

7. La successione *mortis causa* a titolo particolare si attua mediante i « legati » sulla base di una disciplina minuziosa, che ricalca solo in parte i modelli romani (a. 649-673). Da notare è che il legato si acquista dal legatario senza bisogno di accettazione, salvo il diritto di rinunziarvi (a. 649 co. 1 e 650).

Importante è la distinzione tra « legato di specie », relativo ad una cosa che si trova individuata nel patrimonio del testatore, e « legato di genere » (o « di quantità »), relativa ad una cosa indicata solo genericamente. Il primo si acquista dal legatario al momento della morte del testatore, costituendo una manifestazione del *legatum per vindicationem*; il secondo determina solo la nascita di un diritto di credito verso l'erede o altro legatario tenuto alla prestazione, costituendo dunque una manifestazione del *legatum per damnationem*.

CAPITOLO III

I RAPPORTI ASSOLUTI DEL « IUS PRIVATUM »

§ 11. — I RAPPORTI ASSOLUTI DEL « IUS PRIVATUM »

SOMMARIO: 70. I rapporti assoluti del *ius privatum*. — 71. Il *mancipium* e la sua dissoluzione. — 72. L'*usus* e la *possessio*. — 73. La *possessio ad interdicta*. — 74. Le vicende della *possessio*. — 75. La *quasi possessio* e la *possessio iuris*. — 76. Ragnuglio di diritto moderno.

70. I RAPPORTI ASSOLUTI DEL « IUS PRIVATUM ».

1. Rapporti giuridici (privati) assoluti sono, come già si è detto (n. 46), quelli che intercorrono tra un soggetto attivo (o più soggetti attivi determinati) e tutti gli altri consociati in genere, i quali sono tenuti ad un comportamento di sopportazione (*patis*) nei riguardi del soggetto attivo ed in ordine all'oggetto del rapporto. Nell'ipotesi che uno dei soggetti passivi del rapporto giuridico assoluto turbi la libera esplicazione delle facoltà spettanti al soggetto attivo, si determina la costituzione tra i due di un rapporto (relativo) di responsabilità, che può essere eventualmente ad esecuzione coatta. La pretesa *erga omnes* del soggetto attivo si traduce, cioè, in una pretesa specifica verso l'inosservante e, qualora questi perseveri nel suo atteggiamento, essa si traduce in un potere di azione sullo stesso.

2. A fondamento di ogni convivenza sociale vi è, sempre ed in ogni caso, un rapporto assoluto basilare, che è quello di libertà: ogni consociato è titolare di una pretesa *erga omnes* a che non lo si disturbi nel godimento di quella sfera di libertà, cioè di liceità, che l'ordinamento gli ha riconosciuto.

Di fronte ai rapporti di libertà, che hanno un contenuto indeterminato, tutti gli altri rapporti a contenuto determinato, cioè riferiti ad oggetti specifici, possono definirsi come rapporti di secondo grado: essi infatti, presuppongono tutti la esistenza e la validità del rapporto di libertà, cioè della sfera di liceità predisposta dall'ordinamento. Quindi, anche se un rapporto abbia carattere relativo (es.: un rapporto di credito in ordine ad una somma di danaro mutuata), esso ha un riflesso *erga omnes*, derivante dall'esistenza del rapporto fondamentale di libertà: invero, il soggetto attivo (es., il creditore) non soltanto è titolare di una pretesa specifica verso un determinato soggetto passivo (il debitore), ma è titolare altresì della pretesa *erga omnes* a che non si contesti o disturbi la sua situazione attiva lecitamente creata.

3. Dal rapporto di libertà, che è ad oggetto indeterminato, tutti gli altri rapporti assoluti si differenziano, ripetiamo, per il fatto di riferirsi ad oggetti determinati o determinabili (una persona, una casa, un animale, un gioiello, un gregge). Infatti, ogni oggetto giuridico, per il fatto stesso di esser tale, comporta un rapporto assoluto che lo riguardi, e cioè implica un soggetto che abbia su di esso ogni sorta di facoltà non vietate dall'ordinamento nell'interesse generale (cd. *ius utendi, fruendi et abutendi*: facoltà di usare, ricavar frutti e abusare sino a distruggere).

Caratteristiche dei rapporti assoluti in senso proprio (che possono essere, beninteso, sia a soggetto attivo unico, che a soggetto attivo plurimo) sono, dunque: la « inerenza ad un oggetto giuridico », nel senso che sin che l'oggetto esiste come tale esiste il rapporto assoluto ad esso inerente, pur se mutino i soggetti; la « illimitatezza delle facoltà del soggetto attivo », nel senso esposto, che il soggetto attivo può fare sull'oggetto tutto ciò che gli aggrada, salvo che l'ordinamento non lo vieti nell'interesse comune; la « elasticità delle facoltà del soggetto attivo », nel senso che, venendo meno un limite posto ad esse, esse tornano automaticamente ad essere illimitate come prima.

4. Accanto e in sottordine alla categoria dei rapporti assoluti in senso proprio si è tuttavia formato, nei vari ordinamenti giuridici, a cominciare da quello romano, per esigenze del tutto empiriche, un novero più o meno vasto di rapporti assoluti

i m p r o p r i: impropri perchè limitati nelle facoltà del soggetto attivo e perchè riferentisi ad un oggetto giuridico di altro rapporto assoluto proprio (es.: il rapporto di usufrutto, che comporta per il soggetto attivo [l'usufruttuario] la facoltà di percepire i frutti della cosa fruttifera di un altro [il proprietario], ma non comporta la facoltà di disporre a piacimento della cosa e ogni altra facoltà sulla stessa, le quali restano al proprietario: n. 97). In altri termini, il soggetto attivo di un rapporto assoluto improprio, prima e più che una pretesa *erga omnes*, ha una pretesa verso il titolare del diritto assoluto proprio a che gli metta a disposizione l'oggetto giuridico.

Per vero, i rapporti assoluti impropri sarebbero da qualificare come relativi; ma la inserzione nella categoria dei rapporti assoluti è più opportuna, sia per omaggio alla storia e sia per il fatto che essi hanno, comunque, alcune caratteristiche fra quelle dei rapporti assoluti (es.: l'inerenza all'oggetto). Ad ogni modo, l'identificazione dei rapporti giuridici assoluti impropri non può essere operata in base a schemi logici, ma solo in base a designazioni tassative e concrete dei singoli ordinamenti positivi: è per ciò che essi costituiscono, come suol dirsi, un *numerus clausus*, cioè son tanti e non più di quanti statuisce l'ordinamento giuridico.

5. Per ciò che concerne i « rapporti assoluti in senso proprio », la storia del *ius privatum* romano offre il fenomeno di un unico rapporto iniziale, denominato *mancipium*, e di una successiva pluralità di rapporti assoluti propri, taluni civili ed altri no, denominati *patria potestas*, *manus maritalis*, *potestas sui liberi in causa mancipii*, *potestas sui pupilli* e sulle *mulieres* e *potestates affini*, *dominium ex iure Quiritium*, *dominica potestas sui servi*, *in bonis habere*, *possessio vel ususfructus dei praedia stipendiaria vel tributaria*.

Le caratteristiche del *mancipium* originario, il processo formativo e i dati fisionomici dei rapporti assoluti propri successivamente venuti in essere saranno esposti più in là. Qui interessa sottolineare che, sul finire dell'età classica, ebbe inizio un processo (peraltro mai definitamente compiuto, durante tutto il corso storico del diritto romano) di riunificazione, di *reductio ad unum* dei rapporti assoluti in senso proprio. Questa *reductio ad unum* avvenne, sopra tutto nel corso dell'età postclassica, in virtù di due

cause concorrenti: a) la progressiva riunione in un unico e indifferenziato concetto di « *dominium* » del *dominium ex iure Quiritium* con l'*in bonis habere* e la *possessio vel ususfructus* (n. 91); b) il progressivo sparire o attenuarsi delle *potestates* familiari, ridottesi in età postclassica alla sola *patria potestas*, col connesso progressivo venir meno del convincimento che i *filii familiarum* fossero veri e propri oggetti giuridici (n. 53). Di pari passo con la riduzione della nozione di oggetto giuridico a quella di *res* si verificò, in altri termini, la riduzione del concetto di rapporto giuridico assoluto a quello di rapporto giuridico reale, « *ius in re* »; mentre, d'altro canto, l'unico *ius in re* in senso proprio venne ad essere considerato e denominato « *dominium* ».

6. Quanto alla categoria dei « rapporti assoluti in senso improprio », va detto che essa venne a costituirsi e ad incrementarsi, durante il corso storico di tutto il diritto romano, per effetto di un duplice ordine di cause: a) la degradazione dei rapporti assoluti propri, in talune specifiche ipotesi, a rapporti impropri, che ammettevano cioè l'esistenza di un altro rapporto, di carattere fondamentale, in ordine ad un determinato oggetto (così, ad esempio, le *servitutes praediorum*); b) la elevazione di certi rapporti giuridici relativi al rango di rapporti assoluti (così, ad esempio, la *superficies*).

Il *ius privatum* romano non conobbe rapporti assoluti in senso improprio, che non fossero rapporti reali. La comune caratteristica di essere relativi ad oggetti giuridici, a *res*, ch'erano ad un tempo oggetto di *dominium* altrui, ha fatto parlare a proposito di essi di « *iura in re aliena* ».

71. IL « MANCIPIUM » E LA SUA DISSOLUZIONE.

1. Il sistema antichissimo del *ius Quiritium* riconobbe e tutelò un solo schema di rapporto assoluto, di amplissimo contenuto, che fu l'archetipo di tutti i principali rapporti regolati successivamente dal *ius civile vetus*. Tale rapporto, avuto riguardo alle facoltà del soggetto attivo, venne denominato (da « *manu capere* ») « *manus* » o *mancipium* (n. 44).

1.1. Soggetto attivo del rapporto quiritario di *mancipium*

fu il « *pater familias* » nei confronti di tutti gli altri *Quirites*, e per essi dei rispettivi *patres familiarum*.

1.2. Oggetto del *mancipium* fu la « *familia* » in tutti i suoi distinti e svariati elementi, rappresentati: a) dai *filii*, *nepotes ex filio*, *pronepotes* ecc., tutti denominati « *filii familias* », in quanto nati posteriormente al *pater* (*adgnati*); b) dagli « *adrogati* », cioè da *patres familiarum* liberamente assoggettatisi, mediante *adrogatio*, al *pater*, e quindi ridotti, in una con i propri *filii*, in condizione di *filii familias*; c) dalle *adgnatae* o « *filiae familias* »; d) dalle « *uxores in manu* », cioè dalle mogli del *pater* e dei suoi *filii*, tutte sotto la potestà del *pater*, e quindi *filiarum loco*; e) dai *filii* acquistati presso le altre *familiae* (detti poi, propriamente, « *mancipia* »); f) più tardi, dai « *servi* », cioè dai prigionieri di guerra, non uccisi, ma conservati (*servati*) per il lavoro; g) dalla « *domus* » (dall'etimo indo-europeo « *dham* » = « *fam* » = « *familia* »), con il piccolo « *heredium* » circostante, o anche, più tardi, dal « *fundus* » in agro Romano, risultante dalla *divisio et adsignatio agrorum*; h) dagli animali domestici destinati ai lavori agricoli ed ai servizi familiari (« *animalia quae collo dorsove domantur* »: buoi, muli, asini, cavalli); i) dalle altre cose mobili, in quanto funzionalmente necessarie alla *familia*, cioè dagli attrezzi per la coltivazione (« *instrumentum fundi* »). La situazione di questi elementi non era però identica per tutti. La *domus*, il *fundus*, gli *animalia* e le altre cose erano oggetti giuridici per loro natura (detti poi « *res* » in senso proprio). I *servi* erano oggetti normali di rapporti giuridici (detti più tardi anch'essi « *res* »), ma potevano essere affrancati (*manumissi*: n. 88), con l'effetto di diventare *liberti* dei loro antichi *patres* (rapporto cd. di *patronatus*). I *mancipia* potevano essere anch'essi *manumissi* (n. 79), ritornando sotto la *potestas* dell'antico *pater* o divenendo, in taluni casi, liberi. Tutti gli altri elementi (ivi comprese, in tempi più avanzati, le donne) erano invece oggetti giuridici a titolo temporaneo, ma erano potenzialmente soggetti giuridici, perchè sarebbero divenuti indipendenti allorchè il *pater familias* fosse scomparso: essi vennero pertanto contraddistinti col termine di « *liberi* » o di « *capita* », cioè di membri in qualche modo influenti nella vita della comunità (« *vivo quoque parente quodammodo domini existimantur* »).

2. La diffusione degli scambi apportò poi, a *familiae*, ricchezze esuberanti gli stretti bisogni della comunità (prevalentemente: bronzo, monili, mobili, ecc.): dette ricchezze, essendo valutate soltanto in rapporto al loro intrinseco valore di scambio, si dissero *pecunia* (posteriormente, *res nec mancipi*). Esse costituivano oggetto di un potere di fatto del *pater familias* diverso dal *mancipium* e denominato probabilmente « *possessio* » (n. 72).

3. L'atto mediante il quale si attuava il trasferimento della titolarità attiva di questi rapporti era, trattandosi di *pecunia*, la consegna materiale della *res* (« *traditio* »), mentre per gli oggetti di *mancipium* era richiesta, a garanzia della conoscenza del negozio da parte della comunità, la « *mancipatio* »: la pesatura dell'*aes rude* (cioè del bronzo non coniato, che si usava per i pagamenti) era operata da un *libripens* (portatore di bilancia) in presenza delle parti e di cinque testimoni *patres familiarum*, dopo di che l'acquirente affermava di essere il titolare attivo del rapporto in luogo dell'alienante. Ma l'acquisto di un oggetto giuridico altrui poteva avvenire anche per il solo fatto che un *pater familias* avesse pubblicamente e senza contrasto usato, per un congruo periodo di tempo (due anni per i *fundi*, uno per le *ceterae res*), dell'oggetto (« *usus* » o « *usucapio* »).

4. Verso la fine del sec. VI a. C. la diversa valutazione sociale dei singoli elementi costitutivi della *familia*, l'influenza di ordinamenti extra-giuridici, e in particolare la formazione di una *pecunia* extra-familiare (*sub* 2), fecero sì che si profilasse una scissione del *mancipium* in sei distinte categorie di rapporti giuridici assoluti: la *patria potestas*, la *potestas* sui *liberi in causa mancipii*, la *manus maritalis*, la *potestas* sugli *impuberes* e sulle *mulieres* familiarmente autonomi, il *dominium ex iure Quiritium*, la *potestas dominica* sui *servi*.

4.1. La « *patria potestas* » fu il rapporto assoluto avente per contenuto i poteri illimitati del *pater* sui *fili*, sia naturali che artificiali. Questo istituto si determinò non soltanto per rettilinea evoluzione del *mancipium*, ma anche per contaminazione del *mancipium* stesso e dei suoi principi caratteristici con elementi di carattere religioso e sociale, i quali imposero, o per lo meno suggerirono, che i membri della *familia* non fossero considerati alla stre-

gua delle *res*, ma ottenessero un trattamento sensibilmente diverso e più umano. Si andò, pertanto, verso una configurazione sempre più chiara ed evidente della potestà del padre sui figli come potere disciplinare e correttivo, il quale, per quanto intenso potesse essere, di certo non aveva le stesse caratteristiche di rigidità della potestà del *dominus* sulle cose, sugli animali, sugli schiavi, sulla *domus*.

4.2. Affine alla *patria potestas*, ma più intimamente collegata al precedente storico del *mancipium*, fu la *potestas* sui « *liberi in causa mancipii* », cioè su coloro che erano oggetto di *mancipium*, ma non erano discendenti del *pater*.

4.3. Altra categoria di rapporti giuridici assoluti, derivati dall'antico *mancipium* quiritario, fu quella denominata « *manus maritalis* », la quale, più precisamente, ebbe per contenuto i poteri del marito o del suo *pater familias* sulla moglie (*uxor*). Tale potere assoluto fu certamente anch'esso radicalmente diverso dalla potestà dominicale e va quindi classificato tra le potestà familiari, sebbene non sia possibile assumerlo nella stessa categoria della *patria potestas*, dato che nella creazione della *manus maritalis* entrarono in gioco, come si vedrà, elementi di altra natura, prevalentemente di carattere religioso.

4.4. Morto il *pater familias*, i suoi *filii* di primo grado diventavano a loro volta *patres*. Ma è probabile che, in origine, l'autonomia familiare non fosse riconosciuta alle « *mulieres* », agli « *impuberes* » (sino al raggiungimento della *pubertas*), ai « *furiosi* », ai « *prodigi* »: donde una *potestas* esercitata su costoro dagli *adgnati* o dalle persone indicate dal *pater* defunto. Questa *potestas*, comunque (salvo che per le donne) temporanea, si affievolì assai rapidamente, degradando verso gli istituti che, in epoca storica, si dissero della « *tutela* » e della « *cura* ».

4.5. La più importante categoria di rapporti giuridici assoluti, derivati dall'antico *mancipium* quiritario, fu costituita dal *dominium*, o più precisamente da quello che si disse « *dominium ex iure Quiritium* », appunto per sottolineare la derivazione dall'antico *mancipium* dell'ordinamento quiritario. Il *dominium* fu il rapporto assoluto in senso proprio (e, più precisamente, un rapporto reale) avente per contenuto la facoltà di godere e disporre delle *res* (cioè, sia del *fundus* che delle *ceterae res*), distinte queste in

res familiares (o *mancipi*) e *pecunia* (*res nec Mancipi*). Questo già fa capire che il *dominium* fu determinato, appunto, non soltanto dallo sviluppo del *mancipium*, ma anche dalla contaminazione del *mancipium* quiritario con istituti extra-giuridici, tra cui quello della potestà sulle *res non familiares*, sulle *res nec Mancipi*, che era venuto profilandosi, al di fuori del *ius Quiritium*, nel più antico periodo della storia giuridica romana.

4.6. Intermedia tra le *potestates* familiari e il *dominium ex iure Quiritium* fu la *dominica potestas* sui *servi*, che comportava la possibilità di una *manumissio*, mediante la quale i *servi* non acquistavano solo la libertà, ma anche la cittadinanza romana.

5. Se si analizzano più da vicino le categorie di rapporti giuridici assoluti, che sono state or ora sommariamente descritte, si potrà facilmente notare che: le prime quattro categorie sono a carattere prevalentemente familiare, e comunque in esse l'elemento economico è certamente di minore importanza rispetto a qualsiasi altro elemento caratteristico. Viceversa la quinta e la sesta categoria di rapporti giuridici assoluti, il *dominium* e la *dominica potestas*, sono quelle in cui l'elemento economico assurge alla massima importanza, venendo in prima linea: di modo che, anche sotto questo punto di vista, il *dominium ex iure Quiritium* merita di essere considerato come sensibilmente diverso dalle potestà familiari.

72. L'« USUS » E LA « POSSESSIO ».

1. Se ogni diritto spetta al suo titolare, è evidente che solo il titolare o persona da lui autorizzata possono esercitare questo diritto. Ed è evidente, altresì, che, se un terzo, che non sia il titolare e che non sia autorizzato dal titolare, esercita il diritto che non gli spetta, questo esercizio non è determinativo di conseguenze giuridiche, e vale quindi come non avvenuto. Se poi dall'esercizio di fatto di un diritto altrui siano derivate conseguenze pratiche lesive degli interessi degli aventi diritto, è altrettanto evidente che colui il quale abbia esercitato di fatto, senza autorizzazione, l'altrui diritto, incorre in una responsabilità e deve subire le conseguenze del suo agire illecito.

Ma nella considerazione del problema dell'esercizio di fatto di un diritto bisogna tener conto anche dell'umano affidamento che i terzi possano fare sulla circostanza dell'esercizio di un diritto da parte di una persona, che non sia il titolare, ma si atteggi come tale. Infatti non sempre è possibile avere la certezza o la facilità di accertare se colui che esercita un diritto, e che perciò ne sembra il titolare, sia effettivamente il titolare del diritto stesso. In questo caso il rigoroso, troppo logico principio, per cui è improduttivo di conseguenze giuridiche l'esercizio del diritto fatto da colui che non ne sia il titolare, deve necessariamente e opportunamente armonizzarsi con l'altro principio, essenzialmente pratico, per cui occorre tutelare l'affidamento che i terzi abbiano potuto riporre nell'apparenza di buon diritto.

2. Nell'età più vetusta, il *mancipium* spettante ai *Quirites* poteva essere esercitato sia dal *pater familias* titolare dello stesso, sia da altri, non in nome di lui nè con la sua autorizzazione. In questo secondo caso si aveva l'*usus* della *res* altrui, cioè l'esercizio di fatto di un potere di *mancipium* non spettante a colui che appunto lo esercitasse. Ma questo *usus* si svolgeva alla luce del giorno, davanti ai cittadini quiritari, i quali costituivano una comunità troppo piccola perchè potessero passare inosservati i fenomeni di esercizi dell'altrui *mancipium*. Pertanto l'*usus* dell'altrui *mancipium* fu considerato dall'antichissimo ordinamento giuridico romano addirittura come mezzo di acquisto del *mancipium*: nel senso che, se tale *usus* si protraesse indisturbato per un certo periodo di tempo, senza che in particolare il titolare del *mancipium* si facesse avanti per contestarlo a colui che lo esercitasse, si intendeva che il *mancipium* fosse acquistato dall'utente a detrimento di colui che ne aveva prima la titolarità. Donde l'istituto dell'« *usucapio* ».

2.1. Posto che *usus* significa esercizio di un diritto altrui, è evidente che non potesse esservi *usus* al di fuori del *mancipium*, vale a dire al di fuori dell'unica ipotesi di diritto conosciuta dall'antico *ius Quiritium*. Al di fuori del *mancipium*, e cioè al di fuori degli istituti contemplati e regolati dal *ius Quiritium*, vi era la *possessio*, da « *potis* » e « *sedeo* », che significa « insistere da signore », « aver sede con preponderanza » rispetto a chiunque

altro su un determinato oggetto e in particolare su una cosa inanimata. La *possessio* si aveva sia riguardo alle « *res non familiares* », cioè alla *pecunia*, la quale non costituiva, come si è detto, oggetto del *mancipium*, e sia nei riguardi di quelle porzioni di terra spettanti alla comunità nel suo complesso, le quali non fossero state singolarmente assegnate alle *familiae*, e per esse ai rispettivi *patres*. Queste porzioni di terra di pertinenza collettiva della *civitas* costituivano il cd. « *ager publicus* », il quale spettava, per concessione espressa o tacita della comunità, rappresentata dal suo magistrato supremo (il *rex*), alla *familia* che lo occupasse e quindi costituiva oggetto di *possessio* da parte di questa *familia*.

3. L'istituto extra-giuridico della *possessio* rimase tale, estraneo cioè all'ordinamento giuridico, anche nei riguardi del *ius civile vetus*, derivato dal *ius Quiritium* e dal *vetus ius legitimum*. Nel *ius civile vetus*, l'*usus* sussistette, a sua volta, come modo di acquisto, pel decorso di un certo tempo, del *dominium* e della *manus maritalis*, con l'avvertenza che nell'ambito del *dominium* entrarono a figurare, come si è detto (n. 71), anche elementi che non facevano parte dell'antico *mancipium* e che, nell'età quiritaria, erano più precisamente oggetto soltanto di *possessio*, cioè le *res non familiares*, le *res nec mancipi*.

3.1. Tuttavia, il fatto che l'*usus* quiritario altro non era sostanzialmente che un « *potis-sedere* », un'espressione di *possessio*, fece sì che la terminologia di « *possessio* » andasse diffondendosi anche nell'ambito dell'*ius civile vetus*, al limitato scopo di designare come sinonimo l'*usus*. Si parlò, pertanto, sin dai più antichi tempi dell'*ius civile vetus*, di una *possessio ad usucapionem*, la quale fu poi detta « *possessio civilis* » e fu considerata, più precisamente, un esercizio di fatto del diritto assoluto: esercizio di fatto basato su una *iusta causa*, che legittimasse la tradizione e la usucapione.

3.2. Posto che, nei riguardi dell'*usus* si parlò anche di *possessio civilis* o *ad usucapionem*, ne seguì, naturalmente, la necessità di designare diversamente le forme di esercizio di fatto di un diritto, ed in particolare di un diritto assoluto, le quali non dessero luogo all'usucapione. Pertanto, dalla *possessio civilis*, si differenziò la così

detta « *possessio naturalis* », consistente nella pura e semplice materiale detenzione di una cosa, vale a dire nell'« *esse in possessione* », nel « *rem tenere* » (cd. « detenzione »), senza volerla tenere per sè.

73. LA « POSSESSIO AD INTERDICTA ».

1. Nell'ambito della *possessio naturalis*, sempre in età preclassica, ma in epoca piuttosto avanzata, si profilò, ad opera del pretore romano, una configurazione specifica, più tardi denominata « *possessio* » per antonomasia, o più tecnicamente *possessio ad interdicta*. Essa consistette in un gruppo di ipotesi di *possessio* che il pretore ritenne equo proteggere mediante suoi *interdicta* contro chi si attentasse a violarla, cioè a sostituirsi arbitrariamente al possessore senza curarsi di dimostrare la proprietà o altro diritto assoluto sulla cosa. Le considerazioni che spinsero il pretore alla tutela di queste ipotesi di possesso mediante suoi *interdicta* furono, essenzialmente, che, nel caso in cui taluno esercita un diritto reale su una cosa ed altri si presenta a contestare tale diritto reale sulla cosa stessa, evidentemente, sino a che la questione giuridica non sia risolta, è equo proteggere l'apparente titolare nei riguardi di colui che, almeno apparentemente, non è il titolare.

Il pretore volle cioè, in taluni casi, tutelare con gli *interdicta possessoria* l'apparenza del diritto (nei limitati riguardi dell'esercizio di un diritto assoluto su una cosa, di una *possessio* di *res corporalis*) di fronte a chi non potesse vantare un'apparenza consimile, e quindi a tutela della tranquillità sociale, dell'affidamento dei terzi, e nella fiducia che col tempo tutte le questioni potessero essere meditatamente risolte.

2. I casi di *possessio ad interdicta*, cioè tutelata con *interdicta*, furono: ogni ipotesi di *possessio* di una cosa nel proprio nome e nel proprio interesse (« *possessio pro suo* »); alcune ipotesi speciali di possesso nel nome di un altro (« *possessio pro alieno* »).

2.1. *Possessio pro suo* (o *possessio* per antonomasia) era la *possessio* esercitata da chi, non solo volesse tenere la cosa per sè, ma non riconoscesse di doverla prima o poi trasferire ad un avente diritto. Tale era, anzi tutto, la situazione del *dominus* della cosa; tale era, secondariamente, la situazione del *possessor bonae fidei*, cioè di colui che erratamente si ritenesse proprietario; tale era, infine, anche la situazione del *possessor malae fidei*, cioè di colui che, pur sapendo essere la cosa di altri, non intendesse restituirla (es.: il ladro).

2.2. *Possessio pro alieno* era quella esercitata da chi riconoscesse che la cosa apparteneva ad un altro. Essa altro non era, dunque, che *detentio*, ma per ragioni non troppo chiare (e comunque, più storiche che logiche) ricevette la stessa tutela interdittale della *possessio pro suo* nelle seguenti ipotesi: quella del creditore pignoratizio (n. 101 e 122); quella del sequestratario, presso cui le parti depositano la cosa litigiosa sino alla risoluzione della loro controversia (n. 121); quella del vettigalista, e più tardi dell'enfiteuta (n. 100); e infine quella del precarista, cioè di colui che ha ricevuto una cosa dal possessore con l'obbligo di restituirla a richiesta (Ulp. D. 43. 26. 1 pr.: « *precarium est quod precibus petendi utendum conceditur* », n. 133).

3. Gli *interdicta possessoria* concessi dal pretore furono di due tipi: l'uno orientato verso la così detta « manutenzione » del possesso, cioè verso la difesa dello stato immanente (attuale) o preminente di possessore dalle aggressioni altrui (*interdicta retinendae possessionis*), e l'altro orientato allo scopo di difendere il possessore dal così detto « spoglio » del possesso, vale a dire allo scopo di fargli riottenere la *possessio* toltagli da altri (*interdicta recuperandae possessionis*). In età giustinianea i due mezzi, pur rimanendo formalmente differenziati, erano ormai sostanzialmente unificati, nel senso che in qualunque ipotesi di possesso, sia di *res immobiles* che di *res mobiles*, si applicò il regime dell'*interdictum uti possidetis*.

3.1. Gli *interdicta retinendae possessionis* furono: a) l'*interdictum « uti possidetis »*, per la manutenzione delle *res immobiles* (non anche delle *res mobiles*) possedute, purchè il reclamo non provenisse da colui che se ne fosse

impossessato a danno dell'altro in modo violento o clandestino o che le avesse da lui ottenute a titolo di *precario*: « *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto* »; b) l'*interdictum* « *utrubi* », per la manutenzione delle *res mobiles* (solo delle *res mobiles*) possedute per la maggior parte dell'ultimo anno: « *utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus eum ducat vim fieri veto* ».

Una vera e propria tutela del possesso attuale rispetto a chi volesse eliminarlo si aveva soltanto con l'*interdictum* « *uti possidetis* », relativo alle cose immobili, perchè soltanto con questo interdetto, ed in questa ipotesi delle cose immobili, il possessore attuale era sicuro di poter scacciare dal possesso delle sue cose chiunque volesse impadronirsene, salvo che il possesso non fosse stato da lui acquistato, nei riguardi dell'aggressore (« *alter ab altero* »), *vi clam* o *precario*. Mediante, invece, l'*interdictum* « *utrubi* » non era sempre ed in ogni ipotesi tutelato colui che attualmente possedesse le *res mobiles*, ma, come si desume dalla formula ora riferita, era tutelato colui il quale avesse posseduto la cosa o le cose mobili per il maggior periodo di tempo nell'ultimo anno a decorrere dal giorno in cui l'interdetto fosse stato emanato, e andando naturalmente a ritroso. Pertanto poteva, nel caso dell'interdetto relativo alle *res mobiles*, anche avvenire che, in esecuzione dell'interdetto stesso, le cose fossero assegnate non a colui che attualmente le possedesse, ma a colui il quale volesse impadronirsene, proprio in considerazione del fatto che questi le aveva possedute per uno spazio di tempo superiore all'altro contendente (ad esempio per sette mesi rispetto a cinque mesi di possesso della persona da lui aggredita).

3.2. Gli *interdicta recuperandae possessionis* furono anch'essi due, « *de vi* » e « *de vi armata* », e furono diretti esclusivamente alla tutela del possessore di *res immobiles*. La formula dell'*interdictum de vi* (cottidiana) fu: « *unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas* ». La formula dell'*interdictum de vi armata* fu: « *unde tu illum vi hominibus coactis*

armatisve deieceris aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas ». In diritto postclassico i due interdetti furono unificati nell'unico interdetto « *de vi* » (anche detto « *actio momentaria* »), il quale dal diritto giustiniano venne limitato all'ultimo anno, alla pari di quello classico *de vi cottidiana*, mentre, per l'influenza dell'*interdictum de vi armata*, fu privo di ogni limitazione relativa a vizi del possesso (« *vi, clam, precario* »).

3.3. Il comando interdittale era rivolto al destinatario, in tutti i casi accennati di interdetti possessori, su semplice istanza del possessore, o comunque di chi volesse tutelare il possesso, senza accertamento del fondamento della stessa istanza. Gli *interdicta recuperandae possessionis* erano *interdicta restitutoria*; nel caso degli *interdicta retinendae possessionis* si trattò, invece, di *interdicta prohibitoria*, e più precisamente di *interdicta duplicia* (n. 45).

74. LE VICENDE DELLA « POSSESSIO ».

1. La concezione che la giurisprudenza romana dell'età classica ebbe della *possessio (ad interdicta)* fu che la *possessio* fosse una *res facti*. Il *possessor* non era considerato titolare di un diritto *erga omnes* (e sia pure di un « diritto affievolito » nei confronti di quello spettante al *dominus*), ma era ritenuto un soggetto che l'ordinamento giuridico (e più precisamente, il *ius praetorium*) tutelava rispetto agli altri soggetti in quanto si trovava in una posizione di fatto caratteristica (il « *potis sedere* ») e sino a quando questa posizione di fatto si sarebbe protratta. Le prime (pertanto, piuttosto vaghe) tracce di una concezione della *possessio* come *ius*, cioè come rapporto giuridico intercorrente tra il *possessor* e gli altri soggetti del *ius privatum*, si manifestarono solo con l'evoluzione giurisprudenziale postclassica.

Requisiti essenziali per l'ottenimento della tutela pretoria furono, pertanto, considerati dalla giurisprudenza classica: a) il « *corpus* » (« *corpore possidere* »), cioè l'insistenza materiale di una persona sulla *res*; b) l'« *animus possidendi* », cioè l'intenzione (risultante essenzialmente dall'esteriore contegno) di difendere la *res* dagli attacchi altrui come se fosse propria. Affinchè il pos-

sesso fosse acquistato occorreva, ovviamente, il concorso di ambedue questi elementi, sia quello materiale che quello intenzionale. Vigeva infatti la regola: « *adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo neque per se corpore* » (Paul. D. 41. 2. 3. 1).

2. Il « *possidere corpore* », il così detto *corpus* del possesso, cioè l'insistenza materiale di una persona sulla *res*, si aveva appunto qualora taluno esercitasse di fatto nei riguardi di un oggetto giuridico, e più precisamente di una cosa, i poteri signorili.

2.1. Tuttavia con l'andar del tempo, anche l'elemento materialistico fu concepito con una certa quale elasticità, sì che non fu più richiesto il diretto e immediato contatto tra il soggetto giuridico e la cosa. Così, nel caso di chi avesse teso reti per la caccia, si ritenne che il possesso dell'animale fosse acquistato dal momento in cui questo fosse caduto nelle reti (e non potesse liberarsi dalle stesse), pur senza essere ancora catturato. E così per le cose mobili si ritenne dai giuristi romani che ne bastasse la presenza e non ne occorresse l'effettiva apprensione: « *non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu* ». Quanto alle cose immobili, ed in particolare ai fondi, si ammise che non fosse necessario calpestare zolla per zolla il terreno (« *circumambulare omnes glebas* »), ma che fosse sufficiente entrare in una qualunque parte del fondo (« *quamlibet partem eius fundi introire* »).

3. L'altro elemento della *possessio* era il così detto « *possidere animo* », vale a dire l'« *animus possidendi* ». Esso, più precisamente, doveva essere l'« *animus rem sibi habendi* », cioè l'*animus* o *affectio* (intenzione) di tenere con sè e per sè la cosa: se non come proprietario, almeno a titolo esclusivo, in modo cioè da difenderla dagli attacchi altrui come se fosse propria, pur se non si fosse convinti che essa fosse la propria cosa.

3.1. L'*animus rem sibi habendi* segnava la differenza della *possessio* vera e propria dalla *possessio naturalis*. Infatti, anche nella detenzione occorreva logicamente un *animus* (tanto è vero che non si ammetteva che la *possessio naturalis* potesse essere acquistata dal dormiente oppure dal pazzo, cioè da persone che non fossero

in grado di avere una seria volontà), ma questo « *animus detinendi* » non significava altro che l'intenzione corrispondente al fatto materiale della detenzione. D'altra parte, non era sempre sufficiente che il detentore avesse l'*animus rem sibi habendi* affinché la detenzione della cosa si trasformasse in possesso, perchè vi erano cause tipiche di detenzione che impedivano, pur se subentrasse l'*animus possidendi*, la trasformazione in *possessio*: ad esempio, il depositario, il locatario, il commodatario, anche se muniti di *animus rem sibi habendi*, restavano detentori per il solo fatto di essere già depositari, commodatari, locatari; non potevano cioè alimentare un *animus possidendi* produttivo di conseguenze giuridiche.

3.2. In considerazione della esigenza dell'*animus*, non potevano acquistare il possesso, quanto meno per sè, gli *infantes* e i pazzi. L'impubere *infantia maior* non aveva bisogno, invece, della *auctoritas tutoris*, posto che la *possessio* era *res facti* e non *iuris*. Giustiniano ammise, *utilitatis causa*, che l'infante potesse acquistare la *possessio* con l'ausilio dell'*auctoritas tutoris*.

4. La *possessio*, oltre che personalmente, poteva essere acquistata per mezzo di altri, vale a dire a mezzo di intermediari, i quali attuassero la apprensione materiale delle cose: « *possessio adquiritur et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* ». Poteva, la *possessio*, essere acquistata al *pater familias* per mezzo dei suoi sottoposti, *filii familias* e *servi*. In diritto classico vigeva, peraltro, il principio che non si potesse acquistare la *possessio* per mezzo di persona estranea, vale a dire per mezzo di persona libera, « *quae nostrae potestati vel nostro iuri subiecta non est* ». Questo principio andò, tuttavia, attenuandosi già nel corso dell'epoca classica e finì per essere abolito in diritto giustiniano, nel quale si ammise che la *possessio* si acquistasse anche a chi non ne avesse scienza (*etiam ignorantibus*), per *liberam personam* o per mezzo di *procurator*, pur essendo necessaria a posteriori la *ratihabitio*, vale a dire la ratifica speciale.

5. Cause di perdita della *possessio* erano ritenute: la morte del possessore senza *heredes sui* (ai quali soltanto la *possessio* era trasmissibile); il fatto che la cosa perdesse la sua individualità e fosse incorporata in un'altra cosa; il fatto che ve-

nisse meno uno degli elementi costitutivi del possesso, vale a dire o l'*animus* oppure il *corpus*.

5.1. La regola per cui la *possessio* era condizionata alla coesistenza dell'*animus* e del *corpus*, per cui cioè essa si conservava *animo et corpore*, subì in diritto classico qualche eccezione, mentre altre eccezioni vennero ad aggiungersi in età postclassica e giustiniana. In età classica si ammetteva la conservazione del possesso *nudo animo* (« *possessio animo retenta* ») nel caso dei così detti *saltus hiberni et aestivi*, vale a dire nel caso dei fondi i quali, essendo destinati ai pascoli, potevano essere sfruttati solo in determinate stagioni dell'anno, mentre nelle altre stagioni dovevano necessariamente essere abbandonati dai pastori, che passavano a utilizzare altri fondi. Altro caso probabilmente classico di *possessio animo retenta* fu quello della *possessio* esercitata sul *servus fugitivus* e per mezzo del *servus fugitivus*: nel caso cioè che si possedesse uno schiavo, si riteneva che il possesso non si perdesse qualora lo schiavo si allontanasse in fuga, e si riteneva altresì che le cose possedute dallo schiavo allontanatosi in fuga fossero acquistate in possesso al possessore dello schiavo e non allo schiavo stesso (che, del resto, non essendo soggetto giuridico, non era capace di possesso proprio). A questi casi classici altri casi si aggiunsero nell'età postclassica. Nell'età giustiniana, i casi di *possessio animo retenta* furono considerati addirittura casi regolari, ritenendosi appunto che l'*animus* fosse normalmente sufficiente alla conservazione del possesso, se ed in quanto all'inizio del possesso stesso vi fosse stato il *corpus*.

75. LA « QUASI POSSESSIO » E LA « POSSESSIO IURIS ».

1. Nell'età classica, allorchè la teoria della *possessio* giunse a sufficiente maturità, andò allargandosi nella concezione degli stessi giuristi romani il novero delle ipotesi di *possessio ad interdicta*. E già si è visto (n. 73) che in taluni casi di *possessio pro alieno* era riconosciuta dal pretore, e quindi dalla giurisprudenza, la stessa identica protezione interdittale concessa ai casi di *possessio pro suo*.

Da queste prime estensioni ad estensioni ulteriori il tratto non fu lungo. Ed infatti avvenne che in altri casi di *possessio naturalis*

pro alieno, in nome altrui, pur non riconoscendosi al possessore una vera e propria tutela possessoria, tuttavia fu dal pretore concessa una tutela interdittale più o meno strettamente analoga alla tutela possessoria, in considerazione del fatto che, pur possedendosi la cosa *pro alieno*, tuttavia sempre si esercitava su di essa l'apparenza di un diritto reale.

In particolare, dal pretore romano una tutela analoga a quella possessoria, vale a dire una specifica tutela interdittale, fu concessa nel caso del superficiario, al quale era dato l'interdetto *de superficies*, analogo all'interdetto *uti possidetis* (n. 99); così pure una tutela interdittale specifica e caratteristica fu concessa, sempre dal pretore, all'usufruttuario, nel senso che tra più aspiranti al godimento di un diritto di usufrutto sopra una cosa, si accordò provvisoriamente la cosa a colui che la detenesse materialmente (n. 97).

2. Nelle ipotesi ora accennate, e forse anche in altre ipotesi dello stesso tipo (come, ad esempio, in quella dell'esercizio di fatto di un diritto di servitù, egualmente presa in considerazione dal pretore mediante speciali interdetti), avvenne che qualche giurista classico, e in particolare Gaio, parlasse di *quasi possessio*, nella finalità di mettere in evidenza la analogia che correva tra questi casi e i casi di vera e propria *possessio*. La concezione classica della *quasi possessio*, dunque, non andò al di là dei limiti di una correlazione analogica tra le ipotesi sopra riferite ed i casi tipici di *possessio ad interdicta*, sia *pro suo* che *pro alieno*.

3. In diritto postclassico questo concetto della *quasi possessio* fu raccolto e sfruttato oltre ogni limite dalle scuole giurisprudenziali dell'epoca, sino a Giustiniano. Non si intese più la *quasi possessio* nel senso di complesso di istituti approssimativamente analoghi agli istituti veri e propri della *possessio*, ma se ne parlò in un significato notevolmente diverso: nel senso cioè che si possedesse una cosa immateriale, una *res incorporalis*, e più precisamente il diritto di superficie, il diritto di usufrutto, l'eventuale specifico diritto di servitù.

Per tal modo, attraverso la mediazione del concetto di *res incorporalis*, venne a perdersi una delle caratteristiche fondamentali della *possessio* classica, la caratteristica costituita dalla materialità dell'oggetto della *possessio*. E dal concetto di *quasi possessio* come

possesso su cose incorporali, vale a dire su istituti giuridici, al concetto di *possessio iuris*, il passaggio fu brevissimo, perchè in realtà la nuova concezione della *quasi possessio* costituiva appunto una figura di *possessio* avente ad oggetto un diritto, una figura di *possessio iuris*.

Nel tardo diritto romano, pertanto, accanto alla *possessio* in senso proprio, vale a dire alla *possessio* di *res corporales*, venne a porsi la *possessio iuris*, la quale non si limitò ai soli casi classici di *quasi possessio*, sia pure diversamente configurandoli dal punto di vista dogmatico, ma si estese, proprio in virtù della accennata nuova configurazione concettuale, a molti altri casi, anzi potenzialmente a tutti i casi di possesso di diritti. Sebbene alla concezione di una comune attitudine di qualsivoglia istituto giuridico ad essere posseduto non si sia giunti nemmeno in diritto giustiniano, tuttavia la porta era aperta a questa latissima concezione. In ogni caso, larghe estensioni del concetto di *possessio iuris* furono certamente operate nel diritto postclassico; tra queste, ad esempio, va annoverata la concezione del cd. « possesso di stato », consistente nella condizione di chi apparentemente sia in un certo stato personale, indipendentemente dall'essere egli realmente il titolare di quello stato.

76. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. Il diritto italiano vigente ha, in materia di rapporti giuridici assoluti, raccolto e perpetuato nelle loro linee essenziali le strutture del diritto romano. Sopra tutto ciò si nota in materia di *dominium* (proprietà) e di rapporti assoluti in senso improprio, il cui novero e il cui regolamento rispondono in moltissimi punti ai precedenti romani.

2. L'istituto della *possessio* è stato riprodotto e perfezionato dal diritto vigente (a. 1140-1171 c.c.), che ravvisa nel possesso « il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale » (a. 1140 co. 1) e che, pertanto, tutela tuttora in esso essenzialmente una situazione di fatto, assegnandole, come già fece il *ius honorarium*, conseguenze giuridiche.

Dato che il possesso è configurato come « attività umana »,

esso deve presentare i due elementi che caratterizzano ogni attività umana: l'« elemento oggettivo » (cd. *corpore possidere*), consistente nell'esercizio delle facoltà spettanti al titolare sulla cosa, e l'« elemento soggettivo » (cd. *animus possidendi*), consistente nell'intenzione di tenere la cosa per sè « a titolo esclusivo », non riconoscendo un concorrente potere altrui. L'elemento soggettivo vale, in particolare, a far distinguere il possesso dalla « detenzione », la quale si ha quando colui che è in rapporto immediato e diretto con la cosa (cioè, esercita le facoltà del titolare del diritto sulla cosa: ha, insomma, il cd. *corpus*) riconosce la preminente posizione altrui e la dipendenza della propria situazione da quella (non ha il cd. *animus possidendi*) (a. 1140 co. 2). La legge presume, con presunzione *iuris tantum*, che ammette cioè la prova contraria, il possesso in colui che esercita il potere di fatto; cioè presume l'*animus* in chi ha semplicemente il *corpus* (a. 1141). Tale presunzione riguarda solo il momento iniziale: in seguito, a meno che non intervenga un atto di « interversione del possesso » (mutamento del titolo), il possesso e, rispettivamente, la detenzione continuano così come sono sorti (a. 1141 co. 2).

3. Le vicende del possesso concernono il suo acquisto, la sua continuazione e la sua perdita.

3.1. Il possesso si può acquistare « a titolo originario », senza trasmissione da parte di altri, mediante la materiale apprensione della cosa. L'altrui tolleranza, però, non dà origine a possesso, ma, se mai, a semplice detenzione (a. 1144). Modo di acquisto « a titolo derivativo » è invece la consegna (*traditio*) della cosa, nelle sue varie forme: *traditio* effettiva, *traditio* simbolica, *traditio longa manu*, *traditio brevi manu*, *constitutum possessorium*. E' necessario provare specificamente il momento iniziale di acquisto del possesso: perchè, ai sensi dell'a. 1143, il possesso attuale non fa presumere quello anteriore (salvo l'esistenza di un titolo di data certa anteriore). Viceversa, il possesso intermedio si presume: perciò, provato il momento iniziale d'acquisto del possesso, il possesso si presume ininterrotto fino al momento attuale (a. 1142).

3.2. Per far godere al possessore attuale anche gli effetti del possesso di un precedente possessore, la legge ammette la continuità del possesso, cioè la possibilità di congiungere e sommare il

tempo di possessi successivi. A favore del successore universale (*mortis causa*: erede) si ha la « successione » nel possesso, che si attua di diritto e senza interruzione dal momento dell'apertura della successione (a. 1146). A favore del successore a titolo particolare (*mortis causa*: legatario; *inter vivos*: es. compratore) si ha l'« accessione » del possesso, che avviene per volontà del successore, il quale si varrà di tale facoltà solo se gli giova (ad es., se il possesso del suo autore è di buona fede) (a. 1146): tuttavia il successore a titolo particolare in mala fede al momento dell'acquisto non può invocare la buona fede del suo autore (a. 1154).

3.3. Nulla è disposto dal codice circa il momento della perdita del possesso: valgono perciò le regole generali già conosciute dal diritto romano: la perdita del possesso avviene per il venir meno di uno o di tutti e due gli elementi che lo costituiscono.

4. Non tutti i possessori si trovano in una identica situazione, non tutti possono invocare le stesse conseguenze del proprio stato di fatto. Gli effetti del possesso sono diversi e diversi sono i mezzi di difesa di esso, a seconda delle varie specie del possesso: a seconda che esso sia di buona o di mala fede, legittimo (più esattamente detto « ad usucapione ») o meno.

4.1. Il « possesso *ad usucapionem* » (detto, sotto il vecchio codice, « legittimo ») deve essere un possesso acquistato *nec vi nec clam*, cioè deve essere pacifico e pubblico; inoltre, deve presentare i requisiti della continuità e della non interruzione (per una durata di tempo variabile, a seconda dei casi, da un anno a venti anni). La continuità è un requisito che deve ricorrere nella persona stessa del possessore, il quale non deve mai smettere l'esercizio del diritto di cui si tratta. La non interruzione ha riguardo alle eventuali azioni dei terzi che impediscano l'esercizio del possesso: o con l'esercizio del loro diritto in contrasto con il possesso, o privando il possessore del godimento del bene.

4.2. « Possesso di buona fede » è definito dall'a. 1147 quello di colui che possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. Essa è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto.

5. La difesa del possesso è garantita, nel diritto vigente, da speciali rimedi giudiziari di rapida procedura. Tali

rimedi sono: *a*) le « azioni possessorie », di reintegrazione (a. 1168) e di manutenzione (a. 1170), concesse, oltre che al possessore, anche, per espressa disposizione dell'a. 460, al chiamato all'eredità, prescindendo dalla sua materiale apprensione dei beni ereditari; *b*) le « azioni di nunciazione », denuncia di nuova opera (a. 1171) e denuncia di danno temuto (a. 1172), le quali sono concesse, oltre che al possessore, anche al proprietario (o titolare di altro diritto reale) in quanto tale, anche a prescindere dal possesso (n. 92).

5.1. La più importante delle azioni possessorie, cioè quella « di reintegrazione » (a. 1168), che difende il possessore dallo spoglio violento o clandestino, può esperirsi entro l'anno dal sofferto spoglio (o dalla cessazione della clandestinità); spetta, per qualunque tipo di beni (mobili o immobili) ed a qualunque possessore (di buona o mala fede), anzi anche al detentore (fatta eccezione per chi detiene le cose per ragioni di servizio o di ospitalità: a. 1163). Inoltre, non soltanto viene concessa contro l'autore di atti di privazione del possesso violenti o clandestini, ma può essere rivolta contro il terzo acquirente, consapevole dello spoglio (a. 1169). La restituzione viene ordinata dal giudice sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione (a. 1168).

5.2. L'azione « di manutenzione », a differenza dell'azione di spoglio, tutela solo il possessore di beni immobili o universalità di mobili. Il possesso, inoltre, deve presentare i requisiti che caratterizzano il possesso *ad usucapionem* (possesso cd. legittimo): deve essere non violento nè clandestino, continuo ed ininterrotto (da almeno un anno). L'azione, che va proposta entro l'anno dalla avvenuta turbativa, mira appunto ad impedire le molestie di diritto o di fatto. Anche colui che ha subito uno spoglio non violento nè clandestino può chiedere di essere rimesso nel possesso, purchè il suo possesso presenti i requisiti già detti (a. 1170).

§ 12. — LE POTESTÀ FAMILIARI

SOMMARIO: 77. La *patria potestas*. — 78. Le vicende della *patria potestas*. — 79. Le altre potestà familiari. — 80. La *tutela impuberum*. — 81. La *tutela mulierum*. — 82. Le curatele. — 83. Ragguaglio di diritto moderno.

77. LA « PATRIA POTESTAS ».

1. La *patria potestas* fu la *potestas* spettante al *paterfamilias*, capo del gruppo familiare, sulle persone che fossero a lui sottoposte e legate da vincolo agnatizio (*filius familias*). In altri termini, dato che i *filius familias* non erano soggetti, ma oggetti di diritti, la *patria potestas* si configura come un rapporto giuridico assoluto del *ius privatum* intercorrente tra il *paterfamilias* e tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, tenuti al rispetto dei suoi poteri familiari.

Gaio (1. 55) dice della *patria potestas* che fu un istituto tipicamente romano, di cui gli altri popoli dell'antichità non ebbero nozione. Questa affermazione è esatta nel senso che nessun popolo dell'antichità (e tanto meno alcun popolo moderno) conobbe la configurazione privatistica romana dei rapporti familiari, secondo cui l'unico soggetto di diritto privato era il *pater*. Ma è da notare che gli stessi Romani, se pur conservarono, sino a tutta l'epoca classica, in omaggio all'antico *mancipium* ed al processo genetico della loro *civitas* e del loro *ius privatum*, la configurazione rigidamente potestativa dei rapporti familiari, non applicarono tale configurazione nel campo dei rapporti di diritto pubblico, nei quali erano considerati soggetti giuridici tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro qualità di *pater* o di *filius familias*.

La derivazione della *patria potestas* dal rudimentale *mancipium* quiritario indifferenziato si mostra chiaramente nell'esame di quelle che, ancora all'epoca storica, sono le facoltà del *pater* sui *filius familias*: facoltà, per vero dire, più teoriche che pratiche, dato che lo sviluppo della civiltà romana non rendeva concepibile l'abuso, o anche soltanto l'uso, di alcune tra le più imperiose di esse.

2. Tradizionalmente le facoltà del *pater familias* si esprimono nelle seguenti tre categorie: *ius vendendi*, *ius noxae dandi* e *ius vitae ac necis*, cui bisogna aggiungere il *ius exponendi*.

2.1. Dei tre gruppi il « *ius vitae ac necis* » era, indubbiamente, la facoltà di tutte più grave: il *pater familias* aveva, infatti, la possibilità di uccidere, se lo ritenesse opportuno o necessario, i suoi *filii*. Tuttavia, già sin dai più antichi tempi il sentimento religioso e la coscienza sociale limitavano in pratica l'esercizio di questo potere. Più tardi si usò colpire con *nota censoria* i *patres familiarum*, che abusassero del *ius vitae ac necis*. Più tardi ancora, a partire dal I secolo d.C., cominciarono addirittura ad essere presi provvedimenti limitativi dell'*ius vitae ac necis*: i maltrattamenti del *filius* furono considerati da Traiano come determinativi dell'obbligo alla emancipazione del *filius* stesso; l'uccisione del *filius* fu considerata da Adriano causa di deportazione del *pater*; e la giurisprudenza ritenne che, in ogni caso, il *filius* non potesse essere ucciso senza essere stato prima ascoltato dal padre. Ma furono reazioni singole. Solo in età postclassica, per influenza della religione cristiana, il *ius vitae ac necis* del *pater familias* venne dapprima fortemente compresso e poi praticamente abolito. Costantino punì come *crimen* di omicidio l'uccisione del *filius familias*.

2.2. Il « *ius noxae dandi* » era la facoltà del *pater* di effettuare la *noxae deditio* del *filius* che avesse commesso un delitto (n. 137): con il che il *pater* respingeva da sé la responsabilità per l'illecito commesso dal *filius*. Anche questa facoltà del *pater familias* fu peraltro abolita da Giustiniano.

2.3. Il « *ius vendendi* » era, infine, la facoltà del *pater* di alienare il figlio mediante *mancipatio*. In tal caso il *filius* alienato diveniva *liber in causa mancipii* dell'acquirente, ma se questi lo manometteva ritornava *ipso iure* sotto la *potestas* del *pater* (n. 79). Tuttavia, questa facoltà del *pater familias* fu osteggiata dai Romani sin dai tempi più antichi, come quella che poteva più facilmente svilire la dignità della *familia*. Pertanto, già le *leges XII tabularum* sancirono che, se il *pater* avesse alienato lo stesso *filius* tre volte, il *filius* fosse esente per sempre dalla sua *potestas*; l'interpretazione giurisprudenziale successiva fece il resto (n. 78). In età

postclassica, a partire dal sec. IV d. C., le disagiate condizioni economiche dei tempi fecero diffondere l'uso della vendita dei figli appena nati (che altrimenti sarebbero stati esposti): Costantino, non potendo vietarla, stabilì che il *pater* potesse sempre riscattare successivamente il figlio; Giustiniano confermò questa regola, ma limitò la possibilità della vendita ai soli casi di estrema povertà.

2.4. Altra facoltà del *pater familias* era quella di esporre i figli neonati (« *ius exponendi* »). Giustiniano dispose che l'esposto non potesse essere schiavo di colui che l'avesse raccolto, contrariamente a quanto si era ritenuto sino ad allora.

3. Il contenuto patrimoniale della *patria potestas* si riassume nel principio per cui l'unico titolare del patrimonio familiare era il *pater familias*, in virtù del fatto che il *filius* era oggetto di diritti, e quindi « *nihil suum habere potest* ». Tuttavia, la coscienza sociale ritenne che i figli « *vivo quoque parente quodammodo domini existimantur* ». È comunque gli acquisti del *filius* erano validi per il *pater*, mentre addirittura si ammise, nell'età classica, che il *filius* potesse effettuare una stipulazione sospensivamente condizionata alla morte del padre.

A prescindere dai casi in cui il pretore ritenne obbligato il *pater* per i debiti contratti nel suo interesse o con la sua autorizzazione dal *filius* (casi delle cd. *actiones adiecticiae qualitatis*: n. 52), importanti fratture nella regola della esclusiva titolarità paterna del patrimonio familiare furono costituite dal regime dei *peculii*.

3.1. Il primo tipo di *peculium* che si diffuse in Roma, già in età preclassica, fu il così detto « *peculium profecticiu* », cioè « *peculium a patre profectum* », il quale consisteva in una piccola quantità di beni (« *pusilla pecunia* ») concessa dal padre al figlio per i suoi bisogni o per l'esercizio di una certa attività industriale o commerciale. Il *peculium profecticiu* era un fatto interno della *familia*: il *filius* aveva la libera *administratio* dello stesso nei limiti fissati dal *pater* e rispondeva al *pater*, titolare dei diritti sulle *res peculiares*, della sua amministrazione.

3.2. Agli inizi dell'età classica cominciò a diffondersi un altro tipo ancora più caratteristico di *peculium*, il « *peculium castrense* », costituito originariamente dai beni acquistati dal *filius familias* durante il servizio militare (bottino di guerra), nonchè dai beni

a lui concessi dal *pater* al momento della partenza per il campo. Relativamente al *peculium castrense* i *fili*i vennero progressivamente ad essere ancora più liberi che rispetto al *peculium profecticiu*m: essi, anche quando il servizio militare fosse cessato (e si trovassero, quindi, nella condizione di *veterani*), poterono manomettere gli schiavi, effettuare *donationes mortis causa* delle *res peculiares*, disporre testamentariamente delle stesse come se fossero dei veri e propri soggetti giuridici riguardo ai *bona castrensia*. Solo se il *filius familias miles* morisse senza aver fatto testamento, il *peculium castrense* rientrava nel patrimonio del *pater*, « *iure peculii* » (e non a titolo di successione).

3.3. In età postclassica, mentre l'oggetto del *peculium castrense* si era ancora più ampliato e i poteri del *filius* sullo stesso si erano ancora più estesi, sorse, ad iniziativa di Costantino, un *peculio* analogo al *castrense*, il « *peculium quasi castrense* », costituito da tutto ciò che il *filius familias* avesse potuto acquistare durante e a causa dell'esercizio della *militia civilis*, vale a dire degli impieghi di corte o statali.

3.4. Costantino approvò un grave strappo ai poteri paterni, stabilendo che i beni lasciati dalla madre, sia testamentariamente che a titolo di successione legittima, al proprio *filius*, fossero acquistati dal *pater familias* solo a titolo formale, ma rimanessero riservati al *filius* per l'epoca in cui costui, essendo morto il padre, avesse raggiunto la autonomia giuridica privata. Pertanto si ritenne che su questi « *bona materna* » il *pater familias* altro non avesse che una sorta di usufrutto e che la nuda proprietà spettasse ai figli *in potestate*. E il regime fu esteso anche, successivamente, al caso di beni lasciati dalla madre ai figli mediante legato, nonché ai cd. « *bona materni generis* », cioè ai beni ereditati dagli ascendenti materni: tutti elementi unificati nel concetto di « *peculium adventicium* » (o « *adventicium* », o « *bona adventicia* »).

3.5. Nel diritto giustiniano la incapacità patrimoniale del *filius* era praticamente scomparsa. Il *pater* era solo formalmente il titolare del potere di disposizione sul patrimonio di lui, ma questo, per unanime riconoscimento, era ritenuto di spettanza del *filius*, il quale avrebbe perfezionato anche formalmente l'acquisto all'atto della morte del *pater*.

78. LE VICENDE DELLA « PATRIA POTESTAS ».

1. I modi di costituzione della *patria potestas* erano: la procreazione *ex iustis nuptiis* dei figli e discendenti inferiori; l'*adrogatio*, atto di sussunzione alla propria *potestas* di un altro *pater familias*; l'*adoptio*, atto di acquisto della *potestas* su un *filius familias* altrui. Modi di estinzione erano i seguenti: la morte o la *capitis deminutio* del *pater*, la morte o la *capitis deminutio* del *filius*, l'*adoptio* di questi da parte di terzi, la sua *emancipatio*. Occorre, in particolare, parlare dell'*emancipatio*, dell'*adrogatio* e dell'*adoptio*.

2. L'*emancipatio* fu l'atto di liberazione del *filius* dalla potestà paterna, e quindi (salva l'ipotesi che sopravvenisse l'*adoptio*) di acquisto da parte del *filius* della qualità di *persona sui iuris*. L'istituto fu creato dalla giurisprudenza pontificale sulla base di una sottile interpretazione di un versetto delle XII tavole: « *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* ». La norma delle XII tavole aveva voluto reagire all'abuso del *ius vendendi* da parte degli antichissimi *patres familiarum* (n. 77), stabilendo che, se un *pater* avesse esercitato tre volte il suo *ius vendendi* relativamente a un certo *filius*, costui fosse esente dalla sua *potestas*. La giurisprudenza pontificale suggerì quindi la pratica di vendere per tre volte successive il *filius* ad una persona di fiducia allo scopo di renderlo *sui iuris*. Più precisamente, la *emancipatio* avveniva così: mancipazione del *pater familias* al *pater fiduciarius* con *pactum fiduciae* di *remancipatio*, oppure di *manumissio* della persona acquistata *in causa mancipii*; a seguito del riacquisto della *patria potestas* sul *filius*, rinnovazione della vicenda ora descritta; a seguito del secondo riacquisto della *patria potestas* sul *filius*, seconda rinnovazione di quella vicenda, ma con la conseguenza che la *manumissio* del *filius* da parte della persona di fiducia implicava per lui l'acquisto dell'autonomia familiare. Anzi, siccome la *manumissio* da parte del *pater fiduciarius* determinava il sorgere di un rapporto di *patronatus* tra questi e l'emancipato, si preferì che il *pater fiduciarius* rimancipasse il *filius* al *parens*.

manumissor, il quale (avendo perduto la *patria potestas* su di lui) lo acquistava come *liber in mancipio* e, manomettendolo, ne diventava egli stesso il *patronus*. In considerazione del fatto che le XII tavole parlavano di « *filius* », la giurisprudenza giunse anche a ritenere che, per la emancipazione delle *filiae* e dei *neptes*, non occorressero tre *mancipationes*, ma ne fosse sufficiente una soltanto.

2.1. In età postclassica questa complessa formalità dell'emancipazione si mantenne viva, ma l'imperatore Anastasio, nel 502 d. C., le pose accanto la forma semplificata dell'« *emancipatio per rescriptum principis* », che poteva essere operata in caso di assenza dell'emancipando. Giustiniano confermò la cd. « *emancipatio Anastasiana* » ed abolì la forma antica. Non era richiesto, in diritto classico, il consenso del *filius* all'emancipazione, ma il requisito fu introdotto da Anastasio e conservato da Giustiniano.

2.2. L'*emancipatio* era un atto discrezionale del *pater*, ma in taluni casi il diritto classico la rese obbligatoria. Traiano la impose, come si è detto (n. 77), in caso di maltrattamenti; così pure l'emancipazione fu ritenuta doverosa nel caso di fedecompresso ad emancipare. Nel diritto postclassico, l'*emancipatio* si verificava addirittura *ipso iure* nella ipotesi che il *filius* avesse ottenuto determinate cariche civili od ecclesiastiche, o che il *pater* avesse compiuto determinati abusi, particolarmente gravi, nell'esercizio della sua *potestas*.

2.3. Per effetto dell'acquistata autonomia familiare, l'emancipato diventava capace di compiere acquisti patrimoniali per sé. Se, durante la sottoposizione alla *patria potestas*, egli aveva ricevuto un *peculium profecticiu*, tale *peculium* diveniva di sua proprietà, salvo che il *pater* non lo reclamasse esplicitamente. Il *peculium castrense*, il *peculium quasi castrense* ed il *peculium adventiciu* spettavano a lui in ogni caso. Ma, per i *bona adventicia*, Costantino stabilì che il *pater*, a titolo di compenso per la perdita del suo usufrutto sui *bona* stessi, avesse diritto ad un terzo; Giustiniano concesse al *pater* l'usufrutto della metà.

3. L'*adrogatio* fu una procedura antichissima di assunzione della *patria potestas* su altro *pater familias*, e quindi di sottoposizione di costui e di tutti i suoi sottoposti alla *potestas* del-

l'« *adrogator* ». La gravità del fatto, per cui la *familia* dell'« *adrogatus* » scompariva dal novero delle autonome *familiae* romane per essere assorbita in quella dell'*adrogator*, implicava che l'atto dovesse avvenire con particolari solennità pubbliche e sotto gli auspici della religione e dei pubblici poteri. Pertanto, affinché potesse essere operata l'*adrogatio*, occorreva che arrogante ed arrogando si rivolgessero ai *comitia curiata*, in occasione di una delle due riunioni annuali degli stessi (15 marzo e 15 maggio), ed ivi esponessero la loro volontà di unificare le rispettive *familiae*, nel senso che la *familia* dell'arrogando fosse assorbita da quella dell'arrogante. Dato che, tra l'altro, l'istituto implicava la fine del culto familiare della *familia* dell'*adrogatus*, intervenivano a valutarne la opportunità dal punto di vista sociale e da quello religioso i *pontifices*, che operavano a questo scopo una preventiva inchiesta, di cui dovevano rendere conto ai *comitia curiata*. Davanti ai *comitia*, se ed in quanto i pontefici avessero espresso parere favorevole, *adrogator* ed *adrogandus* dichiaravano solennemente la loro volontà, di cui le *curiae* prendevano atto. Quindi l'arrogato passava ad operare la « *detestatio sacrorum* », cioè la rinuncia al proprio culto familiare, che veniva per conseguenza ad essere estinto.

3.1. Per ciò che concerne la forma dell'atto, in epoca storica i *comitia curiata* erano rappresentati simbolicamente da 30 littori, ai quali il *pontifex* rivolgeva (senza peraltro chiedere esplicita risposta) la domanda: « *Velitis iubeatis, uti L. Titius S. Sempronio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est, haec ita uti dixi, ita vos Quirites rogo* ». Ma la formula è di probabile conio repubblicano e presuppone nei *comitia curiata* un potere deliberante, che non è presumibile essi avessero in realtà: più probabile è che, in età arcaica l'interrogazione fosse rivolta dal pontefice, davanti (« *ad* ») i *comitia*, all'arrogatore ed all'arrogando, i quali rispondevano affermativamente. Comunque, l'*adrogatio* continuò ad effettuarsi, sino a tutto il periodo classico ed oltre, sulla base delle formalità descritte, cioè, come si soleva dire, « *per populum* ». Solo Diocleziano introdusse, agli inizi dell'età preclassica, una forma semplificata, « *per rescriptum principis* »: muniti del rescritto autorizzativo dell'imperatore,

adrogator e *adrogatus* sancivano il loro accordo davanti al *praeses provinciae*.

3.2. Per ciò che concerne il contenuto dell'atto, si affermarono gradatamente, in età imperiale, i seguenti requisiti di massima: che l'*adrogator* avesse almeno 60 anni, che l'*adrogator* non avesse già altri figli naturali o adottivi, che l'*adrogatus* non fosse più ricco dell'*adrogator*.

3.3. Effetto dell'*adrogatio* era la perdita dell'autonomia familiare da parte dell'*adrogatus*, che passava, come si è detto, a far parte con tutti i suoi sottoposti della *familia* dell'*adrogator*. Conseguentemente a ciò il patrimonio dell'*adrogatus* veniva assorbito nel patrimonio dell'*adrogator*, verificandosi una sorte di successione *inter vivos* (n. 62). A differenza della successione *mortis causa*, peraltro, l'*adrogator* (successore) non era tenuto a sobbarcarsi alle *obligationes* contratte dall'*adrogatus*, ma il pretore ammise che i creditori dell'*adrogatus* esercitassero le loro azioni personali contro costui « *rescissa capitis deminutione* », cioè in base alla finzione che non fosse avvenuta la *capitis deminutio* (*minima*) dell'arrogato.

3.4. Privata di rilevanza giuridica fu la cd. « *adoptio testamenti facta* », di cui l'esempio più noto è quello della adozione di C. Ottavio (cioè di Augusto) da parte di Giulio Cesare nel testamento in cui questi lo istituiva suo erede. E' probabile che Augusto, per conferire una veste di giuridicità alla disposizione di Cesare, la abbia fatta confermare, a titolo di *adrogatio*, dai *comitia curiata*. Ma a prescindere dalle irregolarità delle stesse procedure adottate da Augusto, sta di fatto che l'adozione testamentaria, ricalcata su modelli greci, aveva un rilievo puramente sociale.

4. L'*adoptio* consisteva nell'acquisto della *potestas* su un *filius familias* altrui, il quale pertanto passava dalla condizione di *filius* del suo *pater* originario (naturale o adottivo che fosse) a quella di *filius* del nuovo *pater*. Ad ottenere questo risultato la giurisprudenza romana pervenne attraverso lo sfruttamento dell'*emancipatio*. Il *pater* originario, d'accordo con una persona di fiducia, compiva le pratiche dell'*emancipatio*, ma prima della *manumissio* finale (da parte del *pater fiduciarius* oppure del *parens manumissor*)

si faceva avanti l'adottante a *vindicare* il *filius* come proprio in un regolare processo *in rem*: il convenuto operava la *in iure cessio* (n. 86) e il *filius* (o la *filia*, o il *nepos*) veniva attribuito allo adottante.

4.1. In diritto giustiniano, dopo un'oscura evoluzione post-classica, l'*adoptio* continuava ad essere distinta dall'*adrogatio* quanto ai soggetti passivi (*filius familiarum* per l'*adoptio*, *patres familiarum* per l'*adrogatio*), ma i due istituti erano considerati come sottospecie di una categoria più generale, denominata « *adoptio* » in senso lato. La quale *adoptio*, quanto agli effetti, si distingueva in *plena* e *minus plena*.

« *Adoptio plena* » fu quella operata dall'ascendente paterno o materno (nei riguardi, dunque, di un *nepos in potestate*): essa produceva la *capitis deminutio minima* dell'adottato, il quale perdeva ogni legame con la famiglia di origine ed era completamente equiparato, anche nei riguardi successori, ai *fili* dell'adottante. In ogni altro caso (e quindi anche nella ipotesi di *adrogatio*), l'*adoptio* era « *minus plena* », e in quanto tale non determinava nello adottante l'acquisto della *patria potestas* sull'adottato, nè determinava nell'adottato la perdita dei suoi vincoli anche successori con la *familia* di origine. L'*adoptio minus plena*, visto che non operava l'acquisto della *patria potestas*, fu concessa anche alle donne, ma solo nel caso che queste volessero rimpiazzare figli defunti (« *ad solacium filiorum amissorum* »).

Giustiniano regolò la nuova *adoptio* anche relativamente alla forma ed ai requisiti. Quanto alla forma, egli stabilì che l'adozione delle persone *sui iuris* (cioè l'*adrogatio*) si facesse con l'autorizzazione dell'imperatore, mentre per l'adozione delle persone *alieni iuris* fu sufficiente l'autorizzazione di un magistrato. Quanto ai requisiti, egli richiese anzi tutto il consenso dell'adottato all'adozione, e regolò, in linea generale, l'istituto sul principio « *adoptio imitatur naturam* »: dal che derivò l'esigenza che l'adottante fosse non solo maggiore di età dell'adottato, ma che avesse almeno 18 anni più di lui.

79. LE ALTRE POTESTÀ FAMILIARI.

1. Altre *potestates* del *pater familias* furono: la *potestas sui liberi in causa Mancipii* e la *manus maritalis*.

2. La *potestas sui liberi in causa Mancipii* fu un rapporto assoluto intermedio tra la *patria potestas* e la *dominica potestas* (n. 88).

« *Liberi in causa Mancipii* » erano tutti coloro che si trovassero in soggezione altrui (*in causa Mancipii*) essendo peraltro liberi. Tali furono considerati: i *filii* che il *pater* avesse trasferito a terze persone, esercitando il proprio *ius vendendi* o il proprio *ius noxae dandi* (n. 77); i « *nexi* », cioè le persone (*sui o alieni iuris*) *Mancipate* (da se stesse o dal proprio *pater familias*) al creditore a garanzia del pagamento del debito; i « *redempti ab hostibus* » sinchè non avessero risarcito il *redemptor* del prezzo del riscatto che questo avesse pagato ai nemici; i ladri colti in flagrante (*fures manifesti*), se ed in quanto il *praetor* li avesse *addicti*, come stabilivano le XII tavole, al derubato. La presenza della libertà e della cittadinanza nelle persone *in causa Mancipii* faceva sì che esse fossero iscritte nel censo, facessero parte del comizio e dell'esercito, fossero eleggibili (almeno teoricamente) alle magistrature, e che inoltre il loro matrimonio fosse *iustum*. Viceversa, dal punto di vista privatistico i *liberi in causa Mancipii* erano totalmente privi di capacità, essendo privi di autonomia familiare, con la conseguenza che non potevano fare acquisti patrimoniali a se stessi e che i loro discendenti erano egualmente *in causa Mancipii* dell'avente potestà.

Motivi della decadenza dell'istituto nel diritto classico furono le limitazioni progressivamente subite dal *ius vendendi* e dal *ius noxae dandi* del *pater familias*, l'abolizione del *nexum* operata dalla *lex Poetelia Papiria* del 326 a. C., nonchè, più in generale, la ripugnanza manifestata dal costume sociale verso questa rozza sopravvivenza di tempi antichissimi. Nell'età giustiniana l'istituto era completamente scomparso.

2.1. Causa di estinzione della condizione di *liber in causa Mancipii* erano la *manumissio*, generalmente operata nella forma di *manumissio vindicta*, oppure anche la *solutio per aes et libram*, se lo stato di *causa Mancipii* fosse stato determinato da

nexum o da *noxae deditio*. La persona in causa *mancipii*, che fosse stata manomessa, entrava con l'ex-avente potestà in rapporto di *patronatus*, analogamente ai *liberti*.

In età classica la manumissione veniva imposta dal pretore nel caso che il fiduciario dell'emancipazione si sottraesse all'impegno di liberare il figlio che gli era stato venduto esclusivamente a questo scopo, e, così pure, nel caso che il figlio dato a nozze avesse col suo lavoro raggiunto l'importo della penale che il suo *pater familias* sarebbe stato tenuto a pagare se non avesse effettuato la *noxae deditio*.

3. La *manus maritalis* fu un altro rapporto potestativo familiare derivato dalla dissoluzione dell'antico *mancipium*. Essa consisteva nel potere del *maritus* o del suo *pater familias* (se il *maritus* fosse a sua volta *filius familias*) sulla *uxor in manu*, cioè sulla donna entrata a far parte della *familia*, in posizione analoga a quella di una *filia* (« *filiae loco* »), a seguito dell'antichissima *conventio in manum* e del successivo *matrimonium cum manu* (n. 57).

3.1. Fatti costitutivi del *matrimonium cum manu* erano, come si è detto a suo tempo (n. 57), la *confarreatio*, la *coemptio* e l'*usus*. La « *confarreatio* » era una cerimonia religiosa compiuta davanti al *flamen Dialis* (forse anche al *pontifex maximus*) e a 10 testimoni: il complesso rituale (nel corso del quale la moglie diceva al marito: « *ubi tu Caius, et ego Caia* ») implicava, tra l'altro, che i due nubendi spezzassero un pane di fatto (*panis farreus*) in onore di *Iupiter Farreus*. L'« *usus* », applicazione dell'*usucapio* (n. 85), consisteva nell'esercizio di fatto dei poteri domestici sulla *mulier* per la durata di almeno un anno. La « *coemptio matrimonii causa* » era un'applicazione della *mancipatio* (n. 86) e consisteva, appunto, nella *mancipatio* della *mulier* al *maritus* da parte del *pater familias* di lei (o nella automancipazione della donna, se *sui iuris*): il *maritus*, che pagava simbolicamente la donna « *nummo uno* », dichiarava probabilmente per esplicito di assumerla come moglie.

3.2. La *manus maritalis* cessava: o per morte del *maritus pater familias*, o per *manumissio* della *mulier* da parte dell'avente

potestà (che rimaneva, in tal caso, *patronus* di lei), o per *divortium*. Il *divortium* (n. 57) necessitava di un *actus contrarius* a quello costitutivo, cioè: o della « *diffarreatio* » (di cui non si conoscono i particolari) o della *remancipatio* della *mulier* al suo antico *pater familias*, oppure ad una persona di sua fiducia, che avrebbe provveduto a manometterla.

80. LA « TUTELA IMPUBERUM ».

1. In età storica la *tutela impuberum*, di cui si sono delineate (ipoteticamente) le origini (n. 71), era un istituto di assistenza dei soggetti giuridici incapaci di agire per ragioni di età (*impuberes*: n. 52). A tale uopo erano demandati ad un soggetto capace di agire (*tutor*) poteri di sorveglianza, di sostituzione o di integrazione dell'attività giuridica dell'assistito (*pupillus*, *pupilla*): « *tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa* » (Ulp. D. 26. 1. 1 pr.).

Il carattere accentuatamente potestativo della *tutela* dei tempi storici fa intendere come in antico le cose andassero in modo alquanto diverso. In periodo arcaico, non essendosi ancora profilata la distinzione tra capacità giuridica e di agire, gli *impuberes*, che erano palesemente incapaci di agire, erano probabilmente addirittura considerati, per tutto il periodo della *impubertas*, come giuridicamente incapaci, pur quando il loro *pater familias* fosse venuto meno per morte o *capitis deminutio*: quindi, anzichè acquistare l'autonomia familiare, essi passavano dalla *potestas* del *pater* scomparso a quella di un altro soggetto giuridico (solo più tardi denominato « *tutor* », da « *tueri* »), che la esercitava sino al giorno del raggiungimento della pubertà. Con l'andar del tempo si riconobbe che il *pupillus*, pur essendo *impuber*, e quindi incapace di agire, era, in questi casi, *sui iuris*: di conseguenza, i poteri di colui che veniva (ormai a buon diritto) chiamato il *tutor* andarono progressivamente limitandosi, salvo, per ovvii motivi, che nei confronti degli *infantes*, cioè degli *impuberes* « *qui fari non possunt* » (sino a 6 o 7 anni circa). In età classica, ed ancor più in periodo postclassico, gli ultimi residui della antica struttura pote-

stativa dell'istituto si sgretolarono notevolmente, senza peraltro scomparire del tutto, sì che la *tutela* divenne un ibrido, con atteggiamenti puramente esteriori di « *vis ac potestas* » e con intima sostanza di un *munus* gravante sulla persona del *tutor*.

2. Fatti costitutivi della *tutela impuberum*, in età storica, furono: a) la *datio tutoris testamentaria*, cioè la nomina di un *tutor* (*tutor testamentarius*) fatta dal *pater familias* nel *testamentum* (n. 63) per il tempo successivo alla sua morte; b) subordinatamente alla mancata nomina o accettazione del *tutor testamentarius*, la *successio ab intestato* (n. 64), in forza della quale, alla morte del *pater familias*, erano chiamati dalla *lex XII tabularum* all'ufficio di *tutor* (*tutor legitimus*) gli *adgnati* o, in mancanza, i *gentiles*; c) subordinatamente alla mancanza di *tutores legitimi*, la *datio magistratus*, cioè la nomina di un *tutor* (cd. *tutor Atilianus*) fatta, in forza della *lex Atilia de tutore dando* (sec. II a. C.), dal *praetor* o, in forza di leggi successive, dei *praesides provinciarum*.

2.1. Il « *tutor testamentarius* » (anche detto « *dativus* ») era dato dal *pater* al *filius familias* impubere nel suo *testamentum* (o nei *codicilli testamento confirmati*) mediante una formulazione imperativa tradizionale: « *L. Titius liberis meis tutor esto* » o « *L. Titium liberis meis tutorem do* ». La nomina aveva effetto nel momento stesso in cui si verificava l'acquisizione successoria da parte dell'*heres institutus*: il *tutor* non poteva non accettarla, ma poteva solo operare una successiva « *abdicatio tutelae* ». La giurisprudenza e il *ius novum* dell'età classica smussarono in numerosi punti le angolosità dell'istituto, avvicinandolo sempre più alla *tutela Atiliana*. Purchè intervenisse una « *confirmatio* » magistratuale a titolo di sanatoria, furono ammesse le designazioni in forma diversa da quella tradizionale, fu concesso al *pater* di nominare il tutore anche al *filius emancipatus*, al *suus exheredatus*, al *postumus suus*, furono riconosciute le nomine fatte (in mancanza di quella del *pater*) dalla *materfamilias*, da altri parenti, dal *patronus*: in tutte queste ipotesi il *tutor testamentarius* acquistava il suo titolo nel momento della *confirmatio*, anzichè in quello (precedente) dell'acquisizione successoria. Quanto all'*abdicatio*, a par-

tire dall'imperatore Claudio (sec. I d.C.) essa fu ammessa solo se il *tutor* potesse addurre convincenti *excusationes*, e nel sec. II d.C. essa fu addirittura abolita.

2.2. Il « *tutor legitimus* » era indicato dalle *XII tabulae* nella categoria degli *adgnati* e subordinatamente in quella dei *gentiles*. Forse, in origine la vocazione tutoria *ex lege* combaciava perfettamente con quella ereditaria (n. 64), ma in epoca storica sta di fatto che esse differivano in qualche cosa: per « *adgnati* » chiamati alla tutela si intendevano i parenti agnatizi del pupillo in ordine di prossimità (prima i fratelli *ex patre*, poi i fratelli del padre ecc.); le donne erano escluse dalla vocazione; venendo a mancare gli *adgnati* più vicini, il titolo passava a quelli meno stretti; se vi erano più *vocati* dello stesso grado, essi erano contutori dell'impubere; la vocazione dei *gentiles* era praticamente desueta già in età preclassica. Se l'impubere era un *libertus*, la tutela ne spettava al *patronus* o, in subordinata, ai discendenti di costui. La tutela dell'*impuber emancipatus* era tradizionalmente attribuita, a titolo di *tutela fiduciaria*, a chi avesse compiuto l'ultima sua *manumissio* (quindi, di solito, al *parens manumissor*). Il *tutor legitimus* non poteva in nessun modo liberarsi della tutela: la possibilità di fare la *in iure cessio tutelae* (a favore di un amico che si prestasse a citarlo all'uopo in giudizio) gli era riconosciuta nei tempi più antichi, ma gli fu poi rifiutata già in periodo preclassico in considerazione del più moderno concetto di *tutela* come *munus*.

2.3. Il cd. « *tutor Atilianus* » (o « *dativus* », o « *decretalis* ») fu istituito da una *lex Atilia* del 210 a.C. (?), la quale, forse confermando una prassi magistratuale ancora precedente, dispose che, in mancanza di *tutor testamentarius* o *legitimus*, chiunque potesse rivolgersi al *praetor* affinché desse all'impubere un tutore di sua scelta: la madre e altri parenti stretti erano addirittura obbligati alla *postulatio* relativa. La nomina del *tutor* era fatta dal *praetor* con l'assistenza della maggioranza dei *tribuni plebis*. Ai Romani delle *provinciae* provvidero le *leges Iulia* e *Titia* (sec. I a.C.), conferendo il potere di nominare il *tutor* ai *praesides provinciarum*. Nel sec. I d.C. competenti alla nomina in Roma divennero anche i *consules*; sul finire del II sec. d.C. fu creato un apposito *praetor tutelar*; in età postclassica il *praetor tutelar* fu degradato ad as-

sistente, unitamente a 10 senatori, del *praefectus urbis*. Ma quel che è importante è che sin dall'inizio la *tutela Atiliana* rivestì i caratteri di un *munus publicum*, cui ci si poteva sottrarre solo adducendo comprovate « *excusationes* » (uffici pubblici rivestiti, altre tutele da esercitare, numero elevato di figli da mantenere ecc.): il che influì decisamente sulla evoluzione delle altre due forme di *tutela*.

3. Le funzioni del *tutor* variarono, nel corso dell'età classica, piuttosto sensibilmente a seconda del tipo di *tutela*. Mentre, infatti, la *tutela testamentaria* e quella *legittima* conservarono a lungo tracce del carattere di *potestates*, la *tutela Atiliana* ebbe sin dall'inizio mero carattere di *munus publicum*, di onere assistenziale imposto dal pubblico interesse.

I poteri tutori si concretavano, più precisamente, in tre gruppi di attività: a) generica sorveglianza sulla condotta personale del *pupillus* (o *pupilla*), non sanzionata per altro in alcun modo dal *ius privatum*; b) « *audivitatis interpositio* » nei riguardi degli atti giuridici leciti posti in essere dal *pupillus*: essa si esercitava attraverso una dichiarazione con cui il *tutor* esprimeva la sua approvazione all'atto; c) « *administratio patrimonii* » (detta anche *negotiorum gestio*), cioè gestione del patrimonio pupillare in nome proprio ma per conto del *pupillus*, con facoltà di entrare all'uopo in rapporti giuridici con terzi.

3.1. L'*audivitatis interpositio* si esercitava nei riguardi del pupillo *infantia maior*; l'*administratio patrimonii* essenzialmente nei riguardi del pupillo *infans*. Inoltre, l'*administratio patrimonii* era tipica dal *tutor Atilianus*, mentre non spettava, di regola, agli altri due *tutores*. Questi potevano volontariamente assumerla solo se preventivamente prestassero al pupillo una *cautio* di non dilapidargli il patrimonio (« *satisfactio rem pupilli salvam fore* »). Settimio Severo limitò fortemente l'*administratio*, vietando, salvo eccezioni, l'alienazione dei *praedia rustica et suburbana* (« *oratio Severi* » del 195 d.C.). Seguirono di poi altre limitazioni, sinché, in diritto giustiniano, si affermò il principio che il *tutor* avesse bisogno dell'autorizzazione magistratuale in ordine a qualsiasi atto eccedente la ordinaria amministrazione, cioè in ordine a qualsiasi alienazione che non avesse per oggetto i frutti e le cose deperibili.

4. Fatti estintivi della *tutela impuberum*, in età storica, furono: a) il raggiungimento della *pubertas* da parte del *pupillus* o della *pupilla* (la quale ultima passava alla *tutela mulierum*: n. 81); b) la morte o *capitis deminutio* del *tutor*; c) la solenne « *abdicatio tutelae* » da parte del *tutor testamentarius* (con conseguente instaurazione della *tutela legitima*); d) la « *in iure cessio tutelae* » operata dal *tutor legitimus* ad un *tutor cessicius* (la quale, peraltro, implicava il trasferimento del solo esercizio della *tutela*, e non della titolarità della stessa); e) la « *remotio* » del *tutor Atilianus* (e dei *tutores* equiparati) fatta dal magistrato in considerazione della sua inettitudine. Nel sec. II d.C., essendo stata abolita la *abdicatio tutelae testamentariae* e vietata la *in iure cessio tutelae legitimae*, la *remotio* fu estesa al *tutor legitimus* condannato nell'*accusatio suspecti tutoris*.

5. La responsabilità dei *tutores* per la gestione tutelare va considerata in rapporto ai terzi ed in rapporto al *pupillus* (o *pupilla*).

5.1. Di fronte ai terzi il tutore era responsabile di tutti gli atti commessi in nome proprio e per conto del *pupillus* a titolo di *administratio*. Per gli atti compiuti dal *pupillus* con l'*auctoritas* del tutore (*tutore auctore*) era, invece, direttamente responsabile il *pupillus*.

5.2. Di fronte al *pupillus*: a) il *tutor legitimus* fu considerato responsabile, sino a tutta l'età classica, solo per le volontarie malversazioni: in tal caso il *pupillus* era ammesso ad esercitare contro di lui un'azione penale in *duplum* (« *actio rationibus distrahendis* »); b) il *tutor Atilianus* fu tenuto responsabile per qualsivoglia manchevolezza nell'*officium* con una azione di buona fede infamante, l'« *actio tutelae* »; c) il *tutor testamentarius* fu tenuto egualmente responsabile con l'*actio tutelae*, ma solo a partire dal sec. I a. C.: prima, invece, era perseguibile per le sole malversazioni commesse, a titolo di « *crimen suspecti tutoris* », con una azione pubblica *popularis*, cioè esercitabile da un *quivis de populo*; d) il *tutor* che avesse prestato la *satisfactio rem pupilli salvam fore* era tenuto, in caso di inottemperanza, con l'*actio ex stipulatu*.

In diritto postclassico: la *accusatio suspecti* si confuse con la istanza di *remotio* e fu esercitabile verso tutti i *tutores*; l'*actio tu-*

tela fu esercitabile contro tutti i *tutores* per il caso di cattiva amministrazione non dolosa; l'*actio rationibus distrabendis* fu, del pari, esercitabile contro tutti per il caso di malversazioni.

81. LA « TUTELA MULIERUM ».

1. La *tutela mulierum* era un istituto fondamentalmente analogo alla *tutela impuberum* (n. 80), salvo che ne formavano oggetto le donne *sui iuris* e *viripotentes* (quindi non sottoposte alla *tutela impuberum*). A base di essa fu la presunzione di una irreducibile *levitas animi* delle donne, ma si trattò di presunzione in realtà assai poco sentita (Gai 1. 190: « *feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur* »). Ancor più che nella *tutela impuberum* si scorgono nella *tutela mulierum* le tracce di una arcaica struttura potestativa, che si adeguava, evidentemente, ad una situazione di incapacità giuridica assoluta e perpetua delle *mulieres*. Tuttavia, mentre la *tutela impuberum* si trasformò col tempo da istituto potestativo in istituto di assistenza, la *tutela mulierum* fu invece praticamente esautorata, pur rimanendo formalmente in vita, dalla generale riprovazione sociale verso la presunzione su cui si basava. Nell'età postclassica di essa rimase soltanto il ricordo.

2. In periodo classico la *tutela mulierum* si presentava, almeno formalmente, nelle stesse tre forme della *tutela impuberum*: come *testamentaria*, come *legitima*, come *Atiliana*.

2.1. Caratteristico della « *tutela testamentaria* » fu che il testatore, anzichè nominare un tutore alla donna, poteva concederle la « *tutoris optio* », cioè il diritto di scegliersi essa stessa il tutore ed eventualmente anche di cambiarlo. Se la possibilità di cambiare il tutore era illimitata, si parlava di « *optio plena* » (es.: « *Titiae uxori meae tutoris optionem do* »); se era limitata (ad una, due, tre volte, ecc.), si parlava di « *optio angusta* ».

2.2. Caratteristico della « *tutela legitima* » era che, se la *mulier* era *uxor in manu* del defunto, i primi *adgnati* ad essere chiamati alla tutela erano i suoi figli. D'altra parte, una *lex Claudia* del sec. I d.C. abolì, nei riguardi delle *mulieres*, la tutela degli *adgnati*, sì che la *tutela legitima* rimase per qualche tempo ancora

applicabile solo alle *libertae* (di cui era *tutor* il *patronus*) e alle *filiae emancipatae* (di cui era *tutor* il *manumissor*).

2.3. Caratteristico della « tutela Atiliana » fu che, nel corso dell'età classica, si ritenne potesse chiederla, nel proprio interesse, solo la stessa *mulier*.

3. Le funzioni del *tutor mulieris* si riducevano alla *auctoritatis interpositio* in alcuni atti di particolare importanza (alienazione di *res Mancipi*, assunzione di *obligationes*, *litiscontestatio* in un *iudicium legitimum* ecc.). Dato che il *tutor* poteva essere anche *impuber* o *furiosus*, alla *mulier* era concesso di chiedere al *praetor*, volta a volta che se ne presentasse la necessità, un « *tutor praetorius* »: sistema al quale si ricorreva anche in caso di assenza del *tutor* e in altri casi. Ma la *mulier* poteva fare di più: se non le era concessa la *tutoris optio*, essa riusciva egualmente a scegliersi un tutore di suo gradimento mediante la cd. « *coemptio fiduciae causa* », cioè facendosi *coemere* (n. 79) da una persona di fiducia, che subito dopo la manometteva, rimanendone *patronus* e *tutor*. D'altra parte, le *ingenuae* con tre figli e le *libertinae* con quattro figli erano esentate dalla tutela in virtù del *ius liberorum* della legislazione matrimoniale augustea (n. 57). Tutto ciò spiega a sufficienza la decadenza dell'antico istituto nell'età classica.

82. LE CURATELE.

1. I soggetti giuridici privi di normalità psichica o non sufficientemente forniti di essa (n. 52) furono dal *ius privatum* romano affidati alla assistenza di « *curatores* », i quali tutti ebbero, in età storica, la comune caratteristica di limitare le loro funzioni al campo patrimoniale e di sostituire in tali funzioni l'assistito. La *cura*, dunque, non implicò la *auctoritatis interpositio*, ma solo la *administratio patrimonii*, e quindi la *negotiorum gestio*.

Tra i casi di *cura*, i più notevoli furono: la *cura furiosi*, la *cura prodigi*, la *cura impuberis*, la *cura debiliū personarum*, la *cura minoris*.

2. La *cura furiosi*, di antichissima data, si esercitò in età storica sulle persone affette da qualunque tipo di manifesta

pazzia, anche non furiosa (*furor vel dementia*). Per la *lex XII tabularum* la *cura furiosi* spettava anzitutto agli *adgnati*, subordinatamente ai *gentiles*. Mancando il *curator legitimus*, si suppliva con un *curator honorarius* nominato dal *praetor* o dal *praeses provinciae*. Per necessità di cose, il *curator furiosi* aveva anche il compito di sorvegliare e dirigere la persona dell'assistito.

3. La *cura prodigi*, anch'essa molto antica, fu regolata alla stessa guisa della *cura furiosi*. Oggetto di tale *cura* fu dapprima il solo *prodigus heres ab intestato*, cioè colui che dilapidasse il patrimonio ricevuto per successione *ab intestato* (n. 64): più tardi la *cura* fu estesa a tutti i casi di inconsulta prodigalità. L'accertamento della prodigalità del soggetto e la proclamazione della sua incapacità di agire erano operati dal *praetor* mediante la solenne cerimonia dell'« *interdictio prodigi* ».

4. La *cura impuberis* fu istituita in età classica come istituto suppletivo della *tutela impuberum*. Il « *curator adiunctus* », nominato dal *praetor*, esercitava la *negotiorum gestio* in luogo del *tutor* ed a rischio di lui nel caso di suo impedimento transitorio ad amministrare.

5. I *curatores debiliū personarum* furono nominati dal pretore per assistenza a soggetti giuridici minorati (*surdi, muti ecc.*).

6. Il *curator minoris XXV annorum* fu un istituto affermatosi nel corso del periodo classico. La *lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium* (191 a.C.?) aveva comminato pene pecuniarie a carico di chi, negoziando con soggetti *puberes* di età inferiore ai 25 anni, li avesse raggirati; di conseguenza, il pretore concesse a costoro anche una *exceptio* per il caso che fossero convenuti in tribunale per l'adempimento delle obbligazioni assunte (n. 94). Dal loro canto, i *minores XXV annorum*, per assicurare le persone con cui venivano in rapporti di affari circa l'innataccabilità delle negoziazioni, presero l'uso di invocare dai magistrati la nomina di *curatores* maggiorenni che li assistessero nei singoli atti da compiere. Marco Aurelio fu, probabilmente, l'iniziatore del sistema per cui i *minores* potevano, se lo chiedessero, godere di un *curator* stabile fino al raggiungimento della mag-

giore età. In periodo postclassico, il *curator* fu nominato alle persone *sui iuris* di minore età anche senza la loro richiesta: alla nomina si procedeva negli stessi modi della *datio* del *tutor Atilianus*.

6.1. Le funzioni del *curator minoris* consistevano essenzialmente nel « *consensus* » da lui dato agli atti compiuti dal minore. A differenza dell'*auctoritatis interpositio*, il *consensus* (che doveva essere prestato contemporaneamente all'atto) non serviva a convalidare l'atto, già di per sè valido, ma serviva ad impegnare il *curator* di fronte alle controparti in aggiunta al *minor XXV annorum*. Eccezionalmente, il *curator* poteva anche assumersi l'*administratio patrimonii*, purchè prestasse una *cautio* analoga alla *satisdatio rem pupilli salvam fore*. Altre regole caratteristiche della tutela furono estese all'istituto nel corso del periodo classico e di quello postclassico.

6.2. Contro il *curator* era concessa al *minor* un'*actio negotiorum gestorum* (n. 134), che Giustiniano denominò « *actio curatōnis* » (o « *utilis* »).

In età postclassica, generalizzatosi l'uso, il *curator* venne regolarmente dato ai *minores* anche senza loro richiesta e con durata pari al tempo necessario per il raggiungimento della maggiore età.

83. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. Delle potestà familiari nate dalla dissoluzione del *mancipium* quiritario, le quali caratterizzarono non solo l'assetto familiare ma tutto l'assetto economico e sociale del mondo romano classico, non tutte sopravvivono, nè, tra quelle che sopravvivono, vi è alcuna che conservi la sua originaria configurazione nel diritto italiano vigente.

In particolare gli istituti romanistici che presupponevano una naturale e congenita incapacità della donna e ne sancivano l'inferiorità giuridica rispetto all'uomo (quali, ad es., la *tutela mulierum* e la *manus maritalis*) sono necessariamente scomparsi: la Costituzione sancisce ripetute volte la parità giuridica tra i due sessi (a. 31 e 51) ed afferma altresì (a. 29) che il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Nel matrimonio la posizione di preminenza che spetta al marito (chiamata dal codice pe-

nale « autorità maritale », dal codice civile potestà maritale) non ha niente a che vedere con l'antica *manus*. Essa grava indistintamente su tutte le mogli (non si distingue più tra *matrimonium sine manu* e *matrimonium cum manu*) ed è dettata dalla necessità di dare un governo unitario alla famiglia (a. 144). Sono manifestazioni di essa: a) l'imposizione del proprio cognome alla moglie (a. 144); b) la scelta della residenza dove la moglie deve seguire il marito (a. 144); c) la comunicazione della cittadinanza alla moglie (a. 10 l. 3 giugno 1912 n. 555); d) il domicilio legale della moglie, che non ha il domicilio dove pone il centro dei propri affari, ma segue il domicilio del marito (a. 45); e) la preferenza accordata al padre nell'esercizio della patria potestà, la cui titolarità spetta peraltro ad entrambi i coniugi (a. 316).

2. Caratteristico, nello sviluppo del diritto privato, è stato il passaggio dalla concezione della patria potestà come diritto del genitore sui propri figli esercitato nel proprio interesse, al concetto moderno di potere-funzione. La patria potestà (a. 315-342 c.c.) comporta un complesso di poteri e di doveri riconosciuti dalla legge ai genitori nell'interesse dei figli minori non emancipati (legittimi, legittimati, naturali riconosciuti o dichiarati, ed infine adottivi ed affiliati). Mirando alla protezione dei minori, che saranno gli uomini del domani, ha una enorme importanza, oltre che per gli individui protetti, per la società stessa: è quindi una funzione di interesse pubblico, irrinunciabile ed indisponibile.

La patria potestà è temporanea: a differenza di quella romana, non può durare mai oltre la maggiore età del figlio. Essa spetta ad entrambi i genitori, ma viene esercitata soltanto dal padre: dopo la morte del padre e negli altri casi stabiliti dalla legge (impedimento nell'esercizio della patria potestà, a. 317; decadenza dal diritto, a. 330 e 331; ecc.) viene esercitata dalla madre (a. 316).

2.1. Nei confronti del figlio, il genitore ha il dovere di custodire, allevare, educare, avviare ad una professione il minore (a. 147); può vietargli di abbandonare la casa paterna e obbligarlo a ritornarvi (a. 318); può collocarlo in un istituto di correzione, se non riesce a frenarne la cattiva condotta (a. 319). Il minore ha sempre il domicilio della persona che esercita su di lui la patria potestà (domicilio necessario: a. 45). Nei riguardi patri-

moniali: al genitore spetta la rappresentanza legale del figlio (minore non emancipato, a. 320) con la amministrazione del patrimonio e l'usufrutto legale (a. 324); il genitore può compiere da solo, nel nome e nell'interesse del minore, tutti gli atti non eccedenti l'ordinaria amministrazione; per il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (a. 320: alienare, dare in pegno, ipotecare, rinunciare ad eredità, accettare donazioni o legati soggetti a condizione, chiedere divisioni, contrarre mutui, riscuotere capitali e stipulare locazioni ultranovennali, ecc., transigere o promuovere giudizio relativi a tali atti) è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare, che constati la necessità o l'utilità evidente per il minore; per la continuazione dell'esercizio di un'impresa commerciale (a. 320 u. co.) occorre l'autorizzazione del tribunale. Gli atti compiuti senza le prescritte autorizzazioni sono annullabili, soltanto ad istanza del padre, del figlio o dei suoi eredi aventi causa (a. 322). Norme particolari sono dettate per l'accettazione di eredità o donazioni fatte al figlio (a. 321), per il caso di conflitto di interessi tra genitore e figlio (a. 320: nomina di un curatore speciale; a. 323: atti vietati al genitore).

2.2. Il genitore esercente la patria potestà (che non sia passato a nuove nozze, a. 328, nè sia stato escluso per cause a lui personali, a. 327) ha diritto di usare i beni del figlio e di acquistarne le rendite (usufrutto legale: a. 324). Su tale usufrutto, che è impignorabile e inalienabile (a. 326), gravano le spese di mantenimento, istruzione ed educazione del figlio (a. 325). Non sono soggette ad usufrutto legale alcune categorie di beni del figlio (elencati dall'a. 324: in particolare quelli acquistati dal figlio con il proprio lavoro).

2.3. Particolare protezione è accordata al minore nel caso che il genitore trascuri i doveri inerenti alla patria potestà (a. 330, 333, 334) e nel caso di nuove nozze della madre superstite (a. 338-341). Tutto l'esercizio della patria potestà è posto sotto la vigilanza di un organo pubblico, il « giudice tutelare », al quale la legge accorda, a questo scopo, ampi poteri (a. 337).

2.4. Fatti costitutivi della patria potestà sono: a) la filiazione legittima; b) la filiazione naturale, riconosciuta (a. 260), dichiarata (a. 277), legittimata (a. 280-290); c) l'adozione (a. 301); d)

l'affiliazione (a. 409). Fatti estintivi sono, oltre naturalmente alla morte del padre o del figlio: *a*) la maggiore età del figlio; *b*) la emancipazione del figlio; *c*) l'adozione (o affiliazione) del figlio da parte di un terzo; *d*) la perdita o decadenza dalla patria potestà a titolo di pena per la commissione di taluni reati (a. 32, 34, 541, 564, 569 cod. pen.).

Per quanto riguarda i fatti costitutivi, sono evidenti le differenze con il diritto romano: oltre la filiazione legittima (e la legittimata), in diritto moderno anche la filiazione illegittima (riconosciuta o dichiarata) è costitutiva dalla patria potestà.

3. A differenza del diritto romano, l'istituto dell' *emancipazione* non mira a concedere la capacità giuridica a chi ne è privo, ma mira a concedere al minore degli anni ventuno (soggetto dotato di capacità giuridica ma incapace di agire, sottoposto quindi alla patria potestà o alla tutela) una limitata capacità di agire. Essa fa cessare la patria potestà o la tutela e sottopone il minore emancipato a curatela (a. 392).

3.1. Vi sono due forme di emancipazione: *a*) l'emancipazione di diritto, che si consegue con il matrimonio e si conserva anche dopo lo scioglimento dello stesso (a. 390), per la quale non è richiesta altra età che quella prescritta per il matrimonio; *b*) l'emancipazione con provvedimento del giudice tutelare, su istanza del genitore esercente la patria potestà o del tutore (eccezionalmente dello stesso minore, anche senza l'assenso del genitore), concessa al minore che abbia raggiunto gli anni diciotto (a. 391).

4. L' *adozione* moderna, a differenza di quella romana, non ha lo scopo di permettere il passaggio dall'uno all'altro gruppo familiare, perchè l'adottato cumula i diritti e in parte anche i doveri relativi alla famiglia di origine con quelli della nuova. Lo scopo dell'adozione, oltre quello di dare figli a chi non ne ha, è essenzialmente quello di creare all'adottato una situazione morale e patrimoniale più favorevole. Dovendo il vincolo civile essere un surrogato di quello naturale, s'intende facilmente perchè la legge non consente l'adozione a coloro che hanno discendenti legittimi o legittimati (a. 291), o adottivi (salvo il caso che si adottino più persone con un unico atto, a. 294); nè che si proceda all'adozione prima di aver compiuto una certa età minima (50 anni, ecce-

zionalmente 40) che escluda la possibilità di avere propri figli (a. 291). Occorre anche una differenza di età tra adottante e adottato (non meno di 18 anni, eccezionalmente 16) (a. 291). Inoltre, la stessa persona non può essere adottata da più persone, eccetto il caso che gli adottanti siano coniugi (a. 294).

4.1. Il vincolo d'adozione si costituisce sulla base di una fattispecie complessa di diritto familiare: il decreto di adozione pronunciato dalla Corte di Appello, previo consenso dell'adottante e dell'adottando e l'eventuale assenso del coniuge (dell'adottante e dell'adottando) e dei genitori (dell'adottando), con l'osservanza di forme e di cautele intese ad assicurare l'onestà del proposito dell'adottante e la sua attitudine ad assolvere i doveri che ne derivano, nonchè a salvaguardare i diritti di eventuali terzi interessati (coniuge e genitori dell'adottando e dell'adottante) (a. 296-298, 311-314).

4.2. Il vincolo dell'adozione, destinato a durare tutta la vita delle parti, può eventualmente cessare: a) per revoca pronunciata con sentenza (per indegnità dell'adottante, a. 307; per indegnità dell'adottato, a. 306; per ragioni di buon costume, a. 308); b) per matrimonio, su dispensa, tra adottante e adottato (a. 310 e 87 u. co.); c) per legittimazione del figlio adottivo da parte dell'adottante (a. 293 e 310).

5. L'affiliazione, istituto moderno senza alcun precedente storico, ha fine assistenziale e non mira a creare uno stato familiare come l'adozione. Vagamente essa ricorda l'*adoptio minus plena* giustiniana.

La persona che abbia allevato un minore moralmente o materialmente abbandonato o solo, anche se non le sia stato affidato dall'istituto di assistenza, può, decorsi tre anni dall'inizio dell'allevamento, chiedere l'affiliazione al giudice tutelare (a. 404). Il vincolo di affiliazione si costituisce su decreto del giudice tutelare, con l'osservanza di forme e cautele in certo senso analoghe a quelle richieste per l'adozione, ma meno rigorose (a. 405-407). Il provvedimento di affiliazione è revocabile dal giudice tutelare, su istanza dell'affiliante o dell'istituto di pubblica assistenza o dello stesso affiliato, per motivi tassativamente indicati dalla legge (a. 410).

5.1. L'affiliazione attribuisce all'affiliante i poteri relativi alla patria potestà (a. 406 e 409). Non determina gli altri effetti di natura patrimoniale propri dell'adozione, quali i diritti successori e l'obbligo reciproco per gli alimenti. E' causa invece di impedimenti matrimoniali (a. 87) e comporta l'attribuzione del cognome dell'affiliante solo su richiesta di quest'ultimo (a. 408 e 411).

6. La *tutela* è diventata, nel diritto vigente, un istituto volto alla rappresentanza ed alla protezione: *a)* del minore non emancipato, i cui genitori siano morti o non siano comunque in grado di esercitare la patria potestà (a. 343); *b)* del maggiorenne in istato di interdizione per infermità di mente (a. 424); *c)* dell'interdetto legale a causa di pena (a. 32 c.p. e 587 c.p.p.).

6.1. La tutela viene concretamente esercitata, a titolo generalmente gratuito (a. 379), dal tutore o, in caso che egli manchi o sia in conflitto di interessi col tutelato, dal protutore (a. 360). Ambedue gli organi sono nominati dal giudice tutelare, generalmente tra i parenti dell'incapace (a. 348, 350 ss., 424). Al giudice tutelare spetta, inoltre, di sovrintendere all'esercizio della tutela.

6.2. Riguardo alla persona dell'incapace, i poteri del tutore non differiscono sostanzialmente da quelli del genitore esercente la patria potestà (a. 357 ss.). Riguardo al patrimonio dell'incapace, il tutore (o il protutore) altri poteri non ha che quelli di rappresentanza e di amministrazione (con esclusione dell'usufrutto legale), ma con le seguenti importanti limitazioni: *a)* obbligo di compilare l'inventario dei beni dell'incapace all'atto dell'assunzione dell'ufficio (a. 362 ss.); *b)* obbligo di tenere la contabilità dell'amministrazione e di renderne il conto ogni anno (a. 380); *c)* obbligo di chiedere, per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, l'autorizzazione, in casi di particolare rilievo, del tribunale (a. 375 ss.); *d)* obbligo di rendere il conto finale al termine della gestione (a. 385 ss.). Gli atti compiuti dal tutore senza autorizzazione e, a maggior ragione, quelli compiuti dall'incapace, sono annullabili a istanza del tutore, dell'incapace, degli eredi e aventi causa di quest'ultimo (a. 377 e 427).

7. La *cura* *tela* ha, nel diritto vigente, lo scopo di tutelare gli interessi dei minori emancipati e degli inabilitati. Questo scopo si attua: *a)* mediante la semplice assistenza all'incapace

da parte del curatore in taluni atti eccedenti la ordinaria amministrazione, ma non particolarmente impegnativi (riscossione di capitali, assunzioni di liti attive e passive); *b*) mediante la prestazione del consenso (previa autorizzazione del giudice tutelare o del tribunale) a tutti gli altri atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (a. 394 e 424).

§ 13. — I POTERI DOMINICALI

SOMMARIO: 84. Il *dominium ex iure Quiritium*. — 85. I fatti costitutivi o estintivi del *dominium ex iure Quiritium*. — 86. I fatti traslativi del *dominium ex iure Quiritium*. — 87. La tutela del *dominium ex iure Quiritium*. — 88. La *dominica potestas* sui servi. — 89. L'*in bonis habere* pretorio. — 90. La *possessio vel ususfructus* dei fondi provinciali. — 91. Il *dominium* unificato. — 92. Ragguaglio di diritto moderno.

84. IL « DOMINIUM EX IURE QUIRITIUM ».

1. Il *dominium ex iure Quiritium* fu così detto per la sua derivazione dal *mancipium* quiritario (n. 71). Nel sistema del *ius civile* romano, esso fu un rapporto giuridico assoluto in senso proprio (n. 70), avente ad oggetto *res* (*corporales*), sia *mancipi* che *nec mancipi*, sia mobili che immobili. Se, dunque, rispetto al *mancipium* il *dominium ex iure Quiritium* rappresentò, da un certo punto di vista, un istituto di minore estensione, data la sua limitazione alle *res* (con esclusione dei *filii*, delle *uxores in manu*, dei *liberi in causa mancipii*), da un altro punto di vista esso implicò un allargamento dei confini originari del *mancipium*, visto che non ne erano oggetto soltanto *res mancipi*, ma anche le *res* che non avevano costituito oggetto dell'antico *mancipium*, le *res non familiares*, le *res nec mancipi*. Tuttavia, della doppia origine sua il *dominium ex iure Quiritium* conservò, per tutto il corso del diritto romano, sino alla fine dell'età classica, tracce evidentissime: ben diverso fu, infatti, il regime applicantesi alle *res mancipi* da quello applicantesi alle *res nec mancipi*.

Nel corso dell'età preclassica e classica l'istituto civilistico del *dominium ex iure Quiritium* subì la concorrenza di altre con-

figurazioni di rapporti assoluti in senso proprio venutisi frattanto a costituire: l'*in bonis habere* pretorio (n. 89) e la *possessio vel ususfructus* provinciale (n. 90). Effetto di questa situazione furono: anzitutto una forte influenza esercitata dai nuovi istituti sull'assetto caratteristico di quello tradizionale; secondariamente, nell'età tardo-classica e in periodo postclassico, la sostanziale fusione dei tre istituti in un istituto unico, denominato genericamente « *dominium* » (n. 91).

2. Dato l'inquadramento del *dominium* nel sistema del *ius civile*, soggetti attivi di esso (« *domini ex iure Quiritium* ») poterono essere, di regola, i soli *cives Romani*, o comunque i soli soggetti del *ius civile* (n. 49).

3. Quanto all'oggetto, mentre per le *res mobiles* non vi fu, ovviamente, limitazione alcuna, per le *res immobiles* vi fu una limitazione fondamentale: poterono formare oggetto di *dominium* immobiliare soltanto i fondi situati in territorio cittadino (*fundi in agro Romano*). A partire dal I sec. a. C., correlativamente alla estensione del territorio della *respublica* a tutta l'Italia peninsulare al di qua del Rubicone, l'oggetto del *dominium* fu esteso ai *fundi in agro Italico*. Là dove fossero insediate, fuori del territorio della *respublica*, *coloniae civium Romanorum* egualmente era ammesso il *dominium ex iure Quiritium* sui territori relativi.

4. Il *dominium ex iure Quiritium*, essendo un rapporto assoluto in senso proprio, comportava la illimitatezza delle facoltà del *dominus* sulle *res* che ne formassero oggetto: « *ius utendi, fruendi et abutendi* ». Ma il *dominium ex iure Quiritium* era illimitato anche in un altro senso: nel senso cioè che non comportava limitazioni *ab extrinseco* (sia di natura pubblicistica, che di interesse privato altrui) all'infuori di quelle scaturenti dalla *communio*, cioè dalla coesistenza di esso con altri *dominia* su una medesima *res* o su un medesimo *patrimonium* (n. 105).

4.1. Per ciò che particolarmente riguarda la proprietà immobiliare, il *dominus ex iure Quiritium* era considerato titolare di un potere che si estendeva, entro i confini del fondo, « *usque ad coelum et usque ad Inferos* », senza possibilità alcuna, per altri, di vantare la titolarità attiva di un rapporto assoluto sul soprasuolo o sul sottosuolo. E non solo i *domini ex iure Quiritium* erano

esenti da limitazioni di *ius privatum*, ma anche da limitazioni pubblicistiche: in particolare, i fondi in *dominium ex iure Quiritium* erano del tutto esenti da tributi, nè era addirittura concepibile l'istituto della « espropriazione per pubblica utilità ». Pertanto, il fondo che, inoltre, fosse anche esente da limitazioni convenzionali (*ususfructus* o *servitutes*) era usualmente denominato, nei formulari, « *fundus optimus maximus* ».

4.2. Tuttavia, esigenze di ordine collettivo determinarono *ab antiquo* le limitazioni del *limes* e dell'*ambitus*. Il « *limes* » era uno spazio di cinque piedi, che bisognava lasciare esente da occupazione all'atto dell'assegnazione dei fondi (*divisio et adsignatio agrorum*); l'« *ambitus* » era un corrispondente spazio di cinque piedi, che doveva essere lasciato libero tra edificio ed edificio. E' discusso se il *limes* e l'*ambitus* fossero delle strisce di territorio sottratte alla proprietà privata oppure delle zone territoriali in privata proprietà, ma col gravame della esenzione da ogni sfruttamento. Forse questa seconda teoria è la più probabile, considerato che in età storica molte proprietà immobiliari erano addossate l'una all'altra senza più rispetto dell'esigenza del *limes* o dell'*ambitus*.

4.3. Una limitazione soltanto apparente fu il divieto di « immissioni nell'altrui proprietà », sia pure a titolo di sfruttamento delle proprie facoltà di proprietario. Pertanto, si ritenne dalla giurisprudenza classica che il proprietario di un fondo non potesse liberarsi dalle acque correnti nel fondo stesso riversandole sul fondo sottostante; che il proprietario di un fondo non potesse spaccare pietre facendone schizzare le schegge nel fondo vicino; che il proprietario di un'officina (nella specie, un caseificio) non avesse diritto di riversare il fumo della sua officina nel fondo contiguo, salvo che si trattasse di poca cosa, e così dicendo. Ma è chiaro che questi principi non assurgono ad una sorta di divieto generale dei così detti « atti emulativi », secondo cui non bisognerebbe mai usare del proprio diritto di proprietà a danno dei terzi.

4.4. L'« *interdictum de arboribus caedendis* » fu concesso al proprietario di un fondo nell'ipotesi che gli alberi del fondo vicino sporgessero sul suo ad una altezza inferiore ai 15 piedi, oppure che gli alberi di un giardino pensile sovrastante al proprio fondo sporgessero comunque sull'edificio inferiore. Al proprietario del

fondo, in tal modo invaso, era riconosciuta la facoltà di recidere personalmente i rami di altezza inferiore ai 15 piedi o gli alberi che sporgessero dal giardino pensile, sempre che non vi avesse provveduto il loro proprietario. L'interdetto proibiva appunto a costui di molestare il proprietario vicino nell'esercizio di queste facoltà, ponendo con ciò non tanto un limite al *dominus* degli alberi, quanto una maggior tutela a favore del *dominus* del fondo invaso.

4.5. L'« *interdictum de glande legenda* », sviluppando una norma delle *XII tabulae*, proibiva al proprietario del fondo, su cui fossero andati a cadere frutti del fondo vicino, di impedire al proprietario del fondo vicino la raccolta sul suo terreno di tali frutti. Tuttavia il proprietario dei frutti non poteva recarsi sull'altrui fondo a proprio piacimento, ma solo una volta ogni due giorni (*tertio quoque die*), e in ogni caso il proprietario del fondo vicino intanto doveva subire l'ingresso dell'altro proprietario sul suo fondo, in quanto non avesse provveduto a raccogliere egli stesso i frutti ed a restituirli, come suo dovere, facendosi eventualmente rimborsare le spese della raccolta.

5. Le vicende del *dominium ex iure Quiritium* (cioè la costituzione o l'estinzione di esso) potevano dipendere da svariatissimi fatti giuridici. Di questi: alcuni avevano effetto puramente costitutivo (determinando il sorgere di un *dominium* in relazione ad una *res* che prima non vi era sottoposta); altri avevano effetto puramente estintivo (determinando la fine di ogni *dominium* in relazione ad una *res*) altri, ancora, avevano un duplice, ma separato effetto, sia estintivo del *dominium* su una *res*, che costitutivo di un altro *dominium* sulla stessa *res*; altri, infine, avevano effetto modificativo del *dominium* su una *res*, nel senso di determinare un mutamento del soggetto attivo del rapporto, e più precisamente il « trasferimento » (*mortis causa* o *inter vivos*) della titolarità attiva da un precedente ad un successivo *dominus*. La dottrina moderna, ponendosi esclusivamente dal punto di vista dell'acquirente (e lasciando quindi la considerazione dei fatti estintivi, o anche estintivi della proprietà), ama distinguere tra: « modo di acquisto della proprietà a titolo originario », in forza dei quali l'acquisto

del diritto avviene indipendentemente da ogni relazione con l'eventuale precedente proprietario dell'oggetto (cioè « si origina » col nuovo proprietario), e « modi di acquisto a titolo derivativo », costituiti dalla « alienazione » dell'oggetto giuridico dal precedente al successivo proprietario. Ma noi, evitando questa classificazione approssimativa, ci atterremo a quella più esauriente dianzi esposta.

85. I FATTI COSTITUTIVI O ESTINTIVI DEL « DOMINIUM EX IURE QUIRITUM ».

1. I fatti costitutivi o estintivi (o costitutivi e estintivi insieme) del *dominium ex iure Quiritium* possono essere classificati in: a) fatti di incremento fluviale; b) fatti di fruttificazione; c) fatti di confusione; d) fatti di accessione; e) fatti di specificazione; f) fatti di assegnazione; g) fatti di occupazione; h) fatti di usucapione.

2. Dei cd. incrementi fluviali (e figure analoghe) si parlò rispetto ai beni immobili nelle seguenti ipotesi: *alluvio*, *avulsio*, *alveus derelictus*, *insula in flumine nata*. Queste ipotesi traevano vita dalla considerazione che i proprietari rivieraschi di un corso d'acqua, che non fosse nel *dominium ex iure Quiritium* di un terzo, avevano diritto a trarre vantaggio di ogni incremento che il corso d'acqua avesse naturalmente arrecato ai loro fondi. In diritto classico era necessario, pertanto, il concorso dei seguenti presupposti: a) che il corso d'acqua fosse un « *flumen publicum* », corrente cioè a vantaggio della comunità, per il quale non esistessero (come, in genere, non esistevano) particolari limitazioni al diritto dei privati; b) che i fondi rivieraschi interessati fossero « *fundi arcifinii* », cioè senza un confine determinato geograficamente (e casualmente in coincidenza con la riva del fiume), ma con confine individuato per l'appunto dalla riva del corso d'acqua. In età classica, dunque, i proprietari dei cd. « *fundi limitati* » potevano acquistare gli incrementi, prodottisi nel fiume al di là dei loro confini, per fatto di *occupatio*, ma non per automatica conseguenza del fatto dell'incremento. Il diritto postclassico, tuttavia, mostrò la tendenza a considerare, quanto agli incrementi fluviali, tutti i fondi rivieraschi *arcifinii*.

2.1. Si intese per « *alluvio* » (cd. *incrementum latens*) un incremento latente e insensibile del fondo frontista ad opera della corrente del fiume, la quale accrescesse le rive del fondo stesso con detriti sottratti ad altri fondi che si trovassero a monte. A questa fattispecie fu posta accanto l'altra ipotesi dell'insensibile ritirarsi di un fiume pubblico dalla sponda del fondo frontista. Nell'uno e nell'altro caso si ritenne che il proprietario acquistasse *ipso iure* le porzioni di terreno accresciutesi al suo campo per l'azione naturale del fiume.

2.2. L'ipotesi dell'« *avulsio* » (cd. *incrementum patens*) fu quella di un fondo che, per l'impeto della corrente di un corso d'acqua, venisse accresciuto di una parte considerevole e riconoscibile di terreno, avulsa dalle acque ad altro fondo. In tal caso, stante la riconoscibilità della porzione di terreno avulsa, si ritenne che il proprietario di essa non perdesse il *dominium* per il solo fatto del suo distacco dal fondo originario: tuttavia, se fosse avvenuto col tempo, senza opposizione del proprietario originario, un incorporamento organico della parte avulsa con l'altro fondo (incorporamento dimostrato, ad esempio, dalla immissione delle radici arboree), si ritenne che il proprietario dell'altro fondo acquistasse *ipso iure* la proprietà della porzione avulsa. Identica conclusione fu formulata dai giuristi romani nel caso analogo di « *crusta lapsa* », cioè di una porzione di un fondo superiore che fosse andata a riversarsi su un fondo inferiore per effetto di frana.

2.3. Nel caso che un fiume, cambiando letto o prosciugandosi, lasciasse scoperto il suo alveo (« *alveus derelictus* »), si ritenne che i proprietari dei fondi frontisti acquistassero la proprietà del letto del fiume. L'attribuzione fu basata, più precisamente, sul concetto che il letto del fiume andasse diviso longitudinalmente secondo una linea mediana e che quindi fossero da attribuirsi ai proprietari frontisti di destra o di sinistra altrettanti settori tracciati abbassando delle perpendicolari dai confini estremi dei fondi sulla mediana.

2.4. Nel caso di « *insula in flumine nata* », cioè di una parte dell'alveo di un fiume rimasta in secco o fatta emergere dall'azione della corrente, si ritenne che essa appartenesse ai proprietari rivieraschi secondo le regole dell'alveo derelitto.

3. Altro fatto costitutivo del *dominium* fu la *fruttificazione*, che si verificava rispetto alle cose fruttifere, cioè capaci di produrre più o meno periodicamente altre cose economicamente autonome (« *fructus* »: n. 54): fiori, latte, lana da tosatura periodica, legname da bosco ceduo, prodotti minerari, parti del bestiame, ecc. L'acquisto del *fructus* aveva luogo, di regola, a favore del *dominus* della cosa fruttifera, al momento della « *separatio* » del prodotto dalla *res* produttiva, purchè ovviamente si trattasse di separazione non anticipata o forzata, tale cioè da prevenire la formazione della *res* autonoma costituente il *fructus*.

3.1. Se, in luogo del *dominus*, avesse altri la detenzione o il possesso della cosa fruttifera, il possessore (*naturalis* o *ad interdicta* che fosse) non aveva diritto, di regola, ad acquistare i frutti, ed era perciò tenuto a restituirli al proprietario. Tuttavia, questa regola subì eccezioni nei seguenti casi: a) il possessore di buona fede (n. 72) e il *possessor* dell'*ager vectigalis* (n. 100) acquistavano il *dominium* sui frutti al momento della *separatio*; b) il detentore della cosa a titolo di *usufructus* (n. 97) e il possessore di essa a titolo di *pignus* (n. 101) ne acquistavano il *dominium* mediante la « *perceptio* » della *res separanda*, sicchè anche dopo la separazione la proprietà poteva spettarne al *dominus* della cosa fruttifera (ammesso di conseguenza, fino al momento della *perceptio*, ad esercitare la *condictio furtiva* contro l'eventuale ladro); c) l'*inquilinus* (n. 126) acquistava del pari il *dominium* sui frutti al momento della *perceptio*, ma a condizione che fino a quel momento il *dominus* della cosa fruttifera non avesse manifestato una volontà contraria. Giustiniano limitò il diritto del *bonae fidei possessor* nel senso che questi era autorizzato a non rendere conto dei « *fructus consumpti* » al momento in cui gli toccasse l'obbligo di restituire le cose fruttifere: i « *fructus extantes* » in quel momento andavano invece restituiti al proprietario.

4. Fatti di *confusione* (« *confusio* »), si verificavano, secondo la giurisprudenza romana, tutte le volte in cui venissero a mescolanza inseparabile (cioè tale da non permettere individuazione, quanto meno in pratica, degli elementi componenti) cose fungibili (n. 54) solide o liquide. In tale ipotesi: a) se la *confusio* si era verificata a seguito di una *datio rei* da un soggetto all'altro, *dominus* del tutto era l'accipiente, che peraltro era tenuto

a restituire a chi di ragione il « *tantundem eiusdem generis* » (n. 120); *b*) se la *confusio* non era stata determinata da una *datio* (ma dalla attività concorrente dei due proprietari, o del caso), alla proprietà di ciascuno sulle proprie res si sostituiva la *communio* (n. 105) di tutti sul tutto. In questo secondo caso, ciascun *dominus* poteva esercitare, contro il possessore del tutto, una *rei vindicatio incertae partis*, diretta all'ottenimento di « *quantam partem parei ex illo acervo actoris esse* ».

5. Fatti di *a c c e s s i o n e* (« *accessio* ») furono ritenuti i casi di incorporazione di una cosa in un'altra. Il principio generale che regolò questi casi fu il principio « *accessorium sequitur principale* »: si ritenne cioè che il proprietario della cosa più importante acquistasse il *dominium* della cosa economicamente accessoria. Possono distinguersi varie ipotesi: *a*) di accessione di cose mobili e cose immobili (*satio*, *implantatio*, *inaedificatio*); *b*) di accessione di cose mobili e cose mobili (*ferruminatio*, *textura*, *tinctura*, *scriptura*, *pictura*).

5.1. Si aveva la « *satio* » quando in un *fundus* fosse operata la semina con sementi altrui. In tal caso il proprietario del fondo, considerato *res principalis* rispetto alle sementi, diveniva proprietario delle stesse e dei conseguenti germogli.

5.2. La « *implantatio* » era la messa a cultura di una pianta nel fondo altrui. Della pianta il proprietario del fondo acquistava la proprietà dal momento in cui si fosse iniziata la messa a cultura. Pertanto il principio non valeva nel caso in cui una pianta altrui fosse stata soltanto deposta nel fondo o inserita tra le sue zolle, ma non ivi ancora trapiantata.

5.3. L'ipotesi dell'« *inaedificatio* » era quella della costruzione in un fondo con materiale altrui: costruzione fatta o dallo stesso proprietario del fondo, o dal proprietario dei materiali, oppure da un terzo che non fosse nè proprietario dei materiali nè proprietario del fondo. In tali casi il proprietario del fondo acquistava il *dominium ex iure Quiritium* dell'edificio in virtù del principio « *superficies solo cedit* », che era a sua volta espressione particolare del principio generale per cui la proprietà quiritaria si estendeva sino al cielo e sino agli inferi (n. 84). L'acquisto del *dominium ex iure Quiritium* sull'edificio (cosa composta) non significava però acquisto del *dominium* sui singoli materiali che

avessero concorso alla costituzione dell'edificio: pertanto, il proprietario dei materiali rimaneva tale, pur se non poteva esercitare la *rei vindictio* per il loro recupero sinchè l'edificio rimanesse in piedi. Solo quando per un qualunque motivo l'edificio andasse in rovina e si perdesse come cosa unitaria, il proprietario o i proprietari dei materiali riacquistavano la possibilità di esercitare la *rei vindictio*. Questa regola derivava da una norma delle XII tavole, la quale vietava che il proprietario del trave messo in opera in un edificio, o del palo inserito in una vigna, potesse distaccare il trave o il palo. Secondo il *ius civile* il proprietario dei materiali non aveva, a rigore, diritto ad alcun indennizzo, salvo che il materiale non fosse stato rubato: nel qual caso gli si accordava un'azione penale, *in duplum*, denominata « *actio de tigno iuncto* » proprio in ricordo della norma decemvirale sul *tignum iunctum*.

5.4. Si aveva « *ferruminatio* » nel caso di saldatura autogena di due cose metalliche: in tale ipotesi il *dominus* della cosa considerata principale acquistava dal momento della saldatura la proprietà della parte accessoria (come, ad esempio, nel caso del braccio saldato con procedimento autogeno ad una statua). Ben diverso era il caso della *adplumbatio*, cioè della congiunzione di due parti metalliche mediante uno strato intermedio di piombo, rispetto al quale non si aveva alcun fenomeno di acquisto della proprietà per accessione.

5.5. L'ipotesi della « *textura* » era quella dei fili incorporati in una tela o in una stoffa altrui. Forse già in diritto classico si riteneva che in tale caso il proprietario della stoffa acquistasse la proprietà dei fili, ma può darsi che viceversa al proprietario dei fili fosse concessa l'*actio ad exhibendum* (n. 87).

5.6. La « *tinctura* » non è ricordata dalle fonti, ma è probabile che costituisse ipotesi di acquisto della proprietà per accessione. Più precisamente il proprietario della stoffa attintata acquistava la proprietà dei colori che fossero serviti alla colorazione della stoffa.

5.7. Nel caso della « *scriptura* » non si dubitò che il proprietario del materiale scrittorio (pergamena, tavoletta cerata, papiro) acquistasse la proprietà dello scritto apposto sul materiale stesso e delle eventuali materie utilizzate a questo scopo (es., inchiostro).

5.8. Nell'ipotesi che taluno avesse operato una « *pictura* » con colori propri o altrui su una *tabula* spettante ad un terzo, molto si discusse se il proprietario della *tabula picta* acquistasse la proprietà dell'opera pittorica o se, invece, l'opera spettasse al pittore salvo indennizzo del valore della *tabula* al proprietario. La *ratio dubitandi* era in ciò che, mentre per un'opera scritta su materiale altrui può ammettersi che l'opera sussista indipendentemente dal materiale, in quanto è bastato pensarla per realizzarla, viceversa, nel caso di opera dipinta su una tavola non propria, evidentemente l'opera creata non è scindibile dalla tavola. Probabilmente i Sabiniani attribuivano la proprietà del dipinto al *dominus* della *tabula*, i Proculiani (la cui opinione finì per prevalere) attribuivano la proprietà del dipinto al pittore. In ogni caso, la giurisprudenza classica dovette essere, a quanto pare, particolarmente sensibile all'esigenza di pagare al pittore (in caso di attribuzione del dipinto al *dominus tabulae*) una adeguata « *impensa picturae* ».

6. Fatti di *s p e c i f i c a z i o n e* (« *specificatio* ») furono considerati quelli per cui una persona diversa dal *dominus ex iure Quiritium*, da lui non incaricata, operasse una trasformazione di materia prima o di manufatti in modo da creare una *nova species*. Così, ad esempio, nel caso in cui da una massa di metallo si traesse una statua; o nel caso di un vestito tratto da una pezza di stoffa; o anche nel caso di confusione di due o più materie, che desse luogo ad una materia reputata diversa da quelle componenti (come era il *mulsum*, consistente in una miscela di vino e di miele). In queste ipotesi i Proculiani davano importanza al lavoro dello specificatore ed attribuivano perciò la proprietà della *nova species* a lui, mentre i Sabiniani, in base ad un criterio ispirato alla *naturalis ratio*, ritenevano che la proprietà della materia non si perdesse dal *dominus* pur se questa fosse stata da altri trasformata in modo da essere resa irriconoscibile. In età postclassica venne formandosi una *media sententia* tra le dottrine citate: se la *nova species* era reversibile allo stato primitivo, si riteneva che essa appartenesse al proprietario della materia; altrimenti si riteneva che essa spettasse allo specificatore, sempre che questi non fosse in mala fede. Quanto all'indennizzo, si ammise sin dall'età classica che

proprietario della materia o specificatore della stessa potessero opporre la *exceptio doli* a quello fra i due cui la *nova species* spettasse in *dominium ex iure Quiritium*, se agisse con la *rei vindicatio* per ottenere la *species* senza aver prima risarcito l'altra parte (del lavoro di specificazione o del valore della materia). Se la materia specificata era di origine furtiva, il derubato poteva esercitare le azioni di furto ove la cosa specificata non venisse attribuita al suo *dominium*.

7. Fatti di assegnazione sono da qualificare i casi di attribuzione del *dominium ex iure Quiritium* ad un soggetto da parte del giudice o per effetto del processo privato. Tali furono la *adiudicatio* e la *litis aestimatio*.

7.1. La « *adiudicatio* » era il provvedimento del giudice in un'azione divisoria, mediante il quale si assegnava in proprietà singola ad un soggetto una cosa comune o parte di una cosa comune (a prescindere dalla condanna, a lui o ad altri imposta, per il pagamento delle somme di conguaglio) (n. 43 e 106). Essa era costitutiva di diritto, nel senso che per effetto della pronuncia del giudice automaticamente il *dominium ex iure Quiritium* veniva in essere in ordine alla *res* individuata e aggiudicata. Doveva trattarsi, peraltro, di *adiudicatio* emessa sulla base di un *iudicium legitimum* (n. 42): se emessa in base a un *iudicium imperio continens*, l'*adiudicatio* faceva acquisire solo l'*in bonis habere* (n. 89).

7.2. La « *litis aestimatio* » determinava un acquisto del *dominium ex iure Quiritium*, nei giudizi di proprietà, per effetto indiretto della pronuncia del giudice. Il giudice privato, infatti, nel processo ordinario, dopo aver dichiarato l'appartenenza della cosa contestata all'attore (*pronuntiatio de iure o iusti dominii*), esortava il convenuto alla restituzione della cosa che avesse in suo possesso promettendogli in cambio l'assoluzione (*arbitrium de restituendo*): se il convenuto non restituiva la cosa, il giudice pronunciava la *condemnatio pecuniaria* nel valore della cosa stessa (cioè nella *aestimatio litis*). Molti ritengono che automaticamente il convenuto, condannato a pagare il controvalore della cosa, acquistasse il *dominium* della stessa. Ma è difficile credere che questo effetto si producesse, quanto meno in ordine alle *res mancipi*: almeno per queste sembra da ritenere, dunque, che la *litis aestima-*

tio altro non fosse che una *iusta causa usucapionis*. Comunque, in diritto giustiniano la *litis aestimatio* come causa di acquisto della proprietà scomparve, visto che ormai la condanna nella *rei vindicatio* portava alla esecuzione diretta sulla cosa controversa (*condemnatio in ipsam rem*).

8. Fatti di occupazione furono considerati tutti i casi in cui l'acquisto del *dominium ex iure Quiritium* si operasse mediante semplice presa di possesso (« *occupatio* ») della *res corporalis*. In sè e per sè l'*occupatio* non implicava l'acquisto del *dominium*: l'acquisto si verificava, a favore dell'occupante, solo in relazione ad una « *res nullius* », cioè non appartenente (o non più appartenente) a nessuno. Tali erano: a) l'« *insula in mari nata* », considerata *nullius* e quindi occupabile da chi primo vi ponesse piede; b) le « *res communes omnium* », di cui si acquistava il *dominium* se e in quanto se ne occupassero parti limitate; c) le « *ferae bestiae* » (animali selvatici), di cui si acquistava il *dominium* mediante *aucupium* (caccia) o *piscatio* (pesca); d) le « *res inventae in litore maris* » (pietre, conchiglie, gemme), sempre che non si trattasse, ovviamente, di cose derivanti da naufragio; e) le « *res hostium* », che erano di chi se ne impadronisse per primo, salvo che non fossero dichiarate bottino dello Stato.

8.1. In ordine all'« *aucupium* » e alla « *piscatio* », alcuni giuristi più rigorosi pensavano che l'acquisto si operasse solo mediante la materiale presa di possesso dell'animale, mentre altri sostenevano che viceversa bastasse a far acquistare il *dominium* sulla *fera bestia* il fatto di averla ferita e di essere in atto di inseguirla per raccoglierla. Non aveva rilievo ai fini dell'acquisto nella caccia il fatto che questa fosse esercitata su terreno proprio o su terreno altrui, sia pure senza autorizzazione del proprietario: il proprietario del fondo poteva esercitare le azioni a tutela della sua proprietà contro il cacciatore che avesse operato l'invasione, ma non aveva alcun diritto a reputarsi *dominus* della cacciagione raccolta sul proprio fondo, salvo che non si trattasse di animali costituenti il reddito normale del fondo stesso. Gli animali generalmente selvatici, ma praticamente *mansuefacti*, cioè addomesticati (come i colombi), si riteneva che non potessero essere cacciati nè comunque acquistati in *dominium* dal cacciatore, a meno che non avessero perduto, allon-

tanandosi dal fondo, l'*animus* (nel senso di « istinto ») *revertendi*.

8.2. Se non si trattava di *res nullius*, ma di « *res derelictae* », cioè di cose abbandonate, è discutibile in quali casi ed in che momento la proprietà ne fosse perduta dal *dominus* e fosse acquistata dall'occupante. Secondo la dottrina proculiana, la proprietà non si perdeva con la semplice *derelictio*, ma nel momento dell'*occupatio* da parte di chi raccogliesse le cose abbandonate; viceversa, secondo la dottrina sabiniana, che trionfò in età postclassica, la proprietà si perdeva *statim* da colui che avesse abbandonato le cose, sempre che si trattasse di un vero abbandono delle cose stesse, e non di un involontario smarrimento. Per ciò che riguarda l'occupante, le fonti sembrano implicare che tutte le cose potessero essere acquistate in *dominium ex iure Quiritium* mediante la presa di possesso, ma è da tenere presente che, per quanto si sa, il diritto classico pretese, senza eccezione alcuna, che le *res Mancipi* potessero essere acquistate solo mediante *mancipatio*, in *iure cessio* o *usucapio*. Quindi, la soluzione che sembra più probabile è che le cose abbandonate si acquistassero mediante *occupatio* solo se si trattasse di *res nec Mancipi*; quanto alle *res Mancipi*, l'*occupatio* non era che il primo momento del *tempus ad usucapionem*.

8.3. Fatto di occupazione era l'« *inventio* », cioè la scoperta di un « *thesaurus* ». Per tesoro si intendeva una « *vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominus non habeat* »; doveva trattarsi cioè di somme di danaro depositate in luogo nascosto da tempo immemorabile, sicchè non ne fosse riconoscibile il proprietario. Alle somme di danaro furono facilmente equiparate le cose mobili di pregio (monili, pietre preziose). E' probabile che, nei tempi più antichi, il tesoro fosse considerato come accessione del fondo in cui era ritrovato, ma nel corso dell'età classica venne formandosi il concetto che esso dovesse spettare a colui il quale lo avesse rinvenuto. Una costituzione di Adriano attribuì il tesoro per metà al proprietario del fondo in cui venisse scoperto e per l'altra metà all'*inventor*; salvo che il tesoro non fosse stato ritrovato in un luogo sacro o religioso, nel quale caso era tutto dell'inventore, o che, viceversa, fosse stato ritrovato in seguito a speciali ricerche, non autorizzate dal proprietario nè da lui ordinate, nel qual caso era tutto del proprietario del fondo.

9. Fatti di *usucapione* furono considerati quelli per cui la proprietà si acquistasse mediante il possesso della cosa per un certo periodo di tempo e col concorso di altri requisiti. L'istituto dell'« *usucapio* » fu, come sappiamo (n. 72), di derivazione antichissima e fu regolato dalle XII tavole, che, in particolare, determinarono il *tempus ad usucapionem* con la seguente norma: « *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto* » (due anni per i *fundi* e un anno per ogni altra cosa). Con ciò le XII tavole stabilirono correlativamente che l'*auctoritas*, cioè la garanzia che il *mancipio dans* doveva prestare al *mancipio accipiens* per la eventualità della evizione (n. 86), avesse a durare due o un anno in rapporto con il termine sancito per l'*usucapione*. L'importanza dell'*usucapio* fu altissima, perchè essa valeva a sanare tutti i casi dubbi di appartenenza di una cosa ad un soggetto giuridico e ad evitare quindi la necessità di dover risalire troppo lontano nella prova delle origini del dominio (*probatio diabolica*, come dissero i commentatori medioevali).

9.1. L'acquisto per *usucapio* si verificava, ovviamente, solo con riguardo alle cose suscettibili di *dominium ex iure Quiritium* ed a favore di chi potesse essere *dominus ex iure Quiritium*. Per tale motivo le XII tavole stabilirono: « *adversus hostem aeterna auctoritas* », nel senso che le cose acquistate in possesso dallo straniero non potevano costituire oggetto di *dominium* da parte sua, sicchè l'eventuale alienante delle medesime era tenuto indefinitamente a prestare l'*auctoritas* per il caso di evizione.

9.2. Successive leggi vietarono la *usucapibilità* di certe cose in certe condizioni. La *lex Atinia*, del II sec. a. C., dichiarò *inusucapibili* le cose rubate (*res furtivae*); la *lex Plautia de vi*, del I sec. a. C., dichiarò *inusucapibili* le cose di cui ci si fosse impossessati con la violenza (*res vi possessae*). Con ciò non solo si disse che l'*usucapione* non poteva operarsi a favore del ladro o dell'autore della violenza, ma si volle sancire la inerenza alla cosa di un vizio obbiettivo, che la rendeva incapace di *usucapione* da parte di chiunque sino a che non si verificasse, sia pure per un solo attimo, la *reversio ad dominum*, che sanava il vizio, rimettendola in grado di formare oggetto di *usucapione*.

86. I FATTI TRASLATIVI DEL « DOMINIUM EX IURE QUIRITIVUM ».

1. I fatti traslativi del *dominium ex iure Quiritium* dall'uno all'altro soggetto attivo furono, più precisamente, tre atti negoziali: la *mancipatio*, la *in iure cessio* e la *traditio*.

2. La *mancipatio*, il più antico negozio di trasferimento, originariamente relativo al *mancipium* (n. 71), valeva per l'alienazione del *dominium ex iure Quiritium* sulle *res Mancipi*, ma è da ritenere che potesse essere utilizzata (*a maiori ad minus*) per trasferire il *dominium* sulle *res nec Mancipi*, sebbene il fatto che essa conteneva una *traditio* rendesse del tutto inutile la formalità. Il rito si mantenne sempre quello antico. In presenza di cinque testimoni, cittadini romani e puberi, rappresentativi della comunità quiritaria, e con l'assistenza di un sesto personaggio chiamato *libripens*, che aveva in mano una bilancia (*libra*) per la pesatura del bronzo non coniato (*aes rude*), alienante (« *mancipio dans* ») ed acquirente (« *mancipio accipiens* ») si ponevano davanti all'oggetto da trasferire. L'acquirente, tenendo in mano un pezzo di rame (*raudusculum*), faceva la solenne *vindicatio* dell'oggetto, aggiungendo peraltro che l'affermazione del *dominium* era connessa con il fatto di una alienazione: « *ait hanc rem meam esse ex iure Quiritium eaque mihi emptā esto hoc aere aeneaeque libra* ». A questo punto il *libripens* o l'alienante diceva al *mancipio accipiens*: « *raudusculo libram ferito* » e l'acquirente effettivamente metteva sulla bilancia il *raudusculum* e lo consegnava quindi all'alienante a simbolo del prezzo, che nei tempi più antichi era pagato appunto mediante *aes rude* da pesarsi con una *libra*. In mancanza dell'oggetto, poteva essere portato sul posto un elemento rappresentativo dello stesso (per esempio, una tegola della casa da vendere, o una zolla del terreno da trasferire); anzi sembra che in diritto classico la presenza dell'oggetto finisse per non essere più richiesta. Del resto, in età storica la *mancipatio* non era più un autentico atto di alienazione, ma si era ridotta ad un negozio astratto (*imaginaria venditio*), che poteva essere utilizzato anche per scopi diversi da quelli della alienazione in senso stretto, cioè a titolo corrispettivo, e giungere persino ad essere compiuto a scopo di attribuzione gratuita di una cosa in *dominium ex iure Quiritium* (*donationis causa*), nel

qual caso si faceva « *nummo uno* », cioè per una somma del tutto irrisoria. A cominciare dalla fine del periodo preclassico si determinò, inoltre, l'usanza di redigere a scopo probatorio un documento scritto attestante il compimento dell'atto e sigillato da tutti i personaggi che vi avessero partecipato.

2.1. La *mancipatio* era un *actus legitimus*, cioè non passibile di clausole terminali o condizionali. Ad essa potevano, peraltro, accompagnarsi delle separate pattuizioni non influenti sulla sua efficacia (« *leges Mancipii* »), mediante le quali l'atto poteva essere orientato verso le finalità più diverse e meno consentanee con quelle sue originarie di negozio di alienazione.

2.2. Dalla *mancipatio* derivava a carico del *mancipio dans* l'« *obligatio auctoritatis* », per cui il *mancipio dans* era tenuto a garantire l'acquirente se un terzo si presentasse ad esercitare la *rei vindicatio* della cosa mancipata e sino a che il *dominium* sulla cosa stessa non fosse stato acquistato dal *mancipio accipiens* mediante *usucapio*. Quindi, se il terzo si presentava ad agire con la *rei vindicatio*, il *mancipio accipiens* faceva un'opportuna *denuntiatio* al *mancipio dans*, chiedendogli di intervenire nel giudizio (*liti subsistere*) per dimostrare di essere stato sino al momento della *mancipatio* il vero proprietario della cosa. Se l'alienante si rifiutava di dare questa assistenza all'acquirente (*auctoritatem defugere*), o se l'acquirente rimaneva soccombente, subendo la evizione della cosa, a lui spettava contro il *mancipio dans* l'*actio auctoritatis in duplum*, cioè per il doppio del prezzo pagato (o del valore della *res*).

3. La *in iure cessio* fu un negozio traslativo del *dominium ex iure Quiritium*, valevole sia per le *res Mancipi* che per le *res nec Mancipi*. Si trattò, più precisamente, di una utilizzazione della *rei vindicatio* (n. 87). Alienante e acquirente si recavano *in ius* davanti al pretore: ivi l'acquirente rivendicava falsamente come sua l'oggetto che intendeva acquistare (« *aito hanc rem meam esse ex iure Quiritium* ») e l'alienante, anzichè *contra vindicare* o *negare*, taceva (pare anzi che il rito imponesse che egli retrocedesse di un passo: *in iure cessio*) e manifestava con ciò la sua acquiescenza alle affermazioni dell'acquirente. Di fronte a questa situazione al pretore non restava altro che ritenere solennemen-

te accertata l'appartenenza della cosa all'acquirente ed effettuare quindi l'*addictio* della cosa stessa a lui. Come la *mancipatio*, anche la *in iure cessio* era, in tempi storici, un negozio astratto, che produceva cioè l'effetto traslativo indipendentemente dalla sussistenza in concreto di una ragione pratica od economica per realizzarlo.

4. La *traditio* (« *ex iusta causa* ») era il trasferimento della detenzione della cosa da una persona ad un'altra. Tale atto era ritenuto determinativo del trasferimento del *dominium* sulla cosa se ed in quanto concorressero quattro circostanze: a) che si trattasse di *res nec Mancipi*; b) che la cosa fosse nel *dominium ex iure Quiritium* del tradente; c) che il tradente volesse effettivamente trasferirla all'accipiente e che questi effettivamente manifestasse la volontà di accettarla; d) che concorresse una *iusta causa traditionis*, cioè una situazione obbiettiva tale da giustificare, secondo l'ordinamento giuridico, il trasferimento della proprietà sulla cosa *nec Mancipi*. Tra le *iustae causae traditionis* possono essere, ad esempio, annoverate: la *causa solvendi*, se la consegna di *res nec Mancipi* era effettuata per estinguere una obbligazione; la *causa credendi*, se la consegna era effettuata all'accipiente allo scopo che questi restituisse dopo un certo tempo il *tantundem eiusdem generis* (caso del mutuo); la *causa dotis*, se la trasmissione era effettuata a fine di *datio dotis*; la *causa donationis*, se era effettuata la trasmissione a fine di arricchimento della controparte. Non erano invece *iustae causae traditionis* la donazione ad un coniuge (essendo vietata dal più antico costume), il deposito, il comodato (essendo traslativi della sola *detentio*), ecc.

4.1. Quanto al requisito della consegna della cosa, che avrebbe dovuto costituire il fondamento essenziale della *traditio*, attenuazioni numerose e di varia natura vennero diffondendosi nel corso dell'età preclassica e dell'età classica. Così, ad esempio, si affermò l'uso di considerare valida come *traditio* delle merci contenute in un magazzino la consegna delle chiavi del magazzino stesso (cd. « *traditio symbolica* » della giurisprudenza medioevale); come pure di considerare valida come *traditio* di cose situate a una certa distanza la indicazione delle cose stesse dall'alto di una torre o comunque da una posizione eminente, senza necessità di attingerle materialmente (cd. « *traditio longa manu* »). Furono questi i casi

iniziali di un lungo sviluppo, che portò alla formazione di una vera e propria categoria della « *traditio ficta* », della quale furono espressioni caratteristiche, come si vedrà, la *traditio brevi manu* e il *constitutum possessorium* (n. 91).

87. LA TUTELA DEL « DOMINIUM EX IURE QUIRITUM ».

1. I mezzi processuali fondamentali a tutela della situazione di *dominus ex iure Quiritium* furono, in primo luogo, quelli intesi a preservare il *dominium* dalle altrui aggressioni, cioè o dall'impossessamento della cosa operato da terzi, oppure dalla asserzione di terze persone di essere i veri titolari del *dominium*. Le azioni giurisdizionali concesse per la difesa del *dominium* dalle aggressioni altrui furono la *rei vindicatio*, con la connessa *actio ad exhibendum*, e l'*actio negatoria*, nonché in subordinata l'*exceptio iusti dominii*. A parte questi mezzi, altri ne furono contemplati dal *ius privatum* romano per difendere il *dominium ex iure Quiritium* dalle altrui insidie, vale a dire da attività esplicate da terzi, le quali ponessero in pericolo il pacifico e completo godimento della cosa. Tali mezzi furono, in particolare: la *cautio damni infecti*, l'*operis novi nunciatio*, l'*interdictum quod vi aut clam* e l'*actio aquae pluviae arcendae*.

2. Con la *rei vindicatio* il *dominus* agiva contro colui che si fosse impossessato della cosa, allo scopo di riaverla o quanto meno di essere ripagato del valore della stessa.

2.1. L'azione si esercitava, nei tempi più antichi, mediante la procedura della *legis actio sacramenti in rem*, la quale comportava che i due contendenti circa la proprietà di una cosa (o, più in generale, i due contendenti circa la titolarità del *mancipium* di un oggetto giuridico) si recassero davanti al magistrato ed ivi pronunciassero ciascuno la solenne *vindicatio* della cosa stessa: « *aiō hanc rem meam esse ex iure Quiritium* » (n. 41). Ma la procedura della *legis actio sacramenti in rem* era, come si è visto, troppo complessa e dispendiosa per poter essere mantenuta in vita in epoche più progredite. Sembra pertanto che ad essa le parti abbiano rinunciato ancor prima della introduzione della procedura formulare e che, in questo periodo di transizione, si sia stati soliti discutere e risol-

vere le controversie di proprietà mediante la utilizzazione della *sponsio* e dalla conseguente *legis actio per iudicis postulationem*. Il *dominus ex iure Quiritium* spossessato della cosa, avendo interesse a riottenerne la disponibilità, prendeva l'iniziativa di farsi promettere dalla controparte, mediante *sponsio* (cd. « *sponsio praeiudicialis* »), il pagamento di una certa somma per il caso che gli riuscisse di dimostrare il suo titolo di proprietà; forte di questa promessa, egli citava quindi la controparte *in ius* con la *legis actio per iudicis postulationem*; se il convenuto non operava la *confessio*, la lite, imperniata sulla *sponsio* e sul suo buon fondamento, passava ad essere risolta dall'*iudex* senza la necessità di pagare il dispendioso *sacramentum*. Nel sistema formulare la *rei vindicatio* poteva ancora esperirsi attraverso un residuo della antica procedura *per sponsionem*, ma il procedimento di gran lunga prevalente fu quello della « *formula petitoria* », mediante la quale, senza bisogno di una preventiva *sponsio* del convenuto, l'attore direttamente affermava *in iure* la sua qualità di *dominus ex iure Quiritium*, chiedendo la restituzione della cosa: « *Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, Auli Agerii esse ex iure Quiritium, neque is fundus Aulo Agerio arbitrio tuo a Numerio Negidio restituetur, quanti is fundus erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolutio* ». All'*iudex privatus* spettava, pertanto, di decidere se il convenuto avesse torto e di condannarlo, conseguentemente, al « *quanti ea res erit* ».

2.2. Convenuto nella *rei vindicatio* poteva essere, oltre il possessore della cosa, anche « *qui liti se optulit* » (cioè colui che avesse maliziosamente evitato di dimostrare sin dall'inizio di non possedere *pro suo* la cosa e di non essere quindi legittimato passivo), nonchè « *qui dolo desiit possidere* » (cioè colui che avesse maliziosamente trasferito ad altri la cosa all'unico scopo di sottrarsi alla *rei vindicatio*). Questi casi si dissero di « *ficta possessio* », ma sulla loro classicità, peraltro, si accendono tuttora vive discussioni (n. 42).

2.3. La *rei vindicatio* nella *formula petitoria* contemplava l'*arbitrium de restituendo* (« *neque is fundus Aulo Agerio arbitrio tuo a Numerio Negidio restituetur* »), per

cui il convenuto, se al giudice paresse aver egli torto, era invitato da questi a restituire la cosa, nel qual caso avrebbe ottenuto l'assoluzione. Solo se il convenuto non effettuava la restituzione volontaria della cosa di cui si fosse impossessato, egli era condannato al « *quanti ea res erit* », vale a dire al pagamento di una somma pari al valore che avrebbe avuto la cosa rivendicata nel momento della *sententia iudicis*. La *litis aestimatio*, cioè la valutazione del valore della cosa controversa (denominata « *lis* »), era operata solitamente mediante un « *iusiurandum in litem* », che il giudice deferiva all'attore: ed era questo un motivo di più acchè il convenuto fosse spinto ad evitare, mediante la restituzione della *res*, la condanna pecuniaria (basata su una valutazione, che sarebbe stata presumibilmente assai alta).

2.4. Nella *legis actio sacramenti in rem* il convenuto era tenuto a offrire dei *praedes* della restituzione della cosa o del pagamento del suo valore in caso di soccombenza. Nel processo formulare egli doveva prestare una « *satisfactio pro praede litis et vindictiarum* », nel caso di *actio per sponsionem*, o una « *satisfactio iudicatum solvi* », nel caso di *formula petitoria*. In caso di rifiuto di prestare la *cautio*, il possesso della cosa controversa era assegnato imperativamente all'attore, che fosse disposto ad offrire a sua volta cauzione, sicchè il convenuto, divenuto attore, era tenuto a provare il fondamento del suo titolo di proprietà. D'altra parte, essendo le due *cautiones* in parola delle *satisfactiones* (n. 45), non era sempre facile al convenuto trovare chi si prestasse ad aggiungere la propria garanzia alla sua *promissio*.

2.5. Nella procedura *per formulam petitoriam* il convenuto era tenuto a restituire all'attore anche i *fructus* che la cosa avesse prodotto e che egli avesse percepito *post litem contestatam* cioè dopo il momento in cui fosse stato posto in chiaro il *condemnari oportere*; se poi il giudice accertava che il convenuto aveva iniziato il suo possesso non in buona, ma in mala fede, in tal caso il convenuto doveva restituire anche i frutti percepiti *ante litem contestatam*, sin dal momento dell'impossessamento, e se non lo faceva veniva per ciò solo condannato. Nel diritto giustiniano, in cui la procedura formulare aveva ceduto il posto alla procedura straordinaria, il possessore di mala fede era tenuto a resti-

tuire non soltanto i frutti *percepti*, ma anche quelli *percipiendi*, cioè quelli che egli avrebbe potuto ottenere dalla cosa se l'avesse sfruttata più razionalmente; il possessore di buona fede era tenuto anch'egli alla restituzione dei frutti *percipiendi post litem contestatam*, ed era inoltre tenuto a restituire i frutti venuti in essere *ante litem contestatam*, se ed in quanto fossero ancora nella sua disponibilità (*fructus extantes*).

2.6. Per ciò che riguarda le *spese* incontrate dal convenuto durante il possesso della cosa, il diritto pretorio ammise il convenuto ad essere risarcito delle spese necessarie ed utili, purchè fosse possessore in buona fede (ma in nessun caso delle spese voluttuarie): ed a questo fine gli accordò una *exceptio doli* da opporre all'attore. Nel diritto giustiniano il risarcimento delle spese era operato dal giudice mediante la sentenza, la cui condanna era diminuita in relazione alle spese da rimborsare: al possessore, sia di buona che di mala fede, si riconobbe il diritto al ricupero, in ogni caso, delle spese necessarie; al possessore di buona fede si riconobbe, inoltre, il diritto al rimborso delle spese utili (nella somma minore tra lo speso ed il migliorato); a tutti e due si riconobbe il *ius tollendi*, cioè il diritto di asportare dalla cosa tutte le accessioni che vi fossero state operate, sempre che questa asportazione non costituisse danneggiamento della cosa stessa.

3. In stretto rapporto con la *rei vindicatio* era l'*actio ad exhibendum*, sulla cui struttura classica, peraltro, molto si discute. L'azione era esercitata contro il possessore della cosa mobile per ottenere che questa fosse esibita *in iure* onde accertare la sua individualità. Sembra che, in particolare, l'*actio ad exhibendum* fosse impiegata, in diritto classico, in luogo della *rei vindicatio* o prima della stessa, contro i *ficti possessores*, affinchè ponessero in chiaro i loro rapporti con la cosa. Egualmente sembra che l'*actio ad exhibendum* fosse adoperata per ottenere dal convenuto la esibizione *in iure*, e quindi la consegna, della cosa relativamente a cui esso convenuto non intendesse sottoporsi a controversia giudiziaria. Si trattava di un'*actio (in personam) arbitraria*: a quanto pare, il giudice, una volta che si fosse convinto che il convenuto effettivamente deteneva la cosa, gli lasciava la scelta tra l'esibirla (o,

in caso di connessa *rei vindicatio*, il produrla *in iure*) o l'essere condannato a pagarne l'*aestimatio*.

4. L'*actio negatoria* era esercitata dal *dominus* contro colui che si comportasse verso la *res* come il titolare di un *ius praedii* o di un *ususfructus*, allo scopo di negare la esistenza di questo diritto e di affermare la piena libertà della cosa da ogni vincolo all'infuori del potere assorbente del proprietario. L'azione si chiamava « *negatoria* » appunto perchè caratterizzata dalla negazione di un diritto reale sulla cosa. La formula era la seguente: « *Si paret Numerio Negidio ius non esse fundo Capenate utendi fruendi...* » (*actio negatoria ususfructus*); oppure: « *Si paret Numerio Negidio ius non esse per fundum Capenatem eundi agendi...* » (*actio negatoria servitutis*).

5. Il *dominus* poteva anche opporre una *exceptio iusti domini* a chi, ritenendo il suo *dominium* vizioso e ritenendosi *dominus* in vece sua, gli contestasse il godimento della *res*, esercitando una *rei vindicatio*. Generalmente egli seguiva questa via, sobbarcandosi all'onere della prova (e rinunciando alla comoda posizione processuale del convenuto, che si limitasse solamente a negare la pretesa dell'attore), quando avesse motivo di temere che il pretore favorisse le ragioni dell'attore: ad esempio, quando gli premesse di dimostrare di essersi reimpossessato per un giusto motivo della *res* di sua proprietà che avesse *vendita ac tradita* alla controparte (attrice, in questo caso, con l'*actio Publiciana*: n. 89).

6. La *cautio damni infecti* era una *satisfactio praetoria* imposta su richiesta del *dominus* di una *res immobilis*. Essa consisteva in una solenne promessa (fatta mediante *stipulatio*), con cui chi fosse proprietario di un edificio in pericolo o costruisse azzardatamente un edificio sul proprio fondo garantiva al proprietario del fondo o dell'edificio vicino di risarcirgli il danno che sarebbe potuto derivare al suo fondo o al suo edificio da eventuali crolli. Attuatasi l'eventualità del crollo, il *dominus* garantito da questa *cautio* non aveva che da esercitare l'*actio ex stipulatu* contro il *promissor*. Se invece il proprietario del fondo da cui partiva il pericolo si rifiutava di prestare la *cautio*, il pretore concedeva all'interessato una *missio in possessionem* nell'immobile di lui, senza

peraltro escludere quest'ultimo dalla disposizione dell'immobile stesso. Se, passato un anno, il proprietario del fondo da cui derivava il pericolo ancora si rifiutava di operare la *cautio*, il pretore concedeva all'altro proprietario una nuova e più efficace *missio in possessionem* (« *missio ex secundo decreto* »), mediante la quale egli era immesso nel possesso esclusivo (*ad usucapionem*) dell'immobile. Un precedente antichissimo della *cautio damni infecti* fu la *legis actio damni infecti*, che la *lex Iulia iudiciaria* (n. 42) lasciò eccezionalmente in vita, ma che fu desueta in età classica.

7. L'*operis novi nunciatio* era una procedura di origine risalente, regolata dalle XII tavole, intesa allo scopo di vietare il proseguimento di un'opera già iniziata, quando tale opera sembrasse poter risultare lesiva di interessi privati o pubblici. Colui che assumeva l'iniziativa della *nunciatio* (*nuncians*) pronunciava anticamente una formula solenne, di cui si ignora il testo, e accompagnava la pronuncia, almeno in certi casi, con il lancio di una pietra nel fondo su cui si costruiva l'opera pericolosa (*iactus lapilli*). A sua volta il destinatario della *nunciatio* (*nunciatus*) poteva o interrompere l'opera, o proseguirla senza curarsi della *nunciatio*, o infine rivolgersi al pretore per chiedere la «*remissio*» vale a dire un decreto che autorizzasse la prosecuzione dell'opera non esistendo un fondato *ius prohibendi* del *nuncians*. Se il *nunciatus* proseguiva l'opera, il *nuncians* poteva rivolgersi al pretore per ottenere da lui un «*interdictum demolitorium*», inteso a vietare al *nunciatus* la confezione dell'opera e quindi ad imporgli di demolire ciò che fosse stato già costruito. A quanto pare, se il *nuncians* non dimostrava entro un certo termine il fondamento della sua *prohibitio*, egli era tenuto a risarcire i danni al *nunciatus*.

8. L'*interdictum quod vi aut clam* era pronunciato, su richiesta di chiunque dimostrasse di avervi un interesse giuridicamente rilevante, contro chi compisse (forse non sul fondo proprio, ma su un fondo altrui) opere illecite di nascosto (*clam*), oppure senza tener conto di una precedente *prohibitio* (*vi*). A quanto pare, si trattava di un *interdictum restitutorium*, ma l'argomento è assai discusso.

9. L'*actio aquae pluviae arcendae*, regolata già dalle XII tavole, era concessa al proprietario di un fondo

contro il vicino, se a causa di lavori (« *opus manu factum* ») compiuti sul fondo di costui, si fosse determinato un afflusso o un maggiore afflusso di acque piovane sul fondo di lui. Il vicino era, di regola, tenuto a risarcire all'attore ogni spesa da questi incontrata per evitare il danno e rimettere le cose al loro posto; se l'opera era stata compiuta proprio da lui, il vicino era tenuto a ripristinare egli stesso la situazione precedente.

88. LA « DOMINICA POTESTAS » SUI « SERVI ».

1. Manifestazione particolare del *dominium ex iure Quiritium* fu la *dominica potestas* del *pater familias* sui *servi*. I *servi* erano, infatti, considerati anch'essi *res*, ma in senso lato (n. 49), non potendosi non tener conto della loro qualità di *personae*, spesso provenienti da ambienti di civiltà anche più progredita (es., la Grecia) di quella romana.

La caratteristica della *dominica potestas* fu che il *dominus* potesse *manumittere* il servo, rendendolo con ciò non soltanto libero, ma anche cittadino. Il che si spiega solo supponendo che la *dominica potestas* sia direttamente derivata dal *mancipium* arcaico e che il suo inquadramento nel *dominium ex iure Quiritium* sia solo avvenuto in un secondo momento. In altri termini, anticamente i *servi* (e cioè, essenzialmente, i prigionieri di guerra) altro non erano che appartenenti a *civitates* del *nomen Latinum* divenuti oggetto del *mancipium* di un Quirite: come tutti i *mancipia* essi potevano essere *manumissi* e divenire cittadini romani, sia pure di minor diritto; nè dava certo scandalo il fatto che essi divenissero romani, essendo già di nazionalità latina. L'estendersi territoriale delle conquiste di Roma e l'aumento a dismisura della varietà degli schiavi importò che questi fossero considerati oggetti di *dominium ex iure Quiritium*, ma non poté fare sì che fosse abolita la *manumissio* con i suoi effetti caratteristici.

2. I modi di *manumissio* secondo il *ius civile* (cd. « *manumissiones iustae ac legitimae* »), che sortivano l'effetto caratteristico di far divenire il servo, ad un tempo, libero e *civis Romanus*, furono tre: *manumissio vindicta*, *censu*, *testamento*.

2.1. La « *manumissio vindicta* » si operava mediante un fin-

to processo di libertà (*vindicatio in libertatem*) e con la procedura della *legis actio sacramenti in rem* (n. 41). Davanti al magistrato giurisdicente un amico del *dominus* assumeva le vesti dell'*adsertor in libertatem* e, toccando lo schiavo con una festuca (*vindicta*), proclamava che esso era libero (« *hunc ego hominem liberum esse aio* »): il magistrato, nel silenzio del *dominus*, che rinunciava alla *contravindicatio*, pronunciava l'*addictio in libertatem* del *servus*. In periodo classico il *favor libertatis* indusse ad ammettere che la *manumissio* si facesse anche senza l'intervento dell'*adsertor in libertatem*: bastava cioè che il *dominus* toccasse egli stesso con la *vindicta*, davanti al magistrato, il *servus*, accompagnando l'atto con la dichiarazione di volerlo rendere libero.

2.2. La « *manumissio censu* » si operava dal *dominus*, autorizzando il *servus*, all'atto del censimento, a farsi iscrivere dai *censores* nelle liste censuali degli uomini liberi. L'istituto cadde in desuetudine nel periodo classico, in una con la desuetudine delle operazioni censorie.

2.3. La « *manumissio testamento* » conseguiva ad una apposita disposizione testamentaria del *dominus* (« *Stichum servum meum liberum esse volo* ») (n. 68). Il *servus* acquistava la libertà al momento dell'acquisizione dell'*hereditas* da parte dell'*heres institutus*. Se la *manumissio* era stata subordinata al verificarsi di una condizione sospensiva (es.: « *Stichus servus meus liber esto, si centum heredi meo dederit* ») egli era considerato, *favore libertatis*, in una situazione di provvisoria libertà (« *statuliber* ») sino al momento del verificarsi della condizione.

3. Nel caso di *manumissio vindicta* o *censu* si istituiva un rapporto cd. di *p a t r o n a t u s* tra l'ex-padrone (« *patronus* ») e l'ex schiavo (« *libertus* »). Se il *patronus* moriva, vivente ancora il liberto, il suo *ius patronatus* si trasmetteva ai suoi *heredes sui* (n. 82). Il *ius patronatus*, invece, non sorgeva nel caso di *manumissio testamento* perchè, all'atto della liberazione, il patrono era ormai all'Orco (si parlava, in tale ipotesi, di « *liberti orcini* »). Per garantire il *ius patronatus* al proprio *heres*, spesso si evitava dal testatore la *manumissio directa* del *servus* e si ricorreva ad una *manumissio ex fideicommissio*: l'erede, *rogatus* dal *testator* di li-

berare il servo, ne operava la *manumissio vindicta* o *censu*, divenendone *patronus*.

3.1. Per effetto del *patronatus*: a) *patronus* e *libertus* furono tenuti, a partire dal periodo classico, a prestarsi reciprocamente il necessario per vivere (« *alimenta* ») in caso di indigenza; b) il *libertus* era tenuto, ma con vincolo puramente religioso, a prestare al *patronus* manifestazioni varie di rispetto (« *obsequium* »), beni economici (« *bona* ») e servigi vari (« *operae* »); c) il *patronus* (in caso di sua premorienza, il *suus heres* di lui) aveva diritto a succedere *ab intestato* al *libertus* che fosse morto senza lasciare nè testamento, nè *heredes sui* (n. 64); d) il *patronus* (in caso di premorienza, il *suus heres* di lui) doveva assumersi la *tutela legitima* dei figli impuberi del liberto defunto.

3.2. In periodo classico, stante la grande importanza sociale assunta dal ceto dei *libertini*, gli imperatori concessero largamente a costoro la cd. « *restitutio natalium* », cioè l'esenzione completa dai vincoli del *patronatus*. Rilievo essenzialmente sociale, senza conseguenze giuridiche, ebbe invece la distinzione del « *ius anuli aurei* », concessa ai *libertini* in segno del favore imperiale.

4. L'abbondanza sempre crescente delle *manumissiones* preoccupò seriamente Augusto e i suoi immediati successori, che vedevano aumentare a dismisura il numero dei cittadini oriundi di paesi lontani da Roma. Tanto più la preoccupazione fu grave, in quanto si era largamente diffusa l'usanza di procedere alla *manumissio* dei propri schiavi anche in modi non solenni, che prescindevano dalle rigide forme e, quindi, dalle remore e cautele del *ius civile*. Si soleva, infatti, già nel periodo preclassico affrancare gli schiavi « *inter amicos* » (cioè alla presenza di testimoni) o « *per epistulam* » (cioè con un documento non formale di comunicazione); e il *praetor*, per dare una qualche rilevanza giuridica a questi atti civilmente nulli, soleva concedere agli affrancati *exceptiones* e *actiones honorariae* contro coloro (a cominciare eventualmente dal *dominus*) che si rifiutassero di considerarli come *liberti*. Per porre un argine a questo fenomeno furono emanate tre leggi di grande importanza: la *Fufia Caninia*, la *Aelia Sentia*, la *Iunia Norbana*.

4.1. La *lex Fufia Caninia* (2 a.C.) vietò ai *domini* di manomettere per testamento più di una certa quota della loro *familia*

servile. Non è chiaro quali fossero le conseguenze stabilite per l'ipotesi di inadempienza.

4.2. La *lex Aelia Sentia* (4 d.C.): a) vietò rigorosamente (dichiarandole nulle) le *manumissiones* operate allo scopo di rendersi insolventi e di danneggiare i propri creditori (« *in fraudem creditorum* »; n. 144); b) vietò le manomissioni di schiavi di età inferiore ai 30 anni o operate da *domini* di età inferiore ai 20 anni, assegnando ai *manumissi* contro il divieto la qualifica di *Latini* (« *Latini Aeliani* »); c) assegnò la qualifica di semplici *dediticii* (« *dediticii Aeliani* ») ai *servi* che fossero *manumissi* dopo aver compiuto in istato di schiavitù alcuni *crimina* particolarmente gravi (n. 49).

4.3. La *lex Iunia Norbana* (19 d.C.) disciplinò l'ipotesi delle affrancazioni non solenni (*inter amicos* o *per epistulam*), assegnando agli affrancati la qualifica di *Latini* (« *Latini Iuniani* »; n. 49).

4.4. In periodo postclassico, le affrancazioni non solenni si diffusero sempre più e si accrebbero di un altro modo (la « *manumissio per mensam* » o *convivii adhibitione*, cioè operata in un banchetto). Si affermò inoltre la « *manumissio in ecclesia* », che consisteva in una dichiarazione pubblica di affrancazione fatta in chiesa davanti al capitolo sacerdotale e faceva acquistare la cittadinanza romana all'affrancato. Ogni differenza tra i vari modi di affrancazione, quanto agli effetti, fu eliminata da Giustiniano, che fece conseguire a qualunque di essi la *civitas Romana*.

89. L'« IN BONIS HABERE » PRETORIO.

1. Una notevole frattura del rigido concetto civilistico del *dominium ex iure Quiritium* si ebbe, sin dagli ultimi tempi dell'età preclassica, ad opera del *ius honorarium*. Essa dette luogo ad un tipo di rapporto assoluto reale in senso proprio paragonabile in certo modo al *dominium*, sebbene non qualificato mai, o quasi mai, come tale dai giuristi classici. La denominazione usata solitamente in età classica fu la circonlocuzione *in bonis habere*, oppure « *in boni esse* », mentre solo dai commentatori medioevali e moderni si è giunti ad adoperare la terminologia di « *dominium bonitarium* » o « proprietà pretoria ».

2. L'ipotesi originaria di *in bonis habere* fu costituita dalla alienazione di *res Mancipi* senza la formalità richiesta a questo scopo, cioè senza la formalità della *mancipatio* o della *in iure cessio*, ma mediante semplice *traditio*. Il fenomeno era frequente e ne seguiva che l'accipiente non acquistava il *dominium ex iure Quiritium*, ma acquistava soltanto un *titulus* per la usucapione della cosa, col decorso di due anni per le *res immobiles* e di un anno per le *ceterae res*. Pertanto, poteva darsi che, essendo mancata o non essendo risultata valida una formalità oramai ritenuta dalla coscienza sociale pressochè vana, l'accipiente della *res Mancipi* fosse, sino al compimento della *usucapio*, esposto al gravissimo rischio di poter subire la *rei vindicatio* del *dominus* o, avendo perduto il possesso della cosa, di non poter chiedere la restituzione della stessa o il pagamento del suo valore a chi ne lo avesse spossessato. Fu appunto per sanare questa situazione di iniquità, che il pretore romano giudicò opportuno tutelare con mezzi propri, sino al momento della usucapione, l'aspettativa di *dominium* dell'accipiente.

2.1. Per l'ipotesi che il *dominus* esperisse la *rei vindicatio*, fu concessa all'accipiente una « *exceptio rei venditae et traditae* », la quale serviva a paralizzare l'azione, se e in quanto al giudice risultasse provato che la cosa era stata oggetto di una compra-vendita (o più in generale, di un'alienazione) ed era stata inoltre liberamente consegnata (*tradita*) al compratore dal venditore, venendo a far parte dei suoi *bona*.

2.2. Nel caso che l'acquirente, dopo aver ricevuto la cosa dall'alienante, ne fosse stato spossessato o da lui o da altri, non potendogli riconoscere la legittimazione attiva alla *rei vindicatio*, gli si concesse dal pretore un *actio ficticia*, denominata « *actio Publiciana* », la cui formula era perfettamente identica a quella della *rei vindicatio*, salvo l'invito all'*iudex privatus* di fingere che il consegnatario della *res vendita* avesse già maturato a proprio favore il termine per la usucapione, e fosse perciò per questa via divenuto ormai *dominus ex iure Quiritium*. La formula dell'*actio Publiciana* fu, più precisamente: « *Si quem fundum Aulus Agerius emit et is ei traditus est, biennio possedisset, tum si eum fundum, de quo*

agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret, neque is fundus arbitrio tuo restituetur, index ecc. ».

2.3. Se la *Publiciana* era esercitata contro l'alienante, che si fosse nuovamente impossessato della propria cosa, questi poteva opporre ad essa l'*exceptio iusti dominii*, ma, a sua volta, l'attore della *Publiciana* aveva la possibilità di contrapporre utilmente all'*exceptio* la *replicatio rei venditae et traditae* o una *replicatio doli*.

3. Dall'ipotesi originaria di *emptio venditio* di una *res mancipi* senza le richieste formalità, ma con *traditio* della *res* al compratore, si passò, col tempo, ad applicare il regime della *Publiciana* ad altre ipotesi analoghe: *traditio* a seguito di donazione, a seguito di costituzione di dote, ecc. Con successivi e più audaci estendimenti, il regime di essa (o di azioni consimili) e di un'eventuale *exceptio* fu esteso anche al caso in cui la cosa fosse stata acquistata « *a non domino* »: con la limitazione però che, se il termine della usucapione non fosse decorso, il vero *dominus* della cosa, facendosi avanti, non poteva che avere la prevalenza. Ed ancora il nuovo regime pretorio fu applicato, nel periodo classico, a tutti i casi in cui non si venisse a costituire un diritto *iure civili*, ma venisse a costituirsi una situazione giudicata degna di tutela soltanto *iure praetorio*: come quando un'*adiudicatio* fosse stata operata mediante *iudicium imperio continens* (anzichè mediante *iudicium legitimum*), o un *bonorum possessor* chiedesse la consegna dei beni ereditari prima di averli usucapiti.

4. In età classica giunse, sia pure piuttosto tardi e molto nebulosamente, a determinarsi l'idea che il *dominium* fosse una categoria suprema, che si distingueva in due sottocategorie: l'una costituita dal *dominium ex iure Quiritium* e l'altra costituita dall'eventuale *in bonis habere* pretorio. Di modo che poteva darsi che una cosa fosse oggetto di *duplex dominium*, quello teorico del *dominus ex iure Quiritium* e quello pratico e sostanzioso del così detto proprietario pretorio. E' quanto sembra risultare, in particolare, da un testo delle *Institutiones* di Gaio, che peraltro alcuni critici delle fonti ritengono glossato: « *sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere* » (Gai 2. 40).

90. LA « POSSESSIO VEL USUSFRUCTUS » DEI FONDI PROVINCIALI.

1. Come si è avvertito (n. 84), non era concepibile in età classica il *dominium ex iure Quiritium*, sia pure a favore di *cives Romani*, su fondi non romani (o, più tardi, non in suolo italico). I fondi delle *provinciae* erano ritenuti essi stessi oggetto di *dominium* pubblicistico dello Stato, il quale peraltro, salvo eccezioni, non li amministrava direttamente, ma usava: o darli in utilizzazione indefinita ai privati contro il pagamento di un tributo, oppure concederli in « coltivazione temporanea », sempre a privati, contro versamento di una quota dei prodotti (n. 100). Il tributo da corrispondersi per il godimento indefinito di un fondo provinciale si diceva *stipendium* nelle province senatorie e *tributum* nelle province imperiali: donde la distinzione tra « *fundi stipendiarii* » e « *fundi tributarii* ».

2. Il sistema della concessione in godimento indefinito a privati dei *fundi* di pertinenza pubblicistica altro non era, in età storica, che la riproduzione dell'antichissimo sistema della *possessio* dell'*ager publicus* (n. 72), con la differenza che, essendo ormai venuto in essere il *dominium ex iure Quiritium* ed essendosi formato il concetto di proprietà, si aveva del godimento dei *fundi stipendiarii vel tributarii* un'idea sostanzialmente analoga a quella del *dominium ex iure Quiritium*, salvo la importante limitazione del tributo da pagare. La giurisprudenza classica, senza mai o quasi mai parlare di *dominium*, non mancò di rilevare le analogie esistenti tra le due situazioni. Quanto alla terminologia adoperata per l'identificazione della situazione provinciale, essa fu piuttosto variabile ed incerta, ma fondamentalmente si adoperò la terminologia di *possessio vel ususfructus*. Si parlò di *possessio* probabilmente per derivazione dalla terminologia adoperata in antico rispetto all'*ager publicus*; mentre si parlò di *ususfructus* atecnicamente, allo scopo di porre in rilievo la certa quale specifica analogia esistente tra il concessionario di un fondo provinciale e l'usufruttuario (n. 97). Per la tutela della *possessio vel ususfructus*, si concedeva, pertanto, dal pretore all'interessato una

rei vindicatio utilis, esercitabile contro chiunque si fosse illecitamente impossessato dei *fundi*.

3. Modo caratteristico di acquisto della *possessio vel ususfructus* sui *fundi stipendiarii vel tributarii* fu la *praescriptio longi temporis*, che il diritto romano riprese da un istituto greco denominato παραγραφή. Era questa una sorta di eccezione processuale per cui, all'attore che esercitasse un'azione reale o personale, il convenuto, se fosse passato un lungo periodo di tempo senza che il diritto fosse stato esercitato, poteva opporre questa circostanza per essere assolto. Orbene, visto che i *fundi stipendiarii vel tributarii*, non formando oggetto di *dominium ex iure Quiritium*, non potevano dar luogo ad una *usucapio*, le costituzioni imperiali dell'età dei Severi ammisero coloro che si fossero impossessati da un congruo periodo di tempo di detti *fundi* ad opporre un'*exceptio* a chi agisse contro di essi con la *rei vindicatio (utilis)*. Con il che, in realtà, non si veniva ad acquistare nè il *dominium*, nè il titolo alla *possessio vel ususfructus*, ma si veniva comunque a disporre di un mezzo atto a tutelare stabilmente la propria disposizione del fondo.

91. IL « DOMINIUM » UNIFICATO.

1. Già nel corso della tarda età classica cominciarono a verificarsi fenomeni di reciproco influenzamento dei tre tipi di rapporti assoluti reali in senso proprio che sono stati dianzi esaminati. Il fenomeno divenne macroscopico nell'età postclassica, man mano che le distinzioni prima esistenti tra organismi repubblicani ed organismi imperiali vennero attenuandosi e venne formandosi il concetto unitario di *imperium* romano, in cui si era andata annullando la vecchia *respublica*. Pertanto si costituì, nel passaggio dall'una all'altra epoca dell'evoluzione giuridica romana, una *proprietà unitaria*, denominata genericamente « *dominium* », la quale fu l'archetipo della proprietà moderna, ed in cui si fusero i tre tipi di rapporti giuridici assoluti reali dell'età classica, con prevalenza del *dominium ex iure Quiritium*, ma con larghe influenze esercitate dagli altri due tipi.

1.1. In particolare esercitarono influenza determinante verso la unificazione dei tre tipi genuinamente romani di rapporti assoluti reali in senso proprio: da un lato, la decadenza della *mancipatio* e della *in iure cessio*, in correlazione con la decadenza della distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* (che finì per essere abolita da Giustiniano); dall'altro lato, il fatto che il tributo fondiario, da cui originariamente erano rigorosamente esenti i *fundi in Italico solo*, fu esteso da Aureliano, nel III sec. d.C., anche ai fondi italici, per modo che venne a scomparire uno dei motivi fondamentali, dal punto di vista economico, di distinzione tra *dominium ex iure Quiritium* e proprietà cd. « provinciale ». Fu così che Giustiniano poté, infine, giungere a dichiarare esplicitamente, in una sua costituzione: « *nullam esse differentiam... inter dominos... sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sive suarum aliarum rerum ad se pertinentium* ».

2. La nuova proprietà differì dal *dominium ex iure Quiritium* principalmente per la sua minore intensità: nel senso che era sottoposta a imposizione fondiaria e che ne era considerata possibile la espropriazione per pubblica utilità. Ma queste limitazioni furono il coronamento di tutto uno sviluppo storico, in forza del quale il *dominium* romano, sopra tutto quello immobiliare, si staccò dall'originaria impostazione individualistica e si informò ad esigenze di carattere collettivistico. Pertanto, a prescindere dalle limitazioni convenzionali, si giunse a ritenere, in età postclassica, che il *dominium* fosse sottoposto ad una serie di limitazioni denominate « servitù legali » (con uso improprio di un termine che in età classica era rigorosamente applicato ai soli *iura praediorum*: n. 93).

3. *Servitutes legis* furono, in particolare, disposte, in età postclassica, attraverso minuziose prescrizioni delle costituzioni imperiali, in ordine alle seguenti ipotesi: a) « distanze » da tenersi tra l'uno e l'altro edificio o tra l'una e l'altra costruzione; b) « luci e prospetti », la cui salvaguardia fu attuata da un complesso di minutissime norme relative all'apertura delle finestre e alla distanza e all'altezza delle finestre stesse: Giustiniano, inoltre, vietò che si approfittasse della ricostruzione di un

edificio per modificarne le primitive forme, con la conseguenza di limitare le luci dell'edificio vicino, ed in ogni caso egli impose a chi costruisse o ricostruisse un edificio l'obbligo di assicurare quanto meno un *modicum lumen* al proprietario dell'edificio contiguo; c) « regime delle acque », a garanzia del quale si assegnò all'*actio aquae pluviae arcendae* la funzione di impedire qualsiasi abuso da parte del proprietario nel suo stesso fondo, se ed in quanto tale abuso fosse tale da poter recare nocimento al proprietario del fondo vicino: pertanto si ammise che il proprietario di un fondo vi operasse scavi per il deflusso delle acque soltanto se tali scavi non fossero eseguiti con intenzione di nuocere al vicino, mentre si concesse al vicino il diritto di derivare a proprio vantaggio l'acqua superficiaria di risulta dopo la utilizzazione; d) « passaggio attraverso fondi », per cui, contrariamente alla regola classica, secondo la quale non era possibile ottenere il passaggio sui fondi contigui salvo autorizzazione dei proprietari, si affermò l'istituto del « passo necessario », in forza del quale l'usufruttuario o il proprietario di un fondo, quando tale fondo fosse totalmente circondato da altri fondi, poteva chiedere ed ottenere il passaggio sui fondi stessi; e ancora, riguardo ai sepolcri, mentre Caracalla aveva ammesso una concessione precaria dell'*« iter ad sepulchrum »*, Giustiniano dispose che il magistrato potesse del pari stabilire un passo coattivo attraverso i fondi che vi dessero accesso; e così pure, se l'ordinaria via di accesso ad un fiume fosse impedita a causa della piena del fiume stesso, o comunque dall'impeto della corrente, i proprietari rivieraschi erano tenuti a concedere temporaneamente il passaggio al pubblico finchè la via non fosse riparata; e) « edilizia », per cui molteplici limitazioni furono apportate alle costruzioni; in particolare, Giustiniano vietò nell'interesse della agricoltura che si costruisse in modo da togliere il vento e l'aria al vicino; f) « miniere », relativamente alle quali una costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio, consentì a chiunque di scavare al di sotto del fondo altrui, purchè pagasse un decimo del ricavo al proprietario ed un altro decimo al fisco; g) « atti emulativi », in ordine ai quali si profilò, sia pure in modo assai nebuloso e frammentario, una sorta di divieto generale: non fu ammesso, cioè, che un proprietario abusasse della sua proprietà al solo scopo di

competere con un altro proprietario, « *ad aemulationem* » (es.: nell'ipotesi di chi, per avere la propria *domus* più alta di quella del vicino, la sopraelevasse smodatamente, e quindi pericolosamente).

4. La *traditio*, divenuta in età postclassica il mezzo fondamentale di trasferimento negoziale della proprietà, sin dagli ultimi tempi del periodo classico era sempre più chiaramente impostata sulla essenzialità del requisito dell'*animus tradendi* da parte di colui che la effettuasse a scopo di trasferimento del *dominium*. In più, si ampliarono e moltiplicarono, sullo scorcio dell'età classica e in età postclassica, i casi di *traditio ficta*, nel senso che alle figure già note (n. 86) della cd. *traditio symbolica* e della *traditio longa manu* (relative, l'una e l'altra, a cose mobili e immobili) vennero ad aggiungersi la *traditio brevi manu* e il *constitutum possessorium*. Da ultimo, la *traditio* fu talmente spiritualizzata, da rendersi del tutto inutile il requisito della presenza della cosa e della sua consegna, sia pure simbolica e fittizia, da una persona ad un'altra.

4.1. La « *traditio brevi manu* » era costituita dalla trasformazione dello stato d'animo delle parti riguardo alla cosa, nel senso che colui il quale deteneva la cosa a nome di altri (per esempio, a titolo di comodato o di locazione) cominciasse a un certo momento, con consenso dell'altra parte, a possederla come propria, acquisendola quindi al suo *dominium*.

4.2. Il « *constitutum possessorium* » era la trasformazione dello stato d'animo delle parti all'inverso, nel senso cioè che colui il quale possedeva la cosa in nome proprio e a titolo di *proprietas*, volendola trasferire ad altri, ma volendo d'altronde conservare a se stesso il diritto di sfruttamento della cosa, potesse continuare a detenerla *mutato animo* come usufruttuario, affittuario, comodatario, ecc.

4.3. Dopo la concessione della cittadinanza romana ai provinciali (n. 49), le costumanze provinciali influirono talmente, in questo settore del diritto romano, da determinare l'estensione a Roma di una figura di *traditio* detta « *traditio per chartam* », in base a cui il trasferimento della proprietà su di una cosa era effettuato attraverso il trasferimento dei documenti che rappresentavano il titolo di proprietà sulla cosa stessa.

4.4. In età postclassica la *traditio*, atto di trasmissione della cosa, non giunse mai a identificarsi completamente con la convenzione determinativa dell'obbligo di trasferire la cosa, cioè con il contratto. Tuttavia, in diritto giustiniano, per il trasferimento della proprietà sulle cose mobili valse la pura e semplice consegna e per il trasferimento della proprietà sulle cose immobili, non bastando la consegna, si ritenne necessario il trasferimento degli atti costitutivi della proprietà accompagnato da solenni scritture. Giustiniano fissò, infatti, per la trasmissione del *dominium* sui beni immobili il requisito della « *scriptura* » (documento scritto) e, pur non imponendolo, favorì il sistema di inserire (*insinuare*) il documento nei processi verbali che erano redatti nei tribunali in sede di giurisdizione volontaria. La competenza a ricevere tali dichiarazioni fu estesa più tardi anche ai *curatores rerum publicarum* e ad alcuni altri magistrati municipali, mentre il funzionario solitamente adibito a questo scopo fu il *defensor civitatis*, al quale competeva la « *insinuatio* » del documento nella pratica.

5. La *usucapio* in età postclassica si fuse con la *praescriptio longi temporis* (n. 90). Progressivamente avvenne che si parlasse di *usucapio* nei riguardi dell'acquisto delle *res mobiles* e di *praescriptio longi temporis* nei riguardi delle *res immobiles*. I requisiti dell'*usucapio* e della *praescriptio longi temporis* (requisiti determinatisi già nel corso dell'età classica) sono tradizionalmente sintetizzati in questo esametro di conio medioevale: « *res habilis titulus fides possessio tempus* ». Ma più sinteticamente può dirsi che l'*usucapio* (o la *praescriptio longi temporis*) si verificava a favore di chi possedesse ininterrottamente *ad usucapionem* (cioè *ex iusta causa* ed *ex fide bona*) una *res habilis* per la durata di 3 anni (se mobile) o di 20 (o 30) anni (se immobile). Dunque: (a) una *res habilis*, (b) costituente oggetto di *possessio* ininterrotta, (c) in base ad una *iusta causa* e (d) con *bona fides*, (e) per un *tempus* stabilito.

5.1. Si richiese anzitutto la « *res habilis ad usucapionem* », nel senso che alcune categorie di cose non potevano essere, a causa di loro caratteristiche obbiettive, usucapite: le *res extra commercium* (n. 53), le *res furtivae* o *vi possessae* (in base alle citate *leges Atinia* e *Plautia de vi*, cui si aggiunse più tardi la *lex Iulia de vi*),

le cose che il magistrato avesse ricevuto in dono nella provincia assegnatagli, le cose del fisco, le cose del principe, i *bona materna* ed altre categorie via via indicate (non senza variazioni) dalle costituzioni imperiali.

5.2. In secondo luogo si richiese che l'usucapiente esercitasse sulla *res habilis* la « *possessio civilis* » (« *ad usucapionem* »: n. 72) e che questo esercizio fosse ininterrotto, quanto meno nell'*animus*. Non costituiva interruzione (« *usurpatio* ») dell'usucapione la contestazione giudiziaria della legittimità del possesso promosso da un terzo. In diritto classico si ritenne che anche la morte del possessore non dava luogo ad *usurpatio*, ma determinasse la « *successio possessionis* » a favore del successore *in ius* (non del legatario). In diritto postclassico, raccogliendosi uno spunto forse già offerto dalla *praescriptio longi temporis* classica, si escluse l'*usurpatio* anche nell'ipotesi di trasferimento a titolo particolare (ad un legatario o ad un acquirente *inter vivos*) e si ammise che al tempo maturato dal primo usucapiente si aggiungesse quello maturato dall'acquirente (cd. « *accessio possessionis* »).

5.3. La *possessio* ininterrotta della *res habilis* doveva essere giustificata da un « *titulus* », cioè da una situazione obbiettiva che l'ordinamento (e prima ancora, la coscienza sociale) ritenesse atto a giustificare la trasformazione, col tempo, della *possessio in dominium* (cd. « *iusta causa usucapionis* »). In pratica, l'usucapiente aveva l'onere di provare, se convenuto in giudizio, di non aver violato, impossessandosi della *res*, il diritto del proprietario, ma di essersi impossessato della cosa col concorso della volontà di lui o, quanto meno, senza coartare la sua volontà o ingannare la sua buona fede (« *nec vi nec clam* »: pacificamente e pubblicamente). *Tituli ad usucapionem* furono ritenuti, pertanto: il *titulus* « *pro emptore* » (impossessamento verificatosi in base ad una *emptio venditio rei*, la quale non aveva l'effetto di determinare il trasferimento del *dominium* dal *venditor* all'*emptor*: n. 124); il *titulus* « *pro donato* » (impossessamento verificatosi in base ad un atto di liberalità compiuto attraverso un negozio non traslativo di proprietà); il *titulus* « *pro dote* » (basato su una attribuzione dotale non accompagnata da trasferimento del *dominium*: n. 59); ed ancora il *titulus* « *pro legato* » (n. 68), quello « *pro derelicto* »

(n. 85), quello « *pro soluto* » (n. 113), quello « *pro herede* » (n. 66), ecc. Vi era poi anche il cd. *titulus* « *pro suo* », che stava ad indicare, a quanto sembra, ogni altra situazione di giusto impossessamento di una *res*, pur se verificatosi contro il gradimento del *dominus*: per esempio, l'impossessamento « *ex secundo decreto* » del fondo di chi si fosse rifiutato di prestare la *cautio damni infecti* (n. 87). Per essere operante, la *iusta causa usucapionis* doveva essere « originaria », cioè esistere sin dal primo momento della *possessio* e doveva essere « reale », cioè non supposta (sia pure in buona fede): il diritto classico affermò, pertanto, la regola « *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* » (l'usucapiente non può cambiare di sua iniziativa una *causa* inizialmente *iniusta*) e negò ogni valore al cd. « *titulus putativus* » (es.: tradizione della *res* effettuata sulla base di un'emptio venditio supposta valida, ma invalida). Quanto al *titulus putativus*, il diritto post-classico fu meno rigoroso e lo ritenne operante se la falsa supposizione dell'usucapiente fosse giustificata da un « *error tolerabilis* ».

5.4. La *possessio* della *res habilis*, oltre che ininterrotta e titolata, doveva essere sorretta dalla « *bona fides* » dell'usucapiente: questi doveva essere, cioè, ragionevolmente consapevole di non ledere, con la presa di possesso della *res*, un diritto altrui. La *bona fides* era però richiesta solo al momento della presa di possesso, non dopo: « *mala fides superveniens non nocet* ». Eccezionalmente, in alcune ipotesi non la si richiedeva: nel caso di chi si fosse impossessato di *res hereditariae* durante la giacenza dell'eredità, pur sapendo di non essere erede (*usucapio pro herede*: n. 66); nel caso di chi si fosse impossessato della *res* mancipata, pur sapendo che la *mancipatio* era invalida (n. 89); nel caso di chi si fosse impossessato della *res* da lui stesso mancipata *fiduciae causa* ad un altro, pur rendendosi conto che il fiduciario non aveva eseguito la *remancipatio* (n. 121), ecc.

5.5. La ininterrotta *possessio ad usucapionem* della *res habilis* doveva, infine, protrarsi per un « *tempus* » minimo, che era: di 3 anni per la *usucapio* della *res mobiles*; di 10 anni per la *praescriptio longi temporis* di *res immobiles*, quando usucapiente e proprietario della *res* risiedessero nella stessa città (*praescriptio* « *inter praesentes* »); di 20 anni per la *praescriptio longi temporis*

« *inter absentes* » (proprietario della *res* residente in città diversa dal *locus rei sitae*).

6. In diritto postclassico, da Costantino a Giustiniano, il *ius novum* forgiò l'istituto della *longissimi temporis praescriptio*, applicabile ad ogni sorta di *res*, salvo quelle *extra commercium* e quelle *vi possessae*. A determinare l'acquisto del *dominium* bastava la *bona fides* iniziale (non era, dunque, richiesta la *iusta causa*) in una *possessio* ininterrotta, cui Giustiniano fissò il *tempus* minimo di 30 anni (elevati a 40 per i beni dello Stato, della Chiesa e di minori comunità ed opere pie). Il maggior tempo richiesto compensava il difetto degli altri requisiti.

92. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. Nel diritto italiano vigente la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti (a. 42 Cost.). La funzione sociale della proprietà sancita dalla Costituzione, però, non va fraintesa nè esagerata: non bisogna arrivare ad immaginare che la proprietà non sia più un diritto del proprietario, ma un potere-dovere a lui attribuito per la tutela di interessi altrui, cioè una vera e propria funzione in senso tecnico. Il diritto di proprietà non ha subito una evoluzione analoga alla patria potestà: resta sempre un rapporto giuridico assoluto in senso proprio, il diritto reale per eccellenza. In certo senso, si può dire che l'evoluzione subita dal diritto di proprietà riproduca e completi lo sviluppo storico in forza del quale il *dominium* romano, sopra tutto quello immobiliare, si staccò dall'originaria impostazione individualistica e si informò, in epoca post-classica, ad esigenze di carattere collettivo (imposizione fondiaria, espropriazione per pubblica utilità, cd. servitù legali).

2. La prima e più importante di tutte le limitazioni è il generale divieto degli atti di emulazione (a. 833 c.c.), che riveste, giustamente, tanta importanza per il legislatore da essere collocato all'inizio della trattazione, tra le disposizioni generali, nel-

l'articolo immediatamente successivo a quello che definisce il contenuto del diritto di proprietà (a. 832). In questo modo il legislatore ha voluto porre in chiaro che, se riconosce il diritto di proprietà come « diritto di disporre e di godere delle cose in modo pieno ed esclusivo », non può tollerare che si superino i limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico, tra i quali il primo ed il più importante è certamente il divieto di compiere atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.

2.1. Limitazioni « di interesse pubblico » sono: *a*) la « espropriazione per pubblica utilità » (a. 834): che è il limite più grave, in quanto si spinge fino alla sottrazione del bene al proprietario (e al trasferimento del relativo diritto ad altri individui o allo Stato), purchè avvenga per causa di pubblica utilità legalmente dichiarata e contro il pagamento di un giusto indennizzo (r.d.l. 25 giugno 1865 n. 2359); *b*) la « occupazione temporanea », che è un istituto affine al precedente, da cui si differenzia perchè consiste nella sottrazione del possesso e del godimento del bene al relativo proprietario, per un tempo determinato; *c*) la « requisizione », che ha per oggetto la proprietà o il possesso di beni mobili o immobili ed ha luogo quando ricorrono gravi ed urgenti necessità pubbliche, militari e civili, e dietro pagamento di un giusto indennizzo al proprietario (a. 835 e t.u. 31 gennaio 1926 n. 452); *d*) i « vincoli ed obblighi temporanei sulle aziende » commerciali ed agricole, che trovano applicazione alle stesse condizioni della requisizione (a. 836); *e*) gli « ammassi », effettuati allo scopo di regolare la distribuzione di determinati prodotti agricoli o industriali nell'interesse della produzione nazionale (a. 837); *f*) la espropriazione di beni che interessano la produzione nazionale o di prevalente interesse pubblico, a titolo di sanzione per il proprietario che ne abbandona la conservazione, la coltivazione e l'esercizio, in modo da nuocere alla produzione nazionale, al decoro delle città, alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica (a. 838); *g*) i vincoli particolari sui beni di interesse storico o artistico, regolati da leggi speciali, cui il codice espressamente rinvia (a. 839); *h*) i vincoli derivanti dal riordinamento della proprietà rurale (a. 846-856), cioè il divieto di eccessivi frazionamenti, che non rispettino la minima unità culturale (che è la estensione di terreno

necessaria e sufficiente per il lavoro di una famiglia agricola e, se non si tratta di terreno appoderato, per esercitare una conveniente coltivazione secondo le regole della buona tecnica agraria) (a. 846); *i*) i vincoli derivanti da opere di bonifica integrale (a. 857-865), disposte per terreni paludosi, dissestati ecc., inseriti in un comprensorio da determinarsi per legge (a. 858); *l*) i vincoli per scopi idrogeologici e di difesa fluviale (a. 866-868), stabiliti allo scopo di impedire che determinate zone possano con danno pubblico subire denudazioni, perdere la stabilità o turbare il regime delle acque; *m*) i vincoli imposti alla proprietà edilizia (a. 869-862), in forza dei quali i proprietari di immobili devono osservare i piani regolatori (a. 869) ed i regolamenti edilizi locali che contengano prescrizioni nell'interesse dell'arte, dell'igiene o altro (a. 871), allorchè intendono costruire, riedificare o modificare costruzioni esistenti.

2.2. Limitazioni « di interesse privato » (a garanzia del buon vicinato) sono: *a*) l'« accesso al fondo »: malgrado la chiusura del fondo, che può disporre in qualunque tempo (a. 841), il proprietario è costretto a subire, sia pure con determinate garanzie, l'ingresso nel proprio fondo di chi esercita la caccia o la pesca (a. 842), di chi voglia costruire o riparare un muro o altra opera propria o comune (a. 843 co. 1), o riprendere la cosa propria che vi si trovi accidentalmente o l'animale che vi si sia riparato sfuggendo alla custodia (a. 843 co. 3); *b*) le « immissioni »: il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi, alle esigenze della produzione, alla priorità di un determinato uso (a. 844); *c*) le « distanze » nelle costruzioni, piantagioni e scavi e la disciplina dei muri, fossi e siepi interposti tra i fondi (a. 873-899), cui il codice mira con una minuziosa regolamentazione, rifacendosi spesso anche ai regolamenti locali e agli usi, ad evitare parecchi inconvenienti cui la contiguità dei fondi potrebbe dar luogo; *d*) le « luci » e le « vedute » (a. 900-907): la legge regola la possibilità di ottenere luce ed aria dal fondo del vicino, mediante l'apertura di luci, per le quali non occorre rispettare distanza alcuna dal confine, salvo la possibilità per il vicino di chiuderle, costruendo sul confine stesso

(a. 900-904); e regola la possibilità di affacciarsi e guardare sia frontalmente che obliquamente, mediante l'apertura di vedute dirette e balconi o vedute laterali ed oblique, purchè si rispettino determinate distanze legali (a. 905-907); e) lo « stillicidio »: il proprietario deve costruire i tetti in maniera che le acque piovane scolino nel suo terreno e non può farle cadere sul fondo del vicino; f) il « regime delle acque » (a. 909-921), materia delicata e importantissima per l'economia del nostro paese, cosicchè varie leggi speciali, oltre il codice, se ne sono occupate.

3. A termini dell'a. 922, la proprietà si *a c c q u i s t a* per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione e commistione, per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte, e negli altri modi stabiliti dalla legge. Tra gli altri modi stabiliti dalla legge, degno di rilievo è il possesso di buona fede di beni mobili.

3.1. L'« occupazione » della *res nullius*, a differenza del diritto romano, è ammissibile solo nei confronti di cose mobili, precisamente le cose abbandonate e gli animali che formano oggetto di caccia o pesca (a. 923). Norme speciali vigono per: gli sciami di api (a. 924); gli animali mansuefatti (a. 925) e, in particolare, colombi, conigli e pesci (a. 926); i rigetti del mare, le piante sul lido e i relitti aeronautici (a. 933, che rinvia alle leggi speciali: a. 510-513 e a. 993-995 c. nav.).

3.2. L'« invenzione » è un particolare modo di acquisto, avente per oggetto le cose smarrite e ritrovate (a. 927-931), ed il tesoro (a. 932).

3.3. L'« accessione » può aversi per unione o commistione di beni mobili (a. 939); per accessione di beni mobili ad immobili (a. 934-938), cioè per i casi classici di *satio*, *implantatio* ed *inaedificatio*; per gli « incrementi fluviali » (a. 941-947).

3.4. La « specificazione » (a. 940) è regolata dando la prevalenza al lavoro, in quanto lo specificatore acquista la proprietà della cosa, pagando al proprietario il prezzo della materia; salvo che il prezzo della materia sorpassi notevolmente quello della mano d'opera, nel qual caso la cosa spetta al proprietario della materia.

3.5. Prima di parlare dell'usucapione, va richiamato (n. 76) che il possesso *ad usucapionem* non esige la buona fede dell'usucapiente. La buona fede è un elemento aggiuntivo, che favorisce l'usucapione, riducendo il tempo richiesto per il suo compimento. Addirittura, in certi casi, il possesso di buona fede elimina la esigenza del *tempus*. Infatti colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purchè sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà (a. 1153 co. 1). Il principio deriva dal Code Napoléon (a. 2279: « en fait de meubles la possession vaut titre »), che aveva riprodotto un'antica regola di diritto germanico. Esso forma ormai uno dei cardini fondamentali della moderna vita del traffico, in quanto il possesso (di buona fede fondato su titolo idoneo) esplica una funzione (cd. pubblicità di fatto) analoga a quella dei mezzi di pubblicità immobiliare (quali, ad es., la trascrizione o l'iscrizione nei registri immobiliari): il trapasso materiale di una cosa mette i terzi in grado di pensare che sia avvenuto un mutamento nella titolarità del diritto (a. 1155): pertanto se taluno con successivi contratti aliena a più persone un bene mobile, quella tra esse che ne acquista in buona fede il possesso è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore. Ma inoltre, il possesso di beni mobili, se di buona fede e se fondato su titolo idoneo, produce *ipso facto*, senza decorso di tempo (a differenza del possesso di beni immobili o di mobili registrati o di universalità di mobili) le stesse conseguenze che potrebbero derivare da una situazione giuridicamente perfetta: cioè l'acquisto immediato del diritto (di proprietà, usufrutto, uso e pegno, a. 1153), senza alcuna limitazione derivante dalla contemporanea esistenza di diritti altrui sulla cosa, a meno che tale limitazione non risulti dal titolo o sia altrimenti nota al possessore (a. 1153 co. 2). La regola non si applica, oltre che agli immobili, alle universalità di beni mobili ed ai beni mobili registrati (a. 1156). Vale invece per i titoli di credito (a. 1157, che rinvia al titolo V del libro IV), nei quali il requisito del titolo d'acquisto viene valutato in conformità con le diverse norme che ne disciplinano la circolazione (ad es. girata, ecc.).

3.6. L'« usucapione » può essere: a) « usucapione triennale »: comporta l'acquisto della proprietà (o altro diritto reale) su beni mobili iscritti nei pubblici registri, in base al possesso di buona fede, fondato su titolo idoneo trascritto (a. 1162); b) « usucapione decennale »: comporta l'acquisto della proprietà (o altro diritto reale): su beni immobili, in base al possesso di buona fede, fondato su titolo idoneo trascritto (a. 1159); su di una universalità di mobili, in base al possesso di buona fede, fondato su titolo idoneo (a. 1160); su beni mobili, in base al possesso di buona fede (non fondato su titolo idoneo, altrimenti si avrebbe l'acquisto immediato) (a. 1161); su beni mobili iscritti nei pubblici registri, qualora non concorrano le condizioni prescritte per l'usucapione triennale (a. 1162); c) « usucapione ventennale »: comporta l'acquisto della proprietà (o altro diritto reale) su qualunque tipo di bene (mobile o immobile), in tutti i casi in cui non sia possibile, ovviamente per mancanza dei requisiti prescritti, una delle usucapioni più brevi, dianzi esaminate.

3.7. A differenza dei modi di acquisto finora indicati, i contratti e le successioni *mortis causa* non determinano un acquisto a titolo originario, cioè la nascita del diritto di proprietà e l'attribuzione del diritto stesso ad un titolare, ma determinano un acquisto della proprietà a titolo derivativo, cioè la successione nella titolarità di un diritto già esistente, una modificazione soggettiva del diritto di proprietà, che non sorge *ex novo*, ma, restando sempre lo stesso, passa da un titolare ad un altro. Vale in questo caso la regola « *nemo in alium plus iuris transferre potest quam ipse habet* ». Contratti e successioni *mortis causa*, oltre a determinare l'acquisto del diritto di proprietà, possono essere modi di acquisto di qualunque altro diritto reale (oltre che dei diritti di credito). In questo caso, però, trattandosi pur sempre di acquisto derivativo, occorre distinguere l'acquisto « derivativo-traslativo », che si ha quando lo stesso diritto passa da un soggetto ad un altro, secondo quanto si è detto in precedenza, dall'acquisto « derivativo-costitutivo », che si ha quando sulla base di un diritto precedente viene costituito un diritto nuovo (ad. es.: il proprietario costituisce un diritto di usufrutto o di ipoteca sul suo fondo).

4. Le azioni a tutela della proprietà (a. 948-951) sono dette anche « petitorie », in contrapposto alle azioni a difesa del possesso, dette possessorie. Esse spettano al proprietario in quanto tale. Questi per aver ragione in giudizio, dovrà provare di essere il titolare del diritto in questione, cioè dovrà provare la validità del suo acquisto o, meglio, la validità del fatto (o titolo originario o derivativo) determinativo del suo acquisto. Le azioni petitorie sono le seguenti.

4.1. Azione « di rivendicazione »: il proprietario può rivendicare la cosa da chiunque la possiede o detiene e può proseguire l'esercizio dell'azione anche se costui, dopo la domanda, ha cessato, per fatto proprio, di possedere o detenere la cosa. L'azione di rivendicazione è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione (a. 948). Si noti che il possessore di buona fede è tenuto alla restituzione dei frutti della cosa, percetti o percipiendi (cioè quelli che avrebbe percepito usando la diligenza del buon padre di famiglia), solo dal giorno della domanda giudiziale; il possessore di mala fede è tenuto a restituire i frutti, percetti e percipiendi, fin dal giorno dell'acquisto del possesso (a. 1148). Per converso, il possessore ha dei diritti: a) diritto al « rimborso » delle spese fatte per la produzione ed il raccolto dei frutti (a. 821, richiamato dall'a. 1149), nel caso in cui è tenuto alla restituzione dei frutti; per le riparazioni straordinarie (a. 1150 co. 1); per le riparazioni ordinarie, solo nel caso in cui è tenuto alla restituzione dei frutti e limitatamente al tempo per il quale la restituzione è dovuta (a. 1150 co. 4); b) diritto ad « indennità » per i miglioramenti recati alla cosa, sussistenti al tempo della restituzione (a. 1150 co. 2): l'indennità deve corrispondersi nella misura dell'aumento di valore, se il possessore è di buona fede; nella somma minore *inter expensum et melioratum*, se il possessore è di mala fede (a. 1150 co. 3); per le addizioni si applicano gli a. 1150 co. 5 e 936); c) diritto di « ritenzione » della cosa, per il conseguimento di quanto a lui dovuto a titolo di rimborso spese, indennità, ecc. (a. 1152): il *ius retinendi* spetta al solo possessore di buona fede.

4.2. Azione « negatoria »: il proprietario può agire per far dichiarare la inesistenza di diritti affermati da altri sulla cosa, quando ha motivo di temerne pregiudizio. Se sussistono anche turbative o molestie, il proprietario può chiedere che se ne ordini la cessazione, oltre la condanna al risarcimento del danno (a. 949).

4.3. Azione « di regolamento di confini »: quando il confine tra due fondi è incerto, ciascuno dei proprietari può chiedere che sia stabilito giudizialmente (a. 950).

4.4. Azione « per apposizione di termini »: se i termini tra fondi contigui mancano o sono diventati irricognoscibili, ciascuno dei proprietari ha diritto di chiedere che essi siano apposti o ristabiliti a spese comuni (a. 951).

4.5. « Denuncia di nuova opera »: il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento o il possessore, il quale ha ragione di temere che da una nuova opera, da altri intrapresa sul proprio fondo o sull'altrui, sia per derivare danno alla cosa che forma oggetto del suo diritto o del suo possesso, può denunciare all'autorità giudiziaria la nuova opera, purchè questa non sia terminata e non sia trascorso un anno dal suo inizio (a. 1171).

4.6. « Denuncia di danno temuto »: il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento o il possessore, il quale ha ragione di temere che da un qualsiasi edificio, albero o altra cosa sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo alla cosa che forma oggetto del suo diritto o del suo possesso, può denunciare il fatto all'autorità giudiziaria e ottenere, secondo le circostanze, che si provveda ad ovviare al pericolo (a. 1172).

5. Tra le cose che possono formare oggetto di diritti (cioè i « beni »: a. 810), si comprendono, a differenza del diritto romano, anche i beni immateriali o incorporali. I rapporti giuridici che hanno per oggetto **b e n i i m m a t e r i a l i** costituiscono una novità del diritto moderno. Si tratta in generale di rapporti giuridici assoluti, alcuni dei quali (come, ad es., i diritti sulle opere dell'ingegno e sulle invenzioni industriali, i cd. diritti di autore e di inventore, detti anche « proprietà intellettuale ed industriale ») sono riconducibili senza troppe difficoltà nella categoria dei rapporti giuridici assoluti reali in senso proprio, mentre altri (quali il diritto fondamentale di libertà, il diritto alla vita e all'integrità fisica, il

diritto all'onore e all'integrità morale, il diritto al nome e agli altri segni distintivi, come la ditta, l'insegna e il marchio) non sono inquadrabili in tale categoria e sono di regola studiati tra i cd. « diritti della personalità » (diritti personali e personalissimi, inscindibili dal titolare che ne è il soggetto, inalienabili, intrasmissibili ed imprescrittibili); altri, infine (come la « proprietà scientifica » o « commerciale », cioè i diritti degli scienziati le cui concezioni abbiano determinato invenzioni e scoperte altrui, e i diritti degli imprenditori commerciali che abbiano determinato un flusso di avviamento sfruttato da altri), non sono stati ancora completamente disciplinati e sono ancora in attesa di adeguata sistemazione giuridica.

5.1. Per ciò che concerne i diritti sulle opere dell'ingegno e sulle invenzioni industriali, il c.c. (a. 2583, 2591, 2594) rinvia alla legislazione speciale. I testi più notevoli sono la l. 22 aprile 1941 n. 633 sul « diritto di autore », la « convenzione universale sul diritto di autore » (Ginevra) del 6 settembre 1952 (entrata in vigore in Italia il 26 gennaio 1957) e il r.d. 29 giugno 1939 n. 1127 in materia di « brevetti per invenzioni industriali ».

§ 14. — I RAPPORTI ASSOLUTI IMPROPRI

SOMMARIO: 93. I *iura praediorum*. — 94. I tipi di *servitutes praediorum*. — 95. Le vicende delle *servitutes praediorum*. — 96. La tutela delle *servitutes praediorum*. — 97. L'*usufructus*. — 98. I rapporti affini all'*usufructus*. — 99. La *superficies*. — 100. L'*emphiteusis*. — 101. Il *pignus* e l'*hypotheca*. — 102. Ragguaglio di diritto moderno.

93. I « IURA PRAEDIORUM ».

1. Di derivazione antichissima furono quei rapporti assoluti reali in senso improprio, relativi soltanto a *res immobiles*, che ebbero il nome di « *servitutes* » o *iura praediorum*. Il termine di « *servitus praedii* » sta, letteralmente, ad indicare la situazione di subordinazione in cui viene a trovarsi un immobile (cd. « fondo servente ») rispetto ad un immobile vicino (cd. « fon-

do dominante »), quando esso sia destinato a determinare una certa *utilitas* obbiettiva dell'altro fondo. Tuttavia, il rapporto giuridico di *servitus* non corre, ovviamente, tra i fondi, ma tra le persone dei loro proprietari: nel senso che il proprietario del fondo dominante ha diritto verso il proprietario del fondo servente a che questo sopporti (*patis*) un determinato sacrificio in vista di una certa *utilitas* obbiettiva del fondo dominante. Data la inerenza del rapporto alla *utilitas* del fondo dominante, esso si considera sopravvivente al mutamento dei soggetti, cioè dei rispettivi proprietari.

2. Le servitù prediali furono, indubbiamente, il più antico rapporto assoluto reale in senso improprio del *ius privatum* romano e costituirono, in un certo senso, il paradigma al quale si attennero i regolamenti di altri rapporti assoluti reali in senso improprio venutisi a costituire successivamente, durante il corso del diritto romano. Questo spiega per quale motivo alcune regole caratteristiche delle servitù prediali, createsi relativamente a queste, si poterono poi estendere anche ad altri cd. « diritti su cosa altrui » (*iura in re aliena*) e poterono addirittura assumere la parvenza di regole generali per tutti i cd. « diritti reali di godimento ».

2.1. In periodo postclassico e in diritto giustiniano avvenne qualcosa di più. Avvenne che la terminologia di « *servitus* » e la categoria delle *servitutes* fu applicata all'ingrosso anche ad altri diritti di godimento, ed in particolare al diritto di *usufructus* e ai rapporti giuridici assoluti reali in senso improprio affini all'*usufructus* (n. 97 e 98). Pertanto, nel *Corpus iuris* si legge di una categoria delle « *servitutes* », la quale viene distinta in due sottocategorie: quella delle « *servitutes praediorum* », cioè delle « servitù prediali » in senso proprio, e quella delle cd. « servitù personali » (« *servitutes personarum* »), nella quale rientrano per l'appunto l'usufrutto e i diritti affini. La romanistica moderna ha ormai accertato che questa estensione della categoria delle servitù non è di conio classico. E' altresì da escludere che rimonti alla epoca classica la qualifica di « *servitus* » applicata alle limitazioni al diritto di proprietà, sia per ragioni di ordine pubblico che per motivi di carattere privato ed in particolare a tutela dei rapporti di vicinanza (n. 91).

2.2. Va rilevato, ai fini della migliore precisazione dei concetti, che la terminologia « *servitus praedii* » è probabilmente terminologia posteriore rispetto a quella di « *ius praedii* », che deve ritenersi la terminologia originale. La terminologia « *servitus praedii* » è, evidentemente, una terminologia di comodo, la quale ricalca in linea analogica un rapporto ben definito e radicalmente diverso, che è quello di schiavitù (*servitus*). Se si parlò di *servitutes praediorum*, ciò fu perchè, in un certo senso, si aveva un rapporto di soggezione analogo alla schiavitù tra il fondo cd. servente e il fondo cd. dominante; e l'analogia fu portata anche oltre su questa strada, di talchè si qualificò « *liber* » il fondo non più (o non mai) gravato da servitù, quasi che si trattasse di un fondo il quale godesse di una sorta di *libertas*, pari a quella degli esseri umani.

2.3. Per tutto il corso dell'età classica, inoltre, è da ritenere che i Romani non abbiano avuto, anche limitatamente alla categoria delle *servitutes praediorum*, una concezione unitaria e generale della categoria stessa. Essi, in altri termini, non concepirono la esistenza della categoria delle *servitutes praediorum*, ma considerarono singolarmente i diversi tipi di *servitutes* venuti via via in essere sotto la spinta delle esigenze di vicinato e di coltura dei campi. In età classica, ebbe, in altri termini, valore il principio della tipicità delle *servitutes*, per cui ogni *servitus* fu considerata a se stante e legata alle altre *servitutes* soltanto da analogia di struttura e di regolamento giuridico. Naturalmente ai privati era riconosciuta la possibilità, in considerazione delle esigenze concrete, di precisare e specificare l'aspetto tipico delle varie *servitutes*, fissando caso per caso il cd. « *modo servitutis* ».

3. Ai fini della individuazione delle *servitutes praediorum* nei loro tratti generali, la giurisprudenza romana elaborò un ricchissimo bagaglio di osservazioni e di rilievi: osservazioni e rilievi che, pur essendo stati fatti essenzialmente sul piano della casistica, presentano tra loro una singolare coerenza e permettono, quindi, la formulazione di alcuni principi qui appresso elencati.

3.1. « *Nemini res sua servit* ». Questa regola enuncia la inammissibilità che una servitù potesse esistere o continuare ad

esistere tra due fondi appartenenti allo stesso proprietario. Occorreva, in altri termini, acchè una servitù prediale fosse configurabile, che i fondi tra i quali il rapporto di servitù si istituiva appartenessero a proprietari diversi.

3.2. « *Utilitas* ». Il fondo servente doveva essere destinato ad una qualche utilità, più o meno rilevante, più o meno concreta, del fondo dominante. L'*utilitas* del fondo servente poteva consistere anche in una pura e semplice *amoenitas*, come ad esempio nel caso della *servitus ne prospectui officiat*, la quale importava l'obbligo di astenersi da qualsiasi attività che potesse rendere meno gradevole la vista da parte del proprietario del fondo dominante. Ma l'*utilitas*, caratteristica delle servitù prediali, doveva essere una *utilitas* obbiettiva e non una *utilitas* subbiettiva, doveva cioè consistere in una qualche dote o in una qualche utilità, la quale fosse in relazione alle caratteristiche dei fondi e non in relazione soltanto alle tendenze o alle esigenze personali o occasionali del proprietario del fondo dominante.

3.3. « Possibilità ». L'esercizio della servitù doveva essere possibile. A questo fine occorreva, ovviamente, che i fondi fossero, se non contigui, quanto meno vicini, per modo che potesse tra essi esistere quel rapporto di utilità materiale ed immediata, che costituiva il fondamento pratico della *servitus*.

3.4. « Perpetuità della causa ». Affinchè una servitù prediale potesse essere costituita, occorreva che i fondi fossero in condizioni tali da rendere possibile in modo permanente l'esercizio della servitù. Ad esempio, le fonti stabiliscono che la servitù di acquedotto si possa costituire relativamente a corsi d'acqua viva o di acqua perenne, ma non relativamente a cisterne o a stagni o ad altri collettori artificiali di acqua. In adesione a questo principio, il diritto classico, pur ammettendo che le *servitutes* potessero essere volontariamente estinte, non riteneva concepibile che fossero costituite con la previsione, fin dall'inizio, di una loro estinzione. Invece, in diritto giustiniano, si ammise che fosse valida anche una costituzione non perpetua, e il proprietario del fondo servente ebbe riconosciuta una *exceptio pacti*, o anche una *exceptio doli*, quando il proprietario del fondo dominante volesse continuare ad esercitare

la servitù dopo il verificarsi della condizione o del termine risolutivo.

3.5. « Indivisibilità ». La servitù, essendo una « *qualitas fundi* », non poteva che sorgere od estinguersi per intero. Pertanto le fonti escludono che un solo condomino potesse costituire una servitù, e richiedono, a questo fine, il concorso della volontà di tutti i condomini, mentre, al contrario, se il proprietario di uno dei due fondi acquistava una quota di condominio sull'altro fondo, si ammetteva che la servitù sussistesse per intero. Egualmente era stabilito che il legato di servitù non potesse essere ridotto in omaggio alla *lex Falcidia* (n. 68), la quale, quindi, non poteva essere applicata direttamente alla servitù, ma doveva esserlo in relazione a tutta una consistenza patrimoniale, e solo indirettamente poteva riferirsi alla servitù. Se il fondo dominante o il fondo servente veniva diviso, la servitù, in forza della sua caratteristica di indivisibilità, sussisteva per intero, sempre che la situazione del fondo servente non fosse resa più gravosa. A parte ciò, ciascuna frazione del fondo dominante dava diritto ad intera servitù, così come ciascuna parte del fondo servente determinava il dovere di sopportare la servitù per intero.

3.6. « Inalienabilità ». La servitù, essendo un diritto inerente al fondo, una sua *qualitas* obbiettiva, doveva seguirne le sorti. Non era ammessa una alienazione della servitù: essa poteva essere trasmessa mediante il trasferimento del fondo. Dicono in proposito le fonti che la servitù « *neque ex bonis neque extra bona sit* »: non è *in bonis* perchè il titolare non può disporre della servitù indipendentemente dal fondo, non è *extra bona* perchè costituisce tuttavia un'entità patrimoniale.

3.7. « *Servitus in faciendo consistere nequit* ». Il proprietario del fondo servente non poteva essere tenuto ad un'attività positiva in favore del proprietario del fondo dominante. Un'apparente eccezione a questo principio si ebbe nei riguardi della *servitus oneris ferendi*, cioè della servitù prediale avente per oggetto il dovere da parte del proprietario del fondo servente di sostenere con un muro o con una colonna di sua proprietà il peso di un fondo o di una parte del fondo dominante, che a quel muro o a quella colonna si appoggiasse: le fonti ammettono che il proprietario del fondo

servente fosse tenuto a riparare il muro di sostegno del fondo dominante ed eventualmente a ricostruirlo (« *reficere parietem* »); tuttavia, sebbene gli stessi giuristi romani non abbiano mancato di intrecciare discussioni su questo punto, sembra che l'obbligo di *reficere parietem* sia da considerarsi un dovere accessorio del proprietario del fondo servente, un obbligo assolutamente in sottordine rispetto a quello caratteristico e fondamentale dell'« *onus ferre* ». Sempre a proposito del principio « *servitus in faciendo consistere nequit* », si tenga presente, peraltro, che esso non riguarda il proprietario del fondo dominante: dal punto di vista di questi, la *servitus* può essere, infatti, « positiva », se implica un suo diritto di *facere* al quale il proprietario del fondo servente non può opporsi (es.: il diritto di passaggio su fondo altrui), oppure « negativa », se implica un suo diritto di pretendere che il proprietario del fondo servente non compia una certa attività (es.: *servitus altius non tollendi*).

94. I TIPI DI « SERVITUDES PRAEDIORUM ».

1. Prima di elencare sommariamente i « tipi » di *servitutes praediorum* affermatasi nel diritto romano, è opportuno far cenno ad alcune *classificazioni* delle stesse, che si rinvencono nelle fonti romane. Esse sono quelle delle *servitutes Mancipi* e *nec Mancipi*, delle *servitutes in solo* e *in superficie*, delle *servitutes rusticae* e *urbanae*.

1.1. La distinzione tra *servitutes Mancipi* e *servitutes nec Mancipi* si riporta alle origini dell'istituto. Furono considerate « *servitutes Mancipi* » solo le più antiche servitù, le quali, evidentemente, si costituirono in un'epoca in cui il *mancipium* era l'unico rapporto assoluto riconosciuto dal diritto romano, cioè, nella età del *ius Quiritium*. Rispetto a queste antichissime *servitutes Mancipi* tutte le altre furono considerate « *servitutes nec Mancipi* », con la conseguenza che non era necessaria la *mancipatio* per la loro costituzione, ma era sufficiente la *in iure cessio*. Il fatto poi che alcune più antiche servitù, quelle originarie, fossero considerate *res Mancipi* e si rapportassero all'età dell'antichissimo *mancipium*, che era un rapporto assoluto in senso proprio, ha indotto giusta-

mente a supporre che originariamente le servitù prediali, o meglio le figure originarie di esse, non fossero configurate come servitù, vale a dire come rapporti assoluti reali in senso improprio, ma come manifestazioni caratteristiche del *mancipium*. Le più antiche servitù prediali furono le tre « servitù di passaggio » (*iter, actus, via*) e la servitù di *aquaeductus*: la « *servitus itineris* » era per il proprietario del fondo dominante il diritto di passare a piedi o a cavallo attraverso il fondo servente; la « *servitus actus* » era per il proprietario del fondo dominante il diritto di condurre attraverso il fondo servente bestiame o carri; la « *servitus viae* » era per il proprietario del fondo dominante il diritto di avvalersi, per il passaggio attraverso il fondo servente, di una vera e propria strada, di cui le XII tavole si preoccuparono di stabilire anche l'ampiezza minima (8 piedi nei tratti rettilinei e 16 piedi nelle svolte); la « *servitus aquaeductus* » era, infine, il diritto di far correre attraverso il fondo servente le acque di afflusso o di deflusso necessarie per il fondo dominante. L'ipotesi corrente, e giustamente ritenuta migliore, è, si ripete, che originariamente queste servitù di passaggio e la servitù di acquedotto fossero vere e proprie manifestazioni del *mancipium* del titolare del fondo dominante sul fondo servente. Più precisamente: o è da credere che il titolare del fondo dominante avesse un *mancipium* su una striscia del fondo servente occorrente a lui; o è viceversa da ritenere, ancor meglio, che su una certa striscia del fondo servente (forse nel caso di *iter* o di *actus*, su tutto il fondo servente) esistesse una specie di contitolarità del *mancipium*, per l'uso limitatamente all'uso del fondo servente ai fini della *utilitas* del titolare del fondo dominante.

1.2. La distinzione tra « *servitutes in solo* » e « *servitutes in superficie* » fu una distinzione di origine piuttosto tarda, che venne profilandosi e allargandosi man mano che andò prendendo piede il diritto di *superficies*, inteso come rapporto assoluto reale in senso improprio, distinto dal *dominium ex iure Quiritium* e da ogni altra forma di proprietà (n. 99). Per le *servitutes in superficie* si dice dalle fonti « *possessione retinentur* »: il che significa che bastava possedere la superficie per avere titolo all'esercizio della servitù.

1.3. In età storica la distinzione di maggiore, se non di fondamentale importanza fu quella tra *servitutes rusticae* e *servitutes urbanae*. La distinzione fu fondata sulla struttura economica del rapporto e consisteva, più precisamente, in ciò: che « *servitutes praediorum rusticorum* » furono intese quelle che soddisfacevano esigenze tipiche dell'agricoltura, mentre « *servitutes praediorum urbanorum* » furono intese quelle soddisfacenti esigenze tipiche dei centri urbani (in quanto miravano, in particolare, a procurare sostegno, prospetto, luce e scarico ad edifici). E' da sottolineare che la distinzione non aveva rapporto, secondo la giurisprudenza classica, con la effettiva disposizione dei fondi in territorio urbano o in territorio extraurbano: una servitù urbana, così definita perchè tipicamente urbana, poteva costituirsi anche in territorio non urbano, e viceversa una servitù rustica poteva essere costituita anche in territorio urbano.

2. I tipi principali delle *servitutes praediorum* romane possono essere sommariamente descritti, tenendo conto della loro appartenenza alle *servitutes rusticae* o alle *servitutes urbanae*.

2.1. *Servitutes praediorum rusticorum* erano anzi tutto le servitù di passaggio e la servitù di acquedotto, cioè quelle servitù più antiche (*mancipi*) di cui si è fatto cenno dianzi. Altre servitù rustiche furono: la « *servitus aquae haustus* », implicante il diritto di attingere acqua nel fondo servente, e quindi anche di entrarvi a questo scopo; la « *servitus oneris ad aquam adpulsus* », consistente nel diritto di portare il proprio bestiame nel fondo servente per l'abbeverata; la « *servitus pascendi* », consistente nel diritto di portare il proprio bestiame nel fondo servente per farlo pascolare ivi; la « *servitus calce legendae* », consistente nel diritto di cuocere calce sul fondo servente; la « *servitus arenae fodiendae* » e la « *servitus cretae eximendae* », consistente nel diritto di rilevare sabbia oppure creta dal fondo servente.

2.2. *Servitutes praediorum urbanorum* furono le seguenti: le « *servitutes stillicidii* » e « *fluminis* », che consistevano nel diritto di scaricare l'acqua piovana dal proprio tetto sul fondo altrui, la prima così come l'acqua cade dal cielo, la seconda mediante condutture; la « *servitus cloacae* », consistente

nel diritto di far passare i propri canali di scarico attraverso il fondo altrui; la « *servitus tigni immittendi* », consistente nel diritto di infiggere travi o altri materiali costruttivi nel fondo altrui; la « *servitus oneris ferendi* », di cui si è già parlato poc'anzi (n. 93); la « *servitus protegendi* » e la « *servitus proiciendi* », consistenti nel diritto di far sporgere il tetto, oppure i propri balconi, o altre strutture, sul fondo altrui; la « *servitus altius non tollendi* », consistente nel diritto di esigere dal proprietario del fondo servente che egli non costruisse al di sopra di una certa altezza; la « *servitus ne luminibus officiatur* », consistente nel diritto di esigere dal proprietario del fondo servente che egli non oscurasse le luci del vicino; la « *servitus ne prospectui officiatur* », consistente nel diritto di esigere dal proprietario del fondo servente che non impedisse una certa veduta ben determinata al proprietario del fondo dominante.

3. Accanto alle servitù regolari or ora descritte, le fonti romane offrono tracce di *servitutes irregolari*: le cd. servitù pretorie, le cd. servitù provinciali e le cd. servitù anomale.

3.1. Le cd. « *servitutes praetoriae* » furono situazioni analoghe alle *servitutes* del *ius civile*, ma che non godettero della protezione di questo per non essere riuscite a diffondersi e a « tipizzarsi ». A queste situazioni dette, a quanto pare, tutela il *ius praetorium* con mezzi che lo stato delle nostre conoscenze non permette di identificare.

3.2. Le cd. « *servitutes provinciales* » furono situazioni identiche alle *servitutes* civilistiche, ma aventi ad oggetto fondi delle *provinciae*, sui quali, non potendo esservi il *dominium ex iure Quiritium*, non potevano esservi nemmeno vere e proprie *servitutes*. Esse si costituivano, semplicisticamente, « *pactionibus et stipulationibus* » (cioè con atti creativi di mere *obligationes*) e ricevevano una tutela utile molto approssimativamente corrispondente a quella delle *servitutes* civilistiche.

3.3. « Servitù anomale » furono, a quanto risulta, le seguenti: la « *servitus altius tollendi* », la quale implicava il diritto di fabbricare nel proprio fondo o di fabbricarvi oltre una certa altezza; la « *servitus luminibus officiendi* », la quale consisteva nel diritto di oscurare le luci altrui stando nel proprio fondo (pur non

essendo tenuti a non oscurare queste luci a causa dell'esistenza di una servitù a proprio carico); la « *servitus stillicidii non avertendi* », che consisteva nel diritto di non ricacciare le acque piovane che si scaricassero dal tetto altrui. Molto si è discusso circa la classificazione di queste figure, ma l'opinione attualmente dominante è, giustamente, nel senso che non si tratti di figure classiche, ma di costruzioni postclassiche, le quali altro non fanno che esprimere, secondo la nota tendenza postclassica alla generalizzazione del concetto di *servitus*, la possibilità da parte del proprietario di un fondo, quando non sia gravato da servitù nei riguardi dei proprietari dei fondi vicini, di compiere ogni facoltà compresa nel suo diritto. Posto che, come è molto probabile, queste figure estremamente anomale di *servitutes* siano di conio postclassico (ed escluso, d'altro canto, che si tratti del frutto di meri equivoci dei commentatori postclassici ai testi classici, come altri sostiene), la giustificazione più convincente del sorgere, in età postclassica, di queste figure è quella secondo cui esse devono essere poste in rapporto con le disposizioni in materia edilizia, che furono emanate numerose nel Basso Impero, a cominciare dall'imperatore Zenone. Furono, da queste disposizioni, introdotte varie e numerose limitazioni circa l'altezza degli edifici e le luci degli edifici stessi: le figure anomale di servitù altro non sono, a ben guardare, che espressioni di deroghe che vennero apportate a quei limiti legali.

95. LE VICENDE DELLE « *SERVITUTES PRAEDIORUM* ».

1. Affinchè si potesse procedere a valida c o s t i t u z i o n e di una *servitus* regolare, occorreva il concorso dei seguenti requisiti: che i due fondi in rapporto tra loro fossero fondi situati *in solo Italico*; che i *domini ex iure Quiritium* di questi fondi fossero *cives Romani*; e che, infine, fosse posto in opera un modo di costituzione riconosciuto dal *ius civile*: *mancipatio*, *in iure cessio*, *deductio servitutis*, *legatum per vindicationem*, *adiudicatio*. Ma in età postclassica, cessata la distinzione tra fondi italici e fondi provinciali, scomparso la *mancipatio* e la *in iure cessio*, i primi due modi di costituzione delle *servitutes* vennero meno e ai rimanenti se ne aggiunsero altri quattro: la *pactio et stipulatio*, la *traditio*

servitutis, la *praerogativa temporis* e la *destinatio patris familias*.

1.1. La « *mancipatio servitutis* » era richiesta classicamente per le *servitutes Mancipi*, ma non sappiamo quali ritocchi si fossero apportati alla formula di *mancipatio* trasmissiva del *dominium* e in che modo fosse soddisfatta la esigenza della presenza della cosa nel cerimoniale della *mancipatio*.

1.2. Tutte le altre *servitutes nec Mancipi* si costituivano, in diritto classico, mediante « *in iure cessio servitutes* ».

1.3. Altro modo di costituzione, classico e postclassico, delle *servitutes*, sia *Mancipi* che *nec Mancipi*, fu la « *deductio servitutis* », vale a dire la riserva di servitù a favore dell'alienante operata nell'atto stesso dell'alienazione di un fondo mediante *mancipatio*: la *mancipatio*, in altri termini, era compiuta « *deducta servitute* » a favore del *mancipio dans*.

1.4. Mediante un « *legatum per vindicationem* », il testatore poteva costituire a favore del legatario il diritto reale di servitù.

1.5. Fu anche ammesso, come modo di costituzione delle servitù, la « *adiudicatio* » della *servitus* da parte del *iudex* in un giudizio divisorio, allorchè egli, trovandosi a dividere un *dominium ex iure Quiritium* collettivo su una determinata cosa, ritenesse opportuno o necessario assegnare ad uno dei dividenti la servitù su una cosa o su parte della cosa. Questo modo di costituzione rimase fermo in diritto postclassico.

1.6. In età postclassica, il modo regolare e fondamentale di costituzione delle servitù divenne la « *pactio et stipulatio* », vale a dire l'accordo tra proprietario del fondo dominante e proprietario del fondo servente: modo di costituzione usato classicamente per le cd. servitù provinciali (n. 94).

1.7. Il diritto classico non riteneva ammissibile, per evidenti motivi, la costituzione di servitù prediali mediante *traditio*, non essendovi alcuna *res* da consegnare. In età postclassica fu ammessa la « *quasi traditio* » detta anche « *traditio servitutis* » o « *patientia* », la quale consistette nella accettazione non formale di una servitù rustica e positiva da parte del proprietario del fondo servente; vale a dire nella *patientia* del proprietario del fondo servente nel subire che il proprietario di un altro fondo compisse atti di servitù positiva (passaggio, abbeverata, ecc.).

1.8. In origine le *servitutes* si potevano acquistare mediante *usucapio*, più precisamente col decorso di un anno. Tuttavia una *lex Scribonia*, di data incerta, ma comunque della fine dell'epoca repubblicana, vietò l'*usucapio servitutis*. Senonchè, in diritto post-classico si giunse a ritenere, rispetto a talune servitù (forse già con qualche precedente nel tardo diritto classico), che la « *vetustas* » o « *praerogativa temporis* », cioè il lungo esercizio di fatto di una servitù, reso apparente soprattutto da opere costruite sul fondo servente da tempo immemorabile, potesse costituire prova della esistenza del diritto di servitù. Giustiniano assoggettò a prescrizione tutte le servitù con gli stessi requisiti della *praescriptio longi temporis* relativa a cose immobili (n. 91).

1.9. Un modo tipicamente postclassico di costituzione delle servitù prediali fu la così detta « *destinatio patris familias* », la quale presupponeva una « servitù di fatto » costituitasi tra due fondi di uno stesso proprietario o tra due parti del fondo di una stessa persona: se i due fondi passavano a proprietari diversi, oppure se le due parti cessavano di essere dello stesso proprietario, per il solo motivo che in linea puramente di fatto già un rapporto economico di servitù sussisteva tra i due fondi o tra le due parti del fondo, si ritenne che tacitamente venisse a essere costituita la servitù tra i due fondi.

2. Modi di estinzione delle *servitutes praediorum* furono: la confusione, la rinuncia, il *non usus* e l'*usucapio libertatis*, il mutamento dello stato dei luoghi.

2.1. La « *confusio* » aveva luogo allorchè i due fondi in rapporto di servitù per un qualsivoglia motivo venissero ad essere in *dominium ex iure Quiritium* della stessa persona. In tale caso la estinzione della servitù era applicazione del principio « *nemini res sua servit* » (n. 93), che impediva la esistenza di una servitù tra due fondi appartenenti allo stesso soggetto. Questo modo di estinzione si mantenne in età postclassica.

2.2. La rinuncia, o più propriamente, la « *remissio servitutis* », si aveva allorchè il proprietario del fondo dominante rinunziasse alla servitù a lui spettante. Ma la rinuncia, per poter essere giuridicamente operativa, doveva concretarsi in un'azione, o più precisamente in una finzione, consistente in ciò: che il titolare del

fondo servente esercitasse una finta *actio negatoria*, sostenendo cioè che il fondo fosse libero, e che di fronte a questa *actio negatoria* il titolare del fondo dominante operasse la *cessio in iure*. Il diritto postclassico ritenne sufficiente una « *concessio* » non formale.

2.3. Il « *non usus* », come causa di estinzione delle servitù positive (e quindi, principalmente, delle servitù rustiche), aveva luogo quando la servitù prediale non fosse stata esercitata per due anni. Il termine dei due anni, caratteristico del diritto classico, nell'età postclassica fu portato rispettivamente a dieci o venti anni, a seconda che si trattasse di rapporti tra presenti o tra assenti, secondo le regole della *praescriptio longi temporis* (n. 91). La giustificazione del principio di estinzione delle servitù prediali per *non usus* fu che il proprietario del fondo servente, in caso di *non usus* della servitù da parte del proprietario del fondo dominante, acquistava il fondo servente come libero, come *optimus maximus*, a titolo di usucapione. Relativamente alle servitù negative (quindi, principalmente, alle servitù urbane), non bastava alla riconoscibilità del *non usus* la astensione dal godimento da parte del proprietario del fondo dominante, perchè egli non era tenuto ad esercitare nessuna attività positiva: quindi, a rendere riconoscibile l'inizio del periodo di *non usus*, occorreva un qualche fatto indicativo. Tale fatto indicativo doveva consistere in un atto di tolleranza, da parte del proprietario del fondo dominante, di una attività che il proprietario del fondo servente non avrebbe potuto compiere, se avesse voluto stare ai doveri che gli incombevano in forza della costituzione di *servitus*: per esempio, trattandosi di una *servitus altius non tollendi*, era richiesto che il proprietario del fondo servente avesse effettivamente fabbricato, contravvenendo ai suoi obblighi, e che il proprietario del fondo dominante per tutto il periodo del *non usus* non avesse fatto opposizione a questa edificazione, facendo con ciò intendere la sua tolleranza. Fu questo il motivo per cui, relativamente alle servitù negative, anzichè di *non usus*, si preferì parlare di « *usucapio libertatis* », realizzantesi a favore del proprietario del fondo servente.

2.4. Altro modo, ma non a carattere generale, di estinzione della servitù fu costituito dal « mutamento dello stato dei luoghi », se ed in quanto rendesse perpetuamente impossibile l'esercizio della

servitù. Per ciò che riguarda le servitù rustiche, si ritenne che le modificazioni naturali dello stato dei luoghi non implicassero la loro estinzione, ma soltanto la impossibilità del loro esercizio: pertanto, quando questa possibilità fosse ripristinata, a meno che non fosse trascorso il termine del *non usus*, la servitù riprendeva il libero esercizio. Le servitù urbane, costituite tra edifici, invece, si estinguevano allorchè l'edificio dominante o l'edificio servente fosse stato demolito, salvo che la demolizione non fosse avvenuta come presupposto della ricostruzione dell'edificio. Si aggiunga che, se il fondo servente era diventato *res extra commercium*, la servitù si estingueva per mancanza dell'oggetto; se il fondo dominante era diventato *religiosus*, sussisteva invece la servitù a vantaggio di esso.

96. LA TUTELA DELLE « SERVITUDES PRAEDIORUM ».

1. Mezzo processuale fondamentale a tutela delle *servitutes praediorum* fu la *vindicatio servitutis*, del proprietario del fondo dominante contro il proprietario del fondo servente, il quale contestasse la esistenza della servitù. In diritto giustiniano la *vindicatio servitutis* era anche qualificata « *actio confessoria* », in base alla considerazione che essa mirava ad affermare la esistenza della servitù e a far quindi riconoscere, confessare all'avversario questa esistenza (in contrapposto con l'*actio negatoria*, la quale era diretta a negare l'esistenza della servitù). Rispetto ai fondi provinciali e alle servitù costituite sugli stessi, in diritto classico si accordava un'« *actio in rem* », che forse era la stessa che serviva alla *vindicatio* del fondo. Nel diritto giustiniano l'*actio confessoria*, data l'unificazione dei vari tipi di servitù, era diventata l'azione generale a tutela di ogni servitù.

1.1. La formula della *vindicatio servitutis* era redatta in modo da invitare il *index privatus* a dar causa vinta, cioè a condannare il convenuto, nel caso che risultasse esistente il tipico *ius praedii* vantato dall'attore. Pertanto, essa esordiva con le seguenti parole: « *si paret Aulo Agerio ius esse per fundum Capenatem eundi agendi (similiae)* », e continuava nel modo solito della *vindicatio rei*.

1.2. La *vindicatio servitutis* spettava al *dominus* del fondo dominante contro il *dominus* del fondo servente ed era normalmente limitata a questi due soggetti. Tuttavia, poteva accadere, ed accadde in diritto classico, che il *dominus* del fondo dominante esercitasse la *vindicatio servitutis* contro chiunque gli impedisse l'esercizio della servitù stessa, pur se non fosse il proprietario del fondo servente: quindi contro il semplice possessore del fondo servente che impedisse l'esercizio della servitù.

2. Il proprietario del fondo, che dai proprietari vicini si sostenesse gravato di servitù, poteva contestare la esistenza della servitù a carico del proprio fondo mediante l'esercizio di un' *actio negatoria* contro colui il quale insistesse nel vantare la titolarità di una servitù sul suo fondo. Tale *actio negatoria* prendeva la denominazione, sin dal periodo classico, dal fatto che nella formula si affermava negativamente il diritto di servitù vantato dal convenuto; cioè l'attore sosteneva che al convenuto « *ius non esse* », non fosse concesso il diritto di esercitare una certa servitù nei suoi riguardi (n. 87).

3. La *procedura* dell'azione confessoria e dell'azione negatoria, salva la differente formulazione delle due azioni, una positiva e l'altra negativa, era praticamente conforme ed era corrispondente, in linea generale, almeno nel diritto classico, alla procedura della *rei vindicatio*. Se il convenuto non prestava la *cautio iudicatum solvi*, il possesso si considerava trasferito alla controparte, e quindi all'esercizio dell'azione negatoria da parte di una persona si sostituiva eventualmente l'esercizio dell'azione confessoria dell'altra parte o viceversa. Il convenuto poteva liberarsi delle conseguenze della condanna secondo i principi delle *formulae arbitraiae*, mediante la *restitutio*: la quale consisteva, o nell'abbandonare l'esercizio del diritto di servitù vantato, o nel consentire tale esercizio alla controparte. Mancando la *restitutio*, si applicava la *condemnatio pecuniaria*: quindi, se il soccombente pagava la *litis aestimatio*, la servitù veniva a costituirsi se non esisteva, o viceversa veniva ad estinguersi se esisteva. In età postclassico-giustiniana, dato il sopravvento del principio della esecuzione forzata in forma specifica, si otteneva, invece, con le azioni confessoria e negatoria, anziché un importo di danaro, la effettiva messa in azione

della servitù contestata o la eliminazione della servitù negata dal postulante.

4. Dalle fonti giustinianee risulterebbe che, accanto all'*actio negatoria*, fosse concessa anche, sin dal periodo classico, una cd. *actio prohibitoria*, la cui *intentio* era formulata come segue: « *ius Aulo Agerio esse prohibendi Numerium Negidium ire agere (similiae)* ». Ma è molto probabile che questa *actio prohibitoria*, che in fondo costituiva un doppione dell'*actio negatoria*, sia una costruzione esclusivamente postclassica.

5. Indipendentemente dalla esistenza effettiva, dal punto di vista giuridico, delle servitù e indipendentemente dalla tutela delle relative azioni, il pretore romano introdusse un numeroso gruppo di *interdicta*, sopra tutto in materia di passaggio e di acque, allo scopo di tutelare, in determinate ipotesi, la attuale situazione di un fondo nei riguardi dell'altro fondo. Questi interdetti, concessi a tutela di chi fosse in una condizione analoga a quella del titolare di un fondo dominante rispetto al fondo servente, non erano affatto, almeno in epoca classica, interdetti possessori, pur se corrispondevano agli interdetti possessori e alla tutela che il pretore accordava alle situazioni così dette di possesso. In età postclassica, com'è noto, si parlò di *possessio iuris* (n. 75).

5.1. Ai titolari dei diritti di servitù furono concessi anche altri interdetti per il migliore esercizio dei diritti stessi. Così fu concesso al proprietario del fondo dominante l'*interdictum de itinere actuque reficiendo*, che vietava al proprietario del fondo servente di opporsi a che il proprietario del fondo dominante riparasse la strada o il sentiero necessari all'esercizio della *servitus itineris* o della *servitus actus*; così pure al proprietario del fondo dominante fu concesso l'*interdictum de rivis*, per poter essere garantito nella sua attività di spurgo del *rivus*, mediante il quale egli esercitasse la sua servitù di acquedotto, nonchè anche l'*interdictum de fonte reficiendo*, per essere garantito nella manutenzione della fonte presso la quale esercitasse una sua *servitus aquae haustus*, e l'*interdictum de cloacis*, per essere garantito nella manutenzione dei canali di spurgo in base a cui egli esercitasse la *servitus cloacae*.

97. L'« USUSFRUCTUS ».

1. L'*ususfructus* era un rapporto assoluto reale in senso improprio, caratteristico del *ius civile* e avente ad oggetto una *res* fruttifera (mobile o immobile) e inconsumabile (n. 54). In forza di esso un « *usufructuarius* » aveva il diritto (temporaneo o, tutt'al più, vitalizio) di usare della cosa non sua e di percepirla i *fructus* (« *ius utendi fruendi* »), purchè non ne mutasse la destinazione economica (« *salva rerum substantia* »), pretendendo il rispetto di questa sua situazione da tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, ma in particolare dal « *dominus proprietatis* » (cd. « *proprietary* » o « nudo proprietario »), il quale era tenuto verso di lui, a questo riguardo, ad uno specifico *non facere*: « *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* » (Paul. D. 7. 1. 1.).

1.1. La concezione dell'*ususfructus* fu largamente sfruttata per analogia in materia di *fundi provinciales* (n. 90). Il diritto post-classico inquadrò, come sappiamo (n. 93), l'istituto nella categoria generale delle *servitutes*.

2. L'origine dell'istituto dell'*ususfructus* è da riportare all'età preclassica (sembra al III sec. a.C.) e va riconnessa allo scopo di assicurare col testamento gli alimenti a determinate persone per tutta la durata della loro vita, oppure per un certo determinato periodo di tempo. Dato che a questo fine non era necessario, anzi era eccessivo il lascito in *dominium ex iure Quiritium* di una determinata cosa; posto che, d'altro canto, si volesse evitare l'obbligazione dell'erede verso il legatario, o perchè non si avesse fiducia nell'erede stesso, o perchè si temesse di altre circostanze che potessero verificarsi in avvenire; si poteva ricorrere, e si pensò di poter ricorrere, al lascito diretto, all'onorato mediante *legatum per vindicationem*, del diritto di percepire i *fructus* di una determinata cosa, attribuita in proprietà all'erede, per modo che l'erede veniva spogliato dei prodotti della cosa dal momento della *perceptio* degli stessi. Il concetto di *ususfructus*, come è stato giustamente precisato, altro non è che uno sviluppo del concetto di *fructus*, nel senso che riconosciuto ad una persona il diritto di percepire i frutti di una cosa, dovette riconoscersi necessariamente, almeno in linea pratica, a questa persona il diritto di usare della cosa produttiva

allo scopo di garantire che la produzione avvenisse nel modo migliore: dal che la regola del diritto romano classico: « *fructus sine usu esse non potest* ». Questo sviluppo chiarisce anche per quale motivo ed in quale senso l'usufrutto sia stato concepito, in antico, come una « *pars dominii* », oppure anche come una « *pars rei* »: il che è attestato anche da fonti indubbiamente genuine. L'usufrutto fu inteso come *pars dominii*, o come *pars rei*, cioè come parte della *res* sottoposta al *dominium*, nel senso che si ritenne che potesse esservi un vero e proprio diritto assoluto sui frutti di una cosa solo dal momento in cui questi frutti fossero effettivamente percepiti: di modo che sino quel momento vi era stretta subordinazione del diritto dell'usufruttuario al *dominium* altrui.

2.1. E' bene avvertire, peraltro, che i Romani, pur avendo avuto chiara visione, soprattutto alle origini, del carattere di frazionamento della proprietà nell'usufrutto, non giunsero mai alla conseguenza di ritenere che si potesse avere un usufrutto sulla cosa propria. Essi rimasero fermi al principio, già proclamato in tema di servitù prediali, « *nemini res sua servit* »: la distinzione tra « usufrutto formale », cioè spettante a persona diversa dal proprietario, e « usufrutto causale », cioè spettante allo stesso proprietario, sorse soltanto nel Medioevo sulla base di alcuni frammenti indubbiamente interpolati.

3. L' *usus* della cosa, riconosciuto all'usufruttuario allo scopo di garantire pienamente il suo diritto alla percezione dei frutti, essendo esercitato con pieno riconoscimento del *dominium* di altri sulla cosa stessa, altro non era che una *possessio naturalis*: l'*usufructuarius* altri non era, cioè, che un detentore della cosa fruttifera.

3.1. Per quanto riguarda il *dominus proprietatis*, a lui fu riconosciuto pienamente il diritto di disporre del fondo ed anche il diritto di godere del fondo o della cosa fruttifera nei limiti in cui non ostacolasse l'*usus* da parte dell'usufruttuario. Oltre questi limiti il nudo proprietario non poteva andare, per non ledere il diritto da lui stesso concesso o riconosciuto all'usufruttuario. E' dubbio quindi che lo si ritenesse vero possessore, sia pur limitato dalla *detentio* dell'usufruttuario.

4. Caratteristiche precipue dell'*ususfructus* furono: la correlazione con la destinazione economica della *res*, la personalità, la temporaneità.

4.1. La « correlazione con la destinazione economica della *res* », espressa nell'inciso « *salva rerum substantia* » della definizione paolina, implicò che l'usufruttuario non potesse mutare la struttura e la destinazione attuale della cosa, neanche se ne derivasse un miglioramento della cosa stessa. Non gli fu, cioè, riconosciuto il diritto di trasformare, per esempio, in un pascolo un campo coltivato a grano, o di scavare miniere, di costruire o abbattere edifici, e così via. Egli era tenuto a garantire specificamente, nei riguardi del *dominus proprietatis*, la conservazione della cosa e la sua restituzione alla scadenza: ciò faceva mediante una apposita *stipulatio praetoria*, detta « *cautio usufructuaria* », con la quale inoltre si assumeva il sostenimento delle spese necessarie per la manutenzione della cosa fruttifera.

4.2. La « personalità » dell'usufrutto significò che esso era connesso con la persona e con l'attuale situazione giuridica dello usufruttuario: originariamente, dato il suo carattere alimentare, l'usufrutto fu anzi strettamente limitato alle persone fisiche, non ritenendosi concepibile un usufrutto a favore di enti incorporali. Dal principio di personalità conseguiva: *a*) che solo l'usufruttuario potesse godere dell'usufrutto, la cui titolarità non poteva dunque essere trasferita ad altri; *b*) che causa di estinzione dell'usufrutto fossero la morte e la *capitis deminutio*, anche *minima*, dell'usufruttuario.

4.3. Il principio della « temporaneità » dell'usufrutto importava che questo dovesse essere costituito a termine o che, se non fosse costituito a termine, non potesse durare oltre la vita dell'usufruttuario. Nel caso di usufrutto costituito senza termine a favore di un ente (es.: di un *municipium*) si discuteva tra i giureconsulti circa la durata del diritto. I giuristi classici risolvevano la questione, quando la soluzione fosse materialmente possibile, parlando di *non usus* dell'*ususfructus* come causa di prescrizione dell'usufrutto stesso allorchè la persona giuridica fosse venuta ad estinzione; il diritto giustiniano, come risulta da interpolazioni a due testi di

Gaio, fissò il termine massimo dell'usufrutto a favore di enti associativi in cento anni (*finis vitae longaeui hominis*).

5. Modi di costituzione *iure civili* dell'*usufructus* furono, in analogia con i modi di costituzione delle servitù prediali (n. 95): la « *in iure cessio usufructus* » (ma non la *mancipatio*, non essendo l'*usufructus* considerato *res Mancipi*); la « *deductio usufructus* »; la « *adiudicatio* »; e, usitatissimo, il « *legatum (per vindicationem) usufructus* ». In età postclassica, venuta meno l'*in iure cessio*, si aggiunsero la « *pactio et stipulatio* » e la « *quasi traditio* ». E' discusso se il diritto classico ammettesse anche la « *usucapio usufructus* », che comunque non risulta vietata da alcuna norma; il diritto postclassico, comunque, applicò all'usufrutto (in quanto « *servitus personae* ») il regime della *usucapio* e della *praescriptio longi temporis*.

5.1. L'*usufructus* era intrasferibile, ma poteva formare oggetto di *locatio* da parte dell'*usufructuarius* a un *conductor* (n. 127). Anzi, le fonti prevedono, oltre la *locatio usufructus*, anche una *venditio usufructus*, ma questa aveva per sola conseguenza che il cessionario acquistasse l'esercizio del diritto: il che significava che, venendo a cessare l'usufrutto per scadenza del termine o morte dell'usufruttuario, avevano fine gli effetti della vendita, pure se fosse stato convenuto tra le parti che essi dovessero perdurare anche oltre.

6. Modi di estinzione dell'usufrutto furono: la riunione in una sola persona delle qualità di proprietario e di usufruttuario (« *consolidatio* »), la « *remissio* » e il « *non usus* ». A questi modi di estinzione, sostanzialmente corrispondenti a quelli relativi alle *servitutes* (n. 96), vanno aggiunti la morte e la *capitis deminutio* (in età postclassica era esclusa la *minima*) dell'*usufructuarius*.

6.1. L'estinzione per morte o *capitis deminutio* poteva essere eliminata, includendo nel legato di usufrutto una clausola, mediante la quale si stabiliva che il diritto di usufrutto fosse ricostituito tutte le volte in cui si operasse la *capitis deminutio* dell'usufruttuario: in tale caso si parlava di « *usufructus repetitus* ». Nella *in iure cessio usufructus* o nella *mancipatio cum deductione*,

che erano *actus legitimi*, tale clausola non poteva essere, peraltro, contenuta.

7. Mezzo processuale fondamentale a tutela dell'*ususfructus* fu la « *vindicatio ususfructus* », analoga alla *vindicatio servitutis* (n. 96), con formula « *si paret Aulo Agerio ius esse fundo Capenate utendi ecc.* ». Inoltre fu riconosciuta all'usufruttuario la « *actio negatoria* », in analogia con l'*actio negatoria* riconosciuta in tema di servitù.

98. I RAPPORTI AFFINI ALL'« USUSFRUCTUS ».

1. Istituti affini all'*ususfructus* furono: il *quasi ususfructus*, l'*usus*, il *fructus sine usu*, l'*habitatio*, le *opere servorum*.

2. Il *quasi ususfructus* venne in essere agli albori dell'età classica in deroga al principio per cui l'usufrutto era limitato alle cose inconsumabili (n. 97). Esso era, infatti, l'usufrutto avente ad oggetto cose consumabili, tra cui principalmente danaro. Un istituto, dal punto di vista logico, intrinsecamente contraddittorio, di cui solo la ricostruzione storica è in grado di rintracciare le ragioni pratiche che poterono giustificarlo.

2.1. Sin dall'età preclassica era avvenuto che, per inavvertenza, si fosse lasciato in legato l'usufrutto di cose consumabili, allorchè, più precisamente, il legato avesse ad oggetto tutto il patrimonio o una frazione di patrimonio e fosse perciò comprensivo di cose consumabili. Questo sistema divenne cosciente e generale allorchè intervenne la legislazione matrimoniale di Augusto, che limitava la capacità di acquistare il *dominium* a titolo successorio per i *coelibes* e gli *orbi* (n. 57). Il legato di usufrutto del patrimonio o di quote di esso servì a garantire a costoro lo sfruttamento del patrimonio del testatore pur se non ne potessero acquistare il *dominium*. Ma l'usufrutto di cose consumabili, implicando per il suo esercizio la consumazione delle cose stesse, altro non era che proprietà di queste cose, dato che solo il *dominium* comporta la facoltà di distruggere la cosa che ne forma oggetto. Nel caso degli *incapaces* la giurisprudenza lo osservò, e venne quindi in rilievo

pratico la impossibilità teorica dell'usufrutto delle cose consumabili. Tuttavia, ad evitare che si giungesse sino al punto da contestare agli *incapaces* anche queste scappatoie alle disposizioni delle leggi augustee, intervenne nel sec. I a.C. un *senatusconsultum*, che riconobbe la possibilità di regolare secondo i principi dell'usufrutto il lascito in godimento di cose consumabili: non essendo il godimento possibile senza distruzione della cosa, il senatoconsulto ammise che le cose lasciate in godimento passassero in proprietà del così detto usufruttuario, ma impose che costui garantisse mediante una speciale *cautio* la restituzione di altrettante cose della stessa qualità, « *tantundem eiusdem generis* ». L'istituto ebbe fortuna e fu esteso, in diritto postclassico, anche alle cd. cose deteriorabili (in particolare alle vesti), stabilendosi inoltre che, anzichè essere obbligato alla restituzione del *tantundem*, il quasi usufruttuario fosse tenuto al pagamento del valore della cosa assegnatagli in quasi usufrutto.

2.2. A parte le denominazioni formali, sta di fatto che il quasi usufruttuario, acquistando la proprietà delle cose lasciate in godimento, altro non era che una persona trovantesi nella stessa situazione di un mutuatario: di talchè, se si ometteva di chiedergli la *cautio* per la restituzione del *tantundem* o del controvalore in danaro, non si poteva certo agire contro di lui per tale restituzione con la *rei vindictio*, ma con l'*actio certae creditae pecuniae* o con la *condictio certae rei*, cioè con le azioni a tutela di un mutuo di danaro o di derrate (n. 121).

3. L'*usus* (*sine fructu*) di una cosa fruttifera o anche infruttifera, fu riconosciuto sin dal diritto classico e consistette appunto nel potere di usare una cosa altrui entro i limiti dei propri bisogni o dei bisogni della propria famiglia.

3.1. L'*usus*, pur essendo *sine fructu*, non poteva essere inteso completamente esente dalla possibilità di utilizzazione dei frutti della cosa, se questi frutti fossero abitualmente necessari per l'utilizzazione della cosa stessa. In altri termini, l'usuario differiva dall'usufruttuario perchè non aveva diritto a tutti i frutti normali della cosa, ma non perchè fosse completamente esclusa la percezione da parte sua dei frutti della cosa stessa. Pertanto: l'*usus* di un fondo rustico implicava la possibilità per l'usuario, non soltanto

di passeggiarvi, ma anche di raccogliervi fiori (che costituivano frutti del fondo) e persino di raccogliervi frutta, nei limiti del bisogno di questa frutta ai fini della tavola, e così pure il diritto di attingervi acqua per usi domestici; l'uso della casa implicava il diritto di abitarvi, sia pure non a titolo di affittuario; e la giurisprudenza classica ampliò sempre maggiormente le possibilità di utilizzazione dei frutti di una cosa da parte dell'usuuario. Su questa strada andò ancora più oltre la giurisprudenza postclassica sino a Giustiniano, il quale ultimo stabilì che l'usuuario potesse prendere dal fondo tutto ciò « *quod ad victum sibi suisque sufficiat* » e ammise persino l'usuuario di una casa di abitazione a dare in locazione parte della casa, se la casa stessa fosse esuberante per i bisogni suoi o della sua famiglia.

3.2. A prescindere da queste particolarità classiche e postclassiche, il regime dell'uso fu, in tutto e per tutto, identico al regime dell'usufrutto.

4. Il *fructus sine usu* è una costruzione prevalentemente scolastica, implicava, come si rileva dalla denominazione, il potere per il fruttuario di raccogliere i frutti di una cosa fruttifera senza peraltro utilizzarla.

5. L'*habitatio* era, in diritto giustiniano, un diritto reale per cui il titolare aveva il potere di abitare una casa altrui ed eventualmente di darla in locazione a terzi.

5.1. E' discutibile se l'*habitatio*, pur essendo stata certamente conosciuta in diritto classico, fosse dallo stesso concepita come un vero e proprio rapporto giuridico reale in senso improprio. Dai testi risulta che i giuristi classici discutevano se i legati aventi ad oggetto l'*habitatio* di una certa *domus* fossero determinativi di un semplice diritto di credito del legatario verso l'erede, o fossero invece costitutivi di un diritto reale del legatario relativamente alla casa formante oggetto dell'*habitatio*. Comunque, anche per chi ammetteva che il legato di *habitatio* fosse costitutivo di un diritto reale, esisteva il dubbio, e conseguentemente la discussione, sempre nell'ambiente del diritto classico, se il legato di *habitatio* fosse equiparabile ad un legato di uso, con semplice diritto per il legatario di abitare personalmente e con la propria famiglia la casa, o fosse equiparabile ad un legato di usufrutto, con

conseguente possibilità da parte del legatario di dare in locazione la casa. La questione fu risolta da Giustiniano nel senso che questi fece dell'*habitatio* un *ius proprium* con « *natura specialis* », distinto cioè sia dall'uso che dall'usufrutto, e concesse all'*habitor* il diritto di dare in locazione anche tutta la casa.

6. Le *operae servorum* comportavano, in diritto giustiniano, la facoltà di valersi dell'attività degli schiavi altrui. Anche questo istituto ebbe certamente origini classiche, ma è fortemente dubitabile, anzi è probabilmente da escludere, che in diritto classico l'istituto fosse automaticamente concepito come espressione di rapporto giuridico reale sulle *operae servorum*, e in particolare come istituto affine, nel regolamento e nella struttura, all'*ususfructus* e all'*usus*. I giuristi classici, quando si facesse un legato avente ad oggetto l'utilizzazione delle energie di lavoro di alcuni servi, tendevano a ritenere che questo fosse un legato di usufrutto; Giuliano viceversa era piuttosto incline alla opinione che si trattasse di un legato di uso. Soltanto Giustiniano, attraverso interpolazioni e risistemazioni dei testi accolti nei Digesti, ammise chiaramente che le *operae servorum* fossero un istituto autonomo affine all'uso.

6.1. Giustiniano, sempre su questa strada, ammise anche che potessero costituire diritto autonomo le « *operae animalium* » accanto alle opere degli schiavi.

99. LA « SUPERFICIES ».

1. La *superficies* era, in diritto giustiniano, un rapporto assoluto reale in senso improprio, in forza del quale un soggetto (« *superficiarius* ») poteva costruire e mantenere su un suolo altrui, in perpetuo o per un lungo periodo di tempo, un fabbricato, con l'obbligo di pagare al concedente (« *dominus soli* ») un canone detto « *solarium* ». A questa configurazione giustiniana dell'istituto, come rapporto giuridico reale in senso improprio, il *ius privatum* romano è giunto, pertanto, dopo un lunghissimo travaglio, ed è molto improbabile che già in epoca classica la *superficies* sia stata concepita come rapporto giuridico assoluto.

2. La formazione storica del *ius in re aliena* di *superficies* può, a nostro avviso, così sintetizzarsi.

2.1. In età preclassica e classica sembra che avesse vigore incontrastato il principio « *superficies solo cedit* », in forza del quale il proprietario del suolo era inevitabilmente da ritenersi proprietario delle opere costruite da lui o da terzi, con materiali suoi o con materiali altrui, sul suolo di sua proprietà: ciò in applicazione del principio, già altra volta ricordato, che la proprietà si estende, secondo la concezione del diritto romano preclassico e classico, « *usque ad coelum et usque ad Inferos* » (n. 84). Ciò posto, se avveniva che taluno costruisse con materiali propri od altrui una *domus* (o un chiosco) su suolo privato altrui, sia senza sua autorizzazione che con la sua stessa autorizzazione, proprietario della *domus* era da considerarsi esclusivamente il proprietario del suolo. Questi poteva, tutt'al più, accordarsi col costruttore per una *locatio conductio* (n. 127) o per un *commodatum* (n. 121) del suolo interessato: nel qual caso il superficiario era solo titolare di un diritto di credito.

2.2. Tuttavia, già in età repubblicana era sorto l'uso, da parte delle comunità pubbliche, di operare « concessioni temporanee », generalmente a lunga scadenza, di suolo pubblico a persone che avessero interesse a costruire su tale suolo, prospiciente alle strade di pubblico traffico, padiglioni o edicole per l'esercizio dei loro commerci o delle loro industrie. I magistrati concedevano, mediante un corrispettivo denominato *pensio* oppure anche *solarium*, il godimento di particelle di suolo, soprattutto nel foro, particolarmente agli *argentarii*, cioè ai banchieri. A tutela delle concessioni ottenute sembra che i concessionari godessero di un *interdictum* loro accordato dal pretore: l'« *interdictum de loco publico fruendo* », il quale implicava che essi potessero difendere la loro situazione di assegnatari di suolo pubblico rispetto a chiunque volesse turbare questa assegnazione senza avere un titolo proveniente del pari dalla comunità concedente.

2.3. Probabilmente, nel corso dell'età classica, l'uso della concessione superficiaria si estese anche ai rapporti fra privati, ma altrettanto probabilmente fu adoperato a questo scopo soltanto lo schema della *locatio conductio*, di modo che si parlò di « *locare* »

o « *conducere superficiem* » e il concessionario, che più tardi si sarebbe qualificato *superficiarius*, fu viceversa tecnicamente indicato col termine di *conductor* o *inquilinus*. Ma il pretore, ritenendo che il concessionario di una *superficies* a titolo di *ius privatum* fosse equiparabile ad un possessore, concesse, a tutela della sua *quasi possessio* (n. 75), un « *interdictum de superficiebus* », mediante cui egli poteva respingere ogni attacco che si volesse operare al suo godimento, quando tale godimento non fosse stato ottenuto, nei riguardi dell'attaccante, *vi, clam, precario*. Con questo *interdictum de superficiebus* il superficiario, analogamente a un vero e proprio *possessor ad interdicta*, era posto nella possibilità di difendersi direttamente rispetto a chiunque attaccasse il suo godimento.

2.4. E' fortemente dubbio che il pretore sia giunto sino al punto da concedere al superficiario, nei confronti di chi gli avesse tolto il godimento della superficie, impossessandosi dell'edificio, un'« *actio in rem* », mediante la quale egli potesse agire direttamente contro il disturbatore, senza fare invece capo al *dominus soli*, suo *locator*. Probabilmente l'« *actio in rem superficiaria* » è una creazione postclassico-giustiniana, la quale dimostra appunto la diversa concezione che in diritto postclassico si ebbe della superficie, ormai ritenuta rapporto giuridico assoluto in senso improprio avente ad oggetto il soprasuolo.

3. Per verità la disciplina giustiniana della *superficies* non fu del tutto unitaria: il che indica, a prescindere dai residui lasciati dalle antiche concezioni, una qualche incertezza del legislatore nei suoi stessi propositi. Il più delle volte, la *superficies* fu considerata come un *ius in re aliena* a sé stante, tutelato da *actio in rem superficiaria*. Altre volte essa fu considerata come *servitus (in superficie)*: n. 94). Altre volte ancora essa fu considerata (sopra tutto trattandosi di concessioni superficiali perpetue) come una sottospecie, tipicamente urbana, dell'*emphyteusis* (n. 100). Sopra tutto nella configurazione della *servitus in superficie* si palesarono, pertanto, i primi (e vaghi) accenni di una concezione per cui, distinta da quella del suolo, potesse aversi una proprietà del soprasuolo, eventualmente divisa per piani: onde il rapporto

di *servitus praedii* tra il soprasuolo (fondo dominante) e il suolo (fondo servente).

100. L'« EMPHYTEUSIS ».

1. L'*emphyteusis* era, in diritto giustiniano, un rapporto assoluto reale in senso improprio, in forza del quale un soggetto (« enfiteuta ») poteva godere e disporre nel modo più pieno, in perpetuo o per un lungo periodo di anni, del fondo rustico di un altro soggetto (« concedente »), con l'obbligo di pagargli un canone annuo e col pericolo di perdere il fondo in certi casi di inadempimento (« devoluzione »). In questa configurazione postclassico-giustiniana l'istituto implicava la concessione all'enfiteuta di un potere talmente intenso, per cui può persino dubitarsi se il vero proprietario del fondo non fosse l'enfiteuta, anziché il concedente. Ma le cose stavano ben diversamente in diritto classico ed in età preclassica.

2. L'istituto postclassico dell'enfiteusi, fortemente influenzato, come si dirà, dal diritto greco, si ricollega al precedente classico noto come *ius in agro vectigali*: *ius* che spettava a coloro che avessero ottenuto in godimento, a titolo analogo ma non identico alla *locatio conductio*, terreni di comunità dipendenti da Roma (*municipia, coloniae*), impegnandosi in cambio a pagare un canone annuo denominato « *vectigal* ». Lo scopo di queste concessioni era, essenzialmente, di fare sì che la terra potesse essere sfruttata dai privati in modo tale che non sarebbe stato possibile agli enti pubblici concedenti. Secondo le attestazioni dei giuristi classici, ed in particolare di Gaio (3. 154), era fortemente discusso se il rapporto istituitosi tra il concessionario e gli enti concedenti, relativamente agli *agri vectigales*, fosse un rapporto derivante da *locatio conductio* o da *emptio venditio*, cioè se il vettigalista fosse un mero creditore (*conductor*) o fosse invece (in quanto *emptor* usucapiente *pro emptione*) un *dominus* del fondo: tuttavia, l'opinione prevalente era nel primo senso.

2.1. Il *ius in agro vectigali*, pur se era un diritto di credito, presentava notevoli singolarità. Il pretore, infatti, in una apposita

rubrica dal titolo « *si ager vectigalis petatur* », stabilì che al concessionario dell'*ager vectigalis* fosse accordata un'« *actio in rem* », analoga alla *rei vindictio* e all'*actio in rem* di colui che avesse la *possessio vel ususfructus* dell'*ager tributarius vel stipendiarius*. La concessione di questa *actio in rem* al titolare del *ius in agri vectigali*: da un lato accostò il titolare del *ius in agro vectigali* alla posizione giuridica del titolare di un diritto reale, dall'altro lato fece sì che l'istituto avesse una forte espansione e soverchiasse i limiti della concessione di suolo pubblico per essere ampiamente utilizzato anche da parte dei privati, sia in età classica che in età postclassica.

3. Sulla accennata evoluzione del *ius in agro vectigali* si andò innestando, nell'età postclassica, un'evoluzione indipendente e parallela, che riguardò le grandi estensioni di terreno di proprietà pubblica e di proprietà privata.

3.1. Lo Stato romano, che si considerava proprietario diretto dei territori provinciali, non era incline alla concessione in perpetuo di questi territori in *possessio vel ususfructus* ai privati (n. 90), ma preferiva limitare tale concessione a piccoli appezzamenti di terreno a coltura intensiva, soprattutto giardini e frutteti. In ordine, invece, alle vaste estensioni di terreno coltivabili a grano o destinate a pastorizia (ma sopra tutto per le prime, le quali costituivano la fonte massima di ricchezza per lo Stato romano, particolarmente con riguardo a quelle situate in Egitto), lo Stato seguiva il criterio di concederle a servi pubblici (*δημόσιοι γεωργοί*) per un periodo relativamente breve, in genere non superiore ai cinque anni, ottenendo in cambio l'impegno alla consegna periodica di una quota dei prodotti ricavati. Quando, nel sec. III d.C., si determinò la spaventosa depressione economica, che invano Diocleziano tentò di superare e che travolse comunque i suoi successori, la concessione di terreni destinati all'agricoltura, sia pure quelli egiziani, diventò poco ambita e lo Stato romano dovette giungere sino all'assurdo di rendere coattiva la concessione di questi terreni e di costringere i cittadini di determinati villaggi a non abbandonare la propria zona, coltivando i terreni in essa siti, malgrado le pessime condizioni di vita (sistema che si disse dell' *ἰδία κώμη*). Parve allora conveniente a potenti famiglie provinciali, che

avevano i mezzi sufficienti a questo scopo, di chiedere ed ottenere dallo Stato romano la concessione di larghi appezzamenti di terreno, destinati alla coltivazione granaria o a coltivazioni consimili, con l'appalto del pagamento di una quota minima di prodotti. Le famiglie che assumevano questi grandiosi appalti, a loro volta, distribuivano i terreni ai contadini della circoscrizione, affinchè li coltivassero per loro conto, salvo trattenuta del necessario al proprio sostentamento.

3.2. Nel corso del sec. IV d.C., si vennero a costituire, pertanto, due tipi diversi di concessione: da una lato il *ius perpetuum*, il quale era generalmente relativo ai cd. *fundi rei privatae*, cioè ai fondi del fisco; e dall'altro il *ius emphyteuticarium*, il quale ebbe ad oggetto i *fundi patrimoniales*, cioè i fondi di proprietà dell'imperatore, e assunse questa sua denominazione dalla analogia con un istituto greco denominato ἐμφύτευσις. Sia il concessionario del *ius perpetuum*, che quello del *ius emphyteuticarium* erano tenuti al pagamento di un canone, generalmente in natura, al concedente, ma ivi era un'importante differenza fra i due istituti: la concessione in *ius perpetuum* non era revocabile e non era più modificabile nelle sue condizioni, mentre invece la concessione in diritto enfiteutico era, almeno formalmente, soggetta a essere periodicamente rinnovata e ritoccata nelle rinnovazioni. Il *ius perpetuum*, dunque, non ammettendo modificazioni, implicava che man mano la proprietà dal punto di vista economico si staccasse dal concedente per passare, nei suoi aspetti positivi, tutta a vantaggio del concessionario; il *ius emphyteuticarium*, invece, almeno da un punto di vista formale, implicava che fosse perennemente e opportunamente ritoccato il rapporto tra concedente e concessionario al fine del mantenimento dell'equilibrio economico tra i due.

3.3. Nel sec. V d. C. i due cennati istituti erano oramai confusi in un istituto unico, il quale aveva la denominazione prevalente di *ius emphyteuticarium*. Il *ius emphyteuticarium* mantenne la peculiarità dell'*ius perpetuum*, cioè la perpetuità e la invariabilità del canone, ma dell'antico *ius emphyteuticarium* in senso proprio esso conservò la caratteristica della possibilità da parte del concedente di reagire alla cattiva amministra-

zione del fondo, revocando la concessione. Altra caratteristica dell'*ius emphyteuticarium* fu poi che ormai non più soltanto lo Stato era concedente di questo diritto, ma lo erano anche le grandi famiglie, divenute frattanto, attraverso usurpazioni e concessioni di favore dell'imperatore, latifondiste, cioè proprietarie di vastissime estensioni terriere, che esse avrebbero potuto amministrare direttamente. Onde l'*emphyteusis* divenne, nel corso del V ed agli albori del VI sec. d. C., un istituto di massima importanza, di cui si discuteva se si trattasse di una concessione a titolo locatizio oppure di una concessione a titolo di proprietà o analogo alla proprietà. Intervenendo in questa discussione, l'imperatore Zenone, con una costituzione emanata verso il 480 d.C., risolse il problema in modo salomonico, stabilendo che il contratto enfiteutico avesse caratteristiche sue proprie, distinte sia da quelle della vendita che da quelle della locazione. Egli parlò di *μωτοπρααία* e stabilì che il *periculum* afferente al fondo concesso in *ius emphyteuticarium* fosse ripartito, salvo patto contrario, in questo modo: se il fondo venisse ad essere distrutto per effetto di forza maggiore, pregiudicato doveva considerarsi il concedente, di modo che il concessionario non era tenuto al pagamento del canone; se il fondo, viceversa, era danneggiato solo temporaneamente e i danni erano riparabili, allora gli effetti del danneggiamento dovevano essere subiti dal concessionario, il quale era tuttora tenuto al pagamento del canone.

3.4. Giustiniano accolse nella compilazione il *ius emphyteuticarium*, ma cercò di accordare il recente istituto con l'antico *ius in agro vectigali*, di cui imponenti tracce rimanevano attraverso i resti della giurisprudenza classica.

4. Le caratteristiche dell'enfiteusi nel diritto giustiniano furono le seguenti.

4.1. Sull'enfiteuta incombeva l'obbligo di pagare il « canon » o « vectigal » stabilito, ma, a prescindere da questo obbligo, egli non era tenuto ad altro, ed in particolare non era tenuto a migliorare il fondo, anzi nemmeno a coltivarlo, sempre però che non lo deteriorasse.

4.2. L'*emphyteusis* era trasmissibile agli eredi e poteva essere anche alienata dall'enfiteuta, purchè curasse di denunciare al con-

cedente l'alienazione. Al concedente, infatti, si riconosceva il « *ius protimiseos* », vale a dire un diritto di opzione per cui, offrendo pari condizioni, egli doveva essere preferito all'acquirente nel riscatto del fondo. Se il concedente non esercitava il suo diritto di opzione, egli aveva diritto a ricevere dall'enfiteuta il così detto « *laudemium* », che consisteva in un due per cento del prezzo di vendita dell'enfiteusi, o del valore dell'enfiteusi stessa nel caso di trasferimento a titolo gratuito.

4.3. Il concedente poteva, con la « devoluzione », risolvere il rapporto, se l'enfiteuta per tre anni consecutivi (o due anni, nel caso di enfiteusi concessa da enti ecclesiastici) non avesse pagato il canone dovuto o le imposte gravanti sul fondo. Così pure poteva esser risolto il rapporto di enfiteusi quando l'enfiteuta non avesse notificato l'alienazione al concedente, o non avesse pagato il *laudemio*, o avesse gravemente deteriorato il fondo.

101. IL « PIGNUS » E L'« HYPOTHECA ».

1. Il fine di offrire ai creditori una *garanzia reale* dei loro crediti (cioè una garanzia risolvendosi nella possibilità, in caso di inadempimento del debitore, di soddisfarsi sui beni suoi o di un terzo garante) fu attuato dal *ius privatum* romano mediante la istituzione di due rapporti assoluti reali in senso improprio, di cui era soggetto attivo il creditore: il « *pignus* » e l'« *hypotheca* ». I due rapporti, sorti nel tardo periodo postclassico, ebbero una evoluzione piuttosto complessa, che occorre sommariamente tratteggiare.

2. E' da premettere che in età preclassica e in età classica la funzione di garanzia reale delle obbligazioni era anche attuata mediante un istituto tipicamente romano, denominato *fiducia cum creditore* (n. 121). La *fiducia cum creditore* presupponeva una *obligatio* fra due persone e consisteva nel trasferimento del *dominium ex iure Quiritium* di *res Mancipi* dall'*obligatus* (fiduciante) al *creditor* (fiduciario), accompagnato dal patto (*pactum fiduciae*) che le *res* sarebbero state restituite dal *creditor* all'*obligatus* allorchè questi (o la persona da lui garantita) avesse estinto l'*obligatio*. Questo tipo di contratto creava, dunque, un rapporto di

dominium ex iure Quiritium a favore del *creditor*, ma solo a scopo di garanzia di una *obligatio*. All'*obligatus* spettava contro il fiduciario, per la restituzione della *res*, soltanto un'*actio in personam*, l'*actio fiduciae*, concessa dal pretore in caso di inottemperanza al *pactum fiduciae*.

3. La grave conseguenza di carattere economico implicata dalla *fiducia*, cioè il trasferimento del *dominium* sulla cosa data in garanzia dal debitore, o comunque dal garante, al creditore, si volle eliminare mediante altri istituti meno rigidi, che furono la *datio pignoris* e la *conventio pignoris*.

3.1. Primo a comparire nel mondo del diritto, già in età postclassica, fu la *datio pignoris*, consistente nella consegna di una cosa, mobile o immobile, dal debitore, o da altri per lui, al creditore, a scopo di garanzia di una obbligazione.

3.2. Sempre di origini preclassiche, o della prima età classica, fu la *conventio pignoris*, vale a dire la convenzione intervenuta tra debitore e creditore, o fra altri che garantissero il debitore e il creditore, affinché una certa cosa, mobile o immobile, si ritenesse vincolata a garanzia della obbligazione e a favore del creditore sino alla scadenza, rimanendo tuttavia nella disponibilità del garante, il quale poteva frattanto convenientemente usarla a proprio vantaggio. La *conventio pignoris* corrispondeva a un istituto del diritto greco denominato ὑποθήκη e fu appunto per ciò che essa fu denominata in prosieguito di tempo col termine « *hypotheca* ». Quanto alle applicazioni originarie romane dello istituto, esse sono da ricondursi all'usanza di garantire il pagamento del canone, nel caso di *locatio conductio* di un fondo urbano o rustico, mediante il vincolamento da parte del conduttore, a favore del locatore, degli attrezzi e degli oggetti portati nel fondo (cose denominate complessivamente « *invecta et inlata* »): quando un tale patto fosse intervenuto, al conduttore non era più lecito distrarre dal fondo, sino a che il canone non fosse stato pagato, gli *invecta et inlata*. A garanzia del creditore ipotecario, relativamente agli *invecta et inlata*, servivano vari sistemi, a seconda che si trattasse di fondi urbani o di fondi rustici: a) per i fondi urbani il creditore fu indirettamente tutelato mediante l'« *interdictum de migrando* », che era accordato al conduttore appunto allo scopo di

fargli asportare gli *invecta et inlata* qualora qualcuno volesse opporsi a questa operazione: la concessione dell'*interdictum de migrando* al conduttore era, peraltro, subordinata alla condizione alternativa che non fosse intervenuta la *conventio pignoris* relativamente agli *invecta et inlata* o che, nel caso che tale convenzione fosse intervenuta, il canone fosse stato pagato; b) per ciò che riguarda i fondi rustici, il locatore era, ancora meglio e più direttamente, tutelato mediante il cd. « *interdictum Salvianum* », esperibile solo contro il conduttore allo scopo di impossessarsi degli *invecta et inlata* nel caso che egli, non avendo pagato il canone, volesse asportarli dal fondo; c) in prosieguo di tempo si accordò al locatore anche un'*actio in rem*, chiamata « *actio pigneraticia in rem* » o « *actio Serviana* » (da non confondersi con l'*actio pigneraticia in personam*, esperibile dal costituente del pegno contro il debitore per la restituzione della cosa: n. 122), la quale fu esercitabile contro qualunque terzo si fosse impossessato degli *invecta et inlata* destinati a garanzia del locatore.

3.3. Sempre nel corso del periodo classico e per chiara influenza dell' *ὑποθήκη* greca, avvenne in Roma l'introduzione dell' « *actio quasi Serviana* », detta anche « *actio Serviana utilis* » (e forse, già in età classica, « *actio hypothecaria* »), che era esperibile, tanto nel caso di *datio pignoris* quanto nel caso di *conventio pignoris*, tutte le volte che per qualunque ragione fossero delle cose vincolate materialmente o convenzionalmente a garanzia di una obbligazione e che, non essendo l'obbligazione stata adempiuta, tali cose il garantito volesse ottenere per utilizzarle direttamente. Nell'età postclassica, quindi, *pignus* e *hypotheca* andarono assumendo una tale importanza, che la *fiducia* praticamente scomparve. Essa fu però formalmente abolita soltanto da Giustiniano.

3.4. In diritto giustiniano *pignus* e *hypotheca* erano due rapporti assoluti impropri costituiti in garanzia di una *obligatio*, i quali si differenziavano per ciò: che il *pignus* gravava su *res mobiles*, di cui il creditore pignoratizio aveva avuto sin dall'inizio il possesso (mediante *datio pignoris*), mentre l' *hypotheca* era relativa alle *res immobiles*, di cui il possesso rimaneva al debitore (o chi garantisse per lui) sino alla scadenza.

4. Oggetto del *pignus* e dell'*hypotheca* poteva essere qualunque *res in commercio*, purchè fosse suscettibile di possesso e di alienazione: poteva aversi, cioè, tanto un « *pignus rei* », quanto un « *pignus nominis* », quanto un « *pignus pignoris* » (« *subpignus* »), quanto, infine, un *pignus* su cose future o su frutti non ancora venuti in esistenza. Il pegno poteva essere costituito dal debitore o da un terzo, sempre che colui che costituisse il pegno fosse proprietario, o avesse la cosa *in bonis*, o fosse comunque titolare del diritto su cui il pegno si costituisse. Ma Giustiniano ammise che, anche se il pegno fosse costituito su cose di cui non si aveva la titolarità giuridica, esso poteva essere convalidato, se in seguito il costituente acquistasse detta titolarità. Lo stesso Giustiniano pose, come si è detto, una differenza tra *pignus* e *hypotheca* per ciò che riguarda l'oggetto: *res mobile* per il *pignus* e *res immobile* per l'*hypotheca*.

5. Quanto ai soggetti attivi del pegno e dell'ipoteca, vi fu differenza tra i due istituti, in quanto la *datio pignoris* poteva essere operata soltanto a favore di un soggetto singolo, importando il trasferimento a lui del possesso dell'oggetto pignorato, mentre la *conventio pignoris* poteva essere anche operata a favore di più soggetti.

5.1. Se più persone erano titolari dei diritti nascenti dalla *conventio pignoris*, i rapporti tra le stesse erano regolati dal principio « *prior tempore potior iure* »: il che significava che aveva titolo al soddisfacimento, con poeriorità rispetto agli altri, colui il quale avesse ottenuto prima degli altri la costituzione della *hypotheca*. Tuttavia il creditore al quale fosse stata costituita un'ipoteca posteriore aveva il « *ius offerendi* », vale a dire il diritto di essere surrogato nella posizione del creditore con ipoteca costituita anteriormente, se ed in quanto lo rimborsasse dell'importo della obbligazione.

5.2. In età postclassica vennero stabilite alcune eccezioni a questi principi sulla contitolarità del *pignus conventum*. Una prima eccezione fu relativa ai crediti privilegiati, nel senso che alcuni crediti, per considerazioni varie attinenti alla loro natura o alle caratteristiche personali del creditore, erano dichiarati privilegiati nei riguardi sia dei crediti chirografici che dei crediti ipotecari: tali

il credito del fisco per il pagamento della imposta, quello della moglie per la restituzione della dote, e così via. Seconda eccezione fu quella introdotta dall'imperatore Leone nel 472, allorchè dispose che il cd. « *pignus publicum* », cioè il pegno stabilito mediante atto pubblico, e il cd. « *pignus quasi publicum* », cioè la *conventio pignoris* risultante da un atto sottoscritto da almeno tre testimoni dovessero essere preferiti ad ogni altra *conventio pignoris*, anche se di data anteriore.

In prosiegua si parla sempre e solo del creditore pignoratizio e non è chiaro che la dizione si riferisce alcune volte (non sempre!) al cd. creditore ipotecario.

6. I poteri del creditore pignoratizio (ed ipotecario) furono essenzialmente due: il *ius possidendi* e il *ius distrahendi*.

6.1. Il creditore pignoratizio aveva il « *ius possidendi* », vale a dire il diritto di impossessarsi immediatamente della cosa nel caso di *datio pignoris*, o di impossessarsi della cosa in caso di mancato pagamento nel caso di *conventio pignoris*; e a difesa di tale suo *ius possidendi* egli, se ed in quanto fosse nell'esercizio del possesso, poteva esercitare i comuni interdetti possessori. Al creditore pignoratizio era peraltro vietato, qualora fosse in possesso di una cosa, di usare la cosa stessa. Ove ciò facesse egli commetteva *furtum usus* (n. 138); poteva tutt'al più stabilirsi, mediante un patto di « *antichresis* », che i frutti fossero percepiti a titolo di interessi del credito. Vietato era anche impadronirsi della *res* pignorata; ma in età tardo-classica divenne frequente l'uso di aggiungere al pegno un altro patto, la cd. « *lex commissoria* », in forza del quale il creditore diveniva automaticamente proprietario di una cosa data in pegno, nell'ipotesi che alla scadenza l'obbligazione non fosse adempiuta. Costantino abolì questo patto perchè troppo gravoso nei riguardi dei debitori, e permise solo un altro tipo di patto, in forza del quale il creditore in caso di mancata soddisfazione poteva trattenere la cosa data in pegno, dopo un certo tempo, pagandone a titolo di compratore il prezzo giusto. Infine anche se il debitore avesse soddisfatto il debito, a garanzia del quale era stato costituito un pegno, Gordiano ammise a favore del creditore pignoratizio un *ius retentionis*, un diritto di trattenere la *res* fino

a che non fossero stati soddisfatti gli altri debiti verso lui stesso, anche se tali debiti non fossero garantiti da pegno: in questo caso si parlò di « *pignus Gordianum* ».

6.2. L'altro potere del creditore pignoratizio era il « *ius distrahendi* », cioè la facoltà di vendere la cosa data in pegno e di soddisfarsi del proprio credito sul prezzo ricavato da tale vendita. Inizialmente il *ius distrahendi* non derivava automaticamente dalla costituzione della garanzia ma era costituito mediante uno speciale « *pactum de distrahendo pignore* », con cui il costituente autorizzava il creditore a vendere la cosa pignorata in caso che l'obbligazione non fosse stata soddisfatta. Più tardi, data la grande diffusione di questo patto, si ammise che esso fosse tacitamente inserito in tutti i contratti di pegno e che, per evitarsi il *ius distrahendi*, occorresse una esplicita clausola di esclusione dello stesso. E' da notare che il creditore pignoratizio, pur avendo soltanto il possesso della cosa pignorata, trasferiva mediante l'esercizio del *ius distrahendi*, il *dominium* della cosa data in pegno all'acquirente, e ciò per il fatto che egli vendeva in base ad un *pactum* che era stato concluso con il proprietario della cosa data in pegno. Nel caso che il creditore non trovasse a vendere la cosa pignorata, egli poteva, in età postclassica, fare la « *impetratio dominii* », cioè rivolgersi all'imperatore affinché la cosa gli venisse attribuita in proprietà sulla base del suo giusto valore: tuttavia occorre, perchè si effettuasse l'acquisto, il trascorrere di due anni, nel corso dei quali il debitore poteva pagare il debito e quindi riscattare la cosa. Se il creditore dal ricavato della vendita era soddisfatto per tutto l'importo del credito, l'obbligazione veniva considerata estinta e conseguentemente era considerato estinto il pegno; se il creditore era soddisfatto soltanto in parte, l'obbligazione rimaneva in vita per la differenza; se infine egli dalla *distractio pignoris* aveva ricavato un importo superiore a quello della obbligazione, era tenuto a restituire al costituente la differenza tra l'importo dell'obbligazione e il ricavato della *distractio pignoris* (differenza che si denominava « *hyperoca* »).

6.3. Di epoca avanzata fu il « *beneficium excussionis* », che poteva essere reale o personale. Il *beneficium excussionis* reale fu introdotto da Severo e Caracalla e consistette nel diritto del debi-

tore pignoratizio di pretendere che il creditore, quando avesse a sua garanzia una *hypotheca* generale e una speciale, non procedesse alla vendita di una cosa colpita da *hypotheca* generale prima di avere venduta quella colpita da *hypotheca* speciale. Il *beneficium excussionis* personale fu ammesso soltanto da Giustiniano e implicò che il creditore non potesse agire per il pegno prima di essersi rivolto contro eventuali garanti, cioè prima di aver tentato di utilizzare le garanzie personali a suo vantaggio.

7. Relativamente ai modi di costituzione del pegno e della ipoteca, è da dire che, oltre alla convenzione ed al testamento (fonti di « pegno volontario »), altre specifiche cause di pegno e di ipoteca furono riconosciute dal diritto romano.

7.1. Si ebbe, anzi tutto, il cd. « pegno giudiziale », derivante da provvedimento magistratuale, in due casi: nel caso di « *pignus ex causa indicati captum* » (corrispondente al moderno pignoramento), cioè nel caso del pegno disposto per dare esecuzione alle sentenze *extra ordinem* del magistrato e operato dagli *apparitores* del magistrato stesso sui beni del debitore condannato (n. 46); e nell'ipotesi della « *missio in possessionem* » disposta dal pretore per costringere a determinati adempimenti una persona riottosa (n. 45).

7.2. Accanto al pegno giudiziario vi era, infine, il cd. « pegno legale », vale a dire il pegno stabilito dallo stesso ordinamento giuridico a titolo speciale o a titolo generale. Il pegno « speciale » fu conosciuto già nel diritto classico e fu costituito da speciali disposizioni legislative o provvedimenti di governo in genere, in casi specifici, quali per esempio: quello del locatore di fondi urbani, per i crediti derivanti dalla locazione, sugli *invecta et inlata*; quello del locatore dei fondi rustici sui frutti del fondo locato (i quali « *tacite intelleguntur pignori esse* »); quello del mutuante per ciò che avesse prestato ad altri ai fini della ricostruzione dell'edificio, che rimaneva pertanto vincolato a garanzia della restituzione del *tantundem*; e infine quello del pupillo per le spese operate con cose di sua proprietà dal tutore o da terzi. I casi di pegno legale « generale » furono in gran parte di conio postclassico; nel diritto classico si ammise il pegno legale generale soltanto a favore del fisco.

8. Modi di estinzione del pegno furono: anzi tutto, la estinzione del credito garantito dal pegno, e secondariamente l'esercizio del *ius distrabendi*. Inoltre il pegno fu considerato estinto: per rinuncia (« *remissio* »), che poteva essere anche implicata dal perimetro della cosa; per l'acquisto della proprietà sulla cosa pignorata da parte del creditore (a meno che non vi fossero altri creditori posteriori, ai quali andava conservata la situazione che avevano avuto sino a quel momento).

102. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. Anche nel diritto italiano vigente, per i rapporti assoluti reali in senso improprio, vige il principio del « *numerus clausus* »: essi sono tassativamente definiti dal legislatore nel numero e nella specie. Dei diritti reali di godimento il c.c. parla nel libro III (della proprietà), nei titoli immediatamente successivi a quelli dedicati ai beni ed alla proprietà: in particolare, nel titolo III della superficie; nel IV dell'enfiteusi; nel V dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione; nel VI delle servitù prediali. Dei diritti reali di garanzia (pegno e ipoteca), in considerazione della loro natura accessoria di diritti di credito, il c.c. tratta nel libro VI, dedicato ai mezzi di tutela dei diritti.

2. Il diritto di superficie (a. 952-956), ignoto al legislatore del 1865, è concepito dal nuovo c.c. come il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo altrui una costruzione, acquistandone la proprietà (a. 952). Se la costruzione è già esistente, il proprietario può alienarne la proprietà separatamente dalla proprietà del suolo (a. 952). La concessione può essere fatta in perpetuo o a tempo determinato: in tal caso il proprietario del suolo acquista alla scadenza la proprietà della costruzione (a. 953). Il perimento della costruzione non importa, salvo patto contrario, l'estinzione del diritto di superficie (a. 954); mentre il diritto di fare la costruzione sul suolo altrui si estingue per prescrizione per effetto di non uso protratto per venti anni (a. 954).

Come si può dedurre da questo complesso di norme, il nostro legislatore ha dato pieno riconoscimento all'esigenza avvertita ampiamente in dottrina e soprattutto nella pratica, di sancire la

divisibilità della proprietà immobiliare non solo in senso verticale, ma anche in senso orizzontale, ammettendo la proprietà separata dei vari piani di un edificio, o, in genere, dei diversi spazi sovrastanti e sottostanti il suolo. La figura del proprietario del suolo resta in certo senso preminente, ma non può negarsi anche al superficiario la natura di proprietario, almeno nei confronti della costruzione superficiaria (se ed in quanto venga ad esistenza).

3. In ordine all' *enfiteusi* (a. 957-977), parte della dottrina più recente aveva avanzato il dubbio che la costruzione tradizionale, che voleva il concedente proprietario del fondo e l'enfiteuta titolare di un diritto reale di godimento, non fosse più rispondente alla realtà giuridica ed aveva proposto di considerare l'enfiteuta proprietario del fondo ed il concedente titolare di un diritto reale sullo stesso. Il codice vigente non ha voluto, di proposito, prendere posizione sul dibattuto problema e si è limitato a disciplinare diritti ed obblighi dell'enfiteuta e del concedente, con norme dispositive, salvo le seguenti regole che non possono essere derogate neppure dal titolo costitutivo: *a)* l'enfiteusi costituita a tempo determinato deve avere una durata non inferiore ai venti anni (a. 958); *b)* l'obbligo del pagamento del canone, che grava solidalmente sui coenfiteuti e sugli eredi dell'enfiteuta finchè dura la comunione, deve, in caso di divisione, essere ripartito proporzionalmente, insieme con gli altri obblighi relativi all'enfiteusi (a. 961); *c)* nel caso che il valore del fondo, dopo dieci anni almeno dalla costituzione o da una revisione precedente, risulti raddoppiato o ridotto alla metà rispetto al valore precedente, le parti possono sempre chiedere la revisione del canone (a. 962); *d)* l'enfiteuta può liberamente disporre del proprio diritto, sia per atto tra vivi che per atto di ultima volontà, senza dovere alcuna prestazione al concedente; nell'atto costitutivo può essere vietato all'enfiteuta di disporre per atto tra vivi, in tutto o in parte, del proprio diritto per un tempo non maggiore di venti anni; in caso di alienazione compiuta contro tale divieto, l'enfiteuta non è liberato dai suoi obblighi verso il concedente ed è tenuto verso di lui solidalmente con l'acquirente (a. 965); *e)* la subenfiteusi non è ammessa (a. 968); *f)* l'enfiteuta può sempre affrancare il fondo (cioè, acquistare la proprietà esclusiva del fondo, liberandolo dal diritto del concedente)

dopo un certo periodo di tempo dalla costituzione (tempo che varia da un minimo di venti anni, in assenza di patti, ad un massimo di quaranta). L'affrancazione si opera mediante il pagamento di una somma risultante dalla capitalizzazione del canone annuo sulla base dell'interesse legale. L'esercizio del diritto di affrancazione non può essere impedito neppure dalla dichiarazione del concedente di valersi della clausola risolutiva espressa, eccettuato il caso (previsto dall'a. 972) in cui la domanda di devoluzione preclude l'affrancazione (a. 973).

4. L'usufrutto (a. 978-1020) può essere costituito dalla legge (es.: usufrutto legale, a. 324; usufrutto a favore del coniuge superstite, a. 540 e 581; acquisto dell'usufrutto sui beni mobili per effetto del possesso di buona fede, a. 1153) o per volontà dell'uomo (es.: testamento, donazione, contratto); può anche acquistarsi per usucapione (a. 1156, 1160, 1161, 1162, 1166). La sua durata non può, in ogni caso, eccedere la vita dell'usufruttuario: nel caso che l'usufrutto sia costituito a favore di una persona giuridica, la cui vita è potenzialmente indefinita, il termine massimo di durata è fissato in trenta anni (a. 979). E' consentito all'usufruttuario di cedere il proprio diritto, se ciò non è vietato dal titolo costitutivo: finchè la cessione non sia stata notificata al proprietario, l'usufruttuario è solidalmente obbligato con il cessionario verso il proprietario, ma gli effetti della cessione non possono prolungare la durata dell'usufrutto (a. 980).

Per quanto riguarda il contenuto del diritto dell'usufruttuario, gli a. 981 e 982 dispongono che l'usufruttuario ha il diritto di conseguire il possesso della cosa e di trarne ogni utilità che essa può dare, ma deve rispettarne la destinazione e restituirla al proprietario al termine dell'usufrutto. Altri obblighi dell'usufruttuario sono: fare l'inventario di ciò che riceve, affinché la restituzione possa avvenire senza contrasti (a. 1001); dare idonea cauzione a garanzia dei danni alle cose o della mancata restituzione (a. 1002); sopportare tutte le spese di custodia, amministrazione e manutenzione ordinaria della cosa (a. 1004) e pagare tutte le imposte ed i pesi che gravano sul reddito (a. 1008). Le riparazioni straordinarie (a. 1005) ed i pesi che gravano sulla proprietà sono a carico del proprietario (a. 1009 e 1010), con l'obbligo per l'usu-

fruttuario di pagare gli interessi, senza diritto a rimborso, per il capitale impiegato o di anticipare il capitale che gli sarà restituito, senza interessi, alla fine dell'usufrutto (restituzione garantita dal diritto di ritenzione, a. 1006 e 1011).

5. Dei rapporti affini all'usufrutto il c.c. (a. 1021-1026), a parte il quasi usufrutto (a. 995), non riconosce che i diritti di uso e di abitazione, ai quali, con espressa disposizione, ritiene applicabili le norme sull'usufrutto in quanto compatibili con la poche disposizioni particolari dettate in materia.

6. Le servitù prediali (a. 1027-1099) sono sostanzialmente regolate come in diritto romano. Hanno acquistato rilevanza notevole le seguenti distinzioni: *a*) servitù « affermative » e « negative »: la distinzione risulta dall'a. 1073 ed è importante ai fini della decorrenza del termine in caso di estinzione della servitù per prescrizione: mentre per tutte le servitù è stabilito in generale che il termine di prescrizione decorre dal giorno in cui si è cessato di esercitarle, per le servitù negative si precisa che il termine di prescrizione decorre dal giorno in cui si è verificato un fatto che ne ha impedito l'esercizio; *b*) servitù « continue » e « discontinue » (a. 1073); continue sono le servitù il cui esercizio non richiede un fatto attuale dell'uomo, ma avviene ininterrottamente da quando sia realizzato un fatto iniziale (es.: servitù di appoggio); discontinue sono le servitù il cui esercizio è costituito interamente dal fatto dell'uomo, che non può mai essere continuamente attuale. Esse perciò vengono esercitate ad intervalli (es.: servitù di passaggio, di presa d'acqua, di pascolo, *arenae fodiendae*): per le servitù continue (per le quali non è necessario il fatto dell'uomo), oltre che per le negative, il termine di prescrizione decorre dal giorno in cui si è verificato un fatto che ne ha impedito l'esercizio, per le servitù discontinue (esercitate ad intervalli) è stabilito che il termine decorre dal giorno in cui si sarebbe potuta esercitare e non ne fu ripreso l'esercizio; *c*) servitù « apparenti » e « non apparenti » (a. 1061): le servitù sono apparenti o meno a seconda che si manifestino o no con prove visibili e permanenti destinate al loro esercizio (esempi di servitù apparenti sono quelle di acquedotto, elettrodotto quando esiste l'opera che si chiama appunto acque-

dotto, elettrodotto; esempi di servitù non apparenti sono quelle di passaggio se non vi sono una strada od altre opere esteriori che facciano inequivocabilmente desumere l'esistenza della servitù, e, in genere, le servitù negative); la distinzione è rilevante ai fini dell'acquisto per usucapione o per destinazione del padre di famiglia, poichè le servitù non apparenti non possono acquistarsi per usucapione o per destinazione del padre di famiglia.

6.1. Nel diritto moderno, il rapporto di servitù è tipico, ma atipiche sono le singole figure. Esistono invero alcune figure tipiche ipotizzate dalla legge (cioè, tutte le figure di servitù coattive e talune figure di servitù in materia di acque: servitù di presa d'acqua e di derivazione, servitù degli scoli e degli avanzi di acqua); ma, oltre tali figure, è lasciata alle parti piena libertà di creare, entro i limiti di tipicità della categoria, quante figure di servitù credano. Perciò, in concreto, esistono infinite figure di servitù, cui le classificazioni esaminate possono di volta in volta applicarsi.

6.2. Le servitù prediali possono essere costituite (a. 1031) coattivamente, volontariamente, per usucapione (se apparenti) e per destinazione del padre di famiglia (pure se apparenti). Le « servitù coattive », in particolare, sono una novità e vanno inquadrare, per quanto riguarda il loro fondamento, tra le molteplici limitazioni poste alla proprietà al fine di assicurarne la funzione sociale. Esse si differenziano dai normali limiti di interesse privato imposti alla proprietà, perchè non gravano automaticamente sulla stessa, ma il concorrere delle condizioni previste dal legislatore per la loro esistenza fa nascere nel proprietario di un fondo il diritto di chiedere la costituzione della servitù da parte del proprietario di un altro fondo e di ottenere, in caso di suo rifiuto, una sentenza costitutiva o, in certe ipotesi (es.: a. 853 e 855: trasferimenti coattivi per il riordinamento della proprietà rurale), un atto amministrativo equivalente. Sono coattive (a. 1032 ss.) le servitù di: a) acquedotto e scarico coattivo; b) appoggio ed infissione di chiusa; c) somministrazione coattiva di acqua ad un edificio o ad un fondo; d) passaggio coattivo; e) elettrodotto coattivo e passaggio coattivo di linee teleferiche.

7. Il principio generale sancito dal codice civile in materia di obbligazioni è che tutti i creditori in concorso tra loro hanno diritto di soddisfarsi su tutti i beni del debitore (a. 2740 e 2741). Questo principio viene espresso con il dire che tutti i beni del debitore (salve le limitazioni espressamente ammesse dalla legge: a. 177, 267, 290 n. 2, 1229, 2267, 2313, ecc.) costituiscono la « garanzia generica », cioè sono vincolati al soddisfacimento delle obbligazioni (ed esistono mezzi, cd. mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, quali ad esempio l'azione surrogatoria, l'azione revocatoria ed il sequestro conservativo, che mirano appunto ad assicurare tale vincolo, cioè a rendere possibile la soddisfazione delle obbligazioni sui beni del debitore). Ma la garanzia generica può essere o rivelarsi insufficiente: si ricorre allora alle garanzie in senso specifico; garanzie personali e garanzie reali o privilegiate. Le garanzie reali o privilegiate sono il pegno, le ipoteche e i privilegi: esse rendono possibile che sulla cosa, oggetto della garanzia, il creditore possa soddisfarsi a preferenza di tutti gli altri creditori. Il pegno, l'ipoteca ed i privilegi sono definiti dal codice « cause legittime di prelazione » e costituiscono eccezioni al principio della *par condicio creditorum*, cioè del concorso dei creditori.

7.1. Il « privilegio » è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito: esso, salvo eccezioni (a. 2745), compete *ipso iure* al creditore, non abbisogna di un proprio atto costitutivo, nasce automaticamente con il credito stesso e grava solo su cose del debitore. Vi sono due categorie di privilegi: quelli « generali » che gravano su tutti i beni mobili del debitore, e quelli « speciali », che gravano su determinati beni mobili o immobili per la soddisfazione ciascuno di un determinato credito. La disciplina relativa, molto minuziosa, si legge negli a. 2745-2783 c.c.

8. Il p e g n o è un diritto reale di garanzia che viene costituito dal debitore o da un terzo a favore del creditore, in modo che la cosa data in pegno resta vincolata alla soddisfazione dell'obbligazione (per il capitale, gli interessi dell'anno in corso alla data del pignoramento e gli interessi successivamente maturati, nei limiti della misura legale), a preferenza di tutte le altre obbligazioni.

Il pegno è indivisibile e garantisce il credito finchè questo non è integralmente soddisfatto, anche se il debito o la cosa data in pegno è divisibile (a. 2799).

8.1. Oggetto del pegno possono essere i beni mobili, le universalità di mobili, i crediti e altri diritti aventi per oggetto beni mobili (a. 2784). Si fa luogo a « pegno irregolare », qualora le cose date in pegno siano fungibili (a. 1851): se ne acquista in tal caso la proprietà.

8.2. La costituzione del pegno su mobili avviene mediante la consegna al creditore (o ad un terzo designato dalle parti) della cosa (o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa). Il contratto con cui si costituisce il pegno è dunque un contratto reale: richiede cioè per la sua validità ed efficacia l'effettiva perdita della disponibilità della cosa da parte del costituente il pegno. Inoltre la prelazione non si può far valere se la cosa data in pegno non è rimasta in possesso del creditore o presso il terzo depositario. La formalità della consegna è richiesta dalla necessità di tutelare i diritti dei terzi, ai quali, trattandosi di beni mobili, non sarebbe possibile conoscere altrimenti l'esistenza del pegno. Ispirata a tale esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi è la norma che richiede l'atto scritto di data certa, quando il credito garantito eccede la somma di lire cinquemila (a. 2783). Nel pegno di crediti, in cui non è possibile la materiale dazione di alcunchè, oltre l'atto scritto, occorre la notificazione o l'accettazione del terzo debitore (a. 2800); se il credito costituito in pegno risulta da un documento, il costituente è tenuto a consegnarlo al creditore (a. 2801). Il pegno di diritti diversi dai crediti si costituisce nella forma rispettivamente richiesta per il trasferimento dei diritti stessi, salvo sempre l'atto scritto nel caso che il credito garantito eccede la somma di lire cinquemila (a. 2806). Modi particolari di costituzione del pegno sono: la girata in garanzia per i titoli all'ordine (a. 2014), la creazione ed il trasferimento della nota di pegno per le merci depositate nei magazzini generali (a. 1791).

9. L'*ipoteca* è un diritto reale di garanzia che attribuisce al creditore la facoltà di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati (con miglioramenti, accessioni e costruzioni fatte sull'immobile: a. 2811) a garanzia del suo cre-

dito e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dalla espropriazione (a. 2808). Oggetto dell'ipoteca possono essere i beni del debitore o di un terzo (a. 2808), purchè si tratti (a. 2810) di: a) beni immobili, usufrutto sugli stessi (a. 2814), superficie (a. 2816) ed enfiteusi (a. 2815): c.d. « ipoteca immobiliare »; b) rendite dello Stato, navi, aeromobili ed autoveicoli: c.d. « ipoteca mobiliare ».

9.1. L'ipoteca, per il suo carattere di diritto reale (munito del *ius sequendi* nei confronti della cosa ipotecata) è speciale: deve essere iscritta su beni specialmente indicati e per una somma determinata in denaro (a. 2809). Essa inoltre è indivisibile: sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte (a. 2809). La sua validità dipende dall'iscrizione nei pubblici registri, solo in seguito alla quale essa può dirsi costituita: solo dal giorno dell'iscrizione, infatti, il creditore ipotecario potrà far valere il suo diritto di prelazione nei confronti degli altri creditori chirografi ed anche ipotecari, se la loro ipoteca è di grado posteriore (ossia, è stata iscritta posteriormente) ed i diritti costituiti sulla cosa (servitù, usufrutto, uso e abitazione) e non trascritti o trascritti posteriormente saranno a lui inopponibili e gli stessi trasferimenti della cosa (alienazione della proprietà, costituzione di enfiteusi o di superficie) trascritti successivamente non gli impediranno di procedere per la realizzazione del suo credito.

9.2. Per quanto riguarda il titolo costitutivo, necessario per ottenere l'iscrizione, l'ipoteca viene distinta in legale, giudiziale e volontaria. L'« ipoteca legale » viene concessa per disposizione di legge a garanzia di particolari creditori meritevoli secondo il legislatore di una speciale tutela, e cioè: a) l'alienante sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi che derivano dall'atto di alienazione; b) i coeredi, i soci e altri condividenti per il pagamento dei congruagli sopra gli immobili assegnati ai condividenti ai quali incombe tale obbligo; c) la moglie sui beni del marito per la dote, non ostante qualunque patto contrario; d) lo Stato sopra i beni dell'imputato e della persona civilmente responsabile (a. 2817). L'« ipoteca giudiziale » trova il suo titolo nella sentenza di condanna (al pagamento di una somma, o al-

l'adempimento di altra obbligazione, ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente: a. 2818), negli altri provvedimenti giudiziali ai quali la legge attribuisce tale effetto. (es: a. 642, 647, 648, 655 c.p.c.), nel lodo degli arbitri (reso esecutivo: a. 2819) e nelle sentenze straniere (dichiarate efficaci dall'autorità giudiziaria italiana: a. 2820): essa può iscriversi su uno qualunque degli immobili appartenenti al debitore e su quelli che gli pervengono successivamente alla condanna, a misura che egli li acquista. L'« ipoteca volontaria » può essere concessa da chi ha la disponibilità dei beni, oltre che per contratto, anche mediante dichiarazione unilaterale, ma non per testamento: la concessione deve essere fatta per atto scritto a pena di nullità (a. 2821).

9.3. La legge (a. 2847) limita (salvo che per l'ipoteca legale a garanzia della dote, a. 2849) la durata dell'efficacia della iscrizione a venti anni, per facilitare la liberazione dei beni dal vincolo ipotecario che ne intralcia la libera commerciabilità. Qualora, prima della scadenza del termine ventennale, il creditore ipotecario proceda a rinnovazione dell'ipoteca (nelle stesse forme dell'iscrizione: cioè, presentando al conservatore il titolo o la nota precedente e una nota in doppio originale, conforme a quella precedente, in cui si dichiara che si intende rinnovare l'iscrizione originaria), l'iscrizione precedente conserva il suo effetto *erga omnes*. Se il termine decorre senza che si sia provveduto alla rinnovazione, il creditore può procedere a nuova iscrizione (solo però contro il primo costituente e non contro terzi acquirenti che hanno trascritto il loro titolo): in tal caso l'ipoteca prende grado dalla data della nuova iscrizione.

9.4. E' possibile ridurre l'ipoteca, riducendo la somma per la quale è stata presa l'iscrizione o restringendo l'iscrizione ad una parte soltanto dei beni (a. 2872), purchè la somma o la quantità dei beni non sia stata stabilita per convenzione o per sentenza (a. 2873). In tal caso, solo se sono stati eseguiti pagamenti parziali tali da estinguere almeno il quinto del debito originario, si può chiedere una riduzione proporzionale per quanto riguarda la somma.

§ 15. — LA « COMMUNIO »

SOMMARIO: 103. La contitolarità e la comunione dei diritti. — 104. Le comunioni romane arcaiche. — 105. La *communio iuris Romani*. — 106. Il regime della *communio*. — 107. Raggiungimento di diritto moderno.

103. LA CONTITOLARITÀ E LA COMUNIONE DEI DIRITTI.

1. Quando due o più diritti diversi insistono su uno stesso oggetto giuridico (o su uno stesso patrimonio) si parla di « coincidenza » di diritti subbiettivi. Tra le varie ipotesi di coincidenza, quella più intensa è costituita dal fatto che un diritto in tutto il resto unico abbia due o più soggetti attivi: nel qual caso si parla di *contitolarità* del diritto, o di diritto a soggetti plurimi. In sostanza, tutti i problemi della contitolarità dei diritti sono condizionati a quello fondamentale dei rapporti tra i contitolari, cioè al problema della struttura riconoscibile nella « comunione del diritto tra i contitolari ». E fra le infinite possibili soluzioni, i tipi più caratteristici, verso l'uno o l'altro dei quali si sono orientati o si orientano gli istituti positivi, sono tre: quello della comunione indifferenziata, quello della comunione organizzata, quello della comunione solidaristica.

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

2.1. Il tipo della « comunione indifferenziata » (o comunanza) viene solitamente denominato in dottrina come « *communio iuris germanici* », essendosi storicamente concretato in una istituzione caratteristica, e caratteristicamente persistente, dell'antico

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

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

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

104. LE COMUNIONI ROMANE ARCAICHE.

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

2. Quanto alla *comunanza gentilizia* degli *agri* cittadini, bisogna riportarsi ai primi secoli della *civitas*, ai tempi del primitivo *ius Quiritium*, allorchè Roma era costituita da un certo numero di *familiae* patriarcali, tra loro apparentate in *gentes*. Ciascun *pater familias* era titolare assoluto ed esclusivo (o, come più tardi si disse, *dominus ex iure Quiritium*) di una estensione immobiliare limitatissima, che non andava al di là della *domus*, con il piccolo *heredium* circostante. Tutti i restanti, vastissimi *agri* della comunità erano « riserve » delle *gentes*, e nell'ambito di queste riserve gentilizie le *familiae* appartenenti alla *gens* esercitavano, a quanto pare, una piena comunanza di godimento, senza neanche l'ombra di una ripartizione del territorio fra esse. Non prima del sec. VI a.C. ebbero inizio le *divisiones et adsignationes* degli *agri* cittadini ai singoli *patres familiarum*: e questo fenomeno, unito alla rapida decadenza delle *gentes*, determinò la fine delle comunanze gentilizie di godimento. D'altra parte, le vaste estensioni di territorio non assegnate, o non ancora assegnate ai privati, passarono ad essere concepite come l'oggetto di una comunanza di godimento a raggio assai più ampio e indifferenziato, la comunanza di godimento di tutto quanto il *populus Romanus Quiritium*. Ma appunto per ciò esse finirono per essere ritenute estranee all'ordinamento giuridico tradizionale (il *ius civile Romanorum*) e rientranti, come *ager publicus*, nella sfera di azione del *ius publicum*.

3. Ma, ancor prima della costituzione della *civitas* quiritaria, una forma di comunione indifferenziata si realizzò nel seno delle *familiae*, sempre che si ritenga che esse furono i

primi nuclei sociali autonomi del mondo romano (n. 9). L'autorità del *pater*, certamente sin da allora assai intensa, non si sostanzialmente tuttavia ancora nell'assorbente *mancipium* di lui (che avrebbe escluso, più tardi, la qualità di soggetti giuridici dei *fili*), perchè ancora non sussisteva l'esigenza di impersonare, nel quadro di un ordinamento giuridico unitario (il futuro *ius Quiritium*), la *familia* di lui rispetto alle altre *familiae* della *civitas*. I membri liberi della *familia* erano, dunque, in quell'età, partecipi, a titolo di comunione indifferenziata (o, come si è detto, di « Hausgenossenschaft », cioè di comunanza domestica), delle *res familiares* (da cui poi derivarono le cosiddette *res Mancipi*): *domus*, *heredium*, attrezzi, sementi, *animalia* « *quae collo dorsove domantur* », beni di generale consumo. Ed è un inconscio richiamo all'antichissimo stato di cose la nota e tanto discussa affermazione giurisprudenziale dei tempi storici, secondo cui i *fili* « *vivo quoque parente quodam modo domini existimantur* ».

4. Nella esperienza giuridica romana il passaggio dalla comunione indifferenziata a quella organizzata fu mediato dall'istituto, ancora in parte misterioso e fortemente discusso, del *consortium erecto non cito*, che altro non è, dal punto di vista strutturale, se non una esplicazione del tipo della comunione solidaristica.

4.1. Non è dato sapere, per le lacune del manoscritto gaiano che ce ne parla, quante forme di *consortium* abbia conosciuto l'antichissimo diritto romano: da Gai 3. 154 *a-b* ne risultano attestate (sembra, peraltro, tassativamente) due sole: il « *consortium fratrum suorum* » e il « *consortium ad exemplum fratrum suorum* ». Il primo si istituiva per natura di cose tra i discendenti del *pater familias* defunto, i *sui heredes*, dal momento della morte di lui sino a quando non fosse stata provocata la divisione del compendio ereditario; il secondo si istituiva consensualmente, attraverso una speciale procedura giudiziaria, tra coloro che volessero per un qualunque motivo porre in comunione un patrimonio o un bene reale. Mentre del *consortium* imitativo (*ad exemplum fratrum suorum*) sono evidenti, innegabili le affinità con l'istituto della *societas* (n. 128), assai dubbia è la rapportabilità alla *societas* (o alla cate-

goria generale della convenzione associativa) del *consortium fratrum suorum*.

4.2. Ogni consorte era legittimato, non soltanto a godere delle cose comuni, ma a disporne con effetto vincolante per tutti gli altri, salvo, probabilmente, che non ne fosse impedito dalla *prohibitio* di qualcun altro fra i comunisti. Beninteso, nel *consortium fratrum* questo diritto di disposizione del consorte era limitato agli oggetti giuridici in attesa di divisione (schiavi, animali, fondo, attrezzi, ecc.), e non si estendeva menomamente agli oggetti di *potestas* domestica dei singoli *fratres* (cioè ai rispettivi *filii* ed alle relative *mulieres in manu*), che erano venuti ad essere automaticamente ad essi attribuiti per effetto della morte del *pater* comune e della assunzione da parte loro della qualifica giuridica di *pater familias*. Si trattava, ad ogni modo, di un potere di disposizione di notevole rilevanza pratica e implicante, sul piano del diritto, la possibilità per la consorteria di non vivere chiusa in se stessa, ma di conciliare fruttuosamente l'utilità dello stato di indivisione con le opportunità del commercio giuridico.

4.3. Che il *consortium erecto non cito* sia sempre rimasto nello stato in cui ce lo descrive, schematizzando, Gaio, non è nemmeno da pensare. Già per il *consortium imitativo* è dubbio che le parti abbiano mai potuto omettere di regolare, sia pure agli effetti interni, i poteri di disposizione illimitata spettanti a ciascuna di esse. E' plausibile, comunque, che anche nel *consortium fratrum* si sia assai per tempo pervenuti ad un superamento del potere di disposizione e del contrapposto *ius prohibendi* di ciascuno, mediante il conferimento dei poteri di amministratore ad un consorte di comune fiducia. Ad ogni modo, l'istituto del *consortium* decadde rapidamente nell'ambiente del diritto preclassico, ove fu surrogato: da un lato, dalla *societas* (n. 128), dall'altro dalla *communio* (n. 105).

105. LA « COMMUNIO IURIS ROMANI ».

1. La soluzione caratteristicamente romana del problema della contitolarità dei diritti, e particolarmente quella del diritto classico, è rappresentata dalla *communio* (cd. « *iuris Roma-*

ni ») e si conformò pienamente al presupposto logico, già dianzi enunciato, che due o più diritti restano sempre distinti se, pur coincidendo in tutto il resto, non coincidono nei soggetti.

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

1.2. La *res communis*, dunque, non determinava, nella visione caratteristicamente romana del fenomeno, l'unificazione dei *dominia* su di essa coincidenti, ma determinava un urto latente, un immanente contrasto di quei *dominia*, per la possibilità che ciascun *dominus* aveva di godere e disporre del tutto e per l'opposta possibilità che ciascun altro *dominus* aveva di esercitare il *ius prohibendi*, paralizzando l'iniziativa del primo: la stessa situazione, in buona sostanza, del *consortium erecto non cito*, con la differenza che la *communio* non era sempre a radice convenzionale (come il consorzio imitativo), nè era sempre agevolata (come il *consortium fratrum suorum*) da un *ius fraternitatis* che cementasse tra loro i soggetti. Ed è appunto per questo che l'ordinamento giuridico romano guardò alla *communio* con evidente sfavore, cercando il più possibile di favorirne la divisione.

2. La costruzione della *communio* come « proprietà plurima integrale » (proprietà di ciascun soggetto sulla intera cosa) e la chia-

ra coscienza della sua provvisorietà, della sua decisa tendenza ad un esito di divisione della *res communis* tra i *domini* (in una parola, la concezione della *communio* come « proprietà plurima integrale in attesa di divisione »), portò i Romani a considerare i singoli *domini*, non tanto e non solo come gli attuali proprietari del tutto, quanto e principalmente come i futuri proprietari delle *partes* in cui la *res communis* si sarebbe venuta a frazionare per effetto della divisione. Sin dallo stato di indivisione, si ragionò, il diritto di ogni singolo *dominus* (« *socius* », anche se suo malgrado, degli altri *domini* della *res communis*) è praticamente commisurato, nella sua estensione, al *quantum* che dovrà spettargli in sede di divisione. Sin da allora, cioè, può parlarsi di una « *pars quota* » (che non è certo la *pars individua*, anzi non è nemmeno, a rigore, una vera e propria *pars*) a lui spettante. Di questa *pars quota*, già *a priori* conoscibile e conosciuta, la divisione altro non avrebbe fatto che individuare a suo tempo il contenuto.

2.1. Le deduzioni che la giurisprudenza classica trasse da questa impostazione di massima furono: a) che il condomino è pienamente libero, salvo patto contrario, di disporre *manente communione* della sua *pars quota* (ad esempio, di trasferire il suo diritto, nei limiti della quota, ad altri), purchè non turbi le facoltà di godimento e di disposizione della *res communis* da parte degli altri condomini; b) che la partecipazione di ciascun *dominus* agli utili ed agli oneri implicati dalla *res communis* è commisurata alla quota a lui spettante; c) che, nei rapporti tra i *domini* della *res communis*, hanno e debbono avere maggior peso coloro cui spetti una quota maggiore o coloro che, formando una maggioranza di quote, si accordino per formulare una conforme volontà. Conseguenza ulteriore di questa evoluzione di pensiero fu che automaticamente venne ad essere sminuito il potere di ciascun comunista di compiere atti di disposizione sull'intera cosa e il potere di ciascuno di compiere atti di divieto relativamente alla disposizione della cosa stessa. Si ritenne, così, che, per compiere gli atti di disposizione della cosa nella sua totalità, sopra tutto se si trattasse di cosa indivisibile, occorresse la autorità di tutti i condomini; ma che, viceversa, per compiere atti di disposizione della quota, bastasse la volontà del singolo condomino titolare di quella quota.

il quale dunque poteva liberamente alienare a terzi la sua parte, con l'effetto di surrogarli nella sua disposizione condominiale.

2.2. La diffusione del nuovo sistema non significò, peraltro, abolizione, nel diritto classico, del vecchio principio per cui ciascun membro del condominio poteva compiere atti valevoli per l'intero, salvo il *ius prohibendi* degli altri: il vecchio principio fu sempre valido in teoria, benchè reso praticamente nullo dalla usanza, sempre più diffusa, di regolare convenzionalmente tra i condomini la vita in comune, evitando preventivamente la possibilità di conflitto attraverso un'oculata predisposizione dei mezzi concessi alla maggioranza per prevalere sulla minoranza dissenziente. Comunque, in diritto romano classico il principio di prevalenza della maggioranza sulla minoranza non fu mai avallato direttamente dall'ordinamento giuridico, che preferì lasciarlo a completa discrezione dei privati: solo in età postclassica cominciarono le costituzioni imperiali a riferirsi ad esso, rendendolo obbligatorio in talune ipotesi più gravi di conflitto tra comunisti.

106. IL REGIME DELLA « COMMUNIO ».

1. Il regime giuridico della fattispecie « *communio* (*iuris Romani*) » è stato già accennato, nelle sue linee fondamentali, nella esposizione storica che precede. A quanto detto vanno ora aggiunte poche altre notizie, avendo particolarmente presente il paradigma della *communio* del *dominium* su una *res* (o della *communio* della titolarità attiva di un *patrimonium*).

2. Caratteristico della *communio* nel diritto classico, e residuo dell'antica concezione del *consortium exco non cito*, fu l'istituto del *ius accrescendi*. Quando un condomino abbandonasse la propria quota (senza alienarla ad altri), questa non diveniva *nullius*, ma si accresceva di diritto agli altri comunisti, in virtù del principio della potenziale titolarità giuridica sul tutto da parte di ciascuno. La regola valeva, in particolare, per l'affrancazione degli schiavi, la quale, per essere operativa come tale, doveva essere compiuta da tutti quanti i condomini: finchè l'ultimo condomino non avesse operato la *manumissio*, il *servus* rimaneva schiavo, ed anzi era considerato, appunto, per effetto dell'accresci-

mento condominiale, servo di coloro (o di colui) che ancora non avessero fatto la manumissione.

3. Durante lo stato di *i n d i v i s i o n e* (che è quanto dire lo stato di *communio*), ciascun socio aveva *erga omnes* un diritto pari a quello degli altri; se nascevano obbligazioni, di debito o di responsabilità, esse gravavano a titolo solidale su ciascun socio; la *pars quota* di ciascuno aveva, dunque, una funzione limitativa del suo diritto solo per il futuro, cioè per il tempo in cui si fosse attuata la *divisio*. Naturalmente, i *socii* potevano, già durante il periodo di indivisione, disciplinare, internamente alla *communio*, le loro posizioni reciproche e il modo di funzionamento della contitolarità: questi loro accordi, determinativi di reciproche *obligationes*, non modificavano, però, la struttura della *communio* di fronte ai terzi, ma costituivano tutt'al più una *societas* a parte, cioè una sorta di autonoma « società di gestione » della *communio*. Pertanto, l'unico modo per poter « individualizzare » i diritti e gli obblighi dei comunisti, sia verso i terzi che tra loro, era costituito dalla divisione.

4. La *d i v i s i o n e* della *communio* poteva essere di due specie: volontaria e giudiziale.

4.1. La « divisione volontaria » era quella operata di comune accordo tra tutti i comunisti: il dissenso anche soltanto di un *socius* bastava ad impedirla. L'accordo divisorio, peraltro, non determinava direttamente la divisione, ma ne costituiva solo il presupposto. Acchè la divisione potesse effettivamente aver luogo, occorreva che i *socii* ponessero in essere una serie di negozi intesi alla realizzazione dell'accordo: reciproci atti di alienazione delle *res* in comunione, rinuncia da parte dell'uno e versamento da parte dell'altro (beneficiario dell'accrescimento) di un corrispettivo in danaro o in altri beni, alienazione della *res* comune ad un terzo e spartizione del ricavato tra i *socii* (naturalmente, *pro quota*) ecc. Ed è ovvio che questi procedimenti determinavano, in pratica, difficoltà numerose e gravi, che raramente la buona volontà dei *socii* riusciva a superare.

4.2. La « divisione giudiziale » era, in considerazione della difficile attuazione della divisione volontaria, la procedura di gran lunga più in uso. Essa si verificava attraverso l'esercizio di tre

« azioni divisorie », caratterizzate tutte da una « *adiudicatio* » (n. 85): a) l'« *actio familiae erciscundae* », valevole per la divisione dei complessi patrimoniali successori (n. 67); b) l'« *actio finium regundorum* », esercitata tra proprietari di immobili finitimi per la determinazione dei confini tra gli stessi (cioè, in sostanza, per l'eliminazione di una situazione di *communio* in ordine alla zona intermedia tra le varie proprietà); c) l'« *actio communi dividundo* », azione generale per la divisione della *communio*, la cui formula classica era: « *Quod L. Titius C. Seius de fundo Capenate communi dividundo iudicem sibi dari postulaverunt, quidquid adiudicari oportet, index, L. Titio C. Seio adiudicato; quantum condemnari oportet alterum alteri certa pecunia condemnato* ». Il sistema si mantenne sostanzialmente intatto nel diritto postclassico.

4.3. Le azioni divisorie, comportando, oltre la *adiudicatio*, una eventuale *condemnatio* di qualche comunista al « *quidquid dare facere oportet alterum alteri* » (*similiae*), permettevano di risolvere non soltanto il problema della divisione *erga omnes*, ma anche eventuali problemi di responsabilità e di risarcimento *inter partes*. Solo attraverso il loro esercizio poteva, quindi, un comunista far valere contro gli altri comunisti le sue eventuali pretese in dipendenza di ripartizioni ingiuste, di abusi, di danni e via dicendo. D'altro canto, se alla situazione di *communio* era venuto ad aggiungersi un accordo (*societas*) tra i comunisti circa l'esercizio della *communio* stessa, il comunista ben poteva, a prescindere dall'azione divisoria, esercitare l'*actio pro socio*.

4.4. E' appena il caso di aggiungere che la divisione, per come era concepita e congegnata, aveva efficacia costitutiva. I suoi effetti si producevano solo a partire dal momento della *adiudicatio* o, in caso di divisione volontaria, dal momento della messa in atto dei negozi attuativi dell'accordo divisorio.

5. La tutela della *communio* contro gli attacchi altrui fu attuata, naturalmente, con gli stessi mezzi che spettavano a tutela del *dominium ex iure Quiritium* e degli altri rapporti assoluti reali in senso proprio. Ma, se tutti i comunisti non erano d'accordo nell'esercizio dell'azione, a ciascuno era lecito agire solo in

corrispondenza alla sua quota: quindi, in particolare, con una *rei vindicatio partiaria* (*tertiaie partis, quartaie partis*, ecc.).

5.1. Vi erano, tuttavia, casi in cui il condomino, pur se agisse isolatamente, non poteva non tutelare l'interesse dell'intero condominio: così nell'ipotesi di azione intesa alla tutela di una servitù prediale (*vindicatio servitutis*), o in quella di *actio negatoria*.

107. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. Anche nel diritto italiano, il principio romano « *duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest* » resta pienamente valido: cioè non è ammesso che due o più persone siano contemporaneamente proprietarie della stessa cosa per intero. Quanto al fenomeno della contitolarità del diritto di proprietà e degli altri diritti reali, la soluzione, a nostro avviso, adottata dal legislatore è quella stessa del diritto romano: la comunione è un diritto spettante unitamente a più persone, il quale nei rapporti esterni si atteggia come un qualsiasi diritto assoluto, valido *erga omnes*. Nei rapporti interni ciascuno dei partecipanti è limitato nell'esercizio del suo diritto sull'intera cosa dalla coesistenza di un diritto altrui qualitativamente uguale al proprio; perciò il suo diritto va ridotto quantitativamente e va esercitato per una frazione, cioè per una quota. Come il rapporto esterno, così l'oggetto del diritto è indiviso ed in comune tra tutti i proprietari; ma la partecipazione di ognuno alla comunione avviene per quote. La quota è individuale e di essa ogni condomino può liberamente disporre.

1.1. A differenza del diritto romano, il legislatore ha disciplinato abbastanza minuziosamente, sia pure a titolo prevalentemente indicativo, i diritti e i doveri dei comunisti per evitare i possibili contrasti tra loro, facilitando al massimo, come si è detto, lo scioglimento della comunione, in tutti i casi in cui la volontà di un qualsiasi condomino lo richiedesse. E' da tener presente, poi, che il c.c. vigente, oltre alla « comunione ordinaria », disciplina anche un tipo particolare di comunione, che ha assunto grande importanza nel mondo moderno e che viene definito « condominio negli edifici ».

2. La comunione (a. 1100-1116) importa, nei confronti di ciascun comunista, una serie abbastanza numerosa di obblighi (sulla natura reale o obbligatoria dei quali, come ad es. gli obblighi scaturenti dal regolamento di comunione, si discute) ed una serie di facoltà, il cui esercizio può spettare al singolo condomino, oppure alla maggioranza variamente qualificata dei condomini.

2.1. I principali obblighi dei partecipanti sono i seguenti: *a*) ciascun partecipante deve contribuire nelle spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune e nelle spese deliberate dalla maggioranza, salva la facoltà di liberarsene con la rinuncia al suo diritto (la rinuncia non giova al partecipante che abbia anche tacitamente approvato la spesa); *b*) il cessionario del partecipante è tenuto in solido con il cedente a pagare i contributi da questi dovuti e non versati; *c*) il partecipante non può estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso.

2.2. I più importanti diritti dei partecipanti sono i seguenti: *a*) ciascun partecipante ha il diritto di concorrere, in proporzione della sua quota, nei vantaggi della comunione, godendo dei frutti e delle altre utilità della cosa; *b*) egli può servirsi della cosa comune, purchè non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto: a tal fine può apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa; *c*) egli può disporre del proprio diritto e cedere ad altri il godimento della cosa nei limiti della sua quota; *d*) il partecipante che in caso di trascuranza degli altri partecipanti o dell'amministratore ha sostenuto spese necessarie per la conservazione della cosa comune, ha diritto al rimborso.

2.3. La legge detta anche i principi generali in materia di amministrazione della cosa comune. In seguito a deliberazione della maggioranza dei partecipanti (calcolata secondo il valore della loro quota: cd. maggioranza di interessi), innanzi tutto, è possibile formare un « regolamento » per la ordinaria amministrazione e per il miglior godimento della cosa (il quale è impugnabile entro trenta giorni davanti all'autorità giudiziaria, altrimenti diventa efficace anche per gli eredi e gli aventi causa dai singoli partecipanti, ai

quali è opponibile anche se non è trascritto in alcun registro nè risulta nell'atto costitutivo del loro diritto). Inoltre è possibile delegare l'amministrazione ad uno o più partecipanti o anche ad uno estraneo, determinandone poteri ed obblighi. Tutte le altre decisioni relative agli atti di amministrazione e di disposizione della cosa comune sono rimesse all'assemblea dei condomini.

2.4. La divisione della comunione (alla stessa guisa della divisione ereditaria) non ha effetto costitutivo della proprietà singola di ciascun dividente, ma ha « effetto dichiarativo », cioè retroagisce al momento in cui la comunione fu istituita, implicando cioè la finzione giuridica che lo stato di comunione non sia mai esistito.

3. Il **condominio negli edifici** (a. 1117-1139) è una forma particolare di comunione, la cui caratteristica principale consiste non tanto nell'oggetto (case di abitazione o edifici in genere) quanto nel fatto che relativamente a tale oggetto sono individuabili una « proprietà esclusiva » (la proprietà superficaria dei diversi piani o porzioni di piano dell'edificio) e una « proprietà comune » avente per oggetto: 1) il suolo su cui sorge l'edificio, le fondazioni, i muri maestri, i tetti e i lastrici solari, le scale, i portoni di ingresso, i vestiboli, gli anditi, i portici, i cortili e in genere tutte le parti dell'edificio necessarie all'uso comune; 2) i locali per la portineria e per l'alloggio del portiere, per la lavanderia, per il riscaldamento centrale, per gli stenditoi e per altri simili servizi in comune; 3) le opere, le installazioni, i manufatti di qualunque genere che servono all'uso e al godimento comune, come gli ascensori, i pozzi, le cisterne, gli acquedotti e inoltre le fognature e i canali di scarico, gli impianti per l'acqua, per il gas, per l'energia elettrica, per il riscaldamento e simili, fino al punto di diramazione degli impianti ai locali di proprietà esclusiva dei singoli condomini. Il condominio negli edifici è considerato, per necessità stessa di cose, di carattere forzoso. Pertanto: a) le parti comuni dell'edificio non sono soggette a divisione, a meno che la divisione possa farsi senza rendere più incomodo l'uso della cosa a ciascun condomino (a. 1119); b) il condomino non può, rinunciando al diritto sulle cose comuni, sottrarsi al contributo delle spese per la loro conservazione (a. 1118). Sulle cose comuni ciascun condomino ha un diritto proporzionato al valore del piano o porzione

di piano che gli appartiene, se il titolo non dispone altrimenti (a. 1118). In proporzione di tale diritto il condomino è tenuto alle spese necessarie.

3.1. I condomini, in seguito a deliberazione presa con un numero di voti che rappresenti la maggioranza dei partecipanti al condominio e i due terzi del valore dell'edificio, possono disporre tutte le innovazioni dirette al miglioramento o all'uso più comodo o al maggior rendimento delle cose comuni, escluse quelle innovazioni che possano recare pregiudizio alla stabilità o alla sicurezza del fabbricato, che ne alterino il decoro architettonico o che rendano talune parti comuni dell'edificio inservibili all'uso o al godimento anche di un solo condomino. Una norma particolare disciplina le innovazioni gravose o voluttuarie (a. 1121).

3.2. Quando i condomini sono più di quattro, l'assemblea nomina un amministratore il quale ha una serie di attribuzioni regolate dall'a. 1130 e, nei limiti delle sue attribuzioni, ha la rappresentanza dei partecipanti e può agire in giudizio sia contro i condomini sia contro i terzi.

3.3. Quando in un edificio il numero dei condomini è superiore a dieci, deve essere formato « un regolamento », il quale contenga le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi di ciascun condomino, nonché le norme per la tutela del decoro dell'edificio e quelle relative all'amministrazione.

CAPITOLO IV

I RAPPORTI RELATIVI DEL « IUS PRIVATUM »

§ 16. — I RAPPORTI RELATIVI DEL « IUS PRIVATUM »

SOMMARIO: 108. I rapporti relativi del *ius privatum*. — 109. I tipi delle *obligationes*. — 110. I soggetti delle *obligationes*. — 111. L'oggetto delle *obligationes*. — 112. L'adempimento delle *obligationes*. — 113. Le vicende delle *obligationes*. — 114. Ragguaglio di diritto moderno.

108. I RAPPORTI RELATIVI DEL « IUS PRIVATUM ».

1. Rapporti giuridici (privati) relativi sono, come già si è detto (n. 6), quelli che intercorrono tra uno o più soggetti attivi ed uno o più soggetti passivi determinati. Il soggetto passivo è tenuto verso il soggetto attivo ad un comportamento (cd. « prestazione »), che può essere positivo (« *dare* », « *facere* ») o negativo (« *non facere* »).

1.1. I rapporti relativi si distinguono in: « rapporti di debito », se derivano da un fatto giuridico involontario o da un atto giuridico lecito, e « rapporti di responsabilità », se derivano da un atto giuridico illecito. I rapporti giuridici di responsabilità possono ulteriormente suddividersi in: rapporti « primari » di responsabilità, se scaturiscono dalla lesione del diritto di libertà o di un diritto assoluto proprio o improprio, e rapporti « secondari » di responsabilità, se scaturiscono dalla lesione di un diritto relativo, cioè dall'inadempimento di esso da parte del soggetto passivo. I rapporti di responsabilità, infine, possono essere ad esecuzione libera o ad esecuzione coatta: nel secondo caso la pretesa specifica

verso l'inosservante, qualora questi perseveri nel suo atteggiamento, si traduce in un potere di azione sullo stesso.

1.2. E' difficile che gli ordinamenti giuridici positivi assoggettino i rapporti relativi ad un regolamento unitario. Esigenze pratiche unite ad influenze storiche fanno sì che, in genere: alcuni rapporti relativi siano assimilati nel regime giuridico ai rapporti assoluti, formando la categoria dei rapporti giuridici assoluti in senso improprio; dei rimanenti rapporti relativi, si distinguano quelli in cui la prestazione sia suscettibile di valutazione economica da quelli in cui la prestazione del soggetto passivo non sia valutabile economicamente.

2. I rapporti giuridici a prestazione patrimoniale, cioè economicamente valutabile, vengono denominati usualmente *obligationes* o « rapporti obbligatori ». I soggetti del rapporto obbligatorio si dicono, in generale, « creditore » il soggetto attivo, e « debitore » il soggetto passivo; ma, se il rapporto nasce come rapporto (primario) di responsabilità o diventa tale in linea subordinata all'inadempimento, il soggetto passivo si dice anche, più propriamente, « obbligato » (da « *obligare* ») o « responsabile civile ». Ad una concezione del rapporto obbligatorio conforme a quella ora esposta il diritto romano pervenne solo in età postclassica, a seguito di una evoluzione storica, che occorre qui sintetizzare.

3. Il sistema arcaico del *ius Quiritium*, unicamente inteso al regolamento del rapporto assoluto di *mancipium*, non ebbe riguardo al fenomeno economico, del resto limitatamente diffuso, del credito. Gli impegni che un *paterfamilias* assumesse verso un altro *paterfamilias* (alla restituzione di una cosa ricevuta in prestito, al compimento di una certa attività ecc.) non erano fondati sul *ius Quiritium*, ma si basavano: o sulla semplice *fides*, cioè sulla fiducia reciproca delle parti, o sulla forza intimidatrice del *fas*, nel caso che fossero stati assunti mediante il rito antichissimo della *sponsio*. Quanto agli atti ritenuti lesivi della persona o del *patrimonium* del *paterfamilias* (il *membrum ruptum*, l'*os fractum*, il *furtum* ecc.), del pari era il *fas* ad autorizzare la reazione dell'offeso; nè forse si era ancora formata, sia pure nell'ambito del

fas, l'idea di una responsabilità verso l'offeso, gravante sull'offensore o sul suo *paterfamilias*.

3.1. Tuttavia la difficoltà di trovar credito senza adeguate garanzie non mancò di farsi avvertire, man mano che la vita economica della *civitas* andò intensificandosi. Perciò, allo scopo di garantire i rapporti relativi, si diffuse l'usanza di convertirli in rapporti di *mancipium*, mediante l'espedito del « *nexum* ». Il debitore (oppure un suo amico) mancipava se stesso al creditore, divenendo oggetto del suo *mancipium*, e appunto perciò « *nexus* », « *adstrictus* », « *obligatus* » (nel senso letterale di « materialmente vincolato »): il che durava sino al giorno in cui altri riscattasse il *nexus*, o questi giungesse, per effetto del lavoro prestato, ad ottenere la sua liberazione (« *nexi liberatio* »), lo scioglimento dei suoi vincoli (« *solutio obligati* »).

4. Il sistema del *ius legitimum vetus*, concludendo una evoluzione sulla quale molto influì la riluttanza della *plebs* all'espedito del *nexum*, riconobbe e regolò nei suoi termini essenziali il fenomeno del credito, sia dando cittadinanza giuridica all'istituto della *sponsio*, sia disciplinando separatamente l'*actio sacramenti in rem* (a tutela dei rapporti assoluti) e quella *in personam* (a tutela dei rapporti relativi), sia perseguendo mediante *actio in personam* tanto lo *sponsor* inadempiente, che l'autore di taluni illeciti meno gravi o meno evidenti (l'autore di una *iniuria*, cioè di una lesione personale lieve, il *fur nec manifestus*, non colto in flagranza, ecc.). In tutti questi casi la figura dell'*obligatus* si atteggiava ben diversamente da quella di un *nexus*, cioè di un *liber in mancipio*: il suo vincolo materiale, la sua effettiva *obligatio*, era infatti sospensivamente condizionata all'esaurimento dell'*actio in personam* ed all'esaurimento della *manus iniectio* conseguente; egli era, dunque, un *obligatus* soltanto potenziale. Ben si comprende, quindi, come, accanto alla figura tipica del *mancipium*, cioè della *obligatio* effettiva, si profilasse, con caratteri di specialità, la figura della *obligatio*, cioè del *mancipium* potenziale: figura che si concretava in un « *dare (facere) oportere* » incombente sull'*obligatus* allo scopo di evitare la sua riduzione in *mancipium*; figura che si riassume in un rapporto relativo (di debito o di responsabilità) tra *obligatus* e *creditor*.

5. Il sistema del *ius civile vetus*, coadiuvato dal *ius publicum*, svolgendo gli spunti offerti dal *vetus ius legitimum*, giunse alla configurazione dell'*obligatio* come istituto pienamente autonomo, non più inteso come vincolo « materiale » in potenza, ma come vincolo « ideale » in atto: « *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur ... secundum nostrae civitatis iura* (cfr. I. 3. 14 pr.). E in ciò esso fu aiutato dalla abolizione del *nexum*, disposta dalla *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C. (?).

5.1. I modi di causazione (*causae*) di una *obligatio* furono, dal *ius civile vetus*, sommariamente distinti in leciti e illeciti. Quando una *obligatio* si determinava lecitamente, cioè con modalità ammesse e consentite dal *ius civile*, si parlava di « *obligatio contracta* » (cioè di « obbligazione assunta », di « vincolo costituito »). Quando l'*obligatio* era prevista dal *ius civile* a titolo di responsabilità per la commissione di un atto illecito (*delictum*), si parlava di « *obligatio ex delicto* ». *Obligationes contractae* furono quelle costituite « *verbis* », cioè mediante il compimento di determinate formalità verbali (sopra tutto la *sponsio*), quelle costituite « *litteris* », cioè mediante il compimento di determinate formalità scritte, e quelle costituite « *re* », cioè mediante una *datio rei* (es., un prestito di danaro) che implicasse l'impegno alla restituzione. *Obligationes ex delicto* furono, più precisamente, quelle nascenti, a titolo di responsabilità, dalla commissione di un *furtum*, di una *iniuria*, e più tardi anche di un *damnum iniuria datum* o di una *rapina*.

6. Il *ius civile novum* integrò il novero delle *obligationes contractae* con quattro interessanti gruppi di *obligationes*: da *emptio-venditio*, da *locatio-conductio*, da *societas*, da *mandatum*. La caratteristica di questi quattro modi di costituzione delle *obligationes* fu di essere concepiti indipendentemente dalla esigenza di formalità o di comportamenti di *datio rei*, cioè esclusivamente come manifestazioni di volontà privata, anzi come espressione di accordi tra due o più parti: accordi che vennero denominati (sostantivando l'aggettivo di *obligatio contracta*) come « *contractus* ». Si parlò, quindi, in ordine alle *obligationes* del *ius civile novum*, di « *obligationes consensu contractae* », o anche di « *obligationes ex contractu* ».

7. Numerosi furono i rapporti relativi, sia da atto lecito che da atto illecito, alla cui protezione provvede, mediante la concessione di *actiones honorariae*, il *ius honorarium*. Ma con riferimento ad essi, almeno in età preclassica e nei primi decenni dell'età classica, non pare che si sia mai adoperata dai giuristi la terminologia civilistica di *obligatio*. Si preferì generalmente ricorrere a circonlocuzioni, di cui la più caratteristica fu « *teneri honoraria actione* ».

8. La categorizzazione unitaria dei rapporti relativi e delle loro fonti fu merito della giurisprudenza classica. Non solo questa applicò la terminologia tradizionale di *obligatio* anche ai rapporti non riconosciuti dal *ius civile*, ma sopra tutto si adoperò per riordinare razionalmente le fonti delle *obligationes*. La nozione di « *contractus* », originariamente limitata alle fonti di *obligatio* del *ius civile novum*, fu generalizzata ed estesa a tutti quanti gli atti leciti determinativi di *obligatio* che avessero struttura di accordo, di « *conventio* », di « *consensus in idem placitum* ». Di contro ad essa fu lasciata, perfezionandola, la nozione di « *delictum* ». E poi che, fuori di questa bipartizione rimanevano alcune figure di atti leciti unilaterali, che non si poteva qualificare *contractus*, o alcune figure di atti illeciti di recente riconoscimento, che si esitava a qualificare *delicta*, queste figure furono da taluno (e precisamente da Gaio, nei *libri rerum cottidianarum*) affastellate in una terza categoria, detta appunto delle « *variae causarum figurae* ».

8.1. Per verità, la giurisprudenza classica, anche nella fase adrianea, non si mostrò decisa ed univoca nella impostazione sopra descritta. La sua spiccata riluttanza alle teorizzazioni generali si rifletté in una grande varietà di punti di vista, e lo stesso Gaio, che nelle *res cottidianae* adottò la tripartizione delle fonti obbligatorie, si atteneva tuttora alla bipartizione tra *obligationes ex contractu* e *obligationes ex delicto* nelle sue *institutiones*, indubbiamente scritte in precedenza. Nocque inoltre alla sistematica classica il tentativo di conciliare la nozione moderna di *obligationes ex contractu* (cioè derivanti da *conventio*) con la nozione tradizionale di *obligationes contractae* (che potevano anche derivare, in qualche caso, da atti non convenzionali). Comunque, pur nella varietà e

nella incertezza delle sistemazioni particolari, la impostazione generale sopra descritta è sicuramente ravvisabile, quanto meno come direttiva di massima.

9. Il diritto postclassico non si discostò di molto dalle visuali della giurisprudenza tardo-classica. Ma Giustiniano volle fare qualcosa di più, suddividendo le *variae causarum figurae* in due tipi, a seconda che si trattasse di atti leciti (non convenzionali) o di atti illeciti (non qualificati tradizionalmente *delicta*). Onde egli disse, con formulazione non poco infelice, che le *obligationes* (siano esse *civiles* od *honorariae*) si suddividono, quanto ai fatti che le causano, in quattro *species*: *obligationes ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex maleficio* e *quasi ex maleficio* (I. 3. 14. 2).

109. I TIPI DELLE « OBLIGATIONES ».

1. Sebbene in astratto il concetto di *obligatio* sia un concetto unitario, equivalente a quello di rapporto relativo tra soggetti determinati, sul piano concreto della storia non può parlarsi della *obligatio* romana, ma solo delle varie figure di *obligationes*, alle quali il diritto romano riconobbe tutela giuridica mediante la concessione al *creditor* di un'*actio in personam* contro l'*obligatus*. Il criterio cui i Romani si attenero nella individuazione di tali figure fu quello della individuazione dei fatti causativi delle stesse (cd. « *distinctio obligationum ex causis* »): ond'è che ciascuna *obligatio* (e per conseguenza, ciascuna correlativa *actio in personam*) viene dalle fonti, almeno di regola, denominata in base alla causa da cui deriva (es.: *obligatio ex stipulatu* e *actio ex stipulatu*, *obligatio ex empto* e *actio empti*, *obligatio furti* e *actio furti*, ecc.). Pertanto, ma con aderenza solo parziale alle imperfette categorizzazioni della giurisprudenza classica e postclassica (n. 108), le *obligationes* romane possono essere raggruppate nelle seguenti categorie generali: *obligationes contractae*, *obligationes ex contractu*, altre *obligationes* da atto lecito, *obligationes* da atto illecito.

2. Le *obligationes contractae* sono quelle (civiles) riconosciute dal *ius civile vetus*: tutte derivanti da atto lecito (cioè lecitamente costituite), ma non tutte derivanti, almeno nella loro strutturazione originaria, da atto convenzionale, cioè da *contractus*. Esse furono tradizionalmente distinte in tre sottotipi: a) « *obligationes verbis contractae* »: derivanti da *dotis dictio*, da *promissio iurata liberti*, da *vadiatura*, da *praediatura*, da *sponsio* o *stipulatio*; b) « *obligationes litteris contractae* »: derivanti da *nomen transscripticium*, nonché, per inserimento operato dalla giurisprudenza classica, da *syngrapha* e da *chirographa*; c) « *obligationes re contractae* »: derivanti da *mutuum* (prestito ad uso di cose fungibili), nonché, per inserimento dovuto al *ius honorarium*, da *fiducia*, da *commodatum*, da *depositum* e da *pignus*.

Caratteristica delle *obligationes contractae* fu che condizione necessaria, anche se non in ogni caso e in ogni età sufficiente, per la loro sussistenza fu il compimento di una solennità formale o di una preventiva *datio rei*. Da notare è anche che la categoria, pur rimanendo squisitamente civilistica, venne in realtà notevolmente arricchita dal *ius honorarium* e dalla giurisprudenza classica.

3. Le *obligationes ex contractu* sono quelle (civiles) riconosciute dal *ius civile novum*: tutte derivanti da *contractus*, cioè da atto convenzionale. Esse furono tradizionalmente distinte in quattro sottotipi: a) « *obligationes ex empto et vendito* » (o comunque accessorie alla fattispecie della *emptio-venditio*); b) « *obligationes ex locato-conducto* » (o comunque accessorie alla fattispecie della *locatio-conductio*); c) « *obligationes ex mandato* »; d) « *obligationes ex societate* ».

Caratteristica delle *obligationes ex contractu* fu che la loro sussistenza ad altro non venne subordinata, se non al *consensus in idem placitum*, scevro da ogni formalità (*nudus*), delle parti. Da notare è che la giurisprudenza classica, nel suo tentativo di sovrapporre la nozione del *contractus* anche alle *obligationes contractae* (n. 108), degradò le *obligationes* del *ius civile novum* a sottotipo della nuova e più ampia categoria delle « *obligationes ex contractu* », che distinse, appunto, in *obligationes verbis, litteris, re* e (*nudo*) *consensu contractae*.

4. Le altre *obligationes* da atto lecito furono: a) quelle derivanti da « *pacta* », cioè da accordi non formali estranei alle previsioni del *ius civile* (*vetus e novum*) e presi in considerazione o da specifici provvedimenti di governo (*pacta legitima*) o dal *ius honorarium* (*pacta praetoria*); b) quelle derivanti dai cd. « contratti innominati », cioè da figure convenzionali sconosciute al *ius civile* (e perciò prive di un *nomen iuris*), ma individuate dalla giurisprudenza classica, che ad esse si sforzò di adattare preesistenti mezzi pretori; c) quelle derivanti da varie « *causae* non convenzionali », come il *legatum per damnationem*, il *legatum sinendi modo*, la *pollicitatio*, il *votum*, la *communio incidens*, l'*egestas*, la *negotiorum gestio*, la *solutio indebiti*.

5. Le *obligationes* da atto illecito furono: a) quelle derivanti dai quattro « *delicta* » del *ius civile*: *furtum*, *iniuria*, *damnum iniuria datum*, *rapina* (figura delittuosa integrata tra i *delicta* dal *ius honorarium*); b) quelle derivanti da altri illeciti, essenzialmente previsti dal *ius honorarium* o dal *ius novum*; c) quelle derivanti da ingiustificato inadempimento di una obbligazione primaria.

6. Distinte dalle « *obligationes civiles* » vere e proprie, determinative di *actio in personam* furono considerate le cd. *obligationes naturales*, vale a dire gli obblighi non riconosciuti o pienamente riconosciuti dal diritto, ma ritenuti tuttavia vincolanti dalla coscienza sociale: obblighi in ordine ai quali la giurisprudenza classica preferiva, tuttavia, parlare di « *natura debere* ».

6.1. In diritto giustiniano le *obligationes naturales* sembrano essersi identificate col concetto di « doveri morali e sociali »: qualsivoglia comportamento che la morale corrente o le valutazioni sociali dominanti ritenessero doveroso era, insomma, considerato *obligatio naturalis*, sempre che fosse a contenuto patrimoniale. E gli effetti giuridici che il diritto giustiniano ricollegò all'istituto furono: anzi tutto la cd. « *soluti retentio* », cioè il diritto del *creditor naturalis* di trattenere il pagamento che gli fosse stato spontaneamente fatto dal *debitor*, respingendo la *condictio indebiti* intesa al suo riottenimento; secondariamente, la validità delle garanzie reali e personali prestate in favore di una *obligatio naturalis*;

e ancora la possibilità della compensazione con una *obligatio civilis* e la possibilità di *novatio* in obbligazione civile. Ma è probabile che, di questi effetti dell'*obligatio naturalis*, il diritto classico abbia conosciuto la sola *soluti retentio* e che le sole ipotesi classiche di *natura debere* siano state quelle relative alle obbligazioni assunte nei confronti del *paterfamilias* dai suoi sottoposti.

6.2. Relativamente ai *servi*, oggetti e non soggetti di diritti, i Romani escludevano recisamente, sopra tutto in diritto classico, che potesse esservi obbligazione sia a loro favore che a loro carico: « *in personam servilem nulla cadit obligatio* ». Tuttavia, in correlazione col riconoscimento di fatto dell'istituto del *peculium servile*, venne affermandosi in periodo classico il principio che, sia pure soltanto in linea di fatto, i crediti ed i debiti dello schiavo meritassero una qualche sollecitudine. Pertanto: se lo schiavo aveva operato, mediante *res peculiares*, il pagamento di un debito da lui assunto, si ritenne che il *dominus* non potesse esercitare, contro il creditore del *servus*, la *condictio indebiti*, tanto più che per i debiti dello schiavo egli era sottoposto all'*actio de peculio*; se allo schiavo manomesso era stato pagato un credito da lui acquistato durante la servitù, si ritenne che il *dominus* non potesse avanzare pretese sulla somma e che il *debitor* non potesse pentirsi di aver pagato ciò che civilmente non doveva pagare; se il liberto avesse pagato un debito contratto durante lo stato di schiavitù, si ritenne che al creditore spettasse la *soluti retentio*. E come furono in tal modo, e entro tali limiti, riconosciuti i rapporti obbligatori tra servo ed estranei, lo furono successivamente anche i rapporti obbligatori tra *servus* e *dominus*, sempre nei limiti del peculio: con l'effetto che, se un terzo esercitava contro il *dominus* l'*actio de peculio*, il peculio si riteneva aumentato dei crediti naturali del *servus* verso il padrone, o viceversa diminuito dei debiti naturali a carico del *servus* ed a vantaggio del *dominus*.

6.3. Analoga alla situazione dei *servi* fu, sin dal periodo classico, la situazione dei *filiis familias*. Ma relativamente a questi ultimi avvenne una evoluzione successiva tutta diversa, perchè essi furono progressivamente riconosciuti capaci di obbligarsi in proprio *iure civili*.

6.4. Ipotesi postclassiche di *obligatio naturalis* sembrano, invece, essere state: a) l'obbligazione del debitore ingiustamente assolto; b) quella assunta dal pupillo *sine tutoris auctoritate*; c) quella estinta per prescrizione o conclusa mediante nudo patto (in ordine a cui, peraltro, pare che la *soluti retentio* fosse ammessa sin dall'età classica); d) quella del mutuo contratto dal figlio di famiglia in deroga al divieto del SC. Macedoniano. A queste ipotesi altre molteplici ne vanno aggiunte di obblighi ancora più vaghi, in ordine ai quali la *soluti retentio* fu riconosciuta essenzialmente, come si è detto, per ragioni morali e sociali (es.: obbligo di dotare la figlia *in potestate*; obbligo della *mulier sui iuris* di autodotarsi; obbligo del liberto di prestare le *operae* al patrono; ecc.).

110. I SOGGETTI DELLE « OBLIGATIONES ».

1. I soggetti di una *obligatio* erano, di regola, due e ben determinati: un soggetto attivo, denominato « *creditor* », ed un soggetto passivo, denominato « *obligatus* » (o anche « *debitor* » o « *reus* »). Tuttavia era possibile e prevista l'ipotesi di una pluralità di soggetti attivi o di soggetti passivi (onde si aveva la possibilità di obbligazioni parziarie, di obbligazioni cumulative, di obbligazioni solidali), come pure l'ipotesi di *obligationes* a soggetto indeterminato.

2. La pluralità dei soggetti (attivi o passivi) di una *obligatio* dava luogo, normalmente, ad una *obligatio pro parte*, cioè ad una « obbligazione parziaria ». L'*obligatio* si divideva *ipso iure* in tante obbligazioni per quanti erano i soggetti attivi o passivi. L'adempimento, pertanto, spettava a ciascun *creditor* o gravava su ciascun *obligatus* in relazione alla sua parte. Generalizzando una formulazione sorta in ordine ad una delle ipotesi (sebbene la più importante) di parziarietà, quella della successione *mortis causa* nelle *obligationes*, può dirsi, insomma, che il principio era: « *nomina ipso iure divisa* ».

3. Obbligazioni cumulative (anche dette « obbligazioni solidalmente cumulative ») furono quelle caratte-

rizzate dal fatto di dover esser intieramente compiute da ciascun debitore o a vantaggio di ciascun creditore. La cumulatività fu peculiare delle obbligazioni primarie da atto illecito sia in diritto classico che, con qualche restrizione, in diritto giustiniano. Il fondamento della solidarietà cumulativa stava nel carattere penale delle obbligazioni stesse: dato che la prestazione era imposta all'autore o agli autori dell'atto a titolo eminentemente di pena per l'infrazione commessa, si riteneva che essa andasse pagata per intero a tutti i creditori e andasse adempiuta per intero da tutti gli autori dell'illecito. Ciò spiega anche la ragione per cui più legatari onorati *disiunctim* da uno stesso *legatum per damnationem* (n. 68) avevano ciascuno il diritto ad ottenere dall'*heres* (il « *damnas* ») l'intero oggetto legato.

4. **O b b l i g a z i o n i s o l i d a l i** (« *obligationes in solidum* ») furono quelle caratterizzate dal fatto che, essendovi più debitori e creditori a un tempo, la prestazione dovesse essere effettuata per l'intero (*in solidum*) da uno qualunque dei più debitori o ad uno qualunque dei più creditori. Tra i più debitori o tra i più creditori esisteva, pertanto, un vincolo di solidarietà (« passiva » quella tra debitori, « attiva » quella tra creditori) riassumibile nel principio « uno per tutti, tutti per uno ». Dal fatto che le fonti denominano talvolta (più precisamente, a proposito della *stipulatio* determinativa di obbligazioni solidali) « *conrei* » i due o più soggetti (« *rei* ») legati dal vincolo di solidarietà, è derivato l'uso di chiamare le obbligazioni solidali anche « obbligazioni correali ».

4.1. Fonte della solidarietà obbligatoria, a parte il caso delle obbligazioni indivisibili (n. 111) e pochi altri casi di solidarietà (specialmente passiva) predisposta dall'ordinamento, era, di regola, la volontà dei soggetti. I più usuali fatti costitutivi di obbligazioni solidali furono: la *stipulatio* (n. 116) a carico di due (o più) *promissores* (che rispondevano tutti « *spondeo* » alla domanda « *centum dari spondetisne?* ») o a favore di più *rei stipulandi* (che rivolgevano ciascuno alla controparte la stessa domanda « *centum dari spondes?* », ricevendone tutti insieme la risposta « *utrique vestrum dari spondeo* »); e il *legatum per damnationem* (n. 68) a carico di più eredi (es.: « *Titius heres meus aut Caius heres*

meus Seio centum damnas esto dare ») o a favore di più legatari (es.: *Titius heres meus Seio aut Maevio centum damnas esto dare* »).

4.2. L'obbligazione solidale (salvo il caso che la prestazione fosse indivisibile) non comportava necessariamente l'adempimento *in solidum*. Se l'avente diritto all'adempimento *in solidum* non pretendeva di effettuarlo o di riceverlo come tale, l'*obligatio* poteva essere ben adempiuta *pro parte*. Se poi l'adempimento era stato comunque effettuato *in solidum*, l'*obligatio* era estinta, senza alcuna possibilità di tornare indietro, effettuando, sia pur col consenso degli aventi diritto al pagamento *in solidum*, un adempimento *pro parte*.

4.3. L'effetto estintivo delle *obligationes* solidali derivava, oltre che dall'adempimento, dalle cd. « cause oggettive » di estinzione dei rapporti obbligatori (n. 113: *solutio per aes et libram*, *acceptilatio*, impossibilità della prestazione, *novatio*, *pactum de non petendo* « *in rem* » del diritto giustiniano, ecc.). Le cause di estinzione cd. « soggettive » (cioè la morte o la *capitis deminutio* di uno dei *conrei*, la *confusio* o il *concursus causarum* relativi ad uno dei *conrei*, le situazioni determinative di *exceptio* relativamente ad un *conreus* soltanto) avevano effetto estintivo limitatamente al *conreus* interessato. Quanto alla *litiscontestatio*: nel processo formulare, essa (anche se la lite non si era instaurata tra tutte le parti del rapporto obbligatorio) aveva effetto consumativo di tutta intera l'*obligatio in solidum* (e determinava pertanto, in caso che qualcuno agisse successivamente per l'adempimento di quella *obligatio*, la applicazione della regola « *bis de eadem re ne sit actio* »: n. 44); nel processo *extra ordinem* (particolarmente, in quello post-classico) essa aveva effetto consumativo delle sole obbligazioni solidali attive, mentre per le obbligazioni solidali passive il creditore, che avesse inutilmente agito contro uno dei *conrei*, era libero di ripetere l'azione contro un altro *conreus* e poi contro un altro ancora sinchè non trovasse colui che effettivamente eseguisse l'adempimento.

4.4. La struttura delle *obligationes in solidum* non comportava la possibilità di « rivalsa » dei creditori insoddisfatti verso il concreditore che avesse ricevuto l'adempimento, o di « regresso »

del debitore che avesse effettuato l'adempimento verso i condebitori insolventi. Tuttavia, era d'uso tra i concreditori ed i *conrei* accordarsi preventivamente (ad esempio, mediante reciproci *mandata*: n. 129) circa il regime della rivalsa o del regresso; ed anche in mancanza di accordo preventivo, non era raro il caso che l'equilibrio potesse essere ristabilito, ricorrendone gli estremi, mediante l'esercizio di *actiones negotiorum gestorum* (n. 134; es.: il debitore che aveva pagato agiva come *negotiorum gestor* contro i condebitori nel cui interesse aveva effettuato l'adempimento; i creditori insoddisfatti agivano come *domini negotii* contro il concreditore che nel loro interesse, quale *negotiorum gestor*, aveva ricevuto l'adempimento). Un efficace sistema, cui ricorreva il debitore solidale solvente per garantirsi il regresso nei confronti dei condebitori, era quello di farsi fare la *cessio nominis* dal creditore (n. 113): in diritto postclassico al debitore solidale solvente venne addirittura riconosciuto il « *beneficium cedendarum actionum* », in forza del quale egli aveva sempre diritto ad ottenere dal creditore soddisfatto la cessione delle azioni creditorie.

5. **Obbligazioni a soggetto indeterminato**, o « ambulatorie », erano quelle in cui non era inizialmente e costantemente determinata la persona del creditore o del debitore, ma la determinazione della stessa era rimessa, secondo criteri prefissati, al momento dell'adempimento. In astratto, il fatto che i soggetti, pur se non determinati, siano però determinabili dovrebbe essere sufficiente a legittimare le obbligazioni ambulatorie, ma il *ius privatum* romano, e particolarmente il *ius civile*, manifestò sensibili difficoltà in proposito, limitando la ammissibilità della figura a pochissimi casi (es.: legato a favore di colui che « *ex cognatis meis primus ad funus meum venerit* »).

5.1. Furono invece riconosciute dal *ius privatum* quelle speciali obbligazioni ambulatorie che si sogliono denominare « *obligationes propter rem* », o « oneri reali »: obbligazioni gravanti su chiunque avesse in proprietà o in possesso una certa *res*. Così si ammise senza difficoltà che il superficiario e l'enfiteuta, quali che fossero, dovessero pagare i canoni relativi al diritto acquistato; che qualunque successivo possessore di *fundi provinciales* fosse tenuto al pagamento dello *stipendium* o del *tributum*; che qualun-

que possessore di cose estorte con violenza fosse citabile mediante l'*actio metus* (definita, appunto per questa sua caratteristica, come « *actio in rem scripta* »); che qualunque titolare di *potestas* o di *possessio* su un *alieni iuris* colpevole di un delitto fosse perseguibile dall'offeso con l'*actio noxalis*; e così via.

III. L'OGGETTO DELLE « OBLIGATIONES ».

1. Oggetto della *obligatio* era, nella concezione genuinamente romana, il soggetto passivo, limitatamente ad un determinato comportamento (« prestazione ») che egli era impegnato ad effettuare. Per comprensibile traslato, si passò, peraltro, nella generalità dei casi, a considerare come oggetto della *obligatio* non tanto la persona del soggetto passivo, quanto la prestazione. E questa visuale fu agevolata dal fatto che le *obligationes* passive, originariamente ritenute strettamente inerenti alla persona dell'*obligatus*, furono col tempo riconosciute come trasmissibili agli eredi e come trasferibili *inter vivos*.

2. La prestazione poteva consistere in un « dare », in un « *facere* », in un « *non facere* », ma le fonti romane passano spesso sotto silenzio il *non facere* e parlano invece di « *dare facere* », o anche di « *dare, facere, praestare* ». Con quest'ultimo termine, che la dottrina moderna ha assunto ad indicazione generale di tutti i comportamenti debitori, si voleva forse intendere l'ipotesi specifica, praticamente molto importante (ma teoricamente già ricompresa nell'ipotesi del *facere*), dello « star garante per altri » (*praes-stare*).

2.1. Requisiti della prestazione erano, in ogni caso, i seguenti: a) la « determinatezza », o almeno la « determinabilità » secondo criteri individuati al momento della sua nascita: senza di che, l'*obligatus* sarebbe stato alla piena mercè del *creditor* e l'*obligatio* si sarebbe risolta in un potere assoluto del secondo sul primo; b) la « possibilità », sia dal punto di vista materiale, che da quello giuridico (« *impossibilia nulla obligatio* »: nulla era pertanto l'obbligazione di recarsi sulla luna, o di assicurare al creditore la proprietà di una *res extra commercium* ecc.): senza di che egualmente l'*obligatus* si sarebbe venuto a trovare nelle mani

del *creditor*; c) la « liceità » giuridica e morale, cioè la non contrarietà alle norme inderogabili del diritto ed a quelle fondamentali della morale; d) la « valutabilità economica »: senza di che non sarebbe stata possibile la *condemnatio pecuniaria* conseguente all'esercizio dell'*actio in personam*.

3. Con riguardo alla prestazione, le *obligationes* romane erano sottoposte a due classificazioni: obbligazioni divisibili e indivisibili, obbligazioni di specie e di genere.

3.1. « Obbligazioni indivisibili » erano quelle la cui prestazione fosse obbiettivamente insuscettibile di adempimento parziale, nel senso che la somma degli adempimenti parziali dell'obbligazione non equivaleva alla prestazione dovuta. La indivisibilità delle obbligazioni implicava difficoltà particolarmente rilevanti in caso di pluralità di soggetti, e a tal proposito una ricchissima e non sempre limpida casistica è offerta dalle fonti romane. In via generale, ma estremamente approssimativa, si può dire che erano considerate di regola divisibili le *obligationes in dando*, ma anche esse erano ritenute indivisibili se oggetto della prestazione era una cosa indivisibile, oppure una cosa appartenente ad un *genus*, oppure una da scegliersi alternativamente tra più cose. Normalmente indivisibili furono considerate le *obligationes in faciendo* e quelle *in non faciendo*. Alle obbligazioni indivisibili si applicavano, in generale, le regole relative alle obbligazioni solidali.

3.2. « Obbligazioni generiche » erano quelle *obligationes in dando* che avevano per oggetto un *genus* più o meno vasto di cose, tra cui scegliere la cosa da prestare: tutte le altre *obligationes* erano considerate di specie. La scelta nell'ambito del *genus* spettava di norma al debitore. Per diritto classico questi doveva prestare una cosa qualsiasi rientrante nel *genus*, purchè non fosse da qualificare la peggiore (« *nec optimum nec pessimum* »); per diritto giustiniano il debitore era invece tenuto a prestare una *res mediae aestimationis*.

4. Obbligazioni alternative erano quelle aventi ad oggetto due o più prestazioni, delle quali peraltro il debitore era tenuto ad eseguirne una soltanto (es.: « *dare hominem Stichum aut centum* »). Di esse si diceva: « *duae res, vel plures, sunt in obligatione, una autem in solutione* ». La scelta della pre-

stazione (« *ius eligendi* ») spettava normalmente al debitore, salvo che non fosse stata esplicitamente rimessa al creditore o ad un terzo. Il debitore godeva, di regola, del cd. « *ius variandi* », cioè della facoltà di mutare decisione circa la prestazione, pur se avesse provveduto ad indicarla, sino al momento dell'effettivo adempimento. Se per errore effettuava ambedue le prestazioni, egli aveva diritto alla restituzione di una di esse: forse in diritto classico la scelta della prestazione da restituire spettava in ogni caso a lui, mentre in diritto giustiniano essa fu attribuita a colui che avesse il *ius eligendi*.

4.1. Se, come di regola, il *ius eligendi* spettava al debitore, ed una delle due prestazioni si rendeva impossibile per caso fortuito, l'obbligazione si concentrava automaticamente nella seconda prestazione, ma Giustiniano ammise il debitore a pagare, se lo preferisse, l'*aestimatio rei* della prima. Se invece la prima prestazione si rendeva impossibile per colpa del debitore e successivamente la seconda prestazione diveniva impossibile per caso fortuito: per diritto classico la obbligazione si estingueva; per diritto giustiniano, invece, il creditore poteva, mediante l'*actio de dolo*, ottenere il risarcimento del valore medio tra le due prestazioni.

4.2. Diverse dalle obbligazioni alternative erano quelle « *cum facultate alternativa* », in cui la prestazione obbligatoria era una soltanto, ma al debitore era concesso il potere di eseguire una prestazione diversa (es.: canone di affitto stabilito in derrate, ma con *facultas* del debitore di pagarlo in denaro): « *una res est in obligatione, duae sunt autem in facultate solutionis* ».

5. Un tipo caratteristico di prestazione era quello avente ad oggetto le *usurae* (o « *fenus* »), cioè gli interessi relativi ad una somma di danaro (« *sors* »).

Le *usurae* erano calcolate sulla base dell'ammontare della *sors* e della durata della sua utilizzazione da parte dell'*obligatus*. La determinazione ne era generalmente rimessa alle parti, ma vi erano *contractus* che le implicavano di per se stessi (taluni *contractus* del *ius civile novum*) e vi erano contratti (come il *mutuum*) in cui non potevano essere inserite. Quanto all'ammontare del tasso di interesse, l'inclinazione dei Romani verso tassi assai elevati determinò numerosi interventi limitativi della legislazione: le *XII ta-*

bulae stabilirono che non potessero pattuirsi *usurae* in misura superiore ad un'uncia ($1/12$) del capitale per ogni mese (cd. « *fenus unciarium* », pari al 100% annuo); la legislazione repubblicana ribassò il tasso massimo ad un centesimo al mese (cd. « *centesimae usurae* », pari al 12% annuo); il tasso di interessi massimo fu ulteriormente ridotto dalla legislazione cristiana postclassica e da Giustiniano. Non fu comunque mai ammesso il cd. « *anatocismus* », cioè la produzione di interessi da parte degli interessi mensilmente maturati (« *usurae usurarum* »).

112. L'ADEMPIMENTO DELLE « OBLIGATIONES ».

1. I Romani denominarono l'adempimento delle obbligazioni col termine di *solutio*, evidentemente derivato dall'epoca in cui il vincolo giuridico era anche un vincolo materiale (*nexum*), e in cui, quindi, per sottrarsi ad esso (*nexi liberatio*), occorreva un vero e proprio « scioglimento », nel senso materiale della parola. In epoca storica, quando le *obligationes* furono concepite come vincoli giuridici, il vocabolo « *solutio* » passò ad indicare genericamente l'« adempimento », cioè l'osservanza esatta del comportamento cui il debitore fosse obbligato nei riguardi del creditore, o, in altri termini, la esecuzione della prestazione dovuta: « *solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit* » (Ulp. D. 50. 16. 176).

1.1. Non tutte le obbligazioni potevano, tuttavia, essere estinte mediante puro e semplice adempimento. In altri termini, il fatto estintivo in senso proprio (l'adempimento) poteva anche non funzionare in rapporto a singoli casi di obbligazioni sorte in determinati modi. Per un complesso di motivi storici, occorreva, il più delle volte, che intervenissero fatti estintivi in senso improprio, cioè atti i quali producevano l'effetto estintivo indipendentemente dall'avvenuto adempimento della prestazione (n. 113).

2. Soggetto attivo dell'adempimento era ritenuto normalmente il soggetto passivo dell'obbligazione, cioè l'*obligatus*, il quale, adempiendo esattamente la prestazione, automaticamente veniva ad estinguere l'*obligatio*. Tuttavia, anche un terzo poteva eventualmente effettuare l'adempimento, se a tal uopo non era strettamente necessaria l'attività del debitore, purché egli aves-

se la precisa volontà di estinguere il debito altrui: in tal caso non occorre né il mandato del debitore, né la conoscenza da parte sua dell'adempimento effettuato dal terzo, chè anzi l'adempimento seguiva anche nel caso che egli lo vietasse.

3. Soggetto passivo dell'adempimento era il *creditor*, cioè il soggetto attivo dell'obbligazione o altra persona designata a questo scopo dall'ordinamento giuridico o dallo stesso creditore: il tutore, il curatore, un mandatario, il *procurator*, il *servus pecuniis exigendis praepositus*, l'« *adiectus solutionis causa* », cioè la persona designata come esattore nell'atto costitutivo. Il pagamento fatto a persona non determinata dall'ordinamento né autorizzata dal creditore non era valido, salvo che il creditore non ratificasse l'iniziativa del debitore o del terzo, oppure salvo che esso non fosse comunque andato a beneficio della persona del creditore.

4. Per adempimento dell'obbligazione si intese l'adempimento esatto, sia quanto al tempo, che quanto al contenuto della prestazione: non era adempiuta l'obbligazione, se fosse stata adempiuta fuori del tempo prescritto o necessario, in un luogo diverso da quello stabilito o necessario, in maniera diversa da quella fissata, oppure parzialmente.

5. La prova dell'adempimento poteva fornirsi in ogni modo, e quindi anche mediante testimoni. In diritto classico fu molto diffuso il sistema di provvedere alla prova del pagamento per iscritto, mediante dichiarazioni sigillate dai testimoni, oppure quietanze rilasciate dallo stesso creditore (*apochae*).

6. La prestazione in luogo di adempimento, cioè il pagamento avente ad oggetto un *aliud pro alio*, si denominava usualmente « *datio in solutum* », con riferimento al caso normale delle *obligationes in dando*. Essa era ritenuta, in diritto classico, ammissibile solo se il creditore vi acconsentisse (cd. « *datio in solutum voluntaria* »). Giustiniano ammise qualche caso di « *datio in solutum necessaria* »: come, ad esempio, nell'ipotesi del debitore il quale, non avendo denaro e non trovando da vendere un proprio immobile, avesse dato in soddisfacimento al creditore l'immobile stesso. Se taluno operava la *solutio* dell'*aliud pro alio*, l'obbligazione si aveva per estinta *ipso iure* dai Sabiniani, il cui

parere fu accolto e generalizzato da Giustiniano, mentre i Proculiani ritenevano che l'estinzione avvenisse solo *ope exceptionis*.

7. Non ammesso, almeno come regola, in diritto classico era l'adempimento parziale, cioè l'esecuzione *pro parte* della prestazione dovuta, salvo in taluni casi in cui il pretore concesse a talune persone il beneficio di poter essere condannate soltanto « *in id quod facere possunt* » (cd. « *beneficium competentiae* »), allo scopo di evitare la *bonorum venditio* e l'*infamia* conseguente.

7.1. Beneficiari della « *taxatio in id quod fieri potest* » erano i parenti e gli affini, il donante rispetto al donatario e forse anche altri soggetti giuridici, in considerazione di particolari vincoli affettivi che dovevano legarli al creditore. In diritto postclassico e giustiniano l'elenco fu accresciuto e in alcune ipotesi si ammise addirittura che la condanna *in id quod fieri potest* dovesse essere operata previa « *deductio ne debitor egeat* », cioè deducendo una parte dei beni che servisse al debitore per non morir di fame.

7.2. Altro istituto limitativo della prestazione fu il cd. « *pactum quo minus solvatur* » (una sorta di precedente del moderno concordato preventivo degli imprenditori commerciali), il quale poteva intervenire tra gli eredi del debitore insolvente defunto e i creditori ereditari, allo scopo di ottenere che questi limitassero congruamente le loro pretese, sì da evitare la *bonorum venditio* a danno del morto, oppure dello stesso erede (accettante o necessario), e l'*infamia* relativa. In diritto classico l'istituto fu rigidamente volontaristico ed impegnò solo ed esclusivamente i creditori che lo avessero accettato. In diritto postclassico e giustiniano prevalse, invece, il principio che la maggioranza *pro modo debiti* dei creditori impegnasse la minoranza all'accettazione di un pagamento *pro parte*, così come è del concordato preventivo odierno.

8. Nel caso che un debitore avesse verso la stessa persona più debiti con prestazioni dello stesso genere (ad es., più debiti di danaro), e che tali debiti fossero tutti venuti a scadenza, mentre la prestazione dal debitore compiuta non fosse tale da abbracciare tutte le prestazioni dovute, il debitore aveva facoltà di operare la cd. imputazione dei pagamenti, indicando cioè

i debiti che volesse estinguere. In mancanza di imputazione da parte del debitore, essa spettava al creditore. In mancanza di imputazione anche da parte del creditore, si seguiva il criterio di imputare il pagamento anzitutto agli interessi, secondariamente ai debiti più gravosi, in terzo luogo a quelli più antichi. In mancanza di tali criteri di gerarchia, vigeva, ovviamente, il principio per cui la prestazione andava proporzionalmente ripartita fra tutte le *obligationes*.

9. Si parlò di *mora accipiendi* quando il creditore non accettasse l'adempimento o ritardasse la sua cooperazione col debitore. In tal caso, il debitore aveva facoltà di non corrispondere più interessi dal giorno della mora ed era tenuto, nell'ipotesi di impossibilità della prestazione, solo se questa fosse stata da lui dolosamente determinata. In caso di persistente rifiuto del creditore, il debitore poteva anche effettuare, previa offerta (*oblatio*), il deposito del dovuto in luogo pubblico (« *depositum in aede publica* »).

113. LE VICENDE DELLE « OBLIGATIONES ».

1. I modi di costituzione, di modificazione, di estinzione delle singole *obligationes* verranno indicati a proposito della trattazione relativa a ciascun tipo di *obligatio*. Ma è opportuno far cenno fin d'ora di alcuni fatti modificativi o estintivi di carattere generale, valevoli cioè pressochè per tutti i rapporti obbligatori. Fatti « puramente estintivi » delle *obligationes* (a prescindere dall'adempimento delle stesse: n. 112) furono: la *solutio per aes et libram* e gli altri modi formali di *remissio* (*acceptilatio verbis* e *acceptilatio litteris*), la impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore, la *confusio*, il *concursus causarum*, la *compensatio*, il *pactum de non petendo* e gli altri modi non formali di *remissio* (*transactio*, *contrarius consensus*, ecc.), la *praescriptio longi temporis*. Fatti « estintivi e modificativi » furono: la *novatio* e la *delegatio*. Fatti « puramente modificativi » delle *obligationes* (a prescindere dall'inadempimento imputabile delle stesse [n. 143], dalla morte e dalla *capitis deminutio* dei soggetti) furono la *cd. cessio crediti* e la *cd. cessio debiti*.

1.1. In ordine ai « fatti modificativi » delle *obligationes*, va ricordato che la morte e la *capitis deminutio* davano, di regola, luogo all'assunzione della situazione giuridica (attiva e passiva) del soggetto cessante da parte di un altro soggetto (*successor in ius, adrogator, maritus cum manu*): fenomeno di cui si è già sufficientemente parlato a suo tempo (n. 62 ss., 78, 79), disegnandone nei tratti essenziali l'evoluzione. Va ricordato, altresì, che la originaria intrasmissibilità delle *obligationes* per morte o *capitis deminutio* non fu mai completamente superata dal diritto romano: anche in tempi storici la morte e la *capitis deminutio* (del debitore o del creditore: uno qualunque dei due) operarono come fatti estintivi (e non modificativi) in materia di *delicta*, di *stipulatio*, di *societas* e di *mandatum*.

1.2. In ordine ai « fatti estintivi » delle *obligationes*, va ricordato che, secondo una classificazione scolastica della tarda età classica, essi andrebbero distinti in fatti operanti *ipso iure* e fatti operanti *per exceptionem* (talí alcune ipotesi di *compensatio*, il *pactum de non petendo*, la *praescriptio longi temporis*): questi ultimi avrebbero avuto una efficacia minore degli altri perchè intanto avrebbero potuto operare, in quanto il debitore li avesse dedotti in *exceptio* contro il creditore che agisse per il pagamento. Ma, a prescindere dal fatto che la distinzione fu fortemente svalutata in diritto postclassico, essa è di limitata importanza anche in ordine al diritto classico. Infatti, ove il creditore avesse promosso per il pagamento un'azione formulare, il debitore avrebbe potuto far valere la causa estintiva solo chiedendo, nella fase *in iure*, l'inserimento della relativa *exceptio* nel *iudicium*: senza di che il *iudex privatus* (salvo che in un *iudicium bonae fidei*) non sarebbe stato evidentemente autorizzato ad assolverlo.

2. La *solutio per aes et libram* era, in età arcaica, l'*actus contrarius* della *nexi datio* (n. 108): essa consisteva cioè in una *mancipatio* ripristinativa dello *status quo ante* (*remancipatio*), nella quale il *creditor* (*mancipio dans*) acconsentiva, in cambio dell'adempimento, a che l'*obligatus* (*mancipio accipiens*) pronunciasse una formula di rivendicazione della propria libertà. Sempre in epoca risalente, fu ammesso che alla *remancipatio* si procedesse anche prescindendo da un pagamento effettivo di *aes*

rude, ed effettuando cioè un pagamento simbolico (« *nummo uno* »), se il *nexus* avesse in qualche altro modo già adempiuto o garantito di adempiere (es.: con le proprie prestazioni di lavoro, con l'offerta di *sponsores*, ecc.), o se il *creditor* intendesse rimettergli il debito. Dall'ipotesi originaria della *nexi liberatio* la *solutio per aes et libram* fu estesa poi alla liberazione delle *obligationes* (nel senso evoluto di vincoli reali) nascenti da *legatum per damnationem*, da *iudicatio* e da *damnatio*. La formula che l'*obligatus* doveva pronunciare nel corso della *remancipatio* era, ad es: « *Quod ego tibi ex testamento L Titii tot milibus sestertiorum damnatus sum, eo nomine me a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra* ».

2.1. In diritto classico la *solutio per aes et libram* era divenuta ormai, sempre ed in ogni caso, una « *imaginaria solutio* », cioè una *solutio* simulata, che i soggetti giuridici utilizzavano a fini di « *remissio* », cioè di remissione del debito (o talvolta a fini di *donatio*, cioè di liberalità a favore di un *obligatus*). L'utilità del ricorso a questo tipo di *remissio* era: da un lato, nella sua applicabilità ai più svariati tipi di *obligationes*; dall'altro, nella sua « astrattezza », cioè nel fatto che essa operava la estinzione del debito indipendentemente da ogni considerazione circa la effettiva sussistenza, al di sotto di essa, di una fattispecie giustificativa della estinzione (cioè, per così dire, di una « *iusta causa solutionis* »: adempimento, compensazione, ecc.).

2.2. Alle stesse finalità di « *remissio* » servivano, in età classica, l'« *acceptilatio verbis* » e l'« *acceptilatio litteris* », che erano in origine gli *actus contrarii*, rispettivamente, della *sponsio* (n. 116) e della *expensilatio* (n. 119). In particolare, l'*acceptilatio verbis* consisteva nello scambio contestuale di una domanda del *promissor* (« *quod ego tibi promisi habesne acceptum?* ») e di una risposta dello *stipulans* (« *habeo* »). La sua astrattezza e la sua estrema semplicità (non essendo richiesto l'intervento dei testimoni e del *libripens*) indussero i Romani a farne uso anche maggiore della *solutio per aes et libram*: il che si attuava attraverso l'espedito di novare le obbligazioni precedenti in una *obligatio verbis ex stipulatu*, e quindi di estinguere questa *obligatio* mediante *acceptilatio*.

3. La *impossibilitas non imputabile* della prestazione si verificava nei casi in cui la prestazione (originariamente possibile) divenisse impossibile per cause sopravvenute, le quali non fossero considerate dall'ordinamento imputabili all'*obligatus*, e non determinassero, pertanto, una sua obbligazione secondaria di responsabilità (per inadempimento). Le caratteristiche di questo fatto estintivo ed i confini di esso saranno meglio esaminati in tema di inadempimento (n. 143).

4. La *confusio* era la riunione nella stessa persona della qualità di creditore e della qualità di debitore, per esempio a causa di successione *mortis causa*. Essa determinava l'estinzione della *obligatio* in virtù del principio generale (di cui si aveva applicazione anche in materie di *iura in re aliena*) che nessuno può essere ad un tempo soggetto attivo e soggetto passivo dello stesso rapporto giuridico (nella specie: « *nemo obligatus sibi esse potest* »).

5. Il *concursus causarum* era un modo di estinzione delle obbligazioni correlato al fatto che il creditore avesse comunque ottenuto, per un titolo diverso, la prestazione dovutagli. In antico, la giurisprudenza romana ritenne che l'obbligazione fosse sempre estinta per effetto del *concursus causarum*, indipendentemente dal modo in cui il creditore avesse ottenuto il suo soddisfacimento. Nella tarda età classica, e comunque nell'età post-classica, si diffuse invece la regola per cui dovesse distinguersi tra acquisto « a titolo oneroso » e acquisto « a titolo lucrativo ». Se una delle due cause delle obbligazioni era a titolo oneroso (es.: vendita), si riteneva che l'obbligazione continuasse ad esistere e che il creditore avesse diritto a pretendere dal debitore, in cambio dell'adempimento ormai non più esattamente possibile, il controvalore di esso; se invece entrambe le cause erano lucrative, si riteneva che si estinguesse l'obbligazione.

6. La *compensatio* consisteva in una « *debiti et crediti inter se contributio* », cioè in un conguaglio tra le *obligationes* reciproche di due soggetti. Posto che un soggetto fosse in grado di esigere, mediante azione giudiziaria, un determinato credito (ad es., di 100) verso un altro soggetto, e che quest'ultimo vantasse a sua

volta verso il primo un credito parimenti determinato (ad es., di 70) e parimenti esigibile in giudizio, si ritenne opportunamente inutile ricorrere a due pagamenti reciproci e si affermò il principio che il creditore della quantità minore (nell'esempio, il creditore di 70) fosse tenuto a pagare all'altro il « saldo », cioè la differenza fra le due quantità (nell'esempio, il saldo di 30).

6.1. In età classica la compensazione era riconosciuta solo in casi specifici, tra cui principalmente i seguenti: a) il caso dell'*argentarius* (banchiere), quando agisse contro il cliente: egli doveva « *agere cum compensatione* », cioè detrarre dal credito fatto valere contro il cliente l'ammontare dei crediti che a sua volta il cliente potesse vantare per qualunque causa nei suoi riguardi; b) il caso dei crediti fatti valere mediante *iudicia bonae fidei*, i quali dovevano essere compensati, a cura dell'*index privatus*, con i debiti dell'attore verso il convenuto « *ex eadem causa* », cioè in base allo stesso rapporto fatto valere in giudizio; c) il caso del *bonorum emptor* che avesse acquistato in blocco i beni del fallito: egli doveva « *agere cum deductione* » contro i debitori del fallito, cioè tenendo conto dei crediti che eventualmente questi vantassero nei riguardi del fallito e detraendoli all'ammontare delle sue pretese; d) il caso di chi esercitasse l'*actio de peculio* nei riguardi del *pater familias*: egli aveva l'obbligo di dedurre dalla sua pretesa le obbligazioni naturali del *filius* o del *servus* nei riguardi del *pater*; e) sulla base di un *rescriptum* di Marco Aurelio, il caso di chi agisse con una *condictio* o con una *actio ex stipulatu*, relativamente ai debiti contratti per la stessa causa nei riguardi del convenuto. Nell'ipotesi dei *iudicia bonae fidei*, il convenuto non aveva da fare altro che far presente al giudice la sua situazione di creditore nei confronti dell'attore, chiedendo che venisse tenuto conto dei suoi crediti ai fini della determinazione della condanna. Nelle altre ipotesi spettava al convenuto un'*exceptio*. Il *rescriptum* di Marco Aurelio ammise per tutti i *iudicia stricta* sopra nominati l'opponibilità dell'*exceptio doli*.

6.2. In diritto postclassico si affermò il principio generale della compensazione, per cui cioè tutte le volte in cui un creditore agisse contro un debitore fu riconosciuto a costui il diritto di rivolgersi contro il creditore per la compensazione, sia mediante

exceptio, che mediante azione riconvenzionale (*mutua petitio*), salvo casi eccezionalissimi, tra cui quello delle *obligationes ex delicto*. In questo senso si dice che in diritto giustiniano la compensazione divenne mezzo estintivo *ipso iure* delle *obligationes*.

7. Il *pactum de non petendo* era il patto tra creditore e debitore, inteso a stabilire che il creditore non potesse chiedere l'adempimento per un certo determinato tempo, o in certe determinate circostanze, oppure in ogni tempo ed in qualsivoglia circostanza. Esso dava, quindi, luogo ad una « *exceptio pacti conventi* », la quale: se il *pactum de non petendo* era stato fatto in relazione a qualsivoglia circostanza e ad ogni tempo, era evidentemente una *exceptio peremptoria*; mentre negli altri casi era soltanto una *exceptio dilatoria*, cioè esercitabile solo nell'ipotesi che la richiesta giudiziale dell'adempimento fosse stata fatta dall'attore in presenza di quelle circostanze che erano state dal *pactum* previste, oppure nell'epoca stabilita dal *pactum* per la inesigibilità del credito.

7.1. In età postclassica si distinsero due tipi di *pacta de non petendo*: il « *pactum in rem* », valevole obbiettivamente per il credito, e il « *pactum in personam* », valevole solo in relazione alla persona del debitore, e quindi non relativo alla persona dell'erede, del fideiussore, del condebitore solidale.

7.2. Il *pactum de non petendo* era un modo non formale di *remissio* del credito. Altri modi di *remissio* non formale furono: il « *contrarius consensus* », cioè l'accordo di estinguere il rapporto, intercorrente tra i soggetti che avessero concluso un contratto consensuale (n. 123 ss.); la « *transactio* », cioè l'accordo di porre fine ad un rapporto controverso facendosi reciproche concessioni (n. 132).

8. La *praescriptio longi temporis* fu introdotta da Teodosio II (Cl. 7. 39. 3) in ordine a tutte le *actiones in personam*. Teodosio stabilì che il credito si dovesse considerare estinto se, entro 30 anni dal momento in cui fosse divenuto esigibile non fosse stato preteso dal creditore. Interruzione della prescrizione era data: anzi tutto, dal pagamento degli interessi oppure dal pagamento di una parte del credito, in secondo luogo dall'esercizio dell'azione. Sospensione della prescrizione, salvo a riprendere

la decorrenza della stessa, si aveva in caso di trasferimento del credito ad un incapace, in caso di calamità e così via dicendo.

9. La *novatio* consisteva nella sostituzione di un'*obligatio* con un'*obligatio* parzialmente nuova: « *prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio* » (D. 46. 2. 1 pr.). Si poteva avere, più precisamente: una novazione « subbiettiva attiva », consistente nella sostituzione del creditore; una novazione « subbiettiva passiva », consistente nella sostituzione dell'*obligatus*; una novazione « obbiettiva », consistente nella modifica della prestazione o delle modalità connesse alla stessa. L'effetto che ne conseguiva era la estinzione del *prius debitum*; conseguentemente la estinzione delle garanzie reali e personali del debito precedente e la impossibilità di proporre, in relazione al nuovo debito, le eccezioni che si sarebbero potute proporre in relazione al debito estinto.

9.1. Il mezzo preferito per effettuare una novazione fu la *stipulatio*, mediante la quale si trasfondeva in un'obbligazione *ex stipulatu* una precedente obbligazione diversamente sorta, oppure sorta in quel modo ma con diverse caratteristiche obbiettive o subbiettive. Esempi di stipulazioni novatorie sono, pertanto: « *centum sestertios quos Lucius Titius mihi debet dari spondes?* » (nel qual caso il *promissor* si sostituiva a Lucio Tizio, avendosi una novazione subbiettiva passiva); « *centum sestertios quos mutuos tibi dedi dari spondes?* » (nel qual caso tra gli stessi soggetti, attivo e passivo, mutava il titolo dell'obbligazione, da *obligatio ex mutuo* in *obligatio ex stipulatu*); « *centum sestertios quos Caius Seius a te stipulatus est mihi dari spondes?* » (nel qual caso al precedente creditore Caio Seio si sostituiva un nuovo creditore nella persona dello *stipulans*, avendosi pertanto una novazione subbiettiva attiva). Una particolare stipulazione novatoria fu poi la *stipulatio Aquiliana*, introdotta nella prassi da Aquilio Gallo (n. 17), la quale serviva a convertire in una sola *obligatio ex stipulatu* tutto un complesso di debiti diversamente assunti (nella formulazione più generale essa suonava: « *quidquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve dari facere spondes?* ». Nè va dimenticato che, sia pure su scala più limitata, il diritto preclassico e classico adoperarono ai fini novativi

anche la *dotis dictio* (n. 59) e il *nomen transscripticium* (nelle ipotesi di *transscriptio a re in personam* e *a persona in personam*: n. 119).

9.2. Requisiti della *novatio* furono: a) che la *prior obligatio* fosse valida; b) che la seconda *obligatio* fosse validamente costituita, mediante un negozio validamente attuato da persone capaci di porlo in essere; c) che la seconda *obligatio* fosse sostanzialmente identica alla prima (*idem debitum*), salvo un *aliquid novi* nei soggetti o nell'oggetto. Il diritto classico non chiedeva una specifica volontà di effettuare la novazione: la sostituzione avveniva per effetto della realtà delle cose, visibile nell'atto che si compisse, sopra tutto quando tale atto fosse una *stipulatio* e quando nella *stipulatio* fosse fatto riferimento al *prius debitum*. In diritto postclassico, stante la decadenza della *stipulatio* come contratto verbale, non si ritenne sufficiente la formula stipulatoria al fine della novazione, ma si diffuse l'idea che fosse necessario provare la esistenza di un « *animus novandi* » nel debitore e nel creditore: senza di che, si riteneva che la nuova *obligatio* fosse venuta ad aggiungersi alla prima.

9.3. Effetto caratteristico della *novatio* era la estinzione *ipso iure* della *prior obligatio* dal giorno in cui il valido negozio novatorio avesse acquistato efficacia (e cioè si fosse realizzata la eventuale condizione cui detta efficacia fosse stata sospensivamente condizionata). Effetti secondari furono: la estinzione delle garanzie reali e personali della *prior obligatio*; la improponibilità, in relazione al nuovo debito, delle eccezioni che si sarebbero potute proporre contro l'azione a tutela del debito estinto. La volontà delle parti interessate poteva, naturalmente, evitare il verificarsi degli effetti secondari; in particolare, per evitare la improponibilità delle eccezioni relative alla *prior obligatio* si usava ricorrere alla *stipulatio*: « *quod mihi Lucius Titius debet dari spondes?* ». E' da notare, infine, che in taluni casi, pur non essendo validamente sorta la nuova obbligazione, si riteneva, eccezionalmente, estinta la obbligazione precedente: così, nel caso in cui un pupillo avesse contratto una nuova obbligazione *sine tutoris auctoritate*, oppure nel caso in cui una donna si fosse assunta la responsabilità di un debito altrui contro il divieto del *Senatusconsultum Velleianum*.

10. La *delegatio* era la designazione unilaterale, espressa o tacita, di un sostituto nella posizione di creditore (delegazione « di credito » o novativa attiva), o in quella di debitore (delegazione « di debito » o novativa passiva), o in quella di accipiente (delegazione « di pagamento attiva »), o in quella di solvente (delegazione « di pagamento passiva »). Il *iussum* (*credendi, debendi, accipiendi, solvendi*) era, dunque, rivolto dal delegante (« *is qui delegat* ») al delegato (« *is qui delegatur* »), il quale ultimo poteva tanto essere obbligato verso il primo, quanto essere esente da ogni obbligo nei suoi riguardi. Se il delegato decideva di eseguire il *iussum*, lo portava a conoscenza del delegatario (« *is cui delegatur* »), il quale: trattandosi di *delegatio solvendi*, era tenuto, di regola, ad *accipere* o a *solvere*; trattandosi di *delegatio obligandi*, era invece libero di decidere se gli convenisse o meno di accettare la nuova controparte. Il « *iussum* » (anche detto « *mandatum* »), cioè la designazione preventiva, poteva essere sostituito da una « *ratihabitio* », cioè da una adesione successiva all'iniziativa assunta dal delegato.

10.1. La « *delegatio obligandi* » portava di solito alla conclusione di una *stipulatio* tra delegato e delegatario. Se la *stipulatio* era priva di ogni riferimento al rapporto tra delegante e delegatario, si veniva a creare un nuovo rapporto obbligatorio (delegato-delegatario) accanto al precedente (delegante-delegatario): il pericolo che il soggetto attivo chiedesse due volte il pagamento era generalmente ovviato dal pretore mediante la concessione di una *exceptio doli* al debitore convenuto per il secondo pagamento. Se la *stipulatio* faceva riferimento al rapporto tra delegante e delegatario (es.: « *quod Titius [delegante] mihi [delegatario] debet, mihi dari spondes?* »; « *quod Titio [delegante] debes, mihi [delegato] dari spondes?* »), si verificava una novazione subbiettiva.

11. La *cessio crediti*, vale a dire la cessione del credito (dal creditore ad un terzo), fu attuata, fino al sec. II a. C., in modo approssimativo e indiretto. Infatti, pur se si era ammessa per tempo la trasmissibilità successoria delle *obligationes*, si insisté a lungo nel non riconoscere la trasmissibilità *inter vivos* delle situazioni obbligatorie attive e passive. L'effetto pratico della *cessio crediti* era pertanto tortuosamente conseguito con l'espedito del-

la « *procuratio in rem suam* »: il creditore nominava suo *procurator* (o *cognitor*) il terzo, dandogli il potere di perseguire l'*obligatus* per l'adempimento, ma dispensandolo dalla resa dei conti. L'azione del *procurator in rem suam* era esercitata mediante una formula con trasposizione di soggetti (mentre nell'*intentio* figurava il nome del *creditor*, nella *condemnatio* era designato come beneficiario il *procurator*): ed anzi, nel caso che si giungesse all'*actio iudicati*, la formula della stessa portava il nome del *procurator in rem suam* anche nell'*intentio*. Tuttavia, il sistema della *procuratio in rem suam* presentava il grave inconveniente che la *procuratio* scadeva automaticamente con la morte di una delle parti e che, comunque, almeno sino al momento della *litis contestatio*, il creditore rimaneva tale e come tale poteva agire indipendentemente dal *procurator* contro il debitore, oppure revocare al *procurator* il potere di rappresentarlo, mentre dal suo canto l'*obligatus* poteva pagare a lui la prestazione con effetto liberatorio.

11.1. L'imperatore Antonino Pio escogitò allora la concessione a chi avesse comprato un complesso ereditario di un'« *actio utilis suo nomine* », che gli permetteva appunto di agire a proprio nome contro i debitori ereditari. Posteriormente l'*actio utilis suo nomine* venne estesa ad alcuni casi analoghi sino a divenire generale nel diritto giustiniano. Inizialmente il cessionario aveva una legittimazione autonoma alla esazione del credito, di modo che non era soggetto all'evento della morte ed alla revoca del potere di esazione, ma il cedente rimaneva anch'egli titolare del diritto, di modo che il debitore poteva effettuare a lui il pagamento liberatorio. Queste difficoltà furono poi eliminate, nel corso dello stesso periodo classico, salvo che l'atto costitutivo della cessione non fu mai concepito come un atto autonomo, ma come un normale contratto, con l'aggiunta di *pacta*, che regolava l'ipotesi del trasferimento del credito. Per conseguenza, la cessione dei crediti non poté mai prescindere dalla sua causa; e in particolare, se essa era stata operata sulla base di una *emptio venditio*, si ritenne che il cedente fosse tenuto a prestare ed a garantire al cessionario soltanto la esistenza del debito (« *nomen verum* »: cd. « *cessio pro soluto* »), senza peraltro garantire che il debito sarebbe stato sicuramente

adempiuto dal debitore (« *nomen bonum* »: cd. « *cessio pro solvendo* »).

11.2. La *cessio nominis* era normalmente « *voluntaria* », nel senso che alla sua effettuazione occorreva l'adesione dell'*obligatus*. Solo eccezionalmente furono ammessi alcuni casi di cessione « *necessaria* »: per es., quando vi fosse un legato di credito, o quando un mandatario o il *negotiorum gestor* avessero acquistato un credito per conto del *dominus negotii*, o quando il *venditor*, avendo subito il furto della *merx* prima di effettuarne la consegna, si liberava dalla responsabilità verso il compratore cedendogli le azioni contro il ladro.

11.3. In età postclassica, parallelamente all'affermarsi della cessione dei crediti come principio generale, furono man mano indicati alcuni crediti sottratti per determinate ragioni alla cedibilità: i crediti litigiosi, la cui cessione fu vietata da Costantino allo scopo di evitare che persone di pochi scrupoli ne potessero operare l'acquisto a prezzo vile; la « *cessio in potentiorum* », cioè a persona di rango sociale più elevata, vietata allo scopo di evitare un fenomeno analogo a quello precedentemente descritto; e finalmente, sempre approssimativamente allo stesso scopo, la cessione al tutore dei crediti verso il pupillo. Per evitare gli affarismi e proteggere in particolare i debitori contro cessionari di pochi scrupoli, l'imperatore Anastasio emanò una famosa costituzione (« *lex Anastasiana* »), la quale stabilì che il cessionario di un credito litigioso non potesse riscuotere dal debitore più di quanto avesse pagato al cedente (cd. « *retrato litigioso* »).

12. Mentre la cessione dei crediti venne ad essere, sia pur faticosamente, riconosciuta dal diritto privato romano, non altrettanto può dirsi della *cessio debiti*, cioè della cessione del debito. Il fine pratico della trasmissione del debito poté, in qualche modo, essere realizzato solo mediante espedienti imperfetti: o ricorrendo ad una « *expromissio* » del nuovo debitore (la quale, peraltro, faceva estinguere, in una col primo debito, le garanzie reali e personali relative); o facendo subentrare in giudizio, al posto del debitore, un'altra persona, in veste di « *procurator* (o *cognitor*) *in rem suam* ».

114. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. La materia delle obbligazioni, nel diritto italiano vigente, è trattata molto ampiamente, data la sua fondamentale importanza per l'economia moderna. Ad essa è dedicato l'intero libro IV e buona parte del libro V del c.c.

2. L'elencazione delle « fonti delle obbligazioni », e quindi dei tipi delle obbligazioni, è fatta fin dall'inizio (a. 1173): le obbligazioni derivano da contratto, da fatto (*rectius*: atto) illecito, e da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico. Subito dopo si precisa il carattere fondamentale delle obbligazioni: cioè la « natura patrimoniale » o, più genericamente, la valutabilità economica della prestazione: la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore (a. 1174). Infine, assurta a dignità di principio generale è la norma che impone al debitore e al creditore di comportarsi secondo le regole della « correttezza » (a. 1175); anzi, con particolare riferimento all'attività del debitore, viene disposto (a. 1176) che nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la « diligenza del buon padre di famiglia » (la quale deve valutarsi con riferimento alla natura dell'attività esercitata, qualora si tratti dell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale).

2.1. Nella categoria delle obbligazioni naturali, che non hanno altro effetto giuridico se non la *soluti retentio*, rientrano in genere tutti i « doveri morali e sociali » (a. 2034) ed inoltre taluni doveri espressamente previsti dalla legge, per i quali non è accordata azione, ma è esclusa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato. Esempi di tali doveri sono quelli previsti dall'a. 627 (esecuzione di disposizione fiduciaria), dall'a. 1933 (pagamento di debito di giuoco o di scommessa non proibita), dall'a. 2949 (adempimento di un debito prescritto). L'effetto della *soluti retentio* è ammesso purchè concorrano due condizioni: una positiva (che il pagamento sia stato fatto spontaneamente) ed una negativa (che la prestazione non sia stata eseguita da un incapace).

3. **Tipi speciali di obbligazioni**, sottoposti a disciplina speciale, sono i seguenti.

3.1. « **Obbligazioni generiche** »: quando l'obbligazione ha per oggetto la prestazione di cose determinate soltanto nel genere, il debitore deve prestare cose di qualità non inferiore alla media (a. 1178).

3.2. « **Obbligazioni pecuniarie** »: i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale (a. 1277). Norme particolari sono disposte per il caso che il debito abbia per oggetto una somma di monete che non abbiano più corso legale al tempo del pagamento o che non abbiano mai avuto corso legale (a. 1277 e 1278), oppure sia apposta la clausola di pagamento effettivo in monete non aventi corso legale (a. 1279), ovvero si tratti di un debito di specie monetaria avente valore intrinseco. Principio generale è che i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono « interessi » di pieno diritto (interessi cd. « legali », il cui saggio è del 5% in ragione di anno: a. 1284); tuttavia i crediti di fitti e pigioni non producono interessi se non dalla costituzione in mora, ed il credito che ha per oggetto il rimborso di spese fatte per cose da restituire non produce interessi per il periodo di tempo in cui chi ha fatto le spese abbia goduto della cosa senza corrispettivo e senza esser tenuto a rendere conto del godimento (a. 1282). Non è ammesso invece l'« anatocismo », cioè il principio per cui gli interessi scaduti producono a loro volta interessi: stabilisce infatti l'a. 1283 che, in mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti per almeno sei mesi.

3.3. « **Obbligazioni alternative** »: il debitore di una obbligazione alternativa si libera eseguendo una delle due prestazioni dedotte in obbligazione, ma non può costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra (a. 1285-1287). La facoltà di scelta spetta al debitore, se non è stata attribuita al creditore o ad un terzo. L'obbligazione alternativa si considera semplice, se una delle due prestazioni non poteva formare oggetto di obbligazione o se è divenuta impossibile per causa non imputabile ad al-

cuna delle parti (a. 1288). Norme particolari sono dettate per il caso che una delle due prestazioni o entrambe diventino impossibili per causa imputabile al debitore o al creditore (a. 1289 e 1290). Analoghi principi si applicano quando le prestazioni dedotte in obbligazione siano più di due (a. 1291).

3.4. « Obbligazioni facoltative »: di tali obbligazioni, nelle quali la prestazione è una soltanto ma il debitore si può liberare eseguendo una prestazione diversa, si trovano esempi in varie norme del codice: è in facoltà degli eredi di soddisfare le ragioni del coniuge mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia o mediante l'assegno dei frutti di beni immobili o di capitali ereditari (a. 547); i figli legittimi o i loro discendenti hanno facoltà di pagare in denaro o in beni immobili ereditari, a giusta stima, la porzione spettante ai figli naturali (a. 574); nel caso che la cosa legata appartenga ad un terzo, l'onere è obbligato ad acquistare la proprietà della cosa dal terzo e a trasferirla al legatario, ma è in sua facoltà di pagarne al legatario il giusto prezzo (a. 651), ecc.

3.5. « Obbligazioni solidali »: principio generale di diritto moderno è che i condebitori sono sempre tenuti in solido (a. 1294), se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente. La solidarietà non è esclusa dal fatto che i debitori siano tali ciascuno con modalità diverse o che il debitore comune sia tenuto con modalità diverse di fronte ai singoli creditori (a. 1293). Come regola generale dunque può dirsi che la solidarietà attiva non si presume mai, mentre la solidarietà passiva si presume sempre, salvo in entrambi i casi la prova contraria. Nei rapporti esterni non si comunicano agli altri cointeressati i fattori pregiudizievoli ma si estendono invece quelli vantaggiosi: così in tema di eccezioni personali, novazione, remissione, compensazione, confusione, transazione, giuramento, sentenza, inadempimento, costituzione in mora, riconoscimento del debito, prescrizione, rinuncia alla solidarietà (a. 1297 e 1300-1313). Nei rapporti interni l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o tra i diversi creditori, salvo che sia stata contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi; le parti di ciascuno si presumono uguali se non risulta diversamente (a. 1298). E' possibile, quindi, la rivalsa a carico dell'unico creditore soddisfatto o

il regresso contro il condebitore che non ha pagato, soltanto per la parte a ciascuno di essi relativa.

3.6. « Obbligazioni indivisibili »: esse sono regolate dalle norme relative alle obbligazioni solidali (a. 1317) con le seguenti eccezioni: la indivisibilità opera anche nei confronti degli eredi del debitore o del creditore (a. 1319), salvo che l'erede del creditore che agisce per il soddisfacimento dell'intero credito deve dare cauzione a garanzia dei coeredi (a. 1319); in caso di remissione del debito, transazione, novazione, compensazione e confusione, operata da uno solo dei creditori, gli altri creditori non possono domandare la prestazione indivisibile, se non addebitandosi ovvero rimborsando il valore della parte di colui che ha fatto la remissione ecc. (a. 1320).

3.7. « Obbligazioni negative »: sono quelle la cui prestazione consiste in un *non facere*. Una norma particolare (a. 1222) dispone che alle obbligazioni di non fare non si applicano le regole sulla mora: ogni fatto compiuto in loro violazione costituisce di per sé inadempimento.

3.8. « Obbligazioni periodiche »: una applicazione di tale tipo di obbligazioni si trova nell'a. 670, relativo ai legati di prestazioni periodiche: se è stata legata una somma di denaro o altra quantità di cose fungibili, da prestarsi a termini periodici, il primo termine decorre dalla morte del testatore, e il legatario acquista il diritto a tutta la prestazione dovuta per il termine in corso, ancorchè fosse in vita soltanto al principio di esso.

3.9. « Obbligazioni accessorie »: sono le obbligazioni connesse, per quanto concerne il loro fondamento, ad un diverso rapporto giuridico, in modo da dipenderne per quanto riguarda la loro esistenza stessa: tali quelle di garanzia, le obbligazioni modali (a. 793), gli obblighi alimentari del donatario (a. 438); l'obbligo di pagare gli interessi (a. 1282). Sono invece « sussidiarie » le obbligazioni del fideiussore, qualora abbia pattuito il beneficio della preventiva escussione del debitore principale (a. 1944).

3.10. « Obbligazioni reali ». Si discute tra i giuristi moderni circa l'esistenza ed i caratteri di tale tipo di obbligazioni, e circa le differenze con l'istituto degli « oneri reali »: sembra comunque che un certo accordo regni nel definire le obbligazioni reali come

quelle gravanti sul titolare di un diritto reale o sul possessore di tale diritto. Casi, generalmente riconosciuti, di obbligazioni reali sono: l'obbligo del proprietario di riparare il muro comune (a. 882 e 883); l'obbligo dei proprietari di contribuire alle spese per la riparazione o la costruzione di sponde e di argini o la rimozione di ingombri, per la migliore utilizzazione delle acque (a. 917); l'obbligo dell'enfiteuta di pagare il canone e di migliorare il fondo (a. 960); l'obbligo di manutenzione del canale nella servitù di presa d'acqua (a. 1090); l'obbligo del partecipante alla comunione di contribuire alle spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune, ecc. (a. 1104); l'obbligo del terzo acquirente di rispettare il contratto di locazione avente data certa anteriore (a. 1599); l'obbligo del titolare del fondo dominante di fare a sue spese le opere sul fondo servente necessarie per l'esercizio della servitù (a. 1069); gli obblighi a carico dell'usufruttuario, ecc.

4. In ordine all'adempimento delle obbligazioni vigono norme approssimativamente corrispondenti a quelle del diritto romano (a. 1176-1217 c.c.), salvo che il legislatore italiano ha spesso sostituito alla varietà delle tendenze e delle opinioni risultante dalle fonti romane una scelta precisa della disciplina preferibile.

4.1. Il soggetto attivo dell'adempimento, cioè il debitore, può essere sostituito da un terzo, e all'adempimento del terzo il creditore può opporsi solo in due casi: se abbia un interesse specifico all'adempimento personale del debitore o se questi gli abbia manifestato la sua opposizione (a. 1180). Il terzo adempiente può, a sua volta, tanto voler liberare il debitore da ogni vincolo, quanto volersi rendere a sua volta creditore nei suoi riguardi: in molti casi è, anzi, ammessa la « surrogazione » del terzo al posto del creditore, cioè nei diritti di lui verso il debitore (a. 1201-1205). Quanto al soggetto passivo dell'adempimento, cioè al creditore, le regole tradizionali romane (a. 1188) sono state integrate da norme specifiche sull'adempimento al creditore apparente (a. 1189) e al creditore incapace (a. 1190).

4.2. La « prestazione in luogo dell'adempimento » può anche consistere nella cessione di un credito (nel qual caso, l'obbligazione

si estingue con la riscossione del credito: a. 1189), ma deve essere sempre volontaria, cioè accettata dal creditore (a. 1197). In caso di pluralità di debiti della medesima specie verso lo stesso creditore si procede a « imputazione del pagamento » (a. 1193-1195): o da parte del debitore o, subordinatamente, da parte del creditore, o infine, mancando le dichiarazioni dell'uno e dell'altro, secondo criteri di legge (a. 1193 co. 2). Il debitore che adempie ha diritto alla quietanza, ma sono a suo carico le spese della stessa (a. 1199), come pure le spese implicate dall'adempimento (a. 1196).

4.3. Luogo dell'adempimento è quello determinato dalle parti o, in mancanza, dagli usi o dalla stessa natura della prestazione (a. 1182 co. 1); altrimenti valgono i seguenti criteri: la cosa certa e determinata va consegnata nel luogo in cui si trovava quando l'obbligazione è sorta; la somma di danaro deve essere pagata al domicilio del creditore al momento della scadenza; ogni altra prestazione deve essere eseguita al domicilio del debitore al momento della scadenza (a. 1182). Quanto al tempo dell'adempimento (a. 1183-1187): se non è stato fissato un termine di scadenza, nè vi sia un termine d'uso o un termine implicato dalla natura della prestazione o dal modo e luogo dell'esecuzione, il creditore è libero di chiedere l'adempimento in ogni tempo; se è stato fissato un termine per l'adempimento, si presume sino a prova contraria che esso sia stato fissato a favore del debitore, sì che il creditore non può chiedere l'adempimento prima della scadenza, salvo che il debitore sia divenuto insolvente o abbia diminuito per fatto proprio le garanzie dell'obbligazione; mentre il debitore può liberarsi prima, adempiendo la sua obbligazione prima della scadenza e costringendo il creditore ad accettare l'adempimento. Si dice « termine essenziale » quello entro il quale il creditore ha interesse alla prestazione e decorso il quale il creditore ha, quindi, diritto a ritenersi non soddisfatto. Per converso, cade in mora il creditore che, senza motivo legittimo, si sottrae all'adempimento del debitore (a. 1206-1217).

5. Fatti modificativi dell'obbligazione sono considerati: a) la « cessione del credito » (a. 1260-1267), approssimativamente corrispondente alla *cessio crediti*; b) l'« assegnazione », che consiste nell'accordo tra il creditore e un terzo auto-

rizzato a riscuotere (assegnazione « attiva »), oppure nell'accordo tra debitore e un terzo incaricato di adempiere (assegnazione « passiva »); c) l'« espromissione » (a. 1272), che consiste nell'assunzione del debito da parte di un terzo, su accordo col solo creditore; d) l'« acollo » (a. 1237), che consiste nell'assunzione del debito da parte di un terzo, su accordo col debitore.

6. Fatti estintivi (o normalmente estintivi) dell'obbligazione sono considerati: a) la « remissione del debito » (a. 1236-1240), cioè la rinuncia al credito da parte del creditore, purchè non rifiutata dal debitore; b) la « novazione » (a. 1230-1235); c) la « delegazione perfetta » o « novativa » (a. 1268-1271), la quale va distinta dalla delegazione puramente « cumulativa », che serve solo ad aggiungere un nuovo creditore o un nuovo debitore a quelli originari; d) la « compensazione » (a. 1241-1252), che può essere « volontaria » (cioè convenuta tra le parti: a. 1252), « legale » (solo fra debiti di somme di danaro o di cose fungibili dello stesso genere e sempre che si tratti di debiti « liquidi », cioè determinati nell'ammontare, ed « esigibili », cioè scaduti: a. 1243 co. 1), « giudiziale » (imposta dall'autorità giudiziaria nella ipotesi di debiti non liquidi, ma di facile e pronta liquidazione: a. 1243 co. 2); e) la « confusione » (a. 1253-1255); f) la « impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore » (a. 1256-1259).

§ 17. — LE « OBLIGATIONES CONTRACTAE »

SOMMARIO: 115. Le *obligationes verbis contractae*. — 116. La *stipulatio*. — 117. Le applicazioni della *stipulatio*. — 118. Le *stipulationes* di garanzia. — 119. Le *obligationes litteris contractae*. — 120. Le *obligationes re contractae* in senso proprio. — 121. Le *obligationes re contractae* in senso improprio. — 122. Ragguaglio di diritto moderno.

115. LE « OBLIGATIONES VERBIS CONTRACTAE ».

1. Le *obligationes verbis contractae* furono quelle costituite (*contractae*) tra i loro soggetti (*creditor* e *obligatus*) in virtù della pronuncia di determinate frasi solenni (« *certa*

verba ») fatta, in presenza l'uno dell'altro, da entrambi i soggetti o anche da uno di essi (più precisamente, dall'*obligatus*). Sorte (quanto meno, quelle derivanti da *sponsio*) come espressioni di impegni puramente religiosi, esse ottennero rilevanza giuridica dal *ius legitimum vetus* e divennero il settore più importante del sistema obbligatorio del *ius civile vetus*. Ma sul finire dell'età preclassica e nel corso del periodo classico se ne determinò una sempre più accentuata decadenza, divenuta poi pressochè totale in diritto postclassico: i vari tipi di *obligatio verbis* andarono progressivamente fuori uso ed anche quello più saldo di tutti, costituito dalle *obligationes ex stipulatu*, finì per snaturarsi internamente e per essere quindi accantonato a causa della concorrenza esercitata, dall'esterno, da nuove e più moderne figure obbligatorie.

1.1. Per la costituzione e la esistenza delle *obligationes verbis contractae* non era richiesto (pur non essendo vietato) che intervenissero testimoni, che vi fosse una documentazione scritta, o addirittura che l'atto costitutivo si inquadrasse in una situazione obbiettiva (di debito preesistente, di prestito da compiere, di adempimento da promettere, di liberalità da fare ecc.) che ne giustificasse ragionevolmente il compimento. L'obbligazione, in altri termini, sorgeva per il solo fatto che fossero stati ritualmente pronunciati i *certa verba* ed era esigibile per il solo fatto che si venissero a realizzare i presupposti sulla base dei quali l'atto costitutivo era stato compiuto (per es.: che si realizzasse il *matrimonium* in vista del quale era stata operata la *dotis dictio*). L'assenza o la insufficienza di testimonianze o di documentazione poteva costituire una difficoltà solo in sede di prova giudiziaria, in quanto cioè impedisse la « visibilità » dell'*obligatio*; la provata mancanza di una causa giustificativa poteva dar luogo solo alla concessione all'*obligatus* di rimedi che paralizzassero l'esigibilità del debito (es.: una *exceptio doli*) o ripristinassero lo *status quo ante* (es.: una *in integrum restitutio*): la sussistenza dell'*obligatio verbis*, in quanto tale, non era, dunque, posta in discussione.

1.2. In età preclassica, ed ancor più in età classica, i Romani fecero, tuttavia, un uso sempre minore della possibilità di non preconstituire una prova dell'*obligatio verbis* e di tacere, nella pronuncia dei *verba*, ogni riferimento alla « *iusta causa obligationis* », cioè al « titolo » giustificativo dell'*obligatio*. A sua volta, la giu-

risprudenza e il *ius honorarium* fecero di più, e cioè pretesero che i *iusta verba*, oltre ad essere stati pronunciati da persone capaci (di diritto e di agire) risultassero espressione fedele di una volontà sana (non viziata da errore, da dolo, da minacce), anzi di una volontà unificata delle parti, cioè di una *conventio*: senza di che, o l'obbligazione era considerata insussistente per nullità dell'atto costitutivo, o quanto meno essa era resa processualmente inesigibile o frustrabile. E fu su questa strada che il diritto postclassico giunse alla svalorizzazione quasi completa delle *obligationes verbis contractae* nel loro significato più genuino.

2. Fatti costitutivi di *obligationes verbis contractae* furono: la *sponsio* o *stipulatio*, la *dotis dictio*, la *promissio iurata liberti*, la *vadiatura*, la *praediatura*. Rinviano il discorso relativo all'atto di gran lunga più importante, la *sponsio* o *stipulatio* (n. 116), parleremo qui di seguito degli altri, che si dimostrarono, oltre tutto, per svariate ragioni, quelli meno resistenti.

3. La *dotis dictio* era, come sappiamo (n. 59), un negozio giuridico, probabilmente unilaterale, utilizzato a scopo di costituzione di dote a favore del marito. Il costituente la dote poteva essere il *pater familias* della sposa, la stessa sposa, se *sui iuris*, o infine anche un debitore della sposa *sui iuris* o del suo *pater familias*. In presenza del marito, il costituente pronunciava la formula solenne « *dotem tibi dico* », con l'aggiunta della precisazione dei beni costituiti in dote, o « *doti tibi erunt sestertium milia tot* ».

3.1. A favore del marito sorgeva soltanto un diritto di credito sui beni dotali. Contro l'opinione per cui la *dotis dictio* avrebbe determinato l'acquisto del *dominium* o di altro diritto assoluto sulle cose dotali da parte del marito, mentre solo indirettamente ne sarebbe derivata una obbligazione di garanzia relativamente al *dominium* o comunque ai diritti stessi, depone il fatto che la formula non era pronunciata, come di regola per gli atti trasmissivi di *dominium* o costitutivi di diritti reali, dall'acquirente, ma da colui che sarebbe stato in ogni caso l'alienante. Inoltre, va anche considerato che le *res* costituenti oggetto della *dotis dictio* non erano presenti nemmeno simbolicamente all'atto, come nella *mancipatio* o nell'*in iure cessio* o nella *traditio*.

4. La *promissio iurata liberti* era una solenne promessa, di cui si ignora la formula precisa, fatta dallo schiavo liberato (*libertus*) al suo *patronus* allo scopo di impegnarsi nei suoi riguardi alla prestazione di certi servigi. Essa era, più precisamente, operata subito dopo la *manumissio* (n. 88) per confermare un giuramento fatto precedentemente, durante lo stato di schiavitù, proprio allo scopo di ottenere l'affrancazione. Lo schiavo, essendo oggetto e non soggetto di diritti, non poteva, infatti, impegnarsi con validità *iure civili* verso il *dominus* a qualsivoglia prestazione in vista della *manumissio*: egli poteva, peraltro, sin dall'epoca della schiavitù, assumere impegni dal punto di vista religioso, non essendovi di fronte alla religione distinzione tra liberi e *servi*. La *promissio* da lui effettuata dopo essere stato reso *libertus* (e, in pratica, nella stessa contingenza della sua *manumissio vindicta*) serviva appunto a « convertire » in obbligazione *iuris civilis* l'obbligo puramente religioso assunto in qualità di *servus*. E' ovvio, tuttavia, che il momento in cui solitamente si prestava la *promissio*, non era psicologicamente il più favorevole alla libertà di giudizio del promittente. L'istituto ebbe, pertanto, applicazioni tanto vaste e talmente gravose per gli interessi degli schiavi liberati, che in età storica il pretore dovette intervenire a disciplinarlo, denegando l'azione per tutte le prestazioni che non consistessero in giornate di lavoro e che comunque risultassero imposte al liberto « *onerandae libertatis causa* ».

5. Della *vadiatura* si conosce con sicurezza soltanto una applicazione: quella dei *vades*, i quali garantivano la presenza *in iure* di chi fosse stato *vocatus in ius* (n. 41). Probabilmente la formula di assunzione della garanzia era determinata dal seguente dialogo: « *vas es? sum* ». Anche relativamente all'applicazione ora citata sorge, del resto, qualche dubbio circa il contenuto della garanzia: si discute, cioè, se il *vas* fosse tenuto ad assumersi le conseguenze del processo in caso di assenza del convenuto, o se invece egli fosse obbligato al pagamento di una qualche penale. Certo è che l'istituto del *vadimonium*, derivato dall'antica *vadiatura* ed applicato nei riguardi della procedura *per formulas*, implicava, da parte del convenuto medesimo, che era

appunto quegli che prestava il *vadimonium* stesso, l'obbligazione di pagare una penale (n. 44).

6. La *praediatura* era costituita con la formula « *praes est sum* », mediante la quale i *praedes* assumevano la garanzia in relazione ad una certa situazione processuale che la richiedesse. Si conoscono, nell'ambito della procedura della *legis actio sacramenti*, due sorta di *praedes*: i « *praedes litis et vindictarum* », i quali, nell'*actio sacramenti in rem*, assumevano la garanzia della buona conservazione della cosa e della sua restituzione da parte di chi avesse ottenuto la cosa stessa in possesso interinale dal *praetor*, e i « *praedes sacramenti* », i quali, in ambedue le *legis actiones sacramenti* (sia *in rem* che *in personam*), garantivano il pagamento della *summa sacramenti* (n. 41). Ma altre applicazioni sicure della *praediatura* si ebbero a fine di garanzia delle convenzioni tra privati ed enti pubblici (appalti di tributi o di lavori pubblici): tali convenzioni non erano determinative di obbligazioni *iure civili*, mentre lo erano (e perciò si rilevarono particolarmente utili) le *praediaturae* assunte a loro garanzia.

6.1. Poco conosciuta è la procedura di esecuzione nei riguardi dei *praedes*. A quanto pare, vi era una fondamentale differenza tra il caso che la *praediatura* fosse stata assunta con vincolamento di beni immobili o soltanto a titolo personale. Si sa inoltre che si procedeva a danno del *praes* a due distinte vendite, che le fonti denominano rispettivamente « *venditio ex lege praediatoria* » e « *venditio in vacuum* ». Ma i tentativi di maggiori approfondimenti in materia sono risultati finora assolutamente vani.

116. LA « STIPULATIO ».

1. Il contratto verbale di gran lunga più importante fu la « *sponsio* » o *stipulatio*. Essa consisteva in uno scambio contestuale di domanda e risposta tra futuro creditore e futuro debitore: « *spondes dari centum (o aliquid fieri)? spondeo* ». L'interrogante si diceva « *stipulans* » o *reus stipulandi* e colui che rispondeva si chiamava « *promissor* » o *reus promittendi*.

1.1. In origine l'*obligatio* sorgeva solo se si fosse adoperato il verbo « *spondere* », ma più tardi furono ritenute possibili anche

altre forme verbali equivalenti, e persino non in lingua latina (« *promittis?* », « *fideiubes?* », « *dabis?* », « *δοῦσις;* »). Anzi si giunse ad ammettere che di esse (ma non del verbo *spondere*) potessero far uso anche gli stranieri nei riguardi dei Romani: ragion per cui si pervenne alla distinzione tra « *stipulatio iuris civilis* », applicabile solo ai rapporti tra i cittadini romani, e « *stipulatio iuris gentium* », applicabile ai rapporti tra romani e *peregrini* o tra *peregrini*.

2. Per tutto il corso del diritto classico *requisiti* della *stipulatio* furono, oltre la forma: la congruenza della risposta con la domanda e la contestualità delle due dichiarazioni. Quanto al primo requisito, non si ammise che all'uso di una certa forma verbale da parte del *reus stipulandi* il *reus promittendi* potesse rispondere con l'uso di altri termini, pur se sicuramente di significato affermativo. Solo in diritto postclassico, mediante interpolazioni dei testi classici, si fece strada il principio tollerante per cui, ad esempio, alla domanda « *spondes dari centum?* » il *promissor* poteva anche rispondere con un « *quidni?* » (« perchè no? ») o con uso di forma verbale in altra lingua. Circa il requisito della contestualità (cd. *unitas actus*), esso fu sempre rigorosamente richiesto in età classica, mentre assai meno rigido fu in materia il diritto postclassico.

3. Lo schema ora visto della *stipulatio* era passibile di infiniti *adattamenti*, ed era comunque integrabile con l'indicazione della causa per cui l'obbligazione si assumesse. Attraverso questi ritocchi della forma o l'indicazione della causa dell'atto, la *stipulatio* fu, pertanto, adattata alle più diverse necessità: a costituire obbligazioni di *dare* (cd. « *stipulationes in dando* »); a costituire obbligazioni di *facere* (cd. « *stipulationes in faciendo* »); a promettere la *dos* al marito (cd. « *promissio dotis* »: n. 117); a impegnarsi per il pagamento di una somma di danaro o di una quantità di cose fungibili (cd. « *stipulatio certi* »); a promettere quantità non determinate o prestazioni di *facere* (cd. « *stipulatio incerti* »); a garantire sussidiariamente che l'obbligazione di un terzo sarebbe stata adempiuta (cd. « *sponsio* », « *fidepromissio* », « *fideiussione* »: n. 118); a promettere l'adempimento di altra

obbligazione ben determinata (es.: « *quod ex empto mihi debes, dari spondes?* »).

3.1. La forma verbale non ammetteva, dunque, che potesse essere ricercata la causa, qualora la causa stessa non fosse stata indicata. Così, se taluno, avendo ricevuto promessa di una somma di danaro da altri, si fosse impegnato mediante *stipulatio* alla restituzione, non gli era concesso, *iure civili*, di sottrarsi all'*actio ex stipulatu* nel caso che il prestito di danaro gli fosse stato, alla resa dei conti, negato. Pertanto il pretore, in questo come in molti casi analoghi, dovette intervenire con la concessione di una *exceptio doli*, la quale paralizzasse l'esercizio ingiustificato dell'azione da *stipulatio*. In altri casi, l'*actio ex stipulatu* del creditore di pochi scrupoli fu potuta infrenare mediante un'*exceptio pacti*, riconosciuta al debitore in base alla presunzione che vi fosse stato, insieme con la *stipulatio*, un *pactum* relativamente alle modalità di esecuzione della stessa e ai suoi presupposti. Soltanto verso la fine del periodo classico, se non nell'età successiva, la giurisprudenza romana giunse a riconoscere una « *exceptio non numeratae pecuniae* » opponibile dal *promissor*, entro l'anno dalla *stipulatio*, allo *stipulans* che agisse nei suoi confronti per la restituzione di una somma in effetti mai consegnata: in questo caso l'onere della prova, anziché incombere sul convenuto (che affermava una circostanza negativa), veniva addossato all'attore, che doveva dunque provare l'avvenuta *numeratio pecuniae*. L'*exceptio non numeratae pecuniae* ebbe tanta fortuna nel diritto postclassico, da diventare, col nome di « *querela non numeratae pecuniae* », un mezzo pressoché generale di difesa dei debitori.

4. A tutela della *stipulatio* era concessa un'*actio in personam*, l'*actio ex stipulatu*. Nel periodo delle *legis actiones* è probabile che le XII tavole abbiano aperto all'*actio ex stipulatu*, almeno nel caso in cui la *stipulatio* fosse stata una *stipulatio certi*, la procedura della *legis actio per iudicis postulationem* (n. 41). Quando poi, in prosieguo di tempo, sorse la *legis actio per condictionem*, concorsero con l'*actio ex stipulatu certi* la *condictio certae creditae pecuniae* e la *condictio certae rei*. Dall'*actio ex stipulatu per iudicis postulationem* derivò quella che i classici

chiamavano « *actio ex stipulatu certi* ». In relazione alle *stipulationes incerti* si aveva, invece, l'esperibilità della così detta « *actio ex stipulatu incerti* », la cui formula invitava il *iudex privatus* a condannare il *promissor*, se davvero inadempiente, a « *quidquid dare facere oportet* » (es.: « *Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio traditionem fundi Cornelianii [o altra prestazione di incertum] stipulatus est, quicquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet, eius iudex N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.* »).

5. In età postclassica la *stipulatio* allargandosi a infinite possibilità di applicazioni, degenerò nella sua struttura. Non soltanto non furono più pretese la *unitas actus* e la congruenza delle dichiarazioni delle parti, ma fu sminuito lo stesso valore dei *verba*, sino al punto che una costituzione dell'imperatore Leone, nell'anno 472, dispose che tutte le *stipulationes* fossero da ritenere valide « *quibuscumque verbis pro consensu compositae sint* » (CI. 8. 37. 10); con il che avvenne che « *stipulatio* » divenne sinonimo di « *conventio* ». A questo cedimento formale corrispose uno sfaldamento sostanziale, nel senso che in diritto postclassico, sotto la spinta di impulsi provenienti già dal diritto pretorio dell'età classica, la *stipulatio* fu considerata mezzo di costituzione non solo di rapporti obbligatori, ma di qualsivoglia rapporto giuridico (sicchè si parlava, in generale, di « *pactiones et stipulationes* ») (n. 93 ss.).

5.1. Il fenomeno di decadenza della *stipulatio* come figura contrattuale tipica fu confermato e coronato dall'uso invalso, in età postclassica, di redigere, sempre e in ogni caso, documenti scritti (« *instrumenta* »), che attestassero a scopo probatorio l'avvenuto compimento delle formalità stipulatorie. Già nella tarda età classica si era usato riferire il contenuto della *stipulatio* in un *instrumentum* e chiudere la *testatio* con la cd « *clausula stipulatoria* », cioè con l'affermazione che il *promissor* aveva effettivamente risposto in modo congruente e affermativo alla contestuale *interrogatio* dello *stipulans* (« *interrogatus spopondit* », « *ἐπερωτηθεὶς ἀπολόγησεν* »). In età postclassica, pur se la *stipulatio* non vi fosse stata, fu ritenuto sufficiente, per l'applicazione a un contratto della disciplina della *stipulatio*, la esistenza dell'*instrumentum* mu-

nito di *clausula stipulatoria*. Con ciò si giunse assai vicini a ritenere che l'*instrumentum* stipulatorio fosse non solo il mezzo di prova, ma addirittura la forma costitutiva *ad substantiam* della stipulazione. Pertanto Giustiniano, volendo reagire almeno in parte a questa conseguenza eccessiva, dispose che il documento scritto valesse, senza possibilità di contestazione, come prova dell'avvenuta stipulazione, a meno che non si potessero addurre scritture o testimoni insospettabili a sostegno della tesi che le parti non si trovavano nella stessa località il giorno indicato dal documento come data dell'atto.

117. LE APPLICAZIONI DELLA « STIPULATIO ».

1. A prescindere da molteplici casi particolari, di cui si parlerà a tempo debito, le applicazioni della *stipulatio* di maggior rilievo, esclusa l'ipotesi base di assunzione di una obbligazione per conto proprio e lasciando da parte le *stipulationes praetoriae* (n. 45), furono le seguenti: la *promissio dotis*, la stipulazione novatoria, la *adstipulatio* e la *stipulatio poenae*.

2. La *dotis promissio* fu la stipulazione costitutiva di dote a favore del marito o del suo *pater familias* (n. 59). La formula della *stipulatio* era, a questo fine, così adattata: « *centum dotis causa dari promittis? promitto* ».

2.1. A differenza della *dotis dictio*, la *promissio dotis* poteva essere fatta da qualsivoglia soggetto giuridico, anche dopo la instaurazione del rapporto matrimoniale. Diversa dalla *dotis promissio* era la « *stipulatio de dote restituenda* », eventualmente operata a carico del marito dal costituente la dote, allo scopo di garantirsi della medesima al termine del rapporto matrimoniale: in tal caso (cd. *dos recepticia*) il costituente aveva, come sappiamo (n. 59), un'apposita *actio ex stipulatu*, indipendentemente dall'*actio rei uxoriae*, per il riottenimento della *dos* al termine del matrimonio.

3. *Stipulationes novatorie* furono quelle, appunto, indirizzate al fine di effettuare una *novatio* (n. 113). Una applicazione qualificata di questa categoria di *stipulationes*

fu la « *stipulatio Aquiliana* », inventata sullo scorcio dell'età pre-classica dal giurista Aquilio Gallo, allo scopo di poter estinguere mediante *acceptilatio* le obbligazioni che non fossero state costituite *verbis*.

4. L'*adstipulatio* non fu, in realtà, una figura generale: si tratta, invece, di un istituto desumibile da singole applicazioni, che sono, più precisamente, quella dell'*adstipulator* da un lato e quella dell'*adpromissor* dall'altro.

4.1. « *Adstipulator* » era un *reus stipulandi* aggiunto nella formula della *stipulatio*, vale a dire un concreditore che poteva, in virtù della risposta affermativa alla domanda « *mibi et Titio dari spondes?* », esigere il pagamento del debitore, estinguere la obbligazione mediante *acceptilatio*, stare in giudizio per il creditore, salvo a regolare in un secondo momento i suoi rapporti con lo *stipulans*. Dell'*adstipulator*, per infrenarne i possibili arbitrii, si occupò il secondo capitolo della *lex Aquilia de damno* (n. 141), stabilendo che, se egli avesse fraudolentemente operato un'*acceptilatio* dell'obbligazione, allo scopo di depauperare il concreditore, fosse tenuto, a vantaggio di costui, al pagamento del « *quanti ea res est* ».

4.2. « *Adpromissor* » era, invece, il condebitore, che assumeva l'obbligazione *ex stipulatu* unitamente al *promissor*, sì da poter essere chiamato in giudizio per il pagamento dell'intero invece di lui. L'*adpromissio* era operata a scopo di garanzia dell'obbligazione ed era, quindi, strettamente analoga alle stipulazioni di garanzia (n. 118).

5. La *stipulatio poenae* era una clausola aggiuntiva delle *stipulationes*, e particolarmente delle *stipulationes in faciendo*, per cui si conveniva che, in caso di inadempimento del debitore, l'obbligazione di lui si convertisse nell'obbligo di pagare a titolo di penale una somma determinata. Per tal modo, sin dal momento della *stipulatio* veniva ad essere accertata la somma della condanna, evitandosi le incertezze della *litis aestimatio*. Due erano le modalità di attuazione. Una prima consisteva nel creare una sola obbligazione avente ad oggetto la *poena* per l'ipotesi del non adempimento della prestazione principale: « *si servum Pamphilum non dederis, centum poenae nomine mibi dari*

spondes? ». Una seconda modalità di attuazione consisteva nel creare due obbligazioni, una per la prestazione e una per la *poena*: « *Servum Pamphilum mihi dari spondes? si non dederis, centum poenae nomine mihi dari spondes?* ». In questa seconda ipotesi, se la prima obbligazione non fosse stata adempiuta, lo stipulante aveva teoricamente diritto sia alla *aestimatio* dell'oggetto di essa e sia alla penale, oggetto della seconda obbligazione: ma la giurisprudenza classica reputò iniquo il cumulo delle due prestazioni, e quindi lo escluse, salvo che non fosse stato espressamente previsto nella fattispecie (« ... *si non dederis, amplius centum poenae nomine mihi dari spondes?* »).

5.1. La *stipulatio poenae* pura e semplice (cioè creativa della sola *obligatio poenae causa*) era utilizzata anche per scopi diversi da quello della precostituzione di una penale per l'inadempimento. La penale poteva, infatti, essere subordinata anche alla ipotesi della mancata conclusione di un affare con lo *stipulans*, o a quella della mancata prestazione di alcunchè ad un terzo, o a quella dell'inadempimento di una prestazione priva di valutabilità economica ecc. In tal modo si riusciva, indirettamente, a dare rilievo giuridico ad ipotesi non previste, oppure vietate dall'ordinamento: contratti preliminari, contratti a favore di terzi, contratti con prestazioni non patrimoniali ecc.

118. LE « STIPULATIONES » DI GARANZIA.

1. Le stipulazioni di garanzia delle *obligationes*, usitatissime nel diritto romano, sopra tutto classico, furono: la *sponsio*, la *fideiussio* e la *fidepromissio*. Applicazioni assai più limitate ebbero, in confronto ad essi, gli altri mezzi di garanzia personale delle obbligazioni usati in diritto romano, cioè il *constitutum debiti alieni* (n. 131), il *mandatum pecuniae credendae* (n. 129) e l'*arrha* (n. 125).

2. E' alquanto discusso se la *sponsio* abbia avuto alle origini funzione di assunzione di una *obligatio* in proprio o, viceversa, funzioni di garanzia. Alla originaria funzione di garanzia della *sponsio* ha indotto a pensare l'uso del verbo al passivo nella formula « *dari spondes?* » delle *stipulationes in dando*; ma si

tratta di un argomento alquanto vago, che facilmente si ritorce contro coloro che lo usano, sol che si rifletta che la formula col « *dari* » può ben essersi formata (ed è più probabile invero che sia stato proprio così) con l'andar del tempo, appunto perchè la *sponsio*, sorta come negozio di assunzione di una *obligatio* in proprio, si rivelò poi utilissima per le finalità di garanzia. A nostro avviso, come si è detto (n. 116), la *sponsio* si originò al di fuori del campo del *ius*, nel seno del *fas*, e servì indifferentemente all'assunzione di impegni in proprio o a garanzia di altri: come tale essa fu recepita dal diritto romano arcaico, allorchè questo (tramite il *ius legitimum vetus*) accolse nel suo seno le *obligationes*. Ad ogni modo, sta di fatto che in età preclassica, a parte le applicazioni della *stipulatio* come mezzo di assunzione di una *obligatio* nel proprio esclusivo interesse, figurava un negozio, denominato « *sponsio* », con funzioni di garanzia, accanto al quale venne a porsi, in età sempre piuttosto risalente, un'altra *stipulatio* di garanzia, denominata *fidepromissio* ed aperta anche ai *peregrini*, quindi *iuris gentium*.

2.1. Caratteristica delle due *stipulationes* fu che il *promissor* (*sponsor* o *fidepromissor* che fosse) si impegnava a prestare un *idem* di quanto già formasse oggetto di una precedente obbligazione altrui: « *idem dari spondes? spondeo* », « *idem dari fidepromittis? fidepromitto* ». Sia l'uno che l'altro accedevano ad una *stipulatio* « principale »: se non nel senso che non si potesse esigere il pagamento dallo *sponsor* o dal *fidepromissor*, se prima non lo si fosse chiesto al debitore principale, ma almeno nel senso che la obbligazione dello *sponsor* e del *fidepromissor* non sussistevano, se non esisteva quella *ex stipulatu* del debitore principale, e si estinguevano quindi automaticamente se il debitore principale pagava la sua obbligazione. L'obbligo di garanzia dello *sponsor* e del *fidepromissor* si estingueva, in ogni caso, con la loro morte.

2.2. Sempre in età preclassica, essendo le garanzie personali sempre più vastamente pretese nel mondo degli affari, ed essendo esse, di riflesso, sempre più largamente e leggermente prestate, varie *leges publicae* intervennero a tentare di disciplinare il regime della *sponsio* e della *fidepromissio*. Una *lex Apuleia* (fine sec. III a. C.), per l'ipotesi che uno tra più garanti avesse pagato per

intero il creditore (essendovi stato da questi costretto mediante un'azione per il *solidum*), concesse a lui una azione di regresso verso i congaranti (ciascuno tenuto, ovviamente, *pro parte*). Una successiva *lex Furia de sponsu* limitò a due anni la durata massima dell'obbligazione di garanzia e dispose che, se vi fossero più garanti, il creditore dovesse curare di agire contro ciascuno per la quota di sua spettanza: per la restituzione dell'eccedenza era concesso, al garante che avesse pagato più del dovuto, la *manus iniectio* (*pro iudicato*) contro il creditore. Una *lex Cicereia* di data incerta impose al debitore principale di dichiarare preliminarmente quali fossero i suoi garanti e per quali obbligazioni avessero prestato garanzia (« *praedictio* »): se il debitore non lo avesse fatto, i garanti potevano, entro 30 giorni dall'assunzione del nuovo debito, promuovere un'azione di accertamento dell'infrazione (« *praeiudicium ex lege Cicereia* »), a seguito della quale erano liberati dalla garanzia. Una *lex Publilia de sponsu* di data incerta concesse al garante, che avesse pagato il debito, la *manus iniectio* contro il debitore principale, e tale mezzo divenne poi, nel processo formulare, la cd. « *actio depensi* ». Infine, una *lex Cornelia* di Silla fece divieto di prestare garanzia per lo stesso debitore, verso lo stesso creditore, nel corso dello stesso anno, per un importo superiore a 20.000 sesterzi.

3. Più recente della *sponsio* e della *fidepromissio* fu la *fideiussio*, apparsa in Roma verso la fine dell'età preclassica. Anch'essa fu una *stipulatio* di « *idem* », ma ebbe la duplice caratteristica di essere apponibile a qualunque tipo di *obligatio* (anche non *verbis contracta*) e di essere trasmissibile agli eredi. La formula usuale ne fu: « *quod Titius debet, id fide tua esse iubes? iubeo* ».

3.1. La *fideiussio* si sottrasse a tutte le regole che si erano venute determinando a proposito delle altre due stipulazioni di garanzia. Il creditore poteva, in caso di più fideiussori, rivolgersi per il tutto a chi meglio gli paresse; il fideiussore non aveva diritto a rivalsa verso i confideiussori; il fideiussore anzi non aveva nemmeno una specifica azione di regresso contro il debitore principale e doveva utilizzare a questo scopo l'*actio mandati* o l'*actio negotiorum gestorum*. Ma più tardi, nel corso dell'epoca classica,

la *fideiussio* subì, per effetto di successivi provvedimenti, un'evoluzione corrispondente a quella che aveva caratterizzato la storia della *sponsio* e della *fidepromissio* in età repubblicana. In primo luogo, un rescritto di Adriano accordò al fideiussore la possibilità di opporsi a che il creditore si rivalessa a suo carico per l'intero quando vi fossero altri fideiussori solvibili (cd. « *beneficium divisionis* »): tale *beneficium* era probabilmente esercitato mediante l'opposizione di un *exceptio doli* all'azione del creditore. In secondo luogo, la giurisprudenza riconobbe al fideiussore un « *beneficium cedendarum actionum* », per cui egli aveva diritto alla cessione dell'azione spettante al creditore contro il debitore principale, pur essendosi l'azione stessa consumata per effetto dell'avvenuta *litis contestatio* nel processo contro lui fideiussore.

4. Dopo una lunga evoluzione postclassica, in diritto giustiniano *sponsio* e *fidepromissio* erano ormai scomparse, mentre unica sussisteva la *fideiussio*. Al fideiussor, inoltre, Giustiniano accordò (così come ad ogni *adpromissor*) il cd. « *beneficium excussionis* » o « *ordinis* », cioè il diritto di opporre una *exceptio* all'azione del creditore sinchè questi non avesse esperito inutilmente l'azione esecutiva contro il debitore principale.

119. LE « OBLIGATIONES LITTERIS CONTRACTAE ».

1. Le *obligationes litteris contractae* furono quelle costituite (*contractae*) tra i loro soggetti (*creditor* e *obligatus*) in virtù di determinate scritturazioni (*litterae*) fatte da entrambi i soggetti o da uno solo di essi (il *creditor* o l'*obligatus*). Questa definizione vale per i tre tipi di *obligatio litteris* che conosciamo, ma va subito avvertito che, sul piano storico, esiste una radicale diversità tra il primo tipo (l'*obligatio ex expensilatione* del *ius civile vetus*) e gli altri due (le *obligationes* rappresentate da *chirographum* o da *syngrapha* del *ius civile novum*): anzi è, forse, solo per un eccesso astrattizzante di taluni giuristi romani (in particolare, di Gaio), che gli studiosi moderni sono indotti a non limitare la nozione di *obligatio litteris* al primo tipo soltanto.

1.1. Caratteristica comune delle *obligationes litteris* fu che per la loro costituzione altro non era richiesto se non il compi-

mento delle formalità di scritturazione, non essendo necessario il richiamo esplicito o implicito alla causa dell'operazione. Ma qui l'analogia tra i vari tipi cessa, perchè è più che probabile che per le due *obligationes* del *ius civile novum* la sussistenza del documento obbligatorio fosse *condicio sine qua non* per la sussistenza dell'*obligatio* stessa: il che probabilmente non era per l'*obligatio ex expensilatione*.

2. La *expensilatio* o « *nomen transscripticium* » consisteva nella registrazione di una operazione passiva (e del relativo importo in denaro) a favore dell'*obligatus*, fatta dal *creditor* nella colonna dell'« *expensum* » del suo « *codex accepti et expensi* ». Questa registrazione (non importa se fatta o meno in presenza dell'*obligatus*, se da questi accettata o meno, se da lui parallelamente registrata o meno nella colonna dell'« *acceptum* » del proprio *codex accepti et expensi*) creava di per sé sola l'*obligatio* alla restituzione, nei limiti dell'importo indicato dal *creditor* e nel termine da lui del pari indicato. Solo se e quando il *creditor* avesse registrato l'adempimento dell'*obligatio* nella colonna dell'« *acceptum* » del *codex* (operando in tal modo un'*acceptilatio* [*litteris*]: n. 113), l'*obligatio litteris* si sarebbe potuta considerare, in linea di principio, estinta.

2.1. A titolo di chiarimento, va ricordato che ogni buon *pater familias* romano, data la vastità e la complessità dell'amministrazione domestica a lui commessa, usava tenere (e conservare, ai fini del controllo da parte dei suoi successori) due libri contabili: un libro giornale (denominato « *adversaria* »), in cui egli notava giorno per giorno le diverse operazioni attive e passive da lui compiute; e un libro cassa (denominato « *codex accepti et expensi* »), in cui egli notava riassuntivamente le operazioni stesse su due colonne contrapposte, di cui l'una era dedicata alle entrate (operazioni attive) e l'altra alle uscite (operazioni passive), per modo da potere alla fine dell'anno redigere il bilancio e provvedere al pareggio. Fu appunto del *codex accepti et expensi* che si valsero i *patres familiarum* romani al fine della creazione di *obligationes litteris* (nonchè, all'inverso, al fine della estinzione delle medesime mediante l'*acceptilatio litteris*). Nè deve troppo sorprendere il fatto che l'*obligatio* si facesse derivare da una registrazione

fatta dal creditore, in un proprio libro da lui stesso conservato, magari non in presenza del debitore, perchè: in primo luogo, i libri di famiglia avevano, dal punto di vista religioso e sociale, una importanza tanto alta, da rendere difficilmente pensabile che il *pater familias* si arbitrassero di alterarli o di registrarvi operazioni false; in secondo luogo, la persona arbitrariamente registrata (e chiamata in giudizio) come *obligatus* aveva assai probabilmente la possibilità di paralizzare l'azione del finto *creditor* mediante un'*exceptio doli*. Tuttavia, proprio perchè con l'avanzare dei secoli diminuì notevolmente, anche in Roma, il margine di sicurezza dell'onestà delle operazioni di *expensilatio*, l'istituto cadde in disuso, ancora in età preclassica, almeno come istituto creativo di una *nova obligatio*.

3. In età classica, peraltro, la *expensilatio* fu ancora utilizzata a fini di *novatio* (n. 113) ed appunto perciò venne comunemente chiamata *nomen transscripticium*. Posto che tra due soggetti giuridici già esistesse una certa quale obbligazione causale (da mutuo, deposito ecc.), le parti potevano convenire di trasformare l'obbligazione stessa in debito di denaro, costituito *litteris* e cioè appunto mediante una *transscriptio* contabile: il creditore (del mutuo, deposito ecc.) scriveva fittiziamente la somma dovutagli nella colonna dell'*acceptum*, quasi che fosse stato realmente pagato, e dando quindi alla controparte un mezzo di prova dell'avvenuto pagamento; d'altra parte egli registrava subito dopo la stessa somma nella colonna dell'*expensum*, indicando come accipiente della stessa il debitore, o altra persona, con la conseguenza che ormai la vecchia *obligatio* era venuta ad essere sostituita con una nuova, che si sarebbe potuto estinguere a suo tempo, comodamente, mediante *acceptilatio*.

3.1. Gaio indica due tipi di *transscriptio*: la *transscriptio a re in personam* e la *transscriptio a persona in personam*. La « *transscriptio a re in personam* » era operata al fine di novare un'obbligazione non letterale, sostituendola con una letterale tra gli stessi soggetti. La « *transscriptio a persona in personam* » era operata, invece, al fine di sostituire un debitore ad un altro: nella colonna dell'*acceptum* si riportava il debito di Tizio come se fosse stato da questi pagato, mentre nella colonna dello *expensum* si trascriveva

subito dopo lo stesso importo a carico di Caio, Sempronio o Mevio, che logicamente dovevano essere stati preventivamente delegati da Tizio. La *transscriptio*, a differenza della *stipulatio*, poteva avere ad oggetto soltanto *certa pecunia* e non ammetteva condizioni o termini. Rispetto alla *stipulatio* presentava, peraltro, il grande vantaggio di poter essere operata anche tra assenti.

3.2. Sebbene Gaio parli del *nomen transscripticium* come istituto vigente alla sua età, è da ritenere che anche esso fosse, sullo scorcio dell'età classica, in fortissimo declino. Certo è che nel IV sec. d.C. dei *nomina transscripticia* più non si parlò come di fonti vive di *obligationes*. Comunque l'istituto è menzionato ancora nelle *Institutiones* di Giustiniano.

4. *Chirographa* e *syngrapha* erano originariamente mezzi di costituzione di vincoli obbligatori tra *peregrini*, recepiti poi dal diritto romano nel corso dell'età classica. Poco si sa di questi istituti, salvo che: il *chirographum* era redatto in unico originale dal debitore ed affidato al creditore a titolo di solenne impegno al pagamento; mentre la *syngrapha* (detta anche *syngraphus*) era redatta in doppio originale e sottoscritta da ambo i soggetti, contenendo egualmente l'impegno al pagamento di una certa somma. Si è pensato che solo le *syngraphae* fossero effettivamente costitutivi di *obligationes* e che i *chirographa* avessero valore soltanto probatorio di *obligationes* sorte in altro modo. E' assai probabile, invece, che gli uni e gli altri avessero non solo pari efficacia costitutiva, ma addirittura efficacia « rappresentativa » dell'*obligatio*, nel senso cioè che l'*obligatio* si riteneva « incorporata » nel documento e quindi estinta con la distruzione di esso. Sintomatico è che *syngraphae* e *chirographa* ebbero larga diffusione nel mondo postclassico e che, in quell'ambiente, essi si avvicinarono all'*instrumentum* stipulatorio (n. 116) sino al punto da confondersi praticamente con esso.

120. LE « OBLIGATIONES RE CONTRACTAE » IN SENSO PROPRIO.

1. Le *obligationes re contractae* furono quelle costituite (contractae) tra i loro soggetti (*creditor* e *obliga-*

tus) in virtù del fatto che l'uno avesse effettuato una « *datio rei* » a favore dell'altro e che l'altro, non essendo ragionevolmente autorizzato a tenere per sé la cosa, fosse pertanto tenuto a restituirla al primo (cioè al *creditor*). L'*obligatio re contracta* aveva, dunque, come suo presupposto essenziale la *datio rei* (dal *creditor* all'*obligatus*) ed aveva come requisito non meno essenziale la esistenza di una situazione obbiettiva che, non giustificando la ritenzione della cosa da parte dell'*obligatus*, determinasse l'esigenza della sua restituzione al *creditor*.

1.1. Le figure originarie di *obligationes re contractae* scaturirono da una « *datio rei* » in senso proprio, cioè dal trasferimento del *dominium* sulla *res* dal *creditor* all'*obligatus*. E' probabile, anzi, stando in particolare agli insegnamenti di Gaio, che le ipotesi prime di *obligatio re* siano state riconnesse ad alcune fattispecie di *traditio* di *res nec Mancipi*: la *traditio solutionis causa* relativa ad un debito rivelatosi inesistente (« *solutio indebiti* ») e la *traditio* temporanea di cose fungibili a titolo di prestito (« *mutuum* »). La *mancipatio* di *res Mancipi* si sottraeva invece, per il suo carattere di « *actus legitimus* », ad essere qualificata come adempimento o come prestito o in altro modo: sicchè l'unica ipotesi di restituzione imposta da una situazione obbiettiva si aveva, riguardo alla *mancipatio*, nel caso del *nexus*, il quale, essendo un soggetto giuridico, era per definizione redimibile dal suo stato di (temporanea) sottoposizione al *mancipium*.

1.2. In prosieguo di tempo, sul finire del periodo preclassico e agli inizi dell'età classica, la figura della *obligatio re contracta* fu modificata per l'intervento della giurisprudenza e del *ius honorarium*. Anzi tutto, si riconobbero come fonti di *obligationes re contractae* le *mancipationes* (o *in iure cessiones*) accompagnate da un patto di restituzione: ci si indusse, cioè, a dar rilievo, almeno in questo caso, alla comune volontà delle parti. In secondo luogo, si allargò il concetto di *datio rei* sino a ricomprendervi le ipotesi di trasferimento della semplice detenzione, o tutt'al più del possesso, di una *res*. In terzo luogo, essendosi dato rilievo di requisito essenziale e indeclinabile all'accordo delle parti circa la restituzione, si fu inevitabilmente portati ad escludere dal novero delle fonti di *obligatio re* la *solutio indebiti*.

2. In considerazione dello sviluppo storico sopra descritto, sarà bene escludere dal novero delle *obligationes re contractae*, in quanto tali (cioè in quanto costituite allo scopo di creare una *obligatio*), quelle derivanti da *solutio indebiti*, che certamente non erano originate da un accordo in tal senso delle parti (n. 135). Delle rimanenti, sembra che siano da qualificare *obligationes re in sensu proprio* solo quelle scaturenti da una *datio rei* traslativa di *dominium*, perchè in esse l'*obligatus* si trovava in una posizione di puro obbligo (di restituzione) nei confronti del *creditor*, il quale era assolutamente privo di diritti sulla *res*. *Obligationes re contractae* in senso proprio furono, in epoca storica (prescindendo dall'antichissimo *nexus*: n. 108), quelle derivanti da *fiducia* e quelle derivanti da *mutuum*.

3. *Fiducia* fu denominata la fattispecie costituita da trasferimento (mediante *mancipatio* o *in iure cessio*) del *dominium* di una *res Mancipi* dal fiduciante al fiduciario, con il patto (« *pactum fiduciae* ») di ritrasferirla al fiduciante, se ed in quanto si verificassero certe condizioni. Oltre alla « *fiducia cum creditore* », a scopo di garanzia delle obbligazioni (n. 101), si ebbe la « *fiducia cum amico* » in svariati altri casi « *quo tutius nostrae res apud eum sint* », cioè con: finalità di deposito, di comodato, quando questi contratti non erano ancora stati riconosciuti; finalità di attuazione di una *donatio mortis causa* (il *pactum fiduciae* determinava l'obbligo di restituire la *res* donata in caso di premorienza del donatario al donante); scopi di *manumissio* (nel quale caso il *pactum fiduciae* stabiliva l'obbligo del fiduciario di manomettere lo schiavo *mancipatogli*).

3.1. Sia nella ipotesi di *fiducia cum amico* che in quella di *fiducia cum creditore*, il fiduciario acquistava il *dominium* della *res Mancipi*, e poteva quindi goderne e disporne nel modo più ampio. Ma il *pactum fiduciae*, la cui imperiosità era fortemente sentita nell'ambiente sociale, anche prima che fosse azionato dal pretore, faceva del fiduciario un proprietario soltanto apparente o formale della cosa. Pertanto, si intende come il fiduciante potesse riacquistarne il *dominium* in base ad « *usureceptio* », vale a dire al possesso della cosa stessa per la durata di un anno continuo e pur se si trattasse di cosa immobile (relativamente a cui, come è

noto, il *tempus ad usucapionem* era invece di due anni). Si aggiunga che la *usureceptio*, nella ipotesi di *fiducia cum creditore*, era pienamente operativa anche nel caso che il debito non fosse stato pagato, purchè il fiduciante fosse tornato in possesso della *res* e salve le ipotesi di concessione della cosa stessa dal fiduciario a lui a titolo di locazione o di precario.

3.2. Per effetto della profonda e diffusa convinzione sociale circa l'obbligatorietà del *pactum fiduciae*, avvenne che, ad un certo punto, prima della fine del periodo preclassico, il pretore introdusse un'« *actio fiduciae in factum* », esperibile dal fiduciante contro il fiduciario per la restituzione della cosa mancipata in relazione al contenuto del *pactum fiduciae*. All'*actio in factum* fece seguito ben presto un'« *actio fiduciae in ius* ». Ma la materia dell'*actio fiduciae* è, per ciò che riguarda i suoi più recisi contorni, estremamente controversa tra i romanisti.

3.3. La *fiducia* scomparve nel corso del periodo postclassico del diritto romano, ma già in età classica avanzata, pur sussistendo ancora la *mancipatio* come mezzo di trasferimento del *dominium* sulle *res Mancipi*, la *fiducia* era ormai assai scarsamente utilizzata, stante l'avvenuto riconoscimento dei negozi di comodato, deposito e pegno, che più elasticamente assolvevano la finalità per cui essa era sorta, sia nella forma *cum creditore* che in quella *cum amico*. Nella Compilazione giustiniana la menzione della *fiducia* e dell'*actio fiduciae* era addirittura scomparsa, essendo stata accuratamente cancellata da tutti i testi che originariamente la portavano. Alla *fiducia cum creditore* fu sostituita sempre la menzione del *pignus* (ed a quella della relativa *actio* fu sostituita la menzione dell'*actio pigneraticia*): alla *fiducia cum amico* fu sostituita la menzione di uno dei negozi più moderni dedicati agli stessi scopi.

4. *M u t u u m* (cd. « prestito di consumo ») fu denominata la fattispecie consistente nel trasferimento della proprietà di *pecunia* o di altre cose fungibili dal mutuante al mutuatario, con il patto di ritrasferire al mutuante, se ed in quanto si verificassero certe modalità, il « *tantundem eiusdem generis* ». L'etimologia del negozio fornita dai Romani (Gai 3.90) è fantasiosa ed ingenua, ma esprime abbastanza bene la sostanza del rapporto: « *ita tibi a me datum est ut ex meo tuum fit* ».

4.1. I giuristi classici ebbero dalla «*datio mutui*» un concetto piuttosto elastico. Non si richiese che fosse il mutuante ad eseguire la *datio*, ma si ritenne sufficiente che il mutuatario acquistasse la proprietà delle cose a titolo di mutuo per volontà del mutuante, pur se l'acquisto fosse avvenuto nei confronti di un terzo: come nel caso di un creditore che desse incarico al proprio debitore di passare direttamente la somma a mutuo ad un'altra persona; o nel caso di chi, volendo dare a mutuo una certa somma ad un altro, ottenesse da un terzo l'impegno al prestito della stessa e lasciasse che il terzo direttamente trasferisse la somma al suo mutuatario. Tuttavia non ogni specie di *datio rei* implicava il sorgere di una obbligazione da mutuo, perchè questa sorgeva solo se la *datio* fosse avvenuta « a titolo di prestito » e con lo scopo di far « consumare » le cose mutate al debitore, salvo l'obbligo della restituzione. Se, pertanto, questa causale non era deducibile dall'accordo, esplicito o implicito, intercorso tra le parti parallelamente alla *datio*, doveva ricercarsi un altro scopo del negozio (donazione, dote, pagamento) e, qualora nulla fosse reperibile in nessun senso, doveva ritenersi che la *datio* fosse stata *sine causa*, sicchè spettava a colui che l'avesse fatta una *condictio* per la restituzione dell'equivalente delle cose date (n. 135).

4.2. Obbligo del mutuatario era di restituire il *tantundem* nei limiti della *datio* operatagli, e non oltre tali limiti. Pertanto poteva ben convenirsi tra il mutuante e il mutuatario che quest'ultimo, avendo ricevuto cento, restituisse settanta, trattenendosi i trenta residuali a titolo di donazione; ma non era valida la convenzione per cui il mutuatario dovesse restituire più di quanto avesse ricevuto (centotrenta in luogo di cento), sicchè oltre i limiti del *datum* l'obbligazione, pur se fosse stata convenuta, non era valida, almeno come obbligazione *ex mutuo*. Da ciò appunto derivò la impossibilità giuridica di riconnettere al mutuo, in quanto tale, la pattuizione di interessi (*usurae*) per la somma mutuata. La sua tipica struttura faceva sì che il mutuo fosse un contratto essenzialmente gratuito, sicchè per potersi stabilire il pagamento di interessi, così come la pratica commerciale esigeva, occorreva: o concludere a parte una « *stipulatio usurarum* », oppure novare

il rapporto mediante una *stipulatio* comprensiva sia del capitale che degli interessi (« *stipulatio sortis et usurarum* »).

4.3. Il mutuante aveva, a tutela del suo diritto alla restituzione del *tantundem eiusdem generis*, una *condictio*, che, più precisamente, aveva il nome di « *actio certae creditae pecuniae* » per i mutui di danaro, e di « *condictio certae rei* » (o « *condictio triticaria* ») per i mutui di altre cose fungibili. La *condictio ex mutuo* (direttamente derivante dall'antica *legis actio per condictio-nem*: n. 41) non differiva, nella formula, da ogni altra specie di *condictio* giacchè la sua *intentio* era formulata in modo astratto, quindi senza alcuna allusione al rapporto di mutuo, ma con la sola asserzione dell'obbligo di restituire: « *si paret N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia dare oportere* (oppure: *tritici Africi optimi centum modios dare oportere*), *iudex N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia* (oppure: *quanti ea res est tantae pecuniae*) *condemnato; s.n.p.a.* ». Tuttavia, la presa in considerazione del rapporto di mutuo poteva essere resa necessaria dal convenuto mediante un'*exceptio*. È in particolare va ricordato, a questo proposito, che, avendo il SC. *Macedonianum* (sec. I d.C.) vietato di dar danaro a mutuo ai *filiis familiarum*, il pretore soleva concedere, in questi casi, un'*exceptio* SC.ti *Macedoniani* (o addirittura denegare l'azione al mutuante).

5. Una figura eccezionale di mutuo fu la *pecunia traiectica* o « *foenus nauticum* », corrispondente al cd. « prestito a cambio marittimo » o « a tutto rischio » dei diritti moderni. Questo istituto, ricalcato su modelli greci, trovava luogo quando taluno prestasse una somma di danaro all'armatore di una nave affinchè questi la trasportasse oltremare, o la impiegasse per l'acquisto di merci da trasportare oltremare o per l'acquisto di materiali e attrezzi della navigazione. In tal caso l'accipiente era tenuto a restituire la somma soltanto nel caso in cui la navigazione marittima fosse stata portata a buon fine, sicchè il rischio della ipotesi avversa era sopportato dal mutuante. Appunto per equilibrare l'alea cui il mutuante si sobbarcava, era ammesso che la fattispecie del *foenus nauticum* fosse integrata da un patto di interessi eccezionalmente alti (generalmente pari alla somma mutuata). Ma la *pecunia traiectica*, importata a Roma sul finire del-

l'età preclassica, era mutuo soltanto dal punto di vista economico: essa non era equiparabile ad un mutuo dal punto di vista tecnico-giuridico. Pertanto, è fortemente dubitabile che esistessero delle azioni tipiche per il *foenus nauticum* e che, comunque, queste azioni fossero modellate sulle azioni del mutuante. Più probabile è che, per attuare le finalità della *pecunia traiectica*, si ricorresse, nella pratica, al contratto di più larga diffusione in Roma, vale a dire alla *stipulatio*.

121. LE « OBLIGATIONES RE CONTRACTAE » IN SENSO IMPROPRIO.

1. *Obligationes re contractae in sensu improprio* (n. 120) furono quelle derivanti da *datio pignoris*, da *commodatum*, da *depositum* e da alcune figure negoziali affini al *depositum*. Caratteristica di queste obbligazioni era che l'*obligatus* non aveva il *dominium* della *res*, ma ne aveva solo la *possessio* (n. 72), e più precisamente la *possessio ad interdicta* nelle ipotesi del pignoratario, la *possessio naturalis* (o detenzione) nelle altre ipotesi. L'*obligatus* non era, dunque, esposto alla sola *actio in personam* del *creditor* (cui la cosa non fosse stata restituita), ma era esposto altresì alla *rei vindictio* del *dominus* (che poteva tanto essere il *creditor*, quanto un'altra persona).

2. Il *pignus* (« *datio pignoris* ») fu inteso a raggiungere la finalità della *fiducia cum creditore* (n. 120), evitando però il trasferimento della proprietà della cosa pignorata al creditore. Esso consistette nel trasferimento del possesso di una cosa dall'oppignorante (o debitore pignoratizio) al pignoratario (o creditore pignoratizio), col patto che questi la conservasse a garanzia di un credito proprio o altrui, la restituisse in caso di adempimento, la vendesse appropriandosi del ricavato (salva la restituzione degli *hyperocha*) in caso di inadempimento (n. 101).

2.1. L'istituto fu il più recente tra quelli riconosciuti dal pretore, il quale concesse al pignoratario contro l'oppignorante una « *actio in factum pigneraticia in personam* » (da non confondersi con l'*actio pigneraticia in rem* [n. 101]) per la restituzione della *res pignori data*, subordinatamente all'adempimento). Nel tardo diritto classico fu riconosciuta dalla giurisprudenza, accanto all'*actio*

pigneraticia in factum originaria, anche un'*actio pigneraticia « in ius »* con struttura di *iudicium bonae fidei*. Al creditore pignoratorio (pignoratario) si riconobbe un *iudicium contrarium* contro il debitore (oppignorante) per l'ipotesi che egli avesse sostenuto delle spese sulla cosa nell'interesse del costituente, che avesse subito danni a causa di evizione e che, in linea generale, si fosse verificato il caso che il costituente « *malitiose in pignore versatus est* ».

3. Affine al *mutuum* fu il *commodatum* (cd. « prestito ad uso »), consistente nel trasferimento della detenzione (cd. *possessio naturalis*) di una cosa dal comodante al comodatario, col patto che questi la usasse e la restituisse poi intatta al comodante. Le fonti parlano, a proposito di questo istituto, oltre che di « *commodare* » anche di « *rem utendam dare* »; e pare anzi che, secondo una più antica opinione, il termine « *commodatum* » fosse riservato alle *res mobiles* e il termine « *utendum datum* » fosse riservato alle *res immobiles*. Oggetto del *commodatum* potevano essere soltanto cose (mobili o immobili) inconsumabili, ma a questo principio si faceva eccezione allorché fossero date in uso cose consumabili col patto che non fossero consumate, ma venissero utilizzate per scopi diversi da quelli loro normali: come ad esempio nel caso che fossero prestate da una persona a un'altra delle monete allo scopo che il consignatario delle stesse ne facesse mostra con gli amici senza spenderle (*ad pompam et ostentationem*). In ogni caso, il *commodatum*, come il *mutuum*, era essenzialmente gratuito, approssimativamente per gli stessi motivi di carattere strutturale: ove fosse pattuito un compenso per l'uso della *res commodata*, non si aveva più *commodatum*, ma *locatio rei* (n. 126).

3.1. Il comodatario non poteva usare la cosa al di fuori dei limiti naturali della sua utilizzazione e dei limiti convenzionalmente stabiliti per la utilizzazione stessa: se lo faceva commetteva *furtum usus*, a meno che l'iniziativa non fosse stata presa nella opinione, in buona fede, che il comodante non avrebbe avuto motivo di vietarla. L'uso della *res commodata* avveniva normalmente nell'interesse del comodatario, ma poteva essere esperito, sempre però a titolo gratuito, anche nell'interesse del comodante o di un terzo. Al termine del contratto o al termine della

utilizzazione della cosa il comodatario era tenuto alla restituzione della *res commodata*, con tutte le accessioni e i frutti di essa, salvo quelli che rientrassero nell'uso della cosa stessa: pertanto, il comodatario doveva restituire i frutti dell'albero ricevuto in comodato, i parti dell'animale che gli fosse stato consegnato ad uso, i lucri ricavati dalla eventuale utilizzazione fruttuosa della cosa ricevuta in comodato. Per far valere le sue ragioni nella ipotesi di mancata restituzione della cosa (« *rem redditam non esse* »), il comodante aveva un'« *actio commodati* » (*directa*), di cui però esistevano due formule: la formula *commodati* « *in factum* », forse più antica, e quella « *in ius* », appartenente al novero dei *iudicia bonae fidei*. E' assai discusso, nè può dirsi ancora oggi sufficientemente chiarito, il rapporto tra le due formule.

3.2. Nessuna obbligazione sorgeva, dal *commodatum* in quanto tale, a carico del comodante, il quale poteva revocare a suo arbitrio la concessione, così come la potevano revocare, in caso di morte, a proprio arbitrio, gli eredi. Tuttavia, per l'ipotesi che la revoca del comodato fosse avvenuta *intempestive*, e quindi con danno per il comodatario, il pretore riconobbe a quest'ultimo un *iudicium contrarium* contro il comodante o i suoi eredi. L'*iudicium contrarium* fu anche riconosciuto nel caso che il comodante avesse scientemente comodato *vasa vitiosa* o *tigna vitiosa*, con la conseguenza che il vino contenuto in quei vasi fosse andato a male o la casa costruita con quei travi fosse crollata; nonchè infine nella ipotesi che, avendo il comodatario pagato la *litis aestimatio* della cosa da lui smarrita, il comodante fosse tornato gratuitamente in possesso della stessa e non lo avesse risarcito del suo controvalore.

4. L'istituto del *depositum* fu inteso a raggiungere una delle finalità della *fiducia cum amico* (n. 120), evitando, peraltro, l'inconveniente pratico ed economico del trasferimento di proprietà delle cose date in custodia. Esso consisteva nel trasferimento della detenzione di una cosa mobile dal depositante al depositario, con l'intesa che questi la custodisse e la restituisse intatta a richiesta. La funzione di custodia dell'istituto fece sì che di esso si parlasse, oltre che come di « *depositum* », anche con i termini « *commendare* », oppure « *servandum* » o « *custodiendum* ».

dare ». Dato che della cosa depositata non si trasferiva il dominio ma soltanto la detenzione, deposito poteva essere validamente fatto anche dal semplice possessore, e persino dal ladro.

4.1. Requisito essenziale del deposito fu la gratuità. Se si fosse convenuto un qualsivoglia compenso, anche minimo, non si aveva più deposito, ma locazione, salvo che il compenso fosse pattuito non a titolo di mercede, ma a titolo di premio grazioso dal deponente al depositario (cioè a titolo di *honorarium*). Altresì era richiesto, perchè si avesse deposito, il trasferimento materiale della cosa al depositario, non essendo sufficiente l'incarico di custodire la cosa: ove, infatti, vi fosse soltanto tale incarico, e tale incarico fosse ovviamente accettato dal depositario, non si aveva deposito, ma « *mandatum ad custodiendum* ».

4.2. Obbligazioni del depositario erano: anzitutto custodire la cosa ricevuta in deposito e secondariamente restituirla al deponente. Quanto all'obbligo di custodire, è da precisare che il depositario era tenuto ad attuare tutti gli accorgimenti che fossero necessari per la conservazione della cosa, ed era tenuto altresì ad astenersi nel modo più rigoroso dall'uso della cosa depositata (altrimenti avrebbe commesso *furtum usus*). Quanto all'obbligo di restituire, va ribadito che la restituzione spettava al deponente e non a chi avesse diritto o diritto poziore sulla cosa: quindi, se il deposito fosse stato compiuto da un ladro, e il proprietario si presentava a chiedere la restituzione della cosa depositata, il depositario doveva ritenersi obbligato a restituire la cosa al ladro, mentre il proprietario altro non poteva fare che esperire la *rei vindicatio*; tuttavia Giustiniano, per motivi di equità e di praticità, stabilì che, se il *dominus* avesse dimostrato inequivocabilmente il suo diritto al depositario, la restituzione doveva farsi a lui e non al deponente. L'obbligazione di restituire doveva essere eseguita a richiesta del deponente, pur se fosse stato stabilito un termine e questo non fosse ancora scaduto, perchè il deponente poteva mutare volontà come credesse. La restituzione doveva essere fatta, ovviamente, con riguardo non soltanto alla cosa in sè, ma a tutte le sue pertinenze, e sopra tutto con riguardo a tutto ciò che la cosa avesse comunque prodotto durante il periodo del deposito.

4.3. Contro il depositario al deponente spettava un'« *actio depositi in factum* » e spettò successivamente un'« *actio depositi in ius* », che era *iudicium bonae fidei*. Se per l'esercizio della custodia il depositario avesse incontrato spese o danni, egli era ammesso a chiederne il rimborso al deponente mediante esperimento di un *iudicium contrarium*.

5. *Depositum necessarium* (detto nella pratica medioevale « *depositum miserabile* ») si aveva nel caso che taluno fosse costretto a depositare le sue cose presso talaltro, pressato dalla necessità di sottrarsi a un tumulto, a un incendio, a una rovina o ad un naufragio. Il pretore accordò al deponente, in questa ipotesi, un'*actio in factum*, la quale, anzichè essere *in simplicum*, era *in duplum*: ciò per la considerazione che il deponente era stato costretto al deposito e il depositario aveva una particolare obbligazione di buona custodia nei riguardi di colui che si era rivolto a lui nella disgrazia. La responsabilità del depositario venne invece attenuata da Giustiniano, il quale giustamente stabilì che il depositario rispondesse *in duplum* solo nel caso in cui egli negasse fraudolentemente di aver ricevuto il deposito, ma che fosse tenuto nei limiti ordinari, quando mancasse una simile frode ed egli avesse soltanto commesso la negligenza di un depositario ordinario.

6. *Depositum in sequestrem*, cioè sequestro convenzionale, si aveva nella ipotesi che talune persone consegnassero collettivamente (*in solidum*) una cosa in deposito ad un terzo; « *sequester* », con l'incarico di custodirla e di restituirla a quello tra i depositanti che si sarebbe trovato in seguito in una certa situazione (per es., a quello che sarebbe risultato in seguito vincitore di una certa lite). In considerazione del fatto che la cosa non andava restituita ad un depositante predeterminato, ma ad uno fra i depositanti da determinarsi in base ad un evento posteriore al contratto, l'obbligazione di restituire la cosa depositata si sottraeva al principio normale, secondo cui la cosa doveva essere restituita a richiesta del depositario. Inoltre, dato che non era a parlarsi di un deponente singolo, il quale fosse possessore della cosa durante il periodo del sequestro, il sequestratario acquistava sulla cosa stessa non la semplice detenzione, ma il possesso, con

conseguente legittimazione agli interdetti possessori. Contro il sequestratario, per la consegna della cosa, era utilizzata la normale *actio depositi*, denominata peraltro dai postclassici « *actio sequestraria* ».

7. Il cd. *depositum irregulare* era, più precisamente, il deposito avente ad oggetto somme di danaro, nella ipotesi che il deponente desse al depositario la facoltà di utilizzare tali somme con l'obbligo di restituire altrettanto (*tandundem*) ad una certa scadenza, oppure a richiesta. In tale ipotesi, anziché vero e proprio deposito, si aveva in realtà, almeno sostanzialmente, un *mutuum* con obbligo di restituzione del *tantundem*. Il motivo per cui non si parlava di mutuo ma di deposito era, probabilmente, derivante dal fatto che il deposito irregolare era operato, alle origini, in età preclassica, presso banchieri (*argentarii*), i quali utilizzavano le somme depositate presso di loro per altre operazioni, ma non le ricevevano dai deponenti per questo scopo, bensì solo allo scopo di tenerle in custodia. Comunque, la duplice natura del deposito irregolare fece sì che in diritto classico si ammettesse, sebbene con molte esitazioni, che il deponente avesse contro il depositario, oltre l'*actio depositi*, anche le azioni nascenti da mutuo. Giustiniano, invece, ritenne che il deposito irregolare rimanesse sempre deposito e quindi contrastò la utilizzazione delle azioni da mutuo.

122. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. Nel diritto italiano vigente è giunta al culmine quella evoluzione giuridica che, partendo da posizioni di rigido formalismo, condusse in età giustinianea a considerare la *voluntas* come l'anima del negozio. Di qui la decadenza dei modi solenni di costituzione delle obbligazioni, col conseguente affermarsi del principio della libertà di forma, tanto da ridurre a mere eccezioni i casi in cui, acchè sorga una obbligazione, è necessario l'uso di una forma prescritta *ad substantiam*.

2. Oggi si può dire completamente scomparsa la categoria delle *obligationes verbis contractae*. Anche nei casi in cui l'ordinamento richiede una forma *ad substantiam*,

questa riveste, di regola, il carattere dell'atto pubblico o della scrittura privata. L'unica fattispecie in cui l'ordinamento vigente fa discendere obblighi dalla pronuncia di parole sacramentali è data dal matrimonio. In tal caso, però, dalla pronuncia dei *verba* non scaturiscono direttamente obbligazioni, ma piuttosto lo *status* di coniuge, che è il presupposto a cui si ricollegano svariati obblighi, anche di natura non patrimoniale.

3. Tra le singole figure che l'ordinamento romano raggruppava nella categoria delle *obligationes verbis contractae*, la *fideiussione* ha conservato i tratti caratteristici della *fideiussio* del diritto giustiniano. L'istituto, regolato dagli a. 1936 ss. c.c., viene definito come il contratto in virtù del quale un contraente (fideiussore) si obbliga personalmente verso il creditore garantendo l'adempimento di una obbligazione altrui (a. 1936). A differenza del diritto romano classico, nel nostro ordinamento la volontà di prestare fideiussione non deve risultare da forme sacramentali, purchè, però, sia espressa (a. 1937). La validità della fideiussione è di regola subordinata alla validità dell'obbligazione principale. La fideiussione crea un vincolo di solidarietà tra debitore principale e fideiussore, salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente (pattuendo, ad es., il *beneficium excussionis*). In caso di più fideiussori, le parti possono stipulare il *beneficium divisionis* (a. 1947), mentre in ogni caso il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva verso il debitore (a. 1949: *beneficium cedendarum actionum*). Inoltre, in caso di più fideiussori colui che ha pagato ha regresso contro gli altri per la loro rispettiva porzione (a. 1954). Anche questa disposizione può considerarsi una applicazione del *beneficium divisionis*.

4. In vari casi l'ordinamento italiano richiede l'uso di *determinate scritturazioni* (*litterae*) perchè nasca l'obbligazione. In tutti questi casi, di regola, il diritto non si incorpora nel documento scritto, e perciò l'obbligazione resta in vita anche se la scrittura va perduta. Più spesso la forma scritta è indispensabile non per la valida nascita dell'obbligazione (forma *ad substantiam*), bensì a scopo probatorio. A tal riguardo vige nel nostro ordinamento la norma generale dell'a. 2721 c.c., in base alla quale la prova per testimoni nei contratti non è am-

messa (e si richiede di regola la forma scritta *ad probationem*) quando il valore dell'oggetto eccede le lire cinquemila. Il giudice, tuttavia, può consentire la prova oltre il limite anzidetto, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza.

5. Agli istituti delle *syngraphae* e dei *chirographa*, attraverso una lenta e complessa vicenda storica, possono ricollegarsi gli odierni titoli di credito, nati dalle esigenze del traffico, i quali rappresentano il nerbo della vita commerciale, surrogando in pratica la circolazione della moneta e talora della stessa merce. I titoli di credito rientrano tra le promesse unilaterali, ed hanno la caratteristica di « incorporare » il diritto in essi enunciato: col trasferimento del titolo si trasferisce lo stesso diritto. Il titolo, in tal caso, non ha una semplice efficacia probatoria nè è un semplice requisito di validità dell'obbligazione, la quale possa poi sussistere indipendentemente dal documento, ma è il diritto stesso nella sua estrinsecazione giuridica. In altri termini, il diritto sussiste finchè sussiste il titolo; venuto meno il titolo, almeno di regola, vien meno lo stesso diritto.

5.1. Secondo la loro legge di circolazione i titoli di credito si distinguono in: nominativi, all'ordine, al portatore. Il titolo di credito « nominativo » è intestato ad una determinata persona, e si trasferisce mediante l'annotazione del nome del cessionario (acquirente) sul titolo stesso e nel registro dell'emittente (debitore), oppure col rilascio di nuovo titolo intestato al nuovo titolare (nel qual caso, a rigore, si verifica un ammortamento del titolo ed una sostituzione di esso con un nuovo titolo, diverso dal precedente anche se identico nel contenuto, a favore dell'acquirente). Il titolo « all'ordine », di cui l'esempio più cospicuo è, nella odierna pratica commerciale, la cambiale, è intestato alla persona del creditore, ma può da questi esser trasferito a qualsiasi terzo mediante girata. Il giratario è legittimato ad esercitare tutti i diritti nascenti dal documento solo se può giustificare il suo possesso mediante una serie continua di girate. Il titolo « al portatore », infine, si trasferisce mediante la semplice consegna all'acquirente (*traditio*), senza alcun'altra formalità. Il semplice possesso vale a legittimare il possessore all'esercizio del diritto.

5.2. Il più importante dei titoli di credito è la « cambiale », che, come abbiamo visto, è un titolo all'ordine. Essa è regolata dal r.d. 14-12-1933 n. 1669 (cd. « legge cambiaria »). Con la generica denominazione « cambiale », si indicano, volta a volta, la cd. tratta ed il vaglia cambiario. La « cambiale-tratta » contiene l'ordine che una persona (traente) dà ad un'altra (trattario) di pagare ad un terzo (prenditore); mentre il « vaglia cambiario » è una promessa fatta dall'emittente, che per ciò solo diviene debitore, di pagare una data somma a favore di un'altra persona, detta prenditore. Caratteristiche della cambiale sono: la letteralità, l'autonomia (comuni a tutti i titoli di credito) e l'astrattezza, nel senso che il debitore cambiario, salvo tassative eccezioni, non può rifiutare il pagamento, salva però l'eventuale azione di ripetizione, nel caso in cui venga dimostrata la mancanza del requisito della causa (principio cd. del *solve et repete*).

5.3. Altro importante titolo di credito è l'« assegno », regolato dal r.d. 21-12-1933 n. 1736.

6. La categoria delle obbligazioni reali è quella che più distintamente ha conservato, nel nostro ordinamento, le caratteristiche che rivestiva nel diritto romano. Tra le obbligazioni scaturenti da convenzioni non formali e nel contempo da una *datio rei*, ed aventi per contenuto l'obbligo di restituzione della cosa medesima o dell'equivalente, anche oggi vanno annoverate le obbligazioni nascenti da mutuo, da comodato e dal deposito nelle sue varie figure.

6.1. Il « mutuo » (a. 1813 ss.) ha conservato la sua caratteristica di prestito di consumo, che lo differenzia dal comodato (cd. prestito di uso), ed è anche oggi relativo a cose consumabili. Una differenza col diritto romano è da vedersi nella regola per cui, salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Nell'ordinamento attuale, pertanto, il mutuo si presume feneratizio, e perciò oneroso.

6.2. Il « comodato » o prestito di uso (a. 1803 ss.) è, come per il diritto romano, essenzialmente gratuito e revocabile *ad nutum*, ove non sia stato convenuto un termine, nè questo risulti dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata.

6.3. Il « deposito » (a. 1766 ss.) si presume gratuito, salvo

che dalla qualità professionale del depositario o da altre circostanze si debba presumere una diversa volontà delle parti. L'a. 1768, rifacendosi ai precedenti romanistici dell'istituto, stabilisce che il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia: se però il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore. Il depositario deve inoltre restituire la cosa al deponente o alla persona indicata per riceverla, e non può esigere che il deponente provi di essere proprietario.

6.4. L'a. 1782 prevede il « deposito irregolare », stabilendo che, se il contratto ha per oggetto una quantità di danaro o di altre cose fungibili, con facoltà per il depositario di servirsene, questi ne acquista la proprietà (anzichè la detenzione) ed è tenuto a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità (*tantundem eiusdem generis*). In tal caso, si osservano, in quanto applicabili, le norme relative al mutuo.

6.5. Particolari norme detta il c.c. per il « deposito in albergo » e per il « deposito nei magazzini generali », mentre non stabilisce una disciplina particolare del cd. « deposito necessario ». Questa circostanza, però, è prevista come aggravante del delitto di appropriazione indebita (a. 646 c.p.).

6.6. Il *depositum in sequestrem* è regolato, sotto il nome di « sequestro convenzionale », dagli a. 1798 ss. c.c.

§ 18. — LE « OBLIGATIONES EX CONTRACTU »

SOMMARIO: 123. Le *obligationes ex contractu*. — 124. La *emptio venditio* e le *obligationes* conseguenti. — 125. Le *leges emptiois et venditionis*. — 126. La *locatio-conductio* e le *obligationes* conseguenti. — 127. Le *locationes-conductiones* irregolari. — 128. La *societas* e le *obligationes* conseguenti. — 129. Il *mandatum* e le *obligationes* conseguenti. — 130. Ragguaglio di diritto moderno.

123. LE « OBLIGATIONES EX CONTRACTU ».

1. Le *obligationes ex contractu* furono quelle derivanti (« ex ») da uno dei quattro « *contractus* » riconosciuti in Roma dal *ius civile novum* (n. 15), cioè da « *emptio venditio* », da « *locatio conductio* », da « *societas* », da « *mandatum* ». La

definizione non può essere dogmaticamente più precisa: in primo luogo, perchè la nota comune originaria dei quattro *contractus* di cui sopra, cioè il fatto che essi si fondavano su un « *nudus consensus* » delle parti, divenne in età classica caratteristica quanto meno di un'altra categoria di negozi, i *pacta* (n. 131); in secondo luogo, perchè quella nota comune venne meno, o comunque si affievolì, in periodo postclassico, allorchè in ordine ad alcune ipotesi di *contractus iuris gentium* fu richiesto, come si vedrà, il concorso di requisiti formali, e in ordine ad altre ipotesi furono fatti, come pure si vedrà, accostamenti con la categoria dei cd. contratti innominati; in terzo luogo, perchè, come già si è detto (n. 109), il concetto di *contractus*, in un primo tempo caratteristico dei soli istituti del *ius civile novum*, venne ad estendersi, in periodo classico e nell'età successiva, a tutte le fattispecie di *conventio* determinativa di un rapporto giuridico (obbligatorio o anche, talvolta, reale). Fatte queste avvertenze, è tuttavia opportuno passare a segnalare i caratteri propri e genuini dei quattro *contractus* del *ius civile novum* in diritto romano preclassico, salvo ad indicare subito dopo le principali alterazioni dagli stessi successivamente subiti.

2. I caratteri propri e genuini dei quattro *contractus* del *ius civile novum* furono: a) la consensualità; b) la libertà delle forme; c) la mera obligatorietà; d) la bilateralità; e) l'azionabilità *ex fide bona*.

2.1. La « consensualità » dei *contractus* del *ius civile novum* sta a significare che essi scaturivano rigorosamente da un « *consensus in idem placitum* » delle parti contraenti. Il *consensus* era necessario e sufficiente alla loro esistenza giuridica: « necessario », perchè se esso mancava, o non era effettivo (a causa di reciproca incomprendione delle parti: « *dissensus* »), o veniva meno (a causa di « *contrarius consensus* » delle parti), il *contractus* non era (o non era più) valido; « sufficiente », perchè bastava il *consensus* a determinare il sorgere delle *obligationes ex contractu*, salvo casi eccezionali in cui esso era rimandato a tempo successivo dalla non ancora realizzatasi possibilità di precisare obbiettivamente le obbligazioni stesse (così nell'ipotesi della cd. *emptio imperfecta* o in quello delle eventuali obbligazioni del mandante). Ma, si badi, il *consensus* non era rigidamente inteso come un « momento » de-

terminativo del contratto: nel caso della *societas* e del *mandatum*, contratti di cooperazione, esso doveva sussistere a titolo continuativo e il venir meno della volontà di una delle parti (*socius*, *mandator*, *mandatarius*) determinava *ipso iure* la fine del *contractus*.

2.2. La « libertà delle forme » sta a significare che il *consensus* delle parti non aveva bisogno di particolari manifestazioni esteriori o di determinate condizioni di tempo e di luogo (per es., la *unitas actus*), ma era giuridicamente rilevante in quanto tale, come « *nudus consensus* », purchè naturalmente fosse esteriorizzato in modo inequivoco. Le fonti precisano, a questo proposito, che « *neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur* » (Gai 3. 136), che « *ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio* » (I. 3. 22 pr.), che « *inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium* » (Gai 3. 137), che si può esprimere la propria volontà anche a gesti (« *et nutu solo* »: Mod. D. 44. 7. 52. 10), che insomma « *sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse* » (Gai 3. 136).

2.3. La « mera obligatorietà » dei *contractus* del *ius civile novum* sta a significare che essi erano produttivi solo ed esclusivamente di *obligationes* tra le parti. Non solo essi non erano produttivi di rapporti giuridici assoluti (in senso proprio o improprio), ma non implicavano di per sè, per effetto cioè del *consensus in idem placitum*, neppure attribuzioni di *possessio* (*naturalis* o *ad interdicta*). Di conseguenza, essi non avevano nessuno specifico rilievo *erga omnes* o verso terzi determinati, ma operavano solo *inter partes*: se tra le loro finalità era anche quella di produrre effetti *erga omnes* (come nel caso della *emptio venditio*) o verso terzi determinati (come in molte ipotesi di *mandatum*), alla realizzazione di dette finalità occorreano attività giuridiche del tutto separate (una *mancipatio*, una *traditio*, un *depositum* presso terzi ecc.), che le parti si erano eventualmente impegnate a fare.

2.4. La « bilateralità » dei *contractus* del *ius civile novum* sta a significare che essi erano costitutivi tra le parti di due o più obbligazioni reciproche e interdipendenti, anche se non corrispettive (cioè di valore economico equivalente) ed anche se non tutte attuali (ma alcune attuali ed altre potenziali). A questo proposito, è opportuno distinguere tra: a) i due *contractus* a prestazioni eterogenee e corrispettive (la *emptio venditio* e la *locatio conductio*),

per effetto dei quali ciascuna parte assumeva verso l'altra una o più obbligazioni di diversa natura, ma di valore economico necessariamente corrispondente; b) il *contractus* di cooperazione a prestazioni corrispettive (la *societas*), per effetto del quale ciascuna assumeva verso l'altra o verso le altre una o più obbligazioni specifiche, che si inquadravano però in un più generale obbligo di cooperazione alla buona riuscita di uno o più affari e che dovevano, pertanto, avere *summatim* un valore economico corrispondente; c) il *contractus* di cooperazione a prestazioni normalmente unilaterali, ma potenzialmente bilaterali (il *mandatum*), per effetto del quale una parte assumeva (gratuitamente) una o più obbligazioni verso l'altra, mentre per quest'ultima vi era solo l'eventualità di essere obbligata, realizzandosi certe condizioni, verso la prima. Certa dottrina parla nel primo caso di bilateralità perfetta, nel secondo caso di bilateralità o plurilateralità del pari perfetta, nel terzo caso di « bilateralità imperfetta »: ma bisogna osservare che, nell'ipotesi del *mandatum*, l'assenza della corrispettività e la eventualità delle obbligazioni del mandante verso il mandatario, non autorizzano a qualificare « imperfetta » la bilateralità, se è vero che le obbligazioni del mandante (per rimborso di spese, risarcimento di danni ecc.) non sorgevano in virtù di un negozio giuridico separato, ma in virtù del realizzarsi di circostanze già implicitamente o esplicitamente presupposte dalle parti nel loro *consensus in idem placitum*.

2.5. L'« azionabilità *ex fide bona* » dei *contractus* del *ius civile novum* sta, infine, a significare che, in caso di inadempimento delle *obligationes* da essi costituite, l'avente diritto aveva a sua disposizione un *iudicium bonae fidei* (n. 42), che permetteva al giudicante la più approfondita valutazione della fattispecie concreta e il miglior regolamento possibile delle controversie da essa scaturenti. In particolare, il giudicante era in grado di tener conto, ai fini della commisurazione della *condemnatio*: a) dei « *pacta adiecta* » al *contractus* (purché aggiunti « *in continenti* », e non « *ex intervallo* »), senza necessità per le parti di formulare *exceptiones* o separate *actiones* per poterli far valere; b) di ogni prestazione accessoria a quella principale o ad essa connessa (frutti, interessi, spese ecc.); c) delle ragioni per cui dovesse ritenersi non verificato il *consensus* tra le parti (errore di manifestazione della volontà, reci-

proca incomprensione, simulazione ecc.) o non sanamente formata la volontà di una di esse (*error facti*, *dolus malus*, *metus*); d) del « *dolus in contraendo* », cioè del modo malizioso o sfuggente in cui una parte si fosse comportata durante le trattative contrattuali; e) dei motivi di *compensatio* (n. 113).

3. In età postclassica e giustinianea i caratteri sopra descritti dei quattro *contractus* consensuali del *ius civile novum* non sono più rintracciabili con altrettanta sicurezza. A prescindere dalla commistione concettuale dei *contractus* del *ius civile novum* con istituti di altra provenienza, va sopra tutto notato che: a) il *consensus in idem placitum*, anche quando potesse essere « *nudus* », fu tendenzialmente identificato nell'atto costitutivo iniziale; b) in molti casi, come si vedrà, sopra tutto quando si trattasse di negozi relativi ad immobili, fu richiesto che il *consensus* si rivestisse di forme determinate; c) la mera obbligatorietà venne meno in ordine ad alcuni *contractus* (in particolare: la *emptio venditio*), dando luogo a riflessi del *contractus erga omnes* o verso terzi determinati.

124. LA « EMPTIO VENDITIO » E LE « OBLIGATIONES » CONSEGUENTI.

1. L' *emptio venditio* era il *contractus* tra « *venditor* » e « *emptor* », in forza del quale nascevano le seguenti *obligationes*: a) l'obbligo del *venditor* di procurare all'*emptor* il libero possesso (« *vacua possessio* ») di una *res* (« *merx* »); b) l'obbligo del *venditor* di assicurare all'*emptor* il pacifico godimento della *merx* sino a quando non ne avesse acquistato, per *usucapio* o altrimenti, il *dominium*; c) l'obbligo dell'*emptor* di trasferire, a titolo di corrispettivo, al *venditor* la proprietà di una somma di danaro (« *pretium* »).

1.1. L'istituto dell'*emptio venditio*, affermatosi nei rapporti di commercio tra Romani e *peregrini*, fece il suo ingresso nel *ius privatum* romano attraverso il *ius civile novum*. La mera obbligatorietà di questo *contractus* (tanto più sorprendente, se si riflette che la vendita dei diritti greci aveva effetti traslativi reali) è agevolmente chiarita dal rilievo che i negozi tra Romani e *peregrini* non

potevano evidentemente costituire il *dominium ex iure Quiritium*, rapporto strettamente civilistico, essendo i *peregrini* esclusi dall'utilizzazione del *ius civile vetus*. Può sorprendere (ed è effettivamente assai discusso) il fatto che i Romani non avessero già, nel loro *ius civile*, una vendita ad effetti reali, o non abbiano comunque conferito effetti reali alla *emptio venditio* allorchè l'hanno recepita nel loro diritto. Ma la risposta, almeno a nostro parere, è agevole. Anzi tutto, i Romani in sostanza conoscevano e applicavano largamente la « vendita a contanti », mediante il ricorso alla *mancipatio* (o *in iure cessio*) o *traditio* della *res* (*mancipi* o *nec mancipi*) da alienare e la contestuale *traditio* (dall'acquirente all'alienante della *res*) del corrispettivo in danaro: non vi era, dunque, in materia, alcuna lacuna da colmare. D'altra parte, gli stessi Romani nemmeno avevano eccessive difficoltà a realizzare un trasferimento immediato del *dominium* sulla *res* contro la promessa (assunta mediante *stipulatio*) di un pagamento differito del prezzo. Dunque, la vera lacuna da colmare, nel sistema del *ius civile vetus*, era proprio costituita dalla « vendita a realizzazione differita », cioè da un istituto indispensabile al mondo degli affari: istituto indispensabile perchè permetteva di impegnare anticipatamente una operazione economica, che sul momento non si sarebbe potuta compiere, o per difetto della *merx*, o per difetto del *pretium*, o per difetto di garanzie del pagamento differito. E' probabile che, prima dell'introduzione dell'*emptio*, i Romani soddisfacessero questa sempre crescente necessità col sistema delle « *mutuae stipulationes* » (una relativa alla *res* e l'altra relativa al *pretium*), ma sta di fatto che la *emptio venditio*, una volta riconosciuta, spazzò via, per la sua maggiore semplicità e praticità, ogni prassi precedente. Non è il caso di domandarsi, ciò premesso, perchè il *ius privatum* romano non abbia provveduto, per tutto il corso del periodo classico, a trasformare l'*emptio venditio* in contratto ad effetti reali: in primo luogo, gli effetti reali potevano essere contestualmente realizzati mediante il ricorso ai negozi traslativi del *dominium*; in secondo luogo, il conferimento degli effetti reali all'*emptio venditio* avrebbe inevitabilmente riproposto il problema della creazione di un istituto (che non sarebbe più potuto essere l'*emptio venditio*) per la vendita ad esecuzione differita.

1.2. In età postclassica, la progressiva decadenza della *manipatio* e della *in iure cessio*, la valorizzazione degli atti consensuali (« *pactiones et stipulationes* ») come costitutivi di rapporti giuridici assoluti, la depressione economica specie occidentale (che fece tornare in uso le vendite a contanti), la forte influenza ellenistica in Oriente (che propose a modello della *emptio venditio* la vendita greca), furono altrettanti fattori che concorsero a determinare la evoluzione della *emptio venditio* da contratto obbligatorio a contratto con efficacia reale. Nè fu ritenuto più sufficiente il *nudus consensus*, perchè il *ius novum*, a partire da Costantino, pretese sempre più di frequente la forma scritta per la validità delle vendite, specie immobiliari. Un tentativo di parziale ritorno all'antico si ebbe solo con Giustiniano, il quale riaffermò la mera obbligatorietà della *emptio venditio* e fece della forma scritta solo una alternativa, ad arbitrio delle parti, di quella orale, tanto per le vendite immobiliari che per quelle mobiliari.

2. Elementi costitutivi del *contractus* di *emptio venditio* furono, dunque: il *consensus in idem placitum*, comunque manifestato, delle parti; il fine economico di attuare uno scambio corrispettivo della *merx* contro il *pretium*. Non è il caso di indugiare oltre su questi requisiti, salvo che per illustrare tre punti: a) le caratteristiche della *merx*; b) le caratteristiche del *pretium*; c) il momento perfezionativo del *contractus*.

2.1. Relativamente alla « *merx* » (o « *res quae venit* »), è da dire che potevano costituire oggetto di vendita tutte le *res*, purchè *in commercio*, non precedentemente perite e non di proprietà dello stesso compratore. Anche l'*homo liber* (un *filius familias*, ad esempio) poteva essere validamente venduto ad un compratore di buona fede. Potevano inoltre essere venduti complessi patrimoniali (in ispecie: l'*hereditas* o i *bona* del fallito) e le facoltà ricomprese in *iura in re aliena* come le *servitutes* e l'*usufructus* (nel qual caso, il compratore non acquistava il diritto del venditore, ma il mero esercizio del diritto stesso), nonchè i crediti verso terzi e le azioni personali e reali. E' discusso se, in diritto classico, potessero vendersi le *res extra commercium*, nella speranza che divenissero commerciabili dopo la conclusione del contratto. Certo è che potevano formare oggetto di *emptio venditio* la « *res aliena* »

(con l'impegno di procurarla in futuro al compratore) e la « *res sperata* » (per es.: il *partus ancillae*, i frutti di un albero), subordinatamente alla sua venuta in essere. La cd. « *emptio spei* », cioè la vendita di una cosa incerta (per es.: il contenuto di pesca di una rete gettata a mare), era anch'essa valida, ma non era una vera vendita, bensì un contratto di vendita aleatorio, una sorta di scommessa sotto forma di vendita.

2.2. Relativamente al « *pretium* » è da dire che esso era costituito da *pecunia* e doveva essere « effettivo », cioè non simulato, « giusto », cioè corrispondente al valore della *merx*, e « certo », cioè determinato in una cifra esatta, o eccezionalmente determinato *per relationem* (es.: « *quantum in arca habeo* »), o più eccezionalmente ancora rimesso all'*arbitrium boni viri* di un terzo o di uno dei contraenti. Se il *pretium* non era fissato in danaro, non si aveva una vendita, ma una *permutatio* (n. 133): nel sec. I d. C., non essendo stata ancora riconosciuta dalla giurisprudenza la *permutatio*, vi fu appunto grande discussione se potesse essere ritenuta ipotesi di vendita anche la convenzione di scambio tra merci e, mentre i Proculiani si mantennero rigorosamente sulla negativa, e ritennero perciò che al permutante non spettasse l'azione da compravendita, ma soltanto un'*actio in factum*, i Sabiniani furono piuttosto per l'affermativa. Se poi il prezzo non era « giusto », cioè approssimativamente corrispondente al valore della *merx* al momento del contratto, il diritto classico si limitava a ritenere sanzionabili, con i mezzi repressivi del *dolus malus* (n. 142), le sole ipotesi che la sproporzione fosse dipesa da raggiri di una delle parti a danno dell'altra; ma Giustiniano, coronando uno sviluppo postclassico, volle dare una speciale protezione al *venditor* di un bene immobile (quindi, di un bene di particolare valore economico), quando egli si accorgesse di aver sofferto, anche senza raggiri da parte dell'*emptor*, una « *laesio enormis* » o « *ultra dimidium* », avendo venduto il bene per meno della metà del suo valore: il *venditor* aveva il diritto, in questo caso, di chiedere al giudice la « rescissione » del contratto, salvo che il compratore si offrisse di pagare la differenza.

2.3. Relativamente al « momento perfezionativo » del *contractus*, bisogna distinguere tra il momento in cui esso diveniva

valido e il momento (eventualmente successivo) in cui diveniva efficace, e quindi sorgevano le *obligationes* delle parti. La vendita era completa, e quindi valida, dal momento in cui si verificava il *consensus in idem placitum*, ma era tuttora una « *emptio imperfecta* » (nel senso di inefficace) quando non si fosse verificata la condizione sospensiva sotto cui il contratto fosse stato compiuto (ad es., nel caso dell'*emptio rei speratae*), o, nell'ipotesi di vendita di cose determinate a peso numero o misura (cd. cose fungibili), prima che fosse avvenuta la pesatura la misurazione o la numerazione, o, infine, nel caso di vendita *per aversionem*, vale a dire di *emptio venditio* di cose da detrarsi da una determinata massa. Il momento della *perfectio*, nel senso di acquisto di efficacia da parte del contratto, determinava il trapasso al compratore del « *periculum rei venditae* », cioè del rischio connesso al perimento della merce per forza maggiore o per caso fortuito; pertanto, da quel momento il compratore era sempre tenuto al pagamento del *pretium*, pur se la cosa non gli fosse ancora stata consegnata dal venditore e fosse intanto perita. Ciò dipendeva dal fatto che la *emptio venditio* era soltanto obbligatoria e mancava, in sè e per sè, di ogni effetto traslativo e costitutivo reale. Allo scopo di ottenere il passaggio di proprietà occorreva una *mancipatio*, una *in iure cessio* o una *traditio* (nel diritto giustiniano, soltanto la *traditio*), ed anzi molto si discuteva circa il momento del passaggio di proprietà: mentre alcune fonti dicono che esso avveniva contestualmente con la *traditio* (Gai 2.20: « *statim tua fit ea esse* »), altre fonti fanno intendere che il dominio non si acquistasse col semplice atto traslativo di proprietà al compratore, ma gli si acquistasse solo a patto che egli avesse pagato il prezzo (*pretio soluto*), o che egli avesse dato garanzie sufficienti per il pagamento dello stesso, salvo che il venditore non avesse deciso di rimettersi completamente alla sua *fides*.

3. Le azioni derivanti dall'*emptio venditio* furono l'*actio venditi* per il venditore e l'*actio empti* per il compratore: ambedue azioni di buona fede, comportanti l'invito al giudice a condannare il convenuto a « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* ». Questa struttura di buona fede dell'azione facilitò, col

tempo, la specificazione degli obblighi del compratore e del venditore.

4. L'obbligazione tipica del *venditor* era di fare ottenere al compratore la cosa vendutagli, nel senso di assicurargli il possesso della stessa: possesso denominato usualmente « *habere licere* ». A questo scopo non occorre, dunque, il trasferimento della proprietà, ma la semplice *traditio* della cd. « *vacua possessio* ». Ottenuta una *res Mancipi* in possesso, il compratore ne poteva poi effettuare l'acquisto in *dominium* mediante *usucapio* in forza del titolo *pro emptore*, ed intanto egli godeva della tutela pretoria mediante l'*actio Publiciana* (n. 89). Se la cosa non fosse stata consegnata al compratore, questo aveva contro il venditore l'*actio empti*, diretta appunto all'esecuzione dell'obbligo fondamentale di *tradere vacuum possessionem*.

5. Altre obbligazioni del *venditor*, sebbene non direttamente dipendenti dalla più complessa fattispecie che venne a formarsi consuetudinariamente in ordine al fatto economico della compravendita, furono la responsabilità per evizione e la responsabilità per i vizi occulti.

5.1. La responsabilità per « *evictio* » si aveva in rapporto all'ipotesi della vendita di una cosa altrui, la quale poneva il compratore di fronte al pericolo di dover soggiacere alla *rei vindictio* del *dominus* della *merx*, se questi si avanzasse a far valere il suo titolo di proprietà: la soccombenza nella *rei vindictio* era denominata appunto *evictio*. Dato che il venditore non era tenuto, in forza del contratto, a trasferire il *dominium* della *merx*, sorse l'uso di ottenere da lui questa specifica garanzia attraverso speciali *stipulationes*: la « *stipulatio duplae* », mediante cui il venditore prometteva di pagare il doppio del prezzo in caso di evizione (alla stessa guisa di un *Mancipio dans* tenuto con l'*actio auctoritatis*); oppure la « *stipulatio habere licere* », mediante cui il venditore si obbligava (per cose di minore importanza) al risarcimento del danno subito dal compratore per il mancato ottenimento della cosa. Nel corso dell'età classica, la responsabilità per evizione finì per diventare un *naturale negotii*, vale a dire un elemento naturalmente connesso con il negozio di compravendita, salvo diversa volontà delle parti: dapprima si ritenne che il compratore, in caso

di rifiuto del venditore alla *stipulatio*, potesse agire contro di lui con l'*actio empti* per costringerlo all'assunzione dell'impegno stipulatorio; di poi, addirittura, si ritenne che, indipendentemente dalla specifica *stipulatio*, il compratore potesse agire con l'*actio empti* contro il venditore allo scopo di essere risarcito del danno derivatogli dalla evizione. Pertanto divenne convinzione generale che, allo scopo di evitare ogni responsabilità di evizione, non vi fosse per il venditore altro rimedio che un provvedimento di governo, oppure un esplicito patto col compratore (« *pactum de non praestanda evictione* »). In analogia con quanto disposto per la *mancipatio*, si ritenne, peraltro, che, per potersi dar luogo alla responsabilità per evizione, il compratore fosse tenuto a diffidare il venditore, denunciandogli la lite intentatagli dal proprietario e invitandolo ad intervenire nel processo (« *laudatio auctoris* » o « *denuntiatio litis* »).

5.2. Circa la responsabilità per « vizi occulti » della merce, è da dire che inizialmente il venditore non era in alcun modo tenuto a risarcire al compratore i danni derivatigli dal fatto che la cosa venduta fosse risultata affetta da vizi o difetti non apparenti al momento del contratto, ma sicuramente esistenti in quel momento: tuttavia, sin dai più antichi tempi, si usò corredare la compravendita con *stipulationes*, mediante le quali il debitore assumeva l'impegno del risarcimento per vizi della cosa venduta, soprattutto con riguardo alle vendite degli animali. Gli *aediles curules*, cui spettava la *cura annonae* (n. 13), regolarono più specificamente questa materia a scopo di polizia dei pubblici mercati, per evitare clamorose contestazioni negli stessi: nel loro editto essi proclamarono che i venditori di schiavi e di animali avessero l'obbligo di denunciare ai compratori tutti i difetti e i vizi della cosa, anche e sopra tutto non palesi. Se il venditore si sottraesse all'obbligo della denuncia, oppure se la cosa risultasse affetta da vizi che il venditore non potesse dimostrare di avere in buona fede ignorato, erano accordate dagli stessi edili al compratore due diverse azioni contro il venditore: l'« *actio redhibitoria* », esercitabile entro due mesi dalla scoperta del vizio, allo scopo di ottenere l'annullamento della vendita, e l'« *actio aestimatoria* » o « *quanti minoris* », esercitabile entro sei mesi, allo scopo di ottenere una congrua

riduzione del prezzo pagato. Siccome l'editto degli edili curuli imponeva anche al venditore di schiavi o di bestiame la *stipulatio duplae* per il caso di evizione, ove tale stipulatio fosse stata effettivamente prestata, l'*actio redhibitoria* era esercitabile nei sei mesi e l'*actio aestimatoria* era esercitabile entro l'anno. La giurisprudenza classica trasse la conseguenza che la responsabilità per vizi fosse un *naturale negotii* e ritenne che potesse farsi valere per ogni caso di *emptio venditio* con l'*actio empti*. Giustamente si distinse, peraltro, tra l'ipotesi che il venditore fosse a conoscenza dei vizi o non ne fosse: se era a conoscenza dei vizi della cosa, egli era tenuto al risarcimento del danno; in caso contrario, si attuava la *redhibitio* oppure la defalcazione del prezzo.

6. L'obbligazione tipica dell'*emptor* era quella di « *solvere pretium* » al venditore, cioè di trasferirgli la proprietà della somma di danaro dedotta in contratto. A titolo accessorio il compratore era tenuto anche a pagare al compratore gli interessi sul prezzo dal giorno in cui la cosa gli fosse stata consegnata, in modo da poter compensare con questi interessi i frutti della cosa da lui percepiti. Sebbene le obbligazioni del venditore e del compratore fossero indipendenti l'una dall'altra, tuttavia la giurisprudenza classica richiese che, in ossequio alla *bona fides*, il compratore non fosse costretto a pagare il prezzo nel caso che fosse stato convenuto in giudizio per evizione e fino a quando il giudizio non fosse risolto. Giustiniano, invece, obbligò il compratore al pagamento del prezzo, se il venditore gli desse sufficienti garanzie di restituzione nella ipotesi di evizione.

125. LE « LEGES EMPTIONIS ET VENDITIONIS ».

1. Il contratto consensuale di *emptio venditio* importava di per sé, come si è visto (n. 124), soltanto l'obbligo per il compratore di trasferire al venditore la proprietà della *pecunia* offerta come *pretium* e l'obbligo correlativo del venditore di assicurare al compratore la *vacua possessio* della *merx*. Tutte le altre molteplici e importanti determinazioni, che di esso entrarono via via a far parte nel corso dei secoli, dipesero, come si è visto, da una sorte di progressiva assimilazione nel *contractus* in quanto tale di sepa-

rate pattuizioni (sancite, nei casi più importanti, nella forma della *stipulatio*), che le parti usavano compiere parallelamente al contratto e con riferimento ad esso. Ma, a prescindere dalle ipotesi indicate, in cui le pattuizioni aggiuntive finirono per essere considerate *naturalia negotii*, è il caso di parlare di alcune altre cd. *leges emptiois et venditionis*, assai diffuse nella pratica degli affari: l'*arra*, la *lex commissoria*, il *pactum de retrovendendo* e quello *de retroemendo*, il *pactum displicentiae*, l'*in diem addictio*.

2. L'istituto dell'*arrha*, detta anche « *arrabon* », dal greco ἀρραβών, fu un istituto derivante dalla vendita del diritto greco. L'*arra* della vendita greca consisteva nella consegna anticipata di una parte del prezzo, oppure anche nella consegna di una cosa di valore, che colui, il quale avesse intenzione di comprare una merce, faceva al futuro venditore allo scopo di impegnarsi e di impegnarlo: infatti, nel caso che l'aspirante compratore decidesse di non più effettuare la compera, egli perdeva automaticamente la proprietà della somma o della cosa data a titolo di caparra, mentre, a sua volta, colui che era stato impegnato alla vendita della cosa, ove mutasse parere e decidesse di non più effettuare la vendita o di non più effettuarla a quelle condizioni, era tenuto a restituire un multiplo (generalmente il doppio) della somma ricevuta a titolo di caparra o del valore della cosa datagli allo stesso titolo. L'istituto si giustificava per il fatto che la vendita greca era immediatamente traslativa della proprietà sulla merce. Ma in diritto romano, essendo la vendita puramente obbligatoria, non era concepibile la funzione dell'*arra* come funzione di impegno all'alienazione e rispettivamente all'acquisto perchè l'impegno alla vendita e alla compera (nel senso di impegno a reciproco trasferimento) era già contenuto nella fattispecie contrattuale. Pertanto, l'*arra* fu utilizzata nella vendita romana a scopo di prova: si usò cioè che una parte desse all'altra una caparra, consistente in una cosa di pregio o più spesso in una somma di danaro, allo scopo di rendere più certa la prova dell'avvenuta conclusione del contratto e quindi dell'impegno reciprocamente assunto (« *quod arrhae nomine datur argumentum est emptiois et venditionis contractae* »). Sebbene il contratto potesse essere provato libera-

mente in tutti i modi, tuttavia la funzione probatoria dell'*arrha* si rivelò nella pratica commerciale del diritto preclassico e classico altamente profittevole, perchè la consegna della caparra segnava il trapasso dalla fase delle pure e semplici trattative a quella contrattuale vera e propria. Questo il motivo per cui l'*arra* nella compravendita prese, più precisamente, il nome di « *arrha confirmatoria* », e per cui si ritenne che la cosa data a titolo di caparra dovesse essere restituita da colui che l'avesse ricevuta indipendentemente dalla esecuzione del contratto.

2.1. Nel diritto postclassico, particolarmente in quello giustiniano, la funzione dell'*arra* nella compravendita fu fortemente alterata e divenne una funzione penale, quale già l'*arra* aveva nella pratica orientale. Si parlò, pertanto, di « *arrha poenitentialis* », e fu stabilito che, se fosse stato convenuto tra le parti di contrarre una vendita in forma scritta, le parti potevano recedere dall'impegno assunto di eseguire la scrittura perfezionativa del contratto solo se non avessero dato un'*arrha*: se avevano dato l'*arrha*, il compratore perdeva la caparra consegnata, il venditore doveva restituire il doppio del valore di quella caparra, a seconda che la mancata conclusione del contratto fosse dipesa dall'uno o dall'altro.

3. La *lex commissoria* fu il patto, mediante il quale si attribuiva al venditore il potere di considerare come non avvenuta la vendita, se il compratore non avesse pagato il prezzo entro un certo termine: pertanto la scadenza del termine senza il verificato pagamento del *pretium* conferiva al venditore il diritto di chiedere la restituzione della cosa venduta. La risoluzione della vendita era nel potere del venditore, non un effetto categorico dell'inadempimento da parte del compratore: il venditore, dunque, anzichè esigere la restituzione della cosa venduta e di tutti i frutti percepiti dal compratore, poteva chiedere invece il pagamento del *pretium* mediante l'*actio venditi*, mantenendo cioè fermo il contratto.

4. Il *pactum de retrovendendo* e il *pactum de retroemendo* furono due clausole intese allo scopo di neutralizzare praticamente la vendita, a discrezione del compratore oppure del venditore. Mediante il *pactum de retrovendendo* il comprato-

re acquistava il diritto di rivendere la cosa al venditore per lo stesso prezzo entro un certo periodo di tempo. Mediante il *pactum de retroemendo* il venditore acquistava il diritto di riscattare la cosa, restituendo il prezzo al debitore entro un certo termine. Tanto l'uno quanto l'altro *pactum* avevano efficacia puramente obbligatoria, nel senso che non determinavano automaticamente la risoluzione del contratto, ma occorreva l'esercizio dell'*actio venditi* o dell'*actio empti* per ottenere, rispettivamente, la restituzione della cosa o la restituzione del prezzo.

5. Il *pactum displicentiae* serviva a riservare al compratore il diritto di restituire la merce al venditore, nel caso che non fosse di suo gradimento, reclamando in cambio la restituzione del prezzo. Tale patto poteva avere una duplice funzione: o la funzione di condizione sospensiva, nel senso che la efficacia della vendita fosse subordinata al gradimento del compratore; oppure la funzione di condizione risolutiva, nel senso che gli effetti della vendita avessero a cessare nel caso che la merce risultasse sgradita al compratore (« *si intra certum tempus displicuisset, merx redderetur* »). Nel caso che le parti avessero pattuito la *displicentia* ma non avessero fissato un termine, l'editto degli edili curuli accordava al compratore un'*actio in factum*, da esercitarsi entro 60 giorni, per risolvere il contratto. Quando al contratto era apposto il *pactum displicentiae* il compratore aveva la più ampia facoltà di approvare o disapprovare la merce, senza possibilità di essere sindacato dal venditore o da terzi.

5.1. Diverso dal *pactum displicentiae* era il « *pactum degustationis* », solitamente adoperato nel caso di compravendita di vino, in forza del quale il compratore era autorizzato ad accertare che il vino avesse le qualità desiderate: accertamento che, peraltro, doveva essere fatto *boni viri arbitrato*.

6. La *in diem addictio* fu una clausola accessoria della compravendita, soprattutto nei casi di vendita all'asta (« *venditio in auctionem* »). Questo patto dava il diritto al venditore di recedere dal contratto già concluso, nel caso che avesse ricevuto una offerta migliore entro un certo periodo di tempo. Tuttavia, al compratore si riconobbe il diritto di pozione nel contratto, ove egli facesse una offerta pari a quella fatta dal terzo. Si discuteva

in età classica circa la natura giuridica di questo patto: alcuni ritennero che esso costituisse condizione risolutiva dell'*emptio venditio*, nel senso che gli effetti dovessero prodursi sin dal momento della conclusione del contratto, salvo a risolversi in caso di offerta migliore da parte di un terzo e di accettazione di tale offerta dal venditore; altri invece, e più precisamente Ulpiano, sostennero che eventualmente la *in diem addictio* potesse essere considerata anche come condizione sospensiva del contratto, se e in quanto ciò fosse deducibile dall'analisi della fattispecie concreta.

126. LA « LOCATIO CONDUCTIO » E LE « OBLIGATIONES » CONSEGUENTI.

1. La *locatio conductio* era il *contractus* tra « *locator* » e « *conductor* », in forza del quale nascevano le seguenti obbligazioni: a) l'obbligo del *locator* di tenere per un certo periodo di tempo a disposizione del *conductor* un determinato oggetto giuridico; b) l'obbligo del *conductor* di restituire l'oggetto al *locator* dopo averlo utilizzato, per utile proprio o del *locator*, nel modo e per il tempo convenuto; c) l'obbligo della parte che avesse tratto un utile dal contratto (normalmente il *conductor*) di corrispondere all'altra (normalmente il *locator*), una somma di danaro (« *merces* ») a titolo di corrispettivo.

1.1. L'istituto della *locatio conductio* si affermò anch'esso, come la *emptio venditio*, nei rapporti tra Romani e *peregrini*, facendo il suo ingresso nel *ius privatum* per il tramite del *ius civile novum*. I suoi precedenti strettamente civilistici sono oscuri e, forse, si limitano a due ipotesi, che non dovettero essere in pratica nemmeno troppo frequenti: l'ipotesi del proprietario di una cosa mobile o immobile, che ne concedesse il possesso ad altri a titolo di *precarium* (n. 73), stipulando a parte un corrispettivo per questa sua concessione; e l'ipotesi del *libertus* che si ponesse a disposizione del *patronus* per eseguire ai suoi ordini gli stessi servigi prestatigli da *servus*, ottenendone peraltro in cambio una retribuzione (o promessa mediante *stipulatio* o, più di frequente, impegnata a titolo fiduciario). Nei rapporti commerciali tra Romani e *peregrini* l'istituto era, comunque, di grande utilità perchè permetteva di assi-

curare, contro un giusto corrispettivo, utilizzazioni temporanee di cose o di persone, nè richiedeva come suo presupposto una *datio*: prima si concludeva l'affare e poi si provvedeva a realizzarlo. La fortuna della *locatio conductio* fu, pertanto, vastissima nel *ius privatum* romano e lo schema, veramente semplicissimo, dell'istituto venne adottato, nel corso del periodo preclassico e di quello classico, alle più svariate applicazioni. Infatti, nella sua struttura essenziale, la *locatio conductio* ad altro non si riduceva che a questo: il *locator* si impegnava a porre un oggetto giuridico a disposizione del *conductor* (cioè a fargli spazio, a « *locum dare* », in ordine ad esso) e il *conductor* si impegnava per converso a restituirgli, dopo un certo tempo o dopo una certa utilizzazione, quell'oggetto (cioè a rimmetterglielo tra le mani, a riportarlo a lui con sé, a « *cum ducere* » l'oggetto giuridico): il tutto, beninteso, visto che si trattava di un affare, pagando (e, più precisamente, pagando quegli che dell'affare avesse tratto l'utile). Il che poteva servire a far godere al *conductor* una *res* immobile o mobile (in questo caso, avrebbe pagato il *conductor*), poteva servire a far godere al *conductor* le *operae* del *locator* stesso, cioè spesso del suo *libertus* (e in questo caso, ancora, avrebbe pagato il *conductor*), poteva servire a far sì che il *conductor* (per es.: un orefice, un sarto, un lavandaio) creasse un risultato di utilità del *locator* (e in questo caso, avrebbe pagato il *locator*).

1.2. Fu appunto perciò che la *locatio conductio*, nel periodo classico, era distinta in tre *species*, le quali in diritto giustiniano passarono addirittura ad essere considerate come figure contrattuali deverse: a) la « *locatio rei* », in forza della quale il *locator* era obbligato a mettere a disposizione del *conductor* (detto nel caso di fondi rustici *colonus*, e nel caso di immobili di abitazione *inquilinus*) una *res* materiale, mobile o immobile, affinché il *conductor* ne godesse e gli pagasse in corrispettivo una *merces*; b) la « *locatio operis* » (o, meglio si direbbe, *locatio rei ad opus perficiendum*), in forza della quale il *locator*, possessore di certi materiali, li metteva a disposizione di un artefice, affinché questi li lavorasse e li trasformasse per utilità di lui *locator*, che appunto per ciò si obbligava a pagargli ad *opus perfectum* una *merces*; c) la « *locatio operarum* », in forza della quale

il *locator* (cd. *mercennarius*), avendo specifiche capacità di lavoro, si obbligava a mettere se stesso, con riferimento a quelle sue capacità (*operae*), a disposizione del *conductor* (cd. *dominus*), che appunto per ciò era tenuto a pagargli una *merces*.

1.3. Delle tre *species locationis* dianzi tratteggiate quella originaria e paradigmatica fu indubbiamente la *locatio rei*, alla quale, dunque, deve essere anzi tutto rivolto lo studio.

2. Elementi costitutivi del *contractus* di *locatio conductio rei* furono: il *consensus in idem placitum*, comunque manifestato, delle parti; e il fine economico di far utilizzare, contro un giusto corrispettivo (*merces*), la *res locata* al *conductor*. Senza indugiarsi oltre su questi requisiti, saranno qui appresso illustrati solo tre punti: a) le caratteristiche della *res locata*; b) le caratteristiche della *merces*; c) la durata degli effetti del *contractus*.

2.1. La « *res locata* » poteva essere qualunque cosa, sia mobile che immobile, purchè inconsumabile. Non era escluso che la *res* fosse di proprietà dello stesso *conductor*, il quale se ne volesse assicurare la detenzione nei confronti del *locator* cui spettasse il possesso.

2.2. La « *merces* » consisteva normalmente in una somma di danaro, ma poteva consistere anche in altra cosa fungibile. Doveva essere in ogni caso garantita la possibilità di differenziare la figura del *locator* da quella del *conductor*. Nel caso di reciproca messa a disposizione di cose infungibili, si discuteva dai giuristi classici se si avesse una vera locazione: il diritto postclassico inserì l'ipotesi nel novero dei contratti innominati (n. 132). Nel caso che la *merces* fosse costituita dai frutti della cosa locata, genericamente indicati come tali, il locatario era tenuto a prestare tutti i frutti, quale che ne fosse la quantità. Tuttavia, in ordine alla locazione di fondi rustici, poteva farsi luogo alla « *colonia partiaria* », vale a dire alla locazione del fondo contro pagamento di una *merces* rappresentata da una quota dei frutti del fondo stesso, e conseguentemente con compartecipazione del *locator* alle vicende della coltivazione.

2.3. La « durata » della locazione era determinata dal contratto. In mancanza di determinazione contrattuale, si rispettavano gli usi locali. Poteva anche essere contrattata una « *locatio perpe-*

tua », valevole per sè e per gli eredi, ma comunque sottoposta all'ovvio potere del recesso dell'uno e dell'altro contraente. Se, al termine del periodo di locazione, il conduttore continuava nel godimento della *res locata* senza opposizione del *locator*, si riteneva verificata la cd. « *renovatio tacita* » del contratto. La riconduzione tacita aveva effetto sino al giorno in cui il *locator* chiedesse esplicitamente la restituzione della cosa, salvo il caso di locazione di fondi rustici, in ordine al quale si riteneva che, scaduto il termine del contratto, la rinnovazione tacita avesse efficacia di un anno, e successivamente per altre annate intere.

3. Le azioni derivanti dalla *locatio conductio rei* furono l'*actio locati* per il locatore e l'*actio conducti* per il conduttore: ambedue azioni di buona fede, comportanti l'invito al giudice a condannare il convenuto e « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* ». La grande malleabilità del mezzo giuridico fu l'elemento che favorì l'applicazione della *locatio conductio* anche alle ipotesi diverse dalla pura e semplice *locatio rei*.

4. L'obbligazione tipica del *locator* era di procurare e assicurare al *conductor* la detenzione della *res locata* per tutta la durata del contratto. In caso di evizione da parte di un terzo, dato che il *conductor* non era proprietario, ma semplice detentore della cosa, evidentemente altra via non gli era aperta che di agire con l'*actio conducti* contro il *locator*, allo scopo di costringerlo all'adempimento o al risarcimento. Se l'impedimento alla esecuzione del contratto derivava dall'intervento di un terzo, al quale il *locator* avrebbe dovuto proibire di effettuare la turbativa, il *locator* era tenuto a risarcire il *conductor* di tutto quanto l'interesse che il *conductor* riuscisse a dimostrare di avere alla esecuzione del contratto (*id quod interest*); se invece l'impedimento derivava da forza maggiore, il conduttore aveva soltanto diritto a che la *merces* gli fosse restituita o gli fosse comunque rimessa.

4.1. Dall'obbligo di tenere la *res* a disposizione del *conductor* derivava, a titolo accessorio, l'obbligo del *locator* di provvedere alla « manutenzione » della cosa locata affinché il *conductor* potesse pienamente utilizzarla nei limiti del contratto: in mancanza di che, il *conductor* aveva diritto a una congrua riduzione della

merces, oppure al rimborso delle spese di manutenzione fatte su sua iniziativa. Il *locator* non era, tuttavia, tenuto a conservare la proprietà della cosa per tutto il periodo della locazione, anche perchè non era necessario che egli fosse proprietario della cosa, ma era sufficiente che ne fosse possessore o detentore: nel caso che egli vendesse la cosa locata ad un altro, in costanza del contratto di locazione, si applicava il principio « *emptio tollit locatum* », per cui cioè si riconosceva che il nuovo proprietario era libero di non mantenere il contratto di locazione (pur non disconoscendosi, d'altra parte, che il proprietario precedente potesse essere tenuto, verso il *conductor*, al risarcimento dei danni).

5. Obbligazione tipica del *conductor* era quella di restituire la cosa al termine del contratto. Se la cosa risultasse deteriorata o distrutta, l'obbligazione si trasformava in quella di pagarne il valore.

5.1. Il *conductor rei* aveva inoltre l'obbligo di pagare le *merces* in corrispondenza al valore obbiettivo di utilizzazione della *res* ed alla durata del suo godimento, cioè alla durata della locazione. Il pagamento poteva avvenire in una volta sola o, più usualmente, a canoni periodici.

127. LE « LOCATIONES CONDUCTIONES » IRREGOLARI.

1. Rispetto al paradigma della *locatio rei*, la *locatio operarum* e la *locatio operis* furono indubbiamente figure di *locatio conductio* da qualificarsi irregolari, di cui occorre, dunque, indicare le principali note specifiche. Sarà anche bene che si parli, in questa sede, di quella singolare applicazione del regime della *locatio conductio*, che va usualmente sotto il titolo di *lex Rhodia de iactu*.

2. La *locatio operarum*, essendo derivata dalla locazione degli schiavi, conservò sempre il marchio di questa sua origine, sicchè si ritenne che non potesse costituirne oggetto qualsiasi tipo di servizio, sia manuale che intellettuale, ma che essa potesse riguardare soltanto servizi prevalentemente manuali, quali di solito erano prestati dagli schiavi. Al di fuori della *locatio operarum* rimasero, dunque, fondamentalmente, le « *artes inge-*

nuae », altrimenti dette « *operae liberales* », cioè le attività prevalentemente intellettuali (generalmente prestate dagli uomini liberi) quali le attività dell'avvocato, del medico e così via dicendo, anche quando tali attività fossero eventualmente prestate a titolo di continuità e di relativa subordinazione. Ogni negozio relativo alle *operae liberales* rimase estraneo alla *locatio conductio*, pur essendo strettamente affine alla *locatio operarum*, e fu pertanto oggetto di tutela *extra ordinem* da parte del pretore o degli imperatori.

2.1. Il *locator operarum* era tenuto a prestare personalmente le *operae* dedotte in contratto, contro corresponsione della mercede da parte del *conductor*. Le due obbligazioni erano indipendenti, nel senso che il *conductor* era tenuto al pagamento della *merces* anche quando il *locator*, cioè il prestatore di lavoro, fosse impossibilitato alla esecuzione del lavoro contrattato, a meno che non fosse intervenuto un patto contrario (per es.: il patto di non pagare il salario nei giorni in cui non fosse possibile il lavoro in rieviera a causa di inondazione della stessa). Caratteristica dell'obbligazione del *locator operarum* (cioè del lavoratore) fu la « subordinazione » completa di lui, nei limiti del tipo di attività e del periodo di tempo impegnato, alle direttive del *conductor* (datore di lavoro): ragion per cui le fonti parlano, a questo proposito, di « *se operasque suas locare* ».

2.2. La *locatio operarum* aveva termine per morte del *locator*, non ritenendosi possibile che le *operae* potessero essere prestate da altri che dallo stesso *locator*, pur essendo esse a carattere prevalentemente manuale: il che è una riprova del fatto che, *in radice*, oggetto del contratto non erano tanto le *operae*, quanto lo era lo stesso *locator*, limitatamente alle *operae* contrattate. Viceversa, se veniva a morte il *conductor*, i suoi diritti e i suoi obblighi si trasmettevano agli eredi, salvo che nel frattempo l'operaio non avesse trovato altra occupazione.

2.3. Il diritto postclassico, per influenza del Cristianesimo, fu tendenzialmente contrario alla *locatio operarum* ed al concetto di piena subordinazione del *locator* al *conductor* da essa implicato. La decadenza dell'istituto fu accentuata dal fenomeno della scarsità di mano d'opera, sia servile che libera, da cui furono poi provocate

le disposizioni del *ius novum* sulla *servitus glebae* e sulla ereditarietà dei mestieri. Ad ogni modo, l'istituto non subì, dal punto di vista della sostanza giuridica, notevoli modificazioni, se si voglia eccettuare la tendenza, del resto puramente formale, a considerare oggetto del contratto piuttosto le *operae* del lavoratore, che il lavoratore stesso.

3. La *locatio operis* era sorta come locazione di una cosa all'artefice, col compito da parte di costui di trasformarla, lavorandola, e di riconsegnarla al *locator*, contro pagamento di una *merces*. Con l'andar del tempo, nel corso del periodo classico, la *locatio operis* si staccò da questo paradigma iniziale ed assunse caratteristiche varie. Si ritenne pertanto dai classici che vi fosse *locatio operis* non soltanto quando un artefice si impegnasse a trasformare col suo lavoro e con la sua arte la cosa datagli da un *locator*, ma anche quando, senza aver ottenuto i materiali dal *locator*, l'artefice si impegnasse alla trasformazione di una cosa esistente, oppure alla creazione di una cosa non ancora esistente (per es.: costruire un edificio, fabbricare uno strumento, ecc.). Nel caso che la cosa da trasformare o da utilizzare non fosse procurata dal *locator* al *conductor*, si parlò di « locazione irregolare », e qualora le cose da restituire fossero fungibili, si ritenne che si avesse piuttosto un mutuo, che non una locazione; altri parlarono di un « contratto misto » di vendita del materiale e di *locatio operarum*.

3.1. L'obbligazione del *conductor operis* era, precipuamente, quella di eseguire l'*opus* stabilito, sia personalmente che, eventualmente, utilizzando l'opera dei propri schiavi, oppure l'opera di altri liberi lavoratori (assunti mediante *conductio operarum*), oppure anche col mezzo di sublocare l'*opus* ad un altro *conductor*, il quale si assumesse nei suoi riguardi l'impegno di effettuare il lavoro. Naturalmente, quando si effettuava la consegna dell'*opus* il *locator operis* aveva diritto alla « *adprobatio operis* », vale a dire al collaudo, da farsi, peraltro, *viri boni arbitratu* e non con criteri puramente personali. Inoltre, l'*opus* doveva essere eseguito nel tempo stabilito o, mancando la fissazione del termine, nel tempo ordinariamente necessario per effettuarlo.

3.2. La *locatio operis* sussisteva anche nel caso di morte del

locator e del *conductor*, salvo che l'attività da prestarsi dal *conductor* fosse attività di lui personalmente tutta caratteristica. Il che dimostra ancora una volta, come, essenzialmente, l'oggetto originario di questo tipo di locazione non fosse tanto l'*opus* contratto, quanto la cosa data per la sua trasformazione.

4. Connessa con l'argomento della *locatio conductio* è la materia delle avarie marittime, che nelle fonti romane appare inquadrata sotto il titolo della *lex Rhodia de iactu*. Il regolamento della cd. *lex Rhodia de iactu* fu particolarmente relativo alla ipotesi di getto a mare (*iactus*), da parte del capitano, (*magister*) di una nave in pericolo, delle merci dei caricatori. Il problema da risolvere fu quello della ripartizione fra tutti i caricatori del danno determinato dal getto delle merci, nella ipotesi che il capitano non avesse potuto gettare a mare proporzionalmente le merci caricate da ciascuno, ma avesse gettato le merci che prima gli fossero capitate sotto mano. Tuttavia l'effetto della ripartizione dei danni fra i caricatori non fu ottenuto, giuridicamente, attraverso una materiale divisione del danno stesso tra essi, ma fu ottenuto col giuoco delle *actiones locati* e *conducti*, nel senso che si ritenne: a) che i caricatori fossero *locatores* delle *merces* nei riguardi del *magister navis*, verso il quale, dunque, essi potevano agire per la restituzione delle merci stesse con le rispettive *actiones locati*; b) che il *magister navis* fosse, a sua volta, *locator* delle merci nei riguardi dei caricatori non danneggiati dal getto e relativamente alla loro quota di danno, sicchè egli poteva rivalersi verso gli stessi mediante un'*actio locati*.

128. LA « SOCIETAS » E LE « OBLIGATIONES » CONSEGUENTI.

1. La *societas* era il *contractus* tra due o più « *socii* », in forza del quale ciascun *socius* era obbligato a conferire in comune una certa entità, anche disuguale, di *res* o di *operae*, allo scopo di compiere una singola attività oppure varie attività, dividendo tra tutti, secondo criteri prestabiliti, i guadagni, nonchè eventualmente anche le perdite.

1.1. I precedenti civilistici della *societas* sono facilmente ravvisabili (e furono ravvisati dai Romani) nell'antico *consortium er-*

cto non cito, e in ispecie nel *consortium ad imitationem fratrum suorum* (n. 104). Ma la novità e i pregi dell'istituto (che i Romani chiamavano anche « *societas iuris gentium* » appunto per differenziarlo dalla cd. « *societas (veteris) iuris civilis* ») sono evidenti: soprattutto la mera obbligatorietà della *societas* (che non aveva come suo presupposto una *communio*, e tanto meno una *communio dominicale*) e la possibilità di regolare, con una disciplina giuridicamente rilevante, i rapporti tra le parti. Di qui, la grande fortuna della *societas* nel mondo romano.

1.2. La « *societas iuris gentium* » poteva essere di due specie: o *societas omnium bonorum*, oppure *societas unius negotiationis*. La « *societas omnium bonorum* » determinava l'obbligo di mettere insieme tutti i beni presenti e futuri dei soci e di ripartire indiscriminatamente tra i soci tutti i profitti e tutte le perdite: l'istituto, dunque, rassomigliava alquanto strettamente all'antico *consortium*, pur differendone per il carattere meramente obbligatorio. La « *societas unius negotiationis* », anche detta « *unius rei* », era invece quella che avesse per iscopo il compimento di uno o più affari determinati, o il raggiungimento di uno o più determinati obiettivi, anche se non patrimoniali.

2. Elementi costitutivi del *contractus* di *societas* furono: il *consensus in idem placitum*, comunque manifestato, delle parti e il fine pratico di conseguire un risultato economico utile a tutti attraverso il sacrificio (in beni economici o in attività personali) di ciascuno. Il *consensus* doveva essere « durevole »: il venir meno di esso determinava l'estinzione della *societas*.

2.1. A proposito degli « apporti promessi dai socii », è da dire che non era necessario che essi fossero identici o economicamente equivalenti, ma che, d'altro canto, non era possibile che un socio non apportasse nulla, essendo contrario al fine tipico della *societas* una associazione costituita *donationis causa*. Formò oggetto di discussioni, soprattutto tra giuristi dell'età preclassica, se fosse ammessa una sproporzione tra la partecipazione agli utili e la partecipazione alle perdite di uno o più socii (es.: patto per cui un socio partecipa agli utili per tre quarti ed alle perdite soltanto per un quarto): Quinto Mucio considerava questa fatti-

specie contra naturam societatis, mentre Servio Sulpicio Rufo e la sua scuola non trovarono difficoltà ad ammetterla. L'opinione della Scuola serviana finì, in età classica, per prevalere, con la limitazione che, peraltro, non fosse possibile la cd. « *societas leonina* », per cui ad un socio fosse assicurato esclusivamente e tutto il guadagno, mentre sull'altro o sugli altri soci incombessero esclusivamente le perdite. In mancanza di speciale accordo, doveva intendersi che la quota di ciascun socio, sia per ciò che attenesse agli utili che per ciò che concernesse le perdite, fosse proporzionata al numero dei soci.

3. L'azione concessa a ciascun socio contro gli altri per far valere i suoi diritti era l'« *actio pro socio* »: azione di buona fede, la quale importava la condanna al « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* » e l'infamia.

4. Obbligazione tipica di ciascun *socius* era di eseguire la prestazione promessa, cioè o di compiere a vantaggio degli altri soci gli atti di trasmissione di proprietà o di costituzione di diritti reali a cui si fosse impegnato, oppure di effettuare le attività che avesse promesso di effettuare a favore della *societas* nel suo complesso. In diritto postclassico si giunse a ritenere, correlativamente con la riduzione dei modi di trasferimento della proprietà alla sola *traditio* (che poteva essere anche fittizia), che il semplice accordo societario determinasse automaticamente il trasferimento della proprietà delle cose promesse dal socio alla *societas*.

4.1. Altra obbligazione dei *socii* era di rendere comuni gli acquisti operati per conto della *societas*. In cambio di che ciascun socio aveva diritto alla sua quota di utile ed agli eventuali rimborsi per spese e danni.

5. Cause di estinzione delle obbligazioni sociali erano: la scadenza del termine stabilito, l'avvenuta realizzazione dell'oggetto sociale, la sopravvenuta impossibilità di realizzarlo, l'esercizio dell'*actio pro socio* di un socio contro gli altri (che implicava il venir meno di quell'atmosfera di fiducia reciproca, che caratterizzava l'istituto), la morte o *capitis deminutio* di uno dei soci, il suo fallimento (*bonorum venditio* del suo patrimonio), la « *renuntiatio* » (cioè il recesso unilaterale) di un *socius*.

6. Non deve tralasciarsi di ricordare, a proposito della *societas*, l'esempio più imponente di questo istituto, sebbene non si trattasse di una ipotesi inquadrabile rigidamente nello schema dianzi descritto: quello delle *societates publicanorum*, cioè delle società a carattere finanziario o commerciale che intercorrevano tra *publicani*, vale a dire tra appaltatori di imposte e in generale di operazioni per conto dello Stato (es.: lavori pubblici). Furono appunto le *societates publicanorum* a dare la spinta al riconoscimento in Roma del contratto di società: riconoscimento che avvenne tanto più facilmente, in quanto che il commercio mediterraneo favorì la costituzione di *societates* tra Romani e *peregrini* per l'espletamento di grosse e rischiose operazioni di commercio.

129. IL « MANDATUM » E LE « OBLIGATIONES » CONSEGUENTI.

1. Il *mandatum* era il *contractus* tra « *mandator* » e « *mandatarius* », in forza del quale quest'ultimo si obbligava a titolo gratuito a compiere uno o più atti, commessigli dal *mandator* per l'utile proprio o di terzi o anche per un utile parzialmente del *mandatarius*, salvo eventuale obbligo del *mandator* a indennizzarlo delle spese e dei danni subiti nella esecuzione dell'incarico. Il termine « *mandatum* » non sta letteralmente a significare il contratto, ma solo l'incarico dato dal *mandator* al *mandatarius*. Pertanto, non sempre i *mandata*, di cui parlano le fonti, sono espressioni del contratto consensuale di *mandatum*, che più chiaramente dovrebbe chiamarsi « *mandatum acceptum* ».

1.1. Precedenti assimilati al *mandatum* furono ignoti al *ius civile vetus*. In quell'ambiente, commercialmente poco sviluppato, era raro che un *pater* avesse bisogno di rivolgersi ad un altro *pater familias* per incaricarlo di attività giuridiche, che avrebbe potuto compiere egli stesso, o personalmente o a mezzo dei suoi sottoposti. Viceversa, nell'ambiente del commercio mediterraneo del sec. III a. C. non dovette essere raro il caso che un operatore economico (romano o peregrino che fosse) facesse capo ad un suo corrispondente lontano (o inviasse lontano un suo uomo di fiducia) affinché attendesse al compimento di un affare, spesso nel comune inte-

resse, che egli non fosse in grado, chiamato ad altre cure, di trattare personalmente. Si trattava, in questi casi, di impegni particolarmente alla buona, tra mandante e mandatario: impegni che si inquadravano o nel comune interesse di entrambi a certe operazioni, o nelle intense relazioni di amicizia e di affari tra loro esistenti (relazioni che non comportavano un corrispettivo, ma tutt'al più un onorario, e sopra tutto implicavano il tacito impegno del mandante a ricambiare il favore alla prima occasione). E' da ritenere, pertanto, che tra i *contractus* del *ius civile novum* il *mandatum* sia giunto buon ultimo, e forse solo sullo scorcio dell'età preclassica, ad ottenere sanzione giuridica: fu forse solo la crisi dei sec. II-I a. C. a rendere vivo il problema, nella dissoluzione dei vecchi valori dell'*amicitia* e della *fides*, di costringere il *mandatarius* a ritenersi seriamente impegnato, attraverso l'esperibilità di un'*actio mandati*, al compimento di una attività che aveva liberamente accettato di compiere. Certo è che il *mandatum*, per la sua bilateralità solo eventuale e ancor più per la sua gratuità, mal si concilia con gli altri *contractus* del *ius civile novum*, tra i quali (è opportuno notarlo) non viene mai esplicitamente annoverato dalle fonti (che si limitano a mettere in evidenza la sua consensualità).

1.2. Il *mandatum* poteva essere, dunque, di varie specie, a seconda dell'interesse che fosse diretto a tutelare: « *mandatum mea gratia* », se determinava l'obbligo di compiere l'attività nell'interesse del soggetto *mandator* (al quale, dunque, il *mandatarius* avrebbe dovuto trasferire, in un secondo momento, gli effetti dell'attività compiuta); « *mandatum mea et tua gratia* », se determinava l'obbligo di compiere l'attività nell'interesse comune delle parti (*mandator* e *mandatarius*); « *mandatum aliena gratia* », se predisposto nell'interesse di un terzo (evidentemente, un cliente); e ancora « *mandatum mea et aliena gratia* » oppure « *tua et aliena gratia* », variazioni più scoperte del *mandatum aliena gratia*. Assurdo sarebbe stato un « *mandatum tua gratia tantum* », cioè nel solo interesse del mandatario: *mandatum* che era quindi considerato invalido.

2. Elementi costitutivi del *contractus* di *mandatum* furono: il *consensus in idem placitum*, comunque manife-

stato, delle parti e il fine pratico di compiere una attività per conto di chi avesse interesse.

2.1. Come per la *societas* (n. 128), era richiesto che il *consensus* fosse « durevole »: la « *revocatio* » da parte del *mandator* o la « *renuntiatio* » da parte del *mandatarius* estinguevano il contratto, sempre che l'attività commessa al *mandatarius* non fosse stata già iniziata.

2.2. L'attività commessa al mandatario non doveva essere necessariamente una attività « giuridica », sebbene questo essa fosse nella gran maggioranza dei casi. L'essenziale è che essa fosse « giuridicamente lecita » e « sufficientemente determinata ». Non era valido, dunque, il mandato di compiere atti illeciti (« *mandatum rei turpis* »), nè lo era il cd. « *mandatum incertum* ».

2.3. Essenziale del *mandatum* era la gratuità. Se era pattuito un compenso non si aveva mandato, ma *locatio operis*. Tuttavia poteva anche essere convenuta inizialmente, o attribuita posteriormente, una remunerazione, a titolo essenzialmente di gratitudine per l'opera svolta dal *mandatarius*. Questa remunerazione, denominata « *honorarium* », non costituiva, peraltro, oggetto del *mandatum*, sicchè non la si poteva richiedere con l'*actio mandati*, ma con un'*actio in factum* o, in taluni casi, con l'ausilio della *cognitio extra ordinem*.

3. L'azione del *mandator* contro il *mandatarius* era la *actio mandati (directa)*. L'azione eventuale del *mandatarius* contro il *mandator* era l'*actio mandati contraria*, che però forse aveva la stessa formula dell'azione diretta. Ambo le azioni erano di buona fede e implicavano la condanna del soccombente al « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* ».

4. Obbligazione tipica del *mandatarius* era di compiere l'attività chiesta dal mandante o di raggiungere lo scopo da lui designato, attenendosi esattamente alle istruzioni ricevute ed accettate. Non era, dunque, possibile esorbitare dai limiti delle istruzioni ricevute: onde si ritenne che, se il mandatario avesse ricevuto mandato di comprare una cosa per una certa somma e l'avesse comprata per una somma superiore, eccedendo perciò dai limiti del mandato conferitogli, il mandante avesse la scelta tra il ritenere nullo il mandato o viceversa di rite-

nerlo valido. D'altra parte, nella stessa ipotesi era discusso se il mandatario avesse azione contro il mandante per l'eccedenza: i Sabiniani negavano l'azione anche per la parte in cui il mandatario avesse agito nei limiti del mandato, mentre i Proculiani entro tali limiti accordavano l'azione e furono seguiti dalla giurisprudenza dominante del periodo classico e da quella postclassica.

5. Obbligo eventuale del mandante era di indennizzare il mandatario per le spese che avesse sostenuto in buona fede e per i danni che avesse subito nella esecuzione dell'incarico.

6. Cause di estinzione delle *obligationes ex mandato* erano: la scadenza del termine stabilito, l'avvenuta esecuzione dell'incarico, la sopravvenuta impossibilità di eseguire l'incarico e infine il recesso di una delle parti.

6.1. Il carattere personale e fiduciario del mandato faceva, inoltre, sì che non fosse concepita la possibilità di sussistenza del contratto allorchè venisse a morte uno dei due contraenti (« *mandatum morte resolvitur* »). E' discusso, invece, se il diritto classico ammettesse la possibilità di un « *mandatum post mortem mandatoris* » (da eseguirsi dal mandatario dopo la morte, o anche dopo la morte, del mandante): esso fu, comunque, ammesso dal diritto giustiniano.

7. Figura specifica e qualificata di mandato era il *mandatum pecuniae credendae*, cioè il mandato di mutuare danaro ad una terza persona. Tale istituto era adoperato a scopo di garanzia personale delle obbligazioni: il debitore, che volesse offrire garanzia del pagamento del debito al suo creditore, pregava un terzo (*mandator pecuniae credendae*) di far mandato al creditore di effettuare il mutuo. Così il creditore veniva ad essere nella possibilità di agire contro il debitore con l'*actio certae creditae pecuniae*, e di rivalersi eventualmente verso il *mandator* (garante) con l'*actio mandati contraria*.

130. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. La compravendita moderna (a. 1470-1547), a differenza di quella romana, ha di regola « efficacia reale »:

basta il semplice consenso perchè si attui il trasferimento della proprietà della cosa dal venditore al compratore. Come già nel diritto romano, tre sono gli elementi fondamentali del contratto di compravendita: la cosa, il prezzo, il consenso. Quest'ultimo deve cadere oltre che sulla cosa e sul prezzo, anche su quello che è l'oggetto principale del contratto, vale a dire sul trasferimento della proprietà: la volontà dei contraenti deve essere rispettivamente rivolta a trasferire e ad acquistare la proprietà della cosa (a. 1470).

1.1. In alcune ipotesi, però, l'effetto traslativo reale non può realizzarsi immediatamente; il venditore, senza trasferire la proprietà, si obbliga solo a farla acquistare al compratore (a. 1476, n. 2): il contratto ha quindi « efficacia obbligatoria ». Le ipotesi sono: a) la vendita di cose determinate solo nel genere, la cui proprietà si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti o nei modi da esse stabiliti; per le cose da trasportare da un luogo ad un altro l'individuazione si ha anche mediante la consegna al vettore o allo spedizioniere (a. 1378); b) la vendita alternativa, nella quale il trasferimento si verifica solo quando, con la concentrazione, è venuta meno la indeterminatezza della cosa oggetto della vendita; c) la vendita di cosa futura, in cui la mancanza attuale della cosa impedisce l'effetto reale della trasmissione della proprietà; questo si verifica non appena la cosa viene ad esistenza (a. 1472); d) la vendita di cosa altrui, nella quale il venditore si obbliga ad acquistare la cosa dal proprietario per trasmetterla al compratore: costui diventa proprietario *ipso iure* nel momento in cui la cosa è entrata nel patrimonio del venditore, senza che occorra un'ulteriore manifestazione di volontà (a. 1478); e) la vendita con riserva di proprietà, nella quale l'acquisto della proprietà viene differito al momento in cui il compratore avrà pagata l'ultima rata: l'effetto reale è sospensivamente condizionato al versamento integrale del prezzo (a. 1522 ss.).

1.2. L'obbligo del venditore di garantire il compratore per l'« evizione » della cosa costituisce un effetto naturale del negozio. Le parti possono quindi aumentare o diminuire gli effetti della garanzia e possono, perfino, in taluni casi, pattuire l'esonero totale da essa (a. 1487). L'evizione importa le conseguenze di cui agli a. 1483 e 1484 (risoluzione del contratto, restituzione del prez-

zo, risarcimento del danno). Il venditore è, inoltre, tenuto a garantire il compratore per quei « vizi o difetti occulti » della cosa, che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata, o che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore (a. 1490). Il compratore ha la facoltà di chiedere, a sua scelta, la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, salvo in entrambi i casi il risarcimento del danno (a. 1482). Il compratore perde, però, il diritto alla garanzia, se non provvede a denunciare i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta (a. 1495).

1.3. Un particolare tipo di vendita è la « vendita con patto di riscatto » (a. 1500 ss.). Si tratta di una vendita sottoposta ad una condizione risolutiva potestativa: il venditore al momento della conclusione del contratto, si riserva il diritto di riavere la cosa venduta mediante la restituzione del prezzo sborsato dal compratore; il contratto ha immediatamente effetti reali, ma questi vengono posti nel nulla qualora il venditore dichiari di voler riscattare la cosa venduta: e ciò senza che occorra una manifestazione di volontà del compratore, chè, anzi, la cosa ritorna nella proprietà del venditore anche contro la volontà del compratore. Per il grave stato di incertezza che il diritto di riscatto determina circa la definitiva proprietà della cosa, il legislatore ha sottoposto a un breve termine di decadenza l'esercizio del diritto medesimo (a. 1501).

1.4. Ad una disciplina particolare sono sottoposte alcune forme speciali di vendita. Tali sono la vendita di eredità (a. 1542-1547), la vendita dell'azienda (a. 2556), la vendita su documenti e con pagamento contro documenti (a. 1527-1530) e la vendita a termine di titoli di credito (a. 1531-1536).

2. Le tre diverse specie della *locatio conductio* del periodo classico sono divenute nel diritto moderno figure contrattuali diverse. Mentre la terminologia della « locazione » è ora riservata alla sola locazione di cosa (a. 1571-1654), l'antica *locatio operarum* è divenuta « contratto di lavoro subordinato » (a. 2094-2129), la *locatio operis* si è riversata nel « contratto di appalto » (a. 1655-1677), nel « contratto d'opera » (a. 2222-2228) ed, in particolari altre figure tipiche di contratto.

2.1. Il rapporto che deriva dalla locazione ha natura

obbligatoria; la locazione non genera nel conduttore che un diritto di credito. Nè è decisiva, a favore della realtà del rapporto, la riconosciuta efficacia della locazione anche nei confronti dell'avente causa dal locatore. Si deve, infatti, solo a ragioni di utilità pubblica e di equità se il nostro codice, a differenza del diritto romano, ha stabilito che il trasferimento a titolo particolare della cosa locata non estingue il rapporto (« *emptio non tollit locatum* »): il contratto di locazione è opponibile al terzo acquirente se è di data certa anteriore all'atto di alienazione, o, quando la locazione non ha data certa, se la detenzione del conduttore sia anteriore al trasferimento. La norma, peraltro, non si applica alla locazione di beni mobili non registrati, se l'acquirente ne ha conseguito il possesso in buona fede (a. 1599 co. 2 e 1153 co. 2).

2.2. La locazione può avere ad oggetto qualsiasi cosa, sia mobile che immobile, purchè inconsumabile. Se viene locato un bene immobile per un periodo superiore ai 9 anni, è richiesta la forma scritta *ad substantiam* e il contratto è soggetto a trascrizione (a. 2643, n. 8). Se questa manca, la locazione non è opponibile al terzo acquirente, se non nei limiti di un novennio dall'inizio della locazione (a. 1599 co. 3).

3. Quando oggetto della locazione è una cosa produttiva, mobile o immobile, si ha il contratto di *a f f i t t o*, la cui funzione è quella di incrementare la produzione (a. 1615-1654). Perciò è fatto obbligo all'affittuario di curare la gestione in conformità della destinazione economica della cosa e dell'interesse della produzione e gli è conferito il potere di prendere iniziative atte a produrre un aumento di reddito della cosa, purchè esse non importino obblighi per il locatore, non gli arrechino pregiudizio e siano conformi all'interesse della produzione (a. 1620). Particolari forme di affitto previste dal nostro codice sono l'affitto di fondi rustici (a. 1628-1646), l'affitto a coltivatore diretto (a. 1647-1654) e l'affitto dell'azienda (a. 2112).

4. Sulla traccia dell'antica *locatio operis* del diritto romano è costruito il moderno contratto di *a p p a l t o*, nel quale, però, l'oggetto non è tanto costituito dalla cosa data per la sua trasformazione, come nell'ipotesi originaria di *locatio operis* del diritto romano, quanto dal risultato finale, dall'*opus* stesso al cui compi-

mento si mira. L'appalto è il contratto col quale una parte (appaltatore) assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio nei confronti di un'altra (appaltante) verso un corrispettivo in danaro. L'organizzazione dei mezzi necessari e l'assunzione da parte dell'appaltatore della gestione a proprio rischio costituiscono gli elementi caratteristici dell'appalto. Prevale quindi, nel contratto, l'*intuitus personae* e ciò spiega perchè il nostro codice abbia vietato il subappalto, a meno che non vi sia stata una esplicita autorizzazione del committente (a. 1656).

4.1. L'oggetto può essere costituito o dal compimento di un'opera o dalla prestazione di un servizio. L'opera deve essere eseguita dall'appaltatore secondo quanto stabilito nel progetto; l'appaltatore, infatti, non può di regola, senza autorizzazione del committente, apportare variazioni alle modalità convenute della opera. Perciò al committente è riconosciuto il diritto di vigilare e di controllare, nel corso di esecuzione dell'opera, lo svolgimento dei lavori (a. 1662) e di verificare, dopo il compimento dell'opera stessa, se essa è stata bene eseguita (a. 1665).

5. Un'altro caso di locazione di opera espressamente contemplato dal nostro codice è il contratto di *trasporto*, il quale può essere considerato una sottospecie del contratto di appalto perchè anche di esso è oggetto uno speciale servizio. Con il contratto di trasporto una parte (vettore) si obbliga verso corrispettivo a trasferire persone o cose da un luogo ad un altro: si distinguono così un « trasporto di persone » (a. 1681-1682) e un « trasporto di cose » (a. 1683-1702); con riguardo poi all'elemento naturale attraverso cui la persona o la cosa è trasportata, si distinguono il trasporto terrestre e il trasporto per acqua o per aria. La disciplina del contratto di trasporto terrestre è contenuta nel c.c.; quella del trasporto per acqua e per aria nel codice della navigazione (a. 396-418, trasporto di persone per acqua; a. 419-456, trasporto di cose per acqua; a. 940-949, trasporto di persone per aria; a. 950-955, trasporto di cose per aria).

5.1. Nel « trasporto di persone », il vettore ha l'obbligo di trasportare la persona e di garantire l'incolumità di questa e l'integrità delle cose che essa rechi con sè; egli è pertanto responsa-

bile, oltre che per il ritardo e per l'inadempimento, anche dei sinistri che colpiscono il viaggiatore e della perdita o dell'avaria dei bagagli (a. 1681 c.c.). La responsabilità del vettore viene meno nel caso che egli provi di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Ciò vale anche per i contratti di trasporto gratuito (a. 1681 co. 3).

5.2. Nel « trasporto di cose », il vettore ha l'obbligo di provvedere alla custodia e alla conservazione delle cose a lui affidate per il trasporto. Ben grave è la sua responsabilità per il caso di perdita o di avaria delle cose consegnate. In deroga ai principi comuni, infatti, non basta al vettore, per liberarsi dalla responsabilità *ex recepto*, la prova negativa che il danno non è derivato dal fatto proprio o delle persone da lui impiegate, ma è necessario che egli identifichi concretamente la causa non imputabile (caso fortuito, natura o vizi delle cose o del loro imballaggio, fatto del mittente o del destinatario) che ha dato luogo alla perdita o all'avaria delle cose trasportate (a. 1693).

6. Nell'ambito della figura della *locatio operarum* rientra il contratto di lavoro subordinato. E' questo il contratto con il quale un soggetto (prestatore di lavoro: operaio, impiegato) si obbliga verso altri (imprenditore) mediante retribuzione (mercede, salario, onorario) a collaborare nell'impresa prestando il proprio lavoro, sia esso intellettuale o manuale, alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore (a. 2094). Non influisce sulla natura giuridica del contratto, ma semplicemente sulla entità della retribuzione, il fatto che la prestazione del lavoro sia convenuta a periodi di tempo o per quantità di lavoro.

6.1. La vigente legislazione ha fortemente limitato l'autonomia, che, in materia di lavoro, era riconosciuta alle parti, stabilendo in maniera inderogabile le garanzie dei diritti del prestatore di lavoro. Tra l'altro, l'a. 2113 sancisce la nullità delle rinunce e delle transazioni che abbiano ad oggetto i diritti che derivano al lavoratore da disposizioni inderogabili (a. 2103- 2107, 2109 co. 4, 2125).

6.2. Dal contratto deriva per il lavoratore l'obbligo di prestare il proprio lavoro, usando la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore

della produzione (a. 2104). A questa obbligazione principale altre se ne aggiungono, quali il dovere della fedeltà, che consiste nell'astenersi dalla concorrenza con l'imprenditore (a. 2105), e quello dell'obbedienza che si materializza nel rapporto di subordinazione gerarchica del prestatore d'opera all'imprenditore (a. 2086). A carico dell'imprenditore v'è l'obbligo della retribuzione, la quale non soltanto deve essere proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato, ma deve assicurare anche un'esistenza libera e dignitosa al lavoratore e alla propria famiglia (a. 36 Cost.).

7. Dal contratto di lavoro subordinato va tenuto distinto il contratto d'opera (a. 2222-2228), con il quale una persona si obbliga verso un corrispettivo a compiere un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente (a. 2222). Non vi è, quindi, un soggetto che ponga, come nel lavoro subordinato, le proprie energie lavorative al servizio di un altro, ma un soggetto che si obbliga al compimento di un'opera, al risultato dell'attività lavorativa propria. Inoltre, l'elemento della subordinazione, che caratterizza il contratto di lavoro subordinato, manca nel contratto d'opera. La prevalente personalità della prestazione e la mancanza degli elementi (organizzazione dei mezzi e rischio nella gestione), caratteristici nell'appalto, valgono poi a distinguere da questo il contratto d'opera.

8. La definizione che il nostro codice dà della società induce a qualificare il negozio costitutivo di essa come contratto: non sono mancati, però, gli autori, i quali, rilevando che gli interessi dei soci sono non contrastanti ma convergenti, hanno ritenuto più esatta per la società la qualifica di atto collettivo. Dall'a. 2247 si ricava che gli elementi costitutivi del contratto di società sono: a) il conferimento di beni o di servizi; il negozio di conferimento ha natura reale o obbligatoria, a seconda che abbia per oggetto il trasferimento attuale dei beni conferiti, oppure servizi, prestazioni di attività ecc.; b) l'esercizio in comune di un'attività economica, non necessariamente a carattere commerciale; c) il fine di ripartire gli utili tra i soci. Per alcuni tipi di società è richiesto un ulteriore elemento, costituito dalla « pubblicità ». Questa si attua con la iscrizione dell'atto costitutivo nel registro

delle imprese, che è tenuto da un apposito ufficio sotto la vigilanza di un giudice delegato dal Presidente del Tribunale (a. 2188). La iscrizione nel registro ha efficacia costitutiva: con essa, cioè, alcune società (società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata) acquistano la personalità giuridica (a. 2331, 2464, 2475). Mancando la iscrizione i soci sono illimitatamente e solidalmente responsabili di fronte ai terzi per le operazioni compiute in nome della società. Effetti più limitati ha la pubblicazione dell'atto costitutivo che il codice dispone per le società in nome collettivo e in accomandita semplice (a. 2296, 2315).

9. Sotto la generale denominazione di contratti agrari sono, di regola, ricompresi tutti quei contratti che hanno ad oggetto il godimento dei fondi rustici e degli altri beni connessi con l'agricoltura. Rientrano in questa categoria, oltre il contratto di affitto, nelle due forme dell'affitto di fondi rustici e dell'affitto a coltivatore diretto, numerose figure contrattuali, largamente diffuse in Italia, nelle quali si trovano comunisti elementi della locazione di cose e, soprattutto, elementi del contratto sociale, ma la cui più precisa natura è ancora oggi oggetto di controversie. Le figure più comuni di questi contratti sono costituite dalla mezzadria, dalla colonia parziaria e dalla soccida, che trovano la loro disciplina nel c.c. sotto il capo dell'impresa agricola (a. 2141 ss.), nel libro del lavoro; l'affitto di fondi rustici e l'affitto a coltivatore diretto la trovano invece, come si è già visto, sotto il capo della locazione, nel libro delle obbligazioni.

9.1. Il contratto di « mezzadria » (a. 2141-2163) è definito come il contratto con il quale una parte (concedente) ed un'altra (mezzadro), quest'ultima in proprio e quale capo di una famiglia colonica, si associano per la coltivazione di un podere e per l'esercizio delle attività connesse, al fine di dividerne a metà i prodotti e gli utili. La mezzadria è quindi un contratto associativo, ma con particolari caratteristiche, di cui la più importante è il rapporto di subordinazione in cui il mezzadro si trova con il concedente, il quale ha la direzione dell'impresa (a. 2145).

9.2. Caratteristiche comuni con la mezzadria presenta il contratto di « colonia parziaria » (a. 2164-2169). Ciò è reso palese dall'estensione di varie norme proprie della disciplina del contratto

di mezzadria al contratto di colonia (a. 2169). Ma non mancano le differenze fra i due contratti. Nella mezzadria infatti si presuppone il conferimento di un « potere », dotato di quanto occorre per l'esercizio dell'impresa, e di un'adeguata casa per la famiglia colonica (a. 2145), mentre nella colonia parziaria non è necessario che il fondo sia poderato o provvisto di casa colonica, ma basta che sia in istato di servire alla produzione alla quale è destinato (a. 2166). Inoltre, mentre nella mezzadria primeggia la figura della famiglia colonica, in quanto nel contratto viene dedotta non soltanto l'opera del mezzadro, ma anche quella della famiglia stessa, nella colonia parziaria quella figura manca: viene dedotta nel contratto, infatti, la sola attività lavorativa del colono, il quale è tenuto a garantire la coltivazione del fondo, e non è escluso che a questa possa provvedere anche con mano d'opera estranea alla famiglia.

9.3. Con il contratto di « soccida » (a. 2170-2186), anch'esso a struttura associativa, due parti (soccidante e soccidario), si associano per l'allevamento e lo sfruttamento di una certa quantità di bestiame e per l'esercizio delle attività connesse, al fine di ripartire l'accrescimento del bestiame e gli altri prodotti utili che ne derivano (a. 2170). La soccida è anche caratterizzata da un rapporto di subordinazione tra le due parti: al soccidante, infatti, spetta la direzione dell'impresa, la quale deve essere esercitata secondo le regole della buona tecnica dell'allevamento (a. 2173). Nel codice si distinguono vari tipi di soccida: la soccida semplice (a. 2171-2181), la soccida parziaria (a. 2182-2185), la soccida con conferimento di pascolo (a. 2186).

10. Il m a n d a t o del diritto vigente (a. 1703-1741) ha perduto il carattere di negozio a titolo gratuito: l'a. 1709 dispone, infatti, che il mandato si presume oneroso. Con il contratto di mandato, il mandatario si obbliga a compiere atti giuridici (non anche atti materiali, come nel diritto romano) per conto del mandante (a. 1703).

10.1. Il mandato può essere « con rappresentanza » e « senza rappresentanza »: la differenza consiste nella spendita del nome del mandante, la quale caratterizza il mandato con rappresentanza. Se il mandatario agisce in nome e per conto del mandante

(mandato con rappresentanza), tutti gli effetti giuridici dell'attività conclusa ricadono direttamente nella sfera patrimoniale di quest'ultimo: il mandatario, cioè, con la propria dichiarazione di volontà obbliga direttamente il mandante nei confronti dei terzi contraenti. Se il mandato, invece, è senza rappresentanza, il mandatario agisce in nome proprio e, pertanto, in capo a lui ricadono gli effetti giuridici: il mandatario acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dal negozio concluso con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato. La semplice conoscenza del mandato, infatti, da parte dei terzi, non equivale a spendita del nome del mandante (a. 1705): al mandatario incombe quindi l'obbligo di trasferire con un nuovo atto al mandante i diritti acquistati. Tale norma non si applica, peraltro, ai beni mobili non registrati, per i quali il legislatore ha dato diritto al mandante di rivendicarne dai terzi la proprietà, salvi gli effetti del possesso di buona fede (a. 1706).

10.2. Forme particolari di mandato senza rappresentanza sono i contratti di « commissione » (a. 1731-1736) e di « spedizione » (a. 1737-1741), i quali sono qualificati dal contenuto dell'attività giuridica da compiere: acquisto o vendita di beni, nella commissione; conclusione di un contratto di trasporto, nella spedizione.

§ 19. — LE « OBLIGATIONES » NON « CONTRACTAE »

SOMMARIO: 131. Le *obligationes ex pacto*. — 132. Le *obligationes* da convenzioni *sine nomine*. — 133. Le *obligationes* da cause non convenzionali. — 134. Le *obligationes ex negotiorum gestione*. — 135. Le *obligationes ex indebiti solutione*. — 136. Ragguaglio di diritto moderno.

131. LE « OBLIGATIONES EX PACTO ».

1. Una prima categoria di *obligationes* non « *contractae* », nè derivanti da « *contractus* », almeno nel senso originario (e storicamente più proprio) di questi termini, fu costituita dalle *obligationes ex pacto*, cioè dai rapporti relativi di debito

costituiti mediante *pacta* e riconosciuti dal *ius privatum* romano in varie epoche, a partire dall'età preclassica.

1.1. Il termine « *pactum* », proveniente dall'antico verbo « *pacere* » e dal più recente « *pacisci* », sta ad indicare genericamente un accordo intervenuto tra due o più persone allo scopo di regolare una certa situazione di comune interesse. L'istituto del *pactum* non fu considerato, tuttavia, dal *ius civile* produttivo di per se stesso di conseguenze giuridiche, salvo che non si trattasse di « *pactum adiectum* » a qualche negozio, cioè di una qualche pattuizione accessoria al negozio stesso, o che al *pactum* non avesse conferito specifico rilievo giuridico, in relazione a particolari situazioni, qualche provvedimento di governo, ed in particolare una *lex*, nel qual caso si parlava di « *pactum legitimum* ». Un esempio risalente di *pactum legitimum* è fornito dalla legge delle XII tavole, là dove stabiliva che nella ipotesi di *membrum ruptum* (n. 139), la conseguenza tradizionale del taglione potesse essere evitata da un *pactum* intervenuto tra l'offeso e l'offensore, o tra i relativi *patres familiarum*: « *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto* ». *Iure civili*, i *pacta* in quanto tali, insomma, erano istituti di per sè irrilevanti, produttivi di conseguenze determinate dal generico costume sociale, ma non comunque di conseguenze previste per essi dall'ordinamento: onde la regola « *nudum pactum non parit obligationem (actionem)* ».

1.2. A parte sporadiche disposizioni legislative, un certo quale rilievo di portata generale fu conferito ai *pacta* dal *ius honorarium* attraverso una clausola dell'*edictum praetoris* del seguente tenore: « *pacta conventa servabo* ». Con questo editto il pretore intese dare rilievo ai patti modificativi di rapporti obbligatori, cioè ai *pacta de non petendo*, sia totali (patto di non chiedere mai l'intera prestazione) che parziali (patto di non chiedere parte della prestazione o di non chiedere la prestazione in certe circostanze o sino ad un certo momento), mediante la concessione di una *exceptio pacti conventi*: se il creditore, malgrado l'intervenuto patto, pretendeva la prestazione, il debitore poteva opporgli in giudizio la *exceptio* (*peremptoria* o *dilatoria*, a seconda dei casi), con l'effetto di ottenere l'assoluzione, in caso di insistenza nel processo, e di raggiungere quindi indirettamente la liberazione dal debito. A par-

te ciò, altri specifici *pacta* ebbero riconoscimento dal pretore, che ad essi ricollegò *exceptiones* o *actiones in factum*. Nel diritto classico si giunse pertanto a distinguere tra « *nuda pacta* » (improduttivi di *obligationes*), « *pacta praetoria* » (determinativi di un *teneri honoraria actione*) e « *pacta legitima* » (determinativi ciascuno di conseguenze specificamente indicate da qualche provvedimento di governo).

1.3. In età postclassica, il concetto di *pactum* tese ad identificarsi con il concetto di *conventio*, che a sua volta tese a riassumere in sè la nozione di *contractus*. Pertanto, andò formandosi una categoria unitaria dei *pacta*, determinativi sia di *obligationes* che, talvolta, di diritti assoluti.

2. Le *obligationes ex pacto*, di cui è opportuno far cenno in questa sede sono: quelle derivanti dai *pacta praetoria* denominati *constitutum debiti*, *pactum iurisiurandi* e *recepta*; e quelle derivanti da un *pactum legitimum* postclassico denominato *donatio* o *pactum donationis*.

3. Il *constitutum debiti* era il patto di pagare, ad una certa scadenza, un debito proprio o altrui: si distingueva, pertanto, il « *constitutum debiti proprii* » dal « *constitutum debiti alieni* », costituito quest'ultimo a garanzia dell'altrui debito. La denominazione di « *constitutum debiti* », derivò dal fatto che « *constituere diem* » significava fissare un giorno, stabilire una scadenza per l'adempimento. Verso la fine dell'età preclassica, a quanto risulta dalla testimonianza di Cicerone, il *constitutum debiti* era preso in considerazione dal pretore nel senso che all'inadempimento del patto era ricollegata una sanzione penale da richiedersi mediante apposita *actio*, intrasmissibile passivamente e di durata annale. Col tempo l'« *actio pecuniae constitutae* » perse il suo carattere penale, ma conservò sino a Giustiniano la caratteristica della annalità.

3.1. Il *constitutum debiti, proprii* o *alieni*, presupponeva sempre la esistenza di un rapporto obbligatorio precedente: il che è chiaro nel caso del *constitutum* di garanzia, ma deve ritenersi altrettanto sicuro, anche se meno evidente, nel caso di *constitutum* di debito proprio. Quest'ultimo, dunque, serviva principalmente allo scopo di differire l'adempimento dell'obbligazione.

3.2. Quanto all'oggetto della prestazione, l'editto parlava di « *pecunia debita* », ma la giurisprudenza interpretò estensivamente la clausola edittale, ammettendo che il *debitum constitutum* potesse essere anche fatto di cose fungibili in genere. Giustiniano ritenne infine che qualunque oggetto potesse essere dedotto nel *constitutum*.

4. Il *pactum iurisiurandi* era una convenzione, mediante la quale due parti in lite decidevano di porre fine alla lite stessa (e di evitare di trascinarla in giudizio), rimettendosi ad un giuramento da prestarsi da una delle due: o il *iusiurandum* sul tema « la mia pretesa ad avere da te una certa prestazione è fondata », oppure il *iusiurandum* sul tema « la tua pretesa ad avere da me una certa prestazione è infondata ». Nel primo caso, se la prestazione, malgrado il prestato giuramento, fosse poi stata rifiutata, l'autore del giuramento aveva contro l'altra parte un'« *actio de iureiurando* ». Nel secondo caso, se la prestazione, malgrado il prestato giuramento, fosse poi stata richiesta, l'autore del giuramento aveva contro l'altra parte una « *exceptio iurisiurandi* ».

5. Il *receptum arbitrii* era l'accettazione dell'incarico di procedere ad un arbitrato tra due parti, fatta dalla persona designata come arbitro. Infatti, le parti in contestazione, allo scopo di evitare il processo, potevano stabilire, mediante un *compromissum*, di deferire la questione che li interessasse al giudizio di un arbitro, scelto con criteri determinati di comune accordo. Il *compromissum* impegnava le parti a sottostare al giudizio dell'*arbiter*, ma, evidentemente, non impegnava l'*arbiter* ad esercitare la sua attività di giudizio. A questo scopo occorreva che l'*arbiter*, su richiesta delle parti, accettasse il compito commessogli, e cioè che si verificasse tra lui e le parti un « patto di arbitrato »: « *qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam* ». La costrizione dell'*arbiter* a « *dicere sententiam* » non era ottenibile mediante una regolare *actio*, ma solo mediante un ricorso al pretore, il quale, a sua volta, esercitava mezzi coercitivi straordinari nei riguardi dell'*arbiter* riluttante (*pignoris capio, mul-tae*, ecc.).

5.1. Per ciò che riguarda il « *compromissum* », è da precisare che esso, in età classica, non era un *pactum*, ma era il frutto

di reciproche *stipulationes* tra le parti, mediante le quali queste si impegnavano a pagare una penale nel caso che non sottostessero all'eventuale condanna dell'arbitro. *Pactum legitimum* diventò il *compromissum* ad opera di Giustiniano, il quale stabilì che la convenzione di compromesso ed il relativo *receptum arbitrii* costituissero un tutt'uno, impegnativo sia per le parti che per l'arbitro, se fossero sanciti mediante giuramento. Più tardi Giustiniano dispose che il patto fosse definitivamente valido, se le parti avessero data acquiescenza scritta alla sentenza dell'arbitro o non avessero reclamato contro tale sentenza nei dieci giorni. Per ottenere l'esecuzione della sentenza Giustiniano concesse una *condictio ex lege*.

6. Il *receptum nautarum, cauponum, stabulariorumque* era un mezzo di assunzione di responsabilità per eventuale perdita degli oggetti del cliente da parte dei capitani di nave (*nautae*), degli albergatori (*caupones*) e degli stallieri (*stabularii*). L'elemento convenzionale, in tutte queste ipotesi, passava in secondo piano di fronte alla considerazione che un capitano di nave, o rispettivamente un oste o uno stalliere, nel ricevere un passeggero, un viandante o un animale, si assumeva un obbligo specifico di provvedere alla sua salvezza, evitandogli danneggiamenti, deterioramenti e perdite di qualunque genere. Appunto in considerazione di ciò, il pretore dispose che i *nautae*, i *caupones* e gli *stabularii* fossero responsabili nei riguardi dei clienti per tutto ciò che « *salvum fore receperint* », cioè per tutto quello che avessero ricevuto con l'implicita intesa di preservarlo da danni.

7. Il *receptum argentarii* era il patto mediante il quale un banchiere assumeva su di sé (« *in me recipio* ») il debito, che un cliente avesse nei riguardi di un terzo. Contro il banchiere, ed a favore del terzo, il pretore accordava un'« *actio recepticia* » per l'adempimento dell'impegno assunto, pur non essendo stato tale impegno assunto nei riguardi del terzo ma solo nei riguardi del cliente. Limiti alla utilizzazione dell'istituto furono costituiti: dal fatto che il *receptum* poteva essere assunto solo da un banchiere, dato che solo relativamente ad un *argentarius* era socialmente ovvio che sorgesse l'impegno di pagare al terzo, nel

caso di patto intervenuto a tale scopo con il cliente; ed inoltre dal fatto che del *receptum argentarii* poteva formare oggetto solo *pecunia certa*. L'istituto ebbe essenzialmente funzioni di garanzia e nel diritto postclassico-giustiniano si confuse col *constitutum debiti alieni*.

8. Il *pactum donationis* o « *donatio* » era, in diritto giustiniano, il patto tra donante e donatario, mediante cui il primo si impegnavo a compiere un atto di liberalità, cioè un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo, a favore del secondo. Salvo che per alcuni casi speciali e per le liberalità di modico valore (fino a 500 *solidi*), il patto doveva essere steso per iscritto e doveva essere presentato per la « *insinuatio* », cioè per l'annotazione nei pubblici registri. Tuttavia, sempre in diritto giustiniano, nulla impediva che la liberalità fosse compiuta, anziché mediante l'assunzione di un'obbligazione, mediante un trasferimento immediato (da effettuarsi nei modi suoi propri) dei diritti sulla cosa, oppure in altra maniera.

8.1. A questa configurazione giustiniana si pervenne solo dopo un'evoluzione lunga e tortuosa. In diritto preclassico e classico, infatti, le attribuzioni patrimoniali a titolo di liberalità (« *donationes* ») non si realizzavano mediante negozi tipici, ma potevano trasfondersi in qualunque tipo di negozio che, di volta in volta, sembrasse (con gli opportuni ritocchi) il più appropriato allo scopo: una *mancipatio*, una *traditio*, una *emptio venditio* a *pretium* simulato, un pagamento deliberato e cosciente di un *indebitum* ecc. Questa indiscriminata possibilità creava una situazione gravosa per i privati e per i giudici, in quanto erano invalide le *donationes inter virum et uxorem* ed erano altresì vietate (dalla *lex Cincia de donis et muneribus* del 204 a.C.) le *donationes* tra estranei (non parenti) al di sopra di una certa misura, ridotta (« *modus legis Cinciae* »): il che significava che, sorgendo una questione (per esempio, dalla opposizione di una *exceptio legis Cinciae* alla richiesta di adempimento di una obbligazione), bisognava faticosamente provare e indagare se un negozio, apparentemente volto a tutt'altri fini, fosse stato in realtà utilizzato per l'attuazione di un fine di liberalità. Allo scopo di mettere un po' d'ordine, quanto meno esteriore, nella complessa materia, Costantino (ferma restan-

do la invalidità dei negozi *inter virum et uxorem*, comunque fatti, *donationis causa*) dispose che la *donationes* fra estranei non fossero valide senza la forma scritta e la *insinuatio* nei pubblici registri.

8.2. La soluzione adottata da Giustiniano in ordine al *pactum donationis* fu, dunque, intermedia tra il radicalismo in un senso del diritto preclassico e classico e il radicalismo nel senso opposto di Costantino: la scrittura e l'*insinuatio* furono pretese solo in ordine alle donazioni di carattere « obbligatorio », mentre per ogni altro tipo di liberalità (donazioni « con efficacia reale » e donazioni « liberatorie ») fu ripristinata la libertà antica di compierle come meglio si preferisse, e fu quindi ripristinata l'antica esigenza di indagare di volta in volta se in un determinato atto giuridico si fosse intromessa la « *causa donationis* ». Bisogna aggiungere, peraltro, che in età giustiniana era ormai dominante l'abitudine di compiere le donazioni di una certa entità solo sulla base di atti scritti, anche perchè la proponibilità dell'*exceptio legis Cinciae* era stata limitata alla vita del donante (« *morte Cincia removetur* ») e, d'altra parte, al donante (che fosse, beninteso, sicuramente tale) era stato concesso il potere di revocare la donazione nelle ipotesi di manifesta ingratitudine del donatario.

132. LE « OBLIGATIONES » DA CONVENZIONI « SINE NOMINE ».

1. Nel quadro delle « *obligationes non contractae* », cioè non rientranti negli schemi del *ius civile* (*vetus* e *novum*), meritano una trattazione a parte le *obligationes* derivanti da convenzioni « *sine nomine* ». Alcuni atti giuridici causativi di queste *obligationes* furono già individuati e studiati dalla giurisprudenza classica, ma la categoria ebbe particolare fortuna nell'età postclassica, nel corso della quale ricevette, sopra tutto ad opera della giurisprudenza orientale, una regolamentazione più completa e meglio articolata.

1.1. Si parla di « *conventiones sine nomine* » (o, più comunemente, di « contratti innominati ») per riferirsi a certi negozi convenzionali, che non ebbero, come i *contractus* civilistici un proprio *nomen iuris*, cioè una propria denominazione (e sopra tutto

una propria regolamentazione) specifica (« tipica »), ma furono inquadrati entro schemi generali, atipici, cioè passibili di svariate applicazioni. Gli schemi fondamentali, ai quali la giurisprudenza classica riportò le svariate possibilità dei contratti innominati, furono quattro: a) « *do ut des* »: consistente in una *datio* di una cosa fatta allo scopo di ottenere la *datio* di un'altra cosa (es.: consegna di grasso per avere sale); b) « *do ut facias* »: consistente in una *datio* compiuta da una parte allo scopo di ottenere una prestazione di *facere* dall'altra parte (es.: consegna di un oggetto di valore a Tizio, affinché egli manometta uno schiavo); c) « *facio ut des* »: consistente nella ipotesi inversa di quella precedentemente descritta; d) « *facio ut facias* »: consistente in una prestazione di *facere* compiuta da una parte allo scopo di ottenere dall'altra parte un'altra prestazione di *facere* (es.: manomissione di uno schiavo compiuta allo scopo di farne manomettere un altro dalla controparte). Caratteristiche comuni di questi vastissimi schemi furono: in primo luogo, che l'obbligazione non sorgeva in base alla nuda convenzione, ma sorgeva se ed in quanto una parte avesse contestualmente operato una prestazione di *dare* o di *facere* (il che molto avvicinava queste convenzioni ai cd. « contratti reali », causativi di *obligationes re*); in secondo luogo, che tra le due prestazioni contrapposte vi era una interdipendenza funzionale, nel senso che l'una prestazione era in funzione dell'altra e viceversa.

2. Una vera e propria teoria delle *conventiones sine nomine* poté dirsi formata solo in diritto giustiniano. Pertanto, è da questo che bisogna prendere le mosse per la ricostruzione (eminente-mente induttiva) dei frammentari precedenti classici.

2.1. Se il creditore chiedeva la restituzione di ciò che avesse dato (nel caso di *do ut des* e di *do ut facias*), o l'indennizzo per ciò che avesse fatto (nel caso di *facio ut des* o di *facio ut facias*), a lui era concessa: nella prima ipotesi, una *condictio* (e più precisamente un'*actio certae creditae pecuniae*, oppure una *condictio certae rei*), la quale in questa sua particolare applicazione prendeva il nome di « *condictio causa data causa non secuta* », oppure anche di « *condictio ob rem dati re non secuta* »; nella seconda ipotesi l'« *actio de dolo* ».

2.2. Se, nell'ipotesi di *datio ob rem*, colui che avesse effettuato la *datio*, trasferendo la proprietà della cosa alla controparte, voleva riottenere la cosa, essendosi pentito del suo operato, ben poteva esercitare una apposita « *condictio ex poenitentia* », sempre che la controparte non avesse già dal suo canto effettuato la controprestazione.

2.3. Infine, chi avesse già effettuato la sua prestazione poteva anche agire per ottenere la controprestazione di *facere* o di *dare*; l'azione relativa appare nelle fonti indicata con svariatissime denominazioni: « *actio incerti* », « *actio praescriptis verbis* » (quest'ultima denominazione dovuta al fatto che occorreva premettere una descrizione del contratto alla richiesta della controprestazione).

2.4. A questa situazione del diritto giustiniano si pervenne attraverso un lunghissimo e travagliato processo storico, che ebbe le sue radici nello stesso periodo classico. La derivazione postclassica della *condictio ex poenitentia* è ormai sicura: la *condictio* in parola va ricollegata, secondo l'opinione dominante, alla concezione bizantina dell'*arrha* nella compravendita (n. 125). Quanto alle altre due categorie di mezzi giudiziari, sembra probabile che il diritto romano classico abbia conosciuto soltanto la prima, costituita dall'insieme dei mezzi intesi alla restituzione della cosa data o all'indennizzo per la prestazione operata in caso di inadempimento dell'altra parte. Con tutta probabilità, postclassica è, invece, l'*actio praescriptis verbis*: dal che si deduce che la possibilità di pretendere l'esecuzione della controprestazione non era vista dal diritto romano classico, salvo forse in qualche sporadico caso, in cui si suggeriva il ricorso ad un'*actio in factum*.

2.5. Tra le molteplici possibilità di contratti innominati la giurisprudenza classica vide e discusse, peraltro, alcune figure specifiche, che acquistarono progressivamente anche una denominazione caratteristica e costante: la *permutatio*, l'*aestimatum*, la *transactio*, la *datio ad experiendum* ecc., il *precarium*.

3. La *permutatio* era un convenzione del tipo *do ut des*, che si distingueva dall'*emptio venditio* sia perchè il *pretium* in danaro era sostituito da una cosa determinata, e sia perchè non si trattava di un negozio puramente consensuale, essendo ne-

cessario al sorgere del contratto l'avvenuta *datio* di una delle due parti. Comunque, l'analogia indubbiamente intercorrente tra *permutatio* e *emptio venditio* fece sì che la giurisprudenza classica, pur non mostrandosi favorevole alla definizione di essa come vendita, ritenesse applicabile alla permuta talune regole caratteristiche della *emptio venditio*, tra cui il regime della responsabilità per evizione e quello relativo ai vizi occulti.

4. L'*aestimatum* consistette nella *datio* di una cosa di valore determinato (*res aestimata*), fatta da una parte all'altra allo scopo che questa seconda vendesse la cosa e, entro un certo termine, ne pagasse il valore al concedente, oppure, essendo la vendita risultata impossibile o inopportuna, la restituisse al concedente stesso. Circa la definizione dell'*aestimatum* sorsero vive dispute tra i giuristi: nel senso che si dubitò se si trattasse di una vendita, oppure di un mandato ad alienare. Ma di vendita non si trattava, perchè l'accipiente non era tenuto a trasferire in ogni caso al dante il prezzo di stima, ma poteva anche restituire la cosa se questa fosse rimasta invenduta: nè si trattava di mandato ad alienare, perchè l'accipiente non assumeva nei riguardi del dante l'obbligo di effettuare la *venditio* della cosa. Esclusa, dunque, l'una e l'altra configurazione, allo scopo di far sì che il dante potesse ottenere la restituzione della cosa data, o il suo controvalore, in caso di renitenza dell'accipiente, il pretore concesse a lui una specifica *actio in factum*, denominata « *actio de aestimato* ».

5. La *transactio* era l'accordo di porre fine ad una controversia facendosi reciproche concessioni (« *aliquo dato aliquo retento* »). Conosciuta sin dai più antichi tempi, essa era, in realtà, più che altro una finalità (« *causa* ») alla cui realizzazione potevano essere dedicati negozi vari, quali la *mancipatio* o la *stipulatio*. Tuttavia, già in periodo classico andò diffondendosi l'uso di *pacta* transattivi, che producevano, come tutti i *pacta*, una *exceptio pacti*. Con l'andar del tempo il patto di transazione assunse una figura sempre più determinata e concreta, sino ad essere qualificato come contratto e, in diritto postclassico, come contratto necessariamente scritto. In diritto giustiniano la *transactio* venne decisamente inquadrata tra i contratti innominati mediante il riconoscimento del-

l'*actio praescriptis verbis* alla parte che avesse eseguito la prestazione di sua competenza.

6. *Datio ad experiendum, inspiciendum, vendendum* si aveva allorchè si consegnasse un oggetto giuridico ad una persona affinchè lo provasse (es.: un cavallo da corsa), o lo esaminasse a dovere (es.: un quadro), per poi eventualmente acquistarlo. A proposito di questo gruppo eterogeneo di casi il diritto classico dubitò circa la figura contrattuale da identificare. In linea generale si cercò di rapportare le singole ipotesi che si presentassero nella realtà a figure di *contractus* tipici, ma talvolta ciò si rendeva poco opportuno, se non addirittura impossibile. Fu appunto perciò che si fece strada, in materia, la concezione del contratto innominato: la quale forse ebbe già qualche sporadica applicazione nel periodo classico e divenne comunque di applicazione regolare nel periodo successivo.

7. Il *precarium* fu un antichissimo istituto del diritto romano, consistente nella concessione di una cosa da parte di un *precario dans* ad un *precario accipiens* affinchè questi la possedesse godendola a suo piacimento (n. 73). L'origine dell'istituto fu costituita da una elargizione puramente graziosa della *res* su istanza (*prex*) dell'accipiente: « *precarium est quod precibus petenti datur* ». Ne conseguì per tutto il periodo classico il canone fondamentale che il possesso della cosa data in precario potesse essere ritolto dal concedente al precarista in ogni momento, a suo piacere, con un semplice cenno (« *ad nutum* »): se il precarista si rifiutava di effettuare la restituzione, il concedente aveva contro di lui la *reivindicatio*, nel caso che fosse proprietario della cosa data in precario; altrimenti, per il caso che egli non fosse proprietario della cosa, il pretore gli concesse un « *interdictum de precario* ». La figura del *precarium* fu trovata particolarmente utile come sostitutiva della *fiducia cum creditore*, allo scopo di evitare la *usureceptio* del fiduciante (n. 120); il declino dell'istituto si verificò quando venne ad essere riconosciuto il contratto di *commodatum* (n. 121). Comunque, il *precarium* non disparve, e in diritto postclassico anche esso finì per essere inquadrato tra i contratti innominati mediante il riconoscimento al concedente della *actio praescriptis verbis*.

133. LE « OBLIGATIONES » DA CAUSE NON CONVENZIONALI.

1. Cause non convenzionali, ma lecite, di rapporti obbligatori furono, tra l'altro: il *legatum per damnationem* e quello *sinendi modo*, la *pollicitatio* e il *votum*, la *communio incidens*, il bisogno di alimenti e, finalmente, la *negotiorum gestio* (n. 134) e l'*indebiti solutio* (n. 135), con il complesso delle figure affini. In tutti questi casi, mentre la giurisprudenza classica si limitò tutt'al più a parlare di « *variae causarum figurae* », il diritto giustiniano parlò di « *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur* », ma ne parlò con tanto poca convinzione e sicurezza, che le Istituzioni di Giustiniano (3. 27), quando passano alla enumerazione degli istituti, si limitano ad accozzare insieme poche e disparate figure (*negotiorum gestio*, *tutela*, *communio*, *legatum*, *indebitum solutum*).

2. Il *legatum per damnationem* era una disposizione testamentaria a titolo particolare, mediante la quale si determinava l'obbligo dell'erede di attribuire, ad un *legatarius* determinato dal testatore, un qualche oggetto giuridico appartenente al patrimonio ereditario, o a quello dell'erede, o anche a quello di un terzo (n. 68). La denominazione « *legatum per damnationem* » derivò dalla formula antichissima di questo lascito: « *Titius heres meus Seio (legatario meo) sestertium X milia damnas esto dare* ». Ma la formula, col tempo, divenne meno rigida, e in diritto classico si ammise che si potesse validamente *legare per damnationem*, dicendo o scrivendo nel testamento: « *Titius Seio X milia dato* ».

2.1. A differenza del *legatum per vindicationem*, il *legatum per damnationem* non determinava a favore del legatario un diritto assoluto, proprio o improprio, sulla *res legata*, ma creava solo un obbligo a carico dell'erede: obbligo al quale l'erede poteva sottrarsi solo se, essendo *heres voluntarius*, egli rinunciasse ad accettare l'eredità. D'altra parte, il fatto che oggetto del legato non era un diritto assoluto su una determinata cosa ma l'obbligo di trasmettere un certo oggetto al legatario, faceva sì che la disposizione relativa potesse essere riferita non soltanto a cose esistenti nel patrimonio del testatore al momento della sua morte, ma an-

che a cose del patrimonio dell'erede o di un terzo. Il legatario, dal suo canto, non aveva la *rei vindictio* o una *actio in rem* per chiedere la cosa legata, ma poteva soltanto esercitare, nei riguardi dell'erede, cioè della persona obbligata, un'*actio in personam*, strutturalmente corrispondente all'*actio certae creditae pecuniae* o alla *condictio certae rei*. La formula di questa specifica *actio*, che si soleva denominare « *actio ex testamento* » era: « *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere ex testamento Lucii Titii rell.* ».

3. Il *legatum sinendi modo* (n. 68) era fondamentalmente analogo al *legatum per damnationem*, di cui costituiva una sottospecie, salvo che l'obbligo dell'erede era, specificamente, quello di permettere (*sinere*) che il legatario si impadronisse, a suo piacimento, di una cosa del patrimonio ereditario o del suo stesso patrimonio: « *Titius heres meus damnas esto sinere Caium Seium hominem Sticbum (similiaue) sumere sibi que habere* ». A tutela delle ragioni del legatario, nei confronti dell'erede che si opponesse alla sua azione di impadronimento della *res legata*, era concessa un'*actio incerti ex testamento*, indirizzata appunto a garantirgli « *quidquid heredem ex testamento dare facere oportet* ».

4. La *pollicitatio* era la promessa unilaterale di una certa prestazione, senza richiesta di accettazione dell'altra parte. Essa soleva essere fatta da coloro i quali avessero assunto una carica pubblica (*honor*), oppure volessero assumerla, allo scopo di ringraziare per l'onore ricevuto o, rispettivamente, per suscitare reazioni favorevoli in vista dell'onore da ricevere: « *ob honorem decretum vel decernendum* ». Una forma più particolare di promessa unilaterale era il « *votum* », cioè l'impegno assunto verso gli dei (e per essi verso i relativi sacerdoti) ad una certa prestazione propiziatoria o di ringraziamento. *Pollicitatio* e *votum* furono istituiti essenzialmente disciplinati dall'ordinamento statale pubblicistico e ignoti al sistema del *ius vetus*. Tuttavia, in età classica, attraverso il diffondersi della *cognitio extra ordinem*, essi vennero ad inserirsi anche nel *ius privatum Romanorum*, e più precisamente nel *ius novum*. Nel caso di *votum*, si riconobbe ai sacerdoti della divinità interessata il diritto di chiederne l'adempimento *extra*

ordinem; nel caso di *pollicitatio*, si riconobbe analogo diritto ai pubblici funzionari interessati, ma si ritenne che l'obbligazione non sussistesse se l'*opus* promesso non fosse stato iniziato (*opere nondum coepto*). In diritto postclassico, quanto alla *pollicitatio ob honorem decretum vel decernendum*, si proclamò che l'impegno valesse in ogni modo, mentre per ogni altra *pollicitatio* (anche, in particolare, a privati) si mantenne il principio che l'impegno valesse solo *opere coepto*.

5. La *communio incidens* altro non era che la *communio* derivante da causa estranea ad un contratto di società (n. 105). Essa fu inserita nel novero dei quasi contratti dalle Istituzioni di Giustiniano. La eliminazione dello stato di *communio incidens* si otteneva con le azioni divisorie. Nel caso che taluno dei comunisti, nell'interesse comune, compisse qualche atto o incontrasse qualche spesa, il diritto classico gli riconosceva, nei riguardi degli altri comunisti, l'*actio negotiorum gestorum*: in diritto giustiniano, invece, si ritenne che dal fatto della *communio incidens* derivassero *obligationes* reciproche tra i comunisti per l'equo riparto delle spese incontrate.

6. L'obbligo di prestare gli *alimenta* poteva derivare, oltre che da contratto e da legato, anche da disposizioni dell'ordinamento giuridico. Questo stabiliva infatti, in talune ipotesi, che determinate persone, legate tra loro da vincoli di parentela, di affinità o di speciale riconoscenza, fossero tenute a fornire l'una all'altra, in caso di bisogno, i mezzi di sussistenza (cibo, vestiario e alloggio), cioè gli *alimenta* in natura, oppure anche in danato. Per vero, il *ius civile* non conobbe nessun caso di istituzione alimentare, perchè il carattere rigidamente potestativo della *familia* romana escludeva la possibilità stessa di concepire un obbligo dei genitori di alimentare i sottoposti (sui quali il *pater familias* aveva addirittura il *ius vitae ac necis*), e tanto meno l'obbligo del sottoposto (privo di autonomia giuridica privata) di alimentare i genitori. L'istituto degli *alimenta* cominciò ad essere riconosciuto, parallelamente alla progressiva dissoluzione dell'istituto familiare romano, da Antonino Pio e Marco Aurelio, i quali imposero in casi specifici l'obbligo degli alimenti, assegnandogli una tutela *extra ordinem*. Più tardi il riconoscimento divenne generale, e in

età postclassica fu, ovviamente, confortato dal Cristianesimo che basò l'istituto essenzialmente sulla cd. *caritas sanguinis*.

6.1. In diritto giustiniano l'obbligo degli alimenti sussisteva tra ascendenti e discendenti legittimi, tra madre e figlio, tra coniugi, tra genitori e figli naturali. L'obbligo poteva venir meno soltanto per gravi offese che l'alimentando avesse arrecato all'obligato e se ne poteva chiedere la esecuzione mediante un'azione sottoposta al cd. *beneficium competentiae*: l'oneroso, in altri termini, era passibile di condanna soltanto « *in id quod facere potest* », nei limiti delle sue facoltà e non oltre.

134. LE « OBLIGATIONES EX NEGOTIORUM GESTIONE ».

1. La *negotiorum gestio*, cioè la gestione di affari (altrui), aveva luogo tutte le volte in cui si esercitassero negozi o atti giuridici per conto di altri. Ma, con significato più precisamente tecnico, la *negotiorum gestio* stette ad indicare, per iniziativa del pretore romano, l'ipotesi che taluno esercitasse spontaneamente gli affari di un altro senza averne avuto nè comando, nè *mandatum (acceptum)*. La fattispecie originaria fu costituita, a quanto pare, dal caso in cui taluno fosse assente da Roma ed un suo amico si prendesse spontaneamente cura dei suoi affari, sopra tutto al fine di rappresentarlo in giudizio; ma ben presto l'istituto fu riconosciuto in ogni caso analogo, di modo che si giunse, nel periodo classico, a ritenere che la « rappresentanza spontanea » desse luogo ad un rapporto relativo di debito tra *negotiorum gestor*, il rappresentante, e il cd. *dominus negotii*, il rappresentato. Più precisamente, dal fatto della assunzione dell'affare altrui sorgevano *obligationes iure civili* a carico sia del *negotiorum gestor*, che del *dominus*: il primo era tenuto a portare a compimento l'affare che avesse iniziato, e poteva essere pertanto citato dal *dominus* con l'*actio negotiorum gestorum directa*; il secondo era obbligato ad assumersi le conseguenze dell'affare utilmente gerito per suo conto, e poteva essere citato dal *gestor* con l'*actio negotiorum gestorum contraria*.

2. **R e q u i s i t i** della *negotiorum gestio* furono: il compimento di un atto o di una serie di atti nell'interesse del *dominus*

negotii, l'assenza di mandato, il riferimento dell'attività del *gestor* agli interessi patrimoniali del *dominus negotii*, l'orientamento della gestione nell'interesse del *dominus*.

2.1. Quanto al primo requisito (« attività nell'interesse altrui »), gli atti del *negotiorum gestor* potevano essere della specie più varia, e potevano, più precisamente, concretarsi sia in attività materiali produttive di conseguenze giuridiche (es.: semina), che in attività sostanzialmente giuridiche (es.: compimento di una vendita). La gestione nell'interesse altrui non importava rappresentanza diretta, ma solo rappresentanza indiretta, di modo che gli effetti giuridici dell'atto compiuto dal *negotiorum gestor* ricadevano su di lui, ed era necessario, successivamente e subordinatamente, trasferirli in testa al *dominus negotii*.

2.2. Il requisito dell'« assenza di mandato » va inteso nel senso più ampio, e cioè sia nel senso della mancanza di un mandato espresso, che in quello dell'assenza di un mandato tacito: se il *dominus negotii*, all'inizio dell'attività del *gestor* veniva a conoscenza dell'attività stessa e non si opponeva ad essa, non si aveva *negotiorum gestio*, ma mandato tacito.

2.3. Il requisito dell'incidenza dell'attività del gestore nella sfera patrimoniale del *dominus* (cd. requisito del « *negotium alienum* ») andava inteso nel senso più rigoroso: di modo che non si riteneva che si avesse *negotiorum gestio* nel caso di taluno, che agisse nell'interesse proprio, pur se tale azione avesse effetti riflessi nell'interesse altrui. A questo proposito, è assai discusso se in diritto classico si richiedesse anche la esistenza, nel *negotiorum gestor*, dell'« *animus negotia aliena gerendi* », cioè dell'intenzione di gestire i negozi nell'interesse altrui: alcuni sostengono che il requisito dell'*animus* fosse richiesto dai giuristi classici e fosse invece ritenuto inutile da Giustiniano, mentre altri sostengono esattamente il contrario. L'opinione più attendibile sembra essere, pur nella estrema incertezza determinata dalle contraddizioni e dalle interpolazioni che si ravvisano nei testi, quella per cui il diritto esigesse l'alienità obbiettiva dell'azione del *gestor*, mentre l'*animus* fu il portato di una esigenza postclassica.

2.4. Il requisito dell'« *utiliter coeptum* » stette a significare che le obbligazioni della *negotiorum gestio* in tanto sorgevano,

in quanto l'attività del *negotiorum gestor* fosse utile al *dominus* e fosse stata iniziata. L'utilità della *negotiorum gestio* implicava l'obbligo del *dominus* di assumersene le conseguenze. L'avvenuto inizio dell'attività implicava l'obbligo del *negotiorum gestor* di portare a termine diligentemente la sua azione.

3. Le applicazioni della *negotiorum gestio*, in diritto classico e in diritto postclassico, furono estremamente varie e talvolta controverse. Sopra tutto si discusse circa il caso in cui il negozio compiuto dal gestore risultasse oneroso finanziariamente per il *dominus*, sebbene a lui socialmente utile: il criterio generale che si seguì fu quello che l'*utilitas* esistesse ed impegnasse il *dominus* quando fossero state acquistate cose a lui necessarie o fossero state compiute spese di carattere necessario o di evidente opportunità, mentre invece non si ritenne che esistesse la *utilitas* impegnativa per il *dominus* quando fossero state compiute spese voluttuarie, « *nulla re urgente sed voluptatis causa* ». Si discusse anche circa l'ipotesi in cui un *negotium alienum* fosse stato intrapreso dal *gestor* malgrado la esplicita proibizione del *dominus* (« *negotium alienum prohibente domino utiliter coeptum* »): i giuristi classici riconobbero al *negotiorum gestor*, in questo caso, se non proprio la normale *actio negotiorum gestorum*, almeno un'*actio utilis* per il rimborso delle spese utilmente compiute per il *dominus negotii*; Giustiniano, invece, negò ogni rivalsa al *negotiorum gestor*, a meno che la *prohibitio* del *dominus* non fosse pervenuta a sua conoscenza dopo l'inizio dell'attività.

4. La tutela giurisdizionale del *dominus* nei riguardi del *negotiorum gestor* e di questi nei riguardi del primo fu assicurata dal pretore mediante un'« *actio negotiorum gestorum* », che aveva in età classica due formule: una *in factum* ed un'altra *in ius* « *ex fide bona* ».

4.1. La storia di questi mezzi giudiziari è assai oscura e disputata. La ricostruzione che sembra più accettabile è che: a) l'*iudicium negotiorum gestorum* « *ex fide bona* » fu il primo a sorgere, in età preclassica, ma forse non si applicava, in origine, ai casi di *negotiorum gestio* in senso tecnico (cioè nel senso di sostituzione spontanea), ma riguardava i rapporti tra i soggetti giuridici e i *procuratores* (*omnium rerum* o *ad litem*) da loro stessi nomi-

nati, in ordine alle attività processuali da questi svolte per i loro principali; b) sempre in età preclassica, il pretore introdusse, per le ipotesi di rappresentanza processuale spontanea (e più precisamente, per i casi di gestione degli affari processuali di un assente e di affari concernenti una eredità), l'*actio negotiorum gestorum in factum*; c) la giurisprudenza classica estese il *iudicium ex fide bonae* alla *negotiorum gestio* in senso tecnico, facendone il perno di tutto l'istituto, ma non perciò lasciando da parte l'*actio in factum* nelle sue limitate applicazioni; d) tra l'epoca classica e quella postclassica avvenne, infine, che il *iudicium bonae fidei* finì per essere limitato esclusivamente alla *negotiorum gestio* in senso tecnico.

4.2. L'*« actio negotiorum gestorum » ex fide bona* aveva probabilmente, in età classica, questa formula: « *Quod Numerius Negidius negotia Auli Agerii gessit* (oppure: *N.s. N.s. negotia, quae L. Titii, cum is moreretur, fuerunt, gessit*), *quidquid ab eam rem N.m. N.m. A.o. A.o.* (oppure: *N.m. N.m. A.o. A.o. heredi L. Titii dare facere oportet ex fide bona, iudex N.m. N.m. A.o. A.o. condemnato; s.n.p.a.* ». L'ipotesi considerata dalla formula è quella di un *negotiorum gestor* convenuto dal *dominus negotii*; nell'ipotesi contraria (del *negotiorum gestor* che agisse contro il *dominus negotii*), bastava ritoccare la formula, invitando il giudice a condannare il *dominus* a favore del *gestor*. L'*actio negotiorum gestorum* era, insomma, ambivalente, e perciò appunto si distingue talvolta nelle fonti tra *actio directa* (del *negotiorum gestor*) e *actio contraria*.

4.3. In diritto giustiniano si tendeva a parlare di « *actio negotiorum gestorum* » solo per quella del *gestor* contro il *dominus*; al *dominus* contro il *gestor* si accordò invece una azione speciale, denominata « *curationis iudicium* » o « *actio utilis curationis causa* ». L'*actio negotiorum gestorum contraria* assunse una funzione assai più vasta di quella originaria, e estranea alla vera e propria *negotiorum gestio*: essa fu ritenuta spettare in tutti i casi in cui si fosse verificato a danno di taluno un ingiusto arricchimento di altri (cd. « gestione impura » o impropria: n. 135).

5. Caso particolare di *negotiorum gestio* fu quello dell'*actio funeraria*, cioè dell'azione concessa dal pretore

a colui, il quale avesse sostenuto spontaneamente, in luogo dei parenti socialmente tenuti a ciò, le spese per il funerale di un defunto.

135. LE « OBLIGATIONES EX INDEBITI SOLUTIONE ».

1. Causa assai importante di *obligationes* fu ritenuta, sin dai tempi più antichi, la *solutio indebiti*, cioè il pagamento di un'obbligazione inesistente, dal quale derivava per l'*accipiens* l'obbligo di restituire ciò che gli fosse stato indebitamente pagato. Come si è detto (n. 120), la *solutio indebiti* era ritenuta, inizialmente, una causa di *obligatio re contracta* strettamente affine al mutuo. Dopo che si affermarono i contratti reali di comodato, deposito e pegno, e che si propagò l'idea della equivalenza tra *contractus* e *conventio*, la *solutio indebiti* non potè, peraltro, che essere estromessa dal novero dei contratti e passare in quello delle *variae causarum figurae*, dal quale poi transitò nella categoria giustiniana dei quasi contratti.

2. Il pagamento dell'indebito non escludeva che, trattandosi di una obbligazione di dare, si verificasse il trasferimento della proprietà della cosa data (somma di danaro o qualsivoglia altra cosa) dal solvente all'accipiente. Il solvente, dunque, non era più in grado, dopo la *solutio indebiti*, di esercitare la *rei vindictio*, ma aveva soltanto un diritto di credito nei riguardi dell'accipiente al ritrasferimento della proprietà della cosa indebitamente trasferita. Tale diritto alla restituzione si faceva valere mediante una *actio in personam* denominata *condictio indebiti*.

2.1. Il diritto giustiniano richiedeva, per la esperibilità della *condictio*, la esistenza di due requisiti: l'errore del solvente e l'errore dell'accipiente. Se il solvente aveva pagato scientemente (non per errore), se ne deduceva che egli avesse voluto gratificare l'accipiente; e se l'accipiente aveva ricevuto scientemente un *indebitum*, se ne deduceva che egli avesse commesso furto, sicchè al solvente spettava, nei suoi riguardi, non la *condictio indebiti*, ma la *condictio ex causa furtiva*. Sembra però che il diritto classico non esigesse il requisito dell'*error solventis*, salvo che nel caso di adempimento di obbligazioni derivanti da fedecommesso: pertanto, se-

condo la teoria che sembra preferibile, in età classica la *condictio indebiti* poteva essere esercitata dal solvente contro l'accipiente anche nell'ipotesi che egli avesse operato il trasferimento di proprietà della cosa indebita ben sapendo di non dover pagare un *debitum*.

2.2. Sia in diritto classico che in diritto giustiniano, si ritenne che, nel caso delle cd. *obligationes naturales* (n. 109), il pagamento dell'indebito, anche se fatto per errore, non desse mai luogo alla *condictio indebiti*, ma attribuisse all'accipiente il diritto alla cd. « *soluti retentio* ».

3. L'ipotesi classica del pagamento dell'indebito fu il paradigma sul quale si modellarono successivamente varie altre ipotesi, rispetto a cui del pari si ritenne che chi avesse trasferito ad altri la proprietà di una cosa avesse il diritto di chiedere la restituzione della cosa stessa mediante una *condictio*, se non vi fosse un giusto e ragionevole fondamento dell'operazione. Su queste basi venne progressivamente a formarsi la concezione dell'obbligo, da parte di chi avesse usufruito di un ingiustificato arricchimento a carico d'altri, di risarcire il danneggiato. I singoli casi classici di *condictio* per arricchimento ingiustificato furono i seguenti.

3.1. La « *condictio ex causa furtiva* », concessa al derubato contro il ladro e gli eredi di lui. Fu anomalo perchè dal furto non derivava e non poteva derivare acquisto di proprietà, sicchè la *condictio* era intesa alla restituzione di una cosa, della quale il convenuto non aveva acquistato il dominio (n. 138).

3.2. La « *condictio ob causam datorum* », denominata in diritto giustiniano « *condictio causa data causa non secuta* » (n. 132). Fu concessa a chi avesse dato una cosa ad altri in vista di una controprestazione futura (*do ut des, do ut facias*), nella ipotesi che la controprestazione non fosse stata eseguita o che, comunque, non si fosse verificato l'evento in previsione del quale la prestazione era stata compiuta.

3.3. La « *condictio ob turpem vel iniustam causam* » fu accordata a chi avesse trasferito ad altri la proprietà di determinati oggetti allo scopo di permettergli il compimento di azioni turpi o contrarie al diritto, o allo scopo di non impedirgli il compi-

mento di tali azioni. Questa *condictio*, peraltro, era esclusa nella ipotesi che la turpitudine non fosse nel solo accipiente, ma fosse anche o esclusivamente nel tradente: « *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* ».

3.4. La « *condictio sine causa* » fu accordata a chi avesse dato delle cose ad altri per uno scopo che fosse venuto meno (per es.: nel caso di *donatio mortis causa* operata in vista di un imminente pericolo di vita, se ed in quanto il pericolo non si fosse verificato; o nel caso di dote conferita al fidanzato in vista di un matrimonio non realizzatosi).

4. Giustiniano non soltanto allargò oltre ogni limite il novero delle applicazioni delle predette *condictiones*, ma introdusse anche la « *condictio incerti* » e la « *condictio ex lege* »: la prima intesa alla restituzione di ciò che comunque si fosse dato senza una plausibile ragione ad altri, e la seconda intesa all'adempimento di qualunque *obligatio* stabilita comunque dalla legge.

4.1. Sempre nel diritto giustiniano, a coronamento di un'evoluzione postclassica, l'ingiustificato arricchimento, da motivo di elargizione della *condictio* in specifiche ipotesi e con riguardo a specifiche ragioni, divenne un principio generale, di applicazione praticamente illimitato: tutte le volte in cui taluno si fosse arricchito a danno di un altro senza una giusta causa, e l'altro non avesse a sua disposizione un qualche specifico mezzo giudiziario per rivalersi, si ritenne che sul primo gravasse l'obbligo di indennizzare il secondo nei limiti dell'arricchimento. Di qui la concessione al « depauperato », oltre che delle *condictiones*, anche, se del caso, dell'« *actio negotiorum gestorum contraria* » (n. 134) e della *rei vindicatio utilis*.

136. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. Nel diritto italiano vigente le figure di obbligazioni che, con riguardo particolarmente al diritto romano classico, abbiamo qualificato come *obligationes ex pacto* e *obligationes ex conventionem sine nomine* rientrano pienamente (ed è appena il caso di tornare a ricordarlo) tra le obbligazioni da contratto: con la solita avvertenza che il contratto può avere efficacia reale,

anzicchè puramente obbligatoria. Dato che tutte le figure di illecito produttive di responsabilità civile rientrano nella stessa categoria (n. 145), ne consegue che le « *variae causarum figurae* » si riducono, nel diritto italiano vigente (cfr. a. 1173 c.c.), a ben poca cosa. Ma prima di parlare specificamente di queste ultime, occorrerà dare un cenno dei corrispondenti moderni di alcuni *pacta* e di alcune *conventiones sine nomine*, di cui si è parlato in precedenza.

2. In ordine ai *pacta* e alle loro risposdenze moderne, il discorso deve fermarsi sui « contratti bancari », sul compromesso e sul contratto di arbitrato, sulla responsabilità degli albergatori.

2.1. Già in diritto romano si era profilata, sia pure vagamente, la « specialità » delle operazioni relative alle imprese dei banchieri (*argentarii*): oltre che al *receptum argentarii*, si pensi, ad esempio, al *depositum irregulare* (n. 121) e alle regole sulla *compensatio* in materia di crediti degli *argentarii* (n. 113). Della vita economica moderna le imprese bancarie, smisuratamente più vaste e articolate di quelle antiche, sono il polmone vitale, perchè esse attuano la funzione di far da tramite, impegnando la propria garanzia e la propria organizzazione, tra chi ha danaro o altri beni da impiegare fruttuosamente e chi ha bisogno di danaro per le sue imprese. Di qui la cura che, a prescindere da numerose e importanti leggi speciali, dedica il c.c. alla disciplina dei più diffusi « contratti bancari »: « depositi (irregolari) di danaro » (a. 1834-1837), eventualmente « in conto corrente » (a. 1852-1855), i quali ultimi danno la possibilità al cliente di staccare direttamente assegni (per importi da addebitarsi sul conto) a favore di terzi; « depositi di titoli » (a. 1838) in custodia o in amministrazione; emissione di « assegni circolari », di cui il cliente può servirsi per i suoi pagamenti; « aperture di credito » (a. 1842-1843) a favore di clienti, che possono disporre di importi loro accreditati contro il pagamento di adeguati interessi; « anticipazioni » su titoli o su merci ricevuti in garanzia (a. 1846-1851); « operazioni di sconto », cioè anticipazioni di importi cambiari (dedotti gli interessi per la banca) contro cessione delle cambiali che il cliente vanta verso terzi (a. 1858-1859); « locazione di cassette di sicurezza » (a. 1840-1841); ecc.

2.2. Il « compromesso » è un contratto, mediante cui due o più parti in lite decidono di porre fine alla stessa, facendola risolvere da arbitri scelti di comune accordo (a. 806-807 c.p.c.); il ricorso agli arbitri può essere addirittura prestabilito mediante la « clausola compromissoria » apposta ad un contratto (a. 808). Si fa luogo, pertanto, al procedimento arbitrale (n. 47), ma gli arbitri non sono tenuti a giudicare, se non accettano le loro nomine (a. 813 c.p.c.): con questa accettazione si perfeziona appunto il cd. « contratto di arbitrato ».

2.3. Tracce del *receptum nautarum* ecc. si trovano, ad esempio, nell'a. 1784 c.c. che prevede una responsabilità degli albergatori verso i clienti in ordine alla sottrazione, alla perdita o al deterioramento delle cose che questi hanno portato seco in albergo, senza peraltro averle consegnate loro in specifica custodia. Il legislatore sembra, peraltro, vedere, in questa fattispecie, più un caso di deposito, che un fatto tacito di responsabilità tra albergatore e cliente.

3. Discorso a parte esige la *d o n a z i o n e*, che il legislatore moderno sembra aver voluto riportare essenzialmente alla concezione costantiniana (a. 769-809 c.c.). Indubbiamente la donazione non è equiparabile ai comuni contratti, e infatti il c.c. la regola nel libro II, unitamente alla successione per causa di morte. Comunque essa è un contratto, sia nell'ipotesi di donazione reale che in quella di donazione obbligatoria (il *pactum donationis* del diritto giustiniano): « contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione » (a. 769). Essa non è valida se non è fatta per atto pubblico (a. 792): sono eccettuate dalla formalità solo le donazioni di modico valore (a. 783). Per il resto, il regolamento moderno corrisponde approssimativamente alle linee della disciplina giustiniana. La revoca della donazione da parte del donante è ammessa per due ragioni: per ingratitudine del donatario e per sopravvenienza di figli al donante (a. 800 ss.).

4. Sorvolando sui riscontri moderni, già descritti ai momenti opportuni, di alcuni contratti romani, si darà ora qualche cenno in ordine alle *variae causarum figurae*.

4.1. Tra le obbligazioni che all'erede possono derivare dal testamento rientrano i « legati obbligatori », modellati sul *legatum per damnationem*; nessun riscontro ha invece nel nostro sistema il *legatum sinendi modo*. La disciplina degli a. 651 e 653 c.c. per il legato di cosa altrui e per il legato di cosa di genere, prevedendo per l'erede l'obbligo di acquistare la cosa e trasferirla al legatario, è strettamente parallela alla disciplina giustinianea.

4.2. In ordine alla « gestione di negozio » la prevalente dottrina parla di obbligazioni legali e non negoziali, poichè sarebbe richiesta la sola consapevolezza e non la volontà nell'atto gestorio. Pur riconoscendo che la dizione degli a. 2028 ss. non è delle più chiare, ci sembra tuttavia che l'istituto integri una fattispecie negoziale, a carattere unilaterale, e che pertanto le obbligazioni del *gestor* non derivino immediatamente dalla legge, ma dalla sua volontà. Non così, invece, per le obbligazioni del *dominus negotii* (a. 2031-2032), che indubbiamente derivano solo dalla legge. Comunque, la gestione di negozio ha nell'ordinamento vigente struttura non troppo dissimile da quella del diritto giustiniano, particolarmente in relazione al requisito dell'*utiliter coeptum* ed agli obblighi del *gestor* e del *dominus*.

4.3. Sono scomparsi, come istituti pubblicistici almeno, nel diritto vigente il *votum* e la *pollicitatio*, la cui struttura si ripete nelle « promesse unilaterali » (a. 1987-1991). Caratteristica è la « promessa al pubblico », il cui valore vincolante è molto attenuato, come già avveniva in diritto giustiniano per la *pollicitatio*.

4.4. Il « pagamento d'indebito » (a. 2033-2040) è dal legislatore distinto in « soggettivo », se il debitore è persona diversa dal solvente, e « oggettivo », se il debito non esiste affatto. Per il solo indebito soggettivo e rispetto al solo solvente è richiesto (a. 2036) l'errore scusabile: in tutti gli altri casi non ha alcun rilievo la posizione psicologica dei soggetti.

4.5. Figura più comprensiva è quella dell'« arricchimento senza causa »: la relativa azione ha carattere sussidiario in quanto « non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare il pregiudizio subito » (a. 2041-2042).

4.6. Distinto dalle vere e proprie obbligazioni è nel diritto moderno la figura dell'« obbligo alimentare » che, se ha carattere

patrimoniale, si qualifica per una disciplina particolarissima, ispirata alle esigenze del diritto di famiglia. L'articolatissimo regime creato dal nostro c.c. è contraddistinto dalla rigida gerarchia degli obbligati e dalla proporzionalità tra la prestazione dell'obbligato e le condizioni dell'alimentando e dell'obbligato. Un cenno a parte merita l'obbligo alimentare del donatario (a. 437), che è tenuto con precedenza su ogni altro, a meno che non si tratti di donazione a causa di matrimonio o di donazione remuneratoria. In contrasto con i temperamenti del diritto giustiniano, l'obbligo degli alimenti non è escluso da eventuali offese che l'alimentando abbia recato all'obbligato.

§ 20. — LE « OBLIGATIONES » DA ILLECITO

SOMMARIO: 137. Le *obligationes* di responsabilità primaria. — 138. Il *furtum* e le *obligationes* conseguenti. — 139. La *rapina* e le *obligationes* conseguenti. — 140. L'*iniuria* e le *obligationes* conseguenti. — 141. Il *damnum iniuria datum* e le *obligationes* conseguenti. — 142. Le *obligationes* da illeciti non civilistici. — 143. Le *obligationes* di responsabilità secondaria. — 144. La *mora solvendi* e la *fraus creditorum*. — 145. Ragguaglio di diritto moderno.

137. LE « OBLIGATIONES » DI RESPONSABILITÀ PRIMARIA.

1. Caratteristiche comuni delle *obligationes* primarie da atto illecito (ma, in particolare, delle *obligationes ex delicto del ius civile vetus*) furono: la nossalità, l'individualità, la cumulatività, la penalità.

2. La nossalità era una caratteristica connessa con la struttura originaria del *delictum*, anticamente denominato anche « *noxa* ». Nell'età più vetusta quando dalla commissione del *delictum* derivava l'esercizio della vendetta da parte del gruppo cui appartenesse l'offeso, il capo del gruppo di cui faceva parte l'offensore poteva esimersi da ogni conseguenza, consegnando spontaneamente l'offensore, suo dipendente, all'altro gruppo. Questa antichissima consuetudine rimase in vita nell'età storica sino a tutto il

periodo classico. Pertanto, si ritenne che, se un *delictum* fosse stato commesso da un *servus* o da un *filius familias*, l'*actio poenalis* intentata contro il relativo *dominus* o *pater* avesse la caratteristica di *actio noxalis*: il convenuto (*dominus* o *pater*) poteva liberarsi dalla responsabilità abbandonando il colpevole alla parte lesa (« *noxae dedictio* »), oppure rimettendo alla parte lesa il cadavere dell'offensore. In mancanza di *noxae deditio*, il *dominus* o *pater* significava implicitamente il proposito di « *servum vel filium defendere* », cioè di assumere su di sé le conseguenze del delitto commesso dal suo sottoposto. E si noti che, per il principio « *nox caput sequitur* », la responsabilità del delitto commesso dal sottoposto si trasferiva a tutti i successivi aventi potestà sullo stesso, di modo che l'obbligazione *ex delicto* relativa è da classificarsi come obbligazione ambulatoria (n. 110).

2.1. Nel corso del periodo postclassico l'istituto della nossalità subì profonde modificazioni. Per ciò che riguardava i *delicta* dei *filii familias*, esso decadde rapidamente, in correlazione col progressivo riconoscimento di una capacità giuridica anche privatistica degli stessi: Giustiniano abolì esplicitamente l'istituto della nossalità, e rese perciò possibile esercitare l'*actio ex delicto* solo ed esclusivamente nei riguardi del figlio delinquente. Alquanto diversamente andarono le cose in ordine ai *delicta* dei *servi*, i quali nemmeno in diritto giustiniano giunsero ad acquistare la capacità giuridica: pertanto, un residuo di azione nossale si ravvisava anche nel diritto giustiniano, sebbene essa non avesse più tanto carattere penalistico, quanto carattere di azione di risarcimento (risarcimento operato dal *dominus* mediante la consegna dello schiavo).

2.2. Va ricordato che un'antichissima applicazione del principio di nossalità si ebbe anche in ordine al caso di « *pauperies* », cioè di devastazione, e quindi di danno, causato da bestiame incustodito. Le XII tavole regolarono un'apposita « *actio de pauperie* », alla quale il *dominus* delle bestie devastatrici, ove non volesse riparare il danno con una somma di danaro, poteva sottrarsi mediante la *noxae deditio* del capo o dei capi incriminati. L'azione era ancora conosciuta e applicata in diritto giustiniano, ma con un notevole temperamento: il *dominus* era responsabile *de pauperie* solo per

le devastazioni arrecate dalle sue bestie con manifestazioni contrarie alla loro normale natura (es.: danni prodotti da un cavallo imbizzarrito ecc.).

3. La individualità delle *obligationes* da illecito primario implicava che le *actiones ex delicto* fossero ereditariamente intrasmissibili, sia attivamente (ai successori dell'attore) che passivamente (ai successori del convenuto).

3.1. La giurisprudenza romana si mostrò, nel corso dell'età preclassica, per ovvi motivi di equità, radicalmente contraria al principio della intrasmissibilità attiva delle azioni penali. Il principio venne ad essere progressivamente corrosivo, sino a ridursi, agli albori dell'età classica, ad un ristrettissimo novero di azioni, cioè alle cd. « *actiones vindictam spirantes* », più intimamente collegate con l'originario sistema della vendetta, quali ad esempio, la *actio iniuriarum* (n. 140) e l'*actio sepulchri violati* (n. 142).

3.2. Il principio della intrasmissibilità passiva delle azioni penali si mantenne, invece, molto più fermo, e l'unica frattura che di esso pare sia avvenuta nel corso dell'età classica del diritto romano fu costituita da ciò: che, ove non concorresse con l'*actio poenalis* un'*actio reipersecutoria* contro il responsabile civile, si ritenne che l'*actio poenalis* potesse essere esercitata, nei riguardi degli eredi del responsabile, limitatamente al *quantum* di cui gli eredi stessi si fossero arricchiti (« *in id quod ad eum pervenit* »).

4. Della cumulatività obbligatoria si è già parlato a suo tempo (n. 110).

5. La penalità delle *obligationes ex delicto* significava che le *actiones* da atto illecito miravano, anzi tutto, a che l'autore dell'atto sopportasse una *poena* per l'illecito commesso, e fosse cioè condannato al pagamento di una penale in danaro, pari ad un multiplo (doppio, triplo, quadruplo) del pregiudizio arrecato. Questo non impediva che contro il responsabile il danneggiato avesse a disposizione anche l'*actio reipersecutoria* (*rei vindictio*, oppure *condictio*). Ma vi erano casi in cui si aveva la sola *actio poenalis*, come, ad esempio, nella ipotesi di *iniuria* (n. 140), od in quella di *damnum iniuria datum* (n. 141).

138. IL « FURTUM » E LE « OBLIGATIONES » CONSEQUENTI.

1. Le *obligationes ex furto* furono quelle derivanti da un illecito di antichissima (e intuitiva) configurazione: la sottrazione di una cosa al suo detentore. Ma, mentre negli ordinamenti giuridici moderni il furto è configurato come un illecito di carattere pubblicistico (si che il derubato ha solo una pretesa di risarcimento del danno subito), nell'ordinamento giuridico romano esso fu sempre ritenuto, di regola, un illecito a carattere privatistico, alla cui repressione lo Stato non mostrava alcun interesse, se non vi manifestava interesse il derubato. D'altra parte, il *furtum* e la regolamentazione relativa subirono nei secoli variazioni notevoli, di cui non può non tenersi conto in sede di ricostruzione storica.

2. Nella legge delle XII tavole il delitto di *furtum* fu ampiamente regolato, con disposizioni che certamente mitigarono le asprezze della reazione primitiva. Esse distinsero, fondamentalmente, due ipotesi: quella del *furtum manifestum*, che si aveva allorché il ladro fosse stato colto sul fatto (in flagrante), e quella del *furtum nec manifestum*, che si aveva nel caso in cui il ladro non fosse stato colto in flagrante dal derubato o da terzi, di modo che il derubato era tenuto a dimostrare che la persona indiziata avesse veramente operato la sottrazione a suo danno.

2.1. Per ciò che concerneva il « *furtum manifestum* », le XII tavole stabilirono che il derubato potesse operare la *manus iniectio* nei riguardi del ladro e portarlo incatenato davanti al magistrato giudicante, affinché questi pronunziasse la *addictio* del *fur* a lui, con la conseguenza che il *fur manifestus* diventava *liber in causa mancipii* del derubato (n. 79), e che il derubato aveva il diritto di operarne la « *venditio trans Tiberim* », se nessuno si offrisse di riscattarlo nel corso di tre mercati consecutivi. Solamente in due ipotesi di *furtum manifestum* il derubato poteva addirittura spingere la sua reazione al punto di uccidere il ladro: anzitutto l'ipotesi che il ladro si difendesse con le armi dal tentativo del derubato di porgli le mani addosso (« *si se telo defendit* »), ed altresì l'ipotesi che il ladro fosse colto sul fatto di notte (« *si nox faxit* »): in questo caso, tuttavia, il derubato in tanto poteva uc-

cidere il *fur*, in quanto avesse con opportuni richiami conclamato il furto che si stava operando e richiamato l'accorrere dei vicini (« *endoplorato* »). Se il *fur manifestus* risultava essere uno schiavo, la pena era la morte mediante « *precipitatio e saxo* », cioè rovesciamento dall'alto della rupe Tarpeia.

2.2. Per il « *furtum nec manifestum* », il derubato doveva convenire *in ius* il presunto ladro ed ivi affermare, mediante la *legis actio sacramenti in personam*, l'obbligo del presunto ladro alla restituzione della cosa rubata: nel caso che il convenuto resistesse alla richiesta del derubato, si operava la *litis contestatio*, si passava alla fase dimostrativa *apud iudicem*, ed infine il ladro, se convinto tale, era condannato al pagamento del *duplum* del valore della cosa rubata.

2.3. Vi erano due ipotesi aggravate di *furtum nec manifestum* per le quali la pena era del *triplum*: *furtum conceptum* e *oblatum*. Si aveva « *furtum conceptum* » allorchè il derubato fosse riuscito a provare la commissione del furto da parte dell'indiziato mediante perquisizione extragiudiziale, fatta da lui personalmente nella casa dell'indiziato stesso: la perquisizione consisteva nella cd. « *quaestio lance licioque* », cioè il derubato doveva presentarsi in casa dell'indiziato con un piatto in mano (sul quale porre la refurtiva eventualmente ritrovata) e rivestito di una sola cortissima camiciola (evidentemente, al fine di evitare che egli potesse nascondere oggetti tra gli abiti per poi astutamente lasciarli in giro nella casa dell'indiziato, fingendo successivamente di ritrovarli). Si aveva « *furtum oblatum* » nella ipotesi di taluno il quale, avendo rubato delle cose ad un altro, le avesse nascostamente lasciate in casa di un terzo, esponendo costui alla condanna per *furtum conceptum*.

3. In età preclassica, questo complesso sistema di repressione del *furtum* fu riordinato e mitigato nel senso che: rimase lecita la reazione al furto notturno e al furto a mano armata, in caso di flagranza, mediante l'uccisione del ladro; ma nelle altre ipotesi il derubato fu soltanto legittimato ad agire contro il ladro (o ritenuto tale) mediante l'*actio furti*. Per il *furtum manifestum* l'*actio furti* fu in *quadruplum*, per gli altri casi rimase in *duplum* o in *triplum*, come già disposto dalle XII tavole. A titolo integra-

tivo, il *praetor* formulò, inoltre, altre due ipotesi di furto aggravato, che parificò addirittura al *furtum manifestum* (concedendo, pertanto, azioni in *quadruplum* al derubato): il « *furtum prohibitorium* », che si verificava nel caso in cui l'indiziato di furto si fosse rifiutato di subire la *quaestio lance licioque*; il « *furtum non exhibitum* », che si verificava nel caso in cui l'autore della *perquisitio* non esibiva in tribunale le cose reperate.

3.1. Il sistema repressivo preclassico rimase fermo nelle epoche successive. Giustiniano vi apportò una sola modificazione, abolendo la *quaestio lance licioque* e i quattro casi di furto aggravato ad essa connessi.

4. A prescindere dalla nozione rudimentale del diritto arcaico, la *configurazione del furtum*, nei suoi confini e nei suoi elementi, fu il frutto di una ricca e interessante elaborazione giurisprudenziale preclassica e classica. In una prima fase dell'età preclassica è presumibile che non esistesse un concetto unitario di furto, ma che vi fossero diversi « *genera furtorum* », apparentati da alcune somiglianze fondamentali, ma differenziati da importanti elementi caratteristici. Più tardi però, tra il finire del periodo preclassico e l'inizio di quello classico, si pervenne ad una nozione unitaria, sebbene ancora non del tutto pacifica tra i giureconsulti. Tutti i giuristi romani furono d'accordo solo sul punto che il furto si concretasse, fondamentalmente, nella sottrazione di una cosa alla disponibilità di chi ne fosse il titolare, ed anzi più precisamente, in considerazione del caso normale, il *dominus*; ma, a parte ciò, su molti punti di dettaglio le variazioni non mancarono, così come non mancarono le successive modificazioni postclassiche. Ad ogni modo, la definizione che meglio sembra esprimere la *communis opinio* classica è quella (solo formalmente alterata in età postclassica) di Paolo (D. 27.2.1.3): « *furtum est contrectatio rei fraudolosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* ».

5. *Elementi costitutivi del furtum* furono, dunque, considerati: la *contrectatio rei alienae*, il *dolus malus*, la effettività dell'atto illecito.

5.1. Per ciò che riguarda il primo elemento, quello della « *contrectatio alienae rei* », è da precisare che il caso più comune

fu costituito dalla « *amotio rei* », cioè dall'impossessamento della cosa, operato dal *fur* mediante sottrazione della cosa stessa alla disponibilità del titolare. Tuttavia, si ritenne che potesse esservi *amotio rei* anche se mancasse la materiale sottrazione della cosa: pertanto, furono ritenuti colpevoli di furto il comodatario che usasse la cosa avuta in comodato in modo diverso da quello contrattualmente fissato; il depositario che usasse la cosa ricevuta in custodia; e così pure il detentore che si rifiutasse di restituire la cosa al *dominus*; e il proprietario che alienasse la cosa data in pegno: tutti i casi di cd. « *furtum usus* ». La *contrectatio* doveva essere « *rei alienae* » e contraria alla volontà di colui che avesse la titolarità della cosa, per cui si parlava, nel linguaggio usuale, sebbene con terminologia troppo ristretta, di « *contrectatio invito domino* »: se il titolare della cosa (proprietario, possessore o detentore che fosse) era consenziente alla *amotio*, mancava l'antigiuridicità del fatto, e quindi non vi era luogo a parlarsi di furto.

5.2. Per ciò che riguarda il secondo elemento, quello del « *dolus malus* », questo era inteso come consapevolezza di compiere un atto contrario al diritto e alla volontà del titolare della cosa, onde si usò anche parlare di « *animus furandi* » (o di *affectus furandi*). Non necessario era, invece, in diritto classico, l'« *animus lucri faciendi* », cioè l'intenzione di ottenere, mediante la *amotio rei alienae invito domino*, un proprio vantaggio personale: l'essenzialità dell'*animus lucri faciendi* si ebbe soltanto in diritto postclassico.

5.3. Terzo requisito del delitto di *furtum* fu, infine, la « effettività dell'atto », vale a dire il concretamento del *dolus malus* del *fur* in una realtà effettiva. In altri termini, non fu ammessa la possibilità del delitto putativo di furto: « *et si credat aliquis invito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri* » (Gai 3.198).

6. L'*actio furti* competeva, a colui « *cuius interest rem salvam esse* », contro il ladro e contro chi avesse cooperato al furto, o avesse istigato l'atto delittuoso. Essa era una azione infamante, trasmissibile agli eredi del derubato, ma non agli eredi del ladro. Nell'ipotesi di furto commesso da *servi* altrui, il deru-

bato poteva agire contro i rispettivi *domini*, che si sarebbero liberati della responsabilità mediante la *noxae deditio* dei colpevoli; ma il pretore, per l'ipotesi che avessero concorso a commettere un unico *furtum* più *servi* appartenenti alla *familia* servile di uno stesso *dominus*, stabilì, a favore del *dominus*, che questi potesse evitare la *noxae deditio* dei suoi dipendenti, offrendo al derubato di pagargli tanto quanto avrebbe dovuto pagare un unico *fur* libero.

6.1. A prescindere dall'*actio furti* e dalla *rei vindicatio*, che eventualmente il derubato poteva esercitare contro il ladro, nel caso che egli fosse proprietario della cosa rubata, al derubato, sempre che fosse *dominus* della cosa rubata, era concessa anche una *actio rei persecutoria*, denominata « *condictio ex causa furtiva* » (o anche « *condictio furtiva* »), diretta ad ottenere la restituzione della cosa, o comunque il suo equivalente in danaro. Come già si è accennato altrove (n. 43), la *condictio ex causa furtiva* presentava la singolarità di essere diretta ad ottenere la restituzione al *dominus* di una cosa che già era sua: la si ammise « *odio furum* », cioè allo scopo di implicare in ogni modo la responsabilità del ladro alla restituzione nel caso in cui la *rei vindicatio* non fosse esperibile.

7. Azioni affini all'*actio furti* furono: l'« *actio rerum amotarum* » (n. 58), che in diritto classico era forse solo *reipersecutoria*, mentre divenne *mixta* (ma *in simplum*) in età postclassica; l'« *actio rationibus distrabendis* » (n. 80); l'« *actio de tigno iuncto* » (n. 85); l'« *actio furti adversus nautas caupones stabularios* » (pretoria, *in duplum*), esercitabile dal cliente contro il *nauta*, il *caupo* o lo *stabularius* nel cui locale il furto fosse stato (anche da un dipendente) commesso; l'« *actio arborum furtim caesarum* », relativa al taglio (e furto) di alberi altrui, che le XII tavole stabilivano intesa all'ottenimento di 25 assi per ogni albero, mentre l'editto pretorio trasformò in *actio in duplum*.

139. LA « RAPINA » E LE « OBLIGATIONES » CONSEGUENTI.

1. La *rapina* (« *bona vi rapta* ») altro non fu che un caso aggravato di furto, e più precisamente un furto commesso

mediante violenza sulle persone. La configurazione di questa ipotesi come *delictum* a sé stante derivò dalla iniziativa assunta nel 77 a.C. dal pretore Lucullo, il quale concesse, nel suo editto, una *actio poenalis in quadruplum* contro chi si rendesse autore di sottrazioni di cose altrui, e in particolare di saccheggi, mediante impiego di gente armata o di bande organizzate di uomini anche se non armati (« *hominibus armatis coactisve* »). La giurisprudenza classica estese progressivamente la configurazione del delitto di *rapina* anche alla ipotesi che non si fosse fatto ricorso a *homines armati coactive*, ma si fosse comunque impiegato violenza.

2. L'*actio vi bonorum raptorum in quadruplum*, essendo basata su una concessione pretoria, era annale e dava luogo, dopo l'anno, solo ad un'*actio in factum* tendente al riottenimento del valore della cosa.

2.1. Si discusse, nel corso dell'età classica, se contro l'autore della *rapina* fosse concessa, accanto all'*actio vi bonorum raptorum*, l'azione *reipersecutoria*, e se quindi, non ammettendosi la concorrenza di quest'ultima, l'*actio vi bonorum raptorum* fosse da non considerarsi come *actio poenalis*. Giustiniano risolse a suo modo il dubbio, definendo l'azione di *rapina* come *actio mixta*, cioè intesa tanto al riottenimento della cosa, quanto alla pena del responsabile.

2.2. Connessa con la discussione sul concorso dell'*actio reipersecutoria*, fu quella circa il concorso, con l'*actio vi bonorum raptorum*, dell'*actio furti nec manifesti*. Se l'*actio vi bonorum raptorum* era stata intentata per prima, era ovvio che l'*actio furti* non potesse essere più intentata; ma se invece era stata intentata per prima l'*actio furti*, è da dubitarsi se fosse denegata l'*actio vi bonorum raptorum*, o se essa fosse concessa *in simplum* (in sostituzione dell'*actio rei persecutoria*), o se fosse, infine, concessa *in duplum*, cioè per la differenza tra la condanna dell'*actio furti nec manifesti* e quella dell'azione di *rapina*. L'ultima soluzione fu accolta da Giustiniano.

3. Azioni affini all'*actio vi bonorum raptorum* furono: l'azione contro gli autori di un saccheggio di beni commesso in occasione di incendio, naufragio e cataclismi vari; l'azione (non

in quadruplum, ma *in duplum*) contro coloro che avessero approfittato della calca (« *turba* ») per derubare o danneggiare qualcuno.

140. L'« INIURIA » E LE « OBLIGATIONES » CONSEGUENTI.

1. L'*iniuria* fu una forma antichissima di *delictum* civilistico. In diritto classico, a seguito di una lunghissima evoluzione, essa fu ritenuta comprensiva di ogni offesa arrecata alla integrità fisica o morale di una persona. Tuttavia, anteriormente alle XII tavole sembra che le offese all'integrità morale fossero totalmente escluse da ogni considerazione e che, quanto alle offese all'integrità fisica, esse si concretassero in una fitta casistica, in ordine alla quale vigeva il principio della vendetta secondo la legge del taglione.

2. Le XII tavole tentarono di portare ordine e temperamenti alla situazione originaria, distinguendo tre ipotesi: il « *membrum ruptum* », che significava probabilmente una lesione personale gravissima, consistente nell'asportazione di un arto e quindi nell'indubbia e definitiva diminuzione della capacità lavorativa del soggetto; l'« *os fractum* », consistente nella fratturazione di un osso, determinante, in genere, una diminuzione temporanea della capacità lavorativa del soggetto fino al momento della guarigione; l'« *iniuria* » vera e propria, consistente in ogni altra lesione di grado minore, nonchè eventualmente nelle offensive percosse. Relativamente al *membrum ruptum*, le XII tavole non contrastarono la preesistente legge del taglione, ma legittimarono le parti avverse a definire pacificamente la questione mediante un risarcimento (« *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto* »). Relativamente all'*os fractum*, i decemviri, invece, stabilirono una pena pecuniaria fissa da pagarsi al capogruppo dell'offeso, e cioè la pena di 300 assi se l'offeso fosse una persona libera, di 150 assi se fosse uno schiavo. Relativamente alla semplice *iniuria*, essi fissarono infine la pena pecuniaria di 25 assi.

2.1. Con l'andar del tempo, il sistema delle XII tavole si rivelò inefficiente per più versi: da un lato perchè la coscienza sociale più non ammetteva, in nessun caso, la possibilità del taglione, e dall'altro perchè la pena fissa non sembrava giustamente

commisurarsi alla entità delle lesioni prodotte in concreto, ed era divenuta in ogni caso irrisoria, causa la svalutazione monetaria. Pertanto, nel sec. I a.C., il pretore introdusse la cd. « *actio iniuriarum aestimatoria* » valevole per ogni e qualsiasi caso di lesione personale, dalla più grave alla più lieve.

3. L'*actio iniuriarum aestimatoria* era intentata al fine di ottenere dal giudice la fissazione di una condanna « *in quantum aequum ei videbitur* »: una condanna cioè commisurata, sulla base delle valutazioni correnti, alla lesione prodotta ed alle sue conseguenze di carattere patrimoniale. Solo in caso di « *iniuria atrox* » il pretore fissava egli stesso l'ammontare particolarmente elevato della condanna, rimettendo al giudice il compito di stabilire solo se la lesione fosse stata prodotta oppure no.

3.1. L'*actio iniuriarum aestimatoria* era infamante e *vindictam spirans*, quindi intrasmissibile agli eredi. Essa spettava anche per le *iniuriae* arrecate ai propri schiavi. Nel caso che il *servus* fosse in usufrutto, o fosse comunque posseduto in buona fede da taluno, la legittimazione attiva spettava all'usufruttuario o al possessore, e non al *dominus*.

4. Altre clausole edittali provvidero, in seguito, ad estendere il regime della *iniuria* ad alcune altre fattispecie illecite di cd. *contumeliae*, cioè di manifestazioni di sprezzo o di non adeguato rispetto verso altri soggetti giuridici. Tali furono considerati: l'« *ademptata pudicitia* », consistente nella corruzione dei costumi di una *materfamilias* o di un *paterfamilias* impubere (« *praetextatus* »), anche se si trattasse di corruzione puramente tentata (come nel caso del « *comitem abducere* », cioè dell'indurre a venir seco, dell'« *appellare* » per istrada, dell'« *adsectari* », cioè dell'inseguire fastidiosamente); il « *convicium* », consistente nell'organizzare o nell'istigare l'organizzazione di chiassate derisorie; l'« *infamatio* », consistente nella diffusione sul conto di altri di notizie tali da infamarli. Ancora più oltre andò, nella estensione delle ipotesi di *iniuria*, la giurisprudenza classica.

141. IL « DAMNUM INIURIA DATUM » E LE « OBLIGATIONES » CONSEQUENTI.

1. Il sistema romano della responsabilità civile fece un progresso veramente notevole e decisivo, allorchè, nel corso del periodo preclassico, furono individuate le *obligationes* nascenti dal *delictum* di *damnum iniuria datum* (danneggiamento). Si profilò, pertanto, l'inizio di quella evoluzione (ancora però non compiuta nel diritto romano giustiniano), che avrebbe portato gli ordinamenti giuridici moderni a ritenere che la « responsabilità civile » si verifica sempre e soltanto che un soggetto ponga in essere un atto determinativo di un danno patrimoniale per un altro soggetto: onde l'obbligo del danneggiatore di risarcire il danneggiato per un importo equivalente al pregiudizio economico subito.

2. L'introduzione del nuovo *delictum* fu operata, nel 286 a.C. (?), da un *plebiscitum*, la *lex Aquilia*, la quale dedicò al *damnum iniuria datum* due dei tre *capita* in cui si divideva e stabilì: a) che chiunque avesse ucciso uno schiavo o animali da gregge (« *pecudes* ») di proprietà altrui, fosse tenuto a pagare al *dominus* (« *erus* ») dello schiavo o dell'animale il valore più alto di mercato raggiunto dall'oggetto nel corso dell'ultimo anno (« *quantum in eo anno plurimi fuit* »); b) che chiunque avesse compiuto danneggiamenti corporali di un altro tipo o di minore entità (lesione a schiavi o a *pecudes*, uccisione di animali non compresi nel novero dei *pecudes*, distruzione o deterioramento di cose inanimate) fosse tenuto a pagare al proprietario il più alto valore di mercato che l'oggetto avrebbe potuto raggiungere nei precedenti (o successivi?) trenta giorni (« *Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes ero dare damnas esto* »). La legge Aquilia stabiliva inoltre, nel *caput secundum*, intermedio tra i due ora riassunti, che l'*adstipulator* (n. 118) fosse tenuto ad indennizzare il creditore principale quando avesse operato la *acceptilatio* del debito fraudolentemente, senza il suo consenso.

2.1. Del « danneggiatore » la legge diceva che, ove si verificassero le ipotesi previste, egli « *damnas esto dare* »: il che significa che il danneggiato era legittimato ad esercitare immediatamente la *manus iniectio* nei riguardi del danneggiatore, e che, se il danneggiatore negasse *in iure* la sua responsabilità, dando luogo alla necessità di un'azione dichiarativa, la sua condanna doveva essere non più *in simplum*, ma *in duplum*. Di qui derivò la regola « *actionem legis Aquiliae competere in simplum adversus confitentem, in duplum adversus infitiantem* ». Ma nel diritto giustiniano si ritenne che l'azione fosse regolarmente *in duplum*, e che il pagamento del *simplum* fosse ammissibile solo se fatto spontaneamente prima del giudizio.

2.2. Legittimato attivo all'esercizio dell'*actio legis Aquiliae* era originariamente l'« *erus* », cioè il *dominus* degli oggetti danneggiati. Ma in età classica (e, sulla stessa direttiva, in età post-classica) furono accordate « *actiones (in factum) ad exemplum legis Aquiliae* » anche a persone diverse dal *dominus*, che detenesero l'oggetto a nome suo (l'usufruttuario, l'usuario, il locatario, il comodatario), nonchè al *possessor bonae fidei* e (caso quasi sicuramente postclassico) al creditore pignoratizio. Anche il *paterfamilias* venne ammesso all'azione di danneggiamento per i danni arrecati ai suoi *filii*.

2.3. In diritto giustiniano la sfera di applicazione dell'azione di danneggiamento si era così estesa (sia in relazione ai legittimati attivi, che in relazione alle ipotesi di danno), che si parlò di una « *actio generalis (in factum) ob indemnitatem* », alla quale era riconosciuta, in materia di responsabilità *ex delicto*, una funzione sussidiaria rispetto ad ogni altra azione.

3. Requisiti del delitto di danneggiamento furono: il *damnum*, la *iniuria* e la *culpa*.

3.1. Il « *damnum legis Aquiliae* » era, stando al testo della legge, soltanto quello corporale: « *damnum corpore corpori illatum* ». Tuttavia, con l'andare del tempo la sfera di applicazione della *lex Aquilia de damno* venne estesa a numerose altre ipotesi anche di danno non corporale, mediante la concessione di svariate *actiones legis Aquiliae utiles* o *in factum*, che prescindevano dal presupposto « *corpore corpori* » (ad es.: nel caso di chi avesse

propinato sostanze velenose in luogo di medicinali, o di chi avesse tenuto per gran tempo al chiuso e senza nutrimento bestiame o schiavi, procurandone la morte). In diritto giustiniano l'*actio legis Aquiliae* si estendeva, come « *in factum generalis actio* » a qualunque tipo di danno patrimoniale.

3.2. L'« *iniuria* » era la antigiuridicità del danno prodotto, cioè, con linguaggio moderno, la sua ingiustizia. Ne conseguì che non fu considerato *damnum iniuria datum* il danneggiamento prodotto per legittima difesa, in istato di necessità o nell'esercizio di un proprio diritto.

3.3. La « *culpa* » era intesa come responsabilità morale dell'atto dannoso. Si esclude, cioè, la *culpa* nel caso di *vis maior* o di *casus fortuitus*, nonchè in talune ipotesi in cui il fatto dannoso, pur essendo volontario, non fosse stato intenzionalmente determinato *iniuriae causa* (per es.: nella ipotesi di chi, durante un combattimento sportivo, uccidesse con un pugno troppo forte il suo competitore). Collegata col concetto di *culpa* fu la esistenza della « causalità » del danno, cioè la esigenza di ricollegare il danno ad una attività causativa del responsabile: si ritenne, pertanto, non responsabile dell'incendio provocato nel fondo altrui chi avesse acceso un fuoco nel proprio fondo in assenza di vento, essendo quindi nella pratica impossibilità di prevedere il sopravvenire di qualche colpo eccezionale di vento che portasse il fuoco nel fondo vicino. Il diritto postclassico-giustiniano mostrò una accentuata tendenza alla riduzione della responsabilità per danno aquiliano ai soli casi in cui questo fosse stato prodotto intenzionalmente, cioè *dolo malo*, oppure per effetto di gravissima negligenza, cioè *culpa lata*.

142. LE « OBLIGATIONES » DA ILLECITI NON CIVILISTICI.

1. Come si è già avvertito (n. 109), altri illeciti, oltre quelli considerati precedentemente, furono ravvisati dal *ius honorarium*, ma per essi (a differenza di ciò che avvenne per la *rapina* e per le estensioni pretorie del *damnum iniuria datum*) si evitò, per tutto il periodo classico, di qualificarli *delicta*, mentre Giustiniano parlò, in relazione ad alcuni di essi (non a tutti), di « *obligationes quasi*

ex delicto ». Senza indulgere alla classificazione giustinianea, saranno qui di seguito elencati gli illeciti non civilistici di maggior rilievo.

2. Il *dolus malus* era il comportamento malizioso di un soggetto (« *deceptor* ») nei riguardi di un altro soggetto (« *deceptus* »), con cui fosse in trattative o in rapporti giuridici, esercitato allo scopo e con gli effetti di indurlo ad un'azione pregiudizievole ai propri interessi: « *omnis calliditas fallacia machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita* » (Lab. *apd.* Ulp. D. 4.3.1.2). L'azione del *deceptor* consisteva nell'aver superato i limiti di una tollerabile abilità nella cura dei propri interessi (cd. « *dolus bonus* »), creando apparenze esteriori o situazioni psicologiche tali da portare il *deceptus* a prendere decisioni chiaramente contrarie alla propria utilità economica. A questa larghissima accezione della figura del *dolus malus* si giunse, peraltro, dalla giurisprudenza preclassica e classica, non senza resistenze e discussioni. Certo è che, così latamente inteso, il *dolus malus* si manifestò un utilissimo mezzo di repressione delle più svariate violazioni del principio di correttezza, da osservarsi nelle relazioni intersubiettive: una figura delittuosa a carattere generale e straordinariamente elastico. La sua repressione era, in età classica, assicurata da tre mezzi giudiziari: l'*exceptio doli*, la *in integrum restitutio ob dolum*, l'*actio de dolo*.

2.1. L'« *exceptio doli* » era concessa al *deceptus* per opporsi all'*actio* che il *deceptor* esercitasse nei suoi confronti al fine di ottenere l'adempimento di una obbligazione contratta *dolo malo*. Essa presupponeva, in linea di principio, che tra le due parti fosse stato concluso un *contractus* (o più in generale, una *conventio*) e che il negozio non fosse stato ancora posto in esecuzione, o in completa esecuzione. Ciò posto, contro l'azione del *deceptor* poteva invocarsi la *exceptio* « *si in ea re nihil dolo malo factum sit neque fiat* »: formula assai elastica perchè permetteva al giudicante non soltanto di assolvere il convenuto in considerazione di uno specifico « *dolus praeteritus* » (cioè verificatosi al momento del contratto), ma di assolverlo eventualmente anche in considerazione di un generico « *dolus praesens* » (come nel caso di chi agisse per la consegna di una cosa, sapendo di doverla restituire). Può distinguersi,

pertanto, tra la cd. « *exceptio doli praeteriti (seu specialis)* » e la cd. « *exceptio doli praesentis (seu generalis)* ». Non vi era bisogno di *exceptio doli*, affinché il *dolus malus* dell'attore fosse preso in debita considerazione, nei *iudicia bonae fidei* (n. 42).

2.2. L'« *in integrum restitutio ob dolum* » era concessa, *causa cognita*, al *deceptus* al fine di ripristinare lo *status quo ante*, annullando con ciò il negozio intercorso tra le parti. Naturalmente, occorreva a questo scopo: che, essendovi stato un negozio, questo fosse stato già eseguito dal *deceptor* (cui non fosse, quindi, possibile il ricorso all'*exceptio doli*); e che lo *status quo ante* fosse concretamente ripristinabile attraverso il provvedimento costitutivo del *praetor*.

2.3. L'« *actio de dolo* » fu introdotta, nel sec. I a.C., dal giurista Aquilio Gallo, probabilmente durante la sua *praetura* del 68 a.C. Essa era un'azione, *poenalis* e *reipersecutoria* al tempo stesso, esercitabile dal *deceptus* contro il *deceptor* per ottenerne la condanna in *simplum*, cioè nel valore del pregiudizio subito: la *clausula arbitraria*, inserita nella formula, garantiva al *deceptor* la possibilità di sfuggire alla condanna mediante il ripristino della situazione precedente. Contro gli eredi del *deceptor* e contro lo stesso *deceptor*, qualora fosse trascorso l'anno pretorio (*post annum*), l'*actio* era limitata all'« *id quod ad eum pervenit* »; Costantino portò a due anni la durata dell'*actio* contro il *deceptor*. Infine, dato il suo carattere di estrema gravità (comportante, oltre tutto, l'*infamia* del condannato), l'*actio de dolo* fu concepita come « azione sussidiaria »: sia nel senso di non poter essere esercitata nella ipotesi che fossero esercitabili contro il *deceptor* altre azioni *ex delicto*, sia nel senso di non poter essere esercitata se al *deceptus* fosse comunque possibile di essere reintegrato in altro modo (per es.: mediante un'azione contro i garanti) .

3. Il *metus* era la situazione di oppressione psichica in cui taluno (il « *coactus* ») avesse compiuto un'attività giuridica, subendo la ingiusta minaccia (cd. « *vis compulsiva* ») di altra persona. Se il *metus* era stato determinato dalla minaccia di un male notevole (alla persona stessa del *coactus* o alle persone di suoi stretti congiunti) e se il male minacciato aveva carattere di illecito morale o giuridico, il pretore ritenne che non fosse giusto che il *coa-*

ctus subisse le conseguenze di un'attività svolta in istato di minazione della sua volontà: « *quod metus causa gestum erit, ratum non habeo* ». Pertanto egli concesse al *coactus*, come al *deceptus* dal *dolus malus*, una « *exceptio metus* », una « *integrum restitutio ob metum* » e un'« *actio quod metus causa* » penale in *quadruplum* (ma non sussidiaria).

3.1. L'« *actio quod metus causa* » in *quadruplum* fu introdotta nell'ultimo secolo della *respublica* e conteneva la *clausula arbitraria* a favore del convenuto. Tanto più conveniente si manifestava la possibilità per il convenuto di liberarsi mediante una « *restitutio* », in quanto l'*actio metus* era « *in rem scripta* », cioè poteva essere esercitata contro chiunque avesse tratto vantaggio concreto dal negozio impugnato, anche se non fosse l'autore della minaccia. Dopo l'anno magistratuale, comunque, l'*actio metus* diveniva in *simplum*. Dato che anche l'« *exceptio metus* » era « *in rem scripta* » (poteva essere cioè opposta a chiunque esercitasse l'azione per la esecuzione del negozio), ne risulta che la responsabilità da *metus* era addossata, a differenza del dolo, non a chi avesse compiuto l'illecito, ma a chi ne avesse tratto profitto. Giustiniano, più opportunamente, dispose che il *coactus* potesse esercitare l'*actio metus* in due direzioni: contro chi avesse tratto il profitto, in *simplum*; e (inoltre) contro l'autore della minaccia, in *tripulum*.

4. L'*effusum vel deiectum* era il complesso delle azioni dannose consistenti nel versamento di liquidi o nel getto di solidi dai davanzali delle case sulle strade o sugli altri luoghi aperti al pubblico. La responsabilità era addossata dal *praetor* all'abitante dell'edificio, senza tener conto della sua colpevolezza o meno: la limitazione ai casi di *culpa* fu operata dal diritto post-classico. Nel caso di danneggiamento a un passante, questi aveva un'*actio in duplum*; nel caso di lesioni personali al passante, questi aveva un'*actio* analoga a quella *iniuriarum* (n. 140), cioè « *in quantum aequum iudici videbitur* »; nel caso di morte di un passante, l'*actio de effusis et deiectis* era « *popularis* » e chi la esercitasse aveva diritto ad una somma fissa di 50.000 sesterzi.

5. Il *positum et suspensum* era ogni azione consistente nel semplice tenere una cosa appoggiata o sospesa all'esterno di un edificio (« *in suggrunda protectove* ») con pericolo

per i passanti. Contro l'*habitor* era esercitabile un'azione popolare tendente alla condanna pecuniaria fissa di 10 mila sesterzi. La responsabilità era oggettiva per i classici, mentre fu limitata all'ipotesi di *culpa* dai giustinianeî.

6. Il *litem suam facere* era l'azione del giudice, che in mala fede emettesse una sentenza ingiusta: « *dolo malo in fraudem legis sententiam dicere* ». La vittima dell'ingiustizia aveva contro il *iudex* un'*actio in id quod aequum iudici videbitur*.

7. Il *falsum modum dicere* era l'azione delittuosa dell'agrimensore che, incaricato dalle parti di una controversia di determinare i confini tra i campi, avesse dolosamente operato false misurazioni ed attribuzioni. Contro l'agrimensore era data un'*actio in id quod (actoris) interfuerit*.

8. La *corruptio servi* consisteva nel fatto di chi avesse favorito la fuga di uno schiavo, o la commissione da parte di questi di atti delittuosi, o infine la commissione da parte sua di azioni pericolose, dalle quali fosse derivata morte o lesione personale. Contro l'autore del fatto spettava al *dominus* l'« *actio servi corrupti* » in *duplum*, cioè relativa al doppio del danno provocato. In diritto giustiniano era concessa un'*actio utilis servi corrupti* anche all'usufruttuario del *servus*, ed un'altra *actio utilis* era concessa al padre in caso di corruzione del figlio operata da terzi.

9. Il *sepulchrum violatum* era l'azione di chi « *sepulchrum alienum effregerit vel aperuerit, mortuum suum alienumve intulerit* », cioè l'azione di chi, aprendo a viva forza l'altrui sepolcro, vi avesse seppellito un cadavere di persona della sua famiglia o anche estranea. Al titolare del *ius sepulchri* era concessa, contro l'autore dell'effrazione, un'azione « *in quantum aequum iudici videbitur* ». Mancando la reazione del titolare del *ius sepulchri*, vi era un'azione popolare intesa al pagamento della multa di 100 mila sesterzi.

10. L'appropriazione di cose dei contribuenti, operata dall'appaltatore di imposte (*publicanus*), dava luogo ad un'azione in *duplum annale*, che dopo l'anno si riduceva ad essere in *simplum*, a favore della vittima.

143. LE « OBLIGATIONES » DI RESPONSABILITÀ SECONDARIA.

1. L'inadempimento di un'obbligazione da parte del debitore determina, in linea di principio, il sorgere a carico di costui (o di altri eventualmente tenuti per lui) di una obbligazione di responsabilità secondaria (n. 108). Ma sarebbe assurdo che questa regola astratta trovasse puntuale e immancabile applicazione in tutti i casi di inadempimento: è intuitivo che si danno ipotesi varie, in cui sarebbe (più o meno evidentemente) ingiusto o inopportuno addossare («imputare») al debitore o ad altri la responsabilità per l'inadempimento. Per conseguenza, sul piano pratico del diritto, non può parlarsi semplicisticamente di responsabilità per inadempimento, ma bisogna parlare di «responsabilità per inadempimento imputabile (al debitore o ad altri per lui)», distinguendo cioè tra: ipotesi di «inadempimento inimputabile al debitore (o ad altri per lui)», in ordine alle quali le conseguenze della inesecuzione dell'obbligazione sono sopportate dal creditore; e ipotesi di «inadempimento imputabile», che sono le sole determinative di una obbligazione di responsabilità secondaria «diretta» (a carico del debitore) o «indiretta» (a carico di altri in luogo del debitore).

1.1. Quanto ai criteri di imputazione della responsabilità per inadempimento, essi possono essere, in astratto, i seguenti: a) criterio del «dolo»: il debitore (o un terzo) è responsabile per l'inadempimento perchè lo ha intenzionalmente procurato (oppure ha intenzionalmente evitato di impedire che l'inadempimento si verificasse); b) criterio della «colpa»: il debitore (o un terzo) è responsabile per l'inadempimento perchè, pur non procurandolo intenzionalmente, ha tuttavia tenuto un comportamento (volontario) di negligenza, da cui l'inadempimento è finito per dipendere; c) criterio della «responsabilità oggettiva»: il debitore (o un terzo) è responsabile per l'inadempimento anche senza dolo o colpa, cioè per il solo fatto oggettivo di essere il debitore (o quel determinato terzo). Evidentemente, il primo e il terzo criterio sono, e non possono non essere, criteri eccezionali, di applicazione assai limitata: il criterio del dolo, perchè sfavorisce troppo il creditore, addossandogli le

conseguenze della eventuale negligenza del debitore o di altri; il criterio della responsabilità oggettiva, perchè sfavorisce troppo il debitore (o chi per lui), addossandogli le conseguenze anche delle ipotesi eventuali di impossibilità sopravvenuta della prestazione. Il fulcro di un ordinamento giuridico evoluto è, dunque, costituito dal criterio della colpa (il debitore o il terzo sono responsabili non solo per dolo, ma anche per negligenza); e la colpa, sempre in un ordinamento giuridico evoluto è normalmente identificata con la « mancanza della diligenza propria ad un uomo medio » (cd. « colpa media in astratto »). Solo in casi eccezionali gli ordinamenti giuridici evoluti, per specifiche considerazioni di giustizia o di opportunità: alleviano la posizione del debitore (o del terzo), esigendo una « colpa grave » (cioè la mancanza di diligenza di un uomo particolarmente attento e oculato); oppure aggravano la posizione del debitore (o del terzo), accontentandosi di una « colpa lieve » (cioè di ogni minima mancanza di diligenza); o infine precisano il criterio di responsabilità per colpa, nel senso di ritenere necessario e sufficiente, per la responsabilità del debitore (o del terzo), la « mancanza della diligenza a lui personalmente propria nelle cose sue » (cd. « colpa in concreto »).

2. Il diritto romano pervenne solo in età giustiniana, dopo una evoluzione faticosa e spesso contraddittoria, ad una sistemazione della responsabilità per inadempimento approssimativamente corrispondente a quella che abbiamo segnalato come propria di un ordinamento giuridico evoluto. Sensibilmente diverse furono, per quanto è dato sapere, le posizioni del diritto preclassico e classico. Il che in parte dipese dalla relativa vicinanza alle rudimentali e semplicistiche posizioni dell'età arcaica, ma in parte dipese anche dalla cosciente riluttanza del diritto preclassico e classico al cd. « *favor debitoris* », cioè a favorire le giustificazioni del debitore inadempiente di fronte al creditore insoddisfatto. A parte il fatto che l'*obligatus* era, ancora in età classica, un soggetto ben più fortemente vincolato dal *creditor*, che non un debitore del diritto giustiniano e dei diritti moderni (n. 108), inducevano il diritto preclassico e classico ad un trattamento di rigore nei confronti dell'*obligatus* l'esigenza della *bona fides* e la visione, chiara e fortemente sentita, degli interessi superiori della vita sociale

e della sua economia. Viceversa, in età postclassica (e forse già sullo scorcio del periodo classico) l'influenza mitigatrice del Cristianesimo, le tendenze individualistiche sopra tutto orientali, il lassismo caratteristico della decadenza giuridica cooperarono ad un rovesciamento (d'altronde, in gran parte positivo e apprezzabile) delle visuali precedenti.

3. Univocità di orientamenti si ebbe, in tutto il corso del diritto romano, solo in ordine ai limiti estremi della responsabilità per inadempimento: il « *casus fortuitus* » e la « *vis maior* ».

3.1. La « *vis maior* » e il « *casus fortuitus* », più che due categorie distinte, furono un agglomerato di ipotesi, che le fonti denominano variamente, con i termini di « *casus* », « *casus fortuitus* », « *vis maior* » e « *vis cui resisti non potest* »: terremoti, cataclismi, morte accidentale di un animale, requisizioni, inclusione delle cose nel novero delle *res extra commercium*, naufragio, incendio, *incursus latronum*, fuga di uno schiavo, ecc. In linea generale, l'*obligatus* non era tenuto a rispondere in tutte queste ipotesi, di modo che il loro verificarsi determinava l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta della prestazione (n. 113). Ma il diritto classico conobbe qualche limitazione, tra cui principalissima quella del *receptum nautarum cauponum stabulariorumque*: il nocchiere, l'albergatore e lo stalliere rispondevano sempre, in base all'editto pretorio, delle cose recate seco dal cliente, salvo che in particolarissimi casi di *damnum fatale*, come il naufragio e l'*incursio piratarum*. A prescindere dai casi limite ora enunciati, valendo il principio che il debitore fosse tenuto comunque all'adempimento, si distinse tuttavia tra la ipotesi di suo deliberato rifiuto, nel qual caso egli era automaticamente tenuto al risarcimento ed eventualmente alla pena, e la ipotesi dell'inadempimento derivante da impossibilità non casuale o non integralmente casuale di eseguire la prestazione, nel quale caso si fecero varie distinzioni in rapporto alle varie fattispecie, soprattutto contrattuali.

4. Il regime preclassico e classico della responsabilità per inadempimento può essere solo frammentariamente, e non sempre con sicurezza, ricostruito, anche per l'inne-

gabile esistenza, nel diritto classico avanzato, di fermenti evolutivi verso concezioni più duttili.

4.1. Nell'ipotesi di *obligationes in dando* aventi a oggetto somme di danaro o quantità di cose fungibili, e così pure nella ipotesi di obbligazioni generiche, vale a dire con prestazione indicata nell'ambito più o meno vasto di un *genus*, un vero e proprio problema della responsabilità per inadempimento non fu concepito, o quanto meno non fu formulato, per la pratica e, entro certi limiti, anche teorica impossibilità di un vero inadempimento oggettivamente considerabile. Infatti, al debitore era sempre possibile procurarsi, sia pure con maggiore sacrificio del normale, la somma di danaro, la quantità di cose fungibili o l'oggetto rientrante nel *genus*, per il quale egli era obbligatoriamente impegnato.

4.2. Nell'ipotesi, invece, di *obligationes in dando* aventi per oggetto cose infungibili (e così pure in ogni ipotesi analoga di obbligazioni di *facere* o *non facere*, per così dire, infungibili), si ritenne, in linea generale, che tutte le volte in cui la impossibilità della prestazione fosse comunque derivata da atto del debitore, fosse cioè comunque stata da lui volontariamente provocata, pur se non deliberatamente voluta come inadempimento, l'*obligatus* fosse responsabile dell'inadempimento perchè versava nella ipotesi di « *dolus malus* », e più precisamente di « *dolus praesens* ». In altri termini, si inclinò a ritenere, nell'età preclassica e nell'età classica, almeno entro certi limiti, che l'*obligatus* fosse responsabile dell'inadempimento, per il fatto che dal suo comportamento volontario passato o attuale (sia pure di sola negligenza) derivava la presente impossibilità di soddisfare il *creditor*. Solo in qualche caso, e solo negli ultimi tempi dell'età classica, si cominciò a far distinzione tra *dolus* propriamente detto, cioè intenzionalità dell'evento, e *culpa*, cioè volontarietà dell'atto disgiunta da una volontà diretta specificamente all'evento di impossibilità, e quindi di inadempimento. E' bene sottolineare, insomma, che, se, nel caso di impossibilità determinata della prestazione, si parlò di *dolus* del debitore per inadempimento, se ne parlò non al fine di restringere la sua responsabilità, ma in un senso estremamente largo, che sostanzialmente portò alla conseguenza di una responsabilità del debitore

per ogni sorta di inadempimento da lui non involontariamente causato.

4.3. Nelle ipotesi contrattuali per cui un debitore fosse tenuto a « consegnare » ad un creditore un oggetto giuridico, dopo averlo più o meno a lungo conservato nella sua disponibilità per adoprarlo nel proprio interesse e nell'interesse dello stesso creditore (ipotesi che sono quella del *depositum*, del *commodatum*, della *fiducia*, del *pignus*, della *locatio operis*, del *mandatum*, della *negotiorum gestio*, della *venditio*, sin tanto che la *res vendita* non fosse stata ancora *tradita*, ecc.), si ritenne del pari che il debitore fosse responsabile per *dolus* nel senso dianzi veduto; e siccome molti di questi rapporti sfociavano in *iudicia bonae fidei*, nei quali il *iudex privatus* era invitato a giudicare se e come l'*oportere* esistesse « *ex fide bona* », è chiaro che, in sede di giudizio, poteva più o meno rigorosamente, a seconda delle circostanze, essere valutata la responsabilità del debitore.

4.4. Vi furono invece alcune altre ipotesi, per le quali valsero, in età preclassica e classica, considerazioni particolari, che portarono ad un aggravamento della responsabilità del debitore. Tali furono le ipotesi in cui il debitore non avesse ottemperato al dovere, prima ancora che di consegnare la cosa dovuta, di « conservare » la cosa dovuta per la disposizione futura del creditore: l'ipotesi del comodatario (il quale, per poter restituire la cosa ricevuta in comodato, doveva esattamente conservarla), del *conductor operis* che avesse ricevuto una cosa per trasformarla (come, ad esempio, nel caso, ovviamente diffusissimo, del lavandaio o del rammendatore), del *socius* che avesse ricevuto cose sociali da lavorare, dell'*inspector* che avesse preso cose altrui per analizzarle, del *conductor rei*, del *nauta*, del *caupo*, dello *stabularius* ecc. In questi casi, si ritenne che la responsabilità del debitore fosse quella di « *praestare custodiam* », vale a dire di garantire oltre i limiti del normale la conservazione della cosa, sino al punto che si giudicò responsabile il debitore qualora la cosa fosse stata rubata presso di lui, pur se egli fosse in grado di dimostrare di non essere stato affatto negligente nella conservazione. Il criterio adottato fu, insomma, quello della responsabilità oggettiva.

5. Il regime giustiniano della responsabilità per inadempimento sebbene risulti alquanto confuso nei testi della Compilazione, si può, approssimativamente, così riassumere.

5.1. Della impossibilità della prestazione, quando non fosse derivata da *casus fortuitus* o da *vis maior*, il debitore era tenuto a rispondere a volte nell'ipotesi che essa fosse derivata da suo dolo, e a volte nell'ipotesi che fosse derivata da sua colpa. Per *dolus* si intendeva la intenzionale determinazione della impossibilità di una prestazione, mentre per *culpa* si intendeva la negligenza del debitore, la quale avesse dato adito alla impossibilità della prestazione. La *culpa*, inoltre, si suddivingeva: in *culpa lata*, o *dolo proxima*, o « *culpa quae dolo aequiparatur* », cioè negligenza estrema del comportamento del debitore; *culpa levis*, cioè mancanza alle regole normali di diligenza; e *culpa levissima*, cioè negligenza di poco conto. A seconda dei casi di obbligazioni non adempiute, si restringeva la responsabilità del debitore al dolo ed alla correlativa *culpa lata*, oppure la si estendeva alla *culpa levis* (ipotesi normale), o infine eccezionalmente la si portava sino al punto da includere la *culpa levissima*. In quest'ultimo caso si parlava, in particolare, con riguardo alle cose ottenute in consegna, di responsabilità per « *custodia* », e cioè di responsabilità per mancanza della « *diligentia exactissima* », detta anche *diligentia diligentissimi patris familias*.

5.2. La *culpa*, e correlativamente la *diligentia*, erano solitamente valutate *in abstracto*, cioè in relazione alla figura di un uomo medio normalmente diligente nell'amministrazione delle sue cose (*diligens pater familias* o *bonus pater familias*). Ma in taluni casi si richiedeva la « *culpa in concreto* », cioè la mancanza della *diligentia*, « *quam in suis rebus adhiberi solet* »: il che tanto poteva portare ad un accrescimento di responsabilità, se in concreto la persona considerata risultasse essere straordinariamente diligente nell'amministrazione degli affari propri, quanto invece poteva portare ad un alleviamento di responsabilità, se risultasse il contrario.

144. LA « MORA SOLVENDI » E LA « FRAUS CREDITORUM ».

1. Ipotesi particolari di inadempimento furono la *mora solvendi* e la *fraus creditorum*.

2. La *mora solvendi* era il ritardo dell'*obligatus*, a lui imputabile, nell'adempimento dell'obbligazione: se e finchè l'adempimento era ancora possibile e di interesse del *creditor*, non si aveva vero e proprio inadempimento, ma *mora*, generatrice di una particolare responsabilità del debitore (o di altri per lui).

2.1. Il momento iniziale del periodo di *mora solvendi* si aveva: nelle obbligazioni a termine, al momento della scadenza del termine; nelle obbligazioni senza termine fisso, al momento della richiesta di adempimento da parte del *creditor*. Ma il diritto classico riteneva sufficiente una richiesta non formale, in qualunque modo fatta; anzi, anche senza richiesta, riteneva talvolta scaduta l'obbligazione (e iniziata la *mora*), se era trascorso il tempo normalmente sufficiente all'adempimento (per es.: l'obbligo di confezionare un abito può richiedere al più qualche settimana per l'adempimento, onde è in mora il sarto che dopo qualche mese ancora non ha effettuato la consegna). Invece il diritto postclassico, attraverso una teorizzazione più rigida del fenomeno, ritenne che la *mora* decorresse di regola dal giorno della « *interpellatio* », vale a dire della richiesta esplicita dell'adempimento da parte del creditore, ed ammise solo eccezionalmente che, nelle obbligazioni a termine, « *dies interpellat pro homine* », vale a dire la scadenza del termine equivallesse alla *interpellatio* del creditore. Nel caso di *interpellatio* si parlava di « *mora ex persona* », mentre nell'ipotesi delle obbligazioni a termine si parlava di « *mora ex re* ».

2.2. Effetti della *mora solvendi* erano: a) la « *perpetuatio obligationis (in dando)* », lo spostamento degli obblighi di dare, nelle *obligationes in dando*, sino al giorno dell'effettivo adempimento, con la conseguenza che, se la cosa perisse o si deteriorasse prima dell'adempimento, anche se per caso fortuito, dovesse sopportare le conseguenze il debitore; b) l'obbligazione del pagamento degli interessi (« *usurae moratoriae* »), che peraltro valeva nei soli giudizi di buona fede ed era stabilita dal giudice (onde si parlò di « *usurae quae officio iudicis praestantur* »). In diritto postclas-

sico il principio della *perpetuatio obligationis* subì qualche limitazione di carattere equitativo, nel senso che l'*obligatio* si intese perpetuata nei limiti ed agli effetti di ciò che sarebbe potuto succedere anche al creditore: pertanto, se un cataclisma avesse distrutto la *res* rimasta presso il debitore, ma non avesse prodotto danni nell'abitazione del creditore, o nei luoghi in cui questi avrebbe presumibilmente depositato la *res* in caso di adempimento tempestivo, si riteneva che la *perpetuatio obligationis* non avesse luogo e che, di conseguenza, il debitore in mora fosse esente da colpa.

2.3. La *mora solvendi* era passibile di « *purgatio* », se il debitore ritardatario finalmente offrì al creditore l'adempimento della *sors* e delle eventuali *usurae moratoriae*, senza che il creditore avesse giusto motivo per opporsi.

3. La cd. *fraus creditorum* consisteva nella dolosa alienazione di propri cespiti patrimoniali da parte del debitore, allo scopo di creare o aggravare la propria insolvenza, cioè la propria incapacità a tener fede ai propri impegni, danneggiando i creditori. Della ipotesi di *fraus creditorum* si occupò il *praetor urbanus*, il quale volle tentare, mediante la concessione di alcuni specifici rimedi, di eliminare, nei limiti del possibile, gli effetti.

3.1. I mezzi giudiziari del diritto classico non sono sicuramente noti. Sembra che essi consistessero: da un lato in una « *restitutio in integrum* », promessa allo scopo di porre nel nulla gli atti fraudolenti; dall'altro in un « *interdictum fraudatorium* », concesso contro il terzo acquirente *sciens fraudis* allo scopo di costringerlo a restituire quanto avesse ricevuto dal debitore. Nel diritto giustiniano i due rimedi classici appaiono unificati in una azione unica, che viene denominata, in qualche testo probabilmente interpolato, « *actio Pauliana* », ed a cui pertanto si dà ormai tradizionalmente questo nome: un'azione intesa alla « revoca » degli atti fraudolenti. Soggetti a revoca erano soltanto gli « atti di alienazione » compiuti dal debitore a danno dei creditori, sia che essi fossero atti positivi (trasferimento di proprietà), sia che essi fossero atti negativi (rinunzie a crediti, *patientia* nella estinzione di un diritto per *non usus*). La revoca si applicava « *ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur* », e quindi non si applicava ai casi di mancato acquisto.

3.2. La *fraus creditorum* rilevava solo se all'elemento obiettivo del danno (« *eventus damni* ») si aggiungesse l'elemento subiettivo del « *consilium fraudis* », cioè della coscienza nel debitore fraudolento di recare pregiudizio ai creditori. Inoltre, gli atti di alienazione a titolo oneroso erano revocabili solo se il terzo acquirente avesse avuto la « *scientia fraudis* », cioè la consapevolezza della frode contro i creditori. Per gli atti a titolo gratuito sembra che in diritto classico fosse concessa un'*actio in factum* contro il terzo acquirente *sciens fraudis*, mentre nella successiva età post-classica si affermò pienamente il principio, per cui la *scientia fraudis* era richiesta nel terzo solo se si trattasse di acquisti a titolo oneroso.

3.3. La revoca degli atti fraudolenti non era pensabile e non veniva concessa quando la frode, pur essendo coscientemente perpetrata e obbiettivamente attuata, non avesse avuto la conseguenza del danno irreparabile dei creditori, e cioè quando non si fosse determinata la irreparabile insolvenza del debitore. Pertanto gli atti di alienazione compiuti dal debitore al fine di frodare i suoi creditori non erano revocabili sino a che la frode non fosse deflagrata in una patente insolvenza, la quale avesse dato luogo ad un procedimento fallimentare di *missio in bona venditionis causa* (n. 45). Legittimato ad agire per conto di tutti i creditori era, quindi, il *curator bonorum* prima, e più tardi, se risultassero altri atti fraudolenti, il *magister bonorum*. L'azione revocatoria poteva essere esercitata soltanto entro l'anno dall'avvenuta alienazione, e solo contro l'acquirente della cosa alienata, mentre rimaneva salvo da ogni possibilità di revoca l'eventuale subacquirente; dopo l'anno contro l'acquirente o i suoi eredi, ma non contro i suoi successori a titolo particolare, poteva essere esercitata un'*actio in factum* « *in id quod ad eum pervenit* », cioè nella misura dell'arricchimento.

145. RAGGUAGLIO DI DIRITTO MODERNO.

1. Nel diritto italiano vigente è ormai netta la distinzione fondamentale tra la « responsabilità penale », che si ricollega al compimento dei cd. « reati » (delitti e contravvenzioni), e la « responsabilità civile », ricollegata al compimento di

fatti lesivi di interessi privati. Si parla inoltre di « responsabilità amministrativa », che, secondo alcuni, sarebbe una sottospecie della responsabilità civile, secondo altri, un tipo a sè, ricollegantesi al compimento dei cd. fatti illeciti amministrativi (cioè a fatti vietati per ragioni di interesse pubblico, non consistenti però in reati, il cui numero è tassativo e la cui figura è tipica).

1.1. La responsabilità penale produce come conseguenza l'irrogazione, a carico dell'autore dei fatti vietati, delle cd. sanzioni penali o pene (ergastolo, reclusione, arresto, multa e ammenda). La responsabilità civile produce come conseguenza per l'autore del fatto dannoso l'obbligo di risarcire il danno. La responsabilità amministrativa produce come conseguenza l'irrogazione delle cd. sanzioni amministrative (consistenti in pene pecuniarie, pene disciplinari o altri effetti particolarmente afflittivi).

2. Limitando il nostro discorso unicamente alla *r e s p o n s a b i l i t à c i v i l e*, occorre subito dire che questa viene distinta dalla dottrina in primaria e secondaria, o, con ricorso ad una terminologia tradizionale, ma meno precisa, in extra-contrattuale e contrattuale.

2.1. La « responsabilità contrattuale », disciplinata nel nostro codice civile nel capo III (dell'inadempimento delle obbligazioni) del titolo I (delle obbligazioni in generale) del libro IV (delle obbligazioni) (a. 1218-1229), è quella che consiste nell'inadempimento delle obbligazioni (ossia dei rapporti giuridici relativi). Poichè le obbligazioni trovano la loro fonte principale nel contratto (negozio giuridico bilaterale a contenuto patrimoniale), ecco perchè tale responsabilità veniva chiamata contrattuale. Ma è chiaro che anche la responsabilità consistente nell'inadempimento di un obbligo non contrattuale è pur sempre della stessa natura, cioè è pur sempre una responsabilità che presuppone un rapporto relativo preesistente tra le parti e non adempiuto da una di esse. Pertanto è più opportuno chiamare tale responsabilità diversamente. Il termine più adatto è « responsabilità secondaria », perchè a differenza della primaria, presuppone già un rapporto relativo tra le parti (ossia una preesistente obbligazione).

2.2. La « responsabilità extracontrattuale », disciplinata dal nostro codice civile nel titolo IX (dei fatti illeciti) del libro IV (a.

2043-2059), è quella che, a differenza della precedente, al di fuori di qualsiasi rapporto giuridico relativo preesistente tra le parti, si instaura per la prima volta a carico di un soggetto, per la lesione da lui prodotta nella sfera giuridica altrui (lesione non di rapporti relativi, bensì di rapporti assoluti). La terminologia « extra-contrattuale » si spiega in contrapposizione alla precedente.

3. Caratteristica della responsabilità civile primaria è che non esistono figure tipiche, come nel diritto romano, di illeciti civili. Esiste invece una figura generale di illecito civile consistente in « qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto » (a. 2043). Gli elementi della responsabilità primaria nel nostro vigente ordinamento giuridico sono, pertanto, i seguenti.

3.1. Il danno. Poichè presupposto di ogni specifica ed ordinata convivenza sociale è il dovere di non invadere la sfera di esclusiva pertinenza altrui (*neminem laedere*), ogni sconfinamento, ogni lesione di rapporti giuridici assoluti, comportando un danno, obbliga l'autore di esso a risarcirlo: cioè o ad eliminarlo nei limiti del possibile (a. 2058, risarcimento in forma specifica) ovvero a compensarlo (a. 2058, risarcimento per equivalente). E' risarcibile non solo il « danno patrimoniale » (consistente nella diminuzione presente o futura del patrimonio: danno emergente o lucro cessante), ma anche il « danno morale » (consistente nel turbamento psichico che una persona ha sofferto per il fatto illecito altrui). Quest'ultimo è risarcibile solo nei casi tassativamente indicati dalla legge, tra i quali il più importante, se non l'unico, è l'ipotesi che il danno derivi da reato (a. 185 co. 1 c.p.). Non si deve confondere con il danno morale il danno cd. « patrimoniale indiretto », che riguarda le conseguenze patrimoniali della lesione di un bene immateriale (es. diffamazione di un professionista che gli cagiona la perdita della clientela): questo ultimo tipo di danno (anche se indiretto) è sempre patrimoniale e, pertanto, è risarcibile in ogni ipotesi.

3.2. Il nesso di causalità. Il danno deve essere stato prodotto mediante un comportamento (azione in senso positivo o azione in senso negativo, ossia omissione) umano, che deve essere in rapporto di causa ad effetto con il danno stesso. Se il

danno, ad es., fosse stato prodotto da forza maggiore, il soggetto non sarebbe tenuto a risarcirlo.

3.3. L'antigiuridicità del fatto. Intanto il danno è risarcibile in quanto è «ingiusto», cioè tale che non si ha il diritto di infliggerlo al soggetto passivo. Una lesione della sfera giuridica altrui, consentita o tollerata dall'ordinamento giuridico, non costituisce fatto illecito, nè dà luogo a danno ingiusto: da tale fatto non nasce responsabilità, ossia obbligo di risarcire il danno prodotto. Escludono l'antigiuridicità del fatto l'esercizio di un diritto (a. 51 c.p.), l'adempimento di un dovere (a. 51 c.p.), la legittima difesa (a. 52 c.p. e 2044 c.c.) e lo stato di necessità (a. 54 c.p. e 2045 c.c.).

3.4. La capacità di intendere e di volere. Il comportamento umano per essere qualificato illecito, ossia in contrasto con l'ordinamento giuridico, deve essere riconducibile ad un soggetto capace, ad un soggetto cioè che sia in grado di rendersi conto del suo operato, che sia normale dal punto di vista psichico. In tal caso si dice che il soggetto è imputabile, cioè può essere chiamato a rispondere dei fatti illeciti da lui compiuti. Nel campo del diritto civile, a differenza che nel diritto penale, l'imputabilità si acquista con l'uso della ragione (circa verso i sette anni) purchè non si sia affetti da malattie mentali. I soggetti quindi di età inferiore a quella minima su indicata e i soggetti malati di mente, non essendo capaci di intendere e volere, non sono responsabili e, pertanto, non rispondono degli atti da essi compiuti. Ne rispondono invece le persone tenute alla loro sorveglianza.

3.5. Dolo o colpa. Non basta che il soggetto sia in astratto capace di intendere e di volere. Occorre che in concreto l'atto illecito da lui compiuto sia stato voluto (dolo) o quanto meno reso possibile per colpa (negligenza, imprudenza, imperizia). Mancando la partecipazione psicologica (dolo o colpa) del soggetto, di regola non c'è responsabilità. Tuttavia nel nostro ordinamento giuridico talvolta si è chiamati a rispondere non solo per il fatto proprio (responsabilità diretta) ma anche per un fatto altrui (responsabilità indiretta) e talvolta finanche per un fatto assolutamente indipendente dalla nostra volontà (responsabilità

oggettiva). Sono casi di « responsabilità indiretta »: quella dei genitori, tutori, precettori e maestri di arte per i fatti compiuti dai figli o pupilli (a. 2048) (*culpa in vigilando*); quella dei padroni e dei committenti per i fatti dei loro domestici (a. 2049) (*culpa in eligendo*); quella delle persone tenute alla sorveglianza per i danni cagionati da persone incapaci di intendere e volere (a. 2047) (*culpa in vigilando*). La « responsabilità oggettiva », che prescinde dall'elemento del dolo o colpa, è accolta solo in via di eccezione dal nostro ordinamento giuridico. Parte della dottrina, ritenendola contraria ai principi generali del nostro ordinamento giuridico, nega addirittura che quelli indicati come casi di responsabilità oggettiva siano effettivamente tali. I casi sono comunque i seguenti: responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa (a. 2050), danno cagionato dall'incapace (a. 2051), danno cagionato da cose in custodia (a. 2051), danno cagionato da animali (a. 2052), danni cagionati dalla rovina di un edificio (a. 2053) o dalla circolazione di veicoli (a. 2054). In tutti questi casi la responsabilità prescinde dall'accertamento della colpa, tuttavia è consentito all'agente dare la prova liberatoria: perciò si dice da alcuni che più che di responsabilità oggettiva occorre parlare di responsabilità con presunzione di colpa (inversione dell'onere della prova: presunzione *iuris tantum*).

4. Secondo il vigente ordinamento giuridico la responsabilità secondaria (o contrattuale) può manifestarsi nelle forme dell'inadempimento, dell'inesatto adempimento e della mora. « Inadempimento » si ha quando l'obbligazione non viene adempiuta. « Inesatto adempimento » si ha quando l'obbligo è adempiuto, ma inesattamente, ossia solo in parte (a. 1181), ovvero effettuando una prestazione diversa da quella dovuta: *aliud pro alio* (a. 1197), con cose altrui (a. 1193), ovvero senza osservanza delle modalità di tempo (a. 1183) e di luogo (a. 1188) prescritte, ovvero senza tenere conto della persona del destinatario del pagamento (a. 1188, 1189, 1190). « Mora » è il ritardo ingiustificato nell'adempimento; a proposito di che occorre dire che nel nostro ordinamento giuridico è riprodotta la distinzione romana tra *mora ex persona* (che è quella regolare, per la quale occorre l'intimazione o richiesta fatta per iscritto: a. 1219) e *mora ex re* (la quale può

fare eccezionalmente a meno dell'*interpellatio* e si ha in alcuni casi tassativamente indicati dalla legge: obbligazione *ex delicto*, obbligazione a termine, rifiuto scritto di adempiere: a. 1219). La mora oltre a determinare l'obbligo di risarcire il danno, produce, come nel diritto romano, la *perpetuatio obligationis* (a. 1221).

4.1. Secondo la dottrina dominante, l'inadempimento (o l'inesatto adempimento) e la mora determinano la obbligazione del debitore al risarcimento del danno da essi provocato, solo se derivano dalla sua colpa (e, a maggiore ragione, da suo dolo). In materia di responsabilità secondaria non vi è responsabilità senza colpa (cd. responsabilità oggettiva). Tuttavia, a differenza che in materia di responsabilità primaria (dove incombe al danneggiato l'onere della prova), la colpa del debitore è presunta. Basta il fatto oggettivo dell'inadempimento o del ritardo a determinare le responsabilità del debitore e perciò la prova liberatoria è ovviamente a carico del debitore. Il debitore inadempiente o moroso può infatti liberarsi dalla propria responsabilità, dimostrando che l'inadempimento o il ritardo è dipeso da impossibilità oggettiva (e non soggettiva, secondo la dottrina) sopravvenuta e che tale impossibilità è derivata da causa a lui non imputabile. Quando al danno prodotto, esso è risarcibile solo se si tratta di danno patrimoniale. Esso consta di due elementi: danno emergente (perdita subita) e lucro cessante (mancato guadagno): entrambi tali elementi sono oggetto di risarcimento sempre che siano conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento o del ritardo (nesso causale tra inadempimento o ritardo e danno) (a. 1223). Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno (concorso di colpe), il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne siano derivate (a. 1127). Poichè in materia di obbligazioni il principio dominante è quello della buona fede, incombe al creditore il dovere di non aggravare il danno ricevuto; pertanto non gli è dovuto risarcimento per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (a. 1227).

4.2. In materia di responsabilità secondaria il risarcimento del danno incontra un importantissimo limite, inesistente in materia di responsabilità primaria. Se l'inadempimento o ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che

poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione (a. 1225).

5. Accertata l'esistenza del danno (giudizio sull'*an*) occorre procedere alla sua *liquidazione* (giudizio sul *quantum*). Il creditore è tenuto a provare l'esatto ammontare del danno. Tuttavia se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa (a. 1226). Nelle obbligazioni pecuniarie il danno è presunto (*iuris et de iure*) nella misura dell'interesse legale. E' ammessa inoltre (a carico del creditore) anche la prova di un eventuale danno maggiore (a. 1224). L'azione per il risarcimento di danni da inadempimento o mora è soggetto alla prescrizione stabilita per le azioni nascenti dal contratto o dall'atto unilaterale, che è di solito quella ordinaria (a. 2934), salvo alcune eccezioni (a. 2949, 2950, 2951, 2952, ecc). Viceversa, l'azione per la responsabilità primaria nascente dall'illecito civile è soggetta ad una prescrizione breve quinquennale (a. 2947).

6. Anche l'*azione revocatoria* è rimasta, ed anzi è stata notevolmente potenziata nel nostro ordinamento giuridico, allo scopo di tutelare il creditore contro gli atti di disposizione compiuti dal debitore, consapevolmente, in suo pregiudizio (a. 2901 n. 1). Per la revocatoria degli atti a titolo oneroso occorre anche la consapevolezza del terzo (a. 2901 n. 2).

6.1. Gli effetti del fortunato esperimento dell'azione revocatoria non sono quelli di invalidare gli atti compiuti in frode dell'aspettativa del creditore, ma unicamente quelli di rendere tali atti « inopponibili » ai creditori stessi che possono aggredire e sottoporre ad esecuzione forzata i beni usciti dal patrimonio del loro debitore, come se l'atto di disposizione rispetto a loro non fosse stato mai compiuto (a. 2902).

6.2. Un tipo particolare di tutela è accordata ai creditori degli imprenditori commerciali: la « revocatoria fallimentare », che si differenzia dalla revocatoria ordinaria perchè accordata a tutti i creditori del fallito a pari condizioni (*par condicio creditorum*, assicurata con l'attribuzione dell'esercizio dell'azione stessa al curatore del fallito nell'interesse di tutti i creditori complessivamente) e perchè concessa con particolari facilitazioni di prova (presunzione di frode o di danno: a. 67 ss. l. fall.).

CAPITOLO V

GLI ATTI DI AUTONOMIA DEL « IUS PRIVATUM »

§ 21. — GLI ATTI DI AUTONOMIA DEL « IUS PRIVATUM »

SOMMARIO: 146. Gli atti di autonomia del *ius privatum*. — 147. Il concetto di negozio giuridico. — 148. L'efficacia dei negozi giuridici. — 149. La forma nei negozi giuridici. — 150. La causa nei negozi giuridici. — 151. La volontà nei negozi giuridici. — 152. Le clausole accidentali dei negozi giuridici. — 153. La sostituzione nell'attività negoziale.

146. GLI ATTI DI AUTONOMIA DEL « IUS PRIVATUM ».

1. La categoria di gran lunga più importante e complessa dei « fatti giuridici », cioè degli accadimenti che il diritto considera causativi dell'« ordine giuridico », è costituita, come si è detto a suo tempo (n. 7), dagli atti giuridici di autonomia, vale a dire dagli atti produttivi di effetti stabiliti dagli stessi soggetti giuridici che li hanno posti in essere. Vi sono materie, infatti, che l'ordinamento giuridico considera « rilevanti », degne di tutela giuridica, ma rinuncia a regolare esso stesso con dettagliate norme di relazione, preferendo il sistema di autorizzare gli stessi soggetti interessati a regolarsene, di volta in volta che se ne presenti l'occasione, come meglio credono. Il che significa che l'ordinamento attribuisce ai soggetti, in ordine a queste materie, una sfera più o meno lata di autonomia, cioè un potere più o meno esteso di autoregolamento dei propri interessi. Fenomeno, a ben riflettere, molto naturale ed altamente opportuno: molto naturale, perchè viene spontaneo a chi comanda lasciare all'iniziativa del comandato ogni condotta, che non sia

indispensabile prestabilire nei particolari; altamente opportuno, perchè sarebbe praticamente impossibile ad un ordinamento giuridico, per quanto minuziosamente articolato, predisporre una tabella completa e dettagliata degli atti giuridicamente rilevanti e degli effetti a ciascuno di essi corrispondenti.

1.1. Se si tiene presente che, storicamente, gli ordinamenti giuridici non hanno nulla del prefabbricato, ma sorgono e si sviluppano dalla necessità di impedire i conflitti tra i consociati, meglio ancora si comprende perchè gli ordinamenti giuridici stessi non manchino mai di riconoscere vaste zone di autonomia ai soggetti. In realtà, gli ordinamenti giuridici si sovrappongono sempre ad una preesistente realtà sociale, costituita dalle iniziative dei soggetti, e, lungi dal tentare di cristallizzare (e deformare) questa realtà con fitti regolamenti normativi, si impegnano solo a produrre quelle normative che sembrano strettamente indispensabili ad evitare e prevenire i conflitti. Liberi, dunque, i soggetti di continuare a prendere tutte le iniziative che credono, purchè nei confini stabiliti dall'ordinamento. Perciò appunto avviene che l'iniziativa dei soggetti, essendo considerata giuridicamente rilevante ed essendo inquadrata dall'ordinamento giuridico, assume la veste di autonomia giuridica, divenendo l'espressione di un potere di autoregolamento riconosciuto (esplicitamente o implicitamente) dal diritto ai suoi soggetti.

1.2. Gli atti di autonomia dei soggetti giuridici privati si dicono « atti di autonomia privata » o, con termine ormai universalmente usato, *negozii giuridici*. Lo studio di questa specifica categoria è stato particolarmente curato dalla cd. Pandettistica (n. 34) e costituisce uno dei temi preferiti dalla dottrina civilistica contemporanea. Nessuna legislazione ha, a tutt'oggi, tentato di disciplinare compiutamente la materia, sebbene non vi sia codice civile moderno che, almeno parzialmente, non mostri di avere fortemente risentito delle costruzioni pandettistiche. In particolare, il c.c. *italiano*, pur evitando di usare il termine di « negozio giuridico », fa riconoscibilissima applicazione della teoria relativa in molti punti (per es.: in materia di disposizioni testamentarie, a. 624 ss., e di donazioni, a. 787 ss.), ma sopra tutto

nel libro IV (delle obbligazioni), di cui il titolo II (a. 1321-1469) è tutto dedicato alla disciplina generale dei « contratti », cioè della specie più importante dei negozi giuridici, con l'aggiunta che quelle norme « si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale » (a. 1324).

2. Anche il *ius privatum* romano riconobbe una certa sfera di autonomia ai suoi soggetti. Una indagine volta a ravvisare le caratteristiche degli atti di autonomia del *ius privatum* è, dunque, possibile e lecita: non meno possibile e non meno lecita di quella che solitamente si svolge per accertare le qualificazioni generali (sobbietive, obbiettive ecc.) dell'ordinamento privatistico di Roma. Ma bisogna avvertire che in nessuna epoca del diritto romano esistette mai una « dottrina » (e tanto meno una regolamentazione normativa) del negozio giuridico come categoria generale. Gli scritti della giurisprudenza preclassica e classica, la quale sempre moltissima attenzione dedicò appunto all'attività dei soggetti giuridici, sono pieni di osservazioni acutissime; queste osservazioni, pazientemente studiate, si armonizzano più o meno facilmente tra loro, dando chiarissimi indizi di un'evoluzione di pensiero sostanzialmente organica e unitaria; non mancano, del resto, argomenti più o meno estesi (ad esempio, quello dell'« *error facti* » o quello delle « modalità » del negozio), che la giurisprudenza romana ha già scopertamente inquadrato in una visione unitaria dell'autonomia privata (senza riferimento a singoli atti, ma con riferimento all'attività giuridica autonoma in generale). Tuttavia è sicuramente da escludere che, in qualunque epoca del diritto romano, la problematica generale del negozio giuridico abbia mai assunto, agli occhi dei giureconsulti romani, la consistenza di una problematica coscientemente individuata, e non soltanto frammentariamente sentita in modo prevalentemente inconscio.

2.1. La individuazione del problema e la costruzione della teoria generale del negozio giuridico è merito, come si è avvertito, della Pandettistica del sec. XIX. Ma nel suo lodevole lavoro la Pandettistica non ha saputo o potuto, purtroppo, sottrarsi ad alcuni gravi errori di valutazione. Infatti, essa: in primo luogo, è partita dal presupposto, certamente

inesatto, che la giurisprudenza romana già fosse conscia, pur non amando parlarne diffusamente e con trattazione unitaria, del problema del negozio giuridico; in secondo luogo, ha utilizzato gli spunti offerti dalle fonti giuridiche romane senza un preciso esame critico-esegetico, col risultato di falsare ancor più la ricostruzione storiografica dell'argomento e di presentare spesso su un piano di « contemporaneità » dati appartenenti a momenti evolutivi diversi; in terzo luogo, premunta dalla necessità di adattare il diritto romano alle esigenze di regolamento intersubbiiettivo manifestate dal mondo contemporaneo, non ha esitato, in molti casi, ad integrare la sua trattazione con argomenti di carattere razionale e astratto, poco o punto legittimati dalla storia del fenomeno giuridico romano. Il « negozio giuridico » della Pandettistica fa pensare, insomma, ad un edificio di tipo neoclassico, vagamente arieggiante un po' tutti gli stili dell'architettura antica, e fabbricato con materiali parte antichi, ma di provenienza diversa, e parte moderni. Un risultato che può forse soddisfare le esigenze della vita moderna, ma che non soddisfa affatto quelle di una seria rievocazione storica, e che può anzi fuorviare (come spesso è accaduto) chi, attratto dalla retorica neoclassica, non si renda conto della sua « astoricità », o forse della sua antistoricità.

2.2. La romanistica contemporanea, pur essendo ormai molto avanzata sulla via del ripensamento storicistico del diritto romano, ancora non ha saputo completamente liberarsi dalla suggestione « neoclassica » della dottrina pandettistica del negozio giuridico. Allo stadio attuale degli studi di diritto romano, il « negozio giuridico » è ancora e spesso considerato dai trattatisti non come espediente di inquadramento della materia del *ius privatum*, ma proprio come « materia », cioè come un settore del *ius privatum* romano da ricostruire storicamente: onde sono in corso tuttora tanto accese, quanto assurde, discussioni addirittura sul « concetto » che del negozio giuridico i Romani avrebbero avuto, sia pur variando da periodo a periodo. All'incontro, non sarà mai ripetuto abbastanza che i Romani non ebbero alcun concetto del negozio giuridico, ma si limitarono per lo più a studiare gli atti giuridici privati ciascuno per conto suo, nella sua configurazione « tipica », o tutt'al più in raggruppamenti par-

ziali, ciascuno giustificato da strette analogie di struttura o di funzione. Una trattazione storiografica del diritto romano, pertanto, altro non può e non deve fare che segnalare di volta in volta, a proposito dei singoli argomenti, questi *f e n o m e n i*, di limitato inquadramento generale, che nelle fonti si ravvisano. E tutt'al più può utilizzare lo schema del negozio giuridico, come si è fatto sin qui, al fine di istituire un « linguaggio » utile alla scorrevolezza dell'esposizione.

3. Il presente capitolo non persegue quindi lo scopo di fare o di rifare la teoria del negozio giuridico romano, ma vuol solo mettere in luce gli *s p u n t i r o m a n i s t i c i*, sia pur parziali e contraddittori, che stanno alla base della dottrina moderna del negozio giuridico, ovviamente con particolare riguardo al diritto italiano vigente. Spunti, sia ben chiaro, non tutti « positivi », cioè di conforto per le visuali correnti, ma talora « negativi », cioè di critica. Ragion per cui il punto di partenza di ogni singolo argomento dovrà essere costituito da una succinta esposizione delle impostazioni moderne.

147. IL CONCETTO DI NEGOZIO GIURIDICO.

1. Secondo la cd. « teoria generale del diritto » (in altri e più concreti termini, secondo le opinioni oggi correnti, anche al lume delle vigenti regolamentazioni giuridiche), il *n e g o z i o g i u r i d i c o* è un atto (di un soggetto di rapporti privati) lecitamente produttivo di effetti giuridici ordinativi conformi alla volontà manifestata da chi lo compie ed allo scopo pratico che esso è obiettivamente in grado di realizzare. Una rapida analisi della definizione chiarirà meglio il concetto.

1.1. Il negozio giuridico è un *a t t o g i u r i d i c o*, cioè rientra nel *genus proximus* degli « atti », vale a dire dei fatti giuridici posti in essere *v o l o n t a r i a m e n t e* dai soggetti. Esso presuppone, dunque, la « capacità giuridica » e, in ogni caso, la « capacità di agire » di chi lo compie.

1.2. Il negozio giuridico è un atto giuridico *l e c i t o*, cioè non vietato, nè sanzionato dal diritto. Beninteso, può darsi che, nel porlo concretamente in essere, il soggetto giuridico lo metta in

contrasto con l'ordinamento, facendone un cd. negozio giuridico illecito, indirizzato ad un fine vietato dal diritto. In tal caso, l'ordinamento giuridico reagisce in vari modi: o dichiarando il negozio privo di ogni effetto, o riducendo la sua operatività ai soli effetti leciti, o anche talvolta punendo l'autore del negozio per il cattivo uso che ha fatto dell'autonomia riconosciutagli. In ogni caso, non è l'atto in quanto tale ad essere preso di mira: ne sono presi di mira gli effetti e le modalità di esplicazione.

1.3. Il negozio giuridico è un atto giuridico lecito produttivo di effetti ordinativi. Esso, cioè, non ha effetti normativi, sanzionatori o amministrativi, come è di quelle altre categorie di atti di autonomia che sono i « provvedimenti » (rispettivamente, normativi, sanzionatori o amministrativi), ma ha il solo effetto limitato di regolare gli interessi del suo o dei suoi autori, cioè di produrre un effetto determinante dell'ordine giuridico: costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico.

1.4. Il negozio giuridico è un atto giuridico lecito produttivo di effetti ordinativi non stabiliti dall'ordinamento, ma lecitamente determinabili dal suo autore. Esso è, in altri termini, un atto di autonomia giuridica: sia nel senso positivo che sta all'autore, per autorizzazione rilasciatagli (esplicitamente o implicitamente) dall'ordinamento, determinarne gli effetti; sia nel senso negativo che la libertà dell'autore non è illimitata, ma è circoscritta da una serie di divieti (varcare i quali costituirebbe porre in essere un negozio illecito), e deve quindi svolgersi entro una determinata sfera di liceità giuridica, che ne forma un presupposto essenziale.

1.5. Il negozio giuridico è un atto giuridico lecito, lecitamente produttivo di effetti ordinativi conformi alla volontà manifestata dal suo autore. La determinazione dei suoi effetti, in altri termini, non è rimessa alla pura e semplice volontà dell'autore, ma è condizionata alla manifestazione esteriore di questa volontà, cioè alla forma che la volontà assume. La volontà (degli effetti) è, indubbiamente, un requisito indispensabile alla nozione del negozio giuridico, che altri-

menti non potrebbe distinguersi dal mero atto giuridico; ma non meno indispensabile è la forma, cioè la manifestazione esteriore, perchè diversamente il negozio non sarebbe riconoscibile dai terzi. L'equilibrio tra i due elementi può essere, negli ordinamenti giuridici positivi, quanto mai variabile (nel senso che possono aversi ordinamenti ad indirizzo accentuatamente formalistico e ordinamenti a indirizzo accentuatamente volutaristico), ma non sarebbe negozio giuridico un atto privo completamente dell'uno e dell'altro requisito.

1.6. Il negozio giuridico è un atto giuridico lecito, lecitamente produttivo di effetti ordinativi conformi, oltre che alla volontà manifestata dall'autore, anche allo scopo pratico che esso è obbiettivamente in grado di realizzare. Lo scopo pratico del negozio risulta, il più delle volte, coincidente con la volontà manifestata dall'autore, ma può ben darsi che, ad una analisi obbiettiva, esso risulti parzialmente diverso da quanto voluto o per lo meno manifestato dall'autore stesso: può ben darsi cioè che il negozio risulti avere una funzione obbiettiva (cd. *causa del negozio*) diversa da quella vagheggiata o esteriormente indicata dall'autore. Ora l'ordinamento giuridico non può accontentarsi del fatto che i propositi dell'autore del negozio siano esteriormente e, magari, anche interiormente leciti; l'ordinamento giuridico ha bisogno di essere sicuro che il negozio non sia obbiettivamente indirizzato a violare i confini del lecito, cioè dell'autonomia privata. Anche a prescindere dalla ipotesi di mala fede, potrebbe ben capitare ad un privato di scatenare in malo modo, come l'« apprendi sorcier » della favola, il meccanismo del negozio giuridico. Di qui l'esigenza che vi sia, di regola, una *causa riconoscibile* e che questa causa (quando è richiesto che vi sia) sia *lecita*.

2. Dal punto di vista della loro struttura, i negozi giuridici si distinguono in: a) *unilaterali*, se consistono nella manifestazione di volontà di un soggetto (cd. *negozi unilaterali semplici*) o nel complesso delle conformi manifestazioni di volontà di più soggetti, dirette tutte allo scopo di realizzare interessi concorrenti (cd. *negozi unilaterali complessi*); b) *plurilaterali* (anche detti *convenzionali*), se

constano di due o più manifestazioni o complessi di manifestazioni di volontà, rappresentativi ciascuno di interessi divergenti, e diretti perciò alla conciliazione di opposti interessi (cd. « *consensus in idem placitum* »).

3. Il negozio giuridico, per poter produrre i suoi effetti, non solo deve essere esteriormente conosciuto (onde l'esigenza di una sua « forma ») ma deve essere interpretato in relazione alla volontà dell'autore, alla sua causa, al legittimo affidamento che i terzi interessati abbiano potuto porre in esso. In proposito gli ordinamenti giuridici moderni sogliono porre norme precise, che, per il diritto italiano vigente, si leggono negli a. 1362-1371 c.c. (relativi ai contratti e, per quanto possibile, ai negozi giuridici unilaterali tra vivi): articoli che la dottrina ritiene fondamentalmente applicabili, con i dovuti temperamenti, anche alle disposizioni di ultima volontà.

3.1. Un primo gruppo di norme (a. 1362-1365) attiene alla cd. *interpretazione in concreto*, o « subbiettiva », ossia è inteso a guidare l'interprete verso la ricostruzione della vera e concreta volontà dell'autore o degli autori del negozio. La regola è che non ci si debba limitare, nella interpretazione del negozio, al senso letterale delle parole, ma si debba indagare l'intima intenzione dell'autore (e nei negozi bilaterali o plurilaterali, la comune intenzione degli autori), desumendola da ogni mezzo specifico di prova, dal complesso dell'atto in tutte le sue clausole e dal comportamento complessivo dell'autore o degli autori, così come si è svolto anche dopo il compimento del negozio (a. 1362-1363).

3.2. Un secondo gruppo, subordinato, di norme (a. 1366-1371) attiene alla cd. *interpretazione in abstracto*, o « obbiettiva », ossia è inteso a guidare l'interprete verso una soluzione interpretativa nella ipotesi che non si renda possibile una sicura ricostruzione della volontà dell'autore del negozio. Il legislatore suggerisce all'interprete: a) di supporre che il negozio sia stato compiuto in buona fede (a. 1366); b) di interpretare i punti dubbi nel senso in cui possano avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (a. 1367, cfr. a. 1369: cd. « *favor negotii* », particolarmente intenso in materia

di disposizioni *mortis causa*); c) di ricorrere, per l'interpretazione delle clausole ambigue, ai cd. « usi interpretativi » del luogo, cioè a ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il negozio è stato concluso (a. 1368); d) di accogliere, sempre in caso di dubbio, il senso meno gravoso per l'obbligato oppure, nei negozi a titolo oneroso, il senso che realizzi un equo temperamento degli interessi delle parti (a. 1371: cd. « *favor debitoris* »).

4. Mentre la giurisprudenza moderna è strettamente vincolata dall'ordinamento nella sua attività interpretativa dei negozi giuridici, la giurisprudenza romana fu, in materia, assolutamente libera, quanto meno dal punto di vista giuridico. Il solo controllo cui essa soggiacque, sino al periodo classico inoltrato, fu quello dell'ambiente sociale in cui i giureconsulti vivevano e operavano. Solo in età postclassica si sovrappose decisamente ad essa il potere imperiale sottraendole molta autonomia, ma non sino al punto di impedirle, sopra tutto in Oriente, una ancor larga, e talvolta lodevole, attività.

4.1. Gli orientamenti della giurisprudenza romana variarono, con l'andar dei secoli, tra due termini piuttosto distanti: a) l'estremo dell'interpretazione tipica o « obbiettiva », vale a dire quella che si limita all'accertamento della funzione « tipica » del negozio, e quindi, in subordinata, all'accertamento del significato « usuale », corrente della manifestazione di volontà; b) l'estremo opposto dell'interpretazione individuale o « subbiettiva », vale a dire quella che penetra oltre la scorza esterna dell'atto, al fine di ricostruire esattamente la volontà interna dell'autore o degli autori di esso. Partita da posizioni di rigido obbiettivismo, consone del resto ai tempi ed al formalismo primitivo, la giurisprudenza romana, sopra tutto nel corso del periodo classico, temperò progressivamente questo atteggiamento iniziale e dette prova di un sempre più sensibile avvicinamento alla interpretazione individuale.

4.2. Nel contrasto tra manifestazione esterna (cd. « *verba* ») e volontà interna (cd. « *voluntas* »), i giuristi romani mostrarono chiaramente, col volgere dei secoli, di tendere verso la valorizzazione della *voluntas*, sopra tutto nei negozi giuridici *mortis causa*, come l'*heredis institutio* (n. 63) o il *legatum* (n. 68) (cfr. Pap.

D. 50. 16. 219: « *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectare placuit* »; Paul. D. 50. 17. 2: « *in testamentis plenius voluntatem testantium interpretamur* »). Tuttavia, almeno sino a tutto il periodo classico, mai la *voluntas* acquistò importanza esclusiva o anche solo predominante nei negozi, e particolarmente in quelli *inter vivos*. Prevalse, infatti, il criterio che non potesse mai farsi una indagine sull'effettiva volontà dell'autore a discapito dell'*affidamento* che la controparte o i terzi avessero ragionevolmente posto, a lume di comune esperienza, nella manifestazione esteriore; che cioè l'indagine volta ad accertare la concreta volontà negoziale fosse lecita soltanto se ed in quanto mancasse questo ragionevole affidamento altrui nei *verba* o vi fosse dubbio sulla significazione di questi (Paul. D. 32. 25. 1: « *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* »). Il diritto postclassico, rovesciando queste posizioni di massima dell'*interpretatio* classica, fece dell'*animus* negoziale il fulcro del negozio e ridusse l'attività interpretativa ad una indagine di carattere subbiiettivo.

4.3. A parte le tendenze generali ora esposte, si affermarono, nel corso dell'epoca classica e di quella successiva, alcuni specifici *canoni interpretativi* corrispondenti a quelli degli a. 1366-1371 c.c. Tali furono: a) il *favor testamenti*, per cui l'interpretazione applicata ai testamenti doveva essere orientata, in caso di dubbio, nel senso favorevole alla validità dell'atto, in considerazione del fatto che questo non poteva essere rinnovato dal suo autore; b) il *favor libertatis*, da tenersi presente ogni qual volta si dubitasse dello stato servile di un soggetto; c) il *favor promissoris* nella *stipulatio* (n. 116), criterio affermatosi in considerazione del fatto che il *promissor*, essendo un contraente *per adhaesionem* nei riguardi della proposta fatta dallo *stipulans*, era quegli che meno si rendeva conto delle obbligazioni sorgenti, per di più a suo carico, dal negozio; d) il *favor debitoris*, criterio più generale e meno apprezzabile del precedente, affermatosi in periodo postclassico; e) il *favor benignitatis* nei casi dubbi (Marc. D. 28. 4. 3 = 50. 17. 192. 1: « *in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius* »).

5. La piega della giurisprudenza romana verso una visione, sia pure embrionale e frammentaria, ma comunque *c o r r e n t e* del negozio giuridico si produsse e si sviluppò di pari passo con l'orientamento verso l'interpretazione *s u b b i e t t i v a*. Dall'idea primitiva che ogni effetto giuridico fosse il risultato di un atto tipico e di quello soltanto, si passò gradatamente all'idea che anche con atti diversi si potesse produrre un certo effetto giuridico, purchè ad esso fosse indirizzata la volontà dell'autore, e che anche con uno stesso atto si potessero produrre effetti diversi, purchè la volontà dell'autore fosse di volta in volta specificamente diretta a ciascuno di essi. In ciò era indubbiamente il *g e r m e* della futura teoria del negozio giuridico, ma di questa teoria, giova ripeterlo, mai il diritto romano segnò veramente la nascita.

148. L'EFFICACIA DEI NEGOZI GIURIDICI.

1. Posto che l'ordinamento giuridico fa dipendere gli effetti giuridici dal verificarsi di fatti corrispondenti (n. 7), è ovvio che gli effetti stessi non potrebbero prodursi se i fatti corrispondenti non si verificassero, o si verificassero in modo inadeguato, o incontrassero ostacoli nel loro verificarsi. Il che significa, in altre parole, che gli effetti giuridici dipendono dal verificarsi di fatti giuridicamente esistenti e concretamente produttivi di effetti. Pertanto, in applicazione di questi principi generali, la dottrina qualifica un negozio giuridico *v a l i d o*, se è munito di vita giuridica (se è cioè giuridicamente esistente) ed è quindi *v a l e v o l e* come atto giuridico; lo qualifica *e f f i c a c e*, se è concretamente produttivo di effetti giuridici. Un negozio valido ed efficace può essere definito *g i u r i d i c a m e n t e v i t a l e*: la vitalità manca se difetta l'efficacia, è apparente se difetta la validità.

1.1. Affinchè un negozio giuridico sia giuridicamente vitale occorre: *a*) che concorrano i *p r e s u p p o s t i* richiesti dall'ordinamento: capacità (giuridica e di agire) dei soggetti che lo compiono, non contrarietà a divieti posti in generale dall'ordinamento; *b*) che sussistano gli *e l e m e n t i c o s t i t u t i v i* dell'atto, quali sono richiesti dall'ordinamento o voluti dai soggetti, e che tali elementi siano *e s e n t i d a v i z i r i l e*

vanti per il diritto; c) che si verifichino le eventuali circostanze positive, cioè quei fatti estranei all'atto, dal cui accadimento i soggetti o l'ordinamento facciano dipendere l'efficacia dell'atto stesso; d) che non si verifichino circostanze negative, cioè fatti estranei all'atto il cui accadimento ne provochi l'inefficacia.

1.2. La mancanza o un vizio rilevante di un presupposto o di un elemento costitutivo del negozio determinano la sua invalidità. Il negozio, anche se materialmente riconoscibile nella sua esteriorità, è giuridicamente inesistente, perchè privo di vita giuridica (es.: una compravendita senza oggetto, una donazione fatta a un incapace, il trasferimento della proprietà di una cosa di cui l'alienante non è proprietario).

1.3. L'assenza di una circostanza positiva o la presenza di una circostanza negativa determinano l'inefficacia del negozio valido. Il negozio sarebbe in grado di produrre i suoi effetti se non fosse trattenuto, o legato, o respinto al punto di partenza da resistenze o reazioni esterne (es.: la non ancora iniziata decorrenza del termine, o il verificarsi di una clausola di restituzione, ecc.).

1.4. L'inefficacia è anche, a maggior ragione, conseguenza della invalidità del negozio: un negozio invalido non potrebbe, a rigor di termini, non essere anche inefficace. Tuttavia, dato che il negozio giuridico non è un organismo reale, ma una costruzione astratta, può ben darsi il caso che i soggetti lo reputino erroneamente valido, mentre in realtà non lo è: si verifica, in tale ipotesi, il fenomeno di un negozio (invalido) apparentemente valido, cui non vi sarebbe motivo di negare, finchè l'equivoco non sia chiarito, la corrispondente efficacia (cd. efficacia del negozio apparentemente valido). E' logico che, se e quando la invalidità del negozio sarà stata rilevata, gli effetti prodotti in virtù dell'accennato equivoco saranno automaticamente, in quanto possibile, eliminati (a meno che, procedendosi alla convalidazione del negozio, essi non vengano, invece, eccezionalmente consolidati).

2. Questi principi generalissimi sulla validità e sulla efficacia dei negozi giuridici valgono sostanzialmente anche per il *ius pri-*

vatum romano, ma considerazioni specifiche di opportunità, da un lato, e sopra tutto, dall'altro lato, la peculiarità dello sviluppo storico del diritto romano, determinarono s v o l g i m e n t i caratteristici dei principi stessi, che sarà opportuno illustrare, sia pure in breve, partitamente.

2.1. Anzi tutto, quanto al *ius privatum* romano, va posto in chiaro che, in realtà, i concetti di validità e di efficacia (con i loro reciproci di nullità, annullabilità, inefficacia, ecc.) non furono dalla giurisprudenza romana esplicitamente formulati, ma solo approssimativamente sentiti e che i giuristi di Roma fecero perno essenzialmente sul concetto empirico di utilità, o meglio di utilizzabilità, del negozio. Poco badando se un negozio fosse privo di validità piuttosto che di efficacia, o viceversa, essi lo qualificarono « inutile » tutte le volte in cui risultasse praticamente inservibile; mentre, per converso, qualificarono « utile » un negozio quando fosse comunque in grado di produrre effetti giuridici. La traduzione di queste valutazioni empiriche in termini di validità e di efficacia, e viceversa, è opera, in massima parte, della storiografia romanistica moderna.

2.2. Altra importante peculiarità del *ius privatum* romano fu costituita dalla concorrenza di diversi sistemi giuridici (e in particolare dalla concorrenza del *ius civile* e del *ius honorarium*) nel regolamento delle stesse fattispecie: sicchè accadde, non infrequentemente, che negozi validi ed efficaci per un sistema fossero inutili per l'altro sistema giuridico e che, per converso, negozi invalidi o inefficaci per il primo sistema fossero resi utilizzabili nella vita giuridica dal sistema concorrente.

3. In ordine all'invalidità del negozio giuridico, possono farsi, argomentando dalla casistica delle fonti romane, queste distinzioni: invalidità totale e parziale, iniziale e sopravvenuta, definitiva e provvisoria, *ipso iure* e *ope magistratus*.

3.1. La distinzione tra invalidità totale e parziale si fece strada nel periodo classico e si affermò in quello postclassico. Essa fu basata sulla constatazione che non sempre la mancanza o il vizio di un requisito di validità è tale da imporre ineluttabilmente la inutilizzabilità del negozio: talvolta, invece, pur se in linea eccezionale, appare possibile surrogare il requisito

mancato o viziato o farne addirittura a meno. In queste ipotesi eccezionali di invalidità parziale si ritenne applicabile il principio « *utile per inutile non vitiatur* » (cd. principio di conservazione del negozio giuridico), con la conseguenza che il negozio invalido fosse reintegrato nella totalità dei suoi requisiti, oppure ridotto ai requisiti utilizzabili, o infine convertito in altro negozio alla cui esistenza giuridica fossero bastevoli i requisiti esistenti. I casi di reintegrazione, riduzione e conversione furono essenzialmente dovuti, in periodo classico, o a previa determinazione delle parti o a interventi del *ius honorarium* o a provvedimenti normativi speciali: così il *testamentum per aes et libram*, che non potesse essere utilizzato *iure civili* per la mancanza della solenne *nuncupatio*, acquistò rilievo *iure honorario* (n. 64); così ancora il *legatum per vindicationem* invalido fu convertito dal SC. *Neronianum* in *legatum per damnationem* (n. 68). Nel diritto italiano vigente questi orientamenti appaiono ancor meglio sviluppati e indubbiamente perfezionati: la nullità parziale di un negozio o la nullità di singole sue clausole importa la nullità dell'intero negozio solo se risulta che l'autore non lo avrebbe concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità (a. 1419); il negozio nullo può produrre gli effetti di un negozio diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dall'autore, debba ritenersi che egli lo avrebbe voluto se avesse conosciuto la nullità (a. 1424). Il che significa che per la conservazione del negozio non è sufficiente che sussistano le condizioni obbiettive per la sua reintegrazione, riduzione o conversione, ma occorre (salvo, beninteso, che non intervenga di autorità l'ordinamento: nel qual caso si verifica la *conservazione legale* del negozio) una specifica volontà in tal senso, o l'assenza di una specifica volontà in senso opposto, del suo autore.

3.2. La distinzione tra invalidità iniziale e sopravvenuta (cd. invalidazione) fu basata sul concetto che un negozio valido non fosse per ciò eterno e incorruttibile: la situazione capace di determinare la sua invalidità *ab initio* si sarebbe, quindi, potuta verificare in qualunque momento

successivo, con l'ovvia conseguenza di causarne da quel momento la scomparsa: il che aveva rilievo sopra tutto in ordine ai negozi ad esecuzione prolungata (es., una vendita a rate) o ad esecuzione differita.

3.3. La distinzione tra invalidità definitiva e provvisoria fu basata sul concetto che, in attesa del previsto sopravvenire o regolarizzarsi di un presupposto o di un elemento, non si avesse vera invalidità del negozio, ma piuttosto imperfezione dello stesso (cd. *negotium imperfectum*). Ma occorre aggiungere che, proprio per la confusione che si faceva tra invalidità e inefficacia, la giurisprudenza parlò talvolta di « *negotium imperfectum* » (per es., nella *emptio venditio*: n. 123) anche in relazione a negozi validi, ma non ancora efficaci.

3.4. La distinzione tra invalidità *ipso iure* e *ope magistratus* derivò essenzialmente, se non totalmente, dalla contrapposizione del sistema del *ius honorarium* a quello del *ius civile*. A rigor di termini, si dovrebbe parlare di invalidità *ope magistratus* solo nel caso di decretazione della *in integrum restitutio*, provvedimento inteso appunto al ripristino dello *status quo ante* (n. 45): tuttavia, il concetto di invalidità sopravvenuta può essere esteso, con più elastica valutazione, anche alle ipotesi in cui i magistrati, nella procedura formale, opposero una *denegatio actionis* alla richiesta della persona interessata a far valere un negozio o concessero una *exceptio* alla persona interessata a non eseguirlo (n. 43). In tutti questi casi, pur così diversi l'uno dall'altro nei particolari, si manifestò una nota comune, costituita dal fatto che la invalidità del negozio dipendeva da una decisione magistratuale provocata, a sua volta, da una iniziativa di determinati soggetti: mancando l'iniziativa privata, non poteva aversi la decisione la quale, peraltro, poteva anche non soddisfare il tenore della richiesta avanzata dal privato. Dalle ipotesi classiche di invalidità (o meglio, di invalidazione) *ope magistratus* derivò il concetto moderno (e già in parte postclassico) della annullabilità di un negozio, altrimenti valido, mediante un provvedimento magistratuale-giudiziale di annullamento sollecitato dai soggetti giuridici interessati. Pertanto, mentre la nullità (sia pur quella

relativa, cioè rilevabile su istanza di determinati soggetti) è una condizione di invalidità del negozio che esiste di per se stessa ed abbisogna solo, tutt'al più, di essere accertata, l'annullamento è l'atto con cui si elimina, si uccide, si annichilisce un negozio valido (cfr. a. 1425-1446).

3.5. Conseguenza del concetto di annullabilità fu, a sua volta, quello di convalidazione o validità sopravvenuta del negozio annullabile: per decadenza del mezzo concesso per l'annullamento (cd. *convalescenza* del negozio); per ratifica dell'atto, o per conferma (rinnovazione) dello stesso, o per *acquiescenza* ad esso da parte di chi avrebbe avuto il diritto di chiedere l'annullamento; per sanatoria dei vizi dell'atto disposta dall'ordinamento giuridico.

4. In ordine all'inefficacia del negozio giuridico valido, i Romani egualmente distinsero, come per l'invalidità, tra: inefficacia totale e parziale, iniziale e sopravvenuta, definitiva e provvisoria.

4.1. Relativamente a quest'ultima distinzione, essi: a) nel caso di inefficacia definitiva, cioè ineliminabile, provvide-ro, per opera del *ius honorarium* e della giurisprudenza, a trarne le ovvie conseguenze negative per la validità del negozio, e ne derivarono, a seconda dei casi, gli istituti della risoluzione, della rescissione, della revocazione o della riduzione del negozio, tutti in certo qual modo tendenti ad un fine analogo a quello dell'annullamento; b) nel caso di inefficacia provvisoria, cioè eventualmente o certamente eliminabile in futuro, considerarono il negozio come in uno stato di incertezza e di sospensione (*in suspensio*) determinato dalla pendenza di una circostanza positiva. Nel diritto italiano vigente ancor meglio risaltano, attraverso una attenta regolamentazione legislativa, gli istituti della « risoluzione » (per inadempimento della controparte, a. 1453 ss.; per impossibilità sopravvenuta della prestazione, a. 1463 ss.; per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione, a. 1467 ss.), della « rescissione » (a. 1447 ss.), della « revocazione » (es.: a. 800 ss.).

5. In ordine all'efficacia del negozio apparentemente valido, i Romani, basandosi sulla distinzione tra invalidità *ipso iure* e *ope magistratus*, ritennero che: a) ove il negozio risultasse affetto da nullità *ipso iure*, fossero da eliminarsi gli effetti prodottisi durante il periodo della validità apparente (*quod nullum est, nullum producit effectum*: operatività *ex tunc* dell'invalidazione); b) ove il negozio fosse invalidato *ope magistratus*, fossero da considerare, in linea di principio, confermati gli effetti prodottisi sino al momento dell'invalidazione (operatività *ex nunc* dell'invalidazione). Tuttavia, nel caso della *in integrum restitutio* (n. 45), essendo il comando pretorio diretto ad ottenere proprio la riduzione in pristino della situazione modificata dal negozio viziato, la regola della operatività *ex nunc* subì una eccezione. Formatosi il concetto generale di annullabilità, l'eccezione divenne, anzi, regola e si ritenne, pertanto, che l'*annullamento* fosse operativo *ex tunc*, salvo casi eccezionali di operatività *ex nunc*: principio valevole anche per diritto italiano vigente.

149. LA FORMA NEI NEGOZI GIURIDICI.

1. Elemento indispensabile di ogni negozio giuridico (così come, in genere, di ogni atto giuridico) è la sua *forma*, cioè il suo modo di manifestarsi sensibilmente ai soggetti giuridici, il suo *aspetto esterno*, senza del quale l'ordinamento giuridico non potrebbe prenderlo in considerazione come causa di effetti giuridici. La forma non consiste in una formalità, in un rito esteriore che proclami e sottolinei la volontà dell'autore: essa può consistere in qualunque mezzo di riconoscibilità esteriore di quella volontà, quindi anche non in scritti o parole, ma in gesti, in comportamenti significativi e persino nella silenziosa inattività; sempre che essa assuma, date le circostanze, una significanza inequivoca.

1.1. La forma di un negozio (o, in generale, di un atto giuridico) non è necessariamente prestabilita: essa può essere tanto una *forma libera*, cioè rimessa all'iniziativa dell'autore o degli autori del negozio, quanto una *forma vincolata*: e la

forma vincolata può essere tale o per imposizione dell'ordinamento o per determinazione dello stesso autore (o degli stessi autori) del negozio. La forma libera è semplice mezzo di individuazione del negozio; quella vincolata può essere invece richiesta tanto a scopi di individuazione (*ad probationem negotii*: solo quella determinata forma può valere ad individuare il negozio valido), quanto a scopi sostanziali (*ad substantiam negotii*), cioè come elemento costitutivo del negozio, che in sua mancanza risulta, dunque, invalido. Nel primo caso il negozio esiste giuridicamente, ed è quindi produttivo di effetti, comunque sia venuto a manifestarsi all'atto del suo compimento: tuttavia, ove sorga contestazione in ordine alla esecuzione di esso, non è lecito al potere sanzionatorio riconoscerlo e tutelarlo se non gli si presenti rivestito di una certa forma (scritta o orale). Nel secondo caso, il negozio può essere provato comunque, ma non esiste giuridicamente se non è stato compiuto in un determinato modo esteriore.

1.2. La forma può essere vincolata *ad substantiam* in tre modi di diversa intensità. Essa può avere tanto il carattere di elemento concorrente con gli altri elementi del negozio (volontà manifestata, causa, elementi accidentali), quanto il carattere di elemento dominante o addirittura di elemento assorbente. Come elemento dominante la forma è il requisito negoziale, la cui esistenza fa presumere l'esistenza degli altri requisiti: dei quali, dunque, non occorre, in tal caso, accertare l'esistenza e la regolarità, salva rimanendo solo la prova, in caso di contestazione giudiziaria, della loro inesistenza o del loro vizio. Come elemento assorbente la forma è l'elemento che riassume in sé il negozio, togliendo ogni rilevanza agli altri elementi, la cui mancanza o il cui vizio non possono essere in nessun caso adottati per far valere la nullità del negozio o per l'annullamento, ma possono solo formare oggetto di separato accertamento giudiziale del negozio ai fini di una eliminazione degli effetti prodotti dal negozio: in altri termini, il negozio è, in quanto tale, valido e produttivo di effetti per il solo fatto di essere ritualmente stilato in quella determinata forma. I negozi, in cui la forma è vincolata *ad substantiam* come

semplice elemento concorrente, si dicono *negozi formali*. I negozi, in cui la forma *ad substantiam* assume il rango di elemento dominante o assorbente, si dicono *negozi astratti*: processualmente astratti i primi, materialmente astratti i secondi.

2. Nel diritto italiano vigente, come in tutti gli ordinamenti giuridici moderni, vale il principio della libertà della forma negoziale. A determinate forme (e più precisamente, alla forma scritta) si ricorre non di rado dai soggetti per precostituirsi un solido mezzo di prova, ma sono rari i casi in cui il legislatore esige la prova per iscritto (es.: per il contratto di assicurazione e per quello di transazione). Rari sono anche i casi in cui il legislatore esige la forma scritta (atto pubblico o scrittura privata) come elemento del negozio, cioè *ad substantiam actus*.

2.1. La scrittura privata è richiesta *ad substantiam* (a. 1350) per i contratti di trasferimento della proprietà su beni immobili; per i contratti di costituzione, modificazione o estinzione dell'usufrutto immobiliare, del rapporto di superficie e di quello di enfiteusi; per i contratti costitutivi della comunione di proprietà o di usufrutto immobiliare, di superficie; per i contratti costitutivi o modificativi di servitù prediali, di uso immobiliare o di abitazione; per i contratti di locazione ultranovennale di beni immobili; per i contratti di rendita perpetua e di rendita vitalizia; e in generale per tutti i negozi afferenti a beni immobili.

2.2. L'atto pubblico è richiesto *ad substantiam* per i contratti di donazione (a. 782); per le convenzioni relative al regime patrimoniale del matrimonio (a. 162); per l'accettazione di eredità con beneficio di inventario (a. 484); per la rinuncia all'eredità (a. 619); per il testamento pubblico (a. 603); per il testamento olografo è sufficiente la scrittura privata, per il testamento segreto vige una formalità ibrida, a. 601 ss.); per il contratto costitutivo di società per azioni (a. 2328); e in altri pochissimi casi.

2.3. Il caso più importante e sicuro di *negozi materialmente astratti* è costituito dai titoli di credito (a. 1992 ss.).

3. Quanto al diritto romano, il sistema del *ius civile vetus*, in parte per motivi tradizionali e in parte per motivi

religiosi, dette grande importanza alla forma dei negozi giuridici. La massima parte degli effetti giuridici fu prodotta, nel sistema del *ius civile vetus*, da pochissimi negozi solenni (*mancipatio*, *in iure cessio*, *stipulatio* ed altri di minore importanza), che dovettero necessariamente adeguarsi alle più svariate circostanze (trasferimento del *dominium* sulle *res Mancipi*, liberazione dei *filii* dalla *potestas*, costituzione di servitù, testamento, ecc.) senza variazione alcuna, almeno in un primo momento, dall'una all'altra situazione. La forma fu, insomma, sopra tutto nei campi più antichi, elemento assorbente dell'atto. Volendo, a seconda dei casi, modificare lo schema degli effetti giuridici riconnessi al negozio, le parti altro non poterono fare che accordarsi tra loro liberamente, mediante *pacta*, affinché gli effetti stessi si intendessero modificati. Così, ad esempio, con il *pactum fiduciae* si conveniva che la cosa mancipata a garanzia del credito da una persona obbligata al creditore dovesse essere remancipata all'obbligato il giorno in cui questi avesse adempiuto l'obbligazione (n. 120). I *pacta* originariamente non avevano rilevanza giuridica, ma solo valore di impegni d'onore; tuttavia, l'uso di accompagnare le solennità civilistiche con *pacta* portò progressivamente, sopra tutto ad opera della giurisprudenza: da un lato al riconoscimento giuridico, o mediante *leges* o mediante l'*edictum* dei magistrati giusdicenti, di taluni *pacta* più frequenti e importanti (n. 131); dall'altro, al convincimento che la forma fosse, anche nei negozi civilistici, soltanto elemento costitutivo dominante, se non addirittura, talvolta, elemento costitutivo concorrente.

4. Un forte impulso al decadimento del formalismo assorbente nella vita giuridica romana fu dato, in prosieguo di tempo, dal *ius civile novum* e dal *ius honorarium*: sistemi entrambi contrari al formalismo dei negozi giuridici e sopra tutto all'assorbenza della formalità negli atti. L'opera fu continuata e portata assai oltre dalla giurisprudenza classica, alla quale si deve il definitivo confinamento della forma, nei negozi civilistici, al rango di elemento concorrente con la volontà manifestata e con la causa, e talvolta al rango di mero elemento probatorio.

5. In età postclassica si accentuò ancor più la decadenza del formalismo antico. Le vetuste forme verbali (della *mancipatio*, della *in iure cessio*, della *stipulatio*, ecc.) andarono scomparendo e furono, infine, quasi tutte abolite. D'altro canto, in luogo del formalismo antico venne affermandosi, sempre in età postclassica, un nuovo formalismo, diversamente materiato. Acquistò, infatti, importanza assai accentuata la forma scritta (*instrumentum*): talvolta con funzione probatoria e talaltra con funzione di elemento costitutivo concorrente. Gli *instrumenta* erano già venuti in uso nel tardo periodo classico come mezzi di prova dell'avvenuto compimento della formalità della *mancipatio* o della *stipulatio*. Da mezzi di prova essi passarono col tempo ad essere considerati come utili surrogati di quelle viete forme. Finalmente, in taluni casi, allo scopo di agevolare e semplificare il commercio giuridico, si operò un ultimo passo, in virtù del quale si configurò il diritto addirittura come incorporato nel documento e condizionato alla formulazione ed alla esistenza dello stesso. Si profilarono, per tal modo, quei tipi di negozi materialmente astratti a base documentale (titolo di credito, ecc.), che costituiscono il nerbo della vita commerciale moderna.

150. LA CAUSA NEI NEGOZI GIURIDICI.

1. Acchè un negozio giuridico sia valido come tale, non basta che esso sia in regola con i suoi requisiti di struttura, cioè con le esigenze della forma (n. 149) e con quelle della volontà (n. 151). A meno che non si tratti di un negozio materialmente astratto, occorre anche che il negozio giuridico sia obbiettivamente rivolto ad esplicare una funzione sociale conciliabile con le finalità dell'ordinamento giuridico: occorre, cioè, che esso sia obbiettivamente tale da realizzare uno scopo giuridicamente lecito. Il che si esprime, tecnicamente, dicendo che ogni negozio giuridico non materialmente astratto deve obbedire anche al requisito essenziale di una *causa lecita*: senza di che, ovviamente, l'effetto determinato da quel negozio o non assurgherebbe

a dignità di effetto giuridico o consisterebbe nella costituzione di un vincolo di responsabilità a carico dell'autore o degli autori del negozio.

1.1. Posto che la causa, in senso tecnico, altro non è che lo scopo del negozio, ne consegue che essa non va confusa, come pur si sarebbe tentati di fare, nè con la volontà, nè con i motivi dell'autore o degli autori del negozio. Non va confusa con la volontà negoziale perchè la causa non è ciò che l'autore vuole, ma ciò che il negozio è obbiettivamente diretto a determinare: un negozio può, infatti, essere la « risultante » di più volontà e può comunque, essere o divenir valido, essendone lecita la causa, pur se questa non corrisponda al veramente voluto da chi lo ha posto in essere (n. 151). D'altro canto, la causa non va confusa con i motivi dell'autore o degli autori del negozio (impropriamente detti, anche dalle fonti, *causae*) perchè questi sono soltanto gli impulsi interni, talvolta molteplici, che hanno indotto il soggetto o ciascun soggetto al compimento dell'atto: impulsi, generalmente privi di ogni rilevanza giuridica, che nulla hanno a che fare con l'obbiettivo cui il negozio è veramente diretto. Ad esempio, se Tizio e Caio compiono una compravendita, vari e diversi possono essere stati i motivi che hanno spinto l'uno a vendere e l'altro a comprare (liberarsi di una certa merce, procurarsi moneta liquida, vincere la concorrenza di un altro produttore, accaparrarsi quella merce a fini speculativi, ecc.) e, quanto al negozio, esso è il frutto della combinazione della volontà di Tizio di vendere a Caio e della volontà di Caio di comprare da Tizio: la causa lecita del contratto rimane, invece, sempre e in ogni caso, l'attuazione dello scambio di una cosa in commercio con un giusto prezzo in danaro.

2. In generale, nel processo di individuazione della fattispecie negoziale, il momento immediatamente successivo a quello della constatazione della forma del negozio è il momento dell'accertamento della sua causa, cioè della sua funzione obbiettiva, ossia dello scopo cui esso è effettivamente e obbiettivamente indirizzato. Un negozio *p r i v o d i c a u s a* (o meglio, privo di una causa individuabile) sarebbe invalido; così come sarebbe invalido (nonchè, eventualmente, determinativo di responsabilità) un negozio

con causa illecita, cioè diretto ad uno scopo contrariato dall'ordinamento giuridico.

2.1. A proposito dei negozi a causa illecita (cd. *negotia illicita*) è opportuno, peraltro, precisare che, sopra tutto per il diritto romano, occorre distinguere vari gradi di illiceità: a) *illiceità piena*, che implica la nullità del negozio (nonchè, eventualmente, anche una sanzione di responsabilità); b) *illiceità semipiena*, che implica la sola sanzione di responsabilità, rimanendo tuttavia valido il negozio; c) *illiceità generica*, che determina solo una riprovazione formale del negozio senza conseguenze giuridiche di altro genere. La illiceità piena fu, in particolare, caratteristica dei negozi contrari ai principi fondamentali del *ius civile* (*contra ius civile: iniusta*), di quelli contrari ai sentimenti morali tradizionali (*contra bonos mores: turpia*), di quelli contrari alle cd. *leges perfectae*, cioè ai provvedimenti di governo esplicitamente comminanti la nullità degli atti vietati. La illiceità semipiena e quella generica furono, invece, rispettivamente, dei negozi contrari alle cd. *leges minus quam perfectae* (che comminavano cioè solo una *poena* a carico dei soggetti che trasgredissero i loro divieti) o alle cd. *leges imperfectae* (che si limitavano a proclamare dei divieti, senza riconnettere loro alcuna conseguenza giuridica). Nel diritto italiano vigente la causa è, più semplicemente, definita illecita (e dà luogo a nullità del negozio) quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (a. 1343).

2.2. Una sottospecie della illiceità (piena o semipiena) fu la *illiceità indiretta*, che si aveva in ordine ai negozi di per sè leciti, ma indirettamente destinati ad aggirare un divieto di legge, nel senso di rispettarne la lettera e di tradirne lo spirito *fraus legis facta* es., vendita di una cosa fatta dal marito alla moglie, per un prezzo minimo, allo scopo di aggirare il divieto di donazioni tra coniugi. In tali negozi è ravvisabile la presenza di due cause: l'una immediata e lecita, l'altra mediata e illecita, determinativa quest'ultima dell'invalidità dell'atto negoziale (cfr. a. 1344).

2.3. Altra distinzione dei negozi dal punto di vista della causa è quella tra negozi (unilaterali e plurilaterali) a titolo oneroso (o « di corresponsione ») e negozi (unilaterali e plurilaterali) a titolo gratuito (o « di gratificazione »): i primi hanno per scopo di determinare uno scambio tra un vantaggio che si riceve e un sacrificio che si compie (es.: la *locatio conductio*), i secondi hanno per scopo di far acquistare a taluno un vantaggio senza suo corrispondente sacrificio (es.: il *mutuum*).

2.4. I negozi plurilaterali di corresponsione possono essere, più precisamente: a) a prestazioni uguali oppure a prestazioni disuguali, a seconda che la conciliazione delle opposte esigenze sia raggiunta con sacrifici equivalenti o non equivalenti degli interessi in giuoco; nonchè b) a prestazioni (uguali o disuguali) corrispettive, o interdipendenti, oppure a prestazioni non corrispettive, a seconda che tra le prestazioni esista o meno un rapporto di reciproco condizionamento (l'una è causa dell'altra: interdipendenza genetica; l'una è in funzione dell'altra: interdipendenza funzionale).

3. Di regola, ad ogni struttura negoziale corrisponde una determinata funzione, che è tipica di essa. Può ben darsi, peraltro, che un solo negozio sia in grado di assolvere una pluralità di funzioni o che una certa funzione possa essere assolta da una pluralità di negozi. Bisogna distinguere, pertanto, tra negozi tipici, negozi a causa plurima, cause a negozi plurimi.

3.1. Negozi tipici sono quelli caratterizzati, « tipizzati » da una certa causa e da quella soltanto: o nel senso che la loro struttura si è formata in rapporto a quella causa, o nel senso che la loro struttura (sorta precedentemente per una diversa funzione) si è evoluta in rapporto a quella causa. Tali, ad esempio: il *mutuum* (n. 120), il *commodatum* (n. 121), l'*emptio venditio* (n. 124) o, per dare un esempio di negozio tipico frutto di adattamento ad altra funzione, il *depositum irregulare* (n. 121: struttura di mutuo adattata alla funzione di deposito). Negozi tipici possono divenire anche i negozi materialmente astratti (n. 149) se ad essi si sovrapponga esplicitamente una causa (cd. negozi astratti tipizzati): in tal caso detti

negozi degradano a negozi puramente formali. Così, la *stipulatio*, negozio astratto per eccellenza (n. 116), divenne tipica in numerose sue applicazioni (di garanzia ecc.); così ancora, la *mancipatio*, altro negozio astratto per eccellenza (n. 86), divenne tipica nel caso del *testamentum per aes et libram* (n. 63).

3.2. Negozi a causa plurima sono quelli posti al servizio, contemporaneamente, di due o più cause: la concorrenza delle quali reagisce, ovviamente, sugli effetti giuridici. Tali, ad esempio: i negozi *in fraudem legis*, di cui si è detto dianzi, o i negozi di donazione *dotis causa* (con finalità di costituzione di dote: n. 59) o quelli di *donatio mortis causa*, di cui si parlerà tra poco.

3.3. Cause a negozi plurimi sono quelle funzioni sociali, il cui espletamento può essere effettuato con diversi negozi (materialmente astratti oppure tipici). Si tratta, dunque, di cause prive di un preciso riferimento negoziale, ma adattabili a strutture negoziali svariate, e quindi, per dir così, a *ut nomen*. Un esempio di causa autonoma fu costituito, in diritto romano, dalla *causa dotis*, adattabile, come si è visto (n. 59), a negozi traslativi del *dominium* o costitutivi di diritti reali (cd. *datio dotis*) oppure alla *stipulatio* (cd. *promissio dotis*). Ma l'esempio più cospicuo e interessante di causa autonoma fu dato, in periodo classico, dalla *causa donationis*, alla cui realizzazione poteva essere destinata quasi ogni specie di negozio, anche a titolo oneroso: negozi traslativi della proprietà (nel qual caso si parla di donazione reale), negozi costitutivi di *obligationes* (nel qual caso si parla di donazione obbligatoria), negozi estintivi di diritti del donante (nel qual caso si parla di donazione liberatoria). L'essenziale per aversi *donatio* era, insomma, in età classica: che si trattasse di un negozio *inter vivos* attributivo al donatario di un vantaggio patrimoniale prima spettante al donante; e che lo scopo dell'atto fosse di depauperare definitivamente il donante a favore del donatario. In età postclassica, invece, si formò il convincimento che all'uopo occorresse anche una specifica volontà del donante di arricchire il donatario (cd. *animus donandi*), nel quadro di un accordo tra i due circa l'attribuzione (« *pactum donationis* »:

n. 131). Per il che fu favorito il passaggio alla concezione della *donatio* non più come causa a sè stante, ma come negozio bilaterale imperniato sull'elemento dell'*animus donandi* e munito di caratteristica forma scritta (*insinuatio*).

3.4. Nei negozi di *donatio mortis causa* il diritto romano conobbe una ipotesi ancora più complessa: una ipotesi di negozi a cause plurime, le quali erano ciascuna una causa a negozi plurimi. In età preclassica e classica si intese per *donatio mortis causa* qualunque negozio traslativo di *dominium* che fosse stato compiuto *inter vivos*, da un soggetto a favore di un altro, per questo doppio fine: *donationis causa*, cioè per arricchire il secondo soggetto, e *mortis causa*, cioè per beneficiare il donatario solo in relazione a un imminente pericolo di vita del donante e comunque in dipendenza della premorienza del donante stesso: posto che il pericolo di morte in vista del quale la *donatio* era stata eventualmente fatta non si realizzasse, o che il donatario premorisse al donante, questi aveva, pertanto, diritto a chiedere il trasferimento del *dominium* degli oggetti donati o l'equivalente del loro valore, per il che gli spettava una *condictio ob causam datorum* (n. 135). In periodo postclassico avvenne un notevole allargamento del novero di fattispecie negoziali inquadrabili come *donatio mortis causa*. Si intese quindi per tale qualunque negozio di donazione (reale, obbligatoria, liberatoria), che fosse stato compiuto, anche senza imminente pericolo di vita, cioè per mera « *cogitatio mortalitatis* », o anche senza immediata attribuzione patrimoniale, cioè sotto condizione sospensiva della premorienza del donante al donatario.

151. LA VOLONTÀ NEI NEGOZI GIURIDICI.

1. Del negozio giuridico la *volontà* è l'elemento essenziale: non solo in quanto è richiesto che il negozio (come ogni atto giuridico) sia posto in essere da una determinazione volitiva dell'agente, ma anche in quanto è necessario che chi pone in essere il negozio ne voglia concretamente, anche se in linea approssimativa, gli effetti (n. 146). Ma la volontà dell'agente o degli agenti non può non rive-

stirsi di una certa forma (anche se pienamente libera) che ne costituisca la manifestazione esteriore: quindi, più correttamente, si parla di volontà manifestata come elemento essenziale dei negozi giuridici.

1.1. Nei negozi a forma libera i modi di manifestazione della volontà sono praticamente infiniti (per emissione di voce, per documenti, per segnalazioni, per fatti concludenti, ecc.). Tuttavia, vi è un limite invalicabile rappresentato dal silenzio (o meglio, dall'inattività assoluta). Una manifestazione silenziosa di volontà sarebbe una contraddizione in termini (« *qui tacet neque negat, neque utique fatetur* »), a meno che l'ordinamento giuridico o i soggetti non abbiano prestabilito esplicitamente che, in una determinata situazione, il silenzio debba avere un certo significato.

2. Nella valutazione dell'importanza della volontà tra gli elementi del negozio il diritto romano subì una profonda evoluzione, che ha avuto le sue ripercussioni nel diritto moderno.

2.1. Il punto di partenza, sancito ancora dalla *lex XII tabularum*, fu che la volontà negoziale fosse rappresentata esclusivamente dalla sua manifestazione esteriore (« *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset ita ius esto* »). Tuttavia, in prosieguo di tempo, attraverso il *ius civile novum* e il *ius honorarium*, ma sopra tutto attraverso l'*interpretatio prudentium* del periodo classico, si pervenne, appunto in età classica, a ritenere che, ferma restando la regola della manifestazione come rappresentativa della volontà, si dovesse, peraltro, dare eccezionalmente rilievo a taluni casi di divergenza tra volontà interna e manifestazione esteriore, nonché a taluni casi di formazione evidentemente difettosa della volontà interna. In età postclassica, infine, salvo certe ipotesi di incorporazione del negozio nella forma documentale (n. 149), quella che nel periodo precedente era tuttora un'eccezione si trasformò in regola: fulcro del negozio giuridico divenne, in linea di principio, la volontà (cd. *animus*), di cui occorre ricercare accuratamente i precisi e concreti atteggiamenti, al di là delle indicazioni fornite dalla manifestazione e dalla causa. In altri termini, mentre il principio clas-

sico era quello della tutela dell'affidamento dei terzi basato sulla manifestazione, il principio postclassico fu quello del rispetto della vera volontà dell'autore o degli autori del negozio.

2.2. Nel diritto italiano vigente fulcro del negozio giuridico è considerato indubbiamente la volontà dell'autore: ove la volontà manchi, si sia formata in modo vizioso, non corrisponda alla forma del negozio, l'ordinamento giuridico tende a subordinare ad essa le sorti del negozio. Tuttavia, il principio della tutela della volontà è temperato dal riconoscimento del principio dell'affidamento incolpevole (cioè non determinato da negligenza o imprudenza) dei terzi: la volontà dell'autore non può prevalere sulla forma del negozio, quando l'autore la abbia riversata in una manifestazione obiettivamente idonea a implicare la ragionevole fiducia dei terzi. Il che si può riassumere, dicendo che il principio legislativo vigente è quello del rischio del dichiarante per l'affidamento senza colpa, che il destinatario o altro interessato abbiano riposto nella dichiarazione.

3. In linea teorica, le possibili cause di discordanza tra manifestazione esteriore e volontà interna sono: la mancanza di serietà, la violenza fisica, l'errore di manifestazione, il malinteso, la riserva mentale, l'accordo simulatorio. Sebbene non in larghissima misura, queste ipotesi si presentarono concretamente, cioè in relazione a singole fattispecie reali, già all'esame della giurisprudenza preclassica e classica, il cui atteggiamento fu nel senso di dare rilievo alla volontà interna, piuttosto che alla manifestazione esteriore, solo quando la divergenza fosse stata di particolare evidenza o fosse stata posta in opera per danneggiare i terzi.

3.1. Mancanza di serietà nella manifestazione di volontà negoziale si verifica nell'ipotesi di dichiarazioni fatte per ischerzo o a titolo di rappresentazione teatrale (*ioci causa*), di dichiarazioni fatte a scopi puramente didattici ed esemplificativi (*docendi causa*), di dichiarazioni fatte a titolo di pura cortesia (es.: « Lei è padrone in casa mia »). In tutti questi casi, alla manifestazione esteriore di volontà non corrisponde alcuna volizione inter-

na. Se, come generalmente accade, la mancanza di serietà è evidente, cioè riconoscibile da una persona di media intelligenza, la manifestazione non ha valore e, per conseguenza, il negozio è nullo: altrimenti, l'autore del negozio risponde della sua dichiarazione a titolo di responsabilità per aver incautamente scherzato col diritto. Principi in cui sostanzialmente coincidono diritto romano classico, diritto postclassico e diritto italiano vigente.

3.2. La violenza fisica (cd. «*vis absoluta*») si verifica nell'ipotesi di un soggetto giuridico, che sia materialmente costretto a porre in essere una manifestazione di volontà negoziale (es.: Tizio, impugnando la mano di Caio, gli fa sottoscrivere a viva forza un atto; Sempronio, ipnotizzando Mevio, lo coarta ad una dichiarazione di debito). Anch'essa implica la nullità della manifestazione non voluta e, per conseguenza, la invalidità del negozio: nè occorre che la *vis absoluta* sia evidente al momento della commissione dell'atto, essendo sufficiente che essa sia inequivocamente provata in un momento successivo.

3.3. Errore di manifestazione (cd. «errore ostativo» o «errore improprio», per differenziarlo dall'errore vizio della volontà) si verifica nella ipotesi di una manifestazione di volontà negoziale che non corrisponde all'intimo volere per effetto di ignoranza o di sbaglio del dichiarante in ordine ai modi di manifestazione (es.: Tizio, volendo dare una cosa in comodato a Caio, anzichè dire «ti do questa cosa affinché l'usi», dice, per gallicismo, «ti dono questa cosa affinché la usi»; Sempronio, volendo lasciare un fondo in legato a Mevio, lega a quest'ultimo «il suolo», che evidentemente non è comprensivo dei fabbricati sopra di esso eretti). Si tratta di casi, per vero, assai rari che il diritto classico tendeva addirittura ad escludere, oppure a riportare sotto l'insegna dell'errore vizio, dal quale è effettivamente assai difficile distinguere in pratica l'errore ostativo. Comunque, il principio che si affermò in diritto romano fu che, quando l'errore ostativo fosse evidente (cioè riconoscibile da un individuo di normale diligenza), il negozio giuridico fosse nullo; altrimenti, il negozio sarebbe stato valido. Il diritto italiano vigente, accogliendo l'orientamento classico della stretta parentela tra errore proprio e improprio, applica a quest'ultimo (sia nella specie di

« errore nella dichiarazione », che in quella di « errore nella trasmissione della dichiarazione ») il regime dell'errore proprio, cioè la sanzione di annullamento del negozio (a. 1433).

3.4. **Malinteso** (cd. « dissenso ») si verifica nei negozi giuridici bi- o plurilaterali, allorchè una parte, errando nella comprensione della dichiarazione di un'altra parte, manifesta una volontà che non avrebbe altrimenti avuto o manifestato. In questa ipotesi non si ha, dunque, divergenza tra volontà e relativa manifestazione, ma tra due volontà contrapposte: ciò a causa di un errore nell'intendimento dell'opposta manifestazione. Ove il malinteso risulti evidente, il negozio è invalido per mancanza di « *consensus in idem placitum* ».

3.5. **Riserva mentale** si verifica nell'ipotesi di consapevole manifestazione di una volontà inesistente o diversa da parte di un soggetto giuridico: ed è ovvio che la intima consapevolezza della divergenza escluda (fuori dei casi di mancanza di serietà nella dichiarazione) che la divergenza stessa possa essere obbiettivamente evidente. La mancanza di buona fede dell'autore della dichiarazione implica la impossibilità per costui di invocare la divergenza; la mancanza di evidenza del fenomeno implica la impossibilità di invocarla anche per la controparte e per i terzi. Il negozio, pertanto, è valido.

3.6. **Accordo simulatorio** (più equivocamente denominato, di solito, « simulazione ») si verifica nell'ipotesi che due o più parti di un negozio bi- o plurilaterale si accordino per porre in essere un negozio apparente, cioè solo esteriormente dichiarato (negozio simulato), mentre in realtà non vogliono alcun negozio (cd. simulazione assoluta) o pongono in essere un negozio diverso (negozio dissimulato: cd. simulazione relativa). La simulazione, dunque, non va identificata con la riserva mentale (che ha carattere unilaterale), nè va confusa con una pluralità di riserve mentali concorrenti (che non darebbero mai vita, essendo chiusa ciascuna in se stessa, ad un accordo). Attraverso molteplici situazioni, il diritto romano giunse, già sullo scorcio dell'età classica, a distinguere approssimativamente tra simulazione lecita e simulazione illecita. **Simulazione lecita** si ebbe nella ipotesi di accordi simulatori fatti alla luce

del sole ed allo scopo di raggiungere effetti giuridici leciti, altrimenti irraggiungibili o non facilmente raggiungibili: negozi compiuti « *dicis causa* », cioè soltanto nominalmente (es.: la *mancipatio*, la quale anticamente era un atto di vendita, ma in età storica era solo una « *imaginaria venditio* », compiuta con il pagamento di un *pretium* solo simbolico, « *sestertio nummo uno* »: n. 86); oppure negozi compiuti « *fiduciae causa* », sulla base di un'intesa fiduciaria che ne limitava o modificava gli effetti (n. 120). **Simulazione illecita** si ebbe nella ipotesi di accordi simulatori fatti clandestinamente ed allo scopo di trarre in inganno i terzi (es.: vendita simulata per un prezzo inferiore o superiore a quello effettivamente convenuto; donazione puramente apparente fatta allo scopo di risultare impoveriti agli occhi dei creditori); nel qual caso si ritenne (sempre molto approssimativamente) che: essendo la simulazione *evidente*, il negozio simulato fosse nullo; essendo la simulazione non evidente, i terzi potessero *provare* la simulazione stessa e invocare giudiziarmente la invalidazione del negozio simulato (con conseguente messa in valore dell'eventuale negozio dissimulato). Il **diritto italiano vigente** (a. 1414-1417) formula un regolamento notevolmente perfezionato: *a)* tra le parti il contratto simulato (e così pure l'atto unilaterale destinato ad una persona determinata, che sia simulato per accordo tra dichiarante e destinatario) non ha effetto: ha effetto, dunque, il solo (eventuale) negozio dissimulato; *b)* rispetto ai terzi pregiudicati dalla simulazione (es.: i creditori di un simulato alienante, che vedano diminuite le loro aspettative di pagamento dalla simulata alienazione) il negozio simulato non vale; *c)* rispetto ai terzi avvantaggiati in buona fede dalla simulazione (es.: il subacquirente in buona fede di una cosa alienata simulatamente ad un primo acquirente) il negozio simulato vale, nel senso che ad essi la simulazione non è opponibile.

4. Quanto alle possibili cause di formazione difettosa della volontà interna, il *ius honorarium* e la giurisprudenza classica seguirono l'orientamento di dar rilievo a taluni casi in cui fosse certo che l'autore o il coautore di un negozio non avrebbe avuto una certa vo-

lontà, se non fosse intervenuto un vizio nella formazione della stessa. I vizi della volontà, che ebbero maggiore importanza furono tre: l'*error facti*, vale a dire l'ignoranza o l'inesatta conoscenza di una circostanza di fatto; il *dolus malus*, cioè il contegno particolarmente malizioso di una parte di un negozio bi- o plurilaterale, volto a determinare un *error facti* nell'altra parte o in altre parti di quel negozio; il *metus*, cioè il timore di un'altrui grave ed ingiusta minaccia, proveniente sia dalla controparte che da un terzo (cd. « *vis compulsiva* » o « *animo illata* »).

4.1. *Dolus malus* fu inteso il raggiro posto in essere, in un negozio giuridico bi- o plurilaterale, da una parte a danno dell'altra (o da un terzo, a conoscenza di una parte, a danno dell'altra parte), se ed in quanto producesse nella vittima un *error facti* di tale gravità, da doversi escludere che altrimenti questa avrebbe concluso il negozio (in altri termini: un errore « essenziale »). Non solo, dunque, fu fuori da questa previsione il cd. *dolus bonus* (cioè la malizia di poco conto, intesa ad incoraggiare la controparte alla conclusione del negozio: es., la magnificazione esagerata dei pregi di una merce), ma ne fu tenuto fuori anche il cd. *dolus (malus) incidens*, cioè il raggiro senza del quale la vittima avrebbe egualmente concluso il negozio, seppure a condizioni alquanto più vantaggiose. Di regola, insomma, la repressione del *dolus* riguardò il solo *dolus (malus) causam dans (negotiationis)* o, come si usa dire, « determinante ». Alla vittima del *dolus malus* (cd. « *deceptus* ») erano concessi due mezzi processuali intesi alla invalidazione del negozio: a) una *exceptio doli*, nella ipotesi che l'adempimento non fosse stato ancora eseguito e che l'autore del dolo reclamasse con un'*actio* per la sua inesecuzione; b) una *in integrum restitutio ob dolum*, nell'ipotesi che l'adempimento fosse stato eseguito e si potesse utilmente porre nel nulla il negozio. In linea subordinata all'avvenuto adempimento ed alla pratica impossibilità di una *restitutio*, spettava alla vittima: c) l'*actio doli* penale, infamante, *in duplum* (n. 142). Il diritto italiano vigente (a. 624, 1427, 1439, 1440) accorda alla vittima del dolo determinante una azione di annullamento del negozio, alla vittima del dolo incidente un'azione di risarcimento dei danni.

4.2. *Metus* fu inteso il ragionevole timore determinato nell'autore del negozio (unilaterale o plurilaterale) da una minaccia, da chiunque fatta, di un danno ingiusto e notevole a lui stesso o a suoi stretti congiunti, se ed in quanto fosse una minaccia di tale gravità da doversi ritenere che una persona di medio coraggio non avrebbe in pari situazione concluso il negozio. Alla vittima della minaccia (cd. « *vis compulsiva* » o « *animo illata* ») erano concessi, in parallelo con la ipotesi del dolo: a) una *exceptio metus* contro chi (anche non autore della violenza) reclamasse con un'*actio* per l'inadempimento; b) una *in integrum restitutio ob metum*, nell'ipotesi di già avvenuto adempimento; c) un'*actio quod metus causa* penale, infamante (n. 142), subordinatamente alla pratica impossibilità della *restitutio*. Il diritto italiano vigente (a. 624, 1427, 1434-1438) accorda alla vittima della violenza un'azione di annullamento del negozio.

4.3. *Error facti* fu intesa la ignoranza o la inesatta conoscenza di una circostanza di fatto da parte dell'autore del negozio. Ad essa fu riconosciuta, entro certi limiti, efficacia invalidante il negozio, se ed in quanto fosse: a) riconoscibile dalle altre parti e persone interessate; b) scusabile obiettivamente nell'autore del negozio; c) essenziale, cioè tale da potersi escludere che il soggetto avrebbe concluso il negozio, se non fosse caduto in errore. I forti limiti che risultano aver contenuto la rilevanza dell'*error facti* furono giustificati da ciò, che, mancando quel pretesto di « reazione » a una azione ingiusta altrui, che aveva giustificato la messa in opera di mezzi processuali nella ipotesi di *dolus* e di *metus*, la giurisprudenza classica dovette procedere, caso per caso, nel senso di affermare che l'*error* (essenziale, riconoscibile e scusabile) avesse viziato la volontà sino al punto di eliminarla o almeno di contraffarla in maniera inammissibile. Pertanto, ogni qualvolta una siffatta dimostrazione riuscisse, il negozio viziato da errore non era ritenuto processualmente annullabile, ma radicalmente invalido; ogni qualvolta la dimostrazione, invece, non riuscisse, era giocoforza, mancando altri appigli, ammettere la va-

lidità del negozio. Il diritto italiano vigente (a. 624 e 1427-1432) concede all'autore del negozio, se ed in quanto pregiudicato da un errore riconoscibile ed essenziale, un'azione di annullamento del negozio stesso. Da notare che, mentre per diritto romano valeva rigorosamente il principio « *error iuris non excusat* », per diritto italiano vigente (a. 1429 n. 4) l'errore di diritto giustifica anch'esso l'annullamento « quando è stata la ragione unica o principale » del negozio.

152. LE CLAUSOLE ACCIDENTALI DEI NEGOZI GIURIDICI.

1. In linea di principio, il negozio giuridico, essendo una espressione dell'autonomia giuridica, non deve necessariamente limitarsi agli elementi essenziali. L'autore o i coautori di esso possono, quindi, per meglio determinare gli effetti giuridici da realizzare o per meglio far fronte alle varie eventualità della vita, corredarlo di svariate clausole accidentali, così dette perchè non essenziali, e cioè puramente eventuali (es.: clausola che limita la eventuale responsabilità di un contraente in caso di inadempimento contrattuale, clausola che esclude la esigibilità del credito in determinate contingenze o in un certo periodo di tempo, ecc.).

1.1. Queste clausole del negozio giuridico (*accidentalia negotii*) non sono, ovviamente, requisiti di validità dello stesso, ma possono essere, tutt'al più, requisiti di efficacia del negozio valido (n. 148). Più precisamente, occorre distinguere tra: clausole influenti sulla efficacia del negozio, capaci cioè di far dipendere la efficacia (o inefficacia) del negozio da una determinata circostanza; e clausole non influenti sulla efficacia del negozio, colleganti cioè al negozio, in via accessoria, altri effetti giuridici (es.: la comminatoria di una penale nell'ipotesi del verificarsi di una certa circostanza). Naturalmente per la concorrenza tra il sistema del *ius civile* e quello del *ius honorarium*, nel *ius privatum* romano questa distinzione non si mantenne sempre limpida: sicchè poté accadere che una clausola di per sè ininfluenta sulla efficacia del negozio, determinasse il magistrato giurisdicente ad invalidare, in

certi casi, il negozio stesso attraverso una *denegatio actionis*, o una *exceptio*, o una *in integrum restitutio*.

2. Tra le molte clausole non influenti sulla efficacia del negozio, che il *ius privatum* romano è in grado di mettere in mostra, può segnalarsene, a mo' di esempio, una molto caratteristica: la clausola modale, largamente utilizzata nei negozi a titolo gratuito (n. 150: attribuzioni testamentarie, attribuzioni *donationis causa*, *manumissiones*). Il cd. *modus* era, in tali negozi, un modico obbligo imposto al destinatario della liberalità: tale (per la sua modicità) da non trasformare l'atto di gratificazione in atto di corresponsione (es.: obbligo di erigere un monumento funebre al beneficiante, di devolvere una quota dei beni ricevuti a giuochi pubblici, ecc.). Se l'onereato dal *modus* non adempiva l'obbligazione impostagli, il negozio di gratificazione era, di regola, egualmente efficace: se mai potè, talvolta, sostenersene la invalidità sotto il profilo della essenzialità dell'obbligo modale come elemento del negozio. Posto, quindi, che di norma il negozio aveva senz'altro effetto, contro l'onereato, per costringerlo all'adempimento o al risarcimento, dovette farsi ricorso dagli interessati a espedienti giudiziari: determinazione di una *poena* per l'inadempimento, *denegatio actionis* al *legatario* che chiedesse giudizialmente la consegna delle cose legate senza avere adempiuto il *modus*, imposizione magistratuale al beneficiato di una preventiva *promissio* cautelare (*stipulatio praetoria*: n. 45) ecc. Nel diritto italiano vigente il *modus* (o « onere ») è del pari influente sulla efficacia del negozio: se apposto ad una disposizione di ultima volontà, esso può però determinare l'autorità giudiziaria ad imporre all'onereato una cauzione (a. 647 c.c.).

3. Le clausole accidentali influenti sulla efficacia del negozio giuridico furono, nel *ius privatum* romano, la clausola terminale (anche detta *terminè*) e la clausola condizionale (anche detta *condizione*), il cui riconoscimento, tuttavia, avvenne nel corso del periodo classico con lenta progressione e fu compiuto solo nel periodo postclassico. Al regime del diritto romano postclassico si adegua, in buona sostanza, il diritto italiano vigente (a. 633-646, 1353-1361).

3.1. La clausola terminale stabiliva che l'efficacia totale o parziale del negozio dipendesse da una circostanza futura ma certa (certa nel verificarsi, se non anche nel momento in cui si sarebbe verificata), detta *dies* (*certus an et quando*, oppure *certus an et incertus quando*: es., « il 15 gennaio », oppure « quando Tizio morrà »).

3.2. La clausola condizionale stabiliva che l'efficacia totale o parziale del negozio dipendesse da una circostanza futura ed incerta, detta *condicio* (es.: « se poverà », oppure « se non vi sarà la neve » ecc.). Si distingueva: a) tra *condiciones* positive e negative a seconda che l'avvenimento condizionante consistesse nel verificarsi o nel non verificarsi di un fatto; b) tra *condiciones* casuali, potestative e miste, a seconda che il verificarsi o non verificarsi della circostanza dipendesse dal caso (o dalla volontà di un terzo), oppure dalla volontà di una delle parti del negozio, o infine da ambedue queste cause (es.: « se sposerai Tizia »).

3.3. In diritto postclassico-giustiniano si giunse, attraverso una lunga evoluzione, a differenziare il termine iniziale dal termine finale, la condizione sospensiva dalla condizione risolutiva. Si parlò di termine sospensivo o iniziale (cd. *dies a quo* dei negozi cd. *ex die*) quando dal *dies* dipendesse l'inizio dell'efficacia del negozio (es.: « ti darò 100 il 15 gennaio »); si parlò di termine risolutivo o finale (cd. *dies ad quem* dei negozi cd. *in diem*) quando dal *dies* dipendesse la cessazione dell'efficacia del negozio (es.: « ti darò 100 alla settimana da oggi al 15 gennaio »). Analogamente, si parlò di condizione sospensiva (cd. *condicio* in senso proprio dei negozi cd. *sub condicione*) quando dalla *condicio* dipendesse l'inizio dell'efficacia del negozio (es.: « ti darò 100 se giungerà la mia nave dall'Asia »); si parlò di condizione risolutiva (nei cd. negozi che « *sub condicione resolvuntur* ») quando dalla *condicio* dipendesse la cessazione dell'efficacia del negozio (es.: « ti darò 100 lire alla settimana salvo che non mi sopravvengano figli », oppure « ti darò 1000 oggi salvo che in futuro non mi sopravvengano figli »). Ma, delle quattro clausole ora descritte, il diritto classico non conobbe che le prime tre, anzi ri-

tenne il termine risolutivo una figura del tutto eccezionale, inutilmente applicata ai negozi traslativi di proprietà o costitutivi di servitù (rapporti cd. « perpetui ») e limitata ai soli negozi relativi a rapporti giuridici per loro natura temporanei (usufrutto, locazione, comodato, mutuo, ecc.).

3.4. *Dies e condicio* furono ritenuti, per tutto il corso del diritto romano, del tutto inapplicabili, in qualsivoglia loro formulazione, ad alcuni negozi di più antica data, i cd. *actus legitimi* (« *qui non recipiunt nec diem nec condicionem* »): *mancipatio* (ed *emancipatio*), *in iure cessio*, *acceptilatio*, *datio tutoris*, *servi optio*, *cretio hereditatis* (*hereditatis aditio*, in diritto giustiniano). La clausola terminale o condizionale apposta a tali atti ne determinava la nullità; peraltro, il termine iniziale apposto ad una istituzione di erede valeva come non apposto (l'istituzione era, dunque, valida e immediatamente efficace).

4. Circa gli effetti della clausola terminale e di quella condizionale, bisogna distinguere tre momenti: *a*) momento della *pendenza* della circostanza sul negozio: in tal caso si aveva la *inefficacia provvisoria* dello stesso se si trattava di circostanze sospensive, oppure la sua *efficacia provvisoria* se si trattava di circostanze risolutive; *b*) momento della *verificazione* della circostanza: in tal caso, trattandosi di circostanze sospensive il negozio acquistava efficacia, trattandosi di circostanze risolutive il negozio perdeva efficacia; *c*) momento della *impossibilità sopravvenuta* della circostanza (ipotesi, ovviamente, relativa solo alla *condicio*: es., la nave che sarebbe dovuta arrivare dall'Asia è andata a fondo): in tal caso, trattandosi di *condicio* sospensiva il negozio diveniva invalido, trattandosi di *condicio* risolutiva il negozio manteneva a titolo definitivo la sua efficacia.

4.1. Durante la *pendenza* del termine o della *condicio* sospensivi, se non si avevano gli effetti tipici del negozio, si avevano o si potevano avere, tuttavia, degli *effetti prodromici*, preliminari: per conseguenza, erano ritenute possibili, sin dall'età classica, la *novatio* o l'*acceptilatio* non solo di una obbligazione a termine iniziale, ma anche di una obbligazione sospensivamente condizionata (n. 192); si affermò sin da quell'epoca il prin-

cipio che il debitore *sub condicione* non potesse disporre della *res obligata*, mentre il diritto postclassico giunse a ritenere trasmissibili agli eredi oltre che i rapporti giuridici a termine iniziale anche i rapporti giuridici derivanti da negozi *inter vivos* sospensivamente condizionati. Il diritto italiano vigente statuisce che il titolare di un diritto sotto condizione sospensiva può compiere atti conservativi, mentre il titolare di un diritto sotto condizione risolutiva può esercitarlo, ma l'altro eventuale avente diritto è ammesso a compiere atti conservativi (a. 1356); in più, sviluppando gli spunti romanistici, esso dichiara che il titolare di un diritto (sospensivamente o risolutivamente) condizionato può disporre durante lo stato di pendenza, ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione (a. 1357).

4.2. Con la verifica della *condicio* o del termine gli effetti del negozio avevano inizio o termine, di regola, *ex nunc*, cioè con decorrenza da quel momento. Ma, quanto alla *condicio*, si affermò in età postclassica, seppur faticosamente, la regola opposta della efficacia *ex tunc*, cioè dal momento della conclusione del negozio. La retroattività degli effetti per la condizione è ormai la regola del diritto italiano vigente (a. 1360).

5. Man mano che, per opera prevalente della giurisprudenza preclassica e classica, la *condicio* venne differenziandosi dal *dies*, la complessità di gran lunga maggiore dell'ipotesi di *clausola condizionale* spinse alla formazione, in materia, di una teoria assai più composita.

5.1. Dalle *condiciones* in senso proprio (circostanze future e incerte) furono progressivamente diversificate le cd. condizioni improprie, e cioè: a) le cd. *condiciones iuris*, cioè circostanze già richieste dall'ordinamento (anche dette, impropriamente, *presupposti*) e perciò inutilmente nominate dalle parti (es.: « lego 100 a Tizio se il mio *heres voluntarius* accetterà »), le quali si avevano come non apposte; b) le *condiciones subbiettivamente incerte* (ma obbiettivamente certe), che parimenti si avevano per non apposte; c) le cd. *condiciones in praesens vel in praeteritum collatae* (es.: « ti dono 100 se la mia nave è già giunta dall'Asia »), che altro non erano, in sostanza, se non *condiciones sub-*

biettivamente incerte, sottoposte allo stesso regime giuridico di quelle; d) le *condiciones* meramente potestative, che facevano dipendere l'efficacia del negozio esclusivamente dall'arbitrio del suo unico autore (es.: « ti darò 100 se vorrò ») o dei suoi coautori (es.: « ti vendo il fondo Corneliano se ci troveremo d'accordo »), oppure di quello tra i suoi coautori che dovesse subire per effetto del negozio un sacrificio patrimoniale (l'alienante di un diritto o l'assuntore di un'obbligazione: cfr. a. 1355 c.c.): anche le condizioni meramente potestative rendevano nullo il negozio.

5.2. Data l'incertezza tipica della *condicio*, si prese in peculiare considerazione l'ipotesi della impossibilità della *condicio*, nel senso di impossibilità iniziale (certezza *ab initio* della irrealizzabilità della circostanza: es., « ti darò 100, se toccherai il cielo col dito »). Di regola si ritenne che la impossibilità della *condicio* sospensiva, dando luogo alla perpetua inefficacia del negozio, fosse causa della nullità dello stesso; ma i Sabiniani sostennero la tesi, che finì poi per prevalere, che almeno nei negozi *mortis causa* la condizione sospensiva impossibile dovesse ritenersi come non apposta (« *vitiatur sed non vitiat* ») in considerazione del fatto che il negozio non era più rinnovabile a causa della morte dell'autore (criterio del *favor testamenti*: n. 147). Il diritto italiano vigente (a. 634 e 1354), completando e perfezionando il regolamento romano giustiniano, dispone che: a) la condizione risolutiva impossibile si ha per non apposta; b) la condizione sospensiva impossibile rende nulli gli atti tra vivi, mentre si ha per non apposta nei negozi *mortis causa*.

5.3. Diversamente dalle condizioni impossibili, le condizioni illecite (*contra ius*) e turpi (*contra bonos mores*) non rendevano nulli, a termini di *ius civile*, i negozi cui fossero apposte. Eccezioni furono ammesse, in età classica, per i *legata per damnationem* (n. 68), cui la *condicio* si riteneva non apposta, e per i negozi che dessero luogo a *iudicia bonae fidei* (n. 43), che erano invece ritenuti nulli. In altri casi, il pretore intervenne, su richiesta di parte, o a denegare l'*actio* a chi intendesse valersi del negozio condizionato in modo illecito o turpe o a concedere la *remissio* dalla condizione, che si aveva in tal caso per non apposta.

Il diritto giustiniano si orientò verso il regime delle condizioni impossibili. Il diritto italiano vigente (a. 634 e 1354) considera « illecite » le condizioni contrarie a leggi imperative, all'ordine pubblico o al buon costume e dispone: a) che, apposte ad atti tra vivi, li rendono in ogni caso (sospensive o risolutive che siano) nulli; b) apposte a negozi *mortis causa*, si hanno per non apposte.

5.4. Un caso di *condicio* propria, ma con effetti aberranti, fu considerato quello di una condizione (sospensiva) potestativa negativa, rimessa alla volontà della persona che traesse vantaggio dal negozio (es.: « ti lascio un legato di 100 se non ti sposerai »; « ti dono 1000 se non farai carriera politica »): in questa ipotesi gli effetti del negozio non si sarebbero potuti produrre prima della morte del beneficiario, perchè non prima di allora si sarebbe avuta la sicurezza del verificarsi della condizione (mancato matrimonio, mancata carriera politica). Ad evitare questo inconveniente, Quinto Mucio Scevola suggerì ai *praetores* la prassi, largamente usata, di concedere ai beneficiari l'immediato godimento delle attribuzioni loro fatte, purchè promettessero mediante *stipulatio praetoria* (cd. *cautio Muciana*) la *restitutio* nell'ipotesi che compissero in avvenire l'attività dedotta negativamente in condizione.

153. LA SOSTITUZIONE NELL'ATTIVITÀ NEGOZIALE.

1. L'attività negoziale può essere, in linea di principio, tanto compiuta personalmente da chi vi abbia interesse, quanto compiuta da altri nell'interesse di lui. In questa seconda ipotesi si verifica il fenomeno della sostituzione nell'attività negoziale, anche detto della conclusione del negozio giuridico per interposta persona.

1.1. La sostituzione nell'attività negoziale può essere di due tipi fondamentali: a) sostituzione materiale, che si verifica quando un soggetto si faccia materialmente sostituire da una persona anche incapace (cd. *nuncius*), nella manifestazione della sua volontà; b) sostituzione giuridica, che si verifica quando per conto, nell'interesse di un soggetto giu-

ridico (cd. *rappresentato*) compia il negozio un altro soggetto (cd. *rappresentante*). La differenza è importante, perchè il rappresentante esprime una *propria* volontà, sia pure nell'interesse del rappresentato o addirittura in nome di lui. Invece il sostituto materiale non esprime alcuna volontà propria, nè occorre che sia capace di formarla o di esprimerla: egli *riporta*, riferisce, riproduce, a titolo di puro e semplice mezzo di *trasmissione*, la volontà manifestata dall'autore del negozio. Dunque, il *nuncius*, alla guisa di una lettera o di un disco grammofonico, altro problema giuridico non solleva, se non quello di accertare se abbia, in effetti, esattamente rapportato la manifestazione di volontà, di cui è stato reso depositario e tramite; viceversa, il rappresentante impegna nel negozio, come si è detto, oltre che (eventualmente) la capacità e la volontà del rappresentato, la propria capacità giuridica e la propria volontà.

1.2. In pratica, di un essere umano evidentemente incapace di agire (un bambino, un demente, un sonnambulo) è ovviamente da presumere, quando esprima una volontà altrui, che la esprima come *nuncius*, e non certo come rappresentante (salvo a vedere se sia praticamente opportuno fidarsi delle sue parole, cioè dell'esattezza della sua riproduzione). Di una *persona non evidentemente incapace di agire* (sia o non sia soggetto giuridico: n. 52) è da presumere, invece, che, se esprime una volontà altrui, la esprima come rappresentante e non certo come *nuncius*. Ma è chiaro che si tratta di semplici presunzioni, che ammettono la prova del contrario.

2. L'ipotesi della sostituzione giuridica nell'attività negoziale, o *rappresentanza*, si scinde, a sua volta, in due specie: quella della rappresentanza *diretta*, che si ha quando il rappresentante agisce *per conto e in nome del rappresentato* (cioè come se esprimesse la stessa volontà del rappresentato); e quella della rappresentanza *indiretta*, che si ha quando il rappresentante agisce *in nome proprio*, sebbene per conto del rappresentato, dimodochè tra questo e lui esiste un *rapporto interno o riflesso*, in forza del quale il rappresentante ha diritto ad essere rivalso dal rappresentato delle spese incontrate, delle perdite sofferte, mentre il rappresen-

tato ha diritto ad ottenere dal rappresentante tutti i vantaggi realizzati nell'affare.

2.1. Quanto alla fonte costitutiva, la rappresentanza (diretta o indiretta), può essere ancora distinta in: rappresentanza necessaria, cioè disposta dall'ordinamento giuridico per interessi di ordine generale, rappresentanza volontaria o su richiesta, cioè effettuata in base a richiesta del rappresentato (e conseguente accettazione del rappresentante); rappresentanza spontanea o gestione di negozio, cioè effettuata su iniziativa del rappresentante (salvo, di regola, ratifica *a posteriori* del rappresentato: n. 134).

2.2. Se la rappresentanza ha carattere di rappresentanza indiretta, a colui che entra in relazione giuridica con il rappresentante non interessa e non deve interessare la persona del rappresentato. Se invece la rappresentanza ha carattere di rappresentanza diretta, non basta, a chi entra in relazione giuridica col rappresentante, accertarsi della sua capacità e volontà di soggetto giuridico: occorre, per sua sicurezza, che egli accerti anche se il rappresentante ha validi poteri di esprimere una volontà in nome e per conto di altri. Ne consegue che: in caso di rappresentanza necessaria, il terzo deve accertare se il rappresentante è veramente tale in base alla fonte autoritativa che egli indica; in caso di rappresentanza volontaria, il terzo deve compiere la cd. *contemplatio domini* (cioè, *d. negotii*), accertando se il rappresentato è capace di compiere l'atto giuridico di cui ha incaricato il rappresentante e se l'incarico davvero e tuttora sussiste; in caso di rappresentanza spontanea, la rappresentanza diretta non è concepibile.

2.3. La *contemplatio domini* non può presumersi, ma deve poter far riferimento ad una inequivoca e pubblica preposizione di una persona (rappresentante) al compimento di uno o più affari, vale a dire ad una preposizione procuratoria (« *procuratio* »), che può essere generale, cioè relativa a tutti gli affari del rappresentato, o speciale, cioè relativa a determinati affari di lui. Nè occorre che la procura sia documentale, cioè risultante da un documento determinato, e diretta specificamente al terzo che entra in relazione giuridica col

rappresentante: basta, come si è detto, che essa sia *inequivoca e pubblica*, anche se diretta *in incertam personam*.

3. Il diritto italiano vigente (a. 1387-1400 c.c.) ha tradotto con tanto vigore i principi di cui sopra in norme di legge, che addirittura limita la qualifica di « rappresentanza » alla sola rappresentanza diretta: tuttavia, se taluno ha contrattato « come rappresentante » senza averne i poteri (o eccedendo i limiti dei poteri conferitigli), l'interessato può ratificare il contratto *a posteriori*, sanando con effetto retroattivo la situazione posta in essere (a. 1398-1399). Fonte della rappresentanza (diretta) può essere la legge o la procura dell'interessato, ma questa non ha effetto se non è conferita nelle forme prescritte per il negozio che il rappresentante deve compiere (a. 1387 e 1392).

4. In linea generale, il *ius privatum* romano ignorò l'istituto della rappresentanza diretta, in forza del quale gli effetti degli atti compiuti dal rappresentante dovrebbero ricadere direttamente sul rappresentato: in esso imperò, dunque, durante tutto il suo corso storico, il principio della rappresentanza diretta. Tuttavia, limitate applicazioni, a carattere eccezionale, del sistema della rappresentanza diretta furono progressivamente introdotte sopra tutto ad opera del *ius honorarium*, prima, e della giurisprudenza classica poi.

4.1. Casi eccezionali di rappresentanza diretta necessaria sono ravvisabili: nella posizione del *curator furiosi* (n. 182), il quale, stante la assoluta incapacità di agire del suo rappresentato e per influenza residua del carattere potestativo della *cura* arcaica, poteva compiere anche negozi del *ius civile* (es.: la *mancipatio*) in nome e per conto del *furiosus*; nella posizione dello stesso *tutor impuberis*, alcuni negozi compiuti dal quale per conto del pupillo determinarono il *praetor* alla concessione direttamente al pupillo o direttamente contro il pupillo di *actiones utiles* (n. 80).

4.2. Casi eccezionali di rappresentanza diretta volontaria sono ravvisabili: nella posizione del *procurator omnium bonorum* (persona pubblicamente incaricata da un soggetto della amministrazione del suo patrimonio), limitatamente all'acquisto del possesso (n. 74) o all'acquisto

del *dominium* mediante *usucapio* (n. 85), nonchè ad altri atti di acquisto basati sul possesso, che valevano come fatti dal principale; nella posizione del *cognitor*, persona incaricata della rappresentanza di un soggetto nel processo privato; nella posizione dell'*exercitor* e dell'*institor*, quando non fossero sottoposti del rappresentato, ma soggetti giuridici autonomi, posto che dai loro atti scaturivano egualmente le azioni *exercitoria* e *institoria* (n. 52); nella stessa posizione del *procurator unius negotiationis* (incaricato specificamente di compiere un negozio), il cui agire dava luogo ad un'*actio quasi institoria*, esercitabile contro il *dominus negotii*.

INDICE ANALITICO ALFABETICO

I riferimenti sono ai « numeri » in cui si divide la trattazione.

Tra parentesi vengono indicate le ripartizioni interne dei « numeri »

Abdicatio:

— (del *rex*) 9 (2.1)

— *tutela* 80 (4)

abitazione v. pure *habitatio*, 102 (5)

acceptilatio (*litteris e verbis*) 113 (2.2),
119 (2)

accertamento del diritto v. interpretazione
del diritto

accessio v. pure *accessione*, 85 (5)

— *possessionis* v. *accessione* del possesso

accessione v. pure *accessio*, 92 (3.3)

— del possesso 76 (3.2), 91 (5.2)

accesso (al fondo) 92 (2.2)

accettazione dell'eredità v. pure *aditio*,
69 (5)

accidentalia negotii v. clausola accidentale
del negozio giuridico

accollo 114 (5)

accordo simulatorio 151 (3.6)

accrescimento v. *ius adcrescendi*

Accursio 34 (2)

accusatio suspecti tutoris 80 (5.2)

acquiescenza al negozio giuridico 148
(3.5)

acquisto:

— *a non domino* 89 (3)

— a titolo originario o derivativo 84 (5),
92 (3; 3.7)

— — derivativo-traslativo e derivativo co-
stitutivo 92 (3.7)

actio v. anche *actiones*, *legis actiones*,
azione, 40 (5)

— *ad exemplum legis Aquiliae* 141 (2.2)

— *ad exhibendum* 87 (3)

— *ad supplendum legitimam* 65 (4.2)

— *aestimatoria* 124 (5.2)

— — *iniuriarum* v. *actio iniuriarum aesti-
matoria*

— *aquae pluviae arcendae* 87 (9), 91 (3)

— *arborum furtim caesarum* 138 (7)

— *auctoritatis* 86 (2.2)

— *certae creditae pecuniae* 120 (4.3), 129
(7), 132 (2.1)

— *commodati* 121 (3.1)

— *communi dividundo* 41 (4), 106 (4.2)

— *conducti* 126 (3)

— *confessoria* 96 (1; 3)

— *curationis* 82 (6.2)

— — *causa utilis* v. *actio utilis curationis
causa*

— *damni infecti* v. pure denuncia di dan-
no temuto, 42 (1), 87 (6)

— *de aestimato* 132 (4)

— *de dolo* 132 (2.1), 142 (2.3), 151 (4.1)

— *de dote* 59 (5.1)

— *de effusis et deiectis* 142 (4)

— *de in rem verso* 52 (4.6)

— *de iurciurando* 131 (4)

— *de pauperie* 137 (2.2)

— *depensi* 118 (2.2)

— *depositi* 121 (4.3)

— *de positis et suspensis* 142 (5)

— *de tigno iuncto* 85 (5.3)

— *doli* v. *actio de dolo*

— *empti* 124 (3; 5.1-2)

— *ex delicto* 137 (2.1)

— *exercitoria* 52 (4.1)

— *ex stipulatu* 116 (4)

— *familiae erciscundae* 41 (4), 67 (3),
106 (4.2)

- *fiduciae* 120 (3.2)
- *finium regundorum* 41 (4), 106 (4.2)
- *funeraria* 134 (5)
- *furti* 138 (6)
- — *adversus nautas etc.* 138 (7)
- *generalis ob indemnitate* 141 (2.3)
- *hypothecaria* 101 (3.3)
- *incerti v. actio praescriptis verbis*
- *in factum pignoratitia in personam* 121 (2.1)
- *iniuriarum (aestimatoria)* 140 (3)
- *in rem superficiaria* 99 (2.4)
- *institoria* 52 (4.2)
- *iudicati* 44 (9), 47 (3.3)
- *legis Aquiliae* 141
- *locati* 126 (3), 127 (4)
- *mandati* 118 (3.1), 129 (3)
- *momentaria* 73 (3.2)
- *negatoria v. pure azione negatoria*, 87 (4), 96 (2; 3), 97 (7)
- *negotiorum gestorum* 82 (6.2), 110 (4.4), 118 (3.1), 133 (5), 134 (4), 135 (4.1)
- *noxalis* 137 (2)
- *Pauliana v. pure azione revocatoria*, 144 (3.1)
- *pecuniae constitutae* 131 (3)
- *pignoratitia in factum in personam v. actio in factum pignoratitia in personam*
- — *in rem* 101 (3.2)
- *praescriptis verbis* 132 (2.3-4)
- *prohibitoria* 96 (4)
- *pro socio* 106 (4.3), 128 (3; 5)
- *Publiciana* 89 (2.2), 124 (4)
- *quanti minoris v. actio aestimatoria*
- *quasi institoria* 153 (4.2)
- *quasi Serviana* 101 (3.3)
- *quod iussu* 52 (4.4)
- *quod metus causa* 142 (3.1), 151 (4.2)
- *rationibus distrahendis* 80 (5.2)
- *redhibitoria* 124 (5.2)
- *rei uxoriae* 59 (3.1-2; 4; 5.1)
- *rerum amotarum* 58 (2.2), 59 (4.5)
- *Rutiliana* 45 (7)
- *sequestraria* 121 (6)
- *Serviana v. anche actio pignoratitia in rem* 45 (7)
- — *utilis v. actio quasi Serviana*
- *servi corrupti* 142 (8)
- *superficiaria in rem v. actio in rem superficiaria*
- *tributoria* 52 (4.3)
- *tutela* 80 (5.2)
- *utilis curationis causa* 134 (4.3)
- *utilis suo nomine* 113 (11.1)
- *venditi* 124 (3)
- *vi bonorum raptorum* 139 (2)
- actiones v. anche legis actiones*
- *adiecticiae qualitatis* 52 (4)
- *civiles o honorariae* 42 (2)
- *ficticiae v. formula ficticia*
- *in personam* 42 (3)
- *in rem* 42 (3)
- — *scriptae* 110 (5.1)
- *mixtae* 42 (3; 4.3)
- *poenales* 42 (4.2), 137 (3.2; 5)
- *populares* 50 (2)
- *rei persecutoriae* 42 (4.1), 137 (5)
- *stricti iuris, bonae fidei e arbitraria v. iudicia*
- *utiles* 42 (7)
- *vindiclae spirantes* 137 (3.1)
- actus v. servitus actus*
- actus legitimi* 86 (2.1)
- addictio:*
- *del fur manifestus* 138 (2.1)
- *dell'obligatus* 41 (6)
- *in diem v. in diem addictio*
- *in libertatem* 88 (2.1)
- *vindiclarum v. vindiciarum addictio*
- adempimento v. anche estinzione delle obbligazioni*, 112, 114 (4)
- *inesatto v. sub inadempimento*
- *parziale* 112 (4)
- ademptio legati* 68 (3.1)
- adfinitas v. pure affinità*, 57 (3.4), 58 (1; 3)
- adgnatio* 56 (2)
- adgnitio (bonorum possessionis)* 66 (3.1)
- adiectus solutionis causa* 112 (3)
- aditio (hereditatis) v. pure accettazione dell'eredità*, 66 (3)

adiudicatio:

- (atto del giudice) 85 (7.1)
- (della servitù) 95 (1.5)
- (parte della formula) 43 (3.2)
- adnotationes* 26 (2.2)
- adoptio* v. pure *adozione*, 78 (4)
- *testamento facta* 78 (3.4)
- adozione* v. pure *adoptio*, 83 (4)
- adplumbatio* 85 (5.4)
- adprobatio operis* v. pure *collaudo*, 127 (3.1)
- adpromissio* 117 (4.2)
- adrogatio* 78 (3)
- adsertor in libertatem* 88 (2.1)
- adstipulatio* 117 (4)
- adtemptata pudicitia* 140 (4)
- adulterium* 58 (2.1), 60 (2)
- adventicium* v. anche *peculium*, 77 (3.4)
- adversaria* 119 (2.1)
- advocatus* 44 (2), 46 (4)
- aediles curules* 13 (3.5), 16 (1; 4)
- *plebis* 13 (3.6)
- aepiscopalis audientia* 27 (4), 46 (7.3)
- aequitas* 37 (2), 42 (1.1)
- Aerarium Populi Romani* (o *Saturni*) 19 (5), 20 (2), 41 (3)
- aes rude* 71 (3), 86 (2)
- aestimatio*:
- *dotis* 59 (4)
- *litis* v. *litis aestimatio*
- aestimatum* 132 (4)
- affectio maritalis* 57 (1.4; 2)
- affectus* v. *animus*
- affidamento* (della controparte e dei terzi) 72 (1), 147 (4.2), 151 (2.1-2)
- affiliazione* 55 (6.2), 83 (5)
- affinità* v. pure *adfinitas*, 61 (1)
- affitto* 130 (3)
- affrancazione* (dell'enfiteusi) 102 (3)
- ager* v. anche *fundus*
- *publicus* 72 (2.1), 104 (2)
- *stipendiarius vel tributarius* v. *fundus stipendiarius vel tributarius*
- *vectigalis* 100 (2)
- agere* v. anche *actio*, 17 (2)
- alienazione* v. anche *acquisto*, 84 (5)
- alimenta* v. pure *alimenti*, 133 (6)

- alimenti* v. pure *alimenta*, 61 (9), 136 (4.6)
- alluvio* 85 (2.1)
- altius non tollendum* v. *servitus altius non tollendi*
- alveus derelictus* 85 (2.3)
- ambitus* 84 (4.2)
- ammasso* 92 (2.1)
- amministrazione* v. *attività amministrativa* e *potere amministrativo*
- *della comunione* 106 (3), 107 (2.3; 3.1-3)
- amotio rei* 138 (5.1)
- analogia* 5 (2.1), 37 (4)
- anatocismo* 111 (5), 114 (3.2)
- animus* v. anche *volontà*
- *aliena negotia gerendi* 134 (2.3)
- *detenendi* 74 (3.1)
- *furandi* 138 (5.2)
- *lucri facendi* 138 (5.2)
- *possidendi* 74 (3; 5.1)
- *rem sibi habendi* 74 (3.1)
- *revertendi* 85 (8.1)
- *societatis* (nelle *familiae* e nelle *gentes*) 9 (1.1-2)
- *tradendi* 91 (4)
- annullabilità del negozio giuridico* 148 (3.4)
- anticipazione* 101 (6.1)
- anticipazione su titoli o merci* 136 (2.1)
- antigiuridicità* 141 (3.2), 145 (3.3)
- apertura della successione* 66 (1), 68 (5)
- apertura di credito* 136 (2.1)
- apochae* v. pure *quietanza*, 112 (5)
- appalto* v. pure *locatio operis*, 130 (4)
- apparitor* v. pure *ufficiale giudiziario*, 46 (2)
- appellatio* v. pure *appello*, 46 (2; 5)
- appello* v. pure *appellatio* 47 (5)
- appropriazione di cose dei contribuenti* 142 (10)
- apud iudicem* (fase del procedimento giurisdizionale) 15 (2.1), 41 (2), 44 (7)
- aquaeductus* v. *servitus aquaeductus*
- Aquiliana stipulatio* v. *stipulatio Aquiliana*
- arbitrarius* v. *iudex* e *receptum arbitrii*
- arbitrato* v. anche *contratto di arbitrato*, 47 (10)

arbitro v. contratto di arbitrato
arbitrium de restituendo 42 (5.3), 87 (2.3)
argentarius v. anche *receptum argentarii*,
 113 (6.1), 121 (7), 131 (7), 136 (2.1)
ἀρραβών v. *arrha*
arrha 125 (2), 132 (2.4)
 — *confirmatoria* 125 (2)
 — *poenitentialis* 125 (2.1)
 — *sponsalicia* 60 (5)
 arricchimento (ingiustificato) 135 (3), 136
 (4.5)
artes ingenuae v. *operae liberales*
 assegnazione v. pure *delegatio accipiendi* e
solvendi, 114 (5)
 assegno 122 (5.3)
 — bancario 136 (2.1)
 assemblee popolari 13 (2)
 associazione 55 (4.1)
 — non riconosciuta 55 (4.2)
 assolutismo imperiale 24 s.
 asta v. *emptio venditio in auctionem*
 atti emulativi 84 (4.3), 91 (3), 92 (2)
 attività:
 — amministrativa 2 (5.1)
 — legislativa 2 (5.1)
 — potestativa v. anche potere pubblico,
 2 (5.1)
 — sanzionatoria 2 (5.1), 6 (3.3), 40
 atto giuridico 7 (2.2)
 — del terzo v. fatto giuridico involon-
 tario
 — leciti e illeciti 7 (2.2)
 — nero atto giuridico e atto giuridico
 d'autonomia 7 (2.3; 3; 3.1), 146
 atto pubblico v. pure *instrumentum*, 47
 (4.3), 149 (2.2)
 attore 40 (2; 4.2)
auctoramentum 50 (7)
auctoritas:
 — del tutor v. *auctoritatis interpositio* del
 tutor
 — garanzia v. *auctoritatis obligatio*
 — *patrum* v. *auctoritatis interpositio* del
Senatus
auctoritatis interpositio del *Senatus* 13
 (4)
 — del tutor 80 (3)
auctoritatis obligatio 86 (2.2)

aucupium 85 (8.1)
audientia aepiscopalis v. *aepiscopalis au-*
dentia
 autonomia v. anche atto di autonomia,
 146
 — familiare 49 (6)
 autoregolamento v. autonomia
 autotutela v. anche azione diretta, 40
 (1; 5; 7)
 Aventino 10 (1)
avulsio 85 (2.2)
 azione v. anche diritto subiettivo e *actio*,
 6 (2.1), 40 (1)
 — di accertamento, esecutiva e cautelare
 v. anche processo di cognizione, di ese-
 cuzione e cautelare, 40 (3)
 — di contestazione della legittimità 61
 (6.1)
 — di disconoscimento della paternità 61
 (6.1)
 — di reclamo della legittimità 61 (6.1)
 — di regolamento di confini 92 (4.3)
 — diretta e indiretta 6 (3.3), 40 (1)
 — in senso proprio (o sostanziale) e pro-
 cessuale 40 (2)
 — negatoria v. pure *actio negatoria*, 92
 (4.2)
 — per apposizione di termini 92 (4.4)
 — petitoria 92 (4)
 — possessoria 76 (5)
 — revocatoria v. pure *actio Pauliana*, 145
 (6)

Banchiere v. *argentarius* e contratto ban-
 cario
barbari 19 (1)
Basilica 33 (3)
 bene v. pure oggetto giuridico e *res*, 55
 (7.1)
 — demaniale 55 (7.1)
 — immateriale 92 (5)
 — patrimoniale 55 (7.1)
beneficia v. *beneficium*, *ius singulare* e
privilegium
 beneficio d'inventario v. pure *beneficium*
inventarii, 69 (6)
beneficium v. anche *ius singulare* e *pri-*
vilegium

- *abstinendi* 67 (2.1)
- *cedendarum actionum* 110 (4.4), 118 (3.1)
- *competentiae* 43 (3.3), 58 (2.2; 3), 112 (7), 133 (6.1)
- *divisionis* 118 (3.1)
- *excussionis* 101 (6.3), 118 (4)
- *inventarii* v. pure beneficio d'inventario, 67 (2.2)
- *ordinis* v. *beneficium excussionis*
- *separationis* v. pure separazione dei beni del defunto, 67 (2.1)
- beni parafernali v. pure *paraferna*, 61 (7)
- benignitas* 37 (2)
- Berito 28 (3)
- bilateralità 123 (2.4)
- Bologna (studio di) 34 (2)
- bona fides* v. pure correttezza, 15 (1), 42 (5.2)
- nell'usucapione 91 (5.4), 92 (3.5)
- bonorum*:
 - *curator* v. *curator bonorum*
 - *distractio* 44 (9.2), 45 (8), 46 (6.1)
 - *emptio venditio* 44 (9.2), 45 (7), 113 (6.1)
 - *magister* v. *magister bonorum*
 - *possessio* 45 (6), 64 (3)
 - — *contra tabulas* 65 (3)
 - — *ventris nomine* 64 (3.1)
- brevetti per invenzioni industriali 92 (5.1)
- Breviarium Alarici* v. *Lex Romana Wisigothorum*
- Caducum* 66 (4.1)
- cambiale 122 (5.2)
- cancelleria imperiale 20 (4.3)
- canon* v. *vectigal*
- canoni interpretativi 147 (4.3)
- capacità:
 - di agire 52, 55 (6), 147 (1.1)
 - — mera 52 (3)
 - — naturale 52 (2.1), 55 (6.1)
 - di intendere e di volere 145 (3.4)
 - giuridica v. anche soggettività giuridica, 147 (1.1)
- caparra* v. *arrha poenitentialis*
- capite censi* v. anche *proletarii*, 13 (2.1)
- capitis deminutio* 49 (1.2)
- *maxima* 49 (4.2)
- *media* 49 (5.2)
- *minima* 49 (1.2)
- caput* 49 (1.2)
- caput tralaticium de impunitate* 14 (3.2)
- caritas* 37 (2)
- *sanguinis* 133 (6)
- Carta costituzionale v. Statuto
- Cassazione v. Corte di cassazione
- cassette di sicurezza 136 (2.1)
- Cassiani v. Sabiniani
- casus fortuitus* 141 (3.3), 143 (3.1)
- caupo* 131 (6)
- causa:
 - del negozio giuridico 150
 - — a negozi plurimi 150 (3.3)
 - *donationis* 150 (3.3)
 - *dotis* 150 (3.3)
 - *obligationis (iusta)* 115 (1.2)
 - sociale 1 (2.2)
 - *traditionis (iusta)* 86 (4)
 - *usucapionis (iusta)* 91 (5.3)
- causa mancipii* v. *liber in causa mancipii*
- cause legittime di prelazione 102 (7)
- cautio* v. anche *stipulatio praetoria*, 45 (4)
- *damni infecti* 87 (6)
- *de bonis conferendis* 67 (5.1)
- *iudicatum solvi* 44 (2.1)
- *iudicio sisti* 44 (3.2), 46 (3.2)
- *Muciana* 152 (5.4)
- *ratam rem haberi* 44 (2.2)
- *rem pupilli salvam fore* 80 (3.1)
- *usufructuaria* 97 (4.1)
- cavere* 17 (2)
- censores* 13 (3.2)
- centuria* 10 (2.1), 13 (2.1)
- centumviri* 41 (2.1), 42 (1)
- cessio*:
 - *crediti* (o *nominis*) v. pure cessione del credito, 110 (4.4), 113 (11)
 - — *in potentiorum* 113 (11.3)
 - — *necessaria e voluntaria* 113 (11.2)
 - — *pro soluto e pro solvendo* 113 (11.1)
 - *debiti* 113 (12)
 - *in iure* v. *in iure cessio*

- cessione del credito v. pure *cessio crediti*, 114 (5)
- chirographum* v. pure titolo di credito, 119 (4)
- citazione v. pure *libellus conventionis*, 46 (3), 47 (3)
- cittadinanza:
- (complesso dei cittadini) 2 (3; 6)
 - (appartenenza alla categoria dei cittadini):
 - — italiana 55 (2.2)
 - — romana 49 (5), 88 (1; 4.4)
- cittadino v. cittadinanza
- di pieno diritto 2 (3)
 - parziale (o di minor diritto) 2 (3)
- civitas* v. *urbs* e cittadinanza romana
- *Quiritaria* 8 ss.
- civitalis donatio* 36 (1), 49 (5.1)
- classi sociali 50 (5)
- classis* 10 (2.1)
- clausola:
- accidentale del negozio giuridico 152
 - codicillare 63 (10)
 - compromissoria 47 (10), 136 (2.2)
 - condizionale v. *condicio*
 - modale v. *modus*
 - stipulatoria 117 (5.1)
 - terminale v. *dies*
- cloaca* v. *servitus cloacae*
- coattività 3 (4)
- Code Napoléon 34 (6), 38 (3)
- codex accepti et expensi* 118 (2)
- Codex*:
- *Eurici* 30 (2)
 - *Gregorianus* 29 (2)
 - *Hermogenianus* 29 (3)
 - *Iustinianus* 32 (2)
 - *Repetitae Praelectionis* 32 (6)
 - *Theodosianus* 29 (4)
- Codice Civile Italiano (vigente) 39 (1)
- codicilli* 63 (10)
- « codificazione » dell'Editto 20 (1)
- codificazioni europee 34 (6), 38 (3)
- coelibes* 57 (4.1)
- coemptio*:
- *fiduciae causa* 81 (3)
 - *matrimonii causa* 57 (1.2), 79 (3.1)
- cognatio* v. pure parentela, 56 (3), 57 (3.3)
- cognitio extra ordinem* v. anche *extra ordinem*, 27 (3), 46, 47 (1)
- *summaria* 46 (7.2)
- cognitor* 44 (2.1), 153 (4.2)
- coincidenza di diritti subiettivi v. *communio* e comunione
- collatio bonorum* (*descendentium, dotis, emancipati*) v. pure collazione, 67 (5)
- Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* 31 (8)
- collaudo* v. pure *adprobatio operis*, 130 (4.1)
- collazione v. pure *collatio bonorum*, 69 (6)
- collegium* 51 (2.2)
- colonia* (*civium Romanorum*) 51 (2.1)
- colonia parziaria v. pure *colonus*, 130 (9.2)
- colonus* v. pure colonia parziaria, 126 (1.2)
- colpa v. *culpa*
- comes*:
- *patrimonii* 25 (3.1)
 - *rerum privatarum* 25 (3.1)
- comitato 55 (4.2)
- comitia*:
- *centuriata* 10 (4), 13 (2.1)
 - *curiata* 9 (1.2), 13 (2), 78 (3)
 - *tributa* 13 (2.3)
- commendare* v. *depositum*
- Commentatori 34 (3)
- commissione 130 (10.2)
- commistione v. accessione
- commodatum* v. pure comodato, 121 (3)
- commorienza 49 (3)
- communio* v. pure comunione, 103 ss.
- *hereditatis* v. pure comunione ereditaria, 67 (3)
 - *incidens* 133 (5)
 - *iuris germanici* v. comunione indifferenziata
 - *iuris romani* 105
- comodato v. pure *commodatum*, 122 (6.2)
- comparazione giuridica: in « premessa » 4
- comparsa di risposta v. pure *libellus contradictionis*, 47 (3.1)
- compensatio* v. pure compensazione, 113 (6)

- compensazione v. pure *compensatio*, 114 (6)
- competenza:
- (dei pubblici poteri) 2 (5.1)
 - (processuale) 47 (2)
- compravendita v. pure *emptio venditio*, 130
- a contanti 124 (1.1)
 - all'asta v. *emptio venditio in auctionem*
 - a rate 124 (1.1)
 - a realizzazione differita 124 (1.1)
 - con efficacia obbligatoria 130 (1.1)
 - con patto di riscatto v. pure *pactum de retroemendo*, 130 (1.3)
- compromesso v. pure clausola compromissoria e *compromissum*, 47 (10), 136 (2.2)
- compromissum* v. pure clausola compromissoria e compromesso, 131 (5.1)
- comunanza v. comunione indifferenziata
- domestica 104 (3)
 - gentilizia 104 (2)
- comunione v. pure *communio* e condominio negli edifici, 107
- dei beni tra i coniugi 61 (7.3)
 - ereditaria v. pure *communio hereditatis*, 69 (6)
 - indifferenziata 103 (2)
 - organizzata 103 (3)
 - solidaristica 103 (4)
- concedente:
- dell'*emphyteusis* 100 (1)
 - della *superficies* 99 (1)
- concepito 49 (3.1), 55 (2.1)
- concessioni temporanee di suolo pubblico v. anche *ius emphyteuticarium* e *ius perpetuum*, 99 (2.2), 100 (2)
- concilia plebis tributa* 13 (2.2)
- Conciliatore 47 (2.1)
- concorsualità 45 (7)
- concubinatus* 60 (3)
- concursum causarum* 113 (5)
- condemnatio* 43 (2.2)
- condictio* v. anche *legis actio per con-dictionem*, 41 (5)
- *causa data causa non secuta* 132 (2.1), 135 (3.2)
 - *certae creditae pecuniae* e *certae rei* 116 (4), 132 (2.1)
 - *ex causa furtiva* 135 (3.1), 138 (6.1)
 - *ex lege* 135 (4)
 - *ex poenitentia* 132 (2.2; 2.4)
 - *furtiva* v. *condictio ex causa furtiva*
 - *incerti* 135 (4)
 - *indebiti* 109 (6.1), 135 (2)
 - *ob causa datorum* v. *condictio causa data causa non secuta*
 - *ob turpem vel iniustam causam* 135 (3.3)
 - *sine causa* 135 (3.4)
 - *triticaria* 120 (4.3)
- condictio* 152
- *illicita* 152 (5.3)
 - *impossibile* 152 (5.2)
 - *impropria* 152 (5.1)
 - *potestativa negativa* 152 (5.4)
- condizione v. *condicio*
- condominio v. comunione
- negli edifici 107 (3)
- conductor* v. *locatio conductio*
- conferreatio* 57 (1.2), 79 (3.1)
- confederazione (di Stati) 2 (7.1)
- conferma (del negozio giuridico) 148 (3.5)
- confessio in iure* v. pure confessione, 44 (4)
- confessione v. pure *confessio*, 47 (4.4)
- confisca* 25 (3.2)
- confusio* v. pure confusione
- (fatto estintivo dell'obbligazione) 112 (4)
 - (fatto costitutivo del *dominium*) 85 (4)
 - (modo di estinzione delle servitù) 95 (2.1)
- confusione v. pure *confusio*, 114 (6)
- *successoria* 67 (1)
- coniunctio* («*re*» e «*re et verbis*») 67 (4.1)
- connubium* 57 (2)
- consensus* (del *curator*) 82 (6.1)
- consensus in idem placitum* v. *contractus* e volontà nel negozio giuridico
- conservazione del negozio giuridico 148 (3.1; 3.5)
- consilium fraudis* 144 (3.2)

- « *consilium principis* » 20 (4.4), 21 (2)
consolidatio 97 (6)
consortium:
 — *ad exemplum fratrum suorum* 67 (3), 104 (4.1)
 — *ercto non cito* 56 (2.1), 67 (3), 104 (4)
 — *fratrum suorum* 67 (3), 104 (4.1)
Constitutio Antoniniana 19, 49 (5.5)
constitutiones principum (o *principales*)
constitutiones principum (o *principales*)
 20 (4), 25 (4)
constitutum debiti 131 (3; 7)
constitutum possessorium 91 (4.2)
consuetudine 4 (2.2), 37 (3), 39 (6)
 — « fatti » (di) 5 (2)
 — *praeter legem* 4 (3.1)
 — *contra legem* 4 (3.1)
consules 10 (4), 13 (3.3), 25 (2), 80 (2.3)
consulente tecnico 47 (4.8)
Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti
 31 (11)
contemplatio domini 153 (2.2-3)
contitolarità del diritto subiettivo v. comunio e comunione
contrectatio alienae rei v. amotio rei
contractus v. pure contratto, 108 (6; 8), 109 (3; 4), 123, 131 (1.3)
contrarius consensus 113 (7.2), 123 (2.1)
contratto v. pure contractus, 146 (1.2)
 — *agrario* 130 (9)
 — *bancario* 136 (2)
 — *di arbitrato v. pure arbitrato, compromesso e receptum arbitrii*, 136 (2.2)
 — *di lavoro subordinato v. lavoro*
 — *d'opera* 130 (7)
 — *innominato* 109 (4), 132
 — *sociale v. convenzione sociale*
contubernium 60 (4)
contumacia 46 (2; 4), 47 (3.1)
contumelia 140 (4)
convalescenza (del negozio giuridico) 148 (3.5)
convalidazione (del negozio giuridico) 148 (3.5)
conventio v. contractus
 — *sine nomine v. contratto innominato*
conventio in manum 57 (1.1)
conventio pignoris 101 (3.2)
convenuto 40 (2; 4.2)
convenzione sociale v. anche costituzione politica, 1 (2.1)
conversione del negozio giuridico 148 (3.1)
convicium 140 (4)
corpora v. collegium e sodalitates
corpus (del possesso: corpore possidere)
 74 (2)
Corpus iuris civilis 32
correttezza v. pure bona fides, 114 (2)
corruptio servi 142 (8)
Corte di appello 47 (2.4)
Corte di cassazione 47 (2.5; 6)
cosa v. bene
cosa giudicata v. pure res iudicata, 47 (6)
Costantinopoli 25 (2), 28 (3)
costituzione politica v. anche convenzione sociale, 2 (2), 3 (3.1), 4 (2)
 — *esplicita o tacita* 2 (2)
 — *rigida o flessibile* 2 (2)
Costituzione della Repubblica italiana 39 (2)
creditore 108 (2), 110
cretio 66 (3.1)
crimen 14 (2)
 — *expilatae hereditatis* 66 (5)
 — *suspectis tutoris* 80 (5.2)
 — *vis privata v. vis privata*
Cristianesimo 27 (4)
crusta lapsa 85 (2.2)
culpa 141 (3.3), 143 (1.1), 145 (3.5)
 — *dolo proxima* 143 (5.1)
 — *grave e lieve* 143 (1.1)
 — *in concreto e in astratto* 143 (1.1; 5.2)
 — *in eligendo e in vigilando* 145 (3.5)
 — *lievissima* 143 (5.1)
cura v. pure curatela, 82
 — *annonae* 13 (3.5)
 — *debilium personarum* 82 (5)
 — *furiosi* 82 (2), 153 (4.1)
 — *impuberis* 82 (4)
 — *ludorum* 13 (3.5)
 — *minoris XXV annorum* 82 (6)
 — *prodigi* 82 (3)
 — *urbis* 13 (3.5)

curatela v. pure *cura*, 55 (6.2), 83 (7)
curationis iudicium v. *actio utilis curatioris causa*
curator 82
 — *adiunctus* 82 (4)
 — *bonorum* 45 (7), 144 (3.3)
 — *rerum publicarum* 91 (4.4)
curia v. anche *comitia curiata*, 9 (2.2)
custodiendum dure v. *depositum*

Damnum infectum v. *cautio damni infecti*
damnum iniuria datum v. pure danno ingiusto, 141
 danneggiamento v. danno ingiusto
 danno ingiusto v. pure *damnum iniuria datum*, 145 (3)
 — *emergente* 145 (4.1)
 — *morale* o *patrimoniale* 145 (3.1)
datio:

— *ad experiendum etc.* 132 (6)
 — *dotis* v. *dotis datio*
 — *in solutum* 112 (6), 114 (4.2)
 — *mutui* 120 (4.1)
 — *ob rem* v. *sub* contratto innominato
 — *pignoris* 101 (3.1)
 — *rei* 120 (1.1)
 — *tutoris magistratus* 80 (2)
 — — *testamentaria* 80 (2)

De actionibus 31 (10)

debito v. rapporto di debito
 — *liquido ed esigibile* 114 (6)

debitor v. obbligato

debitore 108 (2)

decemviri stilibus iudicandis 41 (2.1)

deceptus v. *sub dolus*

decreto legge e decreto legislativo 39 (3)
decretum:

— *divi Marci* (cd.) 40 (7)
 — (parte del *senatusconsultum*) 20 (2)
 — *principis* 20 (4.4), 26 (2.2)
 « *de cuius* » 62 (2)

deditio noxae v. *noxae deditio*

deductio ne debitor egeat 112 (7.1)

deductio:

— *servitutis* 95 (1.3)
 — *usufructus* 97 (5)
deductio uxoris 57 (2)

defensor:

— (*patronus*) 44 (2)

— *plebis, civitatis* 46 (7), 91 (4.4)

definitiones 28 (4)

definizioni giuridiche 6 (1.1)

deiectum v. *effusum vel deiectum*

delatio (hereditatis) 66 (1)

delegatio v. pure assegnazione e delegazione, 113 (10)

delegazione v. pure *delegatio*, 114 (6)

delictum v. pure reato, 108 (5.1; 8), 109 (5), 137 ss.

demonstratio 43 (3.1)

δημόσιοι γέωργοι 100 (3.1)

denegatio actionis 44 (5)

denuncia:

— di danno temuto v. pure *actio damni infecti*, 76 (5), 92 (4.6)

— di nuova opera v. pure *operis novi nunciatio* 76 (5), 92 (4.5)

denuntiatio litis v. pure *evocatio*, 86 (2.2), 124 (5.1)

deposito v. pure *depositum*, 122 (6.3)

— di titoli 136 (2.1)

— in albergo v. pure *receptum nautarum etc.*, 122 (6.5), 136 (2.3)

— irregolare 122 (6.4), 136 (2.1)

— nei Magazzini generali 122 (6.5)

depositum v. pure deposito, 121 (4)

— *in aede publica* 112 (9)

— *irregolare* 121 (7)

— *in sequestrem* v. pure sequestro convenzionale, 121 (6)

— *miserabile* v. *depositum necessarium*

— *necessarium* 121 (5), 122 (6.5)

derelictio v. *res derelicta*

destinatari del diritto 5 (4)

destinatio patris familias 95 (1.9)

detenzione v. anche *possessio naturalis*, 72 (3.2), 76 (2)

detestatio sacrorum 78 (3)

devoluzione 100 (4.3)

dicere falsum modum v. *falsum modum dicere*

dictator 13 (3.1)

dies 152

— *cedens* e *veniens* (nell'acquisto del legato) 68 (3)

diffarreatio 57 (5.1)

digesta:— *pregiustiniane* 21 (1), 28 (4)— *seu Pandectae* 32 (4)*diligentia v. sub culpa*— *exactissima* 143 (5.1)

— in astratto e in concreto 143 (5.2)

diritti:

— della personalità (o personalissimi) 55 (3.1), 92 (5)

— d'autore 92 (5.1)

— reali di garanzia v. *sub iura in re aliena*— di godimento v. *sub iura in re aliena*— su cosa altrui v. *iura in re aliena*
diritto (oggettivo) v. ordinamento giuridico

— privato e pubblico 35

— principi generali (del) v. principi generali del diritto

diritto (ordinamento giuridico positivo):

— canonico 3 (2)

— internazionale 3 (2)

— italiano (privato vigente) 39

— romano: in « premessa » 5

— — cristiano 27 (4)

— — ellenico (o bizantino) 27 (5), 33, 34 (1)

— — evoluzione post-romana (del) 34

— — periodi storici (del): in « premessa » 6; 8 ss. [v. anche la « tavola cronologica » a p. 15 ss.]

diritto (soggettivo) 6 (2)

disconoscimento di paternità v. anche
sub azione, 58 (4.1) 61 (6.1)*disputationes* 21 (3.1)

dissenso v. malinteso

distanze 91 (3), 92 (2.2)

distractio:— *bonorum* v. *bonorum distractio*— *pignoris* v. *ius distrabendi**divisio inter liberos* 63 (3)divisione (della *communio*) 106 (4), 107 (2.4)

— giudiziale 106 (4.2)

— volontaria 106 (4.1)

divortium 57 (5)documento v. anche atto pubblico, *instrumentum*, scrittura privata, titolo di credito, 47 (4.3), 122 (4)

dodecapoli etrusca 10 (2)

Dodici Tavole (le) v. *leges XII tabularum*

dogmatica giuridica: in « premessa » 4

dolo v. *dolus**dolus:*— *bonus* e *malus* 142 (2)

— (intenzionalità) 138 (5.2), 141 (3.3), 143 (1.1; 5.1), 145 (3.5)

— (nel negozio giuridico) 151 (4.1)

— *praesens* e *praeteritus* 142 (2.1)

— (« quasi delitto ») 142 (2)

dominatus v. anche assolutismo imperiale, 25 (3)*dominica potestas* sui *servi* 71 (4.6), 88*dominium* 91— *duplex* v. *duplex dominium*— *bonitarium* v. in *bonis habere*— *ex iure Quiritium* 71 (4.5), 84 ss.

— imperiale 25 (3.1)

dominus:— *negotii* 134 (1)— *proprietatis* v. nudo proprietario— *soli* v. concedente*donatio* v. pure donazione, 131 (8)— *ante nuptias* 59 (6)— *inter virum et uxorem* 58 (2.3), 131 (8.1)— *mortis causa* 150 (3.4)— *propter nuptias* 59 (6)*donatio civitatis* v. *civitatis donatio*donazione v. pure *donatio*, 136 (3)*dos* v. pure dote, 59 (2.5)— *adventicia* 59 (2.1)— *necessaria* 59 (2.1)— *profecticia* 59 (2.1)— *recepticia* 59 (3)dote v. pure *dos*, 61 (7.2)*dotis:*— *datio* 59 (2.2)— *dictio* 59 (2.2), 113 (9.1), 115 (3)— *promissio* 59 (2.2), 117 (2)*dovere:*

— giuridico 6 (2)

— morale e sociale v. obbligazione naturale

duplex dominium 89 (4)

duplicatio 43 (3.5)

Ebrei 50 (4)

edictum 16 (3; 4), 25 (4)

— *aedilium curulium* 16 (4)

— dei funzionari imperiali 26 (2.1)

— *peregrinum* 16 (4)

— *perpetuum* 16 (3), 20 (1)

— *praetorium* 16 (4)

— *principum* 20 (4.1), 26 (2.1)

— *provinciale* 16 (4)

— *tralatium* 16 (3)

edictum de alterutro 59 (3.1; 5.1)

Edictum Theodorici 30 (3)

Editto di tolleranza 27 (4)

editio actionis 44 (3.3)

educazione giuridica v. sensibilità giuridica

effetti giuridici 7

— ordinativi 147 (1.3)

efficacia (del negozio giuridico) 148

— del negozio apparentemente valido 148 (1.4; 5)

effusum vel deiectum 142 (4)

elementi del negozio giuridico 148 (1.1-2), 149, 150, 151

emancipatio v. pure emancipazione, 78 (2)

— *Anastasiana* 78 (2.1)

emancipazione v. pure *emancipatio*, 55 (6), 83 (3)

ἐμψύτευσις 100 (3.2)

emphyteusis v. pure enfiteusi, 100 (3.2)

emptio tollit locatum 126 (4.1), 130 (2.1)

emptio venditio v. pure compravendita, 124 s.

— *bonorum* v. *bonorum emptio venditio*

— *ex lege praedatoria* v. *venditio ex lege praedatoria*

— *familiae* v. *sub familiae emptor*

— *imperfecta* 124 (2.3)

— *in auctionem* 125 (6)

— *in vacuum* v. *venditio in vacuum*

— *per aversionem* 124 (2.3)

— *rei speratae* 124 (2.1)

— *spei* 124 (2.1)

— *usufructus* 97 (5.1)

enfiteusi v. pure *emphyteusis*, 102 (3)

ente v. persona giuridica

— autarchico territoriale 2 (7)

— parastatale 2 (5.1; 7)

epistulae:

— dei giureconsulti 17 (2)

— dei *principes* 20 (4.3)

epitome 28 (2)

Epitome Gai 31 (4)

equità v. *aequitas*

equites 13 (2.1)

ereptio hereditatis v. *hereditatis ereptio*

eredità v. pure *hereditas*, 69

— giacente 69 (5)

error:

— *facti* v. errore

— *iuris* v. errore di diritto

errore:

— di diritto 151 (4.3)

— ostativo (o improprio) 151 (3.3)

— proprio (o errore-vizio) 151 (4.3)

esecuzione della sentenza v. anche processo di esecuzione, 41 (6-7), 44 (9), 46 (6), 47 (8)

esercizio di fatto di un diritto 72 (1)

esibizione 47 (4.2)

esperienza giuridica: in « premessa » 3

espromissione v. pure *expromissio*, 114 (5)

espropriazione per pubblica utilità 84 (4.1), 91 (2), 92 (2.1)

estinzione dell'obbligazione 113

— cause oggettive e soggettive (di) 10 (4.3)

Etruschi 9 (1), 10 (2)

evictio v. pure evizione, 124 (5.1)

evizione v. pure *evictio*, 130 (1.2)

evocatio 46 (3)

exceptio 43 (3.5), 44 (7.1), 47 (3.2)

— *doli* 142 (2.1), 151 (4.1)

— *iurisiurandi* 131 (4)

— *iusti dominii* 87 (5), 89 (2.3)

— *legis Cinciae* 131 (8.1-2)

— *legis Plaetoriae* 43 (3.5)

— *metus* 142 (3), 151 (4.2)

— *non numeratae pecuniae* 116 (3.1)

— *pacti conventi* 43 (3.5)

- *rei indicatae vel in iudicium deductae* 44 (10.1)
- *rei venditae et traditae* 89 (2.1)
- *Sc. ti Macedoniani* 120 (4.3)
- excusationes* (del tutor) 80 (2.3)
- exercitor* v. anche *actio exercitoria*, 153 (4.2)
- exercitus centuriatus* 10 (2.1), 12 (2)
- exhereditatio* 63 (4)
- expensilatio* v. *nomen transscripticum*
- expromissio* v. pure *espromissione*, 113 (12)
- exsecutor* v. pure *ufficiale giudiziario*, 46 (3.2)
- extra ordinem* (interventi del princeps) v. anche *cognitio extra ordinem* e *ius novum*, 20 (4)

- Facoltà 6 (3.1)
- falsum modum dicere* 142 (7)
- famiglia v. *matrimonio*
- *agricola* 92 (2.1), 130 (9.2)
- familia* v. anche *matrimonium*, 9 (1.1), 56
- *communi iure* 56 (2.1)
- familiae emptor* 63 (2.2)
- fas* v. *sub nefas*
- fatto giuridico 7 (2)
- *volontario* v. *atto giuridico*
- *involontario* 7 (2.1)
- *naturale* v. *fatto giuridico involontario*
- favor*:
- *benignitatis* 147 (4.3)
- *debitoris* 143 (2), 147 (3.2; 4.3)
- *libertatis* 147 (4.3)
- *negotii* 147 (3.2)
- *promissoris* 147 (4.3)
- *testamenti* 147 (4.3)
- federazione (di Stati) v. *sub* *Stato federale*
- fenus* v. *foenus*
- ferruminatio* 85 (5.4)
- fictio*:
- *civitatis* 36 (1)
- *iuris civilis* 42 (7.2)
- *legis Cornelia* 49 (4.2)
- fideicommissum* 68 (4)
- fideiussio* v. pure *fideiussione*, 118 (3)
- fideiussione* v. pure *fideiussio*, 122 (3)
- fidepromissio* 118 (2; 4)
- fides* v. *bona fides*
- fiducia* 120 (3)
- *cum amico* 78 (2), 120 (3)
- *cum creditore* 101 (2), 120 (3), 132 (7)
- filiazione* v. pure *filius familias*, 61 (6)
- *adulterina* 61 (6.2)
- *incestuosa* 61 (6.2)
- *legittima* 61 (6.1)
- *naturale* (o *illegittima*) 61 (6.2)
- filius familias* v. pure *filiazione*, 77, 109 (6.3)
- *iustus* 58 (4)
- Fiscus Caesaris* 19 (5)
- Flamen Dialis* 79 (3.1)
- flumen publicum* 85 (2)
- foedera* 9 (3)
- foenus* v. anche *usurae*
- *unciarum* 111 (5)
- *nauticum* 120 (5)
- fondazione* 51 (3), 55 (4.1)
- fondazione di Roma* 8 s.
- fondo dominante e servente* 93 (1)
- fonti del diritto* v. anche *ordinamento giuridico*, 4, 8 ss., 39
- *di cognizione* 4 (4)
- *di produzione* 4 (1-3)
- *generali, speciali e locali* 39 (7)
- fonti delle obbligazioni* 109, 114 (2)
- forma del negozio giuridico* 149
- *libera* 123 (2.2), 149 (1.1)
- *scritta* v. *documento*
- *vincolata* 149 (1.1-2)
- formalismo* v. anche *forma del negozio giuridico*, 122 (1), 149 (3; 4; 5)
- formula* v. anche *procedura formulare*, 43
- *ficticia* v. *fictio*
- *petitoria* 87 (2.1)
- Fragmenta Augustodunensia* 31 (5)
- Fragmenta Vaticana* 31 (7)
- fraus creditorum* 144 (3)
- fraus legis facta* v. *illiceità indiretta*
- fructus* 54 (4), 85 (3)
- *extantes* 87 (2.5)
- *percepti e percipiendi* 87 (2.5)
- fructus sine usu* 98 (4)
- fruttificazione* v. pure *fructus* 85 (3)

fundus v. anche *ager*
 — *arcifinius* o *limitatus* 85 (2)
 — *in agro Romano* o *in agro Italico* 84 (3), 91 (1.1)
 — *liber* 93 (2.2)
 — *optimus maximus* 84 (4.1)
 — *provincialis* 90
 — *stipendiarius* 90 (1)
 — *tributarius* 90 (1)
fur v. *sub furtum*
furto v. *furtum*
furtum 138
 — *conceptum* 138 (2.3)
 — *manifestum* 138 (2.1)
 — *nec manifestum* 138 (2.2)
 — *non exhibitum* 138 (3)
 — *oblatum* 138 (2.3)
 — *prohibitum* 138 (3)
 — *usus* 101 (6.1), 121 (3.1; 4.2), 138 (5.1)

Gaius v. anche *Epitome Gai* e *Institutiones Gai*, 23 (2.3)

Garanzia:

— (delle obbligazioni) v. *adpromissio*, *arra*, *constitutum debiti alieni*, *fideiussio*, *fidepromissio*, *fiducia cum creditore*, *hypothea*, *mandatum pecuniae credendae*, *pignus*, *receptum argentarii*, *sponsio*
 — — *generica* 102 (7)
 — — *privilegiata* v. *privilegio*
 — — *reale* 102 (7)
 — (per evizione) v. *evizione*
 — (per vizi occulti) v. *vizi occulti*
 « *Gazzetta Ufficiale* » 4 (4)

Gemeinschaft zur gesamten Hand v. *comunione indifferenziata*

gens 9 (1.1), 56 (2.2)

— *Tarquini* 10 (2.3)

gentes patriciae v. *patricii*

gerarchia degli atti giuridici 7 (3.1)

gestio:

— *negotiorum* v. *negotiorum gestio*
 — *pro herede* v. *pro herede gestio*

gestione di negozio v. *pure negotiorum gestio*, 136 (4.2)

— *impura* (o *impropria*) v. *arricchimento ingiustificato*

giudice ordinario 47 (2)

— *speciale* v. *sub giudice ordinario*

— *tutelare* 83 (2.3)

giureconsulti v. *iuris prudentes*

giurisdizione v. *pure iuris dictio*, 47

giurisprudenza v. *iuris prudentes*

— *classica* 21 ss.

— *cautelare* (cd.) 17 (2)

— *postclassica* 28 ss.

— *preclassica* 17

Giustiniano 32

Glossatori 34 (2)

glossema 28 (4)

governo 2 (5)

Habere in bonis v. *in bonis habere*

habere licere 124 (1; 4)

habitatio 98 (5)

Hausgenossenschaft v. *comunanza domestica*

heredis:

— *institutio* 63 (4)

— *substitutio* v. *pure sostituzione ereditaria*, 63 (5)

hereditas v. *pure eredità*, 62 (1)

— *damnosa* 67 (2)

— *iacens* v. *pure eredità giacente*, 51 (3.2), 66 (5)

hereditatis:

— *petitio* v. *pure petizione di eredità*, 67 (6.1)

— — *ficticia* 67 (6.2)

— *ereptio* 66 (4.2)

heredium 71 (1.2)

heres 45 (6), 62 (3.3)

— *necessarius* (o *domesticus*) 66 (2)

— *suspectus* 67 (1.1)

— *suus* 64 (2)

— *voluntarius* 66 (3)

historia iuris (cd.) 5 (3.1)

honor 16 (3.1)

hyperoca 101 (6.2)

hypothea v. *pure ipoteca*, 101

Iactus lapilli 87 (7)

ἰδὲ καὶ 100 (3.1)

illiceità (dell'atto giuridico) v. *antigiuridicità*, *atto giuridico illecito* e *negozio giuridico illecito*

- indiretta 150 (2.2)
- immissioni nell'altrui proprietà (divieto di) 84 (4.3), 92 (2.2)
- impedimenti matrimoniali 57 (3), 61 (3)
- Imperator* v. assolutismo imperiale
- imperium*:
 - (comando militare del *rex*) 10 (2.1)
 - (magistratuale) *domi militiaeque* 13 (3.3)
 - — *proconsulare maius et infinitum* 19 (3)
- Imperium Romanum* 12 (3), 18, 19 (2), 25 (3)
- impetratio dominii* 101 (6.2)
- implantatio* 85 (5.2)
- impossibilità della prestazione 113 (3), 114 (6)
- improcedibilità 44 (3.3)
- imputabilità v. capacità di intendere e di volere
- imputazione dei pagamenti 112 (8), 114 (4.2)
- inabilitazione 55 (6.1)
- inadempimento v. anche *sub* adempimento, 143 s., 145 (4)
- inaedificatio* 85 (5.3)
- inauguralio* (del *rex*) 9 (2.1)
- in bonis*:
 - *esse* v. *in bonis habere*
 - *habere* 88
- incestum* 60 (2)
 - *superveniens* 57 (5)
- incorporazione del diritto v. anche formalismo e titolo di credito, 122 (5)
- incrementi fluviali 85 (2)
- indebiti solutio* v. pure pagamento di indebito, 120 (1.1), 135
- in diem addictio* 125 (6)
- ἑνδύεσς 32 (4), 33 (1)
- inefficacia del negozio giuridico v. anche *sub* efficacia del negozio giuridico
 - definitiva o provvisoria 148 (4.1)
 - iniziale o sopravvenuta 148 (4)
 - totale o parziale 148 (4)
- inesatto adempimento v. *sub* inadempimento
- infamatio* 140 (4)
- infamia* 50 (2)
- infans* 80 (1)
- infinitatio* 44 (9.1)
- ingenuus* 49 (4.1)
- in integrum restitutio* 45 (3)
 - *ob dolum* 142 (2.2), 151 (4.1)
 - *ob fraudem creditorum* 144 (3)
 - *ob metum* 142 (3), 151 (4.2)
- iniquum* v. *sub aequitas*
- in iure* (fase del procedimento giurisdizionale) 41 (2; 3), 42 (1.1), 44 (3)
- in iure cessio* 86 (3)
 - *hereditatis* 66 (5.1)
 - *servitutis* 95 (1.2)
 - *tutela* 80 (4)
 - *usufructus* 97 (5)
- iniuria* 140
 - (antigiuridicità) v. antigiuridicità
 - *atrox* 140 (3)
- in ius vocatio* 41 (3.2), 44 (3.1) 46 (3)
- inquilinus* 99 (2.3), 126 (1.2)
- inscriptio* 28 (4), 32 (4.1)
- insinuatio* 91 (4.4), 131 (8)
- institor* v. anche *actio institoria*, 153 (4.2)
- institutio heredis* v. *heredis institutio*
- «*institutiones*» 21 (3.4)
 - *Gai* 23 (2.3) [v. il «*conspectus rerum*» a p. 33 ss.]
 - *Iustiniani Augusti* 32 (5)
- instrumentum* (documento) v. pure atto pubblico, documento, scrittura privata e titolo di credito, 116 (5.1), 119 (4), 149 (5)
- instrumentum fundi* o *tabernae* v. pure pertinenza, 54 (3.1), 71 (1.2)
- insula in flumine nata* 85 (2.4)
- integrazione analogica v. analogia
- intentio* 43 (2.1)
- intenzione (dell'autore del negozio) v. anche volontà (nel negozio giuridico), 147 (3.1)
- intercedere, intercessio* 13 (3.6), 19 (3)
- interdictio prodigi* v. pure interdizione e inabilitazione, 82 (3)
- interdictum* 45 (2), 46 (7.2)
 - *de arboribus caedendis* 84 (4.4)
 - *de cloacis* 96 (5.1)
 - *de exhibenda ac ducenda uxore* 58 (2)
 - *de fonte* 96 (5.1)

- *de glande legenda* 84 (4.5)
- *de itinere actuque reficiendo* 96 (5.1)
- *de loco publico fruendo* 99 (2.2)
- *de migrando* 101 (3.2)
- *demolitorium* 87 (7)
- *de rivis* 96 (5.1)
- *de superficiebus* 99 (2.3)
- *de vi* 73 (3.2)
- — *armata* 73 (3.2)
- *fraudatorium* 144 (3.1)
- in materia di servitù di fatto 96 (5)
- *possessorium* 73 (3)
- *quod vi aut clam* 87 (8)
- *quorum bonorum* 67 (6.2)
- *recuperandae possessionis* v. pure spoglio del possesso, 73 (3.2)
- *retinendae possessionis* v. pure manutenzione del possesso, 73 (3.1)
- *Salvianum* 101 (3.2)
- *uti possidetis* 73 (3.1)
- *utrubi* 73 (3.1)
- interdipendenza (delle prestazioni: genetica e funzionale) 150 (2.4)
- interdizione v. pure *interdictio prodigis*, 55 (6.1), 83 (6)
- interesse subiettivo (pubblico o privato) 6 s., 35 (1)
- interpellatio* 144 (2.1)
- interpolazione 28 (4)
- interpretatio (iuris)* v. pure interpretazione
- *pontificum* 11 (3)
- *prudentium* 14 (1), 16 (2), 17
- « *interpretationes* » 28 (2)
- interpretazione:
- del diritto 5
- — diretta, indiretta e presuntiva 5 (2)
- — filologica, logico-giuridica e storica 5 (3.1)
- — dichiarativa, estensiva e restrittiva 5 (3.2)
- — comune e qualificata 5 (4)
- del negozio giuridico 147 (3)
- — *in concreto* o *in abstracto* v. subiettiva e obbiettiva
- — obbiettiva 147 (3.2; 4.1)
- — subiettiva 147 (3.1; 4.1)
- — tipica o individuale v. obbiettiva e subiettiva
- interrex* 9 (2.1)
- interrogatio in iure* 66 (3.2)
- interversione del possesso 76 (2)
- invalidazione del negozio giuridico v. invalidità sopravvenuta
- invalidità del negozio giuridico v. anche *sub* validità
- definitiva o provvisoria 148 (3.3)
- iniziale o sopravvenuta 148 (3.2)
- *ipso iure* o *ope magistratus* 148 (3.4)
- totale o parziale 148 (3.1)
- invecta et inlata* 101 (3.2)
- inventio* 85 (8.3)
- invenzione:
- (del tesoro) v. *inventio*
- (industriale) v. brevetti per invenzioni industriali
- ipoteca v. pure *hypotheca*, 102 (9)
- giudiziale 47 (3.3), 102 (9.2)
- legale 102 (9.2)
- volontaria 102 (9.2)
- Irnerio 34 (2)
- iscrizione v. pubblicità
- a ruolo 47 (3)
- ispezione di persone o di cose 47 (4.1)
- istituzione v. fondazione
- istruzione probatoria 46 (4.1), 47 (3.2)
- iter* v. *servitus itineris*
- *ad sepulchrum* 91 (3)
- iudex* 41 (2.1)
- iudicia*:
- *arbitraria, bonae fidei e stricta* 42 (5)
- *legitima e imperio continentia* 42 (6)
- iudicium* 15 (2), 16 (2), 42 (1.1) 44 (3-6)
- iudicium*:
- *curationis* v. *actio utilis curationis causa*
- *de moribus* 59 (4.2)
- Iuppiter Farreus* 79 (3.1)
- iura* 25 (4), 31 (1), 32 (4), 37 (4)
- iura in re aliena* 93 ss.
- *praediorum* v. *servitus*
- iuris dictio* v. pure giurisdizione, 11 (1), 13 (3.4-5), 15 s., 27 (3), 40 (5)
- iuris prudentes* 17 (1), 25 (4), 27 (6) [v. l'indice dei giuristi e delle loro opere principali a p. 21 ss.]
- ius* v. pure ordinamento giuridico, 9 (4)

- *aequum* v. *pure aequitas*, 37 (2)
- *civile* 14, 21 (1), 36, 37 (1)
- — *novum* 15
- — *vetus* 14, 26
- *commune* 37 (4)
- *ex scripto e ex non scripto* 37 (3)
- *gentilicium* 9 (4)
- *gentium* 36
- *honorarium* 16, 21 (1), 37 (1)
- *legitimum vetus* 11
- *militare* 37 (5)
- *naturale* 36 (3)
- *novum* (o *extraordinarium*) 20, 26, 37 (1)
- *praetorium* v. anche *ius honorarium*, 16 (3.1)
- *privatum* 21 (1), 35, 40 (7)
- *publicum* 14, 21 (1), 35 (2)
- *Quiritium* 9, 48 (2)
- *singulare* v. anche *privilegium*, 37 (4)
- *strictum* 37 (2)
- *vetus* 20
- ius*:
 - *adcrendi* 67 (4), 106 (2)
 - *anuli aurei* 88 (3.2)
 - *distrabendi* 101 (6.2)
 - *eligendi* 111 (4)
 - *emphyteuticarium* 100 (3.2-4)
 - *exponendi* 77 (2.4)
 - *in agro vectigali* 100 (2; 3.4)
 - *liberorum* 57 (4. 1-2)
 - *noxae dandi* 77 (2.2), 137 (2)
 - *offerendi* 101 (5.1)
 - *patronatus* v. *patronatus*
 - *perpetuum* 100 (3.2)
 - *possidendi* 101 (6.1)
 - *postliminii* v. *postliminium*
 - *prohibendi* 104 (4.2-3), 105 (1.2)
 - *protimiseos* 100 (4.2)
 - *publice respondendi* 21 (2)
 - *retentionis* 101 (6.1)
 - *retinendi* v. *retentio* e *ritenzione*
 - *tollendi* 87 (2.6)
 - *vendendi* 77 (2.3)
 - *vitae ac necis* 9 (4), 77 (2.1)
- iusiurandum* 131 (4)
- *calumniae* 46 (4)
- *in iure delatum* 44 (4)
- *in litem* 87 (2.3)
- iussum* (*accipiendi, debendi, credendi, solvendi*) v. *delegatio*
- iussum iudicandi* 43 (1.4), 44 (6)
- iusta causa*:
 - *obligationis* v. *causa obligationis*
 - *traditionis* v. *causa traditionis*
 - *usucapionis* v. *causa usucapionis*
- Laesio enormis* (o *ultra dimidium*) 124 (2.2)
- Latini 49 (5.3)
- latitatio* (*fraudationis causa*) 45 (7)
- Latium* 10 (1)
- laudatio auctoris* v. *denunciatio litis*
- laudemium* 100 (4.2)
- lavoro (subordinato) 130 (6)
- lectiones* 28 (4)
- lectio Senatus* 13 (4)
- legati Caesaris pro praetore* v. anche *propraetor*, 19 (4)
- legato* v. *pure legatum*, 69 (7)
- *obligatorio* v. *pure legatum per damnationem*, 136 (4.1)
- legatum* v. *pure legato*, 68 (2-3)
- *liberationis* 68 (2)
- *partitionis* 68 (2)
- *per damnationem* v. *pure legato obbligatorio*, 68 (2.1), 133 (2)
- *per praeceptionem* 68 (2.1)
- *per vindicationem* 68 (2.1)
- — *servitutis* 95 (1.4)
- — *usufructus* 97 (5)
- *sinendi modo* 68 (2.1), 133 (3)
- leges* v. *pure legge*, 26, 31 (1), 32 (1-2)
- *centuriatae* 14 (2)
- *generales* 26 (2.1)
- *imperfectae* 150 (2.1)
- *minus quam perfectae* 150 (2.1)
- *perfectae* 150 (2.1)
- *publicae* 14 (2-3), 16 (1), 20 (1)
- — *datae* 14 (3)
- — *rogatae* 14 (3)
- *regiae* 9 (3), 11 (1)
- *sacratae* 14 (3.2)
- *speciales* 26 (2.2)
- *tributae* 14 (2)
- leges emptionis et venditionis* 125

- leges XII tabularum* 11 (2)
 legge v. anche attività legislativa e *leges*
 — costituzionale 2 (2), 4, 39 (2)
 — delegata v. decreto legislativo
 — formale 3 (3.1)
 — — (meramente) 3 (3.3)
 — ordinaria 2 (2), 39 (2.3)
 legge delle citazioni (cd.) 28 (1)
legio (deill'exercitus centuriatus) 10 (3.1)
legis actiones 11 (2), 14 (2), 16 (2), 41
 — per *condictionem* 41 (5)
 — per *iudicis postulationem* 41 (4)
 — per *manus iniunctionem* 41 (6)
 — per *pignoris capionem* 41 (1; 7)
 — per *sacramentum* 41 (3)
 legislazione v. attività legislativa e legge
legitimatio (*liberorum*) v. pure legittima-
 zione, 60 (3.1)
 legittimazione (dei figli naturali) v. pure
legitimatio, 61 (6.3)
lex:
 — *Aebutia* 16 (2), 42 (1)
 — *Aelia Sentia* 49 (5.3-4), 88 (4.1)
 — *Apuleia* 118 (2.2)
 — *Aquila de damno* 117 (4.1), 141 (2)
 — *Atilia de tutore dando* 80 (2)
 — *Atinia* 85 (9.2), 91 (5.1)
 — *Calpurnia* 41 (5)
 — *Cicereia* 118 (2.2)
 — *Cincia de donis et muneribus* 131
 (8.1)
 — *Cornelia* (del 67 a.C.) 16 (3)
 — — (dell'81 a.C.) 49 (4.2)
 — — (?) 118 (2.2)
 — *Falcidia* 68 (2.2)
 — *Fufia Caninia* 88 (4.1)
 — *Furia* 68 (2.2)
 — — *de sponsu* 118 (2.2)
 — *Hortensia* 13 (4), 14 (3)
 — *Iulia de adulteriis* 57 (3.5), 58 (2.1),
 60 (2)
 — — *de collegiis* 51 (2.2)
 — — *de maritandis ordinibus* 57 (3.2;
 4), 64 (4.1)
 — — *de vi* 91 (5.1)
 — — *et Papia* 51 (3.2), 59 (2.1)
 — — *et Titia* 80 (2.3)
 — — *iudiciorum* 16 (2), 41 (1), 42
 (1; 6)
 — *Iunia Norbana* 49 (5.3), 88 (4.3)
 — *Licinia* 41 (4)
 — *Papia Poppaea nuptialis* 57 (4)
 — *Plaetoria de circumscriptione adule-*
scantium 82 (6)
 — *Plautia de vi* 85 (9.2), 91 (5.1)
 — *Poetelia Papiria* 44 (9.2), 79 (2)
 — *Publilia de sponsu* 118 (2.2)
 — *Rhodia de iactu* 127 (4)
 — *Romana Burgundionum* 30 (4)
 — *Romana Wisigothorum* 30 (5)
 — *Scribonia* 95 (1.8)
 — *Silia* 41 (5)
 — *Vallia* 41 (6.1)
 — *Voconia* 68 (2.2)
lex:
 — *commissaria* (nel *pignus*) 101 (6.1)
 — — (nell'*emptio venditio*) 125 (3)
 — *emptionis et venditionis* v. *leges*
emptionis et venditionis
 — *venditionis* (nella procedura della *bo-*
norum venditio) 45 (7)
libellus:
 — (richiesta di parere) 20 (4.3), 26 (2.2)
 — *conventionis e contradictionis* v. pure
 citazione e comparsa di risposta, 46
 (3.2)
 — *principi oblatus* 46 (7.1)
 — *repudii* 57 (5.2)
 liberalità v. *sub* donazione
liber in causa mancipii 71 (1.2), 79 (2)
Liber syro-romanus iuris 31 (9)
 libertà 49 (4), 70 (2)
libertinus v. *libertus*
libertus 49 (4.1), 88 (3)
libri:
 — *Basilicorum* v. *Basilica*
 — *singulares* 21 (3.3)
 — « *terribiles* » (cd.) 32 (4.1)
libripens 86 (2)
lictors 13 (2)
limes 84 (4.2)
 limitazioni al diritto di proprietà 91 (2),
 92 (2)
 — di interesse privato 92 (2.2)

- — pubblico 92 (2.1)
- lis* 41 (3.1)
- litem suam facere* 142 (6)
- litis*:
 - *aestimatio* 85 (7.2), 87 (2.3)
 - *contestatio* 41 (2), 42 (1.1), 43 (3.5), 44 (6), 46 (4)
 - *denuntiatio* (*evocatio*) 46 (3.1)
 - — (chiamata in garanzia) v. *denuntiatio litis*
- litterae dimissoriae* 46 (5)
- littera Florentina e Pisana* 34 (2)
- locatio conductio* v. pure locazione, 126 s.
 - irregolare 127
 - *operarum* v. pure contratto d'opera e lavoro, 126 (1.2), 127 (2)
 - *operis* v. pure appalto, 126 (1.2), 127 (3)
 - *perpetua* 126 (2.3)
 - *rei* 126 (1.2)
 - *usufructus* 97 (5.1)
- locazione v. pure *locatio conductio*, 130 (2)
- lodo 47 (10)
- longi temporis praescriptio* v. *praescriptio longi temporis*
- Luceres* 9 (1)
- luci e prospetti 91 (3), 92 (2.2)
- lucro cessante 145 (4.1)
- Maggioranza v. principio della maggioranza
- magister*:
 - *bonorum* 45 (7), 144 (3.3)
 - *navis* v. *actiones adiecticiae qualitatis*, *lex Rhodia de iactu e receptum nautarum*
- magistratura 13 (3), 19
- magistratus* v. magistratura
- Maiores* v. anche *Manes* e *mores maiorum*, 9 (4.1)
- malinteso 123 (2.1), 151 (3.4)
- mancipatio* 57 (1.1), 71 (3), 95 (1.1), 86 (2)
- mancia* v. anche *liber in causa mancipii*, 71 (1.2)
- mancipio dans* e *mancipio accipiens* 86 (2)
- mancipium* 48 (2), 71
- mandata* 20 (4.2), 26 (2.2)
- mandato v. pure *mandatum*, 130 (10)
- mandatum* v. pure *iussum accipiendi* etc.
 - c mandato, 129
- *ad custodiendum* 121 (4.1)
- *aliena gratia, mea et aliena gratia, mea gratia, mea et tua gratia, tua gratia tantum* 129 (1.2)
- *incertum* 129 (2.2)
- *pecuniae credendae* 129 (7)
- *post mortem* 129 (6.1)
- *rei turpis* 129 (2.2)
- Manes* 9 (4.1)
- manualia* 21 (3.4)
- manumissio* 79 (2.1), 88
 - *censu* 88 (2.2)
 - *ex fideicommisso* 88 (3)
 - *in ecclesia* 88 (4.4)
 - *inter amicos* 88 (4)
 - *iusta ac legitima* 88 (2)
 - *per epistulam* 88 (4)
 - *per mensam* 88 (4.4)
 - *testamento* 88 (2.3)
 - *vindicta* 88 (2.1)
- manus* v. *potestas* e *mancipium*
 - *infectio* 41 (6), 44 (1), 118 (2.2), 141 (2.1)
 - *maritalis* 71 (4.3), 79 (3)
- manutenzione del possesso (azione di) v. pure *interdictum retinendae possessionis*, 73 (3), 76 (5.2)
- matrimonio v. pure *matrimonium*, 61 (2.5)
 - putativo 61 (3.4)
- matrimonium* v. pure matrimonio, 57
 - *cum manu* 57 (1.2)
 - *iustum* 57 (2)
 - — *ac legitimum* 57 (4)
 - *sine manu* 57 (1.3)
- membrum ruptum* 140 (2)
- mercennarius* 126 (1.2)
- merces* 126 (2.2)
- merx* 124 (2.1)
- metodo di esposizione (« storico-sistematico » o « sistematico-storico »): in « premessa » 8
- metus* v. pure violenza morale, 142 (3)
- mezzadria 130 (9.1)
- miniare 91 (3)
- minima unità culturale 92 (2.1)

- missio in possessionem* 44 (9.2), 45 (5)
 — *ex secundo decreto* 87 (6)
 — *in bona* 44 (3.1; 5), 45 (5), 46 (6.1)
 144 (3.3)
 — *in rem* 45 (5), 46 (6.1)
modus 152 (2)
modus legis Cinciae 131 (8.1)
 monarchia (periodo della) 8 (2), 10 (3.1)
monstrum (vel *prodigium*) 49 (2)
mora:
 — *accipiendi* 112 (9), 114 (4.3)
 — *ex persona* o *ex re* 144 (2.1), 145 (4)
 — *solvendi* 144 (2), 145 (4)
mores maiorum 9 (3.4), 14 (1), 37 (3)
more uxorio v. unione *more uxorio*
moris litis 44 (7)
 morte presunta 55 (2.1)
 « *mos gallicus* » e « *mos italicus* » 34 (4)
 motivi (dell'autore del negozio giuridico)
 150 (1.1)
Muciani 17 (3.2)
municipium 51 (2.1)
munus 25 (3.2), 80 (2.3)
 mutuo v. pure *mutuum*, 122 (6.1)
mutuum v. pure mutuo, 120 (4; 7)
- ✓ *Nascita* 49 (3), 55 (2.1)
 nascituro:
 — concepito v. concepito
 — non concepito 55 (2.1)
 nazionalità romana v. pure cittadinanza
 romana, 13 (1)
nefas 9
negotiorum gestio v. pure gestione di ne-
 gozio, 134
 negozio giuridico 7 (3), 146 ss.
 — a causa plurima 150 (3.2)
 — astratto 149 (1.2; 2.3)
 — — tipizzato 150 (3.1)
 — a titolo gratuito e a titolo oneroso
 150 (2.3)
 — bilaterale v. bilateralità
 — convenzionale v. plurilaterale
 — formale 149 (1.2)
 — illecito 150 (2.1-2)
 — in frode alla legge v. illiceità indiretta
 — obbligatorio v. obligatorietà
 — tipico 150 (3.1)
- reale v. *sub* obligatorietà
 — unilaterale e plurilaterale 147 (2), 150
 (2.4)
neminem laedere v. *sub* *damnum iniuria*
datum
 nesso di causalità 145 (3.2)
nexum 108 (3.1)
nexus 79 (2), 108 (3.1)
nomen bonum e *nomen verum* 113 (11.1)
nomen transscripticum 113 (9.1), 119 (2;
 3)
non usus:
 — *servitutis* 95 (2.3)
 — *usufructus* 97 (6)
 norma giuridica 3 (3)
 — corporativa 39 (5)
 — di condotta 3 (3.2)
 — di qualificazione 3 (3.2), 6
 — direttiva 1 (4), 3 (3.2), 6 (2.2)
 — sanzionatoria (o di tutela) 1 (4), 3
 (3.2), 6 (2.1)
 nossalità 137 (2)
nota censoria 50 (3), 77 (2.1)
novatio v. pure novazione, 113 (9)
 novazione v. pure *novatio*, 114 (6)
novellae Constitutiones 32 (7)
novellae post-teodosiane 29 (5)
nox v. *delictum*
noxae deditio v. anche *ius noxae dandi*,
 137 (2)
 nudo proprietario (cd.) 97 (1)
nudus consensus v. anche *contractus* e vo-
 lontà nel negozio giuridico, 123 (2.2)
 nullità del negozio giuridico 148 (3.4)
nunciatio operis novi v. *operis novi nun-*
ciatio
nuncius 153 (1.1-2)
numina 9 (3)
nuptiae v. *matrimonium*
- Obbligato 108 (2), 110
 obligatorietà (mera) 123 (2.3), 124 (1.2)
 obbligazione v. pure *obligationes*, 108 (2),
 114
 — accessoria 114 (3.9)
 — alternativa 111 (4), 114 (3.3)
 — ambulatoria 110 (5)
 — a soggetti indeterminati v. obbligazione
 ambulatoria

- correaie v. obbligazione solidale
- *cum facultate alternativa* III (4.2), II4 (3.4)
- cumulativa IIO (3)
- divisibile e indivisibile III (3.1), II4 (3.6)
- generica III (3.2), II4 (3.1)
- facoltativa v. obbligazione *cum facultate alternativa*
- naturale v. pure *obligationes naturales*, II4 (2.1)
- negativa II4 (3.7)
- parziaria IIO (2)
- pecuniaria II4 (3.2)
- periodica II4 (3.8)
- *propter rem* v. onere reale
- reale II4 (3.10)
- solidale IIO (4), II4 (3.5)
- solidalmente cumulativa v. obbligazione cumulativa
- obbligo v. anche dovere giuridico, 6 (2.2)
- alimentare v. alimenti
- obligationes* v. pure obbligazione, IO8 (5), IO8 ss.
- *contractae* IO8 (5.1; 8.1), IO9 (2), II5 ss.
- — *consensu* v. *obligationes ex contractu*
- — *litteris* II9, I22 (4)
- — *re* (in senso improprio) I21
- — — (in senso proprio) I20, I22 (6)
- — *verbis* II5 ss., I22 (2; 3)
- da atto lecito IO9 (4)
- *ex contractu* IO8 (6; 8.1; 9), IO9 (3), I23 ss.
- *ex delicto* IO8 (5.1; 8.1; 9), IO9 (5), I37 ss.
- *ex maleficio* v. *obligationes ex delicto*
- *ex pacto* v. *sub pacto*
- *ex variis causarum figuris* IO8 (8), I33
- *naturales* v. pure obbligazione naturale, IO9 (6)
- non *contractae* I31 ss.
- *quasi ex contractu* IO8 (9), I33
- *quasi ex maleficio* IO8 (9), I42
- obligatus* v. obbligato
- obsequium* 88 (3.1)
- occupatio* v. pure occupazione, 85 (8)
- *bellica* 36 (2)
- occupazione v. pure *occupatio*, 92 (3.1)
- occupazione temporanea 92 (2.1)
- officium pietatis* 65 (4)
- oggetto giuridico v. anche qualificazioni giuridiche regolari e *res*, 6 (1.2), 53 (1), 55 (7)
- onere 6 (3.2)
- della prova 44 (7.1), 47 (3.2)
- reale IIO (5.1), II4 (3.10)
- operae*:
 - *animalium* 98 (6.1)
 - *servorum* 98 (6)
- operae liberales* I27 (2)
- operis novi nunciatio* v. pure denuncia di nuova opera, 87 (7)
- opiniones* 28 (4)
- opposizione di terzo 47 (7)
- optio tutoris* v. *tutoris optio*
- oratio principis* (in *senatu habita*) 20 (3), 26 (2.1)
- orbi* 57 (4.1)
- ordinamento:
 - giuridico v. anche diritto (obbiettivo) e *ius*, I (1), 3
 - politico (o statale) I (4), 3
 - sociale I (1; 3), 3 (5)
- ordine giuridico 7
- ordo equester* 19 (2)
- organizzazione sociale I (3)
- os fractum* I40 (2)
- Pacta* v. anche *pactio et stipulatio*, *pactum* e *contractus*, I23 (1), I31
- *adiecta* (ex *intervallo* o *in continenti*) 42 (5.2), I23 (2.5), I31 (1.1)
- *legitima* e *praetoria* IO9 (4), I31 (1.1-2)
- *nuda* I31 (1.2)
- pactio et stipulatio* v. anche *pacta*, 95 (1.6), 97 (5), I16 (5)
- pactum*:
 - *de distrabendo pignore* IOI (6.2)
 - *degustationis* I25 (5.1)
 - *de non petendo* I13 (7)
 - — *in rem* o *in personam* I13 (7.1)

- *de non praestanda evictione* 124 (5.1)
- *de retroemendo* v. pure compravendita con patto di riscatto, 125 (4)
- *de retrovendendo* 125 (4)
- *displicentiae* 125 (5)
- *iurisiurandi* v. *iusiurandum*
- *donationis* v. *sub donatio*
- *dotis* 59 (2.2)
- *fiduciae* v. *fiducia*
- *quo minus salvatur* 112 (7.2)
- pagamento v. adempimento
- d'indebito v. pure *indebiti solutio*, 136 (4.4)
- Pandettistica 34 (5), 38 (3), 146
- paraferna* 59 (7)
- parafrase 28 (4)
- παραγραφαί* 33 (1)
- παραγραφή* 90 (3)
- παράτυλα* 32 (4), 33 (1)
- parentela v. pure *cognatio*, 61
- pars dominii* (o *rei*) v. *ususfructus*
- pars quota* 105 (2)
- parte (nel processo) 44 (2)
- passaggio attraverso fondi v. pure *servitus actus, itineris, viae*, 91 (3), 102 (6.2)
- passo necessario v. passaggio attraverso fondi
- pater familias* 9 (1.1), 14 (1), 49 (6), 56 (1), 71 (1.1), 77
- patientia* v. *traditio servitutis*
- patria potestà v. pure *patria potestas*, 55 (6.2), 83 (2)
- patria potestas* v. pure patria potestà, 71 (4.1), 77, 78
- patricii* 8 (2), 10 s.
- patrimonio 53 (1)
- familiare 61 (7.1)
- patrimonium principis* 25 (3.1)
- patronatus* 88 (3)
- patronus* v. *sub patronatus*
- patto v. *pacta* e contratto
- di riscatto v. compravendita con patto di riscatto
- Pauli Sententiae* 31 (3)
- pauperies* 137 (2.2)
- peculium* 77 (3)
- *servile* 109 (6.2)
- pecunia* v. anche *res nec Mancipi*, 71 (2)
- *traiecticia* v. *foenus nauticum*
- pecuniarietà della condanna (principio della) 42 (4.1), 46 (2)
- pedites* 13 (2.1)
- pegno v. pure *pignus*, 102 (8)
- irregolare 102 (8.1)
- pensio* v. anche *solarium*, 99 (2.2)
- peregrini* 12 (3), 15, 36 (1), 49 (5.3-4)
- periculum rei venditae* 124 (2.3)
- permuta v. *permutatio*
- permutatio* 124 (2.2), 132 (3)
- perpetuatio obligationis* 144 (2.2)
- persona* 49 (1.1), 55 (4)
- *sui iuris* o *alieni iuris* 49 (6)
- persona:
 - fisica 55 (4)
 - giuridica v. anche soggetto giuridico impersonale ed ente, 55 (4.1)
- pertinenza v. pure *instrumentum fundi e tabernae*, 54 (3.1)
- petitio hereditatis* v. *hereditatis petitio*
- petizione di eredità v. pure *hereditatis petitio*, 69 (6)
- piae causae* 51 (3.1)
- pictura* 85 (5.8)
- pignoramento 47 (8.3)
- pignus* v. pure pegno, *datio pignoris e conventio pignoris*, 41 (7), 101, 121 (2)
- generale 101 (7.2)
- giudiziale 101 (7.1)
- *Gordianum* 101 (6.1)
- *in causa indicati captum* 46 (6.1), 101 (7.1)
- legale 101 (7.2)
- *nominis, pignoris, rei* 101 (4)
- *publicum* 101 (5.2)
- *quasi publicum* 101 (5.2)
- speciale 101 (7.2)
- volontario 101 (7)
- piscatio* 85 (8.1)
- plebei* v. anche *plebs*, 10 (1.1)
- plebiscitum* 13 (2.2; 4), 14 (2; 3)
- plebs* v. pure *plebei*, 10 s., 41 (1)
- poena*:
 - (ammenda pecuniaria) 42 (4.2)
 - (penale) v. *stipulatio poenae*
- pollicitatio* 133 (4)

- pontifices* 11 (3)
 popolazione v. popolo
 popolo 2 (3; 6)
Populus Romanus 12, 51 (2)
positum et suspensum 142 (5)
 possesso v. pure possesso, 72 ss.
 — *ad interdicta* 73
 — *ad usucapionem* 72 (3.1)
 — *civilis* v. *ad usucapionem*
 — dei fondi provinciali v. *possessio vel ususfructus*
 — *ficta* 87 (2.2)
 — *iuris* 75
 — *naturalis* v. pure detenzione, 72 (3.2)
 — *pro alieno* 73 (2.2)
 — *pro suo* 73 (2.1)
 — *quasi* v. *quasi possesso*
 — *vacua* v. *habere licere*
possessio bonorum v. *bonorum possessio*
possessio vel ususfructus dei fondi provinciali 90
 possesso v. pure *possessio*, 76
 — *ad usucapionem* 76 (4.1)
 — di buona fede 76 (4.2)
 — — di beni mobili 92 (3.5)
 — di stato 75 (3)
 — legittimo v. possesso *ad usucapionem*
postliminium 49 (4.2)
postumi 63 (7; 9)
 potere:
 — amministrativo v. anche attività amministrativa, 3 (3.1)
 — giuridico subiettivo v. diritto soggettivo
 — giurisdizionale v. anche giurisdizione, 3 (3.1)
 — legislativo v. anche attività legislativa, 3 (3.1)
 — pubblico 2 (5.1)
 potestà v. anche potere pubblico
 — familiare 83
 — maritale 83 (1)
 — patria v. patria potestà
potestas v. anche *manus*, 9 (1.1)
 — *dominica sui servi* v. *dominica potestas sui servi*
 — *patria* v. *patria potestas*
 — *sui liberi in causa mancipii* 71 (4.2), 79 (2)
 — *tribunicia* v. *tribunicia potestas*
praeiudicia 43 (2.3)
praedes v. anche *praediatura*
 — *litis et vindictiarum* 41 (3.1; 6)
 — *sacramenti* 41 (3.2)
praediatura v. anche *praedes*, 115 (6)
praefectus urbi 46 (7), 80 (2.3)
praeiudicium ex lege Cicereia 118 (2.2)
praerogativa temporis 95 (1.8)
praescriptio
 — (indicazione del *Codex I*) 32 (6)
 — (parte della *formula*) 43 (3.4)
 — (parte del testo della *lex rogata* e del *Sc.*) 14 (3.1), 20 (2)
praescriptio longi temporis
 — (causa di estinzione delle obbligazioni) 113 (8)
 — (modo di acquisto di diritti reali) 90 (3), 91 (5)
 — — *inter praesentes e inter absentes* 91 (5.5)
 — — *longissimi temporis* 91 (6)
 — — *servitutis* 95 (1.8)
 — — *ususfructus* 97 (5)
praesides provinciarum 16 (1), 46 (7)
praesumptio Muciana 58 (2.4)
praesumptiones v. pure presunzioni, 46 (4.1)
 — *iuris et de iure* o *iuris tantum* v. presunzioni legali o semplici
praeteritio (degli *heredes sui* e degli altri *liberi*) 65 (2.3)
praetor 10 (3.1; 4), 13 (3.4), 17 (1), 25 (2), 40 (5)
 — *fideicommissarius* 20 (4.2)
 — *peregrinus* 15 s., 36 (2)
 — *tutelar* v. pure giudice tutelare, 80 (2.3), 82 (3)
 — *urbanus* 15 (3), 16, 20 (1)
pragmatica sanctio 26 (2.2)
precarium 132 (7)
 precetto 47 (8.2)
precipitatio a saxo 138 (2.1)
 preclusione processuale 44 (10)
 preposizione procuratoria 153 (2.3)

- prescrizione v. *praescriptio longi temporis*
 prestazione 53 (6.2), 108 (1), 111
 — in luogo dell'adempimento v. *datio in solutum*
 prestito:
 — a cambio marittimo (o «a tutto rischio») v. *foenus nauticum*
 — ad uso v. comodato
 — di consumo v. mutuo
 presunzioni v. pure *praesumptiones*, 47 (4.7)
 — legali o semplici 47 (4.7)
 presupposti del negozio giuridico 147 (1.1), 148 (1.1-2)
 pretesa v. anche diritto soggettivo, 6 (2.1)
pretium 124 (2.2)
 pretore 47 (2.2)
princeps v. anche *principatus*, 19 (3), 20 (4), 25 (3), 26 (1), 46 (1)
principatus 19
 principi generali (del diritto) 5 (2.2)
 principio della maggioranza 105 (2.2), 107 (2.3)
 privilegio 102 (7.1)
privilegium v. anche *ius singulare* e *beneficium*, 26 (2.2), 37 (5)
 procedimento 40 (4.2)
 — speciale 46 (7), 47 (9)
 procedura 40 (4.1)
 procedura formulare v. anche *formula*, 16 (2), 42 ss.
 processo giurisdizionale 40 (2)
 — cautelare 40 (3.3), 47 (9)
 — di cognizione (o di accertamento) 40 (3.1), 44 (1), 46 (3), 47 (3.7)
 — di esecuzione v. anche esecuzione della sentenza del giudice, 40 (3.2)
 — civile italiano 47
 — extra ordinem v. *cognitio extra ordinem*
 — per *formulas* v. procedura formulare
 — per *legis actiones* v. *legis actiones*
proconsul 13 (3.8), 19 (4), 20 (4.2)
 Proculiani 22 (1)
 procura v. preposizione procuratoria
procuratio v. preposizione procuratoria
 — in *rem suam* 113 (11-12)
procurator 44 (2.2), 134 (4.1)
 — in *rem suam* v. *procuratio in rem suam*
 — *omnium bonorum* 153 (4.2)
 — *unius negotiationis* 153 (4.2)
pro herede gestio 66 (3.1)
prohibitio domini 134 (3)
proletarii v. anche *capite censi*, 13 (2.1)
 promessa di matrimonio v. pure *ponsalicia*, 61 (8)
 promesse unilaterali 136 (4.3)
 promissio:
 — *dotis* v. *dotis promissio*
 — *iurata liberti* 115 (4)
promissor 116 (1)
pronuntiatio 42 (5.3)
propraetor 13 (3.8), 19 (4)
 proprietà v. pure *dominium*, 92
 — commerciale, intellettuale, industriale, scientifica 92 (5)
 — comune (nel condominio di edifici) 107 (3)
 — del soprasuolo 99 (3), 102 (2)
 — plurima integrale (cd.) 105 (2)
 — pretoria v. *in bonis habere*
 — provinciale v. *possessio vel ususfructus* dei fondi provinciali
 — unica integrale (cd.) 105 (1.1)
proprietas v. *sub dominium*
prorogatio imperii 13 (3.8)
 protutore 83 (6.1)
 prospetti v. luci e prospetti
 prova 47 (4)
provincia 19 (3.4)
 — *Caesaris* 19 (4)
 — *senatoria* 19 (4)
 provvedimento:
 — amministrativo 7 (3.1)
 — avente valore di legge 3 (3), 5 (4.1), 7 (3.1)
 — di governo 4 (3), 7 (3.1)
 — sanzionatorio 5 (4.1), 7 (3.1)
 pubblicazioni matrimoniali 61 (2.2)
 pubblicità:
 — di fatto 92 (3.5)
 — immobiliare 92 (3.5)
 — nel regime delle società 130 (8)
 pubertà 52 (2.2)

- publicamus* v. anche *societas publicanorum*, 41 (7), 128 (6), 142 (10)
purgatio morae 144 (2.3)
- Quaestio lance licioque* 138 (2.3; 3; 3.1)
 « *Quaestiones* » 21 (3.1)
quaestores 13 (3.7), 25 (2)
 qualificazioni giuridiche 6 (1.1)
 — oggettive regolari 53
 — soggettive regolari 49
- quarta*:
 — *Falcidia* 68 (2.2)
 — *Pegassiana* 68 (4)
- quasi*:
 — *possessio* 75
 — *traditio* v. *traditio servitutis* e *traditio usufructus*
 — *usufructus* v. pure *quasi usufructus*, 98 (2)
quasi usufructus v. pure *quasi usufructus*, 102 (5)
- querela*:
 — *inofficiosi testamenti* 65 (4)
 — *inofficiosae donationis* 65 (4.3)
 — *inofficiosae dotis* 65 (4.3)
 — *non numeratae pecuniae* 116 (3.1)
quietanza v. pure *apochae*, 114 (4.2)
 « *Quinquaginta decisiones* » 32 (3)
- Quirites* v. *patricii*
Quiritium ius v. *ius Quiritium*
- quota*:
 — di riserva (o legittima) 65 (4.1), 69 (4)
 — disponibile 69 (4)
- Ramnes* 9 (1)
- rapina* 139
- rapporti di buon vicinato v. limitazioni al diritto di proprietà (di interesse privato)
- rapporto giuridico 6, 48, 55
 — assoluto 6 (4.1), 53 (6.1), 70 ss.
 — — in senso improprio 70 (4; 6), 93 ss.
 — in senso proprio 70 (3; 5), 71 ss.
 — obbligatorio v. obbligazione
 — pubblico e privato 35 (1)
 — relativo 6 (4.2), 53 (6.2), 108 ss.
 — — di debito 6 (5.1), 108 (1.1)
 — — di responsabilità 6 (5.1), 108 (1.1)
- — — ad esecuzione libera o coatta 6 (5.2)
 — — — primaria 137 ss., 145 (2.2-3)
 — — — secondaria 143 ss., 145 (2.1; 4)
- rappresentanza 153 (2)
 — spontanea v. *negotiorum gestio*
- rappresentazione (cd.) 69 (5)
ratifica v. pure *ratihabitio*, 148 (3.5)
ratihabitio v. pure *ratifica*, 113 (10)
ratio iuris (cd.) 5 (3.1)
raudusculum 86 (2)
- reato v. pure *crimen* e *delictum*, 145 (1)
- receptum*:
 — *orbitrii* v. pure contratto di arbitrato, 131 (5)
 — *argentarii* v. pure deposito irregolare, 131 (7)
 — *nautarum, cauponum stabulariorumque* v. pure deposito in albergo, 131 (6), 143 (3.1)
- recesso dalla società v. *renuntiatio*
- recipero* 15 (2), 42 (6)
- recuperatores* v. *recipero*
- redemptio ab hostibus* 50 (7), 79 (2)
- « *referendum* » popolare 39 (3)
- regime delle acque v. pure *servitus aquaeductus* e *servitus aquae haustus*, 91 (3), 92 (2.2)
- registrazione v. pubblicità
- regolamento:
 — (atto normativo) 39 (4)
 — della comunione 107 (2.3)
 — del condominio 107 (3.3)
- regresso 110 (4.4), 114 (3.5)
- regula Catoniana* 68 (3)
- « *regulae* » 21 (3.4), 28 (4)
- reintegrazione (azione di) 76 (5.1)
- reintegrazione del negozio giuridico 148 (3.1)
- rei vindicatio* v. pure rivendicazione, 87 (2)
- *incertae partis* 85 (4)
 — *partiarum* 106 (5)
 — *utilis* 90 (2), 135 (4.1)
- relatio* 20 (2)
- religione 50 (4)
- remissio*

- (*debiti*) v. pure remissione del debito, 113 (2.1)
- (decreto di prosecuzione dell'opera) 87 (7)
- (rinuncia ad un diritto su cosa altrui):
 - — *pignoris* 101 (8)
 - — *servitutis* 95 (2.2)
 - — *usufructus* 97 (6)
- remissione del debito v. pure *remissio (debiti)*, 114 (6)
- rem utendam dare* v. *commodatum*
- renovatio tacita* 126 (2.3)
- renuntiatio*:
 - (del *mandatarius*) 129 (2.1)
 - (recesso del socio) 128 (5)
- repetitio dotis* 59 (4.2)
- replicatio* 43 (3.5)
- repromissio* 45 (4)
- repubblica (periodo della) 8, 10, 12 ss.
- repudiatio hereditatis* v. pure rinuncia all'eredità, 66 (3. 2)
- repudium* v. *sub divortium*
- requisizione 92 (2.1)
- res* v. anche oggetto giuridico, bene, 53 s.
 - *communis omnium* 53 (3)
 - consumabile o inconsumabile 54 (5)
 - *derelecta* 85 (8.2)
 - *divini iuris (sacra, religiosa, sancta)* 53 (4.1)
 - divisibile o indivisibile 54 (3)
 - fungibile o infungibile 54 (6)
 - fruttifera o infruttifera 54 (4)
 - *furtiva* 85 (9.2)
 - *habilis ad usucapionem* 91 (5.1)
 - *humani iuris (publica, universitatis)* 25 (3.1), 53 (4.1)
 - in commercio o *extra commercium* 53 (4.1)
 - in patrimonio 53 (4)
 - *mancipi* o *nec mancipi (non familiaris)* v. anche *pecunia*, 48 (2), 54 (8), 91 (1.1)
 - mobile o immobile 54 (7)
 - *nullius* 85 (8)
 - semplice, materialmente o economicamente composta 54 (2)
 - *vi possessa* 85 (9.2)
- res privata principis* 25 (3.1)
- res publica* v. *repubblica*
- res iudicanda* e *iudicata* 44 (6.1; 10)
- rescissione del negozio giuridico v. pure *laesio enormis*, 148 (4.1)
- rescriptum* 20 (4.3), 21 (2), 26 (2.2)
- procedimento (speciale) *per rescriptum* 46 (7.1)
- respondere* v. anche *ius publice respondendi*, 17 (2)
- responsa*:
 - giurisprudenziali (o *prudentium*) 14 (1), 17 (2), 21 (2), 37 (3), 44 (2)
 - *pontificum* v. *interpretatio pontificum*
- responsabilità v. rapporto di responsabilità
 - amministrativa 145 (1)
 - civile v. danno ingiusto
 - contrattuale v. rapporto di responsabilità secondaria
 - diretta o indiretta 145 (3.5)
 - extracontrattuale v. rapporto di responsabilità primaria
 - oggettiva 143 (1.1; 4.4), 145 (3.5; 4.1)
 - penale 145 (1.1)
 - per evizione v. evizione
 - per vizi occulti v. vizi occulti
- restitutio in integrum* v. *in integrum restitutio*
- restitutio natalium* 88 (3.2)
- retentio*:
 - *dotis* 59 (4; 5.1)
 - *soluti* v. *soluti retentio*
- reus* v. convenuto e obbligato
- *promittendi* v. *promissor*
- *stipulandi* v. *stipulans*
- revocatio* (del *mandator*) 129 (2.1)
- revocatoria v. azione revocatoria ed *actio Pauliana*
 - fallimentare 145 (6.2)
- revocazione del negozio giuridico 148 (4.1)
- revocazione (mezzo straordinario di impugnazione) 47 (7)
- rex* 9 (2), 10 (3), 12 (2.1)
- *sacrificulus* (o *sacrorum*) 10 (3.1)
- riduzione tacita v. *renovatio tacita*
- riduzione del negozio giuridico 148 (3.1; 4.1)

- rinnovazione del negozio giuridico v. conferma del negozio giuridico
 rinuncia v. anche remissione
 — all'eredità v. pure *repudiatio hereditatis*, 69 (5)
 risarcimento del danno v. anche danno ingiusto, 145 (4)
 riscatto v. compravendita con patto di riscatto e *pactum de retroemendo*
 risoluzione del negozio giuridico 148 (4.1)
 riserva mentale 151 (3.5)
 ritenzione (diritto di) 92 (4.1)
 rivalsa 110 (4.4), 114 (3.5)
 rivendicazione (azione di) v. pure *rei vindicatio*, 92 (4.1)
rogatio 14 (3)
rogatio fideicommissaria v. *fideicommissum*
Roma v. fondazione di Roma e *urbs*
- Sabini 9 (1)
 Sabiniani 22 (1)
sacramentum 41 (3)
 Sacro Romano Impero 34 (2)
saltus hiberni et aestivi 74 (5.1)
 Salvio Giuliano 20 (1), 23 (1)
 sanatoria (dei vizi) del negozio giuridico 148 (3.5)
sanctio 14 (3.2)
 sanzione (costrittiva) 1 (4.1)
satio 85 (5.1)
satisfactio v. anche *cautio*, 45 (4)
 — *iudicatum solvi* 87 (2.4)
 — *pro praede litis et vindictarum* 87 (2.4)
Scholia Sinaitica 31 (6)
scientia fraudis 144 (3.2)
 scienza del diritto: in « premessa » 4
 sconto 136 (2.1)
scrinia (a memoria, ab epistulis, a libellis) 20 (4.3), 26 (2.2)
scriptura 85 (5.7)
 — (documento scritto) v. pure scrittura privata, 91 (4.4)
 scrittura privata v. pure *instrumentum*, 47 (4.3), 149 (2.1)
 Scuola:
 — « *culta* » 34 (4)
 — del « diritto naturale » 34 (4)
 — « storica » tedesca 34 (5)
senator v. *Senatus*
Senatus 9 (2), 10 (4), 13 (4), 19 (2), 25 (2)
 — *sententia* v. *sententia senatus* e *senatus consultum*
senatus consultum 13 (4), 20 (2), 25 (4)
 — *Iuventianum* 67 (6.1)
 — *Macedonianum* 109 (6.4), 120 (4.3)
 — *Neronianum* 68 (2.1), 148 (3.1)
 — *Orfitianum* 64 (4.3)
 — *Pegasianum* 68 (4)
 — *Tertullianum* 64 (4.2)
 — *Trebellianum* 68 (4)
 — *Velleianum* 50 (6), 113 (9.3)
senes v. *sub senatus*
 sensibilità giuridica: in « premessa » 3
sententia:
 — (dell'*iudex* o *arbitr*) v. pure sentenza, 41 (2), 42 (1.1), 44 (8)
 — (del magistrato imperiale) v. pure sentenza, 26 (2.2), 46 (4.2)
 — *Senatus* 20 (2)
sententiae Pauli v. *Pauli sententiae* sentenza v. pure *sententia*, 47 (3.3)
 separazione personale dei coniugi 61 (5)
 separazione dei beni (dei coniugi) 59 (1), 61 (7)
 separazione dei beni del defunto v. pure *beneficium separationis*, 69 (6)
sepulchrum violatum 142 (9)
sequester v. *sub depositum in sequestrem*
 sequestro convenzionale v. pure *depositum in sequestrem*, 122 (6.6)
 serietà (mancanza di) nel negozio giuridico 151 (3.1)
 Serviani 17 (3.1)
 servitù v. pure *servitus*, 102 (6)
 — coattiva 102 (6.2)
 — di fatto 95 (1.9)
 — di passaggio v. *servitus actus, itineris, viae*
 — legale v. *servitutes legis*
servitus v. pure servitù, 93 ss.
 — *actus* 94 (1.1)
 — *altius non tollendi* 94 (2.2)
 — *altius tollendi* 94 (3.3)
 — *aquaeductus* 94 (1.1)

- *aquae haustus* 94 (2.1)
- *arenae fodiendae* 94 (2.1)
- *calcis coquendae* 94 (2.1)
- *clocae* 94 (2.2)
- *fluminis* 94 (2.2)
- *itineris* 94 (1.1)
- *luminibus officiendi* 94 (3.3)
- *ne luminibus officiatur* 94 (2.2)
- *ne prospectui officiatur* 94 (2.2)
- *oneris ferendi* 93 (3.7)
- *pecoris pascendi* 94 (2.1)
- *proiciendi* 94 (2.2)
- *protegiendi* 94 (2.2)
- *stillicidii* 94 (2.2)
- *stillicidii non avertendi* 94 (3.3)
- *tigni immittendi* 94 (2.2)
- *viae* 94 (1.1)
- servitutes*:
 - anomale 94 (3.3)
 - *in solo* o *in superficie* 94 (1.2), 99 (3)
 - irregolari v. anomale
 - *legis* 91 (3)
 - *mancipi* o *nec Mancipi* 94 (1.1)
 - *personarum* 93 (2.1)
 - *praediorum* 93 (2.1)
 - — *rusticorum* o *urbanorum* 94 (1.3; 2)
 - *praetoriae* 94 (3.1)
 - *provinciales* 94 (3.2)
- servus* 49 (4), 109 (6.2)
 - *corruptus* v. *corruptio servi*
 - *fisci* (e *glebae*) 50 (5), 100 (3.1)
 - *fugitivus* 74 (5.1)
 - *pecuniis exigendis praepositus* 112 (3)
- Sesso (femminile) 50 (6), 81
- silenzio 151 (1.1)
- simulazione v. accordo simulatorio
- sinallagma v. interdipendenza delle prestazioni
- sistema civilistico romano 38
- situazione giuridica:
 - attiva v. anche diritto soggettivo, 6 (2)
 - passiva v. anche dovere giuridico, 6 (2)
- soccida 130 (9.3)
- socialità del diritto 3 (2)
- società umana 1 (2)
 - politica e apolitica v. anche Stato, 1 (4)
- società (commerciale) v. pure *societas*, 55 (5), 130 (8)
- societas* v. pure *collegium*, *sodalitates*, *società*, 128
 - *iuris gentium* 128 (1.1)
 - *leonina* 128 (2.1)
 - *omnium bonorum* o *unius negotiationis* (o *rei*) 128 (1.2)
 - *publicanorum* 128 (6)
- socii Italici* 12 (3), 19 (1)
- sociologia giuridica: in « premessa » 4
- sodalitates* 51 (2.2)
- soggettività giuridica (o personalità) v. soggetto giuridico e qualificazioni giuridiche soggettive regolari
- soggetto giuridico 49
 - impersonale v. pure persona giuridica, 51, 55 (4.2)
 - limitato 50
- soggetto (giuridico) attivo e passivo (del rapporto giuridico) 6 (2)
- soggezione v. anche dovere giuridico, 6 (2.2), 40 (1)
- solarium* 99 (1)
- solutio* v. adempimento
 - *imaginaria* v. *acceptilatio*
 - *indebiti* v. *indebiti solutio*
 - *per aes et libram* 113 (2)
- soluti retentio* 109 (6.1)
- solve et repete* 122 (5.2)
- sors* 111 (5)
- sostituzione ereditaria v. pure *heredis substitutio*, 69 (2)
- sostituzione nell'attività negoziale v. anche rappresentanza, 153
- sovranità 2 (6)
- specificatio* v. pure *specificazione*, 85 (6)
- specificazione v. pure *specificatio*, 92 (3.4)
- spedizione 130 (10.2)
- spoglio (del possesso) v. pure *interdictum recuperandae possessionis*, 73 (3)
- sponsalia* v. pure promessa di matrimonio, 60 (5)
- sponsio* v. anche *stipulatio*, 45 (2.1), 118 (2; 4)
- *praecudicialis* 87 (2.1)
- stabularius* 131 (6)

- statalità del diritto 3 (2)
 Stato 1 (4), 2
 — federale 2 (7.1)
 — « patrimoniale » 25 (3)
statuliber 88 (2.3)
status 49 (1.3)
 statuto v. anche costituzione politica, 4
 (2.1)
 — regionale 39 (3)
 — sociale (*lex collegii vel sodalicii*) 51
 (2.2)
 stillicidio 92 (2.2)
stipendium 90 (1)
stipulans 116 (1)
stipulatio v. anche *sponsio*, 116 ss.
 — *Aquiliana* 113 (9.1), 117 (4)
 — *de dote restituenda* 117 (2.1)
 — di garanzia 118
 — *duplae* 124 (5.1)
 — *habere licere* 124 (5.1)
 — *in dando o in faciendo* 116 (3)
 — *iuris civilis o iuris gentium* 116 (1.1)
 — novatoria 113 (9.1), 117 (3)
 — *poenae* 117 (5)
 — *praetoria* 45 (4)
 — *sortis et usurarum* 120 (4.2)
 — *usurarum* 120 (4.2)
 storia v. storiografia
 storiografia giuridica v. in « premessa » e
 v. Scuola storica tedesca
stuprum 60 (2)
 subordinazione del lavoratore v. anche
sub lavoro, 127 (2.1)
subpignus v. *pignus pignoris*
subscriptio:
 — (nel *Codex*) 32 (6)
 — (*rescriptum*) v. *sub rescriptum*
substitutio heredis v. *heredis substitutio*
successio in ius v. pure successione, 62 ss.
 — *in universum ius o in singulas res* 62
 (2), 68
 — *inter vivos o mortis causa* 62 (2)
 — *possessionis* v. successione nel possesso
successio ordinum et graduum (cd.) 64
 (3.5)
 successione:
 — a causa di morte 69
 — — a titolo particolare 69 (7)
 — — legittima v. vocazione legittima
 — — necessaria v. pure *vocatio contra*
testamentum, 69 (4)
 — — testamentaria v. vocazione testa-
 mentaria
 — *inter vivos* v. acquisto
 — nel possesso 76 (3.2), 91 (5.2)
 sudditanza v. *sub* suddito
 suddito 2 (2)
 superficie v. pure *superficies*, 102 (2)
superficies v. pure superficie, 99
supplicationes 26 (2.2)
suspensum v. *positum et suspensum*
suus heres v. *heres suus*
syngrapha v. pure titolo di credito, 119
 (4)
Synopsis Basilicorum 33 (3)

Taxatio 43 (3.3)
 — *in id quod fieri potest* v. *beneficium*
competentiae
tempus:
 — *ad deliberandum* 66 (3.2)
 — *ad usucapionem* 91 (5.5)
 — *lugendi* 57 (3.6)
teneri honoraria actione 108 (7)
 teoria generale del diritto: in « premessa »
 4
 teoria:
 — istituzionistica (del diritto) 3 (5)
 — normativa (del diritto) 3 (5)
 termine v. *dies*
 — essenziale 114 (4.3)
 territorio 2 (4)
 — romano 12 (2.2; 3)
testamenti factio:
 — *activa* 63 (6)
 — *passiva* 63 (7)
 testamento v. pure *testamentum*, 69 (2)
testamentum v. pure testamento, 63
 — *apud acta conditum* 63 (2.5)
 — *calatis comitiis* 63 (2.1)
 — *desertum* 63 (9)
 — *in procinctu* 63 (3)
 — *iure praetorio factum* 63 (2.3)
 — *iure conditum* 63 (3)
 — *militis* 63 (3)
 — ordinario 63 (2)

— *parentis inter liberos* 63 (3)
 — *per aes et libram* 63 (2.2)
 — *per holographam scripturam* 63 (2.5)
 — *per nuncupationem* 63 (2.5)
 — *principi oblatum* 63 (2.5)
 — *ruptum* 63 (9)
 — *speciale* 63 (3)
 — *tempore mortis conditum* 63 (3)
 — *tripertitum* 63 (2.4)
testationes 17 (2)
 testimone, testimonianza 47 (4.6)
textura 85 (5.5)
thesaurus 85 (8.3)
tignum iunctum v. *actio de tigno iuncto*
tinctura 85 (5.6)
Tipucitus 33 (3)
Titius 9 (1)
 titolo di credito v. pure *instrumentum* e
syngrapha 122 (5), 149 (2.3; 5)
 titolo esecutivo 47 (8.1)
Tituli ex corpore Ulpiani (cd.) 31 (2)
titulus (ad usucapionem) 91 (5.3)
traditio 71 (3), 86 (4), 91 (4)
 — *brevi manu* 91 (4.1)
 — *facta* 86 (4.1)
 — *longa manu* 86 (4.1)
 — *per chartam* 91 (4.3)
 — *servitutis* 95 (1.7)
 — *symbolica* 86 (4.1)
 — *usufructus* 97 (5)
transactio 113 (7.2), 132 (5)
 transazione v. *transactio*
translatio legati 68 (3.1)
transscriptio v. *nomen transscripticium*
 trascrizione v. *sub* pubblicità
 trasferimento (della titolarità) di una si-
 tuazione giuridica v. anche acquisto,
 84 (5)
 trasporto 130 (5)
 — di cose 130 (5.2)
 — di persone 130 (5.1)
 trasposizione di soggetti 42 (7.1)
 Triboniano 32 (1)
 tribunale 47 (2.3)
tribunica potestas 19 (3)
tribunus plebis 13 (3.6), 80 (2.3)
tribus 9 (1.2), 13 (2.2)
tributum 90 (1)

trinoctii usurpatio 57 (1.3)
turna 10 (2.1)
turpitudine 50 (3)
tutela v. pure *tutela*
 — *impuberum* 80, 153 (4.1)
 — *mulierum* 81
tutela v. pure *tutela impuberum*, 55 (6.2),
 83 (6)
tutor v. anche *tutela*, 80 (3), 81 (3)
 — *Atilianus* 80 (2.3), 81 (2.3)
 — *dativus* v. *tutor Atilianus* e *testamen-*
tarius
 — *decretalis* v. *tutor Atilianus*
 — *legitimus* 80 (2.2), 81 (2.2)
 — *praetorius* 81 (3)
 — *testamentarius* 80 (2.1), 81 (2.1)
tutoris optio 81 (2.1)

Ufficiale giudiziario v. pure *apparitor* e
exsecutor, 47 (3)
 ufficio di governo 2 (5.1)
umbilicus 32 (4.1)
uncia 111 (5)
universitas (facti e iuris) 54 (2)
 unione v. accessione
 unione extramrimoniale 60, 61 (8)
 — *more uxorio* 57 (3.5)
 unità culturale v. minima unità culturale
ὑποθήκη 101 (3.2)
Urbs 12 (3)
 usi interpretativi 147 (3.2)
 uso v. consuetudine
 — (diritto reale) v. pure *usus sine fructu*,
 102 (5)
usucapio v. pure *usucapione*, 85 (9), 91
 (5)
 — *libertatis* 95 (2.3)
 — *pro emptore* 124 (4)
 — *servitutis* 95 (1.8)
 — *usufructus* 97 (5)
usucapione v. pure *usucapio*, 92 (3.6)
usufrutto v. pure *usufructus*, 102 (4)
 — causale e formale 97 (2.1)
 — legale 102 (4)
usurae v. pure interessi, 11 (5), 120
 (4.2; 5)
 — *centesimae* 111 (5)
 — *moratoriae* 144 (2.2)

- usureceptio* 120 (3.1)
usurpatio 91 (5.2)
 — *trinoctii v. trinoctii usurpatio*
usus v. anche *possessio* e *usucapio*, 72
 — (modo di acquisto della *manus*) 57
 (1.1), 79 (3.1)
 — *sine fructu* v. pure uso, 98 (3)
ususfructus v. pure usufrutto, 97
 — dei fondi provinciali v. *possessio vel ususfructus* dei fondi provinciali
 — *repetitus* 97 (6.1)
 utilizzabilità del negozio giuridico 148
 (2.1)
utendum dare v. *commodatum*
utilitas (nella servitù) 93 (3.2)
 — (per il *dominus negotii*) 134 (2.4)
uti possidetis v. *interdictum uti possidetis*
utrubi v. *interdictum utrubi*.
- Vacua possessio* v. *habere licere*
vades v. anche *adiutura*, 44 (3.2)
adiutura v. anche *vades* e *adiutonium*,
 115 (5)
adiutonium v. anche *adiutura*, 44 (3.2)
 vaglia cambiario v. cambiale
 validità (del negozio giuridico) 148
variae causarum figurae v. *obligationes ex variis causarum figuris*
Vaticana Fragmenta v. *Fragmenta Vaticana*
vectigal 100 (2; 4.1)
 vedute v. luci e prospetti
 vendetta v. autotutela
 vendita v. compravendita
venditio v. *emptio venditio*
 — *ex lege praedictoria* 115 (6.1)
 — *imaginaria* v. *mancipatio*
 — *in vacuum* 115 (6.1)
 — *trans Tiberim* 138 (2.1)
 vescovi (giurisdizione dei) v. *aepiscopalis audientia*
 veto v. *intercedere*, *intercessio*
vetustas v. *praerogativa temporis*
via v. *servitus viae*
vicinanza (rapporti di) v. rapporti di buon vicinato
 vincoli:
- alla proprietà (in genere) v. limitazioni al diritto di proprietà
 — ed obblighi temporanei sulle aziende 92 (2.1)
 — per esigenze artistiche, storiche ecc. 92 (2.1)
 — per il riordinamento della proprietà rurale 92 (2.1)
vindex 41 (6.1), 44 (3.1)
vindicatio:
 — *in libertatem* 88 (2.1)
 — *rei v. vindicatio*
 — *servitutis* 96 (1)
 — *ususfructus* 97 (7)
vindiciae 41 (3.1)
vindiciarum addictio 41 (3.1)
vindicta 41 (3.1), 88 (2.1)
 violenza fisica 151 (3.2)
 — morale 151 (4.2)
vis absoluta v. violenza fisica
 — *animi illata* (o *compulsiva*) v. violenza morale e *metus*
vis maior 141 (3.3), 143 (3.1)
 — *cui resisti non potest* 143 (3.1)
vis privata 40 (7)
 vitalità:
 — (del negozio giuridico) 148
 — (del neonato: vita) v. nascita
 vizi della volontà (nel negozio giuridico) 151 (4)
 vizi occulti 124 (5.2), 130 (1.2)
vocatio ad hereditatem v. pure vocazione, 62 (4), 66 (1)
 — *ab intestato* 64
 — *contra testamentum* v. pure successione necessaria, 64
 — *ex testamento*, 63
 — *legitima* v. *vocatio ab intestato*
vocatio in ius v. *in ius vocatio*
 vocazione v. pure *vocatio ad hereditatem*
 — *legittima* (o *intestata*) 69 (3)
 — *testamentaria* 69 (2)
 volgarismo 27 (6)
 volontà (nel negozio giuridico) 122 (1), 151
voluntas v. volontà nel negozio giuridico
votum 133 (4)
vox iuris (cd.) 5 (3.1)