ANTONIO GUARINO

DIRITTO PRIVATO ROMANO

QUINTA EDIZIONE

EDITORE JOVENE NAPOLI
1976

DIRITTI DI AUTORE RISERVATI

© *Copyright 1976 by Jovene - Napoli*

Stampato in Italia *Printed in Italy*

Tipo-lito Sagraf - Napoli

SOMMARIO

Prefazione XI
Abbreviazioni XIII

Ragguaglio bibliografico 1

1. Edizioni e raccolte di fonti 3
2. Repertori bibliografici 8
3. Opere sulla storia della civiltà romana in generale 10
4. Introduzioni allo studio del diritto romano 15
5. Opere generali sulla storia del diritto romano e sul diritto pubblico 17
6. Opere principali sulle fonti e sulla giurisprudenza 19
7. Opere generali sul diritto privato 19
8. Opere generali sul processo privato 22
9. Principali riviste romanistiche 23
10. Altri periodici 24
11. Enciclopedie e lessici 27
12. Mezzi ausiliari dello studio storico-critico delle fonti giuridiche romane 29
13. Raccolte di scritti di uno stesso autore 32
14. Miscellanee 34
15. Opere sulla tradizione romanistica 38

CAPITOLO I

L'ORDINAMENTO GIURIDICO

1. L'ordinamento giuridico 43
2. I rapporti giuridici 55
3. L'ordine giuridico 65
4. Gli atti giuridici di autonomia 71
5. L'efficacia dell'autonomia privata 83
6. La realizzazione del diritto 90

SEZIONE PRIMA

IL « IUS PRIVATUM ROMANORUM »

CAPITOLO II

IL « IUS PRIVATUM ROMANORUM »

7. L'esperienza giuridica romana 101
8. Il diritto romano arcaico 107

9. Il diritto romano preclassico 116
10. Il diritto romano classico 128
11. Il diritto romano postclassico 137
12. La concezione romana del « ius privatum » 155
13. Le partizioni del « ius privatum » 162
14. La materia del « ius privatum » 173

Capitolo III

LA TUTELA GIURIDICA PRIVATA

15. La tutela giuridica privata 186
16. Le procedure « per legis actiones » 195
17. Le procedure « per formulas » 208
18. La struttura dei « iudicia » formulari 219
19. Lo svolgimento del processo formulare 231
20. I mezzi complementari delle procedure formulari 251
21. Le procedure « extra ordinem » 260

Capitolo IV

I RAPPORTI DEL « IUS PRIVATUM »

22. I rapporti del « ius privatum » 268
23. Le qualificazioni soggettive regolari 276
24. I soggetti giuridici limitati 289
25. I soggetti giuridici impersonali 299
26. Gli oggetti giuridici 305
27. Le « res » 309

Capitolo V

L'ORDINE GIURIDICO PRIVATO

28. L'ordine giuridico privato 319
29. Gli atti di autonomia del « ius privatum » 327
30. La forma nei negozi giuridici 338
31. La causa nei negozi giuridici 349
32. La volontà nei negozi giuridici 356
33. Le clausole accidentali dei negozi giuridici 368
34. La sostituzione nell'attività negoziale 378

Capitolo VI

LA « SUCCESSIO IN IUS »

35. La « successio in ius » 388
36. La « vocatio ex testamento » 398
37. La « vocatio ab intestato » 410

38. La « vocatio contra testamentum » 415
39. L'effettuazione della « successio in ius » 419
40. Le conseguenze della « successio in ius » 427
41. La « successio mortis causa in singulas res » 435

SEZIONE SECONDA

I RAPPORTI ASSOLUTI DEL « IUS PRIVATUM »

CAPITOLO VII

I RAPPORTI ASSOLUTI DEL « IUS PRIVATUM »

42. I rapporti assoluti del « ius privatum » 447
43. La « possessio » 461
44. La « possessio ad interdicta » 468
45. La « communio » 477
46. Il regime della « communio » dominicale 484

CAPITOLO VIII

I RAPPORTI ASSOLUTI FAMILIARI

47. I rapporti assoluti familiari 491
48. La « patria potestas » 500
49. Il « matrimonium » 509
50. Gli effetti del « matrimonium » 527
51. Il regime patrimoniale del « matrimonium » 533

CAPITOLO IX

I RAPPORTI ASSOLUTI PARAFAMILIARI

52. I rapporti assoluti parafamiliari 542
53. La « tutela impuberum » 546
54. La « tutela mulierum » 558
55. Le curatele 562
56. La « cura minorum » 566

CAPITOLO X

I RAPPORTI ASSOLUTI DOMINICALI

57. I rapporti assoluti dominicali 571
58. Le vicende del « dominium ex iure Quiritium » 576
59. La tutela del « dominium ex iure Quiritium » 595
60. La « dominica potestas » sui « servi » 604
61. I rapporti affini al « dominium ex iure Quiritium » 615
62. Il « dominium » unificato 621

Capitolo XI

I RAPPORTI ASSOLUTI « IN RE ALIENA »

63. Le « servitutes praediorum » 630
64. I tipi di « iura praediorum » 641
65. Il regime dei « iura praediorum » 646
66. L'« ususfructus » 655
67. I rapporti affini all'« ususfructus » 665
68. La « superficies » 671
69. L'« emphyteusis » 675
70. I rapporti assoluti di garanzia 680

Sezione terza

I RAPPORTI RELATIVI DEL « IUS PRIVATUM »

Capitolo XII

I RAPPORTI RELATIVI DEL « IUS PRIVATUM »

71. I rapporti relativi del « ius privatum » 693
72. I tipi delle « obligationes » 707
73. I soggetti delle « obligationes » 713
74. L'oggetto delle « obligationes » 719
75. L'adempimento delle « obligationes » 723
76. Le vicende delle « obligationes » 729
77. I fatti modificativi delle « obligationes » 735

Capitolo XIII

LE « OBLIGATIONES CONTRACTAE »

78. Le « obligationes verbis contractae » 742
79. La « stipulatio » 747
80. Le applicazioni della « stipulatio » 753
81. Le « obligationes litteris contractae » 761
82. Le « obligationes re contractae » in senso proprio 766
83. Le « obligationes re contractae » in senso improprio 775

Capitolo XIV

LE « OBLIGATIONES EX CONTRACTU »

84. Le « obligationes ex contractu » 783
85. Le « obligationes ex empto et vendito » 787
86. Le « leges emptionis et venditionis » 802

87. Le « obligationes ex locato et conducto » 807
88. Le « obligationes ex societate » 819
89. Le « obligationes ex mandato » 829

Capitolo XV

LE « OBLIGATIONES » NON « CONTRACTAE »

90. Le « obligationes ex pacto » 836
91. Le « obligationes » da convenzioni « sine nomine » 844
92. Le « obligationes » da cause non convenzionali 851
93. Le « obligationes ex negotiorum gestione » 855
94. Le « obligationes ex indebiti solutione » 860

Capitolo XVI

LE « OBLIGATIONES » DI RESPONSABILITÀ

95. Le « obligationes » di responsabilità primaria 865
96. La responsabilità da « iniuria », « furtum », « rapina » 871
97. La responsabilità da « damnum iniuria datum » 883
98. Le altre obbligazioni di responsabilità primaria 888
99. Le « obligationes » di responsabilità secondaria 892
100. La responsabilità da « mora solvendi » e da « fraus creditorum » . 900

Indice analitico 905

PREFAZIONE

Nel suo titolo attuale il libro si presenta come quarta edizione, ma in realtà è la nona o la decima versione di tutta una serie di « corsi » da me pubblicati con vario titolo in oltre venti anni di insegnamento delle « Istituzioni di diritto romano », con connesse esercitazioni di « Esegesi delle fonti », nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Napoli. Esso non è e non vuol essere un trattato, anzi ambisce ad essere considerato, secondo la sua intitolazione originaria, un « profilo » dell'argomento nei suoi tratti essenziali: un profilo che esprime i miei punti di vista ricostruttivi e che, nel contempo, si sforza di sottoporli, nel modo più limpido possibile, all'attenzione critica di un particolare tipo di lettore, lo studente di giurisprudenza, per aiutarlo nella sua formazione storicistica, senza peraltro contrastare la impostazione sistematica della sua preparazione giuridica. L'apparato di note svolge, rispetto al testo, il còmpito subordinato di documentare la trattazione, di completarla in tutto ciò che l'economia di un profilo necessariamente esclude, di accompagnarla con la trascrizione di quei passi delle fonti che possano servire in sede di esercitazione a chiarimenti e ad approfondimenti.

Lo schema dell'opera è descritto infra *(p. 104 ss.), ma va la pena di tentare qualche cenno ulteriore di giustificazione. Io sono convinto che l'insegnamento delle materie storiche, e del diritto romano privato in ispecie, sia indispensabile alla formazione dei giuristi (sì, proprio dei giuristi), e sia quindi necessario all'insegnamento nelle facoltà di giurisprudenza. Limitarsi al panorama superficiale sarebbe del tutto inutile; pretendere di propinare al discente un'informazione minuziosa e circostanziata sarebbe inutilmente crudele; ma non meno inutile (e forse crudele) sarebbe, in una ricostruzione critica con intenti formativi, prescindere dal particolare destino dello studente, che è quello di diventare in definitiva operatore avveduto del diritto vigente. Perciò ritengo che l'esposizione del* ius privatum, *pur rispettando la verità storica degli istituti e degli sviluppi, debba cercare di adeguarsi, nei limiti del possibile, alla forma mentis di un giurista moderno, anzi debba cercare di contribuire con un linguaggio aggiornato al suo miglioramento. Ecco il motivo per cui il libro si apre con un capitolo di « concetti di riferimento », ai quali si richiamerà nei capitoli successivi, e non rinuncia ad una prima parte intesa a tracciare, in un'inquadratura che non è però quella tradizionale ricevuta dalla pandettistica, le linee generali del* ius privatum *romano. Un'approssimazione maggiore alla storia degli istituti è operata nei dieci capitoli che costituiscono le parti speciali,*

rispettivamente dedicate ai singoli rapporti assoluti ed a singoli rapporti relativi. Il succinto ragguaglio di diritto italiano vigente che chiude, a mo' di appendice, ciascun capitolo è solo inteso a facilitare il raccordo, nelle differenze e nelle analogie, tra esperienza romana ed esperienza moderna.

Il libro è stato scritto ovviamente da me, ma giustizia vuole che aggiunga che innumerevoli sollecitazioni e critiche mi sono venute, nelle varie rielaborazioni cui l'ho sottoposto, dai miei assistenti di tutti questi anni, alcuni dei quali diventati ormai miei valenti colleghi, nonché da schiere numerose e singolarmente vivaci di studenti campani, calabresi e lucani, che hanno il senso del diritto e della storia nel sangue. Ringrazio tutti questi miei collaboratori per le ore ed i giorni che abbiamo passato insieme a conversare, a discutere, spesso a polemizzare. Credo di aver appreso dal colloquio con loro molto più di quanto essi abbiano appreso dal mio insegnamento. E mi spiace che il documento di questa nostra vita in comune sia, come tutti i documenti, così arido e freddo, così diverso da loro e, direi anche, da me.

Dedico a mia moglie, Marina.

Napoli, 31 dicembre 1970. a. g.

POSTILLA. *La quinta edizione, attentamente riveduta (ma priva stavolta dei riferimenti al diritto italiano vigente), viene alla luce bibliograficamente aggiornata sino a tutto il 1975, principalmente a causa della collaborazione assidua ed esperta del collega ed amico Vincenzo Giuffré. Lo ringrazio anche per i molti e preziosi consigli. E ringrazio con lui, per gli aiuti variamente offertimi, il dr. Gino Famiglietti, il dr. Mariano Cipolletta, e la signora Anna Viti Vitelli.*

Napoli, 31 dicembre 1975. a. g.

ABBREVIAZIONI

AVVERTENZA. Per le citazioni nel corso della trattazione saranno usate le abbreviazioni qui di seguito elencate alfabeticamente. Per lo svolgimento delle abbreviazioni si veda il « numero » indicato accanto a ciascuna di esse nel *Ragguaglio bibliografico* pubblicato alle pagg. 3-39.

a. = autore
AA. v. n. 10
AAL. v. n. 10
ABW. v. n. 10
a.C. = avanti Cristo
ACIB. v. n. 14
ACIR. v. n. 14
ACIV. v. n. 14
ACNSR. v. n. 14
ACP. v. n. 10
ACSS. v. n. 14
Acta v. n. 14
AE. v. n. 10
AEP. v. n. 10
Aevum v. n. 10
AG. v. n. 10
AHDE. v. n. 10
AI. v. n. 10
AIV. v. n. 10
ANA. v. n. 10
AP. v. n. 10
Archid. v. n. 10
ARIDA. v. n. 9
ASD. v. n. 10
ASW. v. n. 10
ATH. v. n. 10
ATO. v. n. 10
ATRI. v. n. 10
a.u.c. = *ab Urbe condita*
AUBA. v. n. 10
AUBO. v. n. 10
AUCA. v. n. 10
AUCT. v. n. 10
AUFE. v. n. 10
AUGE. v. n. 10
AUI. v. n. 10
AUMA. v. n. 10
AUME. v. n. 10
AUPA. v. n. 10
AUPE. v. n. 10

B. = Basilici; v. n. 1
BERGER v. n. 2
BDR. v. n. 9
BREMER v. n. 1
BRUNS v. n. 1
BSGW. v. n. 10

cc. = codice civile
cd. = così detto
CE. = *Codex Eurici*; v. n. 1
cfr. = si confronti
CG. = *Codex Gregorianus*; v. n. 1
CH. = *Codex Hermogenianus*; v. n. 1
Chr. v. n. 1
CI. = *Codex Iustinianus*; v. n. 1
CIG. v. n. 1
CIL. v. n. 1
cit. = già citato
cnav. = codice della navigazione
Coll. = *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*; v. n. 1
Congr. = congresso
Consult. = *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*; v. n. 1

cp. = codice penale
cpc. = codice di procedura civile
cpp. = codice di procedura penale
CPH. v. n. 10
CR. v. n. 10
CTh. = *Codex Theodosianus*; v. n. 1

D. = *Digesta*; v. n. 1
d.C. = dopo Cristo
DE. v. n. 11
De act. = *De actionibus*; v. n. 1
DI. v. n. 11
DS. v. n. 11

ED. v. n. 11
EG. v. n. 11
EG. = v. Gai ep.
*EP*³ v. n. 1
ERGI. v. n. 12
Ét. = *Études*, cioè raccolta di scritti in onore o in memoria dello studioso il cui nome segue alla abbreviazione; oppure raccolta degli scritti dell'autore indicato prima della abbreviazione. V. n. 14
ET. = *Edictum Theoderici*; v. n. 1

FI. v. n. 10
Fil. v. n. 10
FIRA. v. n. 1
Fr. August. = *Fragmenta Augustodunensia*; v. n. 1
Fs. = *Festschrift* o *Festgabe*: v. *supra* in relazione alla abbreviazione « *Ét.* », e v. n. 14
FV. = v. Vat.

Gai = *Gai Institutiones*; v. n. 1
Gai ep. = *Epitome Gai*; v. n. 1
GI. v. n. 10
Gnomon v. n. 10

Historia v. n. 10
HZ. v. n. 10

I. = *Institutiones Iustiniani*; v. n. 1
ILS. v. n. 1
Index Itp. v. n. 12
Ind. glosse v. n. 12
IRMAE. v. n. 15
itp. = interpolato
Iura v. n. 9

JP. v. n. 10
JRS. v. n. 10
Jus v. n. 10

L. v. n. 1
Labeo v. n. 9
Lat. v. n. 10
l. = legge
l.c. = luogo citato
lib. = libro
IQR. v. n. 10
LRB. *Lex Romana Burgundionum*; v. n. 1
LRW. = *Lex Romana Wisigothorum*; v. n. 1
LSrom. = *Liber syro-romanus iuris*; v. n. 1

MAB. v. n. 10
MAL. v. n. 10
MAM. v. n. 10
Mél. = *Mélanges*: cfr. *supra*, in relazione all'abbreviazione « *Ét.* », e v. n. 14
Mn. v. n. 10
MT. v. n. 10

n. = numero (nn. = numeri)
NAG. v. n. 10
NDI. v. n. 11
NNDI. v. n. 11
NovI. = *Novellae Iustiniani*; v. n. 1
NovTh. = *Novellae Theodosiani*; v. n. 1
nt. = nota (ntt. = note)

o.c. = opera già citata
op. cit. = opera già citata

p. = pagina (pp. = pagine)
pag. = pagina (pagg. = pagine)
par. = paragrafo (§)
Parl. v. n. 1
Paul. v. PS
PIR. v. n. 1
PP. v. n. 10
PS. = *Pauli Sententiae*; v. n. 1
PSI. v. n. 10
PUMO. v. n. 10
PW. v. n. 11
PWK. v. n. 11

RAB. v. n. 10
RADR. v. n. 10
RAL. v. n. 10
RDC. v. n. 10
RDCo. v. n. 10
RDN. v. n. 10
RDP. v. n. 10
Reg. CTh. v. n. 12
REL. v. n. 10
rell. = *et reliqua*
RGD. v. n. 10
RH. v. n. 9
RIDA. v. n. 9
RIL. v. n. 10
RISG. v. n. 10
Riv. fil. istr. class. v. n. 10
Riv. filos. v. n. 10
Rom. v. n. 10
RSDI. v. n. 10

s. = seguente (ss. = seguenti)
SAW. v. n. 10
SB. v. n. 10
SBA. v. n. 10
sch. = scolio
Sch. Sin. = *Scholia Sinaitica*; v. n. 1
Scr. = *Scritti*: cfr. *supra*, in relazione alla abbreviazione « *Ét.* », e v. n. 14
SDHI. v. n. 9
SDSD. v. n. 10
Sem. v. n. 10
SG. v. n. 10
SHA. v. n. 10
shv. = sotto la predetta « voce »
SPA. v. n. 10
SPR. v. n. 10
SSA. v. n. 10
SSE. v. n. 10
St. = *Studi*: cfr. *supra*, in relazione alla abbreviazione « *Ét.* », e v. n. 14
SU. v. n. 10
SUC. v. n. 10
Symb. = *Symbolae*: cfr. *supra*, in relazione all'abbreviazione « *Ét.* », e v. n. 14
sv. = sotto la voce ...

T. v. n. 11
tit. = titolo (partizione di opera)
Tit. Ulp. = *Tituli ex corpore Ulpiani*; v. n. 1
TIL. v. n. 11
t. = tomo

Ulp. = v. Tit. Ulp.
Ulp. reg. = v. Tit. Ulp.

v. = si veda
Vat. = *Vaticana Fragmenta*; v. n. 1
VCI. v. n. 12
VCTH. v. n. 12
VII. v. n. 12
VIR. v. n. 12

WS. v. n. 10

ZGRW. v. n. 10
ZSS. v. n. 9

RAGGUAGLIO BIBLIOGRAFICO

SOMMARIO: 1. Edizioni e raccolte di fonti. — 2. Repertori bibliografici. — 3. Opere sulla storia della civiltà romana in generale. — 4. Introduzioni allo studio del diritto romano. — 5. Opere generali sulla storia del diritto romano e sul diritto pubblico. — 6. Opere generali sulle fonti e sulla giurisprudenza. — 7. Opere generali sul diritto privato. — 8. Opere generali sul processo privato. — 9. Principali riviste romanistiche. — 10. Altri periodici. — 11. Enciclopedie e lessici. — 12. Mezzi ausiliari dello studio storico-critico delle fonti giuridiche romane. — 13. Raccolte di scritti di uno stesso autore. — 14. Miscellanee. — 15. Opere sulla tradizione romanistica.

1. EDIZIONI E RACCOLTE DI FONTI.

(*a*) Per le fonti preclassiche, classiche e postclassiche (pregiustinianee), le edizioni più usate e affidanti sono le seguenti.

BÖCKING, BETHMANN - HOLLWEG, *Corpus iuris Romani antejustiniani*, 3 voll. (Berlin 1837-1844; rist. 1971).

BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, 3 voll. (Lipsiae 1896-1901; rist. 1964): v. *infra* sub *d*.

HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae*[6], riv. da SECKEL e KÜBLER, 3 voll. (Lipsiae 1908-1927); estratto di *Gai Institutiones*[3], a cura di KÜBLER (1939).

KRÜGER, MOMMSEN, STUDEMUND, *Collectio librorum iuris anteiustiniani* 1[7], 2, 3 (Berolini 1927, 1878-1890).

GIRARD, *Textes de droit romain*[6], riv. da SENN (Paris 1937). Una nuova edizione è in corso: è apparso per ora il 1[7], *Commentaires* (Paris 1967).

FIRA. = RICCOBONO, BAVIERA, FERRINI, FURLANI, ARANGIO-RUIZ, *Fontes iuris Romani anteiustiniani* (Florentiae): 1[2].-*Leges* (1941); 2[2].-*Auctores* (1940); 3[2].-*Negotia* (1969).

BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*[7], riv. da GRADENWITZ, 3 voll. (Tübingen 1909-1912; rist. 1969).

DAVID, NELSON, *Gai Institutiones commentarii IV* (Leiden 1954-1968; ancora incompleto).

CTh. = *Codex Theodosianus*, cum perpetuis commentariis Iacobi GOTHOFREDI, 6 voll. (Lugduni 1665; buona ried. è quella di RITTER a Lipsia, 1736-1745). — *Theodosiani libri XVI*, cum constitutionibus Sirmondia-

---

La bibliografia è aggiornata, per tutto quanto sia stato effettivamente messo in distribuzione, al 31 dicembre 1975.

nis, et leges novellae ad Theodosianum pertinentes, ed. MOMMSEN e MEYER, 2 voll. (Berolini 1905; rist. 1954). — *Codex Theodosianus*, rec. KRÜGER, 1: lib. I-IV (1923); 2: lib. V-VII (1926) (incompleto). — L'edizione generalmente usata è quella di Mommsen e Meyer.

SITZIA, *De actionibus, Edizione e commento* (Milano 1973).

HAENEL, *Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Justinianum latarum, quae extra constitutionum Codices supersunt* (Lipsiae 1857; rist. 1965).

SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.* (Stuttgart 1919; rist. Frankfurt a/M 1964).

(*b*) Per le fonti giustinianee e postgiustinianee si usa far capo alle seguenti edizioni.

I., D., CI., NovI. = *Corpus iuris civilis*, ed. MOMMSEN, KRÜGER, SCHÖLL, KROLL, 1[16].-*Institutiones* (KRÜGER), *Digesta* (MOMMSEN, KRÜGER); 2[11].-*Codex repetitae praelectionis* (KRÜGER); 3[6].-*Novellae* (SCHÖLL, KROLL) (Berolini 1928-1929; varie rist.). Di consultazione generale.

D. *ed. maior* = *Digesta Iustiniani Augusti*, ed. MOMMSEN, 2 voll. (Berolini 1866-1870; rist. 1962-1963). La prima e fondamentale edizione critica dell'opera, con ampio apparato di note.

D. *ital.* = *Digesta Iustiniani Augusti*, ed. BONFANTE, FADDA, FERRINI, RICCOBONO, SCIALOJA (Mediolani 1908-1913; rist. 1960).

CI. *ed. maior* = *Codex Iustinianus*, rec. KRÜGER (Berolini 1877).

ParI. = *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo vulgo tributa*, recensuit et versione latina instruxit FERRINI (Mediolani 1884-97; rist. 1965).

B. (H.) = *Basilicorum libri LX*, ed. HEIMBACH, 6 voll. (Lipsiae 1833-1870), *Supplementum* ed. ZACHARIAE (1846), *Supplementum alterum* ed. MERCATI e FERRINI (Mediolani 1897). Il vol. 6.1 (*Prolegomena*) è stato ristampato con prefazione di SCHELTEMA (Amsterdam 1962). Edizione approssimativa e scorretta, ma l'unica attualmente completa.

B. (Sch.) = *Basilicorum libri LX* (Groningen). *Series A: Textus*, 1 (lib. 1-8, 1955, ed. SCHELTEMA e VAN DER WAL), 2 (lib. 9-16, 1956, SCHELTEMA e VAN DER WAL), 3 (lib. 17-25, 1960, SCHELTEMA e VAN DER WAL), 4 (lib. 26-34, 1962, SCHELTEMA e VAN DER WAL), 5 (lib. 35-42, 1967, SCHELTEMA e VAN DER WAL), 6 (lib. 43-52, 1969, SCHELTEMA e VAN DER WAL); *Series B: Scholia*, 1 (lib. 1-11, 1953, SCHELTEMA), 2 (lib. 12-14, 1954, SCHELTEMA e HOLWERDA), 3 (lib. 15-20, 1957, SCHELTEMA e HOLWERDA), 4 (lib. 21-23, 1959, SCHELTEMA e HOLWERDA), 5 (lib. 24-30, 1961, SCHELTEMA e HOLWERDA), 6 (lib. 38,42.1, 1964, SCHELTEMA e HOLWERDA), 7 (lib. 42.2-48, 1965, SCHELTEMA e HOLWERDA).

Jus Graeco-romanum, a cura di ZEPOS J. e ZEPOS P.: 1. - *Novellae et Aurae Bullae Imperatorum post Justinianum* (*ex* ed. K. E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL); 2. - *Leges Imperatorum Isaurorum et Macedonum*; 3. - *Theophili Antecessoris Institutiones*; 4. - *Practica ex actis Eustachii Romani. Epitome Legum* (*ex* ed. ZACHARIAE VON LINGENTHAL); 7. -

Prochiron Auctum; 8. - *Codex Civilis Moldaviae.* Questa fondamentale raccolta, edita nel 1931, è stata ristampata nel 1962.

Subsidia al *Legum Iustiniani imperatoris vocabularium:* 1. - *Le costituzioni giustinianee nei papiri e nelle epigrafi,* a cura di AMELOTTI e LUZZATTO (1972); 2. - *Drei dogmatische Schriften Iustinians* a cura di SCHWARTZ (2ª ed. curata da AMELOTTI, ALBERTELLA, MIGLIARDI, 1973).

(*c*) Principali raccolte di fonti epigrafiche e papirologiche sono le seguenti.

Chr. = MITTEIS, WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde,* 4 voll. (Leipzig 1912; rist. 1965).

CIG. = *Corpus Inscriptionum Graecarum,* auctoritate et inpensis Academiae litterarum Borussicae editum, 4 voll. (Berlin 1828-1877).

CIL. = *Corpus Inscriptionum Latinarum,* consilio Academiae litterarum Borussicae editum, 16 voll. e vari suppl. (Berlin 1863 ss.).

CPL. = CAVENAILE, *Corpus papyrorum Latinarum* (Wiesbaden 1956-1959).

IG. = *Inscriptiones Graecae,* consilio et auctoritate Academiae litterarum Borussicae editum, vari voll. (Berlin 1873 ss.), con edizione minore, ma in parte integrativa, dal 1913 (= *IG.*²), ancora incompleta.

ILS. = DESSAU, *Inscriptiones Latinae selectae,* 3 voll., 5 tomi² (Berolini 1892-1916).

Inscriptiones Graecae ad res Romanas pertinentes..., collectae et editae cura CAGNAT, TOUTAIN, LAFAYE, voll. 1°, 3° e 4° (Paris 1903).

OGIS. = DITTENBERGER, *Orientis Graeci inscriptiones selectae, Supplementum Sylloges inscriptionum Graecarum,* 2 voll. (Lipsiae 1903-1905; rist. 1960).

PIR. = *Prosopographia Imperii Romani, saec. I-III*², a cura di GROAG e STEIN 1 (A-B: Berlin-Leipzig 1933), 2 (C: 1936), 3 (D-E: 1946), 4.1 (G: 1952), 4.2 (H: 1958), 4.3 (I-J: 1966), 5.1 (L: 1970).

PLRE. = *The prosopography of the late Roman Empire,* 1 (*a.D. 260-395*) (Cambridge 1971) a cura di JONES, MARTINDALE, MORRIS.

(*d*) Molto utili per la lettura delle fonti sono le seguenti palingenesi.

BREMER = BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt.* È una raccolta di tutte le notizie sull'attività e sulle dottrine dei giuristi precedenti all'età di Adriano riferite da altri autori latini e greci, giuridici e letterari. L'opera è divisa in tre volumi: il vol. 1 concerne i giuristi dell'età repubblicana, divisi per secoli dal V all'VIII *ab Urbe condita*; il vol. 2.1 concerne i giuristi del principato, da Augusto a Nerone; il vol. 2.2 concerne i giuristi da Nerone ad Adriano. L'ordine secondo cui sono inquadrati i singoli giuristi è quello cronologico. A ciascun volume è premesso l'indice dei giuristi in esso trattati. Al vol. 2.2 è aggiunto un indice alfabetico analitico del contenuto di tutti i tomi.

L. = LENEL, *Palingenesia iuris civilis,* Iuris consultorum reliquiae quae Iusti-

niani 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 l'opportunità di una nuova edizione, che tenesse conto, sia pur con cautela, dei principali risultati della critica interpolazionistica. È stata ristampata nel 1960, a Graz, con un *Supplementum ad fidem papyrorum di* SIERL (per qualche integrazione, v. CERVENCA, *Su due lacune della Palingenesia di O. Lenel*, in *Iura* 1966). — L'opera offre la ricostruzione ipotetica della struttura e dell'ordine delle materie delle opere della giurisprudenza classica e preclassica, quali erano originariamente, e cioè prima di essere smembrate e spezzettate in frammenti dagli autori delle compilazioni postclassiche (*Vaticana fragmenta, Collatio*, ecc.) e giustinianee (*Digesta, Institutiones*). — Nel primo volume si trovano le opere dei giuristi la cui iniziale va dalla lettera A sino a P (da *Aelius Gallus* sino a *Paulus*). Nel secondo volume si raccolgono le opere dei giuristi la cui iniziale va dalla lettera P alla V (da *Pedius* a *Vivianus*). Le opere appartenenti a ciascun giurista si susseguono nell'ordine alfabetico dato dal loro titolo. I frammenti delle opere di uno stesso giurista sono segnati con numeri progressivi da 1 alla fine, a prescindere dall'opera a cui appartengono. Accanto ai testi trascritti è indicato il luogo dei *Digesta* o dell'altra compilazione in cui si trovano. — Un testo della *Palingenesia* si cita dunque in tal modo: LENEL, *Pal.* Callistr. 92 = D. 1. 3. 38 (Callistratus *libro primo quaestionum*); oppure, più brevemente, L. Callistr. 92 = D. 1. 3. 38; o anche Call. D. 1. 3. 38 (= L. 92).

EP.[3] = LENEL, *Das Edictum perpetuum*[3] (Leipzig 1927; rist. 1956). Si divide in due parti. Alla prima è premesso uno specchio (*Uebersicht des Edikts*) di tutta la serie dei paragrafi dell'editto, con l'indicazione dei libri di Ulpiano, Paolo, Gaio e Giuliano che ne trattano (p. XVI-XXIV). La prima parte, molto breve (p. 1-48), tratta della materia e del sistema dell'editto (*Das Ediktsystem*) e della disposizione delle singole sue sezioni. La seconda parte del libro (p. 49-553) contiene, paragrafo per paragrafo, la ricostruzione ragionata dell'editto e delle formule. Questa parte è divisa in titoli, che riguardano ciascuno una rubrica generale. I titoli dell'editto del Lenel sono 45: ciascuno di essi è diviso in paragrafi, i quali sono segnati con numeri progressivi e si riferiscono a ciascun editto ricostruito (in tutto 292 paragrafi per i 45 titoli). — Alla ricostruzione dell'*Edictum* del *praetor urbanus* segue (p. 554 ss.) quello dell'*Edictum aedilium curulium*, in 3 titoli e 4 paragrafi. — L'*Edictum* del Lenel (nella terza edizione) si cita in tal modo: LENEL, *EP.*[3], § 207; oppure, meglio, EP. 207.

(*e*) Florilegi di fonti giuridiche, utili per l'insegnamento, sono i seguenti.

ARANGIO-RUIZ, GUARINO, *Breviarium iuris Romani*[5] (Milano 1974).

DIÓSDI, *A Római Jog Világa* (Budapest 1973).
DÜLL, *Corpus iuris, Eine Auswahl der Rechtsgrundsätze der Antike übersetzt und mit dem Urtext herausgegeben*[2] (München 1960).
NARDI, *Istituzioni di diritto romano* A - *Testi* 1 (Milano 1973), B - *Testi* 2 (1975). V. anche *infra* n. 7.
SCHARR, *Römisches Privatrecht* (Zürich 1960).
SCHELTEMA, *Florilegium iurisprudentiae Graeco-Romanae* (Leiden 1950).

Si tenga conto che molte fonti sono edite anche con traduzioni a fronte del testo: fra queste edizioni, recentissima è *The Institutes of Justinian, Text, translation and commentary* b. THOMAS (1975).

(*f*) Le opere degli autori non giuridici sono pubblicate, in edizioni critiche, da tre preziose collane, l'una tedesca (cd. 'Teubneriana'), l'altra francese (intitolata: 'Les Belles Lettres'), l'ultima inglese ('Oxonyensis'). Accanto ad esse si segnalano le edizioni della 'Loeb Classical Library', del 'Corus Paravianum' e della nuova serie dei 'Classici latini Utet'.

Le fonti letterarie più importanti che interessano singoli periodi sono talvolta raccolte, insieme con fonti documentarie, in specifici volumi. Fra questi si ricordano: *Fonti su Caio Mario* (ed. Celuc., 1971); *Dai prodromi della guerra sociale alla dittatura di Silla (le fonti)* (ed. Celuc., 1972); EHRENBERG, JONES, *Documents illustrating the reigns of Augustus and Tiberius*[2] (1967); SMALLWOOD, *Documents illustrating the Principates of Gaius, Claudius and Nero* (1967); CHARLESWORTH, *Documents illustrating the reigns of Claudius and Nero* (rist. 1951); MC-CRUM, WOODHEAD, *Select documents of the principates of the Flavian emperors (68-96)*[2] (1966); SMALLWOOD, *Documents illustrating the principates of Nerva, Traian and Hadrian* (1966). — Naturalmente i principali documenti hanno anche edizioni critiche integrali a sé stanti: ad esempio, le *Res gestae divi Augusti* (MOMMSEN, Berlin, 1865; GAGÈ, Paris, 1935; MALCOVATI, Roma, 1936; GUARINO, LABRUNA, Milano, 1968), l'*Edictum de pretiis* dioclezianeo (LAUFFER, Berlin, 1971; GIACCHERO, Genova, 1974), la *Notitia Dignitatum* (SEECK, Berlin, 1876).

(*g*) Il modo di citazione delle fonti classiche è quello cd. 'filologico'. Ciascuna fonte va indicata nel modo più breve che sia compatibile con la chiarezza. Alla indicazione dell'autore (in caratteri 'tondi') e dell'opera (in caratteri '*corsivi*') seguirà l'indicazione (in numeri arabi) della ripartizione cui appartiene il brano che si cita. Ove l'opera sia divisa in ripartizioni di primo, secondo e ulteriore grado, si indicheranno i numeri corrispondenti a ciascuna ripartizione (procedendo dalla maggiore alla minore) e intermezzandoli con punti fermi. Esempi: Gai 3.27 (= § 27 del commentario III delle *Institutiones* di Gaio); XII tab. 3. 4 (= vers. 4, tavola III della *lex XII tabularum* nella sua ricostruzione corrente); *Consult.* 1.4 (= frammento 4 del § 1 della *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*); NovTh. 13.2 (= § 2 della

Novella XIII di Teodosio II); CTh. 1.3.4 (= cost. 4 del tit. 3 del libro I del *Codex Theodosianus*); I. 3.2.1. (= § 1 del tit. 2 del libro III delle *Institutiones* di Giustiniano); D. 24.3.64.2 (= § 2 del frammento 64 del tit. 3 del libro XXIV dei *Digesta* di Giustiniano); CI. 4.30.8.1 (= § 1 della costituzione 8 del titolo 30 del libro IV del *Codex Iustinianus*); B. 48.10.6 (= § 6 del titolo 10 del libro XLVIII dei Basilici: si aggiunga qui, tra parentesi, H. o Sch., a seconda che l'edizione usata sia quella antica di Heimbach o quella moderna di Scheltema).

2. Repertori bibliografici.

La bibliografia romanistica può desumersi, con sufficiente completezza, dai seguenti repertori bibliografici.

Caes, Henrion, *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 (1961), 1.11-12 (1962), 1.13-14 (1964), 1.15-16 (1965), 1.17-18 (1966), 1.19-20 (1968), 1.21 (1971), 1.22 (1973); *Suppl. I. - Index notarum cumulativus vol. 1-20 (1949-1968)* (1969); 2.1 (1950), 2.2 (1960). Dal vasto impianto, ma tuttora incompleta. La serie 1 è relativa agli articoli pubblicati in periodici e miscellanee; la serie 2 contiene l'elenco delle dissertazioni di laurea pubblicate a stampa (per ora solo quelle francesi e tedesche); la serie 3 sarà dedicata a '*opera praeter theses separatim vel etiam coniunctim edita*'.

In attesa che l'opera venga completata, può essere utilmente consultato (integrandolo con lo *Schedario* di *Labeo*, su cui *infra*): Berger, *Encyclopedic dictionary of roman law* (1953), dizionario elementare con corredo di bibliografia essenziale (ma talvolta imprecisa) disposta per voci.

Di grande utilità è la consultazione della *Rassegna bibliografica* annuale, con sunti degli articoli e delle monografie e con indicazioni delle fonti particolarmente esaminate, pubblicata (dal 1948-1949) nella rivista *Iura*; nonché dello *Schedario* quadrimestrale, in continuazione dei dati bibliografici del *Dictionary* del Berger, edito nella rivista *Labeo* (dal 1955). La rivista *Index* contiene 'rapporti' di studiosi di paesi stranieri su pubblicazioni (dal 1970) che, per la lingua in cui sono scritte o per altri motivi, sono difficilmente accessibili.

Altre opere, di più limitata importanza o di non più fresca attualità, sono: Berger, 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 e 1947; Bertolini, *Bibliografia 1895-1899 (monografie) e 1900-1906 (riviste)*, in *BIDR*. 1908, nonché *Bibliografia dell'antico diritto greco e romano*, in *BIDR*. 1910, 1913 e 1916; *Bibliografia di storia*

antica e diritto romano (a cura de « l'Erma », 1971); BIONDI, *Guide bibliografiche. Diritto romano* (1944); COLLINET, *Bigliographie des travaux de droit romain en langue française* (1930), nonché *Bibliographies, Repertoire des Vocabulaires, Index, Concordances et palingénésies de droit romain*[2] (1947); DE FRANCISCI, *Il diritto romano. Guida bibliografica (1880-1922: autori italiani)* (1923); GEORGESCU, *Bibliografia de drept roman 1940-1942* (Bucarest 1943); GRANDIN, *Bibliographie générale des sciences juridiques (droit romain et droit de l'antiquité)* 1 (1926), con 14 supplementi annuali; HENRION, *Bibliographie des travaux de droit romain privé publiés en Belgique et aux Pays-Bas (1935-1947)*, in *AHDE*. 1947; MAROUZEAU, *Dix années de bibliographie classique (1914-1924)* (1927), raccolta sistematica con cenni sul contenuto dei principali lavori (la pubblicazione è proseguita, annualmente, con il titolo di *L'année philologique*, su cui *infra*); MONIER, LEMOSSE, *Bibliographie des travaux récents de droit romain* 1 (1944), 2 (1949); PIGANIOL, *Bibliographie d'histoire romaine (1930-1935)*, in *RH*. 1936-1941; PÒLAY, *Das römische Recht in den sozialistischen Ländern*, in *Labeo* 1967; POMA, *Gli studi recenti sull'origine della repubblica romana, Tendenze e prospettive della ricerca 1963-1973* (1974); RICCOBONO, *Gli studi di diritto romano in Italia* (1942); ROMANO (Silvio), *Bibliografia*, in *BIDR*. 1928, 1931 e 1932; SANFILIPPO, *Bibliografia romanistica italiana (1939-1949)* (1949); SCHILLER, *Bibliography of Roman law* (Washington 1966); ZANZUCCHI, *Rivista della letteratura romanistica italiana 1907 bis 1908*, in *ZSS*. 1908 e 1909; VOLTERRA, *Bibliografia di diritto agrario romano* (1951).

Di notevole aiuto nel reperimento degli scritti romanistici sono pure gli indici generali della rivista *ZSS.*: *Generalregister zu den Bänden 1-50* (1932), e *Generalregister zu den Bänden 51-75*, 2 voll. (1967, 1970) a cura di SACHERS.

Classiche rassegne sono: *L'année philologique, Bibliographie critique de l'antiquité gréco-latine* (dal 1924); *L'année épigraphique, Revue des publications épigraphiques relatives à l'antiquité romaine* (dal 1888).

Una 'rassegna bibliografica di storia romana' è pubblicata quadrimestralmente (dal 1973) nella rivista *Labeo*: la curano BANDELLI, FAVENTO, ZACCARIA e TONEATTO.

La bibliografia fondamentale della filologia classica è data sistematicamente da SEMI, *Manuale di filologia classica* (Padova 1969).

Utili indicazioni sono in: *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique*, diretta da GILISSEN (ed. dal 1965); *Bulletin analytique d'histoire romaine*, pubblicato dall'Association pour l'étude de la civilisation romaine (tomo I, anno 1962, ed. 1965); *Repertorium bibliographicum Institutorum et Sodalitatum iuris historiae*, edito dall'Association internationale d'histoire du droit et des institutions, a cura di FEENSTRA (1969); *Studienbibliographie, Alte Geschichte*, a cura di BROCKMEYER e SCHULTHEISS (1973); BENGTSON, *Einführung in die Alte Geschichte*[7] (1975).

3. Opere sulla storia della civiltà romana in generale.

Tra le moltissime trattazioni generali trascegliamo le seguenti.

Altheim, *Römische Geschichte*, 3 voll. (1956-1958).

Andreotti, *L'Impero romano* (1959).

Barbagallo, *Storia universale* 2. - *Roma antica, L'Impero* (rist. 1968).

Bengtson, *Grundriss der römischen Geschichte mit Quellenkunde* 1. - *Republik und Kaiserzeit bis 284 n. Chr.*[2] (1970).

Boak, *A history of Rome to A.D. 565*[3] (1947).

Christ, *Römische Geschichte, Einführung, Quellenkunde, Bibliografie* (1971).

Demougeot, *La formation de l'Europe et les invasions barbares* (1969).

De Sanctis, *Storia dei Romani* 1[2] (1956), 2[2] (1960), 3.1[2] (1967), 3.2[3] (1968), 4.1 (1967), 4.2-1 (1963), 4.2-2 (1957), 4.3 (1964).

Devoto, *Gli antichi Italici* (1967).

Duruy, *Histoire des Romains*[2], 7 voll. (1888-1904; tr. it. 1929 ss.).

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

Frank, *A history of Rome* (1923; tr. it. 1932).

Giannelli, Mazzarino, *Trattato di storia romana* 1[3] (1965), 2[2] (1962; rist. 1973).

Grant, *The world of Rome* (1960; tr. it. 1962).

Hartmann, Kromayer, *Römische Geschichte*[2] (1921; tr. it.[5] 1952).

Haussig, *Byzantinische Geschichte* (1969).

Heuss, *Römische Geschichte*[3] (1971).

Homo, *Nouvelle histoire romaine* (1941).

Jones, *The later Roman Empire (284-602)*, 3 voll. (1964; ne è in corso la tr. it.).

Jones, *The decline of ancient world* (1966; tr. it. 1972).

Kornemann, *Römische Geschichte*[5], 2 voll. (1964).

Kovaliov, *Istoria Rima* (1948; tr. it., 2 voll., 1955 e varie rist.).

Levi (M. A.), *L'Impero romano*, 3 voll. (1967).

Levi (M. A.), *L'Italia antica*, 2 voll. (1968).

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

Mommsen, *Römische Geschichte* 1-3[12] (1919-1920), 5[7] (1917); prima tr. it. dei voll. 1-3 di di San Giusto (1903-1905), del vol. 5 di De Ruggiero (1887-1890). L'opera è stata più volte e da vari editori tradotta di nuovo e ristampata.

Niebuhr, *Römische Geschichte* 1[3] (1828), 2[2] (1830), 3 (1832) (tr. it. 1846-1851).

Niese, *Grundiss der römischen Geschichte nebst Quellenkunde*[5] (1923; tr. it. 1921).

Ostrogorsky, *Geschichte des byzantinischen Staates*[3] (1963; tr. it. 1967).

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), 6 (1960-1961).
PASSERINI, *Linee di storia romana in età imperiale* (1972).
PELHAM, *Outlines of Roman history*[4] (1905).
PIGANIOL, *Histoire de Rome*[5] (1962).
PUGLIESE CARRATELLI, GIANNELLI, *La Grecia antica, Gli Stati ellenistici e la Repubblica romana* (1959).
ROSENBERG, *Einleitung und Quellenkunde zur römischen Geschichte* (1921).
ROSTOVZEV, *A history of the ancient world*, 2 voll. (1928-1930); tr. it. 1965).
SCULLARD, *A history of roman world from 753 to 146 b.C.*[3] (1971); MARSH, SCULLARD, *A history of roman world from 146 to 30 b.C.* (1953); SALMON, *A history of roman world from 30 b.C. to a.D. 138*[5] (1966); PARKER, WARMINGTON, *A history of roman world from 138 to 337*[2] (1958); tutti in *Methuen's history of the Greek and Roman world.*
SCULLARD, *From the Gracchi to Nero*[3] (1970).
SEECK, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, 6 voll.[2] (1920-1923; rist. 1966).
VOGT, *Die römische Republik*; KORNEMANN, *Das römische Kaiserzeit*: in GERCKE, NORDEN, *Einleitung in die Altertumswissenschaft* (1932-1933; tr. it. rispettivamente 1968 e 1945).

Un'opera generale di alta divulgazione, ma su basi rigorosamente critiche, è la *Storia di Roma* dell'Istituto di studi romani. Di questa collana, oltre ai volumi su settori ed aspetti particolari (che saranno indicati *infra*, al luogo opportuno), si ricordano: PARIBENI, *Le origini ed il periodo regio. La Repubblica fino alla conquista del primato in Italia* (1954); GIANNELLI, *Roma nell'età delle guerre puniche* (1938); CORRADI, *Le grandi conquiste mediterranee* (1945); PARIBENI, *L'età di Cesare e di Augusto* (1950); GARZETTI, *L'Impero da Tiberio agli Antonini* (1960); CALDERINI, *I Severi. La crisi dell'Impero nel III secolo* (1949); PARIBENI, *Da Diocleziano alla caduta dell'Impero d'Occidente* (1941); BERTOLINI, *Roma di fronte a Bisanzio e ai Longobardi* (1941).

Naturalmente sono dedicati ai problemi romani, nell'ambito della sua ampia articolazione, anche molti volumi (alcuni dei quali saranno citati anche essi *infra*, al luogo opportuno) del notissimo *Handbuch der klassischen Altertumswissenschaft in systematischer Darstellung*: fondato nel 1886 dal Mueller, curato in seconda edizione dall'Otto, continua (e viene sempre aggiornato) sotto la direzione del Bengtson, con la collaborazione degli specialisti delle varie materie.

Diverso impianto, rispetto alle opere complessive sopra indicate, ha la *Cambridge ancient history*, anch'essa a cura di vari autori. I volumi che più da vicino interessano (9-12, 1932-1961, alcuni in nuova edizione) sono stati oggetto di tr. it. (in corso). Dello stesso genere, ma di mole minore, è la *Fischer Weltgeschichte*, voll. 6-10 (1965-1968), edita tradotta in Italia col titolo *Storia universale Feltrinelli* (voll. 6-10, 1967-1970).

Una visione sintetica ma completa della romanità si ha anche nella trattazione globale, per settori, diretta da USSANI e ARNALDI, *Guida allo studio della civiltà romana antica*[3] (1965). Una discussione più analitica in *Nuove questioni di storia antica*, ed. Marzorati (1968). Impianto molto ampio ha l'opera collettiva (ideata e coordinata da H. TEMPORINI) *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung* (vari voll. da 1972 = *ANRW*.).

Si consultino inoltre

(*a*) per la lingua e la letteratura:

AMATUCCI, *La letteratura di Roma imperiale* (1946).
BAYET, *Littérature latine*[10] (1962).
BECATTI, *Arte e gusto negli scrittori latini* (1951).
CAZZANIGA, *Storia della letteratura latina* (1962).
DE LABRIOLLE, *Histoire de la littérature latine chrétienne* (1947).
DEVOTO, *La lingua di Roma*[2] (1944; rist. 1969).
HADAS, *A history of latin literature* (1952).
MARCHESI, *Storia della letteratura latina*[3], 2 voll. (rist. 1966).
NORDEN, *Die römische Literatur*[5] (1964; tr. it. 1958).
PARATORE, *La letteratura latina dell'età repubblicana e augustea*[2] (1969); *La letteratura latina dell'età imperiale*[2] (1969).
RONCONI, *La letteratura romana* (1968).
ROSTAGNI, *La letteratura di Roma repubblicana ed augustea* (1940).
SCHANZ, HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, voll. 1-4 (1-2) (rist. 1959 di diverse edizioni).
SIMONETTI, *La letteratura cristiana antica greca e romana* (1969).

(*b*) per l'arte:

BIANCHI BANDINELLI, *Roma. L'arte romana nel centro del potere dalle origini alla fine del II secolo d.C.* (1969).
BORDA, *La pittura romana* (1958).
DUCATI, *L'arte di Roma dalle origini al secolo VII* (1938).
FROVA, *L'arte di Roma e del mondo romano* (1961).
MAIURI, *La peinture romaine* (1953).
WILLE, « *Musica Romana* » (1967).

(*c*) per la scrittura e la tradizione manoscritta:

CENCETTI, *Lineamenti di storia della scrittura latina* (1954).
CENCETTI, *Compendio di paleografia latina per le scuole universitarie e archivistiche* (1963).
KLEBERG, *Buchhandel und Verlagswesen in der Antike* (1967).
MALLON, *Paleographie romaine* (1952).

PASQUALI, *Storia della tradizione e critica del testo*[2] (rist. 1962).
SCHUBART, *Das Buch bei den Griechen und Römern* (1962).
SPEYER, *Die literarische Fälschung im heidnischen und christlichen Altertum* (1971).

(*d*) per la cultura:

ADORNO, *La filosofia antica* 2 (1965).
FERRERO, *Storia del pitagorismo nel mondo romano* (1955).
FRAENKEL, *Rome and Greek culture* (1935).
HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République* (1963).
HOWALD, *Die Kultur der Antike* (1948; tr. it. 1967).
NICOLET, *Les idées politiques à Rome sous la République* (1964).
MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'antiquité*[5] (1965; tr. it. 1950).
MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, 3 tomi (1966-1967).
MICHEL, *Histoire des doctrines politiques à Rome* (1971).
MICHEL, *La philosophie politique à Rome d'Auguste a Marc Aurèle* (1969).
POHLENZ, *Die Stoa*[3] (1964; tr. it. 1966).
SCARBOROUGH, *Roman medicine* (1969).
STAHL, *Roman science* (1962 tr. it. 1974).
WHEELER, *Rome beyond the imperial frontiers* (1955; tr. it., col titolo *La civiltà romana oltre i confini dell'Impero*, 1963).

(*e*) per la religione:

ALTHEIM, *Römische Religionsgeschichte*, 2 voll.[2] (1956).
BAYET, *Histoire politique et psycologique de la religion romaine* (1957; tr. it. 1965).
BOUCHÉ-LECLERCQ, *Histoire de la divination dans l'antiquité*, 4 voll. (1879-1882; rist. 1963).
DUMÉZIL, *La religion romaine archaique* (1966).
FOWLER, *The religious experience of Roman people* (1911).
GRENIER, *Les religions étrusque et romaine* (1957).
LATTE, *Römische Religionsgeschichte*[2] (1967).
MOREAU, *La persécution du Christianisme dans l'Empire romain* (1956).
PILATI, *Chiesa e Stato nei primi quindici secoli* (1961).
PIPPIDI, *Recherches sur le culte impérial* (1940).
SZEMLER, *The priests of the Roman Republic* (1972).
SORDI, *Il Cristianesimo e Roma* (1965).
TURCHI, *La religione di Roma antica* (1939).
WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*[2] (1912).

(*f*) per l'economia:

ALTHEIM, STIEHL, *Finanzgeschichte der Spätantike* (1956).

CHARLESWORTH, *Trade routes and commerce of the Roman Empire*[2] (1926; tr. it. 1940).

CICCOTTI, *Lineamenti della evoluzione tributaria nel mondo antico, I tributi e l'amministrazione finanziaria nel mondo antico*, a cura di STEFANI (rist. 1960).

CLERICI, *Economia e finanza dei Romani* (1943).

DE LAET, *Portorium. Etude sur l'organisation douanière chez les Romains, sortout à l'époque du Haut-Empire* (1949).

DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano* (1963).

DUNCAN-JONES, *The economy of the Roman Empire: quantitative studies* (1974).

FRANK (ed altri), *An economic survey of ancient Rome*, 6 voll. (rist. 1959).

FRANK, *Economic history of Rome* (rist. 1962; tr. it. 1924).

GRANT, *Roman history from coins* (1958).

HATZFELD, *Les trafiquants italiens dans l'Orient hellénique* (1919).

HEICHELEIM, *Wirtschaftsgeschichte des Altertums*, 2 voll. (1938; nuova ed. ingl. 1958-1970; tr. it. 1972).

MATTINGLY, *Roman coins from the earliest times to the fall of the Western Empire*[2] (1962).

MILLER, *The spice trade of the Roman Empire, 29 b.C. - a.D. 641* (1969).

ROSTOVZEV, *Social and economic history of the Roman Empire*[2] (1927; tr. it.[3] 1965).

ROUGÉ, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Mediterranée sous l'Empire romain* (1966).

SALVIOLI, *Il capitalismo antico. Storia dell'economia romana* (1929, preceduta da ed. fr. 1906).

SERENI, *Comunità rurali nell'Italia antica* (1955).

SYDENAM, *Coinage of the Roman Republic* (1952).

THOMSEN, *Early roman coinage. A study of chronology*, vari voll. (1957-1961).

TOZZI, *Economisti greci e romani* (1961).

TREGGIARI, *Roman freedmen during the late Republic* (1969).

WEBER, *Die römische Agrargeschichte in ihren Bedeutung für das Staats- und Privatrecht* (1891, rist. 1966; tr. it. di SERENI 1967).

WESTERMANN, *Slave system of Greek and Roman antiquity* (1955).

(g) per la vita quotidiana:

BLÜMNER, *Die römischen Privataltertümer* (1911).

CARCOPINO, *La vie quotidienne à Rome a l'apogée de l'Empire* (1939; tr. it. rist. 1967).

CROOK, *Law and life at Rome* (1967).

HERRMANN, *Le rôle judiciair et politique des femmes sous la République romaine* (1964).

LEVI (M. A.), *Roma antica* (1963).

MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer*[2], a cura di MAN (1886).
PAOLI, *La vita quotidiana a Roma*[8] (1958).

(*h*) per l'urbanistica:
CASTAGNOLI, CECCHELLI, GIOVANNONI, ZOCCA, *Topografia e urbanistica di Roma* (1958).
LAVEDAN, HUGUENEY, *Histoire de l'urbanisme, Antiquité*[2] (1966).
LUGLI, *Roma antica. Il centro monumentale* (1946), nonché *Fontes ad topographiam veteris urbis Romae pertinentes*, 6 voll. (1952-1965).

(*i*) per i problemi militari e bellici:
ANDRZEWSKI, *Military organization and society* (1954).
Autori vari, *Problèmes de la guerre à Rome*, a cura di BRISSON (1969).
DOMASZEWSKI, *Die Rangordnung des römischen Heeres*[2] (1967).
FORNI, *Il reclutamento delle legioni da Augusto a Diocleziano* (1953).
GABBA, *Esercito e società nella tarda Repubblica romana* (raccolta di scritti) (1973).
HOFFMANN, *Das spätrömische Bewegungsheer und die Notitia Dignitatum*, 2 voll. (1969-1970).
MAC-MULLEN, *Soldier and civilian in the later Roman Empire* (1963).
MARIN Y PENA, *Instituciones militares romanas* (1956).
PARKER, *The Roman legions* (1928).
PASSERINI, *Le coorti pretorie* (1939).
SMITH, *The service in the post-Marian Roman army* (1958).
VAN BERCHEM, *L'armée de Dioclétien et la réforme constantinienne* (1952).

4. INTRODUZIONI ALLO STUDIO DEL DIRITTO ROMANO.

Hanno (in vario modo) carattere di introduzione allo studio del diritto romano le seguenti opere.
ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustinianeo* 1 (1935).
ALVAREZ SUÀREZ, *Horizonte actual del derecho romano* (1944).
BIONDI, *Prospettive romanistiche* (1933).
COSENTINI, *Guida alla consultazione delle fonti giuridiche romane e dei mezzi ausiliari d'indagine*[4] (1954).
CRUZ, *Direito romano* 1[2]. - *Introduçao, Fontes* (1973).
DAUBE, *Roman law. Linguistic, social, and philosophical aspects* (1969).
DAVID, *Der Rechtshistoriker und seine Aufgabe* (1937).
DE MARINI AVONZO, *Critica testuale e studio storico del diritto*[2] (1973).
D'ORS, *Presupuestos criticos para el estudio del derecho romano* (1943).
DULCKEIT, *Philosophie der Rechtsgeschichte: die Grundgestalten des Rechtsbegriffs in seiner historischen Entwicklung* (1950).

GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*[5] (1966).

GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano* (1970).

GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*[3] (1959).

GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, 2 tomi a cura di LABRUNA (1968).

HUNADA, *Rõmahõ nyumon* (1967).

IGLESIAS, *Derecho romano y esencia del derecho* (1957).

JHERING, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschidenen Stufen seiner Entwicklung*[8], 3 voll. (1926-1928, rist. della 6ª ed. 1968; tr. fr. della 3ª ed., *L'esprit du droit romain*, di DE MEULENAERE[2], 4 voll., 1886-1888).

JOLOWICZ, NICHOLAS, *Historical introduction to the study of Roman law*[3] (1972).

LAPIEZA ELLI, *Introducción al derecho romano* (1972).

LAURIA, *Jus. Visioni romane e moderne*[3] (1967).

MARGADNT-GUILLERMO, *El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporanea*[2] (1965).

NICHOLAS, *An introduction to Roman law* (1962).

NOGUEIRA, ADALICIO COELHO, *Introduçao ao direito romano* (1968).

ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*[2] (1961).

PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel 'Corpus iuris' giustinianeo* (1953).

ROBLEDA, *Jus privatum Romanum* 1. - *Introductio in studium iuris privati Romani* (1960).

SANCHEZ DEL RIO, *Notas sobre los temas generales del derecho romano* (1955).

SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten* (1916).

SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934; tr. it. di ARANGIO-RUIZ 1946).

TORRENT, *Introducción metodológica al estudio del derecho romano* (1974).

UMUR, *Roma Hukuku, Tarihi Giris ve Kaynaklar* (1967), *Umumi Mefhumlar ve Haklarin Himayesi* (1967).

VILLEY, *Le droit romain*[2] (1965).

VISO, *Introducción al estudio del derecho romano* (1966).

WATSON, *The law of the ancient Romans* (1970).

WENGER, *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft, Erreichtes und Erstrebtes*[2] (1970).

WESTRUP, *Introduction to early Roman law*, 5 voll. (1934-1954).

WIEACKER, *Vom römischen Recht*[2] (1961).

WOLFF, *Roman law. An historical introduction* (1951).

5. Opere generali sulla storia del diritto romano e sul diritto pubblico.

Abbot, *History and description of Roman political institutions*[3] (1963).
Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*[7] (1957; varie rist.).
Baviera, *Lezioni di storia del diritto romano*, 3 voll. (1914-1925).
Biondi, *Il diritto romano cristiano*, 3 voll. (1952-1954).
Bonfante, *Storia del diritto romano*[4], 2 voll. (1934; rist. riv. e aggiornata bibliogr., 1959).
Brasiello, *Lineamenti di storia del diritto romano* (1972).
Bruns, Lenel, *Geschichte und Quellen der römischen Rechts* (in Holtzendorff, Kohler, *Enziklopädie der Rechtswissenschaft* 1[7]) (1915).
Burdese, *Manuale di diritto pubblico romano* (1966).
Chiazzese, *Introduzione allo studio del diritto romano*[3] (rist. 1961).
Costa, *Storia del diritto romano pubblico*[2] (1920).
De Avila Martel, *Derecho romano* 1. - *Introducción e historia externa* (1964).
De Francisci, *Arcana imperii*, 3 voll. (= 4 tomi) (1947-1948; rist. 1970).
De Francisci, *Storia del diritto romano*, 3 voll. (1943-1944).
De Francisci, *Sintesi storica del diritto romano*[4] (1969).
De Martino, *Storia della costituzione romana* 1[2] (1972), 2[2] (1973), 3[2] (1973), 4.1[2] (1974), 4.2[2] (1975), 5 (1967), 6 (indici generali) (1972).
Dulckeit, Schwarz, Waldstein, *Römische Rechtsgeschichte*[6] (1975).
Frezza, *Corso di storia del diritto romano*[3] (1974).
Fuenteseca, *Lecciones de historia del derecho romano* (1963).
Gaudemet, *Les institutions de l'antiquité* (1972).
Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*[5] (1965).
Guarino, *Storia del diritto romano*[5] (1975).
Homo, *Les institutions politiques romaines*[11] (1953; tr. it. 1975).
Hunada, *Rōmahō* 1. - *Kōhō Hōgen* (1968).
Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 2 voll. (1885-1901).
Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*[2] (1967).
Koranyi, *Powszechna historia panstwa i prawa* 1 (1965).
Kreller, *Römische Rechtsgeschichte*[2] (1948).
Kübler, *Geschichte des römischen Recht* (1925).
Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte, Eine Einführung*[6] (1972; tr. ingl.[2] 1973; tr. it., col titolo *Linee di storia giuridica romana*, 1973).
Lange, *Römische Alterthümer*[3], 3 voll. (1876-1879).
Longo, Scherillo, *Storia del diritto romano* (1935).
Marquardt, *Römische Staatsverwaltung*[3], 3 voll. (parz. a cura di Dessau, Domaszewski, Wissowa, 1881-1885; rist. 1957).
Maschi, *Storia del diritto romano* (1975).
Mendoza Iniguez, *Derecho romano* (1963).

MEYER (E.), *Römischer Staat und Staatsgedanke*[3] (1964).
MISPOULET, *Les institutions politiques des Romains*, 2 voll. (1882-1883).
MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, 3 voll. (1887-1888; tr. fr. di GIRARD, 1893-1896; faceva parte dell'*Handbuch der römischen Altertümer* a cura di MARQUARDT e MOMMSEN, giunto alla 2ª ed. nel 1871, tradotto in fr. con ampliamenti dall'HUMBERT dal 1890 [= *Man. ant. rom.*]).
MOMMSEN, *Abriss der römischen Staatsrechts* (1893; tr. it. di BONFANTE[2] riveduta da ARANGIO-RUIZ, 1943, rist. 1973).
NICOSIA, *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma* (1971, e in corso di pubbl.).
PACCHIONI, *Corso di diritto romano* 1. - *Storia della costituzione e delle fonti del diritto*[2] (1918).
PADELLETTI, COGLIOLO, *Storia del diritto romano*[2] (1886).
RICCOBONO jr., *Profilo storico del diritto romano* (1956).
SCHERILLO, DELL'ORO, *Manuale di storia del diritto romano*[2] (1949; rist. 1965).
SEIDL, *Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht*[3] (1970).
SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesungen* 1. - *Römische Rechtsgeschichte* (1925; rist., insieme al *Röm. Privatr.* cit. *infra*, 1968).
SIBER, *Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung* (1952).
SOELLNER, *Römische Rechtsgeschichte, Eine Einführung* (1971).
VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, 3 voll. (1892-1902; rist. 1963).
VON LÜBTOW, *Das römische Volk, Sein Staat und sein Recht* (1955).
VON MAYR, *Römische Rechtsgeschichte*, 7 voll. (1912-1913).
WEISS, *Grundzüge der römischen Rechtsgeschichte* (1936).
WILLEMS, *Le droit public romain*[7] (1910; rist. 1971).
ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*[3] (1882 rist. 1955).

Sulla repressione criminale, in particolare, si confrontino le opere che seguono.

BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano* (1937).
COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano* (1921).
DUPONT, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin, Les infractions, Les peines*, 2 voll. (1953, 1955).
FERRINI, *Diritto penale romano* (in *Enciclopedia del diritto penale* 1 [1901]).
GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano* (1970).
KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (1962).
MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (1889; tr. fr. di DUQUESNE 1907).
REINS, *Das Kriminalrecht des Romer* (1884).
STRACHAN DAVIDSON, *Problems of roman criminal law*, 2 voll. (1912; rist. del 1 vol. 1963, del vol. 2.1 1966, e del vol. 2.2 1968).

ZUMPT, *Das Kriminalrecht der römischen Republik*, 2 voll. (4 tomi) (1865-1869; rist. 1971).
ZUMPT, *Der Kriminalprozess der römischen Republik*, 2 voll. (1871; rist. 1971).

6. OPERE PRINCIPALI SULLE FONTI E SULLA GIURISPRUDENZA.

CANNATA, *La giurisprudenza romana* (1974).
COSTA, *Storia delle fonti del diritto romano* (1909).
FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana* (1885).
FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Iuristen von Hadrian bis Alexander* (1908; rist. 1964).
GUARINO, *Profilo storico delle fonti del diritto romano* (1945).
KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*[4] (1919).
KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*[2] (1912).
KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952; rist. 1967 con appendice di aggiornamento bibliografico).
LOMBARDI (L.), *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967).
MASCHI, *Il diritto romano* 1. - *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*[2] (1966).
NOCERA, « *Iurisprudentia* ». *Per una storia del pensiero giuridico romano* (1973).
NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike* (1974).
RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano* (1949).
SCHULZ, *History of roman legal science* (1946; rist. 1953; testo tedesco con note aggiunte, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 1961; tr. it. di NOCERA, *Storia della giurisprudenza romana* 1968).
WATSON, *Law making in the later Roman Republic* (1974).
WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts* (1953).
WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960).

7. OPERE GENERALI SUL DIRITTO PRIVATO.

ALBERTARIO, *Diritto romano* (1941).
ALVAREZ SUÀREZ, *Instituciones de derecho romano*, 2 voll. (1973).
ANDRÉEV, *Rimsko častno prawo*[4] (1971).
ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*[14] (1960; varie rist.; tr. spagn. rist. 1973).
ARIAS-RAMOS, *Derecho romano*[12], a cura di ARIAS BONET, 2 voll. (1972).
BETTI, *Diritto romano* 1 (1935).
BETTI, *Istituzioni di diritto romano* 1[2] (1932; rist. 1947), 2.1 (1962).

BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*[4] (1965).
BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1, 2 [1-2], 3, 6.1 (1925-1933; rist. del 1 vol. 1963, del vol. 2.1 1966, del vol. 2.2 1968, del vol. 3 1972, del vol. 6 1974).
BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*[10] (1951; rist. 1966).
BRAVO GONZALES-BIALOSTOSKY, *Compendio de derecho romano*[2] (1968).
BRÓSZ, MÓRA, PÓLAY, *A római magánjog elemei*, 2 voll. (1967-1968).
BUCKLAND, *A text-book of Roman law from Augustus to Iustinian*[3], a cura di STEIN (1963).
BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*[3] (1975).
CARAMÉS FERRO, *Instituciones de derecho privado romano* (1963).
CORREIA, SCIASCIA, *Manual de direito romano*[4] (1961).
COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alla compilazione giustinianea*[2] (1925).
CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*[2], 2 voll. (1940).
(VON) CZYHLARZ, SAN NICOLÒ, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*[10] (1933).
DA NOBREGA, *Compêndio de direito romano* 1 (1968).
DÍAZ, *Instituciones de derecho romano*[6], 2 voll. (1947).
DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*[5] (1968).
D'ORS, *Derecho privado romano*[2] (1973).
FERRINI, *Manuale di Pandette*[4], a cura di GROSSO (1953).
GAMARRA PEREDA, *Derecho romano* (1962).
GAUDEMET, *Le droit privé romain* (1974).
GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*[8], rivisto da SENN (1949).
GUARINO, *Profilo di diritto privato romano*[4] (1965; tr. spagn. 1956).
HANGA, JACOTA, *Drept privat roman* (1964).
HERNÁNDEZ TEJERO, *Derecho romano* (1959).
HORVAT, *Rimsko pravo*[5] (1967).
HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, 2 voll. (1929).
IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*[6] (1972).
IMBERT, *Le droit antique* (1961).
JÖRS, KUNKEL, WENGER, *Römisches Privatrecht*[3] (1949).
KASER, *Das römische Privatrecht* 1. - *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*[2] (1971), 2. - *Die nachklassischen Entwicklungen*[2] (1975).
KASER, *Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch*[7] (1972; tr. ingl.[2] 1968; tr. spagn. 1968).
KIPP, *Das römische Recht* (1930).
KOLÁNCZYK, *Prawo Rzymskie* (1973).
KOROSEC, *Rimsko pravo* (1967).
KRELLER, *Römisches Recht* 2. - *Privatrecht* (1950).
LEAGE, *Roman private law, Foundet on the Institutes of Gaius and Justinian*[3] (1961).
LEE, *Elements of Roman law*[4] (1956).

LIEBS, *Römisches Recht, Ein Studienbuch* (1975).
LONGO (G.), *Manuale elementare di diritto romano*[2] (1953).
MARTON, *A római magánjog elemeinek tankönyve, Institutiok* (1957).
MEIRA, *Instituçoes de direito romano*[3] (1968).
MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* (1908).
MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* 1[6] (1947), 2[4] (1948; rist. in unico vol. 1970).
MONIER, CARDASCIA, IMBERT, *Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du moyen âge* (1955).
NARDI, *Istituzioni di diritto romano* A - *Testi* 1 (Milano 1973), B - *Testi* 2 (1975), C - *Guida ai testi* (1975).
NOVICKIJ PERETJERSKIJ, *Rimskoje ciastnoie pravo* (1948).
OSUCHOWSKI, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*[3] (1967).
OURLIAC, DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, 2 voll. (1957).
PACCHIONI, *Corso di diritto romano* 2[2]. - *Diritto privato* (1920).
PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*[3] (1935).
PEÑA GUZMÁN, ARGÜELLO, *Derecho romano*, 2 voll. (1962).
PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*[2], 2 voll. (1928; rist. 1963).
PETROPOULOS, Ἱστορία καὶ εἰσηγήσεις τοῦ ρωμαικοῦ δικαίου[2] (1963).
PUHAN, *Rimsko prawo, Isveska* (1956).
RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1915; rist. 1955).
RADIN, *Handbook of Roman law* (1927).
RICCOBONO, *Corso di istituzioni di diritto romano* (1913).
ROBY, *Roman private law* (1905).
SAMPER POLO, *Curso de derecho romano*, 2 voll. (1967, 1969).
SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*[5] (1964).
SANTA CRUZ TEIJEIRO, *Instituciones de derecho romano* (1946).
SCHILLER, *Roman law*[2] (1967).
SCHULZ, *Classical Roman law* (1951).
SCHWIND, *Römisches Recht* 1[2] (1971).
SCIASCIA, *Manual de direito romano* (1957; tr. it. 1969).
SEIDL, *Römisches Privatrecht*[2] (1963).
SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*[8] (1909).
SIBER, *Römisches Privatrecht* (1928; rist., insieme al vol. *Röm. Rechtsgesch.* cit. al n. 5, 1968).
SOHM, MITTEIS, WENGER, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*[17] (1923; rist. 1949).
STOJCEVIC, *Rimsko privatno prawo*[3] (1970).
TAUBENSCHLAG, *Rzymskie prawo prywatne* (1955).
TOMULESCU, *Drept privat roman* (1973).
VAN OVEN, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*[3] (1948).
VAN WARMELO, *Die oorsprong en betekcnis van die Romeinse Reg*[2] (1965).
VÉNÉDIKOV, ANDRÉEV, *Rimsko prawo* (1949).
VISO, *Derecho romano* 1. - *Personas y derecho de familia* (1969).

VOCI, *Istituzioni di diritto romano*[3] (1954).
VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* (s.d., ma 1961).
WATSON, *The law of obligations in the later roman Republic* (1965); *The law of persons in the later roman Republic* (1967); *The law of property in the later roman Republic* (1968); *Roman private law around 200 d.C.* (1971).
WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*[2] (1949).
WILINSKI, *Das römische Recht, Geschichte und Grundbegriffe des Privatrechts mit einem Anhang über Strafrecht und Strafprozess* (1966).

Ancora utili sono i seguenti manuali pandettistici.
DERNBURG, *Pandekten*[8], a cura di SOKOLOWSKI, 4 voll. (1910-1912; tr. it. di CICALA, 1903-1907).
GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, lib. 1-28 (1790-1830), continuato da MÜHLENBRUCH, FEIN, ARNDTS, LEIST, BURCKHARDT, lib. 29-44 (1832-1896) (= 63 tomi; tr. it. a cura di vari autori, col titolo *Commentario alle Pandette*).
WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*[9], a cura di KIPP, 3 voll. 1900-1906; tr. it. con note di FADDA e BENSA, 1902-1914, rist. 1930).

8. OPERE GENERALI SUL PROCESSO PRIVATO.

ALVAREZ SUÁREZ, *Curso de derecho romano* 2. - *Derecho procesal civil* (1951).
ARANGIO-RUIZ, *Cours de droit romain, Les actions* (1935).
ARANGIO-RUIZ, *Corso di diritto romano, Il processo privato* (1951).
BEHRENDS, *Der Zwölftafelprozess* (1974).
BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 2 voll. (1871-1873).
BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, serie II: *Il processo civile*, 3 voll. (1913-1915).
BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, 3 voll. (1864-1866; rist. 1959).
BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico* (1968).
BUONAMICI, *Storia della procedura civile romana* (1886).
COSTA, *Profilo storico del processo civile romano* (1918).
DE AVILA MARTEL, *Derecho romano* 3. - *Organizacion judicial y procedimento civil* (1962).
DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano* (1937).
FUENTESECA, *Investigaciones de derecho procesal romano* (1969).
GIFFARD, *Leçons de procédure civile romaine* (1932).
GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains* 1 (1901).
GUGINO, *Trattato storico della procedura civile romana* (1873).
KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (1872).
KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966).

KELLER, WACH, *Der römische Civilprozess und die Actionen*[6] (1883; rist. 1966; tr. it. della 2ª ed. a cura di FILOMUSI-GUELFI, 1872).
KELLY, *Roman litigation* (1966).
LUZZATTO, *Procedura civile romana* 1 (1945-1946), 2 (1947-1948), 3 (s.d., ma 1950).
LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo 'extra ordinem'* 1 (1965).
PUGLIESE, *Il processo civile romano* 1. - *Le 'legis actiones'* (1961-1962); 2. - *Il processo formulare* 1 (1963).
PUGLIESE, *Il processo formulare, Lezioni*, 2 voll. (1947-1948, 1948-1949).
SCIALOJA, *Procedura civile romana* (1936).
SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess* (1969).
WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrecht* (1925; tr. it. di ORESTANO, 1938).
WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, 2 voll. (1888-1891).
WLASSAK, *Zum römischen Provinzialprozess* (1919).
ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustinianeo* (1965).

9. PRINCIPALI RIVISTE ROMANISTICHE.

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. Prima serie: voll. 1-41 (1888-1933); seconda serie: voll. 42-61 (1934-1958); terza serie: dal vol. 62 (1959). Annuale.

Index = *Index, Quaderni camerti di studi romanistici, International survey of roman law* (Camerino, dal 1970). Annuale.

Iura = *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico* (Catania). Fondata nel 1950, esce in volumi annuali (dal 1957 in due parti).

Labeo = *Labeo. Rassegna di diritto romano* (Napoli). Fondata 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 étr.*, voll. 1-15 (1855-1869); *Rev. de législation ancienne et moderne franç. et étr.*, voll. 1-6 (1870-1876); *Nouvelle rev. hist. de dr. franç. et étr.*, voll. 1-45 (1877-1921); *Rev. hist.* ecc. (quella attuale), quarta serie, dal 1922.

RIDA. = *Revue internationale des droits de l'antiquité* (Bruxelles). Fondata nel 1948, ha convissuto due anni, in unico volume, con gli *Arch. d'hist. du dr. oriental* (= *ARIDA.* 1952-1953), poi li ha assorbiti (dal 1954). Annuale.

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

T. = *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire du droit. The legal history review* (Leiden). Dal 1919 con interruzione per un decennio. Dapprima trimestrale, dal 1973 semestrale. Non esclusivamente romanistica.

ZSS. = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (Weimar). La più illustre rivista romanistica: 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 dal Savigny (15 voll., 1815-1850), e la *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte* (13 voll., 1861-1878).

10. Altri periodici.

È opportuno fornire un elenco (incompleto) di altri periodici interessati all'antichità romana, anche allo scopo di indicare le abbreviazioni e le sigle. Per più diffuse indicazioni, cfr. *Zeitschriftenverzeichnis*, in *Auftrag des Deutschen Archälogischen Instituts* bearbeitet von G. Bruns (1964): indice bibliografico delle riviste riguardanti il mondo antico, disposte in ordine alfabetico, con rinvii alle discipline da esse trattate.

AA. = *Acta antiqua Academiae scientiarum Hungaricae* (Budapest, dal 1953).

AAL. = *Atti dell'Accademia dei Lincei. Classe scienze morali* (Roma).

ABW. = *Abhandlungen der bayerischen Akademie der Wissenschaften. Philosoph.-hist. Abteilung* (München, dal 1823; ultima serie, col titolo definitivo, dal 1929).

AC. = *L'Antiquité Classique* (Bruxelles, dal 1930).

ACP. = *Archiv für die civilistische Praxis* (Tübingen, dal 1820; ultima serie dal 1925).

AE. = *Aegyptus. Rivista italiana di egittologia e di papirologia* (Milano, dal 1920).

Aevum = *Aevum. Rassegna di scienze storiche linguistiche e filologiche* (Milano, dal 1927).

AG. = *Archivio Giuridico 'Filippo Serafini'* (Modena, dal 1868; sesta serie, quella attuale, dal 1945).

AHDE. = *Anuario de historia del derecho español* (Madrid, dal 1924).

AI. = *Acta juridica* (Capetown, dal 1958).

AIV. = *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti* (dal 1840; ultima serie, col titolo attuale, dal 1926).

ANA. = *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli* (dal 1864).

AP. = *Archiv. für Papyrusforschung* (Leipzig, dal 1900).

Archid. = Ἀρχεῖον ἰδιωτικοῦ Δικαίου (Ἀθῆναι, dal 1934).

ASD. = *Annali di storia del diritto* (Milano, dal 1958).
ASW = *Abhandlungen der phil.-hist. Kl. der sächsischen Akademie der Wissenschaften* (Leipzig, dal 1850; col titolo attuale, dal 1920).
ATH. = *Athenaeum* (Pavia, dal 1913; nuova serie, dal 1923).
ATO. = *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino* (dal 1865).
ATRI = *Annali triestini, a cura dell'Università di Trieste* (dal 1931; nuova serie dal 1939).
AUBA. = *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari* (nuova serie dal 1938).
AUCA. = *Annali dell'Università di Camerino* (dal 1926; nuova serie, dal 1934).
AUCT. = *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania* (nuova serie dal 1946).
AUFE. = *Annali dell'Università di Ferrara* (dal 1936).
AUGE. = *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova* (dal 1962).
AUI. = *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* (dal 1957).
AUMA. = *Annali dell'Università di Macerata* (dal 1926).
AUME. = *Annali dell'Istituto di Scienze giuridiche ed economiche dell'Università di Messina* (dal 1927).
AUPA. = *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* (dal 1916).
AUPE. = *Annali dell'Università di Perugia* (dal 1885; settima serie, quella attuale, dal 1946).
AUW. = *Acta Universitatis Wratislaviensis* (Wroclaw).
BSGW. — *Berichte der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften* (Leipzig dal 1846; ultima serie, col titolo attuale, dal 1919).
Ch. = *Chiron, Mitteilungen der Kommission für alte Geschichte und Epigraphik der deutschen archëologischen Institut* (München, dal 1971).
CPH. = *Czasopismo prawno-historyczne* (Warszawa, dal 1949).
CR. = *Classical Review* (London dal 1877; ultima serie, Oxford, dal 1951).
FI. = *Il Foro Italiano* (Roma, dal 1876).
Fil. = *Il Filangieri* (Milano, dal 1876).
GI. = *Giurisprudenza Italiana* (Torino, dal 1860).
Gn. = *Gnomon* (Berlin, München, dal 1924).
Historia = *Historia, Zeitschrift für alte Geschichte* (Wiesbaden, dal 1950).
HZ. = *Historische Zeitschrift* (München dal 1859; ultima serie, dal 1906).
JAWG. = *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen* (Göttingen).
JP. = *Journal of juristic Papirology* (Warszawa, dal 1946).
JRS. = *Journal of Roman Studies* (London, dal 1911).
Ius = *Ius. Rivista di scienze giuridiche* (Milano, dal 1940; ultima serie in corso).
Lat. = *Latomus. Revue d'études latines* (Bruxelles, dal 1937).

LQR. = *The Law Quarterly Review* (London, dal 1885).

MAB. = *Memorie dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna* (dal 1906; ultima serie, dal 1937).

MAL. = *Memorie della Classe di Scienze morali, storiche e filologiche dell'Accademia dei Lincei* (Roma).

MAM. = *Memorie dell'Accademia di Modena* (dal 1833; ultima serie, dal 1926).

MEFRA. = *Mélanges de l'École Française de Rome, Antiquité* (Roma).

Mn. = *Mnemosyne* (Leyden, Lungduni, Batavorum, dal 1852; ultima serie, dal 1948).

MT. = *Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino* (nuova serie dal 1928).

NAG. = *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Philolog.-hist. Kl.* (dal 1845; ultima serie, col titolo attuale, dal 1941).

PP. = *La parola del passato* (Napoli, dal 1946).

PSI. = *Pubblicazioni della Società italiana di Papiri greci e latini* (Firenze).

PUMO. = *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena* (dal 1925).

Quaderni fiorentini = *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (Firenze, dal 1972).

RAB. = *Rendiconti dell'Accademia dell'Istituto di Bologna* (dal 1826; ultima serie, dal 1937).

RADR. = *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho romano* (Córdoba, dal 1954).

RAL. = *Rendiconti dell'Accademia dei Lincei* (Roma, ottava serie dal 1957).

RDC. = *Rivista di diritto civile* (Padova, dal 1955).

RDCo. = *Rivista di diritto commerciale* (Milano, dal 1903).

RDN. = *Rivista di diritto della navigazione* (Roma, dal 1935).

RDP. = *Rivista di diritto processuale civile* (Padova, dal 1924).

REL. = *Revue des études latines* (Paris, dal 1923).

RGD. = *Revue générale de droit* (Paris, dal 1877).

RIL. = *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Classe Lettere* (dal 1864; ultima serie, dal 1937).

RISG. = *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (Roma, dal 1886).

Riv. fil. istr. class. = *Rivista di filologia e istruzione classica* (Torino, dal 1873; nuova serie dal 1923).

Riv. filos. = *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (Genova, dal 1921).

Riv. stor. ital. = *Rivista storica italiana* (Napoli).

Rom. = *Romanitas. Revista de cultura romana* (Rio de Janeiro, dal 1958).

RSA. = *Rivista storica dell'antichità* (Bologna, dal 1972).

RSDI. = *Rivista di storia del diritto italiano* (Roma, voll. 1-16, 1928-1943; Milano, dal 1944).

SAW. = *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften* (Wien, dal 1848; ultima serie, dal 1913).

SB. = *Sitzungsberichte der Berliner Akademie der Wissenschaften* (dal 1836: ultima serie, dal 1948).
SBA. = *Sitzungsberichte der Bayerischer Akademie der Wissenschaften* (München, dal 1860; ultima serie, dal 1942).
SDSD. = *Studi e documenti di storia e diritto* (Roma, dal 1880).
Sem. = *Seminar* (Lancaster-Washington, dal 1943).
SG. = *Studium generale* (Berlin, dal 1948).
SHAW. = *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften* (dal 1910).
SPA. = *Studi Pavia* (a cura dell'Università di Pavia; dal 1912).
SPR. = *Studi parmensi* (a cura dell'Università di Parma; dal 1951).
SSA. = *Studi sassaresi* (a cura dell'Università di Sassari; dal 1901: seconda serie, quella attuale, dal 1921).
SSE. = *Studi senesi* (a cura dell'Università di Siena; dal 1884).
SU. = *Studi urbinati* (a cura dell'Università di Urbino; dal 1927).
SUC. = *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* (dal 1909).
WS. = *Wiener Studien* (dal 1879).
ZGR. = *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Berlin, dal 1815).

11. Enciclopedie e lessici.

Per una prima informazione sono utili: Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman law* (v. *retro* n. 2); Gutierez Alviz, *Diccionario de derecho romano* (1948); Monier, *Petit vocabulaire de droit romain*[4] (1949); *Taschenwörterbuch zum "Corpus iuris civilis"*[8] (1971); Kucharsky, *Právnicky slovnik a právnické texty latinské* (1967); Ankum, Hartkamp, *Romeinsrechtelijk Handwoordenbock* (1973).

Principali opere enciclopediche sono le seguenti.
ED. = *Enciclopedia del diritto* voll.: 1 *Ab-Ale* (1958); 2 *Ali-Are* (1958); 3 *Ari-Atti* (1958); 4 *Atto-Bana* (1959); 5 *Banca-Can* (1959); 6 *Cap-Cine* (1960); 7 *Cir-Compa* (1960); 8 *Compe-Cong* (1961); 9 *Coni-Contratto* (1961); 10 *Contratto-Cor* (1962); 11 *Cosa-Delib* (1962); 12 *Delitto-Diritto* (1964); 13 *Dis-Dopp* (1964); 14 *Dote-Ente* (1965); 15 *Entr-Esto* (1966); 16 *Estr-Fat* (1967); 17 *Fav-Forn* (1968); 18 *Foro-Giud* (1969); 19 *Giunta-Igi* (1970); 20 *Ign-Inch* (1970); 21 *Inch-Interd* (1971); 22 *Intere-Istig* (1972); 23 *Istit-Legge* (1973); 24 *Legis-Locus* (1974); 25 *Lodo-Matr* (1975).
NNDI. = *Novissimo digesto italiano* voll.: 1, tomo 1° *A-Ap* (1957); 1, tomo 2° *Aq-Ay* (1958); 2 *Az-Cas* (1958); 3 *Cat-Cond* (1959); 4 *Conf-Cre* (1959); 5 *Cri-Dis* (1960) 6 *Dit-Fall* (1960); 7 *Fals-Go* (1961); 8 *Gr-Inva* (1962); 9 *Inve-L* (1963); 10 *Ma-Mu* (1964); 11 *N-Ora* (1965); 12 *Ord-Pes* (1965); 13 *Pet-Proc* (1966); 14 *Prod-Ref* (1967); 15 *Reg-Rip*

(1968); 16 *Ris-Sen* (1969); 17 *Sep-Spe* (1970); 18 *Spi-Ten* (1971); 19 *Teo-Ulp* (1973); 20 *Un-Z* (1975).

PW. = PAULY, WISSOWA (ed altri), *Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft.* Opera fondamentale pubblicata dal 1894 con il seguente criterio: i voll. (24 in varî tomi) della 1ª serie contengono le lettere *A-Q*; i voll. (10 in varî tomi) della 2ª serie, indicati solitamente con l'aggiunta di una 'A', contengono le lettere *R-Z*; sono stati pubblicati inoltre sinora vari voll. di *Supplementa* (sino dal 1903). — In particolare, la *PW.* è così di seguito articolata: 1.1 (1894) *Aal-Alexandros*; 1.2 (1894) *Alexandros-Apollokrates*; 2.1 (1895) *Apollon-Artemis*; 2.2 (1896) *Artemisia-Barbaroi*; 3.1 (1897) *Barbarus-Campanus*; 3.2 (1899) *Campanus-Claudius*; 4.1 (1900) *Claudius-Cornificius*; 4.2 (1901) *Corniscae-Demodoros*; 5.1 (1903) *Demogenes-Donatianus*; 5.2 (1905) *Donatio-Ephoroi*; 6.1 (1907) *Ephoros-Eutychos*; 6.2 (1909) *Euxantios-Fornaces*; 7.1 (1910) *Fornax-Glykon*; 7.2 (1912) *Glykyrrhiza-Helikeia*; 8.1 (1912) *Helikon-Hestia*; 8.2 (1913) *Hestiaia-Hyagnis;* 9.1 (1914) *Hyaia-Imperator*; 9.2 (1916) *Imperium-Jugum*; 10.1 (1917) *Jugurtha-Ius Latii*; 10.2 (1919) *Ius liberorum-Katochos*; 11.1 (1921) *Katoikoi-Komödie*; 11.2 (1922) *Komogrammateus-Kynegoi*; 12.1 (1924) *Kynesioi-Legio*; 12.2 (1925) *Legio-Libanon*; 13.1 (1926) *Libanos-Lokris*; 13.2 (1927) *Lokroi-Lysimachides*; 14.1 (1928) *Lysimachos-Mantike*; 14.2 (1930) *Mantikles-Mazaion*; 15.1 (1931) *Mazaios-Mesyros*; 15.2 (1932) *Met-Molaris lapis*; 16.1 (1933) *Molatzes-Myssi*; 16.2 (1935) *Mystagogos-Nereae*; 17.1 (1936) *Nereiden-Numantia*; 17.2 (1937) *Numen-Olympia*; 18.1 (1939) *Olympia-Orpheus*; 18.2 (1942) *Orphische Dichtung-Palatini*; 18.3 (1949) *Palatinus-Paranatellonta*; 18.4 (1949) *Paranomon-Pax*; 19.1 (1937) *Pech-Petronius*; 19.2 (1938) *Petros-Philon*; 20.1 (1941) *Philon-Pignus*; 20.2 (1950) *Pigranes-Plautinus*; 21.1 (1951) *Plautius-Polemokrates*; 21.2 (1952) *Polemon-Pontanene*; 22.1 (1953) *Pontarches-Praefectianus*; 22.2 (1954) *Praefectura-Priscianus*; 23.1 (1957) *Priscilla-Psalychiadai*; 23.2 (1959) *Psymathe-Pyramiden*; 24 (1963) *Pyramos-Quosenus*; 1.A1 (1914) *Ra-Ryton*; 1.A2 (1920) *Saale-Sarmathon*; 2.A1 (1921) *Sarmatia-Selinos*; 2.A2 (1923) *Selinuntia-Sila*; 3.A1 (1927) *Silacensis-Sparsus*; 3.A2 (1929) *Sparta-Stluppi*; 4.A1 (1931) *Stoa-Symposion*; 4.A2 (1932) *Symposion-Tauris;* 5.A1 (1934) *Taurisci-Thapsis*; 5.A2 (1934) *Thapsos-Thesara*; 6.A1 (1936) *Thesauros-Timomachos*; 6.A2 (1937) *Timon-Tribus*; 7.A1 (1939) *Tributum-Tullius*; 7.A2 (1948) *M. Tullius Cicero-Valerius*; 8.A1 (1955) *Valerius Fabrianus-P. Vergilius Maro*; 8.A2 (1958) *P. Vergilius Maro-Vindeleia*; 9.A1 (1961) *Vindelici-Vulca*; 9.A2 (1967) *Vulcanius-Zenius*; 10 A1 (1972) *Zenobia-Zythos*; 1 *Suppl.* (1903: *Aba-Demokratia*); 2 *Suppl.* (1913: *Herodes-Herodotos*); 3 *Suppl.* (1920: *Aachen- Iuglandem*); 4 *Suppl.* (1924: *Abacus-Ledon*); 5 *Suppl.* (1931: *Agamemnon-Statilius*); 6 *Suppl.* (1935: *Abretten-*Θουνούδρομον); 7 *Suppl.* (1940: *Adobogiona-*Τριακαδιεῖς); 8 *Suppl.* (1956: *Achaios-Valerius*); 9 *Suppl.* (1962: *Acilius-Utis*); 10 *Suppl.*

(1964: *Accaus-Uttiedius*); 11 *Suppl.* (1968: *Abragila-Zengisa*); 12 *Suppl.* (1970: *Abdigildus-Thukydides*); 13 *Suppl.* (1973: *Africa proc.-Viae publ. Rom.*); 14 *Suppl.* (1974: *Aelius-Zone*).

PWK. = *Der kleine Lexikon der Antike*, auf der *Grundlage von PW.*, edito da ZIEGLER e SONTHEIMER, in fasc. dal 1962 (in corso: il 24° fasc. contiene le voci *Sponsio-Thunfisch* [1974]).

Fra le enciclopedie ormai invecchiate si segnalano altresì: *DI.* = *Digesto italiano* (dal 1899); *EG.* = *Enciclopedia giuridica italiana* (dal 1884, incompleta); *NDI.* = *Nuovo digesto italiano* (dal 1937).

Altre trattazioni generali per voci ordinate alfabeticamente sono quelle appresso indicate.

DE. = *Dizionario epigrafico di antichità romane*, di E. DE RUGGIERO (dal 1895, fino alla lettera *L*, incompleto, rist. 1961).

DS. = DAREMBERG, SAGLIO, POTTIER, LAFAYE, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*[2], 6 voll. (1875-1912).

Lexikon der alten Welt, edito da ANDERSEN, ERBSE ed altri (1965).

Oxford classical dictionary[2], vari voll. (1970).

Lessici principali da consultare sono i seguenti.

TLL. = *Thesaurus linguae Latinae* (incompleto).

DIRKSEN, *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum* (1837).

HEUMANN, SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*[9] (1907; rist. 1971).

ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire éthymologique de la langue latine*[4], 2 voll. (1959-1960).

WALDE, HOFMANN, *Latenisches etymologisches Wörterbuch*[3], 2 voll. e varî suppl. (dal 1938).

12. MEZZI AUSILIARI DELLO STUDIO STORICO-CRITICO DELLE FONTI GIURIDICHE ROMANE.

Sono, anzi tutto, i seguenti vocabolari tecnici.

VIR. = *Vocabularium iurisprudentiae Romanae*. Riporta in ordine alfabetico un elenco completo di tutte le parole contenute nei testi della giurisprudenza romana. Nelle singole voci i passi sono distribuiti per autore e quindi per ordine cronologico. Il che permette di studiare il linguaggio dei singoli giuristi e lo svolgimento della terminologia tecnica nelle varie epoche. — Dell'opera (dal 1894, a cura di GRADENWITZ, KÜBLER, ora di SCHWARZ ed altri) sono sinora usciti i voll.: 1 (lettere A-C), 2 (D-G), 3 fasc. 1-4 (H-ita), 4 fasc. 1-2 (N.-per), 5 (R-Z). — Il *VIR.*, per la parte relativa ai *Digesta*, è stato compilato sulla *ed. maior*. I compilatori hanno, cioè, riscontrato le parole, seguendo pagina per pagina, rigo per rigo,

la citata edizione. Pertanto, essi hanno segnato dapprima il numero della pagina e poi quello del rigo in cui la parola ricorre, indicando, in maniera abbreviata, il nome del giurista dalla cui opera è stato estratto il frammento contenente la parola data. Poiché la *ed. maior* è in due volumi (I vol.: lib. 1-29; II vol.: lib. 30-50), per indicare che la citazione si riferisce al secondo volume, si è messa una lineetta sul numero relativo al rigo (cioè sul secondo numero). Chi non dispone della detta *ed. maior* può servirsi di due mezzi: delle 'tavole di confronto', contenute nelle prime 75 pagine del primo fascicolo del *VIR*; ovvero di una edizione Mommsen-Krüger del D., dalla quindicesima, in quanto da tale edizione sono stati segnati ai margini dei testi, per ogni singola pagina, la pagina ed il rigo corrispondenti della *ed. maior*.

VCI. = *Vocabolarium Codicis Iustiniani* (1923-1925; rist. 1965). È diviso in due parti: la prima (*Pars Latina*, edita da VON MAYR) è relativa alle parole contenute nelle costituzioni in latino; la seconda (*Pars Graeca*, edita da SAN NICOLÒ) alle parole contenute nelle costituzioni in greco. Le parole sono disposte in ordine alfabetico e, accanto a ciascuna di esse, sono indicati i singoli passi del Codice in cui ricorre. Correzioni sono state suggerite dal KRÜGER, *Berichtigungen zu dem von R. Mayr herausgegebenen 'Voc. Cod. Iust., pars prior (Latina)'*, in *ZSS.* 1927.

VII. = *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti.* Opera di AMBROSINO (1942), si divide in tre parti: la prima delle voci latine (p. 1 ss); la seconda dei nomi propri (p. 301 ss.); la terza delle voci greche (p. 309 ss.). Il sistema di esposizione è quello adottato dal von Mayr e dal San Nicolò nel *VCI.*, salvo che, oltre all'indicazione del passo, in cui ogni singola voce si rinviene, vi è anche la indicazione del rigo relativo alla edizione del Krüger (dalla quindicesima).

Altri lessici utili sono i seguenti.

Ergänzungsindex zu Ius und Leges, di LEVY (1930).

Heidelberger Index zum Theodosianus ed *Ergänzungsband zum Theodosianus*, di GRADENWITZ (1929).

Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano, di C. LONGO (in *BIDR.* 1897-1898).

Per un indice dell'Authenticum, di REGGI (estr. da *Studi Parmensi*, 1966).

Wortindex zur 7 Aufl. von BRUNS, *'Fontes iuris Romani antiqui'* (1912; rist. 1958).

Vocabolario delle Istituzioni di Gaio, di P. P. ZANZUCCHI (1910; rist. 1961; integrato da DE SIMONE, in *Labeo* 1962).

Lessico di Gaio a cura di LABRUNA e DE SIMONE, vol. I *A-G* (1971).

Tra gli indici che elencano i risultati raggiunti dalla dottrina romanistica si segnalano i seguenti.

Index itp. = *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, a cura di LEVY e RABEL. — Ha la medesima struttura dei *Digesta*: è diviso cioè in libri, titoli, frammenti e paragrafi. Solo che al numero di ciascun frammento o paragrafo non segue il riferimento del testo, ma vengono annotate con particolari segni ed abbreviazioni quelle parole e quelle frasi del testo medesimo che sono state sospettate di interpolazione; vi è poi la ricostruzione del testo classico eventualmente proposta, con l'indicazione dell'autore che ha sospettato l'interpolazione o proposto la ricostruzione e lo scritto in cui ha preso in considerazione il testo (con l'indicazione della pagina). — L'*Index itp.* si compone di tre volumi e di un supplemento: si arresta al 1936, nonostante ne sia in elaborazione la continuazione (sino al 1964) presso l'Università di Heidelberg. — L'*Index itp.* viene idealmente proseguito, sia pure con criteri diversi che tengono conto delle mutate esigenze e dei nuovi orientamenti della scienza romanistica, da un *Index interpretationum*, inserito annualmente nell''Indice delle fonti' della rivista *Iura*. Tale nuovo *Index* segnala non più soltanto i testi ritenuti interpolati dalla dottrina, ma tutti i principali testi giuridici romani e bizantini che sono stati comunque oggetto di particolare esame critico o esegetico nelle 'monografie' pubblicate nell'anno precedente l'uscita di ogni volume di *Iura*, a cominciare dal 1965.

Index itp. CI. = *Index interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur*, a cura di BROGGINI. — Per la sua funzione e la sua strutturazione cfr. *supra sub Index itp.* — Ne è stato pubblicato, nel 1969, soltanto il 1° volume, 'in quo ea commemorantur, quae viri docti in scriptis ante annum 1936 edictis suspicati sunt'.

Reg. CTh. = *Registro delle alterazioni (glossemi ed interpolazioni) nelle costituzioni del Codice Teodosiano e nelle Novelle post-teodosiane segnalate dalla critica*, a cura di M. A. DE DOMINICIS, in *BIDR.* 1953, con *Supplemento* (relativo al solo CTh.), in *Iura* 1964.

Ind. glosse = *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustinianee occidentali*, curato da VOLTERRA, in *RSDI.* 1935-1936 (incompleto).

Le interpolazioni risultanti dal confronto tra il Gregoriano, l'Ermogeniano, il Teodosiano, le novelle post-teodosiane ed il Codice giustinianeo, a cura di MARCHI, in *BIDR.* 1906.

Confronti testuali, Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee, di CHIAZZESE, in *AUPA.* 1931, il cui indice delle fonti è stato redatto da METRO, in *Iura* 1966.

Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani, di GUARNERI CITATI. Contiene in disposizione alfabetica una raccolta di quelle parole, locuzioni, modi e costrutti che sono stati sospettati dalla dottrina come estranei al linguaggio dei giureconsulti romani o, quanto meno, usati con particolare frequenza dai postclassici,

e da questi adoperati in un particolare significato, diverso da quello classico. Pubblicato nel 1927, si è arricchito in seguito di due supplementi (l'uno inserito negli *St. Riccobono* 1 [1936], l'altro in *Fs. Koschaker* 1 [1939]).

L'*appendice* di LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani* (1938) su le parole ed i costrutti che, ritenuti interpolati nell'opera della giurisprudenza, sono adoperati, invece, dai retori.

13. RACCOLTE DI SCRITTI DI UNO STESSO AUTORE.

ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*: 1. - *Persona e famiglia* (1933); 2. - *Diritti reali e possesso* (1941); 3. - *Obbligazioni* (1936); 4. - *Eredità e processo* (1946); 5. - *Storia, metodologia, esegesi* (1937); 6. - *Saggi critici e studi vari* (1953).

ALIBRANDI, *Opere giuridiche e storiche* (1896).

ARANGIO-RUIZ, *Rariora* (1946; rist. 1970). *Scritti di diritto romano*: 1 (1974); 2 (1974). *Studi epigrafici e papirologici* (1974).

ARCHI, *Giustiniano legislatore* (1970).

BACHOFEN, *Gesammelte Werke*: 8. *Antiquarische Briefe* (rist. 1966).

BAVIERA, *Scritti giuridici* (1909).

BENGTSON, *Kleine Scriften zur alten Geschichte* (1974).

BERVE, *Gestaltende Kräfte der Antike*[2] (1966).

BIONDI, *Scritti giuridici* (1966): 1. - *Diritto romano, Problemi generali*; 2. - *Fonti, Diritto pubblico, penale, processuale civile*; 3. - *Diritto privato*; 4. - *Diritto moderno, Varietà.*

BOYANCÉ, *Études sur la religion romaine* (1972).

BONFANTE, *Scritti giuridici vari*: 1. - *Famiglia e successione* (1916); 2. - *Proprietà e servitù* (1918); 3. - *Obbligazioni, comunione, possesso* (1921); 4. - *Studi generali di diritto, di legislazione, di scienze politiche* (1926).

BORTOLUCCI, *Studi romanistici* (1906).

BRASIELLO, *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati* (1954).

BRASSLOFF, *Studien zür römischen Rechtsgeschichte* (1925).

BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (1971).

BROGGINI, *Coniectanea* (1966).

BRUCK, *Über römisches Recht im Rhamen der Kulturgeschichte* (1954).

CALASSO, *Scritti* (= *ASD.*, 1965); *Storicità del diritto* (1966).

CASTELLI, *Scritti giuridici* (1923).

CIAPESSONI, *Studi su Gaio* (1943).

COLI, *Scritti di diritto romano*, 2 voll. (1973).

COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*: 1 (1912); 2 (1925); 4 (1932); 5 (1947).

COSENTINI, *Miscellanea romanistica* (1956).

CRIFÒ, *Note critico-bibliografiche di diritto romano pubblico e privato* (1970).
DE DOMINICIS (M. A.), *Scritti romanistici* (1970).
DE FRANCISCI, *Saggi romanistici* 1 (1913).
DE SANCTIS, *Scritti minori*, 2 voll. (1972).
DE VISSCHER, *Études de droit romain* (1931); *Nouvelles études de droit romain public et privé* (1949); *Études de droit romain public et privé*, 3ª ser. (1966).
EISELE, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte* (1896); *Studien zur römischen Rechtsgeschichte* (1912).
FADDA, *Studi e questioni di diritto* (1910).
FERRARI DALLE SPADE, *Scritti giuridici*, 3 voll. (1953-1956).
FERRINI, *Opere* (1929-30): 1. - *Studi di diritto romano bizantino*; 2. - *Studi sulle fonti del diritto romano*; 3-5. - *Studi vari di diritto romano e moderno*.
GELZER, *Kleine Schriften* (1962).
GEORGESCU, *Études de philologie juridique et de droit romain* (1940).
GIFFARD, *Études de droit romain* (1972).
GIRARD, *Mélanges de droit romain*, 2 voll. (1912-1913).
GUARINO, *Le origini quiritarie, Raccolta di scritti romanistici* (1973).
HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain* (1929).
IGLESIAS, *Estudios: Historia de Roma, Derecho romano, Derecho moderno* (1968).
JHERING, *Abhandlungen aus dem römischen Recht* (1885; rist. 1968).
KUNKEL, *Kleine Schriften, Zum römischen Strafverfahren und römischen Verfassungsgeschichte* (1974).
LATTE, *Kleine Schriften zu Religion, Recht, Literatur und Sprache der Griechen und Römer* (1968).
LEVY, *Gesammelte Schriften*, 2 voll. (1963).
LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain* (1934); *Nouvelles études sur le très ancien droit romain* (1947).
LONGO (G.), *Ricerche romanistiche* (1966).
MOMMSEN, *Juristische Schriften*, 3 voll. (1905-1907): sono i primi tre volumi delle *Gesammelte Schriften* (1905-1913).
NOAILLES, *Fas et Jus, Études de droit romain* (1948).
PAMPALONI, *Scritti giuridici* (1941).
PARADISI, *Civitas maxima, Studi di storia del diritto internazionale*, 2 voll. (1974); *Apologia della storia giuridica* (1973).
PARTSCH, *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften* (1931).
PERNICE, *Miscellanea zum Rechtsgeschichte und Texteskritik* (1870).
PEROZZI, *Scritti giuridici* (1948): 1. - *Proprietà e possesso*; 2. - *Servitù e obbligazioni*; 3. - *Famiglia, successione, procedura e scritti vari*.
PIGANIOL, *Scripta varia* 1. - *Généralités*, 2. - *Les origines de Rome et la République*, 3. - *L'Empire* (1973).

PRINGSHEIM, *Gesammelte Abhandlungen*, 2 voll. (1961).
RABEL, *Gesammelte Aufsätze*: 4. - *Arbeiten zur altgriechischen, hellenistischen und römischen Rechtsgeschichte* (1971).
RAGGI, *Scritti* (1975).
RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*: 1. - *Studi sulle fonti* (1957); 2. - *Dal diritto romano classico al diritto moderno, A proposito di D. 10.3.14* (1964).
ROTONDI, *Scritti giuridici* (1922): 1. - *Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*; 2. - *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*; 3. - *Studi di diritto romano attuale*.
SCHILLER, *An american experience in roman law, Writtings from publications in the United States* (1971).
SCIALOJA (V.), *Studi giuridici*: 1-2. - *Diritto romano* (1933-34).
SCIASCIA, *Varietà giuridica, Scritti brasiliani di diritto romano e moderno* (1956).
SEGRÈ, *Scritti giuridici*: 1. (1930); 2. (1938); 4. (1939); *Scritti vari di diritto romano* (1952).
SERRAO, *Classi partiti e legge nella repubblica romana* (1974).
SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*: 1 *(1899-1913)* (1955); 2 *(1913-1924)* (1957); 3 *(1925-1937)* (1960); 4 *(1938-1947)* (1963); 5 *(1947-1956)* (1972); 6 *(Ultimi scritti, Glosse a Gaio, « Notae »)* (1972).
STEIN, *Opera minora selecta* (1968).
STROUX, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik* (1949).
TAMASSIA, *Scritti di storia giuridica* (1964).
TAUBENSCHLAG, *Opera minora*, 2 voll. (1959).
VAN DEN BRINK, *The charm of legal history* (1974).
VASSALLI, *Studi giuridici*, 3 voll. (1960).
YARON, *Mechkarim bemishpat romì* (1968).
WIEACKER, *Gründer und Bewahrer* (1959); *Vom römischen Recht*[2] (1961).
WLASSAK (M.), *Rechtshistorische Abhandlungen* (1965).
WOLFF, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistich-römischen Aegypten* (1961).

14. MISCELLANEE.

Un elenco di miscellanee, con scritti di vari autori, è il seguente.

Acta Congressus iuridici internationalis, 4 voll. (1925) (= *Acta*).
Actes du colloque 1972 sur l'esclavage (1974).
'Aequitas und Bona Fides'. Festgabe für Simonius (1955).
Antologia giuridica romanistica ed antiquaria 1 (1968).
Archives de droit privé, vol. 16, in onore di Pringsheim (1953).
Atti dei Congressi internazionali della Società italiana di storia del diritto (I Congr., 1963; II, 1967) (= *ACISD.*) = *La storia del diritto nel qua-*

dro delle scienze storiche (1966); *La critica del testo*, 2 voll. (1971).
Atti dei Congressi internazionali di scienze storiche (1903) (= *ACSS.*).
Atti dei Congressi nazionali (italiani) di studi romani. (I Congr., 1929; II, 1931; III, 1935; IV, 1938; V, 1939-1946) (= *ACNSR.*).
Atti del Colloquio sul tema « La Gallia romana », promosso dall'Accademia Nazionale dei Lincei in collaborazione con l'École Française de Rome (1973).
Atti del Congresso internazionale di diritto romano di Bologna (1934) (= *ACIB.*).
Atti del Congresso internazionale di diritto romano di Roma (1934) (= *ACIR.*).
Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto di Verona (1948, editi nel 1953) (= *ACIV.*).
Atti del Seminario romanistico internazionale (Perugia-Spoleto-Todi 11-14 ottobre 1971) (1972).
'Augustus'. Studi in onore del bimillenario augusteo (1938).
Aus römischen und bürgerlichen Recht, Festgabe für Bekker (1907).
Beiträge zur alten Geschichte und deren Nachleben, Festscrift Altheim (1969).
Centro studi e documentazione sull'Italia romana, Atti 1 (1967-1968) (1969).
Cicero, ein Mensch seiner Zeit (1968).
Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947 (1950).
Conferenze augustee nel bimillenario della nascita (1939).
Conferenze per il XIV centenario delle Pandette (1931).
Conferenze romanistiche, tenute nella Università di Pavia nell'anno 1939, a ricordo di Castelli (1940).
Conferenze romanistiche, Università Trieste, 1 (1960), 2 (1967).
Das Staatsdenken der Römer (1966).
Daube noster, Essay in legal history for Daube (1974).
Einzelne Probleme der Rechtsgeschichte und des römischen Rechts, Referate der internationalen Arbeitskonferenz für Rechtsgeschichte und römisches Recht (1970).
Eranion Maridakis 1 (1963).
Essays in legal history read before the International Congress of Historical Studies in London in 1913 (1914).
Estudios de derecho romano, Homenaje a Sánchez del Río y Peguero (1967).
Études d'histoire du droit canonique dédiées à Le Bras, 4 voll. (1965).
Études d'histoire du droit privé offerts à Petot (1959).
Études d'histoire juridique offerts à Girard par ses élèves, 2 voll. (1913).
Études offertes à Macqueron (1970).
Festgabe Herdlitczka (1972).
Festschrift Felgenträger (1969).
Festschrift Hanausek (1925).
Festschrift Koschaker, 3 voll. (1939).

Festschrift Lewald (1953).
Festschrift Niedermeyer (1953).
Festschrift Rabel, 2 voll. (1954).
Festschrift Schulz, 2 voll. (1951).
Festschrift Steinwenter (1958).
Festschrift Schnorr von Carolsfeld (1972).
Festschrift Wenger, 2 voll. (1944-1945).
Flores legum Scheltema antecessori Groningano oblati (1971).
Gaio nel suo tempo, Atti del Simposio romanistico (1966).
Gedächtnisschrift Mitteis (1926).
Gedächtnisschrift Peters (1967).
Gedächtnisschrift Seckel (1927).
Gesellschaft und Recht im griechischen-römischen Altertum (1968).
Hommages à Renard, 3 voll. (1969).
In memory of Buckland (= *Tulane Law Review*, vol. 22, 1947).
'Ius et lex'. Festgabe zum 70. Geburstag von Gutzwiller (1959).
Les Empereurs romains d'Espagne, Actes du Colloque international (1965).
Les origines de la République romaine (1967).
L'Europa e il diritto romano, Studi in memoria di Koschaker, 2 voll. (1954).
Mélanges Appleton (1903).
Mélanges Carcopino (1966).
Mélanges Cornil, 2 voll. (1926).
Mélanges De Visscher (= *RIDA*. voll. 2-5, 1949-1950).
Mélanges Falletti (1971).
Mélanges Fitting, 2 voll. (1907-1908).
Mélanges Fournier (1929).
Mélanges Gerardin (1907).
Mélanges Girard, 2 voll. (1912).
Mélanges Huvelin (1938).
Mélanges Lévy-Bruhl (1959).
Mélanges Meylan, 2 voll. (1963).
Mélanges Piganiol, 2 voll. (1966).
Mélanges Schwartz, 4 voll. (1954).
Mélanges Senn (= *Annales Universitatis Saraviensis*, vol. 3, 1954).
Miscellanea Ferrini, Conferenze e studi nel fausto evento della sua beatificazione (1947).
Mnemeion Solazzi (1964).
Mnemosyna Bizoukides (1960-1963).
Mnemosyna Pappulias (1934).
Neue Beiträge zur Geschichte der Alten Welt 2. - *Römisches Reich* (1963).
Per il XIV centenario della codificazione giustinianea (Pubbl. della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pavia), (1933).
Prinzipat und Freiheit (1969).
Recherches sur les structures sociales dans l'antiquité classique (1970).

Recueil d'études en l'honneur de Lambert, 3 voll. (1938).
Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Gény, 3 voll. (1943).
Recueils de la Société Jean Bodin, vari voll. (il 20° 1970).
Ricerche storiche ed economiche in memoria di Barbagallo, 3 voll. (1970).
Scritti per il XL della morte di Bensa (1969).
Scritti di diritto romano in onore di Ferrini, Pubblicati dalla Università di Pavia (1946).
Scritti in onore di Ferrini, Pubblicati in occasione della sua beatificazione (Milano): 1 (1947); 2 (1947); 3 (1948); 4 (1950).
Scritti in memoria di Antonio Giuffré, 1° vol. (1967).
Scritti giuridici raccolti nel centenario della Casa editrice Jovene (1954).
Scritti di diritto ed economia in onore di Mancaleoni (1938).
Scritti giuridici e di scienze economiche pubblicati in onore di Moriani, 2 voll. (1906).
Scritti giuridici in onore di Santi Romano, 4° vol. (1940).
Scritti in memoria di Sereni (1970).
Sein und Werden im Recht, Festgabe für von Lübtow (1970).
Slavery in classical antiquity (rist. 1968).
Spomenica Horvat (1968).
Studien im römischen Recht, Kaser (von seinen Hamburger Schülern gewidmet) (1973).
Studi in memoria di Albertario, 2 voll. (1952).
Studi in memoria di Albertoni, 3 voll. (1935).
Studi in onore di Arangio-Ruiz, 4 voll. (1953).
Studi in onore di Ascoli (s.d.).
Studi di storia e di diritto in onore di Besta per il XL anno del suo insegnamento, 1° vol. (1937-1939).
Studi in onore di Betti, 5 voll. (1962).
Studi in onore di Biondi, 4 voll. (1966).
Studi in onore di Bonfante, 4 voll. (1929-1930).
Studi di storia e diritto in onore di Bonolis: 1 (1942); 2 (1945).
Studi in memoria di Brugi, nel trentesimo anno del suo insegnamento (1910).
Studi in onore di Calisse, 1° vol. (1939).
Studi giuridici in memoria di Ciapessoni (1948).
Studi in onore di De Francisci, 4 voll. (1956).
Studi in memoria di Donatuti, 3 voll. (1973).
Studi giuridici in onore di Fadda, 6 voll. (1905).
Studi in memoria di Ferrara, 1° vol. (1943).
Studi di storiografia antica in memoria di Ferrero (1971).
Studi in onore di Grosso, 6 voll. (1968-1974).
Studi in onore di Paoli (1955).
Studi in onore di Perozzi (1925).
Studi in memoria di Ratti (1934).
Studi in onore di Redenti, 2 voll. (1951).

Studi in onore di Riccobono, 4 voll. (1936).
Studi in onore di Santoro-Passarelli, 6° vol. (1972).
Studi in onore di Scaduto, 3° vol. (1970).
Studi in onore di Scherillo, 3 voll. (1971).
Studi giuridici dedicati ed offerti a Schupfer, 3 voll. (1898).
Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja, 2 voll. (1905).
Studi giuridici in onore di Simoncelli (1917).
Studi in onore di Solazzi, nel cinquantesimo anno del suo insegnamento universitario (1948).
Studi in onore di Solmi, 2 voll. (1940-1941).
Studi giuridici in memoria di Vassalli, 2 voll. (1960).
Studi in onore di Volterra, 6 voll. (1971).
Studi in memoria di Zanobini, 5° vol. (1965).
Studi dedicati alla memoria di Zanzucchi (1927).
Studi in onore di Zingali, 3° vol. (1965).
Studies in the Roman law, Dedicated to the memory of De Zulueta (1959).
Symbolae iuridicae et historicae David dedicatae (1968).
Symbolae Friburgenses in honorem Lenel (1931).
Symbolae Taubenschlag (= *Eos* 48, 1 [1956]; 2 e 3 [1957]).
Symbolae ad jus et historiam antiquitatis pertinentes Van Oven dedicatae (1946).
Sympotica Wieacker (1970).
Synteleia Arangio-Ruiz, 2 tomi (1964).
'*Summum jus, summa iniuria*' (1968).
The crisis of the roman Republic (1969).
Uik het Recht, Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Verdam (1971).
Varia, Études de droit romain: 1 (1952); 2 (1956); 3 (1958); 4 (1961).

15. Opere sulla tradizione romanistica.

Oltre alle opere di storia degli ordinamenti giuridici medioevali e moderni, si confrontino le seguenti pubblicazioni sul diritto romano nelle età postromane.

Bonini, *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, 2 voll. (1973-1975).
Buckland, McNair, *Roman law and Common law, A comparison in outline*[2]; a cura di Lawson (1965).
Calasso, *Introduzione al diritto comune* (1951).
Cannata, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* (1971).
Conrat, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter* (1891; rist. 1963).
Genzmer, *Il diritto romano come fattore della civiltà europea* (1954).

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, diretto da COING, nell'ambito del « Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte »: in corso dal 1973.

IRMAE. = *Ius Romanum Medii Aevi*, edito a fascicoli dal 1961, a cura di autori vari coordinati da GENZMER. In corso.

JOLOWICZ, *Roman foundation of modern law* (1957).

KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistiche Rechtswissenschaft* (1938).

KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*[3] (rist. 1958; tr. it. di BISCARDI 1963).

LEPOINTE, *Histoire des institutions et des faits sociaux*[2] (1963).

MARGDANT, *El derecho privado romano como introducción a la cultura juridica contemporanea*[2] (1965).

SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*[2], 7 voll. (1850-1851, rist. 1956; tr. it. di Scialoja 1864-1887).

SUMMER MAINE, *Ancient law, Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*[10] (1884; rist. 1963).

USCATESCU, *Del derecho romano al derecho sovietico* (1968).

VINOGRADOFF, *Roman law in Medieval Europa*[2], a cura di DE ZULUETA (1929; tr. it. di RICCOBONO 1950).

WESENBERG, WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*[2] (1969).

WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*[2] (1967).

IL DIRITTO ROMANO PRIVATO

CAPITOLO I

L'ORDINAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. L'ordinamento giuridico. — 2. I rapporti giuridici. — 3. L'ordine giuridico. — 4. Gli atti giuridici di autonomia. — 5. L'efficacia dell'autonomia privata. — 6. La realizzazione del diritto.

1. L'ORDINAMENTO GIURIDICO.

1.1. L'ordinamento giuridico, o «diritto», è un tipo di ordinamento sociale, il quale si manifesta di solito in relazione a quella specie caratteristica di società umana, che è la società politica

---

1. 1. La funzione di questo capitolo, è bene chiarirlo in via preliminare, è solo quella di impostare schematicamente un «linguaggio» (o, se si preferisce, un lessico) ai fini della esposizione che seguirà nei capitoli II-XVI. E si aggiunga, a scanso di equivoci (in cui sembra sia caduto qualche recensore di precedenti edizioni di questo libro), che la predisposizione di un linguaggio, cioè di una serie di punti di riferimento per l'intesa tra chi scrive e chi legge, non ha valore strutturale della esposizione, non fa parte di questa, non esprime la verità storica della materia studiata, né tanto meno vuole comprimerla in schemi forgiati *a priori*. Il linguaggio ha solo funzione agevolatrice della esposizione. Esso sta a quest'ultima come le impalcature di un cantiere stanno all'edificio che si costruisce. Man mano che l'esposizione procederà avanti, il linguaggio prefissato si rivelerà inutile, e talvolta addirittura falso, perché sarà sostituito dalla conoscenza intima del diritto romano privato nelle sue vere strutturazioni, vale a dire nel suo proprio intraducibile linguaggio. Sempre così quando si fa della storiografia: non si può fare a meno di prendere le mosse da un linguaggio convenzionale e più o meno aprioristico, prima di penetrare nella realtà dei fatti e di rivivere gli avvenimenti dal di dentro. — Data la sua funzione, il presente capitolo non è corredato di referenze bibliografiche, per le quali si rinvia al «ragguaglio bibliografico», nonché alla letteratura rassegnata nelle seguenti «voci» enciclopediche: Bobbio, *Diritto*, in *NNDI.*, Cesarini-Sforza, *Diritto (principi e concetto)*, in *ED.*, Calasso, *Diritto (partizioni, le basi storiche)*, in *ED.*, Zanobini, *Diritto pubblico*, in *NNDI.*, Pugliatti, *Diritto pubblico e privato*, in *ED.*; Pergolesi, *Coazione*, in *NNDI.*, Sacco, *Coazione e coercibilità*, in *ED.*; Origone, *Costituzione*, in *NNDI.*, Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, in *ED.*; Biscaretti di Ruffia, *Governo*, in *NNDI.*, Giannini, *Autonomia pubblica*, in *ED.*, Crisafulli, *Atto normativo*, in *ED.*, Giannini, *Atto amministrativo*, in *ED.*, Redenti, *Atti processuali civili*, in *ED.*, Conso, *Atti processuali penali*, in *ED.*; Sandulli, *Fonti del diritto*, in *NNDI.*, Paresce, *Fonti del diritto*, in *ED.*, Bobbio, *Consuetudine (teoria generale)*, in *ED.*, Bobbio, *Analogia*,

o « stato ». Per comprenderne la nozione, occorre perciò intendersi preliminarmente sui concetti di società umana, di società politica, di ordinamento sociale e di ordinamento politico.

1.2. La società umana è una unione organizzata di uomini. Non un aggregato occasionale, si badi, ma un aggregato « voluto » dai suoi componenti per il conseguimento di certi scopi di comune interesse e « funzionale » rispetto a questi scopi, cioè obbiettivamente impostato a perseguirli. Gli scopi di una società possono essere della più varia natura (religiosi, militari, commerciali, e via dicendo), ma i requisiti per la sua esistenza sono sempre gli stessi: una « convenzione » tra i soci ed una obbiettiva funzione sociale (comunemente detta « causa »).

---

in *NNDI.*, Caiani, *Analogia (teoria generale)*, in *ED.*; Conte, *Rapporto (teoria del diritto come —)*, in *NNDI.*, Lazzaro, *Rapporto giuridico*, in *NNDI.*; Cesarini-Sforza, *Diritto soggettivo*, in *ED.*, Frosini, *Dovere*, in *NNDI.*, Betti, *Dovere giuridico*, in *ED.*, Bozzi, *Interesse e diritto*, in *NNDI.*, Cannada-Bartoli, *Aspettativa del diritto*, in *ED.*, Cannada-Bartoli, *Affievolimento*, in *ED.*, Frosini, *Facoltà*, in *NNDI.*, Anastasi, *Facoltà e diritti facoltativi*, in *ED.*, Messina, *Diritti potestativi*, in *NNDI.*, Santoro-Passarelli, *Diritti assoluti e relativi*, in *ED.*, Giorgianni, *Diritti reali*, in *NNDI.*, Guarino, *Comunione (premesse generali e principi romanistici)*, in *ED.*; Maiorca, *Fatto giuridico*, in *NNDI.*, Falzea, *Fatto giuridico*, in *ED.*, Auletta, *Attività (diritto privato)*, in *ED.*, Betti, *Atti giuridici*, in *NNDI.*, Betti, *Autonomia privata*, in *NNDI.*, Pugliatti, *Autonomia privata*, in *ED.*, Ormanni, *Forma del negozio giuridico*, in *NNDI.*, Giorgianni, *Causa*, in *ED.*, D'Avanzo, *Rappresentanza (diritto civile)*, in *NNDI.*; Tondo, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *NNDI.*, Grassetti, *Conservazione (principio di —)*, in *ED.*, Grassetti, *Interpretazione dei negozi giuridici*, in *NNDI.*; Paresce, *Interpretazione del diritto e teoria generale*, in *ED.*; Paresce, *Dogmatica giuridica*, in *ED.*; Pekelis, *Azione*, in *NNDI.*, Orestano, Satta, Della Rocca, *Azione*, in *ED.* Per la più analitica esposizione dei nostri punti di vista si cfr.: Guarino, *L'esperienza di Roma nello studio del diritto*, in *Dir. giur.* 70 (1955) 273 ss., *Il metodo della giurisprudenza*, in *Dir. giur.* 78 (1963) 297 ss., *Una teoria generale dell'interpretazione*, in *Labeo* 1 (1955) 301 ss., « *Ius est factum* », in *Labeo* 8 (1962) 98 ss., *Il concetto dell'ordinamento giuridico alla luce dell'esperienza romana*, in *AG.* 142 (1952) 3 ss., *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Ann. dir. comp.* 18 (1946) 1 ss., *La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana*, in *Dir. giur.* 71 (1956) 413 ss., *L'ordinamento giuridico romano*[3] (1959) spec. 21 ss., 274 ss., *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 389 ss. (alcuni di questi studi sono stati raccolti, con altri, in *Le origini quiritarie* [1973] 283 ss., 296 ss., 314 ss.).

1.2. La civiltà umana ha avuto il suo effettivo inizio solamente quando gli uomini, scuotendosi da « stupore e ferocia » della barbarie primitiva, hanno cominciato a rendersi conto, sia pure in modo approssimativo, che vivere isolati, ciascuno per sé, non era conveniente e che, anche vivendo materialmente in gruppo, la coesistenza non sarebbe stata praticamente producente senza la concorde prefissione di un certo ordine, che evitasse l'attrito dei singoli e potenziasse, nell'interesse di tutti, il rendimento dell'aggregato. Di qui la tendenza degli esseri umani a rinunciare al loro naturale egoismo ed a coordinarsi in « società » di vario genere, ma sopra tutto in società politiche (« politico » da πόλις). Di qui la convinzione corrente che il « progresso » dell'umanità sia indissolubilmente legato al miglioramento delle forme sociali, specialmente civili, cioè di vita organizzata nelle *civitates*. Di qui, infine, la sinonimia dei termini « civiltà » (francese « civilisation », inglese « civilization »), « cultura » (tedesco « Kultur »), « progresso ».

1.2.1. La « convenzione sociale » (che il Rousseau denominava, con un tanto di esagerazione formalistica, il « contratto sociale ») è la concorde volontà (espressa o tacita) dei consociati di costituire e di tenere in vita l'aggregato sociale. Se ad una unione di esseri umani manca l'intesa di vivere assieme, l'unione ha carattere puramente materiale, perché è determinata soltanto da impulsi istintivi (si pensi alle comunità familiari dei primitivi, tenute unite da mere attrazioni naturali) o da contingenze esteriori (si pensi alla folla che si determina in una piazza, in un teatro). Non sorge in tali casi l'impegno di tutti e di ciascuno a coordinare le proprie forze ed a disciplinare i propri egoismi per il raggiungimento di scopi di comune interesse. La convenzione sociale, pertanto, è il tessuto connettivo, indispensabile ed insostituibile, dell'organizzazione sociale.

1.2.2. La « causa sociale » è la funzione caratteristica, obbiettivamente individuata, esteriormente riconoscibile, dell'aggregato sociale. Essa presuppone la esistenza della convenzione sociale, ma non dipende da questa e non si identifica né con la volontà dei soci di vivere organizzati, né tanto meno con i motivi che hanno spinto i soci stessi ad aderire alla società. La causa sociale risulta, in concreto, dalla attitudine obbiettiva delle strutture sociali a perseguire un certo fine di comune interesse. Se dalla organizzazione sociale questa attitudine (sia pure approssimativa) non scaturisce, è chiaro che la società, anche se voluta dai suoi membri, manca della possibilità di tradursi in realtà.

1.3. Risulta da quanto ora detto che ogni società implica necessariamente una certa « organizzazione sociale », cioè un certo numero di

---

1.2.1. Per difetto della convenzione sociale deve essere negato il carattere di società alle orde preistoriche, che solitamente vengono invece indicate come l'embrione del fenomeno sociale (cd. « società naturale »). La formazione delle orde primordiali (determinata unicamente da contingenze e da impellenze esteriori, quali la necessità di abbeverarsi ad una stessa fonte o di ripararsi dalle intemperie in uno stesso luogo) ha soltanto favorito il fenomeno sociale, in quanto nel seno delle orde primitive, appunto, si vennero formando le condizioni per l'enuclearsi dei primi aggregati sociali a carattere religioso e economico.

1.2.2. La causa sociale non si identifica con la volontà degli associati, perché può ben darsi che tale volontà rimanga allo stadio del velleitario, e cioè che ad essa non corrisponda una organizzazione obbiettivamente adeguata a perseguire gli scopi o tutti gli scopi sociali. Non si identifica con i motivi che inducono i membri a mantenersi uniti, perché i motivi hanno carattere del tutto subbiettivo, esprimono gli interessi e gli impulsi dei soci singolarmente presi, sicché anche quando coincidono perfettamente tra loro rimangono sempre individuali, non rilevano ai fini della vita in comune.

1.3. A proposito dell'ordinamento sociale, val la pena di sottolineare che volere la società non è sufficiente. Bisogna precisare come la si vuole, come deve essere strutturata. E occorre ovviamente che l'ordinamento predisponga una organiz-

vincoli posti alla libertà di ciascun consociato in vista del fine o dei fini superindividuali da raggiungere. Una società non organizzata sarebbe una contraddizione in termini, perché al « voluto » della convenzione sociale non si aggiungerebbe il « funzionale » in cui consiste la causa. Ma affinché l'organizzazione sociale (per quanto embrionale possa essere) sussista, occorre evidentemente che il « voluto » dei soci (cioè la convenzione sociale) si articoli in un sistema più o meno complesso di principî generali, di « regole del giuoco », cioè in un ordinamento sociale, che determini *a priori*, pur se approssimativamente, la struttura e il funzionamento della società.

1.4. La « società politica », o (con termine usuale moderno) stato, si distingue da ogni altra specie di società umana per il fatto di esercitare nei riguardi dei consociati (cioè di coloro che consentono di farne parte) una illimitata autorità e di godere, correlativamente, di una assoluta indipendenza da ogni potestà sovraordinata. Ciò si esprime dicendo che lo stato ha la « sovranità », ed anzi è tale in quanto ha sovranità. La società politica richiede, pertanto, un'organizzazione so-

---

zazione adeguata al perseguimento degli scopi sociali, onde assicurare che esista la opportuna corrispondenza tra la causa e la convenzione sociale. Società, organizzazione, ordinamento sono pertanto tre aspetti di un'unica realtà.

1.4. Circa la formazione delle prime società politiche vi è chi sostiene che le società politiche si costituirono, primordialmente, attraverso la lenta trasformazione delle orde in aggregati autoritativi e indipendenti (« teoria matriarcale »), mentre vi è chi assume che il primo nucleo di esse sia da ravvisarsi nelle famiglie patriarcali, organizzate sotto la potestà del capostipite maschio (« teoria patriarcale »). Ma è poco verosimile che, giusta i postulati della teoria matriarcale, le orde primitive si sian potute trasformare, per diretto processo evolutivo, in società politiche. Più verosimili sono, invece, le ipotesi della teoria patriarcale, secondo cui la convivenza familiare fu l'ambiente più adatto per il primo profilarsi dell'idea politica nell'umanità. È ovvio, tuttavia, che i primi organismi sociali furono, ad un tempo, determinati anche da sollecitazioni economiche e così via (sopra tutto dovette influire e interferire in essi l'elemento religioso). La coscienza politica è da ritenersi il portato, poi, di un processo assai lungo e complesso di maturazione e decantazione della generica coscienza sociale degli uomini. — Circa le sanzioni, per verità, anche le società non politiche (le cd. « società apolitiche »: sportive, religiose ecc.) ne contemplano un *quid* anche minimo per i recalcitranti. Ma non si tratta di sanzioni « costrittive »: 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 potestà extraumane (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 dal suo seno degli stessi, perché con il loro comportamento impediscono il retto funzionamento dell'organismo sociale. La società politica, invece, è la sola che sia in grado, per effetto della sua peculiare 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, di regola, liberamente recedere, ma non prima di aver espiato per le colpe commesse.

ciale particolarmente efficiente e postula un ordinamento sociale (cd. « ordinamento politico » o « statale »), che non si limiti a dettar norme di condotta per i consociati, ma preveda anche la ipotesi della inosservanza di tali comandi da parte dei consociati medesimi e predisponga i mezzi per costringere materialmente costoro alla obbedienza o alla penitenza.

1.4.1. La struttura dello stato è fissata dal suo ordinamento, e in particolare dalla sua « costituzione », che è quanto dire dalla convenzione sociale (espressa, o tacita, o parzialmente espressa) da cui la società politica scaturisce. Gli « elementi » in cui generalmente si ritiene che lo stato si articoli sono tre: il popolo, il territorio, il governo.

1.4.2. Il « popolo » o « popolazione » è l'insieme dei membri della associazione politica. Esso può distinguersi in due categorie: 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 »); la « sudditanza », che è il complesso di coloro cui non è riconosciuta alcuna capacità di partecipazione al governo (« sudditi »).

1.4.3. Il « territorio » è la sede comune del popolo. Può anche trattarsi di una sede non fissa, come avviene per i popoli nomadi. Esso può distinguersi in: territorio « metropolitano », che è la sede normale

---

1.4.1. Raramente lo stato, soprattutto nei tempi moderni, si presenta a struttura semplice, e per così dire unicellulare. Il più delle volte gli stati sono, in misura maggiore o minore, stati a struttura complessa, nel senso che la società statale include e coordina in sé minori entità sociali, che derivano la loro autorità dallo stato in cui si inquadrano (« enti parastatali in senso lato »). Detti enti parastatali esercitano per concessione dello stato funzioni determinate o con riguardo a 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 »: es. l'Istituto nazionale per l'assicurazione malattie). — Si danno inoltre casi di stati composti. Lo stato composto in senso proprio è il cd. « stato federale », che si è formato attraverso la unificazione di due o più preesistenti stati. Questi ultimi, pur conservando larga autonomia, sono ridotti al rango di enti parastatali, e hanno solo l'apparenza di enti politici in senso proprio. Diversa dallo stato federale è la mera « confederazione di stati », nella quale, di regola, 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.

1.4.2. A proposito del popolo, va detto che lo *status* degli individui eccezionalmente sprovvisti di inquadramento in un popolo, e quindi in uno stato, prende il nome di « apolidia » e determina complessi problemi. Il rovescio dell'apolidia è costituisco dal fenomeno, pur esso eccezionale, della « doppia » o « plurima cittadinanza ». — Da non confondere col concetto di popolo è quello di nazione: comunità di individui, eventualmente appartenenti a popoli diversi, avvicinati da identità o affinità di lingua, religione, cultura, tradizioni, aspirazioni politiche e sociali.

1.4.3. A proposito del territorio, è da ricordare che taluni lo qualificano come ambito spaziale di esplicazione della sovranità statuale, rigettando la costruzione di esso come un « elemento » dello stato.

dei cittadini o, quanto meno, degli organi di governo dello stato; territorio « pertinenziale », che è la sede normale dei sudditi permanenti, cioè dei sudditi normalmente soggetti allo stato.

1.4.4. Il « governo » è il complesso di cittadini e di enti, cui è attribuito l'esercizio della sovranità statale, cioè l'esercizio di poteri di comando sui cittadini e sui sudditi. L'autonomia del governo può essere circoscritta dalla costituzione in confini più o meno ristretti, ma è fuor di dubbio che un governo nello stato debba esservi: sia per presiedere alla esecuzione dei principî costituzionali, sia per provvedere alla loro integrazione con altri principî subordinati, a carattere più particolareggiato e capillare. Pertanto, si suol dire che la funzione di governo importa l'attribuzione agli organi statali di un triplice ordine di attività potestative, o « poteri pubblici »: l'attività « legislativa », la quale consiste nella emanazione di provvedimenti (« leggi ») a carattere supremo, cioè tali da integrare o modificare l'ordinamento statale; l'attività « giurisdizionale » (o « sanzionatoria »), la quale consiste nell'applicazione delle sanzioni, coattive e non coattive, previste dalla costituzione politica e dai provvedimenti legislativi; l'attività « amministrativa », la quale consiste nell'esplicazione autoritativa, entro i limiti posti dai principî costituzionali e dai provvedimenti legislativi, 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: a varî « uffici di governo » monocratici o collegiali (assemblee, consigli, singoli funzionari); oppure, almeno in parte, ad « enti parastatali », cioè a società subordinate allo stato che esercitano autonomamente le fun-

---

1.4.4. A proposito del governo dello stato, è opportuno precisare che il termine « governo » è usato diffusamente anche in altre accezioni, più ristrette e limitate di quella adottata nel testo: specialmente, nel senso di « potere amministrativo », o addirittura in quello di « organo » o « comitato supremo » dell'amministrazione dello stato. — Va rilevato che la distinzione dei poteri dello stato secondo la tripartizione indicata nel testo è frutto della speculazione politica moderna, che trova il suo spunto iniziale nell'opera famosissima di Montesquieu, *L'ésprit de lois* (1777). Ai poteri statuali tradizionali si è proposto di aggiungere, da alcuni studiosi moderni, il potere « costituzionale » e quello « di governo » o « politico »: l'uno, consistente nella posizione dell'assetto fondamentale (regime), si esaurisce nel momento in cui si costituisce un nuovo stato; l'altro è inteso alla direzione suprema e generica della cosa pubblica. — Alle tre tipiche attività potestative corrispondono, di solito, tre gruppi di organi pubblici omonimi, detti poteri in senso subbiettivo, che esercitano i diversi poteri nello stato. Peraltro in nessun ordinamento si riscontra esatta corrispondenza fra natura dell'organo e qualificazione dell'attività: sovente funzioni legislative sono esercitate anche da organi del potere amministrativo o di quello giurisdizionale, funzioni amministrative sono svolte anche da organi giurisdizionali, e così via dicendo.

zioni che lo stato ritiene opportuno « decentrare », non esercitare direttamente con la propria organizzazione centralizzata di governo (es.: i comuni, le province, le regioni, gli enti di assistenza pubblica).

1.5. I concetti di società, di stato, di ordinamento sociale e statale, dei quali si è parlato dianzi, hanno una loro logica interna. Non così la nozione di ordinamento giuridico: la quale ha 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 (e si conviene concretamente, dalla generalità dei consociati) essere appunto diritto. Una società (apolitica o politica che sia) non può mancare di un relativo ordinamento, ma può ben mancare di un ordinamento « giuridico ». Peraltro una esperienza storica plurimillenaria fornisce due indicazioni: in primo luogo, che i popoli (o per coincidenza di esigenze, o anche, talvolta, per influenze reciproche) hanno assai raramente omesso di far ricorso alla nozione di ordinamento giuridico; in secondo luogo, che questa nozione è stata prevalentemente correlata alla disciplina delle società politiche. È a questa esperienza prevalente che bisogna, a nostro avviso, guardare per tracciare un profilo approssimativo della idea del diritto.

1.5.1. L'ordinamento giuridico è dunque una sottospecie di ordinamento statale, in quanto (almeno per ciò che l'esperienza sto-

---

1.5. Per la storicità del diritto piace ricordare le parole del Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenchaft* (1814, rist. 1959) 88: « Das Recht hat kein Dasein für sich, sein Wesen ist vielmehr das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen » (il diritto non ha un proprio *ubi consistam*, ma è piuttosto costituito dalla stessa vita degli uomini, osservata da un particolare angolo visuale). — Sul tema esiste, ed è bene segnalarlo, la più grande varietà (e spesso la maggiore confusione) di idee, sopra tutto a causa dell'illusione di poter costruire una teoria generale del diritto a carattere sempiterno e universale: illusione dalla quale deriva la tesi di alcuni, secondo cui lo studio storiografico del diritto dovrebbe essere addirittura orientato e guidato dalle impostazioni della dogmatica moderna e della suddetta teoria generale. In realtà, è vano negarlo, ben raramente (se pur si vuole lasciare aperta l'astratta possibilità del contrario) il diritto è, nei fatti, l'espressione fedele e proporzionata di tutte le componenti della società che esso disciplina. Nella realtà della storia gli ordinamenti giuridici si rivelano spesso, all'osservatore imparziale, « prodotti » da certi ceti (quindi a tutela prevalente dei loro interessi e a detrimento degli interessi di altri ceti socialmente emarginati) e « gestiti » in sede di governo (legislazione, giurisdizione, amministrazione) da quegli stessi ceti, o comunque da persone che solitamente ne subiscono (più o meno latamente e coscientemente) l'influenza.

1.5.1. La tesi della statalità del diritto, cioè l'affermazione secondo cui il diritto, anche se non sempre coincide perfettamente con l'ordinamento statale,

rica ci dice) esso inerisce, come si è detto, alle società politiche o prevalentemente a quelle. Più precisamente, esso o coincide totalmente con l'ordinamento statale, o ne costituisce un settore particolare e specifico. La statalità del diritto non implica perciò la identificazione dell'ordinamento giuridico con quello statale. L'ordinamento giuridico è sempre statale, ma l'ordinamento statale può anche, in questo o quel settore, non essere considerato giuridico. Può ben darsi (e difatti si è dato, nella storia dell'umanità) il caso che cittadini e sudditi di uno stato siano (anche coattivamente) tenuti ad obbedire a principî statali, che peraltro non sono qualificati giuridici, e non sono « trattati », quanto a possibilità di applicazione ed a passibilità di contestazione, alla stregua dei principî ritenuti « giuridici ». L'equivalenza « ordinamento giuridico - ordinamento statale » è abbastanza diffusa nell'esperienza moderna, ma non lo è stato sempre e altrettanto nelle esperienze più antiche.

1.6. La struttura del diritto, al quale limiteremo d'ora in poi il nostro discorso, consta di elementi essenziali, che sono le

---

inerisce, di solito, alle società politiche e si inquadra quindi nell'ordinamento dello stato, non è un'affermazione pacifica. All'insegnamento tradizionale, da noi accolto, « *ubi civitas ibi ius* » altri oppongono la teoria della generica « socialità del diritto » (« *ubi societas ibi ius* »). I sostenitori di questo orientamento si basano, di regola, 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 enti assimilati. Ma se è vero che il concetto di diritto non è un concetto puramente logico, bensì un dato storico, bisogna, ripetiamo, guardare, per ricostruirlo e determinarlo, sopra tutto 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 siano 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 essenzialmente caratterizzato, come già abbiamo visto per tutto l'ordinamento statale, dal fatto di poter esser eventualmente fatto rispettare, in ultima istanza, con la forza. 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 coattiva, se ne parla in senso improprio. — I temi sopra dibattuti sono collegati alle concezioni circa la struttura del diritto (su cui *infra* nt. seg.).

1.6. La struttura del diritto come complesso di norme (o comunque di comandi) è quella sostenuta dalla dottrina tradizionale: cd. « teoria normativa (o statalistica, o monistica) del diritto ». Contro la teoria tradizionale è stata formulata, in tempi relativamente recenti, la cd. « teoria istituzionistica (o pluralistica) del diritto », che incontra largo favore particolarmente tra i giuspubblicisti (e che generalmente si identifica con la teoria della « socialità » del diritto: *supra* nt. preced.). Secondo tale dottrina, il diritto non si traduce sempre e soltanto nello schema delle « norme », tanto meno in norme coattive e garantite dallo stato. Si ha, invece, diritto,

« norme giuridiche », e di elementi accidentali, che sono le « leggi meramente formali ». Le norme giuridiche pur se ridotte ad un numero minimo, non possono mai mancare perché è solo dalla loro esistenza che deriva la qualifica di un ordinamento come diritto. Anzi l'*optimum* di un ordinamento giuridico è di essere costituito esclusivamente da norme giuridiche.

1.6.1. Le norme giuridiche sono comandi coattivi 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 identificate nelle singole persone) di destinatari. Insomma dettano in via generale e astratta il regolamento di una certa ipotesi di rapporto.

1.6.2. L'autorità da cui i comandi normativi possono essere posti è: in primo luogo, la costituzione politica; in secondo luogo, il potere

---

« 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. Conseguenza, tra le altre, della teoria che identifica l'ordinamento giuridico con qualsivoglia istituzione sociale è che può ben esservi, su uno stesso territorio e relativamente alle stesse persone, pluralità di ordinamenti giuridici, in considerazione della pluralità di organizzazioni sociali ivi esistenti. Dal che deriva ulteriormente che il cd. diritto canonico e il cd. diritto internazionale vanno considerati, a lume di questa concezione, come ordinamenti giuridici in senso proprio. Tuttavia resta, a nostro avviso, il dubbio se sia davvero lecita la identificazione del diritto con tutta quanta l'istituzione sociale o statale, e quindi se sia da sottoscrivere la svalutazione del suo carattere empiricamente più ricorrente e visibile, che è quello del « comando » (sia pur non sempre esplicito) in cui l'ordinamento giuridico si traduce. Con riferimento all'esperienza romana, da noi si è negata l'applicabilità della concezione istituzionistica al diritto privato e la si è ammessa, almeno in linea di massima, in ordine al diritto pubblico.

1.6.1. Costituisce d i r i t t o s p e c i a l e tutta la gamma delle norme che, invece di riferirsi all'intera popolazione, si riferiscono a categorie predeterminate di cittadini o di sudditi, oppure a limitate porzioni del territorio statale. Esempi: diritto relativo agli addetti all'agricoltura, oppure ai militari; diritto relativo agli incentivi per lo sviluppo economico del Mezzogiorno.

1.6.2. La distinzione tra l e g g i f o r m a l i e l e g g i s o s t a n z i a l i (o « materiali ») non è univoca in dottrina. L'inquadratura più usata è la seguente: posto che le leggi formali (e sostanziali) sono tutti i provvedimenti scaturenti dall'attività legislativa aventi contenuto normativo, le leggi meramente « formali » (e cioè non anche sostanziali) sono quelle, sempre provenienti dal potere legislativo, ma a contenuto non normativo (es.: la legge con cui si attribuisce una pensione speciale a un certo cittadino benemerito; la legge con cui si irroga ad un certo soggetto, per una certa attività dallo stesso compiuta, una sanzione punitiva non prevista in sede di normazione generale); le leggi « sostanziali » (e non anche formali) sono i provvedimenti a contenuto normativo che non promanano dall'autorità legislativa (es.: regolamenti della pubblica amministrazione. — Il problema « politico » delle l e g g i m e r a m e n t e f o r m a l i sta in ciò, che il fenomeno può essere, certo, utile per correggere in casi determinati certe conseguenze abnormi, riprovate dalla coscienza sociale, della applicazione indiscriminata della legislazione a carattere normativo (« *summum ius summa iniuria* »,

legislativo, che vi provvede mediante le leggi in senso proprio (cioè le cd. « leggi formali e sostanziali »); in terzo luogo, ma eccezionalmente, il potere giurisdizionale (fenomeno cd. del « giudice-legislatore »), o lo stesso potere amministrativo, in quanto emettano provvedimenti « con forza di legge » o « aventi valore di legge » (cd. « leggi sostanziali »). Il potere legislativo, avendo la possibilità di emettere provvedimenti imperativi, subordinati solo (eventualmente) alla costituzione, fa talvolta abuso di questa sua forza ed emana, oltre alle normali leggi in senso proprio, anche « leggi meramente formali », cioè comandi privi di quella sostanza normativa che dovrebbe sempre inerire alle leggi: comandi relativi a casi singoli o a persone determinate.

1.7. Il contenuto delle norme giuridiche implica la suddistinzione tra norme direttive e norme sanzionatorie. Le « norme direttive » sono quelle che provvedono: o a fissare i presupposti di applicazione dell'ordinamento, e si dicono più precisamente « norme di qualificazione » (es.: « la disciplina *x* si applica solo alla regione *y* dello stato »; « la disciplina *z* si applica solo a cittadini atti alle armi »); oppure a regolare i rapporti tra i soggetti, e si dicono più precisamente « norme di condotta » (es.: « se taluno è proprietario di una cosa, tutti gli altri soggetti devono rispettare il suo godimento »). Le « norme sanzionatorie » sono quelle che provvedono a fissare le sanzioni applicabili a chi violi una norma direttiva (si dicono anche « norme di tutela »: es., « se taluno infrange l'obbligo di rispettare il godimento del proprietario, sarà costretto a riparare il danno arrecatogli »).

1.8. Caratteristica dell'ordinamento giuridico è la coattività, nel senso che, per l'ipotesi della inosservanza di un comando direttivo

---

diceva Cicerone); ma apre anche il varco e non pochi e non trascurabili pericoli di privilegi per taluni o, all'inverso, di persecuzioni formalmente ineccepibili per talaltri. Comunque, sempre che dall'astratto si scenda al concreto, la legislazione meramente formale è difficilmente evitabile, perché è fin troppo agevole emanare leggi formulate impeccabilmente in termini di norme giuridiche, e cioè di comandi ipotetici e generali, le quali in realtà si riferiscano a fattispecie ben individuate, cioè ad ipotesi che si sa *a priori* essere integrate da un caso specifico e soltanto da quello.

1.7. La distinzione tra norme giuridiche direttive e sanzionatorie e la suddistinzione delle norme direttive in norme « di qualificazione » e norme « di condotta » (o « di relazione ») non è fatta in base alla struttura, che è sempre la stessa, ma in base alla funzione della norma. In particolare, rispetto alle tipiche norme di condotta, le « norme di qualificazione » si pongono come quelle che fissano, in linea di premessa, i limiti di applicabilità delle norme di relazione, i presupposti cui l'ordinamento si riferisce con tutte le sue norme di condotta o con alcune di esse.

1.8. La coazione dei destinatari del diritto, sia ben chiaro, non è, di regola, il modo di esplicazione primario e preferenziale della autorità dell'ordinamento. La coazione interviene solo nell'ipotesi di recalcitranza del destinatario all'obbedienza. Essa, inoltre, si traduce, di solito, in un costringimento « materiale » dell'inosservante

(normativo o non normativo), è sempre predisposta da una correlativa norma sanzionatoria la costrizione materiale (al limite, anche fisica) dell'inosservante, o di altri che paghi per lui, alla riparazione o alla espiazione.

1.8.1. 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.

1.9. Fonti di produzione del diritto sono gli accadimenti da cui promanano le norme giuridiche (cd. « fatti normativi » o « fatti di normazione »).

(es.: nella carcerazione fisica di lui, nella espropriazione di un suo bene economico, nella invalidazione di un atto giuridico da lui posto in opera) solo quando risulti che l'inosservante ha insistito nel sottrarsi ad ulteriori e più pressanti « responsabilità » poste a suo carico dall'ordinamento in considerazione della sua ostinazione nel non conformarsi ai suoi principî direttivi.

1.8.1. Il concetto di normativa giuridica (risultante, a nostro avviso, dalla complementarità di un comando a contenuto direttivo e di una norma a contenuto sanzionatorio) non corrisponde alle idee correnti tra gli studiosi di diritto. Nessuno, peraltro, nega, nell'ordine di idee della coercibilità del diritto, che vi è appunto « complementarità » tra norme (statali e) giuridiche direttive e norme (statali e) giuridiche sanzionatorie. Il risultato, pertanto, non cambia. — Si avverta che, anche quanto i comandi giuridici sono formulati per iscritto, non sempre la normativa è pienamente esplicita. Spesso ci si trova dinanzi a comandi direttivi, i quali fanno riferimento puramente implicito alla norma sanzionatoria da applicarsi in caso di loro inosservanza. Altre volte ci si trova solo di fronte a norme sanzionatorie (es.: « chi uccide sarà punito col carcere »), che si riferiscono in modo puramente implicito ad un comando direttivo (cioè, per l'es.: « nessuno può uccidere »). — Si avverta inoltre che le normative giuridiche sono spesso « complesse ». Infatti, il più delle volte la infrazione del comando direttivo apre il varco 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 estrema, cioè quella coattiva, che costringe l'inosservante, suo malgrado, alla effettiva riparazione o espiazione. Così, ad es.: 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; ma alla norma che vieta di arrecare danno patrimoniale ad altri corrisponde una prima norma sanzionatoria non coattiva, che impone al danneggiatore (o a 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). V. anche *infra* nt. 2.6.3.

1.9. Integrativo del concetto di fonte di produzione del diritto è quello di fonte di cognizione, vale a dire 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 riferirlo o che, invece, lo riguardino in maniera indiretta, nel quadro di una rappresentazione (artistica, ecc.) volta a tutt'altri scopi; *b*) fonti di cognizione « primarie » e « secondarie » (o derivate): a seconda che diano una rappresentazione immediata e obbiettiva (docu-

I.9.1. La fonte di produzione « originaria » delle norme giuridiche è la « costituzione (politica) », cioè la convenzione esplicita o tacita dei consociati che sta a base della organizzazione statale. Se la costituzione è esplicita, cioè tradotta in un documento, il mezzo di sua manifestazione è costituito dal documento stesso (cd. « statuto », o « carta costituzionale »). 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 ».

I.9.2. La costituzione politica generalmente ammette che comandi giuridici integrativi vengano emanati dagli organi di governo (principalmente, gli organi legislativi). Fonti di produzione « derivate » e subordinate dell'ordinamento giuridico sono, pertanto, i provvedimenti

---

mentale 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.

I.9.1. Non basta, si badi, una prassi, una abitudine, un « uso », sia pur generale, acché vi sia una consuetudine giuridica: oltre la *vetustas*, occorre in più il generale (prevalente) convincimento della sua obbligatorietà. — Grave problema è se la norma giuridica possa estinguersi per desuetudine, cioè per il formarsi della consuetudine di non applicarla e di non ritenerla giuridicamente vincolante. La possibilità della desuetudine è implicita nella concezione della consuetudine, ma è discutibile se essa possa ritenersi afferente anche alle norme statutarie e legislative. — Gli ordinamenti giuridici moderni hanno, inoltre, sancito ormai qualcosa di più: la prevalenza dei provvedimenti legislativi di governo sulle norme consuetudinarie. A queste ultime non viene, dunque, riconosciuta alcuna efficacia, se si trovino ad essere « *contra legem* » o, talvolta, anche se siano soltanto « *praeter legem* », cioè relative ad argomenti che la legislazione dello stato tralascia di regolare e ritiene perciò giuridicamente irrilevanti: il solo spazio ad esse riservato è, dunque, quello della integrazione del sistema legislativo (cd. consuetudini « *secundum legem* »). Il fenomeno può essere compreso e giustificato tenendo presente l'esigenza della « certezza » del diritto obbiettivo, tanto più difficile da realizzare negli stati contemporanei, in considerazione delle dimensioni, solitamente grandissime, che essi hanno assunto. — La decadenza della consuetudine negli ordinamenti giuridici moderni deriva inoltre dalla smisurata dilatazione delle società politiche dei nostri tempi. In società tanto vaste e complesse le consuetudini ormai assai difficilmente potrebbero formarsi e prendere consistenza di consuetudini generali, valevoli cioè per tutto il territorio e per tutta la popolazione dello stato. Appare perciò praticamente opportuno 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.

I.9.2. Fonti integrative dell'ordinamento sono anche i provvedimenti normativi emessi, nell'ambito dell'autonomia loro riconosciuta, dagli enti parastatali (*retro* n. 1.4.4: es., le leggi regionali). Naturalmente queste normative integrano sempre ipotesi di « diritto speciale » (*retro* n. 1.6.1).

di governo, e in particolare i provvedimenti legislativi sostanziali (cioè a contenuto normativo).

1.9.3. In linea logica, i provvedimenti governativi non dovrebbero prevalere sulle norme costituzionali, statutarie o consuetudinarie che siano. Molti ordinamenti giuridici sono giunti, tuttavia, ad ammettere la piena equivalenza dei provvedimenti normativi di governo con le norme statutarie: queste possono cioè essere abrogate o modificate da provvedimenti il cui *iter* formativo è particolarmente complesso (cd. « leggi costituzionali ») o perfino da provvedimenti legislativi ordinari,

2. I RAPPORTI GIURIDICI.

2.1. Le norme giuridiche (lo abbiamo già detto) o determinano i presupposti dell'applicazione dell'ordinamento, cioè le qualificazioni giuridiche, oppure predispongono il regolamento (direttivo o sanzionatorio) adeguato ai vari tipi di rapporti intersubbiettivi.

2.1.1. Le « qualificazioni giuridiche » sono di cinque tipi: qualificazioni « formali » intese a definire il significato di un termine, cioè il

---

1.9.3. Il problema della gerarchia delle fonti non si pone soltanto tra quelle « originarie » e « derivate », ma anche all'interno di queste, specie quando molteplici siano gli organi di governo con poteri legiferativi.

2.1. La distinzione tra qualificazioni e rapporti giuridici (così come quella tra norme direttive di qualificazione e norme direttive di relazione) è una distinzione di comodo, intesa ad utilizzare quella che è la prima evidenza delle cose. In realtà le qualificazioni giuridiche altro non sono che rapporti giuridici assoluti (*infra* n. 2.5.1). Dire, ad esempio, che un certo rapporto è tale solo se ha certe caratteristiche, o che soggetti di un certo rapporto possono essere solo coloro che hanno certi requisiti e così via, equivale a dire che chi si trova nella situazione prevista dalla norma ha un diritto *erga omnes* a che la sua situazione sia rispettata. Il solo elemento praticamente differenziale tra la qualificazione e il rapporto è che l'oggetto della qualificazione consiste in una possibilità astratta (possibilità di essere proprietario, possibilità di valersi di un certo regolamento territoriale, possibilità di assumere la titolarità di certi rapporti giuridici ecc.), mentre l'oggetto del rapporto consiste in una realtà concreta. — L'afferenza dell'ordinamento giuridico ai rapporti intersubbiettivi (concezione verso la quale incliniamo) è tutt'altro che incontestata.

2.1.1. È da notare che in ordine alle qualificazioni soggettive si usa parlare anche di « *status* personali ». La relativa nozione è molto controversa. — Di stato personale si parla anche con accezione diversa (la diversità non è sempre avvertita), pur se collegata (né il collegamento è sempre chiaro) a quella precedente, cioè nel senso usuale alla giurisprudenza romana: posizione giuridica di una persona in relazione a raggruppamenti sociali (uomini liberi: *status libertatis*; cittadini: *status civitatis*; membri di una famiglia: *status familiae*; negli ordinamenti moderni si conosce anche lo *status* di lavoratore, ecc.). In tal senso, lo stato personale è definito anche complesso di diritti e doveri derivanti dall'appartenenza ad una determinata categoria sociale.

valore di un concetto, per l'ordinamento (es.: « proprietà », ecc.); qualificazioni « temporali », intese a determinare il periodo di tempo in cui un certo regolamento avrà vigore (es.: « la presente legge avrà decorrenza dal 15 gennaio », o « sino al 31 dicembre », o « per la durata dello stato di guerra », ecc.); qualificazioni « spaziali », intese a determinare i limiti spaziali di un certo regolamento (es.: « la presente legge si applica al territorio della Sicilia »); qualificazioni « soggettive », intese a stabilire i requisiti per poter essere soggetti di uno o più rapporti giuridici (es.: « soggetto di rapporti giuridici può essere solo chi sia nato e vivente »; « il diritto a pensione spetta solo a chi abbia compiuto tot anni di servizio »); qualificazioni « oggettive », intese a stabilire i requisiti di identificazione degli oggetti di uno o più rapporti giuridici (es.: « oggetto di rapporti giuridici privati possono essere solo le cose commerciabili »).

2.1.2. I « rapporti giuridici » possono essere dei tipi più diversi, ma hanno la comune caratteristica di consistere ciascuno in una relazione tra due o più « soggetti giuridici » in ordine ad un « oggetto giuridico », cioè ad un *quid* (materiale o immateriale) che sia fonte di interessi dei soggetti. Posto che l'oggetto giuridico, essendo causa di interessi subbiettivi in contrasto, implica la possibilità 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.

2.2. La considerazione degli interessi in gioco porta tradizionalmente a distinguere i r a p p o r t i g i u r i d i c i in due grandi cate-

---

2.1.2. Per i n t e r e s s e deve intendersi la relazione (ideale) di un soggetto con un bene della vita, sia materiale che immateriale (es.: casa, cibo, libertà, onore, ecc.). Esso esprime, pertanto, un valore relativo. Non tutti gli interessi dell'uomo sono rilevanti per il diritto, nel senso che non tutti gli interessi umani sono presi (perlomeno positivamente) in considerazione.

2.2. In verità, distinguere tra d i r i t t o p r i v a t o e d i r i t t o p u b b l i c o, pur se è teoricamente legittimo, è praticamente quanto mai difficile e spesso inopportuno, soprattutto là dove uno dei soggetti del rapporto considerato sia un ente pubblico (e, in particolare, lo stato). Questo il motivo per cui la dottrina moderna tende a metter da parte la dicotomia, anche se, per rispetto alla sua derivazione romana, esita ad abolirla. — Pur non negandosi da alcuno la unità, logica ed effettiva, dell'ordinamento giuridico, oltre alla *summa divisio* del diritto in pubblico e privato, e nell'ambito di questa, si è soliti operare a l t r e s u d d i s t i n z i o n i, sopratutto per esigenze di studio e didattiche. Il processo di specializzazione, se da un lato comporta un maggiore approfondimento delle varie discipline, è anche causa di visioni scientifiche unilaterali e incomplete. Nell'ambito del diritto pubblico si isolano, di solito, i seguenti settori: *a*) diritto costituzionale; *b*) diritto amministrativo (comprensivo, fra l'altro, del diritto tributario e del diritto ecclesiastico); *c*) diritto penale; *d*) diritto della navigazione; *e*) diritti processuali (civile, penale, amministrativo [cd. « giustizia amministra-

gorie: quella dei rapporti giuridici pubblici e quella dei rapporti giuridici privati. Si suole anzi distinguere, correlativamente a questa differenziazione, lo stesso diritto in « pubblico » e « privato ». Rapporti giuridici pubblici sono quelli relativi ad « interessi pubblici », che concernono l'esplicazione delle funzioni di governo; mentre rapporti giuridici privati sono quelli relativi a « interessi privati », cioè che riguardano « tipicamente » i cittadini o gli enti cd. privati. Peraltro, anche lo stato (e a maggior ragione ciò va detto per gli enti parastatali) può intervenire in rapporti giuridici privati, se ed in quanto si svesta dei suoi poteri sovrani e si parifichi ai soggetti privati (es.: se acquisti la proprietà di un fondo allo scopo di sfruttarlo dal punto di vista economico). Per converso, un cittadino può intervenire, come privato, in rapporti giuridici pubblici, se ed in quanto sia in giuoco un pubblico interesse (es.: la necessità di costruire un'opera pubblica sul fondo di sua proprietà, che gli viene pertanto espropriato).

2.3. La conseguenza della previsione normativa di un rapporto giuridico è che, in ordine ad un certo oggetto, si determinano due situazioni giuridiche subbiettive: una di preminenza (cd. « situazione 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 ». 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), le situazioni giuridiche subbiettive, che ne sono il riflesso, hanno ovviamente natura complessa.

---

tiva »]); e, per taluni, anche il diritto internazionale pubblico, che altri più giustamente definiscono superstatuale, afferente ai rapporti nell'ambito della comunità internazionale. Il diritto privato, nelle visuali moderne, comprende: il diritto civile, concernente le persone, la famiglia, gli atti, i rapporti reali e obbligatori, le successioni; ed il diritto commerciale. Si discute se siano branche del diritto pubblico o privato, per loro aspetti che possono rientrare sia nell'una che nell'altra categoria, il diritto matrimoniale, il diritto del lavoro e della previdenza sociale, il diritto industriale, ecc.

2.3. A proposito delle situazioni giuridiche subbiettive va osservato che è questione puramente formale che 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): la normativa ha carattere, a dir così, « imparziale », limitandosi a stabilire un certo regolamento di interessi tra due o più soggetti virtualmente in conflitto di interessi.

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

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

2.4. La situazione subbiettiva attiva, siccome prevista dalle norme direttive, non si esaurisce necessariamente nel « potere », cioè nella

---

2.3.1. Sulla possibilità di distinguere, e separare la pretesa dall'azione (e l'obbligo dalla soggezione) è fiorita una ricca letteratura, che prende le mosse dalla disputa tra Windscheid e Muther, *Polemica intorno all'« actio »* (tr. it. a cura di Pugliese, 1954), svoltasi nella seconda metà dell'800. Il problema è essenzialmente identico allorché la dottrina discute sulla possibilità di distinguere tra diritto sostanziale e processuale e sui limiti concreti della distinzione.

2.4. Esistono anche figure giuridiche subbiettive imperfette, tra cui citeremo le seguenti. — Si ha diritto affievolito quando la protezione del soggetto attivo non viene concessa incondizionatamente e con esclusivo riguardo all'interesse del soggetto attivo, ma viene concessa al soggetto attivo condizionatamente alla soddisfazione di un interesse altrui (specie un interesse pubblico) o subordinatamente a questo interesse; onde, si parla anche di « interesse condizionatamente protetto », di « diritto condizionato », e così via. Varie sono le ipotesi. Può anzitutto verificarsi un affievolimento di diritto successivo alla nascita del diritto stesso, nel caso in cui sia riconosciuto a persona diversa dal titolare del diritto il potere di porre nel nulla, in determinate eventualità, il rapporto (es.: possibilità della pubblica amministrazione di espropriare la proprietà privata). In altri casi può aversi l'ipotesi di un diritto che sorga già affievolito, cioè già deficiente di una protezione assoluta da parte dell'ordinamento, come quando per l'esercizio di un diritto sia richiesta la rimozione, ad opera di un soggetto estraneo, di alcuni limiti preventivamente posti dall'ordinamento al rapporto (es.: necessità di una autorizzazione altrui per poter esercitare una certa attività giuridica). — Può darsi anche la possibilità di un interesse indirettamente protetto, cioè di un interesse singolo al quale si collega la tutela dell'ordinamento giuridico per pura coincidenza col fatto che questa tutela è concessa ad altro interesse di altro soggetto con esso solo eventualmente collimante. È il caso, soprattutto, delle norme che regolano l'attività dell'amministrazione pubblica e che sono quindi poste al servizio dell'interesse pubblico, con il quale può accidentalmente coincidere l'interesse privato: la protezione giuridica viene accordata all'interesse del privato se ed in quanto esso coincida col pubblico interesse (es.: interesse da parte del privato a che una esplicazione di pubblico potere nei suoi confronti sia conforme alle regole poste dall'ordinamento). L'interesse indirettamente protetto è detto anche « interesse legittimo »: occorre avvertire, però, che con tale termine si suole impropriamente indicare anche il diritto affievolito, o addirittura tutta la categoria delle figure subbiettive imperfette. — Altra figura giuridica subbiettiva

possibilità di soddisfarsi attraverso il comportamento (« dovere ») del soggetto passivo. Il soddisfacimento di un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico implica la attribuzione di facoltà o, talora, l'imposizione di oneri al soggetto attivo.

2.4.1. « 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).

2.4.2. « Oneri » sono i sacrifici che l'ordinamento addossa al soggetto attivo perché possa soddisfare il proprio interesse, conseguendo un risultato a lui utile o evitando una conseguenza a lui svantaggiosa (es.: onere di ricorrere all'autorità giudiziaria per provocare l'assoggettamento del soggetto passivo, oppure di fare una certa istanza per ottenere un certo soddisfacimento).

2.5. Con riguardo alla loro struttura i rapporti giuridici richiedono una distinzione fondamentale in rapporti assoluti e rapporti relativi.

---

imperfetta è la cd. aspettativa di diritto (o di dovere), la quale si verifica quando la pretesa giuridica, con il correlativo obbligo, non sia ancora venuta in essere, ma si siano tuttavia già verificati alcuni fatti o atti necessari per la sua nascita. Di regola si producono, in tal caso, taluni « effetti preliminari o prodromici », la cui validità è condizionata al perfezionamento della fattispecie. Non si ha aspettativa di diritto se vi è solo la speranza del sorgere di un diritto o di un dovere: in senso tecnico, l'aspettativa si ha unicamente quando essa sia giuridica, vale a dire quando ad essa il diritto colleghi degli effetti. Così si ha indubbiamente una aspettativa giuridica nell'ipotesi di un diritto *sub condicione*, dato che fino a che non si sia verificato l'avvenimento condizionante, già possono tuttavia compiersi eventualmente atti di conservazione e di prevenzione del diritto e del correlativo dovere. — Talvolta può avvenire che il potere di azione sia apparentemente « autonomo », cioè non sia con sufficiente chiarezza collegato con una precedente pretesa e che, pertanto, sembri esistere un diritto costituito dal solo potere di costrizione, vale a dire dalla sola possibilità originaria di produrre effetti giuridici a carico di determinati soggetti passivi, indipendentemente dalla volontà di costoro. Si parla in tal caso di diritti potestativi (es.: possibilità di risoluzione di contratto per inadempimento dell'altro contraente). Questa categoria ha suscitato ampie polemiche fin da quando fu prospettata.

2.4.1. Il rilievo delle facoltà giuridiche implicate dalla titolarità di un diritto subbiettivo porta spesso anche a parlare, impropriamente, di « diritti facoltativi » spettanti al soggetto.

2.4.2. L'onere differisce dall'obbligo (e non va confuso con quest'ultimo) per il fatto che l'obbligo viene imposto dall'ordinamento a vantaggio di un altro soggetto (il quale è il titolare della correlativa pretesa), mentre l'onere è imposto dall'ordinamento allo stesso soggetto che è titolare della pretesa giuridica ed a suo esclusivo vantaggio.

2.5. Contro la distinzione tra rapporti giuridici assoluti e relativi da noi accolta si sono mosse, principalmente, queste obiezioni: che essa è errata *in radice*, perché il rapporto giuridico intercorre tra soggetto e norma, dimodoché non vi è possibilità di distinguere i vari diritti soggettivi con riferimento ad una diversa struttura; che l'assolutezza, in quanto implica facoltà di godimento di un

2.5.1. 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. Esempio tipico di rapporto giuridico assoluto è il rapporto di proprietà (tutti i consociati sono tenuti ad astenersi dal turbare il godimento di un oggetto giuridico da parte del proprietario).

2.5.2. I « rapporti giuridici relativi » sono quelli che intercorrono tra uno o più soggetti attivi determinati ed uno o più soggetti passivi

---

oggetto giuridico con esclusione di ogni altro, caratterizza anche taluni rapporti relativi, come la locazione; che l'assolutezza, intesa come rapporto tra un soggetto determinato e tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, è una astrazione priva di base realistica. La prima obiezione è certamente valida sul piano teorico (tutte le teorie sono valide), ma contrasta, sul piano storico, con tutto quanto si è sempre detto e pensato in ordine alla struttura della vita giuridica. La seconda obiezione parte da un rilievo indubbiamente esatto (rilievo che porta alla possibile ulteriore identificazione di una categoria unitaria dei « diritti di godimento », alcuni assoluti e altri relativi), ma non tien conto del fatto che il titolare di un diritto (di godimento) assoluto (es.: l'usufrutto) ha, in caso di attentato al suo godimento, azione diretta contro l'attentatore, mentre il titolare di un diritto (di godimento) relativo è tenuto, nella stessa ipotesi, a esperire l'azione, anziché contro l'attentatore, contro lo specifico soggetto passivo impegnato ad assicurargli il godimento dell'oggetto giuridico: dunque la distinzione tra rapporti assoluti e relativi ha ragion d'essere. Quanto alla terza obiezione, è stato giustamente rilevato che il dovere giuridico non comporta necessariamente una prestazione specifica (*dare, facere, non facere*), ma può consistere anche in un generico *pati*, cioè in un doversi astenere dal turbare le situazioni di preferenza accordate dall'ordinamento giuridico ad altri soggetti: dunque, nulla osta a che si traduca tutta la realtà giuridica nello schema dei rapporti intersubbiettivi.

2.5.1. In ordine alla configurazione dei rapporti giuridici assoluti, coloro che negano la concepibilità degli stessi come rapporti intersubbiettivi sostengono, con diverse sfumature, che i rapporti assoluti intercorrono tra il soggetto (titolare del diritto) e l'oggetto giuridico: i rapporti assoluti, in altri termini, si differirebbero dai rapporti relativi per il fatto di non ammettere l'esistenza di un soggetto passivo. Questa teoria coglie efficacemente l'aspetto più evidente (e che maggiormente colpisce) dei diritti assoluti, cioè l'aspetto delle facoltà del soggetto sull'oggetto; può aggiungersi, anzi, che non solo nel linguaggio comune, ma anche in quello (quando sia meno controllato) dei giuristi, le facoltà vengono spesso qualificate come diritti. Tuttavia, se è vero che la giuridicità consiste nella possibilità di giungere al costringimento di qualcuno, è chiaro che ad un rapporto privo di soggetto passivo manca questa possibilità, dunque manca la configurabilità come rapporto giuridico.

2.5.2. Quando vi sia un rapporto giuridico relativo, se un terzo estraneo al rapporto lede il diritto del soggetto attivo (si pensi, ad esempio, al caso

del pari determinati. Il soggetto passivo è, in tal caso, tenuto ad un comportamento satisfattorio 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. obbligatorî (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.).

2.5.3. Una categoria intermedia tra rapporti assoluti e rapporti relativi è costituita dai « rapporti giuridici assoluti in senso improprio ». Si tratta di taluni rapporti relativi (cioè intercorrenti tra soggetti determinati) cui qualche ordinamento giuridico conferisce, almeno in parte, il trattamento proprio dei rapporti assoluti, e quindi principalmente la tutela del soggetto attivo non solo nei confronti del soggetto passivo, ma *erga omnes*. Una giustificazione logica del fenomeno è impossibile. Esso si spiega solo, di volta in volta, sul piano storico. Esempio tipico di rapporto giuridico assoluto in senso improprio è il rapporto di usufrutto: non solo e non tanto il proprietario della cosa inconsumabile e fruttifera è tenuto a permettere il godimento da parte dell'usufruttuario, ma questi acquista il diritto al godimento, oltre che verso il cd. « nudo proprietario », *erga omnes*, con la conseguenza che potrà quindi, fra l'altro, difendersi direttamente contro terzi attentatori del suo diritto.

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

2.6.1. I « rapporti giuridici di debito » sono rapporti (assoluti o relativi) consistenti in un vincolo che si costituisce per effetto di un

---

di un estraneo il quale danneggi la cosa che, in un rapporto da locazione, il locatario abbia ottenuto dal locatore), il soggetto attivo (nella specie dell'esempio, il locatario) non potrà esercitare la sua azione nei confronti del terzo danneggiatore (e ciò appunto perché si tratta di un estraneo), ma potrà agire solo contro il soggetto passivo (nella specie dell'esempio, il locatore).

2.5.3. A rendere evidente la differenza di trattamento tra il rapporto relativo vero e proprio e il rapporto relativo mascherato da rapporto assoluto, cioè il rapporto assoluto in senso improprio, si ponga a confronto il diritto di godimento di una cosa spettante al « locatario » nei riguardi del locatore col diritto di godimento di una cosa spettante all'« usuario » nei riguardi del concedente. Se si verifica il danneggiamento della cosa da parte di un terzo, mentre il locatario può reagire solo contro il locatore (che a sua volta reagirà eventualmente contro il terzo), l'usuario potrà reagire direttamente contro il terzo.

2.6.1. La responsabilità può essere: *a*) « primaria » (detta pure « aquiliana », perché originariamente regolata dalla *lex Aquilia*, di cui diremo al luogo

fatto giuridico involontario o di un atto giuridico lecito. 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, causa la commissione da parte loro di un atto giuridico illecito.

2.6.2. 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.

2.6.3. In realtà, ogni rapporto giuridico (assoluto o relativo) nasce come rapporto di debito. In dipendenza dalla 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.

---

opportuno); *b*) « secondaria » (detta anche « da inadempimento »). La prima si ha allorché viene violato un rapporto giuridico assoluto o il rapporto generale e fondamentale di « libertà » (che è anch'esso assoluto). La seconda si origina dalla lesione di un rapporto relativo. Esempi rispettivi sono: il rapporto di risarcimento del danno provocato col proprio autoveicolo a un passante (l'autore del danno ingiusto è tenuto a risarcire il danneggiato); quello di risarcimento del danno provocato al proprio creditore non adempiendo a tempo debito l'obbligazione. — Quando la responsabilità dell'autore dell'illecito non è volta alla riparazione del pregiudizio provocato all'altra parte (cioè al « risarcimento » del pregiudizio stesso), ma è volta a caricare l'autore di un'afflizione fisica o economica (cioè di una « pena ») a titolo di punizione per il mal fatto, si parla di responsabilità penale. — Sulle ipotesi di responsabilità criminale (o responsabilità « penale pubblica »: *infra* n. 3.4.2. — Per vecchia tradizione, quando si verifica un'ipotesi di responsabilità non criminale, cioè di cd. responsabilità civile (o « privata »), la responsabilità primaria viene anche chiamata (impropriamente) « extracontrattuale », mentre la responsabilità secondaria (la quale scaturisce, il più delle volte, dall'inadempimento di un rapporto relativo istituito mediante contratto) viene qualificata (altrettanto impropriamente) « contrattuale ».

2.6.3. Qualche esempio chiarirà meglio la complessità dei rapporti giuridici, che è da mettere in relazione alla complessità delle normative giuridiche (v. *retro* nt. 1.8.1). Tizio deve 100 a Caio, ma alla scadenza non opera il pagamento: la relazione tra Tizio e Caio da rapporto (relativo) di debito si evolve in rapporto di responsabilità secondaria ad esecuzione libera (Tizio è tenuto a risarcire Caio); se Tizio non effettua volontariamente il risarcimento di Caio e questi si rivolge a chi di ragione (autorità giudiziaria), il rapporto (di responsabilità) diventa ad esecuzione coatta. Lo stesso dicasi nell'ipotesi che Tizio danneggi la cosa in proprietà di Caio, venendo meno all'obbligo di astensione: dal rapporto assoluto (di debito) si passa al rapporto (relativo) di responsabilità primaria ad esecuzione libera, poi (eventualmente) a quello di responsabilità ad esecuzione coatta.

2.7. Il complesso delle situazioni giuridiche, sia attive che passive, sia perfette che imperfette, facenti capo ad un soggetto, costituisce il patrimonio giuridico generale di costui. Può darsi però che, nell'ambito del patrimonio generale, faccia capo al soggetto un certo gruppo di rapporti, che siano dall'ordinamento unitariamente considerati e tenuti distinti dagli altri. In tal caso, ferma restando la unicità del patrimonio generale, è possibile individuare uno o più «patrimoni speciali», ciascuno con propria destinazione. Tali patrimoni rilevano, dunque, più che per il riferimento al soggetto, per il vincolo oggettivo che li determina.

2.8. 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 subordinati a quello fondamentale dei rapporti tra i contitolari, cioè al problema della struttura riconoscibile nella « comunione del diritto tra i contitolari ». E fra le possibili soluzioni i tipi più caratteristici sono tre: quello della comunione indifferenziata, quello della comunione organizzata, quello della comunione solidaristica.

2.8.1. La « comunione indifferenziata » (o « comunanza ») rappresenta la soluzione più elementare e semplicistica del problema della

---

2.7. Il concetto di patrimonio non è pacifico in dottrina. V'è chi lo considera, sulla scorta di teorie economiche, quale complesso delle situazioni attive soltanto (« patrimonio netto »); altri, ancora, lo ritiene non come mera configurazione unitaria delle situazioni giuridiche imputabili ad un soggetto, bensì come autonoma « *universitas iuris* », sulla quale il soggetto avrebbe una titolarità distinta da quella sui singoli rapporti che ne fanno parte. — Nel novero dei patrimoni speciali (o « patrimoni di destinazione ») si suole distinguere tra: « patrimonio autonomo », che fa capo ad una pluralità di soggetti (es.: quello delle associazioni senza personalità giuridica); e « patrimonio separato », facente capo ad un sol soggetto (es.: eredità accettata con beneficio d'inventario).

2.8. La contitolarità, oltre che di singoli diritti, può essere anche contitolarità di singoli doveri (es.: *infra* nt. 2.8.3) e può essere altresì contitolarità di patrimoni, nel qual caso si parla di « comunione patrimoniale » (es., comunione del patrimonio successorio, lasciato da un titolare a più consuccessori, tra i consuccessori stessi, sinché non si verifichi la divisione: *infra* n. 3.3.2).

2.8.1. Il tipo di comunione indifferenziata 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,

contitolarità. Manca ad essa la preordinazione di ogni disciplina interna dei contitolari, ciascuno dei quali ha una pretesa sul tutto, ma non è legittimato né ad affermare di sua spettanza una qualsiasi parte (reale o ideale) del diritto, né 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 (es.: la sua alienazione ad altri) non può essere fatta (se pure è concretamente ammessa o concepita) che sulla base di una decisione unanime.

2.8.2. 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 perché 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 decisione di maggioranza; e sia perché ciascun comunista può anche disporre, in pendenza dello stato di comunione, del suo *quantum* ideale di partecipazione al tutto (della sua « quota »), senza con ciò pregiudicare l'intero.

2.8.3. La « comunione solidaristica », infine, è una forma intermedia (e forse, più esattamente, di passaggio) tra gli altri due tipi di comu-

---

nella necessità, e, in un tempo, nella sufficienza del bene (sfruttato, in genere, solo estensivamente) pei 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 gesammten 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 essi 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.

2.8.2. La comunione organizzata, che fu caratteristica del diritto romano più evoluto, viene anche solitamente denominata, in contrapposto alla comunione indifferenziata, « *communio iuris Romani* ». Salvo patto contrario tra i comunisti, ogni partecipante ha un diritto di godimento proporzionato alla sua quota (« *pro quota* ») e sopporta, del pari in proporzione della quota, gli oneri economici implicati dall'utilizzazione dell'oggetto, e così pure gli eventuali danni. Appunto perciò egli è considerato titolare della quota, che può dunque (salvo sempre patto contrario) vendere o donare ad altri, oppure abbandonare ai compartecipanti (con l'effetto, in questo caso, di un accrescimento « *pro quota* » delle quote di ciascuno). Le decisioni relative alla sorte dell'intero oggetto della comunione (vendita, donazione, locazione, trasformazione, restauro ecc.) sono di solito rimesse, dal diritto obbiettivo o da un patto tra i comunisti, a delibere di maggioranza.

2.8.3. La comunione solidaristica si verifica spesso, per disposizione del diritto obbiettivo o per patto tra i contitolari, in ordine a diritti relativi o di credito

nione. 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.

3. L'ORDINE GIURIDICO.

3.1. Se il fine dell'ordinamento giuridico è di provvedere a che la vita sociale si svolga senza scosse, occorre, al conseguimento di questo fine, che si realizzi quell'ordine delle relazioni umane che l'ordinamento appunto predispone. Si intende quindi per ordine giuridico il verificarsi in concreto degli effetti che le norme giuridiche riconnettono alle fattispecie ipotetiche da esse considerate.

3.2. Gli effetti giuridici, in cui si risolve un ordine conforme al diritto, sono di tre tipi, a seconda che implichino: la costituzione di nuove qualificazioni o di nuovi rapporti giuridici (« effetti costitutivi »); la estinzione di qualificazioni o di rapporti giuridici preesistenti (« effetti estintivi »); la modificazione, in qualche suo dato caratteristico, di qualificazioni o di rapporti giuridici già esistenti (« effetti modificativi »). Quanto agli effetti modificativi, si distinguono le « modificazioni soggettive » da quelle « oggettive » (o, per meglio dire, non soggettive). Le prime sono relative ai soggetti (attivo o passivo) del rapporto o del complesso di rapporti considerati. Le seconde concernono: o l'oggetto vero e proprio del rapporto, nel senso che se ne opera

---

(nel qual caso si parla di « solidarietà obbligatoria attiva »), anzi non meno spesso si verifica in ordine a doveri relativi (nel qual caso si parla di « solidarietà obbligatoria passiva »). Nelle ipotesi di solidarietà obbligatoria attiva, il debitore estingue il suo debito verso tutti i concreditori mediante l'adempimento a favore di uno qualunque di essi. Nell'ipotesi di solidarietà obbligatoria passiva, il creditore può chiedere l'adempimento dell'intero credito ad uno qualunque tra i condebitori.

3.2. Delle modificazioni giuridiche si potrebbe dire, e si è detto, che esse a rigor di logica non si giustificano, in quanto la modifica di una qualificazione o di un rapporto esistenti altro non è che la estinzione di quella qualificazione o di quel rapporto, subito seguita dalla costituzione di una qualificazione o di un rapporto nuovi. Questo è vero, ma sta di fatto che vi sono ipotesi in cui gli ordinamenti giuridici mostrano di ritenere che qualificazioni e rapporti non si estinguano, ma solamente mutino, si evolvano: sopra tutto quando il processo di trasformazione sia determinato da un unico fatto causativo (che ha perciò, nel contempo, veste di fatto estintivo e di fatto costitutivo) e sia inoltre limitato ad un solo elemento della qualificazione o del rapporto (un soggetto, l'oggetto). Quindi, le modificazioni giuridiche costituiscono una categoria puramente empirica, ma non perciò meno giustificata, nel mondo empirico del diritto, delle altre due. Tale categoria si presenta anzi indispensabile ai fini dell'inquadramento di molteplici fenomeni giuridici, primo fra tutti il fenomeno successorio.

la sostituzione con altro oggetto equivalente o affatto diverso; oppure la natura della situazione attiva o passiva di un soggetto, nel senso che si determina un affievolimento o un rafforzamento di diritto o di dovere, o che si verifica la trasformazione di un diritto o dovere in un altro. Le modificazioni giuridiche soggettive sono dei tipi più vari: sostituzione di un soggetto ad un altro, moltiplicazione di soggetti (più soggetti al posto di un soggetto), riduzione di soggetti (fenomeno inverso al precedente). Nell'ambito delle modificazioni soggettive, il tipo di gran lunga prevalente e più importante è quello della successione, che merita qualche precisazione maggiore.

3.3. Successione in un rapporto giuridico si ha tutte le volte in cui, fermi restando gli altri elementi, un nuovo soggetto giuridico subentra nella situazione di una delle parti: successione « attiva », se nella situazione del soggetto attivo; successione « passiva », se nella situazione del soggetto passivo. Il soggetto nella cui posizione giuridica si subentra viene definito « autore » della successione o « dante causa » alla stessa; il soggetto subentrante prende il nome di « successore » o « avente causa » dalla successione.

3.3.1. Caratteristico della struttura del fenomeno successorio è che la successione può anche attuarsi, nei limiti in cui l'ordinamento lo dispone e lo ammette, in dipendenza della fine di un soggetto giuridico (per morte, *capitis deminutio*), tra un autore giuridicamente finito e un

---

3.3. Nell'ipotesi di successione di un soggetto ad un altro in singoli diritti o doveri (es.: per effetto della compravendita o della donazione di uno o più oggetti determinati) si suole anche, e preferibilmente, parlare di « acquisto derivativo » (del diritto o del dovere) da parte del successore.

3.3.1. Rapporti giuridici intrasmissibili per successione sono quelli che non ammettono il trasferimento ad altri soggetti: o perché strettamente personali, cioè strettamente inerenti alla persona del soggetto attuale del rapporto; o perché l'interesse pubblico, o comunque un interesse superiore a quello privato, non ammette il distacco di una certa situazione da un certo titolare; o perché, infine, la volontà degli stessi soggetti ha escluso la trasmissibilità del rapporto, sempre che l'ordinamento giuridico non consideri, imperativamente, il rapporto come essenzialmente trasmissibile. — Relativamente ai rapporti giuridici trasmissibili, la successione può verificarsi in forza di quattro ordini distinti di cause: una norma specifica dell'ordinamento giuridico (cd. « successione legale » o *ex lege*); un provvedimento sanzionatorio dell'autorità giudiziaria (cd. « successione giudiziale » o *ex sententia iudicis*); un provvedimento amministrativo (cd. « successione amministrativa » o *ex imperio*); un atto di autonomia privata, cioè un negozio giuridico (cd. « successione volontaria » o *ex negotio*). Salvo che l'ordinamento giuridico disponga o ammetta altrimenti, l'ordine delle cause di successione sopra riportato è indicativo anche della loro gerarchia: la prima prevale di regola sulla seconda, la seconda sulla terza, la terza sulla quarta. Tuttavia, l'orientamento degli ordinamenti giuridici moderni è, anche in questo campo, nel senso di lasciar fare il più possibile all'autonomia privata e di intervenire con i provvedimenti pubblici (legislativi, sanzionatori o amministrativi) solo allo scopo di supplire, di integrare o eccezionalmente di correggere l'iniziativa dei soggetti privati.

successore munito di soggettività. Può, anzi, perfino avvenire, ove l'ordinamento lo conceda, che ad un autore giuridicamente estinto succeda un avente causa ancora privo di vita giuridica al momento della fine di quello (es.: un nascituro). La figura di gran lunga prevalente, in ordine alla successione ad un soggetto giuridicamente estinto, è quella della successione a causa di morte o « successione *mortis causa* », che si verifica in dipendenza della morte di un soggetto. Peraltro, in seguito alla fine di un soggetto giuridico, non tutti i rapporti già facenti capo a lui passano al successore o ai successori (con conseguente modificazione soggettiva nei rapporti medesimi). Alcuni rapporti, infatti, si estinguono per effetto della scomparsa del loro titolare (es.: diritto agli alimenti, diritto di usufrutto). Altri rapporti poi, sia pure in dipendenza della fine di un soggetto, si costituiscono addirittura *ex novo* in capo al successore (es.: diritto a pensione da parte della vedova; diritto del beneficiario di un'assicurazione sulla vita).

3.3.2. La distinzione fondamentale da operarsi, in tema di successione, è quella tra « successione universale » e « successione particolare », a seconda che il successore subentri nella totalità delle situazioni giuridiche (sia attive che passive) di cui il dante causa era titolare, o che invece subentri in singole o comunque determinate situazioni giuridiche dell'autore. Il concetto di successione universale (o a titolo universale) è in funzione del concetto di patrimonio. È a titolo universale solo la successione relativa ad un intero patrimonio sia pur depurato dei rapporti intrasmissibili; e se invece di uno i successori sono in numero di due o più, egualmente la successione ha carattere universale, se ed in quanto ciascuno di essi abbia diritto ad una quota di tutto quanto il patrimonio dell'autore. La successione in singoli rapporti è, invece, successione a titolo particolare, perché manca la considerazione unitaria del patrimonio dell'autore in tutto il suo complesso.

3.3.2. In ordine alla successione universale, può anche darsi (v. *retro* n. 2.7) che un soggetto giuridico sia titolare di due o più patrimoni, cioè di due complessi organici e tra loro indipendenti di situazioni giuridiche: in questo caso può la successione (universale) in uno dei complessi patrimoniali attuarsi sia tra vivi che a causa di morte (o di fatto equiparato). Ma il caso praticamente più frequente è che a ciascun soggetto giuridico corrisponda un unico patrimonio: nella quale ipotesi non è possibile parlare di successione tra vivi, non essendo concepibile che un soggetto giuridico rimanga anche per un istante totalmente sprovveduto di un suo patrimonio, cioè totalmente privo di situazioni giuridiche attive o passive. — Nell'ipotesi di successione universale di più aventi causa si verifica, sino al momento della divisione del patrimonio successorio tra i successori, una situazione di comunione patrimoniale: *retro* n. 2.8.

3.4. Causa dell'ordine giuridico, e cioè degli effetti giuridici, è il prodursi in atto di accadimenti conformi alle fattispecie ipotetiche delle norme giuridiche. Questi accadimenti giuridicamente rilevanti si dicono « fatti giuridici » e si classificano in vari modi, a seconda dei punti di vista da cui vengono considerati. La classificazione più semplice e generale consiste nel distinguere tra fatti involontari e volontari e nel suddividere questi ultimi in leciti e illeciti.

3.4.1. 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 amministrativa).

3.4.2. 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 siano chiamati ad esercitare la loro influenza. Gli atti giuridici si dicono: « leciti », se il comportamento in cui consistono è permesso dall'ordinamento giuridico; « illeciti », se il comportamento in cui consistono è vietato dall'ordinamento giuridico.

3.4. La dottrina ha sezionato ed analizzato in mille forme diverse la rilevanza del fatto giuridico, creando la teoria della fattispecie, ove ciascun elemento del fatto assume una sua rilevanza particolare. Senonché è stato accortamente propugnato il ritorno alla nozione unitaria del fatto giuridico.

3.4.1. I fatti giuridici involontari, come già risulta dal testo, non sono tali perché mai determinati dalla volontà, ma sono qualificati in questo modo perché, anche se posti in essere da una volontà umana (come è il caso dei cd. atti del terzo), questa volontà non ha giuridica rilevanza, non è presa in alcuna considerazione dall'ordinamento giuridico: determinante è che il fatto sia avvenuto, non che esso sia volontario.

3.4.2. Gli atti giuridici illeciti sono determinativi di rapporti relativi di responsabilità (primaria o secondaria): *retro* n. 2.6.1. — Giova precisare, a tal proposito, che la commissione di un atto giuridico illecito da parte di un soggetto produce, di regola, una responsabilità a suo carico (o, eccezionalmente, a carico di altri o anche di altri: es., un parente, un disattento sorvegliante) ed a favore del soggetto pregiudicato dall'atto: nel qual caso si parla usualmente di « responsabilità civile » (o « privata »). Tuttavia, in certe ipotesi ben determinate e più gravi, l'ordinamento giuridico può considerare l'atto illecito come lesivo (o anche come lesivo) dell'interesse dell'intera comunità sociale, nella sua indifferenziata unità: si pensi al tradimento, alla diserzione di fronte al nemico, all'omicidio, alle lesioni personali gravi ecc. In ordine a queste ipotesi (che vengono qualificate « crimini », « delitti pubblici », « reati » o in altri modi) l'ordinamento può stabilire a carico del reo una responsabilità criminale (o responsabilità « penale pubblica ») con conseguenze di pene detentive o pecuniarie da richiedersi da un rappresentante del cd. « pubblico ministero ».

3.4.3. Ma l'ordinamento giuridico, mentre fissa sempre ed in ogni caso i precisi effetti da ricollegare ai fatti giuridici involontari ed agli atti giuridici illeciti, si comporta in maniera diversa riguardo agli atti giuridici leciti. Solo in casi eccezionali il diritto stabilisce quali effetti debbono conseguire al compimento di un determinato atto lecito. Di regola, invece, esso lascia ai soggetti una certa sfera di « autonomia », cioè riconosce loro un certo àmbito di discrezionalità nella determinazione degli effetti da conseguire. Di qui la distinzione degli atti giuridici leciti in: « meri atti giuridici », che sono per l'appunto quelli i cui effetti sono esattamente prefissi dall'ordinamento, il quale ritiene perciò irrilevante da parte dei soggetti una concreta volontà degli effetti, richiedendo soltanto la volontarietà di tali atti (es.: la volontaria presa di possesso di una *res nullius* determina *ipso iure* l'acquisto della proprietà sulla medesima); « atti giuridici di autonomia », che sono invece quelli i cui effetti devono essere di volta in volta voluti e indicati dai soggetti.

3.5. Affinché un atto giuridico (lecito o illecito) sia produttivo, in quanto tale, di effetti giuridici non basta, evidentemente, che si registri l'accadimento esterno in cui esso materialmente consiste, né basta che l'accadimento sia voluto dall'autore dell'atto. Occorre, anzi tutto, che l'autore risulti capace di volere l'atto. Presupposti generali dell'azione giuridica (a prescindere dalle qualificazioni ulteriori e specifiche che possano essere di volta in volta richieste per singoli e determinati atti) sono, più precisamente: la soggettività giuridica (cd. « capacità giuridica ») e la capacità di intendere e di volere (cd. « capacità di agire »).

3.5.1. La « capacità giuridica » è la capacità riconosciuta dall'ordinamento di essere soggetto delle (o di alcune) situazioni giuridiche.

3.4.3. I meri atti giuridici sono detti anche « atti giuridici in senso stretto ». Un ordinamento giuridico che, escludendo (o anche fortemente limitando) il giuoco degli atti giuridici di autonomia dei soggetti (e in particolare dei soggetti privati: *infra* n. 4.1), pretendesse di prefissare minuziosamente tutti i possibili effetti giuridici, è praticamente irrealizzabile, salvo che in società entro cui il diritto si limiti ad una ristretta sfera di interessi, lasciando ad altri ordinamenti non giuridici il regolamento, con ampio ricorso all'autonomia privata, dei rapporti sociali che esso non ritiene giuridicamente rilevanti. E per ciò che nelle società primitive (antiche e moderne) l'ordinamento giuridico, essendo solitamente concentrato nella disciplina di un minimo numero di rapporti sociali ritenuti più importanti, riduce spesso al minimo l'ausilio dell'autonomia privata e assume aspetti, a dir così, liturgici. Man mano che la sfera di azione del diritto si espande e si articola, l'apporto dell'autonomia privata nella produzione degli effetti giuridici si rivela in pratica indispensabile.

3.5. Sulle qualificazioni giuridiche soggettive (entro cui rientrano i presupposti dell'azione giuridica): *retro* n. 2.1.1.

3.5.1. La capacità giuridica, quando non sia riconosciuta illimitatamente (cioè

Essa, in astratto, non può mai mancare, perché effetti giuridici non si producono, per definizione, se non per i soggetti giuridici. Tuttavia è ben raro che un ordinamento giuridico riconosca la soggettività giuridica integralmente (cioè sia per i rapporti giuridici pubblici che per quelli privati) a tutti coloro che vivono sul suo territorio. In genere esso esercita sempre una scelta di coloro cui intende riconoscere la soggettività dei rapporti o di certi rapporti (es.: i liberi e non gli schiavi, i maschi e non le femmine, i cittadini e non gli stranieri).

3.5.2. Subordinatamente alla capacità giuridica, anche la « capacità di agire » (cioè la capacità di intendere e di volere l'atto) non può mai mancare poiché sarebbe un controsenso che un fatto fosse voluto da persona inadatta a volerlo o addirittura a rendersene conto. Tuttavia, gli ordinamenti giuridici non esigono, di solito, che per ogni azione giuridica che si compia sia accertata la effettiva, concreta capacità di intendere e di volere dell'agente: sarebbe poco pratico e attarderebbe perniciosamente il fluire della vita giuridica. Il sistema cui gli ordinamenti giuridici generalmente ricorrono è quello di presumere che il soggetto giuridico sia capace di intendere e di volere quando presenti alcuni requisiti: l'aver superato una certa età minima o il non aver

---

per tutti i rapporti giuridici pubblici e privati) ad un soggetto, dà luogo alla figura dei cd. soggetti giuridici limitati. Per ragioni di opportunità espositiva si può anche (e si suole) distinguere tra soggetti giuridici illimitati e limitati in ordine a più ristretti settori dell'ordinamento giuridico. Per esempio, in una esposizione dedicata al cd. diritto privato si sentirà parlare di « soggetti limitati dei rapporti giuridici privati » (prescindendo dall'esame della loro posizione nell'ambito del diritto pubblico). E sia ben chiaro, a scanso di banali equivoci, che, quando si fa la teoria del soggetto giuridico (illimitato), non si vuole con ciò negare che vi siano categorie di soggetti giuridici più o meno fortemente, spesso troppo, « limitati » e che queste categorie, in taluni ordinamenti giuridici, coprano la massa preponderante della popolazione. Tanto meno si vuole implicare, sia a questo proposito che a proposito di ogni altro tema dell'ordinamento giuridico, che nella realtà sociale non vi siano forze che, vanificando le finalità del diritto, determinano disuguaglianze e sproporzioni, più o meno gravi, di fatto. V. anche *retro* n. 1.5.

3.5.2. La capacità di agire presuppone, come si è detto, che l'agente sia giuridicamente capace. Un atto compiuto da persona sia pur pienamente capace di intenderlo e di volerlo, ma sfornita della capacità di essere soggetto attivo o passivo del rapporto ad esso conseguente, è evidentemente un atto giuridicamente irrilevante (irrilevante almeno come atto, cioè come fatto volontario) i cui effetti non hanno alcun valore, addirittura non esistono per l'ordinamento giuridico. Tuttavia siccome possono ben esservi persone prive di capacità giuridica eppure pienamente capaci di intendere e di volere (si pensi ad uno straniero), un ordinamento giuridico può anche eccezionalmente prevedere, accanto alla capacità giuridica e alla capacità di agire, la figura della mera capacità di agire dei non soggetti. Il fenomeno è pressoché estraneo all'esperienza giuridica contemporanea, ma si verificava spesso in quegli ordinamenti giuridici del passato che qualificavano come soggetti giuridici un limitatissimo numero di esseri umani, mentre assegnavano agli altri (gli schiavi, i *filii familiarum* e via dicendo) il ruolo di oggetti di rapporti giuridici. In questi casi l'atto compiuto viene considerato valido.

superato una certa età massima, l'appartenere ad un certo sesso, l'essere esente da certe malattie o minorazioni fisiche, mentali o morali. Si parla in tal caso di « capacità astratta di agire ». La presunzione di capacità connessa alla presenza dei requisiti della cd. capacità astratta di agire cede, peraltro, di fronte alla prova (offerta da chi vi abbia interesse) che viceversa un singolo atto fu compiuto in istato di sia pur momentanea incapacità di intenderlo e di volerlo, cioè di « incapacità concreta di agire » (cd. « incapacità naturale »): nel quale caso l'atto viene posto nel nulla.

4. Gli atti giuridici di autonomia.

4.1. Gli atti giuridici di autonomia, da cui dipende almeno per quattro quinti la realizzazione dell'ordine giuridico, si dividono anzi tutto in due categorie fondamentali: quella degli « atti di autonomia pubblica » (o « provvedimenti »), posti in essere dagli organi di governo per l'attuazione di finalità di pubblico interesse, e quella degli « atti di autonomia privata » (o « negozi giuridici »), posti in essere dai privati cittadini per l'attuazione di finalità di interesse privato.

4.2. L'autonomia privata, su cui giova soffermarsi in questa sede, si esercita liberamente entro i limiti posti dall'ordinamento

---

4.1. Atti di autonomia pubblica sono, in altri termini, i provvedimenti (di governo) legislativi, giurisdizionali, amministrativi, su cui *retro* n. 1.4.3.

4.2. La individuazione del problema degli atti di autonomia privata e la costruzione della teoria del negozio giuridico costituiscono il merito della cd. 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 (sui cui documenti i Pandettisti ragionavano) 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, premuta dalla necessità di adattare il diritto romano alle esigenze di regolamento intersubbiettivo manifestantisi nel 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 e di età diverse, 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, e forse della sua antistoricità. — Una rapida analisi della definizione da noi data nel testo chiarirà meglio il concetto di negozio giuridico. Esso è: *a*) un « atto giuridico », cioè

giuridico e dai provvedimenti di governo. I « negozi giuridici » sono, dunque, anch'essi atti di regolamento dei rapporti sociali, salvo che la loro sfera di efficacia è normalmente limitata al privato che li compie od ai privati che si accordano per compierli: non atti di eteroregolamento (come i provvedimenti), ma atti di autoregolamento degli interessi privati da parte dei portatori degli interessi stessi. Più precisamente, per « negozio giuridico » si intende: un atto lecitamente produttivo di effetti giuridici ordinativi conformi alla volontà manifestata da chi lo compie ed allo scopo pratico che esso è obbiettivamente in grado di svolgere.

---

rientra nel *genus proximum* degli « atti », vale a dire dei fatti giuridici posti in essere volontariamente dai soggetti (esso presuppone, dunque, la « capacità giuridica » e la « capacità di agire » di chi lo compie); *b*) un atto « lecito », cioè non vietato, né sanzionato dal diritto (beninteso, può darsi che, nel porlo concretamente in essere, il soggetto giuridico intenda realizzare un cd. « negozio giuridico illecito », indirizzato cioè 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 limitandosi a punire l'autore del negozio per il cattivo uso che ha fatto dell'autonomia riconosciutagli); *c*) un atto giuridico lecito produttivo di « effetti ordinativi », cioè privo di 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 con la sola e limitata attitudine a regolare gli interessi del suo o dei suoi autori, cioè a produrre un effetto determinante dell'ordine giuridico: costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico; *d*) un atto giuridico lecito produttivo di effetti ordinativi « determinati dal suo autore », nel senso che sta all'autore, per autorizzazione rilasciatagli (esplicitamente o implicitamente) dall'ordinamento, determinarne gli effetti; *e*) un atto giuridico lecito, produttivo di effetti ordinativi « conformi alla volontà manifestata dal suo autore », nel senso che la determinazione dei suoi effetti 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 altrimenti non potrebbe distinguersi dal mero atto giuridico, ma non meno indispensabile è la forma, cioè la manifestazione esteriore, perché diversamente il negozio non sarebbe riconoscibile dai terzi: l'equilibrio tra i due elementi può essere, negli ordinamenti giuridici positivi, quanto mai variabile, in quanto possono darsi ordinamenti ad indirizzo accentuatamente formalistico e ordinamenti a indirizzo accentuatamente volontaristico, ma non sarebbe negozio giuridico un atto privo completamente dell'uno o dell'altro requisito); *f*) un atto giuridico lecito 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 un'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'« apprenti sorcier » della favola, il meccanismo del negozio giuridico. Di qui l'esigenza che vi sia, di regola, una « causa » riconoscibile e che questa causa sia lecita.

4.2.1. Gli elementi essenziali di ogni negozio giuridico sono, pertanto, tre: la « volontà » dell'autore (o degli autori), che è indirizzata da chi la pone in essere, non solo al compimento dell'atto in sé, ma anche alla determinazione dei suoi effetti ordinativi; la « forma » (o « manifestazione »), che riveste esteriormente la volontà e la rende perciò conoscibile agli altri soggetti dell'ordinamento; la « causa », cioè la funzione che l'atto è obbiettivamente in grado di svolgere ai fini della realizzazione degli effetti.

4.2.2. Va subito avvertito, prima di passare ad una più minuta descrizione dei tre elementi essenziali, che la volontà può anche non promanare da un solo autore, ma da due o più soggetti, i quali concorrano in vario modo tra loro allo scopo di porre in essere un unico negozio: nel qual caso può parlarsi di « negozio plurisoggettivo ». Ma il negozio plurisoggettivo può essere, a sua volta: o il risultato di due o più volontà, che esprimono interessi convergenti e sono per-

---

4.2.1. Il ruolo della volontà nella concezione del negozio giuridico costituisce, da qualche tempo, argomento di vivissima disputa tra gli studiosi di teoria generale del diritto. La *communis opinio*, da noi sintetizzata nel testo, ravvisa nella volontà un elemento essenziale della struttura del negozio: un elemento, anzi, anche più importante degli altri e sul quale gli altri (forma e causa) devono, in un certo senso, misurarsi. Contro quest'orientamento dominante è stato vigorosamente sostenuto che l'essenza del negozio non sta nel fatto che si vogliano certi effetti giuridici, ma sta piuttosto nel fatto che certi effetti siano prodotti o predisposti in un certo modo. Indubbiamente la volontà, secondo questa teoria, è un presupposto imprescindibile del negozio (senza la volontà, da cui scaturisce, il negozio è privo di valore), ma ne sta al di fuori, non al di dentro: il negozio, in sé e per sé, consiste in un precetto della autonomia privata, in un atto di autoregolamento dei privati interessi e deve operare non in funzione di ciò che l'autore ha voluto, ma in funzione del come si manifesta e di quel che è obbiettivamente atto a produrre. In altri termini, il negozio è, sì, concepito e partorito dalla volontà, ma se ne distacca con la nascita e vive poi di vita propria, conformemente alla funzione economico-sociale che è ostensibilmente atto a realizzare. Questa concezione del negozio giuridico (che, ovviamente, è non meno legittima, sul piano teorico, di quella dominante) ha il merito di porre allo scoperto la parentela esistente tra negozi e provvedimenti e tra gli atti ordinativi e quelli normativi. Essa forse, peraltro, scolora eccessivamente il requisito della volontà: la quale, negli atti di autonomia privata, suole essere generalmente più aderente alla vita del negozio (oltre la nascita) di quanto non lo sia nella maggior parte degli atti di autonomia pubblica. Essenzialmente per questa considerazione di esperienza preferiamo, in linea astratta, definire il negozio giuridico come un atto di volontà. Ma è ovvio che ogni ordinamento nella sua evoluzione storica può segnare il passaggio da una concezione « obbiettivistica » (o « precettistica ») ad una concezione « subbiettivistica » (o « volontaristica ») del negozio, e viceversa.

4.2.2. In relazione agli autori del negozio ed alla loro posizione, può anche procedersi ad una distinzione generale tra: « negozi unilaterali », i quali possono essere, a loro volta, semplici (unisoggettivi) o plurisoggettivi (collettivi o complessi); e « negozi plurilaterali », cioè a due o più « parti », i quali possono derivare tanto dall'accordo tra due o più volontà semplici, quanto dall'accordo tra due o più volontà plurisoggettive (collettive o complesse), quanto infine dall'accordo di volontà semplici con volontà plurisoggettive.

fettamente conformi tra loro (« negozio collettivo »: es., la deliberazione dei partecipanti ad una comunione); o il risultato di due o più volontà di diverso contenuto che esprimono però interessi convergenti e si integrano pertanto l'una con l'altra allo scopo di dar vita al negozio (« negozio complesso »: es., la volontà dell'inabilitato e quella integratrice del suo curatore); o il risultato di due o più volontà (o gruppi di volontà), che esprimono interessi divergenti (cioè interessi di « parti » contrapposte) e si conciliano tra loro in un « *consensus in idem placitum* » tra le due o più parti che lo determinano (« negozio bi- o plurilaterale »: es., un contratto di vendita).

4.3. 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 preventiva decisione 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, a provarne la esistenza), 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 venuta a manifestarsi la volontà 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 della forma (scritta o orale) prescritta. Nel secondo caso, il negozio non esiste giuridicamente se non è stato compiuto in un prestabilito modo esteriore, ma non è

4.3. Giova avvertire che non sempre gli autori o le leggi moderne parlano di forma del negozio in senso equivalente a quello di « manifestazione ». Molti per « forma » intendono quel particolare modo di manifestazione della volontà che talvolta, per taluni negozi, l'ordinamento giuridico specificamente esige: in altri termini quella che noi denominiamo « forma vincolata » (dall'ordinamento). Il negozio giuridico, secondo questa impostazione, ha dunque sempre bisogno della manifestazione della volontà, mentre della « forma » (cioè della manifestazione attuata in un certo determinato modo) ha bisogno (come ulteriore elemento essenziale) solo nei casi e nei termini espressamente indicati dall'ordinamento giuridico. — A complemento della distinzione tra forma vincolata *ad probationem* e forma vincolata *ad substantiam* va detto che spesso un negozio vincolato *ad substantiam* ad una certa forma (es.: forma scritta) viene vincolato a quella stessa forma anche *ad probationem*: in tal caso, non solo deve essere stato fatto in quel modo, ma deve continuare a sussistere in quella stessa forma per poter essere individuato.

richiesta, di regola, nessuna determinata forma affinché ne sia provata la esistenza.

4.3.1. 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), 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 sè il negozio, togliendo ogni rilevanza agli altri elementi, la cui mancanza o il cui vizio non possono essere in nessun caso addotti per far valere la invalidità del negozio, ma possono solo formare oggetto di separato accertamento giudiziale 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.

4.4. In generale, nel processo di individuazione della fattispecie negoziale, il momento immediatamente successivo a quello della

---

4.3.1. I negozi a forma vincolata *ad substantiam* si dicono usualmente (v. *retro* nt. 4.3) negozi formali o « solenni », ma vanno suddistinti, per le ragioni dette nel testo, in: *a*) negozi meramente formali, che sono quelli a forma vincolata puramente concorrente: la loro individuazione dipende non meno dall'accertamento della volontà e della causa che dall'accertamento della messa in opera della forma prescritta; *b*) negozi processualmente astratti, che sono quelli a forma vincolata dominante (es.: la promessa di pagamento e la ricognizione di debito); *c*) negozi materialmente astratti, che sono quelli a forma vincolata assorbente (es.: la cambiale).

4.4. Posto che la causa, in senso tecnico, è la funzione del negozio, ne consegue che essa non va confusa, come pur si sarebbe tentati di fare, né con la volontà, né con i motivi dell'autore o degli autori del negozio. Non va confusa con la « volontà negoziale », perché la causa non è ciò che l'autore vuole, ma ciò che il negozio è obbiettivamente atto a determinare: un negozio può, infatti, essere valido, essendo lecita la causa, pur se questa non corrisponde al veramente voluto da chi lo ha posto in essere. D'altro canto, la causa non va confusa con i « motivi » dell'autore o degli autori del negozio (impropriamente detti, anche nelle fonti romane, *causae*) perché 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 es., 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

constatazione della forma del negozio è il momento dell'accertamento della sua causa, della sua funzione obbiettiva, dello scopo cui esso è effettivamente indirizzato ed è effettivamente in grado di pervenire. Un negozio privo di causa (o meglio, privo di una causa individuabile) è invalido; così come è invalido (ed eventualmente determinativo di responsabilità a carico del suo autore) un negozio con causa illecita, cioè diretto ad uno scopo contrastato dall'ordinamento giuridico.

4.4.1. A proposito dei negozi a causa illecita (cd. « negozi illeciti ») è opportuno, peraltro, precisare che occorre distinguere vari gradi di illiceità: la illiceità « piena », che implica la invalidità del negozio (nonché, eventualmente, anche una sanzione di responsabilità per il suo autore o per i suoi autori); la illiceità « semipiena », che implica la sola sanzione di responsabilità, rimanendo tuttavia valido il negozio irregolare; la illiceità « generica », che determina solo una riprovazione formale del negozio irregolare senza conseguenze giuridiche di altro genere.

4.4.2. Dal punto di vista della causa, si fa distinzione tra negozi (unilaterali e plurilaterali) « a titolo oneroso » (o « di corresponsione »)

---

e in ogni caso, l'attuazione dello scambio di una cosa in commercio con un giusto prezzo in danaro. — A proposito della causa, occorre accennare ad un altro fenomeno. 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. 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. Negozi a causa plurima sono quelli posti al servizio, contemporaneamente, di due o più cause: la concorrenza delle quali reagisce, ovviamente, sugli effetti giuridici. Cause a negozi plurimi sono quelle funzioni sociali, il cui espletamento può essere effettuato con diversi negozi: si tratta, dunque, di cause prive di un preciso riferimento negoziale, ma adattabili a strutture negoziali svariate, e quindi, per dir così, « autonome ». I negozi tipici di solito sono anche « negozi nominati », appunto perché previsti e regolati e denominati specificamente: dall'ordinamento giuridico; ma ben possono esservi negozi tipici che siano tuttavia privi di un proprio *nomen iuris*, e cioè « innominati ».

4.4.1. Una sottospecie della illiceità della causa è la « illiceità indiretta », che si verifica in ordine ai negozi di per sé leciti, ma indirettamente destinati ad aggirare un divieto di legge, nel senso di rispettarne la lettera e di tradirne lo spirito (« *fraus legi facta* »: es., vendita di una cosa con patto di riscatto, per evitare il divieto del cd. « patto commissorio »). 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.

4.4.2. I negozi plurilaterali di corresponsione possono essere, peraltro, « 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.

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 compravendita), i secondi hanno per scopo di far acquistare a taluno un vantaggio senza suo corrispondente sacrificio (es.: il prestito di denaro senza interessi; la donazione).

4.4.3. Una suddistinzione importante dei negozi plurilaterali di corresponsione è quella tra negozi sinallagmatici e non sinallagmatici. « Sinallagmatici » (o negozi « a prestazioni corrispettive ») sono quei negozi plurilaterali a titolo oneroso che implichino una interdipendenza tra gli obblighi (e le prestazioni relative) delle parti. A seconda del modo in cui tale interdipendenza si verifica, si distinguono tre specie di sinallagma: il « sinallagma genetico », che si ha quando l'obbligo di una parte verso le altre sorge solo se ed in quanto sorgano gli obblighi reciproci delle altre parti; il « sinallagma condizionale », che si ha quando l'obbligo assunto da una parte verso le altre si estingue se si estinguano gli obblighi assunti dalle altre parti nei suoi confronti; il « sinallagma funzionale », che si ha quando l'esecuzione della prestazione di una parte implica la necessità che siano eseguite le controprestazioni delle altre parti.

4.5. Per quanto concerne l'elemento negoziale della volontà, occorre innanzi tutto mettere ben in chiaro che la manifestazione esteriore può, per varie ragioni, non corrispondere all'interno volere: può darsi cioè che l'autore o gli autori del negozio abbiano manifestato una volontà diversa da quella interna. Le possibili cause di discordanza tra manifestazione esteriore e volontà

4.4.3. Secondo una terminologia tradizionale, i contratti sinallagmatici sono anche detti (con ovvio pericolo di confusione) « bilaterali ». — Per meglio chiarire la differenza tra i vari tipi di sinallagma valga un esempio. Un contratto di vendita (di merce contro prezzo) tra il venditore A e il compratore B è per sua natura manifestazione di sinallagma genetico (non si ha vendita se non si creano in uno stesso tempo le due reciproche obbligazioni); inoltre esso è solitamente espressione di sinallagma condizionale, in quanto il compratore non sarebbe più tenuto al pagamento del prezzo se l'obbligazione del venditore diventasse invalida (e viceversa), ed è spesso espressione anche di sinallagma funzionale, in quanto la prestazione della merce da parte del venditore implica solitamente che il compratore non possa più sottrarsi al suo obbligo di pagamento del prezzo (e viceversa).

4.5. Circa le cause di discordanza tra volontà e manifestazione, giustamente è stato osservato che il raggruppamento è inesatto, sia perché in molte figure inquadrate nella categoria « divergenza tra volontà e dichiarazione » la discordanza propriamente non sussiste, sia perché non è comunque la divergenza a fornire il criterio della disciplina delle varie figure, giacché il regime è sostanzialmente diverso nei vari casi. Ma la classificazione è, ormai, tradizionale.

interna sono: la mancanza di serietà, la violenza fisica, l'errore di manifestazione, il malinteso, la riserva mentale, l'accordo simulatorio.

4.5.1. « 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 interna. 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.

4.5.2. 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 apporre a forza su un documento un timbro che valga per sottoscrizione; 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.

4.5.3. « Errore di manifestazione » (cd. « errore ostativo » o « errore improprio », per differenziarlo dall'errore vizio della volontà)

4.5.1. A proposito della mancanza di serietà, va rilevato che generalmente problemi non sorgono per le manifestazioni *ioci causa* o *docendi causa*, di cui il carattere non serio è di facile evidenza. Per le « dichiarazioni di cortesia » la cosa è diversa, anche perché la gamma delle gradazioni tra la mera cortesia e la serietà della volizione è molto vasta. Per esempio, se un automobilista accetta di trasportare un passante da *x* a *y* sul suo veicolo, l'impegno è solitamente assunto per mera cortesia: dunque l'automobilista può anche (scortesemente) sottrarsi lungo la strada al suo impegno e invitare l'ospite a discendere. Ma l'automobilista può anche essersi impegnato seriamente a trasportare il passante, sia pure a titolo gratuito, in quel determinato posto (il che può risultare dal fatto che egli ha accettato o offerto il trasporto mentre il passante aveva la possibilità concreta di utilizzare per il suo viaggio un'altra offerta, oppure una linea di autobus regolare): in questo caso l'impegno deve essere mantenuto sino alla fine, e se non viene mantenuto dà luogo a responsabilità secondaria per inadempimento verso il passante.

4.5.2. Dalla violenza fisica bisogna ovviamente distinguere la « violenza morale » (*infra* n. 4.6.3). Ma la distinzione non è sempre tanto facile quanto può credersi. Per esempio, è dubbio che un soggetto stabilmente terrorizzato e psicologicamente dominato da un altro (come avviene nelle ipotesi, rare ma non impossibili, del cd. « plagio ») agisca in stato di violenza morale anziché di violenza fisica.

4.5.3. L'errore ostativo, abbiamo detto, dovrebbe determinare, in teoria, la nullità del negozio. Ma siccome il cd. « errore proprio » (l'errore vizio della volontà) implica solo l'annullabilità dell'atto (*infra* n. 4.6.1) e siccome la distinzione tra errore proprio e improprio non è sempre praticamente facile, alcuni ordinamenti giuridici

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 alla manifestazione (es.: Tizio manifesta consenso ad una proposta piegando la testa in avanti, mentre quel gesto, nel paese in cui si trova, è usato per esprimere diniego). In tal caso, la mancanza di una volontà che corrisponda alla manifestazione implica, almeno in linea teorica, la nullità del negozio.

4.5.4. « Malinteso » (o « dissenso occulto ») si verifica nei negozi giuridici bi- o plurilaterali, quando una parte, avendo errato nella comprensione della dichiarazione di un'altra parte, manifesta una volontà che non avrebbe altrimenti avuto o manifestato (es.: Tizio, che vuole soltanto dare una cosa in prestito a Caio, anziché dire « ti do questa cosa affinché la usi », dice, per gallicismo, « ti 'dono' questa cosa ecc. » e l'altra parte accetta ritenendo che si tratti di donazione). 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 successivamente evidente, il negozio va dichiarato invalido per mancanza di « *consensus in idem placitum* ».

4.5.5. « 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 esclude (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 comporta l'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 in ogni caso valido.

4.5.6. « Accordo simulatorio » (più equivocamente denominato, di solito, « simulazione ») si verifica nell'ipotesi che due o più parti

---

collegano anche all'errore di manifestazione la conseguenza dell'annullabilità su istanza di parte.

4.5.5. La riserva mentale è anche denominata talvolta (e non impropriamente dal punto di vista lessicale) « simulazione ».

4.5.6. La simulazione relativa può riguardare la causa (es.: una donazione figura come una vendita), e può cadere sul soggetto (figura acquirente Tizio, ma l'effettivo acquisto è per Caio), sull'oggetto (il prezzo è indicato in misura inferiore alla reale), o su una modalità (un negozio viene configurato come condizionato, mentre è puro). — La simulazione soggettiva viene anche chiamata interposizione fittizia di persona (l'interposizione « reale » si ha con la rappresentanza). La persona interposta nel linguaggio corrente è detta « uomo di paglia ».

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 vogliono un negozio diverso (negozio « dissimulato »: cd. « simulazione relativa »). La simulazione, dunque, non va identificata con la riserva mentale (che ha carattere unilaterale), né va confusa con una pluralità di riserve mentali concorrenti (che non darebbero mai vita, essendo chiusa ciascuna in se stessa, ad un accordo). Quanto alla rilevanza dell'accordo simulatorio, bisogna distinguere tre ipotesi. Tra le parti il negozio simulato non ha effetto: ha effetto, dunque, il solo (eventuale) negozio dissimulato, sempre che di questo sussistano tutti gli elementi richiesti dall'ordinamento. Rispetto ai terzi pregiudicati dalla simulazione (es.: i creditori di un simulato alienante, che vedano diminuire le loro aspettative di pagamento dalla simulata alienazione) il negozio simulato non vale. 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.

4.6. Pur se la volontà vi sia e sia fedelmente manifestata, può darsi che si tratti di una volontà formatasi non liberamente, cioè di una volontà venuta in essere per la influenza determinante esercitata sul processo volitivo da un « vizio » dello stesso. Se è ragionevolmente pensabile che senza quel vizio la volontà non si sarebbe condensata in una decisione o si sarebbe condensata in una decisione diversa, sorge quanto meno il problema se riconoscere o non riconoscere valore giuridico al negozio. Le soluzioni che gli ordinamenti giuridici danno a questo problema possono essere varie, ma in genere gli ordinamenti evoluti tendono ad ammettere che l'autore di un negozio possa invocare dal potere sanzionatorio l'annullamento del negozio quando esso risulti inficiato (in modo che al giudice risulti

---

4.6. A chiarimento di quanto detto nel testo, va precisato che gli effetti dei vizi della volontà non possono consistere, secondo logica, nella invalidità del negozio: anche se viziata, la volontà è pur sempre esistente, dunque non vi è ragione fondata per ritenere che il negozio sia giuridicamente invalido. Gli ordinamenti giuridici tendono pertanto a mettere la questione dei vizi della volontà nelle mani del potere sanzionatorio, cui spetterà di accertare la effettività del vizio denunciato, il suo grado di gravità ed i provvedimenti da prendere: provvedimenti che possono andare dalla comminatoria di una sanzione pecuniaria sino all'« annullamento » del negozio. V. particolarmente *infra* n. 5.4.3.

determinante o comunque inammissibile, intollerabile) da uno di questi tre vizi della volontà: l'errore di fatto, il dolo, la violenza morale.

4.6.1. « Errore di fatto » è la ignoranza o la inesatta conoscenza di una circostanza di fatto da parte dell'autore o di un coautore del negozio: ignoranza o inesatta conoscenza che abbia avuto funzione determinante nella formazione della volontà (es.: mi sono indotto a comprare una partita di olio di semi, credendo falsamente che si trattasse di olio di oliva, mentre non l'avrei comprata, o almeno l'avrei comprata a prezzo inferiore, se me ne fossi accorto).

4.6.2. « Dolo » è il raggiro posto in opera da una persona interessata alla conclusione di un negozio (in genere, dunque, un coautore del negozio bi- o plurilaterale) per indurre un'altra persona a volere il negozio stesso: raggiro che abbia avuto funzione determinante sulla formazione della volontà (es.: Tizio, per indurmi a comprare una partita di olio di semi in luogo dell'olio di oliva che ho intenzione di comprare, mi offre un assaggio di olio di oliva fingendo di trarlo da quella partita).

4.6.3. « Violenza morale » (cd. « *vis animo illata* ») è la minaccia di un male ingiusto e notevole che si rivolga ad una persona per indurla a compiere un certo negozio: minaccia che, provocando timore nel soggetto passivo, abbia avuto funzione determinante sulla formazione della volontà (es.: Tizio, per indurmi a comprare da lui o da altri una partita di olio di semi in luogo dell'olio di oliva che preferirei comprare, mi minaccia di morte o minaccia di rapire un mio stretto familiare e via dicendo).

4.6.1. Dall'errore di fatto va distinto l'errore di diritto, cioè l'errore cadente su una norma dell'ordinamento giuridico (norma che il soggetto ignorava che esistesse, oppure credeva che avesse un diverso contenuto). Di regola, l'errore di diritto non può essere mai addotto a propria scusa da chi lo commette (« *error iuris non excusat* »): dunque il negozio è valido.

4.6.2. La dottrina distingue dal « dolo determinante » (senza l'intervento del quale il negozio non sarebbe stato concluso) il dolo incidente, senza l'intervento del quale la vittima del raggiro avrebbe preteso (e verosimilmente ottenuto) condizioni più favorevoli (es.: un prezzo inferiore). È chiaro che il potere sanzionatorio si decide (od è autorizzato dall'ordinamento) all'annullamento del negozio solo in presenza di un dolo determinante. Di fronte ad ipotesi di dolo incidente esso potrà limitarsi ad ordinare un ritocco delle modalità del negozio (es.: una riduzione del prezzo).

4.6.3. La violenza morale può provenire anche da un terzo disinteressato alla conclusione del negozio (e che agisca per altri interessi: es., per pura arroganza o per lucro di un premio promessogli per la sua azione). Quel che rileva ai fini della annullabilità del negozio è che la minaccia, da chiunque proveniente, abbia prodotto nella vittima un ragionevole « timore », un timore che avrebbe indotto qualunque persona di normale (ma non eccessivo) coraggio, se si fosse trovata nei suoi panni, a compiere il negozio.

4.7. L'attività negoziale può essere compiuta, in linea di principio, tanto personalmente da chi vi abbia interesse, quanto 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 ». La sostituzione può essere di due tipi fondamentali: « sostituzione materiale », che si verifica quando un soggetto si faccia materialmente sostituire da un'altra persona (cd. « *nuncius* »), nella manifestazione della suo volontà; « sostituzione giuridica », meglio detta « rappresentanza », che si verifica quando per conto, nell'interesse di un soggetto giuridico (cd. « rappresentato ») compia il negozio un altro soggetto (cd. « rappresentante »). La differenza è importante, perché il rappresentante esprime una propria volontà ed impegna la propria capacità, sia pure nell'interesse del *dominus negotii* o addirittura in nome di lui; invece il sostituto materiale non esprime alcuna volontà propria (né occorre che sia giuridicamente capace di formarla ed esprimerla), ma riferisce come « portavoce », a titolo di puro e semplice mezzo di trasmissione (a guisa di una lettera o di un disco grammofonico), la volontà manifestata dall'autore del negozio.

4.7.1. La « rappresentanza » si scinde, a sua volta, in due specie: la rappresentanza « diretta », che si ha quando il rappresentante agisce non solo per conto, ma anche in nome del rappresentato; e la rappresentanza « indiretta », che si ha quando il rappresentante agisce in nome proprio, sebbene per conto del rappresentato. Nell'ipotesi della rappresentanza diretta, gli effetti del negozio (es.: l'acquisto di una cosa, l'assunzione di un'obbligazione) ricadono direttamente nella sfera giuridica del rappresentato, perché il negozio vale come se fosse stato posto in essere da questo personalmente. Nell'ipotesi della rappresentanza indiretta, gli effetti del negozio ricadono nella sfera giuridica del rappresentante, il quale deve poi trasferirli al rappresen-

---

4.7. L'ipotesi del portavoce (o « *nuncius* ») non si presume. È raro che sia di per sé evidente che una persona si sostituisca solo materialmente ad un'altra nell'agire negoziale: può accadere nel caso del bambino che riferisce le parole di un soggetto capace di agire, o di uno straniero che ripete palesemente senza comprenderla una frase fattagli imparare a memoria. Fuori di queste e di consimili ipotesi, se un soggetto non dichiara esplicitamente di essere soltanto il portavoce di un altro, si deve ritenere che quel soggetto sia un rappresentante, con tutte le connesse responsabilità.

4.7.1. Tutti i casi di rappresentanza (necessaria, volontaria o spontanea) possono essere anche unificati sotto il paradigma generale della gestione di affari altrui (o « gestione di negozio ») in senso lato. Ma la gestione di negozio per antonomasia si verifica solo nell'ipotesi di rappresentanza spontanea (*infra* n. 4.7.2).

tato: tra i due, infatti, esiste un rapporto interno o riflesso, in forza del quale il rappresentante ha diritto ad essere rivalso delle spese incontrate, delle perdite sofferte, mentre il rappresentato ha diritto ad ottenere tutti i vantaggi realizzati nell'affare.

4.7.2. Con riguardo alla fonte costitutiva, la rappresentanza (diretta o indiretta) può essere ancora distinta in: rappresentanza « necessaria », cioè imposta dall'ordinamento giuridico per interessi di ordine generale; rappresentanza « volontaria », cioè scaturente da una richiesta del rappresentato e dalla conseguente accettazione del rappresentante; rappresentanza « spontanea » (o « gestione di negozio », in senso stretto) cioè effettuata su mera iniziativa del rappresentante e senza richiesta o autorizzazione del rappresentato, purché (beninteso) nell'interesse di lui.

5. L'EFFICACIA DELL'AUTONOMIA PRIVATA.

5.1. L'efficacia del negozio giuridico, cioè la possibilità per esso di produrre immediatamente gli effetti predisposti (costituzione, modificazione, estinzione di uno o più rapporti giuridici), non dipende soltanto dalla sussistenza degli elementi costitutivi, cioè della forma, della causa e della volontà. Essa è anche subordinata, in misura variabile per ogni tipo negoziale, al concorso di tutta una serie di altri « requisiti », dei quali taluni sono fissati dall'ordinamento giuridico e talaltri possono essere eventualmente stabiliti al momento della confezione del negozio dal suo autore o dai suoi co-

---

4.7.2. La qualifica di rappresentante ha rilevanza per la persona con cui il rappresentante conclude un negozio solo quando la rappresentanza sia diretta e sia ad essa resa espressamente nota. Nelle ipotesi di rappresentanza necessaria diretta dovrà essere cura del rappresentante (es.: il curatore di un pazzo) di qualificarsi come tale, precisando cioè di non agire in nome proprio, ma « nella qualità »; nelle ipotesi di rappresentanza volontaria diretta dovrà essere cura del rappresentato di rendere direttamente noto alla controparte che il rappresentante agirà in suo nome e conto, oppure di munire il rappresentante di una dichiarazione di « procura », esibendo la quale il rappresentante si qualificherà in tale sua veste giuridica.

5.1. Taluni indicano tra i requisiti negoziali anche la legittimazione al negozio, la cui importanza emerge in certe ipotesi particolari nelle quali, per volontà dell'ordinamento o per volontà degli stessi soggetti interessati ad uno o più rapporti giuridici, il potere di porre in essere il negozio afferente a quel rapporto o a quei rapporti spetti a persona (od anche a persona) diversa dagli interessati: es., il venditore di una cosa è legittimato, ove il compratore non paghi il prezzo, a far vendere all'incanto, per conto del compratore, la cosa stessa (cosa che pure non appartiene più a lui, ma al compratore), al fine di ripagarsi del prezzo che gli spetta sul ricavo dell'asta.

autori. I requisiti negoziali « di diritto » costituiscono una gamma vastissima, che va dalle qualificazioni necessarie affinché un certo rapporto o certi rapporti giuridici possano essere impostati in modo giuridicamente valido (capacità giuridica, capacità di agire generale, eventuale capacità di agire particolarmente qualificata richiesta allo scopo, qualità dell'oggetto giuridico o degli oggetti giuridici di cui si tratta, eventuali limitazioni di spazio o di tempo), ai requisiti imposti dall'ordinamento agli stessi elementi negoziali (eventuale forma vincolata, e via dicendo), a specifiche « circostanze » esterne alla struttura negoziale (una certa data futura, un certo avvenimento futuro che potrà o non potrà verificarsi) cui l'ordinamento eventualmente subordini la produzione degli effetti (cd. « presupposti negoziali » o « *condiciones iuris* »). Quanto ai requisiti negoziali « volontari », cioè imposti al negozio dalla stessa determinazione di volontà del suo autore o dei suoi autori, essi altro non sono che « circostanze » indipendenti dalla volontà di colui o di coloro che pongono in essere il negozio; circostanze al cui verificarsi viene volontariamente subordinata, in sede di conclusione del negozio, l'efficacia di quest'ultimo.

5.2. Il punto delle circostanze negoziali esige qualche cenno di chiarimento e di precisazione. Esse sono, come si diceva, accadimenti futuri, indipendenti dalla volontà dell'autore (o di tutti gli autori) del negozio, al cui verificarsi, peraltro, o l'ordinamento giuridico oppure lo stesso autore o gli stessi coautori del negozio subordinano la produzione degli effetti. Lasciando da parte le cd. *condiciones iuris*, cioè le circostanze richieste dall'ordinamento, fermiamoci sulle altre. Esse sono, dunque, chiamate in causa solo se l'autore o i co-

---

5.2. Clausola condizionale e clausola terminale, insieme alla clausola modale, costituiscono i più comuni elementi accidentali dei negozi giuridici, in contrapposizione agli *essentialia negotii* (su cui *retro* n. 4.2.1.): « accidentali » nel senso di puramente eventuali, vale a dire che possono essere inseriti o no nell'atto negoziale a discrezione degli autori dello stesso. Ma una volta apposti al negozio, essi fanno corpo con gli elementi essenziali. — Mentre la clausola condizionale e la clausola terminale sono influenti sulla efficacia del negozio, la « clausola modale », o modo, o « onere (negoziale) », è una clausola che non influisce sugli effetti del negozio giuridico. Essa è largamente utilizzata nei negozi a titolo gratuito. È costituita dall'imposizione di un modico obbligo al destinatario della liberalità: tale (per la sua modicità) da non trasformare l'atto di gratificazione in atto di corresponsione (es.: onere di erigere un monumento funebre al beneficiante; di devolvere una quota dei beni ricevuti ad opere di assistenza e beneficenza, ecc.). Se l'onerato dal *modus* non adempie l'obbligazione impostagli, il negozio di gratificazione è, di regola, egualmente efficace. Posto che di norma il negozio ha senz'altro effetto, contro l'onerato, per costringerlo all'adempimento o al risarcimento si può fare peraltro ricorso, dagli interessati, ad espedienti giudiziari (imposizione di una cauzione, determinazione di una penale per l'inadempimento, ecc.).

autori del negozio inseriscono in quest'ultimo una «clausola» che esplicitamente le indichi; e non influiscono, di regola, sulla vita del negozio, ma solo sulla concreta produzione degli effetti negoziali. Se ne ravvisano due tipi: la condizione e il termine.

5.2.1. La «condizione» è un avvenimento futuro ed incerto, dal cui verificarsi (o non verificarsi) la «clausola condizionale» apposta al negozio faccia dipendere l'inizio degli effetti negoziali (nel qual caso si parla di «condizione sospensiva») o la cessazione degli effetti negoziali (nel qual caso si parla di «condizione risolutiva»). Esempio di clausola condizionale sospensiva è «(ti vendo questo oggetto, il quale sarà tuo) se la mia squadra di calcio vincerà (oppure: se non vincerà) il campionato»; esempio di clausola condizionale risolutiva è «(ti vendo questo oggetto, che è tuo sin da adesso,) salvo che la squadra vincerà (o: non vincerà) il campionato». Sino a che la condizione sospensiva non si realizza, il negozio è già completo di tutto e pronto ad operare, ma l'efficacia ne è sospesa; sino a che la condizione risolutiva non si realizza, il negozio è pienamente operativo, pur se gli effetti cadranno nel nulla realizzandosi la condizione.

5.2.2. Il «termine» è un avvenimento futuro ma certo dal cui sopravvenire la «clausola terminale» apposta al negozio faccia dipendere l'inizio degli effetti negoziali (nel qual caso si parla di «termine iniziale») o la cessazione degli effetti negoziali (nel qual caso si parla di «termine finale»). Esempio di termine iniziale: «ti loco questo oggetto a partire dal prossimo 1° gennaio (oppure: a partire dal giorno della morte dell'attuale conduttore)»; esempio di termine finale:

5.2.1. Circa l'efficacia del negozio condizionato, giova precisare che, a rigor di termini, l'efficacia o l'inefficacia del negozio dovrebbe avere inizio nel momento in cui la condizione (sospensiva o risolutiva) si verifica. Ma gli ordinamenti giuridici evoluti sono inclini a far retroagire la condizione al momento della produzione del negozio (cd. «efficacia retroattiva» o *ex tunc* della condizione), sì che: verificandosi la condizione sospensiva, il negozio vale come efficace *ab initio*; verificandosi la condizione risolutiva, il negozio vale come inefficace (e quindi, praticamente, come privo di vita) *ab initio*.

5.2.2. L'efficacia del negozio a termine ha inizio o fine, ovviamente, dal momento in cui il termine (iniziale o finale) si verifica. — La differenza fra condizione e termine risulta chiaramente dai seguenti casi di scuola (i primi due configurano ipotesi di condizione, gli altri due prevedono un termine): *a) dies incertus an, incertus quando* (es., il giorno delle nozze di Tizio); *b) dies incertus an, certus quando* (quando Tizio raggiungerà, se la raggiungerà, la maggiore età); *c) dies certus an, incertus quando* (quando Tizio morirà); *d) dies certus an, certus quando* (il 1° gennaio 1980). Il carattere discriminante è dato, in altri termini, dalla certezza che l'avvenimento futuro (anche se non è certo il *quando*) un giorno si verificherà.

« ti loco questo oggetto sino al prossimo 31 dicembre (oppure: sino a quando vivrà Tizio) ».

5.3. L'inefficacia del negozio giuridico dovrebbe verificarsi, in astratto, tutte le volte in cui un elemento costitutivo manchi o sia difettoso, oppure un requisito negoziale di efficacia non sussista. Ma gli ordinamenti giuridici non sono così rigorosi e semplicisti, ed anzi mirano ad agevolare quanto più è possibile l'operatività dell'autonomia privata. Essi, sia pure in modi e con soluzioni diverse, si orientano verso il principio di « conservazione dei negozi » purché vitali, cioè non così gravemente e irreparabilmente manchevoli o viziati, e quindi sicuramente e irreparabilmente privi della possibilità presente o futura di produrre anche in parte gli effetti giuridici predisposti, ma recuperabili alla vita del diritto, col tempo o in altro modo, quanto meno in parte. Pertanto gli ordinamenti giuridici evoluti tendono a distinguere i negozi inefficaci in due grandi categorie: quella dei « negozi invalidi », cioè affetti da una manchevolezza o da un difetto tanto rilevanti, da farli considerare già privi di vita giuridica o esposti, salvo interventi eccezionali, alla quasi sicura perdita della vita giuridica, quindi dell'efficacia; quella dei « negozi meramente inefficaci », cioè forniti di vita giuridica ma ciò nonostante non pienamente efficaci.

5.4. L'invalidità del negozio giuridico, cioè la sua inesistenza ai fini dell'ordinamento giuridico, si verifica, di regola:

5.3. Per i negozi incompleti (o « imperfetti », nel senso etimologico di *perficere*) il problema dell'efficacia non si pone, perché ancora non è stato portato a compimento il processo di formazione del negozio. Anche essi, tuttavia, possono avere talvolta qualche rilevanza giuridica riflessa: ad esempio, perché possono far sorgere delle aspettative di diritto, oppure perché possono determinare (in caso di interruzione ingiustificata della trattativa da parte di uno dei soggetti) la cd. « responsabilità precontrattuale » nei confronti della controparte danneggiata.

5.4. Taluni vogliono differenziare dall'invalidità la inesistenza (giuridica) del negozio, osservando che solo un negozio esistente può essere valido o invalido. La distinzione non convince. Se un negozio è invalido, è perché è privo di vita giuridica, cioè giuridicamente inesistente; quindi, salvo quando un ordinamento giuridico positivo espressamente ponga la distinzione collegandovi diversità di trattamento, il silenzio dell'ordinamento implica la identità dei due concetti. È vero piuttosto che, per potersi parlare di invalidità di un negozio, occorre che esista un *quid* di materialmente riconoscibile che faccia pensare a quel negozio (es.: per potersi dire che il matrimonio fra A e B è invalido per difetto di forma vincolata o della capacità dei soggetti, occorre che vi sia uno scambio di dichiarazioni matrimoniali tra persone di sesso diverso, cui riferirsi). Quando manchi anche la riconoscibilità di fatto del negozio, può parlarsi di « inesistenza (materiale) » dello stesso. — Con la invalidità non va confusa la irregolarità del negozio, la quale si verifica quando esso infranga qualche norma dell'ordinamento, ma comporti solo la comminazione di una sanzione per il suo autore o per i suoi autori (es.: matrimonio contratto dalla vedova prima che sia trascorso il cd. *tempus lugendi*).

quando manchi o sia gravemente difettoso uno degli elementi costitutivi (forma, causa, volontà); quando manchi una delle qualificazioni imposte dall'ordinamento per poter operare sul rapporto o sui rapporti giuridici cui il negozio intende riferirsi; quando manchi un presupposto richiesto dall'ordinamento come requisito di validità; quando si realizzi una circostanza risolutiva; quando sia o divenga obbiettivamente impossibile la realizzazione di una condizione sospensiva. In tutti questi casi il negozio o è privo di vita giuridica dall'inizio, oppure è transitoriamente vivo (ed eventualmente anche efficace) ma perde la sua vita giuridica in un momento successivo. Senonché, prima di procedersi alla sua eliminazione, può anche darsi che l'ordinamento ammetta una sua utilizzazione sia pur ad effetti più limitati o parzialmente diversi. Giova distinguere pertanto tra: invalidità iniziale e sopravvenuta, totale e parziale, operativa di diritto o su richiesta dell'interessato, insanabile e sanabile.

5.4.1. L'invalidità del negozio giuridico è « iniziale » quando esso si presenta fin dal primo momento in condizioni che l'ordinamento giuridico ritenga determinatrici di invalidità (es.: per mancanza o illiceità della causa, per difetto della forma vincolata occorrente, per inesistenza di una seria volontà, per incapacità giuridica dell'autore). L'invalidità del negozio giuridico è « sopravvenuta » quando esso sia sorto valido o provvisoriamente valido, ma poi sopravvenga una causa di « invalidazione » che lo renda inerte (es.: perché l'oggetto di un contratto di somministrazione periodica diviene incommerciabile, oppure il negozio viene « revocato », o si verifica la condizione risolutiva). In questa seconda ipotesi il negozio ha avuto un periodo di vita giuridica ed eventualmente anche di efficacia: la sua invalidazione, di regola, è operativa *ex nunc* (il che significa che gli effetti prodotti sino a quel momento sono salvi); ma l'ordinamento giuridico può anche stabilire che l'operatività dell'invalidazione sia *ex tunc*, retroattiva, cioè con eliminazione degli effetti frattanto verificatisi.

5.4.2. L'invalidità del negozio giuridico è « totale » quando investe tutto l'atto nel suo complesso. Le figure principali determinate

---

5.4.1. La revoca del negozio giuridico si verifica quando il suo autore o i suoi autori decidono essi medesimi di porlo nel nulla (es.: revoca della disposizione testamentaria, revoca per mutuo consenso di una certa convenzione), e, in certi casi, anche per decisione di uno soltanto degli autori del negozio (es.: revoca del mandato da parte del mandante).

5.4.2. Esempio di riduzione del negozio giuridico: limitazione entro la vita dell'usufruttuario della durata dell'usufrutto costituito, violando la norma, per un

dalla possibilità di una invalidità « parziale » sono: la « riduzione » del negozio ai requisiti utilizzabili; la « conversione » del negozio in altro negozio alla cui validità sia bastevole quanto vi è di utilizzabile nei suoi elementi o requisiti. Queste figure si giustificano col brocardo « *utile per inutile non vitiatur* ».

5.4.3. L'invalidità del negozio giuridico è « operativa di diritto » (e costituisce, come anche suol dirsi, « nullità » *ipso iure*) quando è sancita dall'ordinamento come implicazione automatica di una certa manchevolezza o di un certo vizio. Questa è la regola: dalla quale consegue che, se vi è incertezza in ordine alla nullità *ipso iure* di un negozio, essa viene eliminata dal potere giurisdizionale mediante un provvedimento di mero accertamento. Ma eccezionalmente, in omaggio al principio di conservazione, gli ordinamenti giuridici positivi possono stabilire che certe figure di invalidità, evidentemente ritenute meno gravi, siano operative solo « su richiesta dell'interessato », e più precisamente su richiesta che i soggetti interessati alla nullità del negozio rivolgano al potere giurisdizionale affinché quest'ultimo decida se sia il caso di porre nel nulla (con efficacia *ex nunc*, oppure *ex tunc*) il negozio giuridico. L'ipotesi più perfezionata di « invalidazione *ope magistratus* » è quella del provvedimento giurisdizionale (costitutivo) di « annullamento » del negozio giuridico. Se gli interessati (solitamente ammessi alla domanda di invalidazione in numero ridotto) non si fanno avanti nei termini (solitamente brevi) concessi per la loro azione giudiziaria, o comunque non ottengono il richiesto annullamento, il negozio è salvo, cioè valido. Durante il periodo di tempo nel

---

tempo maggiore. — Esempio di conversione: fruizione come contratto di locazione di un contratto nullo di costituzione d'usufrutto.

5.4.3. A proposito dell'invalidazione del negozio giuridico, è opportuno indicare qualche altro indice differenziale tra « nullità » e « annullabilità ». La nullità, essendo un vizio di origine, è imprescrittibile, cioè può essere rilevata e fatta valere (nell'ipotesi che non sia emersa e non sia stata contestata) in qualunque momento; l'annullabilità è invece solitamente prescrittibile, cioè assoggettata ad un termine oltre il quale l'azione di annullamento non può essere promossa (sì che si opera la « convalescenza » del negozio). La nullità può essere rilevata giurisdizionalmente anche « di ufficio », cioè senza specifica domanda della parte interessata; l'annullabilità può essere invece rilevata solo « su specifica domanda » di parte. La nullità è di regola « assoluta », cioè può essere invocata da chiunque (tutti sono interessati all'accertamento della invalidità insanabile di un negozio apparentemente valido, e quindi efficace, il quale turba perciò la sicurezza delle relazioni giuridiche); l'annullabilità è invece di solito « relativa », cioè può essere invocata solo da certi « interessati » indicati di volta in volta dall'ordinamento giuridico. Naturalmente nulla osta a che un ordinamento giuridico ammetta casi di « annullabilità assoluta » (cioè prescrittibile, ma rilevabile in giudizio su istanza di chiunque), ed eventualmente anche ipotesi di « nullità relativa » (cioè rilevabile in ogni momento, ma solo su domanda di certi interessati).

quale sul negozio pende il pericolo dell'annullamento il negozio è come se fosse valido, ma si usa denominarlo « annullabile ».

5.4.4. L'invalidità del negozio giuridico è, di regola, « insanabile ». Tuttavia, sempre in virtù del principio di conservazione, gli ordinamenti giuridici positivi tendono ad ammettere ipotesi in cui l'invalidità è « sanabile », cioè eliminabile. Le figure più note sono: la « sanatoria » del negozio invalido disposta espressamente da un provvedimento legislativo; la « convalescenza » del negozio annullabile quando siano decorsi i termini per la domanda di annullamento; la « acquiescenza » ad un negozio annullabile, prima ancora del decorso dei termini per l'annullamento, da parte degli interessati all'annullamento; la « conferma » dell'atto in dimensioni valide da parte del suo autore o dei suoi autori; la « ratifica » successiva del negozio da parte del soggetto di cui sarebbe occorsa (mentre non era intervenuta) la volontà di porlo in essere.

5.5. La mera inefficacia del negozio giuridico (o « inefficacia del negozio valido ») si verifica quando il negozio è (almeno provvisoriamente) valido, ma gli effetti non si possono produrre, in tutto o in parte, per l'impedimento determinato da una circostanza sospensiva in pendenza (una *condicio iuris*, una condizione sospensiva, un termine iniziale) oppure per l'intervento di una causa impeditiva fatta valere da soggetti estranei all'autore o agli autori del negozio. Sino a che l'impedimento non cessa e nei limiti in cui esso opera, il negozio si trova come totalmente o parzialmente legato.

5.5.1. A prescindere dai casi di circostanza sospensiva in pendenza, le figure che si sogliono indicare (non senza dubbi e discussioni)

5.4.4. La sanatoria (in senso stretto) integra un fenomeno molto interessante, tuttora oggetto di contrastanti ricostruzioni sul piano tecnico-giuridico. Ad esempio, taluni ordinamenti ammettono che non venga considerato nullo un testamento che è tale, se esso viene posto volontariamente in esecuzione, benvero dopo la morte del testatore, da chi, conoscendone la causa, avrebbe potuto far valere la nullità. Si tratta di implicita rinuncia all'azione di nullità? Si ha, forse, adempimento di una obbligazione naturale? A ben riflettere, nessuna delle ipotizzate spiegazioni è soddisfacente. Sicché miglior partito è costruire una figura a sé stante di sanatoria (in senso lato) del negozio (nullo).

5.5. La risoluzione del negozio può essere anche causa di invalidazione dello stesso, ma di solito gli ordinamenti giuridici, nell'ammettere che in certe ipotesi il negozio possa essere risoluto, limitano gli effetti della risoluzione alle parti del negozio, lasciando impregiudicati gli effetti già prodottisi nei confronti dei terzi (di fronte ai quali, dunque, la risoluzione non è retroattiva). — La revocazione del negozio non deve confondersi con la « revoca » (*retro* n. 5.4.1).

5.5.1. I casi di risoluzione, rescissione e revocazione danno luogo al fenomeno della cd. impugnabilità del negozio giuridico.

sono tutte di inefficacia « operativa su richiesta dell'interessato »: la « risoluzione » di un negozio a prestazioni corrispettive per inadempimento della controparte, per impossibilità sopravvenuta della prestazione, per eccessiva onerosità della prestazione; la « rescissione » di un negozio oneroso per sproporzione nel regolamento di interessi determinata da una delle parti approfittando in mala fede dello stato di pericolo o di bisogno dell'altra; la « revocazione » su istanza dei creditori di un negozio perfettamente valido, ma compiuto da un soggetto allo scopo di pregiudicare indirettamente le aspettative di soddisfacimento sul suo patrimonio dei creditori stessi.

6. La realizzazione del diritto.

6.1. Affinché l'ordinamento giuridico si traduca in effettiva disciplina sociale e l'ordine giuridico diventi una realtà concreta, è indubbiamente necessario, come abbiamo visto, che si producano i fatti (volontari o involontari) determinativi degli effetti giuridici. Ma, a ben riflettere, ciò non è sufficiente, perché gli effetti giuridici rimarrebbero, per così dire, « sulla carta », se i consociati li ignorassero o li disconoscessero. Alla piena realizzazione del diritto occorre, dunque, qualcosa di più: in primo luogo, « comprensione » di quanto è voluto dall'ordinamento giuridico (o per esso dagli atti di autonomia privata) in relazione ad ogni singolo accadimento della vita sociale; in secondo luogo, « obbedienza » alla volontà dell'ordinamento (o per esso degli atti di autonomia privata) così come è stata di volta in volta accertata.

6.1.1. La comprensione della volontà dell'ordinamento in relazione a un fatto determinato si dice « interpretazione giuridica ». Essa

---

6.1. Circa la realizzazione del diritto, si noti che la « comprensione dell'ordinamento » non si limita alle fonti giuridiche, ma deve esservi anche per gli atti di autonomia privata, perché questi atti integrano l'ordinamento in ordine alle specifiche fattispecie che regolano. Identiche considerazioni valgono per l'« obbedienza all'ordinamento ».

6.1.1. La comprensione della volontà dell'ordinamento (o degli atti di autonomia privata che lo integrano) non si opera guardando solo a quanto l'ordinamento dispone (per chiarirne cioè il significato), ma si opera guardando anche alla fattispecie da regolare, sia per individuarne la fisionomia che per rapportarla al comando giuridico che le è appropriato. Questa operazione estremamente delicata (che appunto perciò determina spesso controversie giudiziarie tra parti contrapposte e variazioni di giudizio tra organi giurisdizionali inferiori e superiori) comporta ben più che la conoscenza nozionistica, sia pur vastissima, dei principî del diritto: esige doti di intuizione e di esperienza strettamente analoghe a quelle che

consiste nella determinazione del « valore giuridico » del fatto, cioè nel ritrovamento della normativa giuridica (ed eventualmente dell'atto di autonomia privata) che ne fissano gli effetti. Posto dinanzi ad un accadimento della vita sociale (una nascita, una morte, un incendio, una erogazione di danaro da Tizio a Caio, una certa pattuizione tra Sempronio e Mevio), l'interprete è tenuto ad accertare se esso ha rilevanza per il diritto e quali effetti giuridici precisamente determina, inquadrandolo nel regolamento giuridico che gli è proprio.

6.1.2. L'obbedienza alla volontà dell'ordinamento può essere, come sappiamo, spontanea o coatta, ma in ambedue i casi presuppone la comprensione. Nell'ipotesi di « obbedienza spontanea » un soggetto giuridico, riconoscendosi subordinato ad un certo obbligo, lo adempie di sua piena volontà. Nell'ipotesi di « obbedienza coatta » avviene invece che il titolare del potere giuridico, di fronte alla resistenza del soggetto passivo, passa nei suoi confronti all'azione per provocarne la soggezione. Ma chi assicura che il titolare del potere di azione abbia personalmente i mezzi indispensabili per costringere il soggetto passivo (che può essere materialmente più forte di lui)? Anzi, chi assicura che colui che si afferma titolare del potere di azione lo sia veramente e non basi il proprio comportamento sulla prepotenza, o almeno su una errata comprensione dell'ordinamento? Ecco, dunque, perché gli ordinamenti più rudimentali e antiquati concedono di solito largo margine di esplicazione all'esercizio dell'azione diretta (cioè della cd. « autotutela »), mentre gli ordinamenti più evoluti e moderni preferiscono vietare, o limitare fortemente, l'autotutela e impongono ai soggetti di ricorrere ad un sistema di « azione indiretta » (o sistema della « tutela statale »), in forza del quale essi devono chiedere l'accertamento, e subordinatamente la realizzazione, del loro potere di azione agli organi della giurisdizione statale. Il complesso di attività che porta a questo risultato si dice « processo giurisdizionale ».

6.2. L'interpretazione giuridica si attua attraverso un'operazione intellettiva, che può scindersi in due momenti: il mo-

---

si richiedono ad un clinico per effettuare una diagnosi. Solo un lungo esercizio « clinico » permette allo studioso di diritto di diventare un « giurista ».

6.1.2. La tutela giuridica privata ha avuto autonomi sviluppi dalla Pandettistica del sec. XIX, alla quale va ascritto il merito di aver enucleato dall'interno del diritto privato il « diritto processuale », facendone una branca a sé delle scienze giuridiche. V. anche *retro* nt. 2.3.2.

6.2. A proposito dell'interpretazione giuridica, si avverta che la dottrina tratta di solito distintamente l'interpretazione delle fonti giuridiche (o « interpretazione del diritto » in senso stretto) e l'interpretazione degli atti di autonomia

mento dell'« individuazione del comando » applicabile ad un certo fatto e il momento dell'« individuazione del senso preciso » di questo comando (interpretazione in senso stretto). Quando le operazioni interpretative sono compiute da un *quivis de populo*, si parla di « interpretazione comune ». Vi sono tuttavia tre possibilità di (ben più autorevole) « interpretazione qualificata »: quella di una interpretazione svolta dai giurisperiti, cioè dagli studiosi professionali del diritto (cd. interpretazione « giurisprudenziale »); quella dell'interpretazione svolta dagli organi giurisdizionali nell'esercizio della loro funzione (cd. interpretazione « giurisdizionale »); e quella dell'interpretazione offerta dallo stesso autore del provvedimento o del negozio da interpretare (cd. interpretazione « autentica » o « autointerpretazione »).

6.2.1. L'« individuazione del comando » applicabile ad una certa fattispecie (sia esso un comando posto direttamente da una fonte del

---

privata (o « interpretazione negoziale »). — Nell'uso corrente, ma meno proprio, l'espressione « interpretazione giurisprudenziale » indica non quella dottrinale, bensì la sanzionatoria, denominandosi oggi « giurisprudenza », in contrapposto a « dottrina », il complesso dei tribunali (e, talvolta, anche i loro pronunciati). — Diversa è l'efficacia delle forme di interpretazione qualificata, sia nei rapporti dell'interpretazione comune che nei loro reciproci rapporti. L'« interpretazione giurisprudenziale » (in senso proprio) può essere socialmente assai influente (in dipendenza della estimazione di cui godono coloro che la esercitano), ma è giuridicamente nulla, non diversa cioè dalla « interpretazione comune », perché i giurisperiti non hanno potestà di comando, né sono gli autori del precetto interpretato. L'efficacia dell'« interpretazione giurisdizionale » e dell'« interpretazione autentica » è quella stessa dei provvedimenti o dei negozi che le esprimono: l'interpretazione disposta da una legge non può essere contestata da nessuno, quella disposta da un provvedimento giurisdizionale non può essere contestata dalle parti in causa, quella contenuta in qualunque atto di autonomia privata non può essere contestata dall'autore o dai coautori dell'atto. È da notare peraltro che in taluni ordinamenti (quali, ad es.: il romano preclassico e, parzialmente, classico; quello in cui si trovarono ad operare glossatori e postglossatori; quello anglosassone) l'interpretazione giurisprudenziale ha assunto ed assume, per complessi motivi politico-sociali, il ruolo quanto meno di fattore propulsivo o integrativo del diritto, indipendentemente dall'intervento legislativo. Lo stesso può dirsi per l'interpretazione giurisdizionale, che, in sistemi nei quali non è rigida la divisione dei poteri, e soprattutto a causa della scarsezza di leggi, è considerata statuizione di principio obbligatoria in avvenire per qualsiasi giudice di grado uguale od inferiore. — L'interpretazione legislativa autentica può essere contenuta nello stesso provvedimento da interpretare o in un provvedimento successivo: nel secondo caso si suol dire che è retroattiva, nel senso di formare con quella precedente una sola manifestazione di volontà, che ha vigore dal momento in cui la norma originaria fu emanata (ciò costituisce un'eccezione al principio generale, adottato da moltissimi ordinamenti, della cd. irretroattività delle norme giuridiche, le quali non possono regolare, per esigenze di certezza del diritto, che i fatti a venire).

6.2.1. È bene avvertire che non tutti gli studiosi includono l'analogia tra le operazioni di accertamento delle norme giuridiche, né le assegnano la natura di procedimento integrativo, il quale presuppone una previa interpretazione (destinata ad accertare che una norma specifica per il caso concreto non vi sia) e postula a sua volta l'interpretazione del comando attraverso essa costruito. Anzi la *communis opinio* è nel senso che si tratti di una operazione interpretativa vera e propria (« interpreta-

diritto, sia esso un comando scaturente da un atto di autonomia privata) può essere: « diretta », quando consista nella ricognizione del documento da cui l'esistenza di quel comando è immediatamente provata (si pensi ad una legge scritta, ad un negozio documentato per iscritto); « indiretta », quando consista nella ricognizione di ogni altro mezzo atto a provare mediatamente, ma con sufficiente sicurezza l'esistenza del comando (si pensi ad una norma consuetudinaria provata da fatti di consuetudine, oppure ad un negozio giuridico provato da testimoni, da confessione, da giuramento). L'operazione non è sempre facile e, naturalmente, non può dirsi giunta a sicuro compimento, se non intervenga a controllarla ed a confermarla la connessa operazione della individuazione del significato preciso del comando. Quando essa, come è ben possibile che succeda, sfoci in un risultato negativo, nel senso che si debba concludere per la inesistenza di un comando esplicitamente relativo alla fattispecie in esame, l'interprete è tenuto a procedere, nei limiti del possibile, ad un'indagine successiva, che consiste nell'individuazione « presuntiva » del comando che l'ordinamento ritenga implicitamente applicabile al fatto: indagine che prende il nome di « analogia », o meglio ancora di « integrazione analogica » dell'ordinamento. Dopo aver individuato il caso più affine a quello considerato, l'interprete ne individuerà (direttamente o indirettamente) la norma giuridica che lo regola; indi passerà a ricostruire induttivamente il principio generale da cui quella norma discende ed

---

zione analogica »). Viceversa a noi sembra che solo la definizione datane permetta di distinguere nettamente l'analogia dall'interpretazione estensiva (applicazione di una norma a casi non espressamente previsti da essa, anche se logicamente e storicamente da essa regolati) e giustifichi le rilevanti conseguenze pratiche della distinzione: infatti, di regola, l'analogia non è consentita per le norme penali incriminatrici, le norme tributarie impositrici e quelle speciali, le quali tutte possono essere viceversa interpretate estensivamente. — Si suole distinguere tra « *analogia legis* » ed « *analogia iuris* ». La *analogia legis* è l'analogia per antonomasia. Es.: 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 veduto; dunque, può concludersi, per analogia (si crea una norma nuova sul testo della prima norma), che anche il gestore di stabilimenti balneari è tenuto allo stesso modo verso i clienti. — L'*analogia iuris* è detta anche ricorso ai cd. « principî generali del diritto vigente », cioè alle direttive fondamentali che si ottengono astraendo dai singoli istituti (complessi di norme relative al medesimo fenomeno sociale-economico) di ogni sistema giuridico. Tale ricorso è operato quando neppure con l'analogia sia stato possibile reperire un regolamento giuridico per il caso prospettatosi. — L'esistenza di lacune negli ordinamenti giuridici (cioè di spazi in bianco: vale a dire, in pratica, di fatti naturali ed umani non previsti e regolati da norme giuridiche) e l'esigenza di colmare quelle lacune sono, si badi, da vari punti di vista, contestate.

applicherà al caso considerato il comando che si desume da quel principio superiore. Solo nella ipotesi che questo procedimento sia vietato dall'ordinamento o sia per altre ragioni impossibile, la fattispecie potrà essere definita « giuridicamente irrilevante ».

6.2.2. L'« individuazione del senso preciso » di un comando posto da una fonte di produzione giuridica è affidata a tre operazioni analitiche distinte, ma complementari: l'« analisi filologica », consistente nell'accertamento del significato letterale del tenore del comando (cioè nell'accertamento della cd. *vox iuris*); l'« analisi logico-giuridica », consistente nella determinazione del senso logico (con particolare riguardo alla logica del diritto) che al tenore del comando va attribuito (cioè nella determinazione della cd. *ratio iuris*); l'« analisi storica », consistente nella valutazione dell'epoca storica e dell'ambiente sociale in cui il comando è sorto, nonché dell'epoca e dell'ambiente in cui il comando va applicato (cioè nella valutazione della cd. *historia iuris*). Non ha, invece, specifica rilevanza l'*opinio iuris vel legislatoris*, cioè l'intenzione secondo cui la norma o il provvedimento sono stati emanati.

6.2.2. Le operazioni interpretative in senso stretto, cioè i modi di attuazione dell'interpretazione, oltre a rispondere ai principî ed alla tecnica tradizionale dello studio del diritto, in alcuni ordinamenti sono fissati in norme precise: norme della cui giuridicità o imperatività si è dubitato, ma a torto, ritenendole semplici enunciazioni di logica giuridica che l'operatore pratico potrebbe anche non seguire; norme, si badi, passibili anch'esse, come tutte le altre, di interpretazione (che, in effetti, è praticata in modo controverso). — I giuristi romani si tramandarono nelle scuole, per così dire in modo artigianale, la tecnica ermeneutica. Ci rimangono, però, alcune enunciazioni generali che, insieme a brocardi medioevali, sono tuttora di frequente citate, anche se non sempre ascoltate. Eccone alcune tratte dalle fonti romane, in ordine all'interpretazione della legge in particolare. D. 1.3.17 (Cels. 26 *dig.*): *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (Per conoscere le leggi, non basta fermarsi alle parole, ma occorre penetrarne lo « spirito » direttivo). D. 1.3.37 (Paul. 1 *quaest.*): *Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo* (È buona regola, quando si deve interpretare una legge, vedere come sia stato, diversamente o similmente, risolto il problema prima della sua emanazione). D. 1.3.19 (Cels. 33 *dig.*): *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit* (Quando una legge contiene espressioni ambigue, bisogna preferire il significato che crea minori inconvenienti pratici e minori contrasti con l'ordinamento in generale). D. 1.3.24 (Cels. 9 *dig.*): *Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere* (Non operano bene i giudicanti e i giurisperiti se interpretano una legge sulla base di singole sue parti, senza sforzarsi di intenderla prima nel suo organico complesso). D. 50.17.192.1 (Marc. 29 *dig.*): *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius* (Quando la significazione di una legge è dubbia, è sano consiglio di giustizia e di prudenza adottare l'interpretazione più benevola per i destinatari). D. 50.17.155.2 (Paul. 65 *ed.*): *In poenalibus causis benignius interpretandum est* (Le leggi che comminano pene vanno interpretate dai giudicanti sempre nel modo più favorevole all'imputato).

6.2.3. Il risultato di queste operazioni può essere di tre tipi: « dichiarativo », se il senso della norma risulti collimare con la sua formulazione letterale (« *tam dixit quam voluit* »); « estensivo », se l'ambito di applicazione della norma risulti essere più esteso di quanto si ricaverebbe dalla mera formulazione letterale (« *minus dixit quam voluit* »); « restrittivo », nel caso contrario (« *plus dixit quam voluit* »).

6.2.4. L'« individuazione del senso preciso » di un comando posto da un atto di autonomia privata si effettua all'ingrosso attraverso le stesse tre operazioni sopra indicate, ma presenta delle caratteristiche differenziali derivanti dal fatto che i negozi giuridici sono esplicazione di una attività di « autoregolamento », volta essenzialmente a disciplinare gli interessi dell'autore o degli autori del negozio e non i rapporti tra persone estranee agli stessi. Per conseguenza, l'interprete da un lato deve tendere a ricostruire ciò che è stato veramente e concretamente voluto e posto in essere dall'autore o dai coautori del negozio (cd. interpretazione negoziale « subbiettiva » o *in concreto*), dall'altro, deve anche tendere a stabilire ciò che un qualunque soggetto ragionevole avrebbe voluto e posto in essere con le formulazioni in cui il negozio si è esteriorizzato e nella situazione storica in cui il negozio si è formato (cd. interpretazione negoziale « obbiettiva » o *in abstracto*). Un ordinamento può attribuire importanza di gran lunga maggiore all'interpretazione subbiettiva rispetto a quella obbiettiva e viceversa, ma nessun ordinamento può prescindere completamente dall'una o dall'altra, perché sarebbe assurdo chiudere gli occhi dinanzi alla duplice e contrastante esigenza di ogni realtà sociale: l'esigenza che la volontà dell'autore o dei coautori del negozio sia concretamente realizzata e l'esigenza che l'affidamento posto dai terzi in una certa « apparenza » negoziale sia adeguatamente tutelato.

6.2.3. L'interpretazione estensiva, è bene dirlo, può talvolta difficilmente distinguersi, all'atto pratico, dall'integrazione analogica: il che crea non poche difficoltà nei settori in cui l'ordinamento giuridico, pur non contestando l'interpretazione estensiva, vieti il ricorso all'analogia (es.: in ordine alle norme del diritto criminale, per le quali vige solitamente il principio « *nullum crimen sine lege* »).

6.2.4. L'interpretazione obbiettiva è caratteristicamente preferita da ordinamenti riflettenti: o una civiltà primitiva, in cui l'espressione esteriore ha grandissimo valore, anche per implicazioni magiche; ovvero una intensa e scaltrita vita commerciale, nella quale l'esigenza della ricerca della effettiva volontà dell'operatore giuridico rallenterebbe il fluire dei traffici. — L'interpretazione prevalentemente subbiettiva è tipica dei sistemi, evoluti, influenzati da fattori storici intimistici (cristianesimo, civiltà bizantina, riforma). — Il problema giuridico dell'indirizzo interpretativo degli atti privati è anche collegato alle teorie della volontà nel negozio giuridico, del valore della dichiarazione, dell'affidamento dei terzi estranei all'atto, della responsabilità o autoresponsabilità degli agenti giuridici. V. *retro* nt. 4.2.1.

6.3. Il processo giurisdizionale è inteso, si è detto, a realizzare il potere di azione di un soggetto attivo nella ipotesi di resistenza del soggetto passivo. Ma è ovvio che gli organi giurisdizionali non possono tenere sotto controllo interpretativo tutti gli innumerevoli fatti che si verificano nella vita sociale, per poi intervenire tempestivamente a dar man forte all'avente diritto nel momento in cui questo si appresta ad esplicare il potere di azione. Il sistema seguito è, per necessità di cose, molto diverso. Gli organi del potere sanzionatorio si mettono all'opera solo se ed in quanto ricevano una richiesta di intervento da un soggetto giuridico (« principio della domanda »): e siccome solo allora essi prendono cognizione del fatto o dei fatti da interpretare, dando inizio alla attività interpretativa, può ben darsi che essi giungano infine alla conclusione che la domanda sia priva di fondamento e debba essere, quindi, rigettata perché il diritto subbiettivo (e in particolare l'azione) di cui l'autore della domanda si asserisce titolare non esiste o non è realizzabile. Ne consegue che bisogna nettamente distinguere dall'azione in senso proprio (o « sostan-

---

6.3. Ogni processo giurisdizionale (o sanzionatorio: di cognizione, di esecuzione, cautelare) implica un suo peculiare *modus procedendi*, cioè una sua figura di procedura. È chiaro, infatti, che, mentre ai fini dell'accertamento di una situazione giuridica è necessario preordinare un'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 di 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 definizione, di due o più procedure diverse. — Da tenere ben distinto, sia rispetto al concetto di processo che rispetto a quello di procedura, è il concetto di procedimento giurisdizionale. Si intende per procedimento una serie organica di attività giuridiche tra loro connesse, volte allo scopo di ottenere un certo provvedimento giurisdizionale, anche provvisorio o parziale. Un processo, che tende per sua natura ad un provvedimento definitivo, ad una soluzione finale, può anche risolversi in un unico procedimento; ma in pratica, soprattutto negli ordinamenti giuridici moderni, un processo comporta la possibilità di vari procedimenti connessi e successivi (di impugnazione, di revisione, ecc.). — È rispetto a ciascun singolo procedimento che si qualificano le figure di attore e di convenuto: « attore » è colui che assume l'iniziativa del procedimento, esperendo l'azione processuale relativa; « convenuto » è colui contro il quale l'attore chiede al giudice un provvedimento giurisdizionale. Quindi l'attore di un giudizio di primo grado può essere convenuto dalla controparte in sede di impugnazione, nell'ipotesi che abbia ottenuto la vittoria nel primo procedimento. Tuttavia non è raro l'uso della terminologia di « attore » e « convenuto » con riferimento a tutto quanto il processo (di accertamento, di esecuzione, cautelare) e non ai singoli procedimenti in cui un processo si articoli: nel qual caso si parlerà di « attore (del processo) » per colui che ha preso l'iniziativa del processo stesso, di « convenuto (nel processo) » per colui che è stato chiamato in giudizio all'inizio del processo.

ziale »), che è espressione, come sappiamo, del diritto soggettivo e che costituisce l'oggetto del processo giurisdizionale (esiste o non esiste? va realizzata o non va realizzata?), la domanda processuale, che per tradizione si chiama anch'essa azione (cd. « azione processuale ») cioè la dichiarazione che un soggetto (il cd. « attore ») fa ad un altro soggetto (il cd. « convenuto ») di essere titolare del potere di azione nei suoi confronti, rimettendo in pari tempo agli organi della giurisdizione il controllo del buon fondamento di questa asserzione e, subordinatamente, la tutela del proprio diritto. Tutti i soggetti giuridici hanno diritto di « agire in giudizio », cioè di proporre domande processuali con le quali asseriscano di essere titolari di un'azione in senso sostanziale (cioè di un potere di azione) verso il convenuto ed esigano quindi il soddisfacimento relativo: al potere giurisdizionale adìto dall'attore compete di stabilire se l'azione processuale è fondata o non è fondata e, nella prima ipotesi, di realizzare coattivamente il potere di azione del quale si discute. Sulla base della specifica richiesta formulata con l'azione processuale, si distinguono tre tipi di processo giurisdizionale: processo di cognizione, processo di esecuzione, processo cautelare.

6.3.1. Il « processo di cognizione » (o « di accertamento ») è quello promosso da una azione rivolta ad ottenere la declaratoria autoritaria della esistenza (o inesistenza) di una situazione giuridica controversa. Il processo può essere inteso: all'accertamento puro e semplice, o « mero accertamento » (es.: che Tizio è creditore di Caio; che Tizio non è schiavo); ad un accertamento seguito da « condanna » del soccombente a fare ciò che deve fare (es.: a Caio, essendo accertato che è debitore di Tizio, si ordina di effettuare il pagamento); ad un accertamento con « effetti cd. costitutivi », cioè implicante di per se stesso, senza necessità di un comportamento che l'attore o il convenuto debbano porre in atto, una modificazione dell'ordine giuridico (es.: annullamento di un atto, previo riscontro di un vizio della volontà).

6.3.2. Il « processo di esecuzione » è quello promosso da una « azione esecutiva », rivolta ad ottenere la materiale, effettiva esecu-

---

6.3.1. Il processo di cognizione comporta sempre (anche quando non è promosso da un'azione di mero accertamento) la possibilità di una declaratoria di mero accertamento: il che si verifica quando l'azione processuale venga respinta, e dunque si dichiari che il convenuto non ha torto (è da « assolvere »). Il provvedimento con cui si conclude il procedimento si chiama, in tale caso, « provvedimento di accertamento negativo ».

6.3.2. L'azione processuale esecutiva trae la sua fondatezza non direttamente dal diritto che intende realizzare, ma da un titolo esecutivo (generalmente in forma scritta) che attesti in modo certo e incontestabile l'esistenza dell'azione

zione di un diritto già accertato in un precedente processo di cognizione oppure anche extraprocessualmente (per esempio, mediante esplicito riconoscimento da parte del soggetto passivo).

6.3.3. 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.

---

sostanziale. — Quanto all'esecuzione, essa è, quando possibile, « in forma specifica » (es.: consegna della cosa dovuta): altrimenti deve avvenire « in modo indiretto » (o « per equivalente »), cioè mediante espropriazione dei beni o di certi beni del debitore escusso, vendita degli stessi ed assegnazione di ricavo (o di parte del ricavo) all'attore. — Ovviamente l'escusso può fare opposizione (o a tutta la esecuzione, contestandone il fondamento, oppure a singoli atti del processo esecutivo, contestandone la regolarità). In questa ipotesi si apre, a titolo di parentesi nel corso del processo di esecuzione, un procedimento di accertamento di cui è attore l'opponente.

6.3.3. Il processo cautelare può avere, a seconda degli ordinamenti positivi, le più diverse finalità precauzionali, che peraltro sempre si inquadrano nella preparazione del provvedimento che deciderà un processo di cognizione oppure un processo di esecuzione. Valga qualche esempio attuale. Processo di « sequestro giudiziario » è quello inteso (in vista della decisione di un accertamento in corso o ancora da iniziare) a vincolare i beni in contestazione o le cose su cui deve svolgersi l'accertamento, affidandoli ad un sequestratario. Processo di « sequestro conservativo » è quello inteso (in vista di un processo di esecuzione) ad affidare al sequestratario i beni su cui il creditore dovrà soddisfarsi, sottraendoli al debitore. Processo di « prova a futura memoria » è quello inteso (in vista di un accertamento da compiere) a raccogliere al più presto elementi di prova (es.: testimonianze) che altrimenti potrebbero dissolversi (es.: per morte del futuro testimonio).

SEZIONE PRIMA

IL « IUS PRIVATUM ROMANORUM »

CAPITOLO II

IL « IUS PRIVATUM ROMANORUM »

SOMMARIO: 7. L'esperienza giuridica romana. — 8. Il diritto romano arcaico. — 9. Il diritto romano preclassico. — 10. Il diritto romano classico. — 11. Il diritto romano postclassico. — 12. La concezione romana del *ius privatum*. — 13. Le partizioni del *ius privatum*. — 14. La materia del *ius privatum*.

7. L'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA.

7.1. Tra le esperienze storiche più ricche e più significanti, di cui disponiamo per la valutazione del fenomeno giuridico, vi è quella del diritto romano, cioè del diritto che ebbe vita in Roma antica nei tredici e più secoli della sua storia. È un'esperienza irrinunciabile

---

7.1. Sul valore della esperienza giuridica romana: Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*[3] (1959) 2 ss. — Da molti anni e da più parti si parla di una crisi del diritto romano, conseguente al fatto che il diritto romano non è più direttamente o indirettamente applicato in nessun paese del mondo, o quasi, e conseguente perciò al fatto che gli studiosi dei diritti vigenti sentono sempre meno il bisogno di conoscerlo e le politiche universitarie di molti paesi ne riducono o addirittura ne escludono l'insegnamento. Il grido di allarme più alto (ma non il primo: cfr., sul punto, Ormanni, *L'eredità classica nel mondo moderno*, in *Labeo* 1 [1955] 98 ss.) fu lanciato dal Koschaker, *Die Krise der römischen Rechts und die romanistische Wissenschaft* (1938) (per una puntualizzazione del « clima », quello della Germania nazionalsocialista, in cui il saggio del Koschaker fu concepito e scritto, può essere utile qualche cenno in Guarino, *L'Europa e il diritto romano*, in *Labeo* 1 [1955] 207 ss.). In *Europa und das römische Recht* (1947; tr. it. di Biscardi, 1963) il Koschaker ribadì, in relazione alla crisi da lui denunciata, il programma dell'« attualizzazione », espresso altresì mediante il motto « zurück zu Savigny! » (« torniamo al diritto romano come lo praticava, ai primi del secolo scorso, il fondatore della Scuola storica tedesca, Federico Carlo v. Savigny »). Sarebbe vano citare la vastissima serie di articoli adesivi sollevata, sul momento, dagli scritti del Koschaker. Bisogna riconoscere al Carrelli il merito di aver per primo reagito a questa impostazione (*A proposito di crisi del diritto romano*, in *SDHI*. 9 [1943] 1 ss.). Alla reazione del Carrelli noi aderimmo in: *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Ann. d. comp.* 18 (1946) 1 ss., ribadendo il concetto che il diritto romano non può essere studiato se non storicamente e per se stesso, mentre è comunque puerile, o peggio, credere che uno studio serio, scientifico, dei diritti moderni possa prescindere da esso. Nello stesso senso è orientato l'Orestano, *Introduzione allo studio storico*

per il giurista, oltre che per lo storiografo, contemporaneo. 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 indispensabile alla

---

del diritto romano[2] (1961) spec. 574 ss. Val la pena di ricordare che, malgrado tutto, si va verificando in questi anni un risveglio degli studi romanistici, non solo nel cd. mondo occidentale, ma anche nei paesi comunisti. Ovviamente, il diritto romano viene studiato in questi ultimi secondo i criteri del cd. materialismo storico: metodo pienamente legittimo e fecondo di interessanti risultati, di cui ha fatto e continua a fare applicazione tra noi il De Martino, nella *Storia della costituzione romana*. Superficiali e poco meditate, se non altro, sembrano però talune enunciazioni, come quelle del Bartošek (ad es., *Diritto romano e teoria dello stato e del diritto*, in *Est. Sánchez del Río* [1967] 55 ss.), il quale, tuttavia, dopo aver tracciato un confronto tra « romanistica borghese » e « romanistica marxista », ha più volte insistito sui motivi di carattere politico e di carattere specificamente giuridico (scientifico e didattico) che raccomandano lo studio del diritto romano in una società socialista. Lo stato attuale dello studio del diritto romano risulta dall'inchiesta su *Studio e insegnamento del diritto romano* condotta dalla rivista *Labeo* 1956 fra 300 romanisti di tutto il mondo. Pur se deve avvertirsi che dopo di allora le restrizioni poste dagli ordinamenti universitari all'insegnamento della materia, anche in Italia, sono ulteriormente aumentate, le risposte pubblicate danno dimostrazione di un vastissimo interesse per la ricerca romanistica: un interesse tanto grande, da sconfessare, almeno per ora, la tesi della « crisi ». Oltre tutto, l'esperienza giuridica romana si impone all'attenzione degli studiosi anche perché 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 post-classica. Onde si spiega perché il diritto romano sia studiato e (in modo più o meno diffuso) 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 seguitando. — La letteratura sul problema della crisi del diritto romano, sul metodo del materialismo storico applicato agli studi romanistici e sui temi metodologici più attuali è in Guarino, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*[2] (1968) 27 ss., a cui *adde*: Labruna, *Temi e prospettive della romanistica contemporanea*, in *ANA*. 81 (1970) 105 ss.; Latorre, *La questión del método en la enseñanza del derecho romano*, in *Romanitas* X.11 (1970) 221 ss.; Wenger, *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft, Erreichtes und Erstrebts*[2] (1970); Andréev, *Nouvelle littérature romaniste en Union Soviétique et dans les Démocraties populaires*, in *Index* 2 (1971) 253 ss.; Bartošek, *Meditazioni romanistiche sull'essenza del diritto*, in *S. Volterra* 4 (1971) 431 ss.; Camacho-Evangelista, *Introducción al método crítico de estudio del derecho romano*, in *St. Volterra* 3 (1971) 375 ss.; Cassandro, *Considerazioni sulla storia giuridica*, in *St. Volterra* 1 (1971) 769 ss.; De Francisci, *Note critiche intorno all'uso di categorie astratte nella storia del diritto romano*, in *St. Volterra* 1 (1971) 1 ss.; Diaz Bialet, *La transfusion du droit romain*, in *RIDA*. 18 (1971) 371 ss.; Nocera, *Fonti del diritto e letteratura giuridica: problema di coscienza storica*, in *Iura* 22 (1971) 83 ss.; Poláček, *Randbemerkungen zur Forschung über Staat und Recht im Altertum*, in *St. Volterra* 3 (1971) 201 ss. e *Prospettive romanistiche*, in *St. Grosso* 4 (1971) 147 ss.; Villers, *Gerard de Beseler: miseres et grandeurs de l'hypercritique*, in *Mél. Falletti* (1971) 545 ss.; Kaser, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (1972) e *Gegenwartsbedeutung des römischen Rechts*, in *Labeo* 18 (1972) 147 ss.; Paradisi, *Storia del diritto e filologia*, in *Labeo* 18 (1972) 267 ss.; Poláček, *Strukturalismus in der Rechtgeschichte. Methode oder Illusion?*, in *Iura* 23 (1972) 26 ss.; Archi, *Storia del diritto romano e storia dei diritti antichi da Wenger a noi*, in *St. Donatuti* 1 (1973) 39 ss.; Landàu, *Karl Marx und die Rechtsgeschichte*, in *T.* 41 (1973) 361 ss.; Melillo, *Ricerca romanistica e problemi di metodo*, in *Labeo* 19 (1973) 283 ss.; Schiavone, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in

meditazione di qualsivoglia ordinamento giuridico, anche il più lontano dalle tradizioni latine, per il bagaglio amplissimo di elementi di giudizio che è in grado di offrire in ogni caso. Roma antica ebbe, fuor d'ogni dubbio, il « genio » del diritto: sicché, 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, o più in generale dell'ordinamento romano. Un ordinamento, quello romano, che, a causa del suo lungo sviluppo nei secoli, non si presenta in un assetto unico, ma che appunto perciò, per le variazioni che subì in corrispondenza con i mutamenti economici, sociali e politici del mondo romano, è maggiormente interessante per chi cerchi di intenderlo nella sua storia, nelle motivazioni di fondo che lo hanno reso parzialmente diverso attraverso lo svolgersi della stessa.

7.2. I periodi in cui articoleremo la storia del diritto romano sono quattro: 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 ci sembra di poter qualificare come fase della *civitas* quiritaria; un periodo « preclassico », che si spinge sin verso la fine del I sec. a.C., in corrispondenza con la fase della *respublica* nazionale; un periodo « classico », che giunge sino alla fine del sec. III d.C., in corrispondenza con la fase della *respublica* universale o del *principatus*; 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, si badi) sarà data più oltre e sarà implicitamente rafforzata da tutta quanta la presente trattazione. Qui giova piuttosto difendere il ricorso ad una « periodizzazione », quale che sia, la quale non potrà fare a meno di

---

Democrazia e diritto 2.13 (1973) 65 ss.; D'Ippolito, *Le « glosse » di Siro Solazzi*, in *Labeo* 20 (1974) 64 ss.; Iglesias, *Cuestion de método*, in *Misc. Becerril y Antón-Miralles* (1974) 281 ss.; Meira, *O direito romano e seus adversários. Perspectivas para o futuro*, in *Juridica* 6 (1974) 495 ss.; Torrent, *Introducción metodológica al estudio del derecho romano* (1974) *passim*; Bartošek, *Sì, diritto romano e marxismo (Auseinandersetzung mit Biondo Biondi)*, in *Klio* 56 (1974) 245 ss. Una trentina di studiosi è, infine, intervenuta nell'« *Inchiesta* » *Conversazioni sul metodo* promossa da *Labeo* (19 [1973] 42 ss., 185 ss., 339 ss.). — Data la natura di sintesi del presente capitolo (specialmente dei n. 8-11) in seguito saranno omesse le referenze bibliografiche, mentre saranno citati soltanto alcuni nostri scritti (precipuamente la *Storia del diritto romano*[5] [1975] con indicazione, per praticità, dei numeri in cui pure quella trattazione si articola) per chi desideri maggiori ragguagli sui punti di vista che saranno espressi e su fonti e letteratura da noi utilizzate.

7.2. Sulla periodizzazione del diritto romano qui adottata: Guarino, *Storia* n. 8-10. Ivi più ampia esposizione delle finalità, dei pericoli e dei problemi di una periodizzazione.

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 « profilo » di storia giuridica, quale è la presente opera, non può procedere per saggi autonomi, sia pur collegati tra loro, ma è esso stesso un unico « saggio »: un saggio di sintesi delle specifiche indagini volte alla conoscenza della vasta materia, un tentativo di interpretazione e di rappresentazione unitaria dell'intero *ius privatum Romanorum*.

7.3. In ordine al problema del metodo di esposizione della materia romanistica, vi è una certa difficoltà di scelta tra: il meto-

---

7.3. Il problema del metodo di esposizione di una materia storica in una trattazione di sintesi è un problema certamente insolubile e può persino indurre a pensare che le trattazioni di sintesi non siano ammissibili. La più completa inconciliabilità intercorre tra la vivezza della materia storica da esporre e la rigidità del sistema o della periodizzazione adottata. La giustificazione di qualsivoglia sistema, anzi di qualsivoglia esposizione complessiva, della storia del diritto romano non può essere, dunque, che utilitaristica: esigenze didattiche inevitabili impongono che si rinunci ad offrire al lettore, come sarebbe scientificamente più corretto, un complesso di autonome « monografie » relative ai singoli argomenti di studio, e che si tenti, invece, il « panorama », il « quadro », la « rappresentazione » organica, con tutte le loro implicazioni di arbitrî e di malintesi. In ordine al diritto romano, il metodo sistematico-storico di esposizione è quello di gran lunga dominante, e bisogna dire che, forse, lo svantaggio costituito dalla maggiore arbitrarietà dell'esposizione è ampiamente coperto, nei confronti del metodo storico-sistematico, dal vantaggio di una superiore chiarezza e persuasività. Così, ad esempio, chi guardi al bel manuale di *Storia del diritto romano* del Padelletti (1878) o all'eccellente *Privatrecht* del Kaser (prima edizione 1955, 1959) trova che la materia vi è inquadrata in tre periodi successivi, che effettivamente rappresentano tre « momenti » abbastanza ben distinti del diritto privato romano (l'epoca arcaica, quella di fioritura e quella di decadenza), ma trova altresì che le tre esposizioni in parte si sovrappongono e in parte facilmente si prestano ad essere confuse, da un men che attento lettore, l'una con l'altra (cfr. Guarino, *Il « römische Privatrecht » di Max Kaser*, in *Labeo* 1 [1955] 351 ss.). Meglio, molto meglio, quando ci si debba piegare all'esigenza della esposizione unitaria del diritto privato romano, il metodo sistematico-storico (di cui fornisce un eccellente saggio lo stesso Kaser, *Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch* [settima edizione 1972]). In termini di rendimento didattico, è probabile che il risultato riesca, infine, più proficuo. — La parte più arbitraria e deformante della trattazione sistematico-storica è certamente la cd. parte generale, dedicata alla descrizione dei rapporti giuridici e delle loro vicende in generale (v., in questo libro, i capp. III-V). Essa è stata creata dalla Pandettistica ottocentesca per esigenze speculative ed espositive del tutto legittime, ma è poi avvenuto che la dottrina posteriore non abbia mai compiuto un vero ed efficace sforzo per superarne e rinnovarne le visuali secondo una più realistica e approfondita conoscenza del diritto di Roma. Impostazioni come quelle del « negozio giuridico » o, nell'interno di quest'ultimo, della « causa » o della « nullità » dell'atto, sono, ad esempio, impostazioni che sempre più si rivelano false e fuorvianti. Tuttavia il momento per abbandonarle non è, forse, ancora giunto, tanto più che esse permettono una (didatticamente provvida) opera di raccordo delle esperienze romane con quelle moderne. In definitiva, con tutti i suoi difetti, la « parte generale » (che peraltro, in questo manuale, è molto meno « dogmatica » che in altri testi consimili) rimane, ai

do « 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 rischio di vere e proprie falsificazioni, la certezza, in ogni caso, di deformazioni più o meno ampie della verità storica. Tuttavia, una decisione è pur necessaria. A tal uopo è opportuno tener presente che quest'opera ha una finalità eminentemente « istituzionale », in quanto è intesa ad agevolare la comprensione degli istituti fondamentali del diritto privato in genere (ivi compreso il diritto privato moderno) attraverso gli insegnamenti dell'esperienza romana. Appunto per ciò il metodo di esposizione adottato qui di seguito sarà, fondamentalmente, il metodo sistematico-storico, che maggiormente facilita un confronto (un confronto, sia chiaro, non un parallelo) tra il diritto di Roma e i diritti viventi.

7.3.1. Ai fini della presente esposizione si potrà e dovrà fare un conto assai limitato dei modelli offerti dalle sistematiche adottate dai

---

fini dell'esposizione, pressocché indispensabile, perché permette di anteporre alle « parti speciali », più genuinamente storiche, un complesso di nozioni di riferimento, senza le quali la comprensione riuscirebbe assai faticosa. Beninteso, le concessioni da farsi alla sistematica moderna non devono superare gli orizzonti limitati dell'esposizione didattica. Cfr., per maggiori ragguagli: Guarino, « *De iure Romanorum in historiam redigendo* », in *ANA*. 21 (1970) 546 ss. — Si avverta che il piano di esposizione adottato in questo manuale diverge alquanto da quello consueto delle trattazioni istituzionali di diritto privato romano. I manuali correnti sogliono distinguere una parte generale e quattro parti speciali: rapporti di famiglia, rapporti (assoluti) reali, rapporti (relativi) di obbligazione, successione nei rapporti giuridici (e donazioni). La parte generale (comprensiva dell'argomento della tutela dei diritti) è da noi sostanzialmente mantenuta nella sez. I, ma in essa il presente manuale ricomprende anche la vicenda generale (di tutti i rapporti giuridici) denominata successione. Quanto alle parti speciali esse sono due: quella dei rapporti (reali e non reali, quindi anche dei rapporti familiari) a carattere assoluto (sez. II) e quella dei rapporti relativi (sez. III). La distinzione dei rapporti del *ius privatum* in assoluti e relativi è, oltre tutto, a nostro giudizio, quella più aderente alle peculiarità di origine e di sviluppo degli istituti.

7.3.1. Se si guarda a ciò che si è potuto ricostruire delle grandi opere classiche, può dirsi che le sistematiche giurisprudenziali (se pur di sistematiche è il caso di parlare) sono tre: una sistematica « civilistica », una sistematica « edittale », una sistematica « istituzionale ». — Forse i primi spunti della sistematica civilistica sono da ricercare nel testo delle *XII tabulae* e nel commento che ad esse fu dedicato dal giurista Sesto Elio Peto (*infra* nt. 9.7). Ma il fondatore della sistematica civilistica è da ravvisare in Quinto Mucio, mentre il perfezionatore della stessa fu certamente Sabino. Nei suoi *libri iuris civilis*, Quinto Mucio Scevola seguì all'incirca, per quanto è dato presumere, quest'ordine espositivo: problemi successori (testamento, disposizioni testamentarie con particolare riguardo ai legati, successione *ab intestato*), problemi relativi alla qualifica del *paterfamilias* ed ai suoi poteri domestici, problemi

giuristi romani. E invero la esposizione razionale degli istituti del *ius privatum* secondo uno schema espositivo organico e conseguenziale fu, indubbiamente, l'ultima tra le preoccupazioni della giurisprudenza ro-

---

relativi ai poteri dominicali ed al possesso, problemi relativi alle obbligazioni (e forse anche ai *iura in re aliena*). A sua volta, Sabino (e sulle sue tracce si posero in seguito tutti coloro che ne commentarono l'opera) adottò l'ordine che segue: problemi successori, problemi relativi ai poteri domestici, problemi relativi alle obbligazioni, problemi relativi ai poteri dominicali ed ai *iura in re aliena*. Due sistemazioni in gran parte corrispondenti, che sono caratterizzate da una apparente singolarità: la trattazione si apre con la problematica in tema di *successio*, che è invece quella che dovrebbe presupporre l'avvenuta esposizione di ogni altra materia del *ius privatum*. Ma la singolarità si spiega, anche se razionalmente rimane ingiustificabile, quando si pensi che le questioni successorie erano appunto le più frequenti e interessanti nella vita pratica del diritto. — La sistematica edittale si formò e si incrementò anno per anno attraverso gli editti magistratuali, e particolarmente gli editti dei pretori urbani. Le materie erano considerate, ovviamente, *sub specie* processuale, ed appunto perciò nell'Editto si ravvisano quattro grandi ripartizioni di argomenti: una prima dedicata ai problemi attinenti all'introduzione della lite, una seconda (« *de iudiciis* ») relativa ai problemi che formavano oggetto della procedura ordinaria, una terza relativa alle procedure di urgenza, una quarta relativa all'esecuzione della sentenza, con in più un'appendice relativa agli *interdicta*, alle *exceptiones* ed alle *stipulationes praetoriae*. La sezione più ampia era la seconda, che in gran parte atteneva agli argomenti trattati nelle opere civilistiche, ma l'ordine interno di essa era privo di qualunque criterio logico ed era più che evidentemente dettato da accostamenti del tutto casuali o da analogie di mezzi processuali. Eppure nessuno mai si dette pena di tentare un'inquadratura più lineare dell'Editto: non i pretori che si seguirono nei secoli, non Salvio Giuliano nella sua pretesa opera di riordinamento edittale, non i giuristi che commentarono l'Editto. Di più: la convulsa sistematica edittale fu accettata, salvo ritocchi, non solo dai giuristi che dedicarono commentari specifici al testo magistratuale (Paolo, Ulpiano, Gaio), ma anche, e prima di loro, dagli autori di raccolte di *quaestiones* e *responsa* e dagli autori di *digesta*, i quali ultimi (non eccettuato Giuliano), pur dedicando le loro opere alla discussione di tutto lo scibile del *ius privatum* romano (sia civilistico, che onorario), adottarono, in una prima parte delle loro opere, proprio lo schema espositivo edittale, facendo seguire questa trattazione da un certo numero di libri dedicati alle *leges* ed ai provvedimenti normativi più importanti. — La sistematica istituzionale fu, ovviamente, quella più obbediente ad esigenze di sintesi, e quindi di inquadramento logico degli argomenti. Ma anche in essa si fu ben lontani da impostazioni coerenti ed accettabili. A prescindere da alcune trattazioni che di *institutiones* ebbero solo il titolo (mentre furono, invece, come i *libri* di Fiorentino, molto vicine alla sistematica sabiniana), la sistematica più famosa ed influente sui posteri, sino a Giustiniano, fu quella delle *institutiones* di Gaio. Sistematica singolarissima, che Gaio stesso riassume in questi termini: « *omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* » (Gai 1.8). Dopo una brevissima premessa sui *iura populi Romani*, l'autore dedicava tutto il primo libro alle *personae*, cioè agli *status* giuridici degli esseri umani (fossero essi *liberi* o *servi*, *sui iuris* o *alieni iuris*, capaci di agire o sottoposti a *tutela* ed a *cura*), passava ad occuparsi delle *res* nei due libri successivi ed esponeva nel quarto libro i principî relativi all'esercizio delle *actiones* nel processo giurisdizionale. La dottrina delle *res* (quella trattata nei libri secondo e terzo) abbracciava praticamente tutto quanto non fosse riconducibile alle *personae* o alle *actiones*. Prima Gaio parlava delle *res corporales*, del *dominium* sulle stesse e dei modi di acquisto di esse in *dominium*; poi egli passava ad intrattenersi sulle *res incorporales*, cioè su una categoria del tutto artificiosa che era costituita dai diritti diversi dal *dominium*, il che gli permetteva di diffondersi largamente sulle successioni (testamentarie e intestate) e sulle obbligazioni. Lo schema gaiano era, indubbiamente, appariscente e suggestivo, ma troppo lontano dalla realtà concreta degli istituti, molti dei quali, anche tra i più importanti, l'esposizione di Gaio, mancando una casella appropriata in cui sistemarli, finisce improvvidamente per tralasciare.

mana. Non che nelle trattazioni dei giuristi gli argomenti fossero ammucchiati alla rinfusa: non questo. Nella giurisprudenza classica, ma già in parte nell'ultima giurisprudenza preclassica, erano certamente ben individuati, in linea approssimativa, alcuni raggruppamenti degli istituti intorno a certi interessi ritenuti rilevanti dalla coscienza giuridica: *status* degli individui, poteri domestici, poteri dominicali, *obligationes*, successione a causa di morte. Quel che importa osservare è che nessun tentativo fu fatto per giungere a sistemazioni più generali, nelle quali ciascun raggruppamento specifico di istituti avesse una sua sede precisa e meditata. Piuttosto che alla sintesi, i giuristi romani mirarono, sopra tutto per considerazioni pratiche, all'analisi dei singoli istituti o gruppi di istituti, al fine di mettere in rilievo tutte le possibilità di applicazione per « casi », per situazioni concrete, che essi offrissero: ond'è che le loro trattazioni cd. « sistematiche » procedettero, in realtà, attraverso accostamenti eminentemente empirici, secondo un ordine suggerito, più che altro, dalla maggior rilevanza pratica dei vari argomenti, se non addirittura dalla maggior cura che ai vari argomenti applicavano gli autori. Una volta creatosi empiricamente un certo ordine di esposizione, è comprensibile che esso sia stato passivamente seguito, salvo ritocchi qua e là, dai trattatisti posteriori: i quali, del resto, non solo erano alieni da rivoluzioni sistematiche per disinteresse verso quest'ordine astratto di problemi, ma erano inclini a ricalcare le sistemazioni precedenti anche per influenza del loro accentuato spirito di tradizionalismo.

8. Il diritto romano arcaico.

8.1. Il periodo arcaico del diritto romano corrisponde a quello della *civitas* quiritaria e si inquadra in esso. Esso va dal

---

8.1. Sul periodo arcaico *amplius*: Guarino, *Storia* n. 15-72 e bibl. n. 328; panorama delle fonti di cognizione in Guarino, *L'esegesi* cit. 367 ss. — La nostra costruzione del periodo quadrisecolare della *civitas* quiritaria contrasta con le idee correnti tra gli storiografi di Roma, i quali generalmente distinguono, almeno per quanto 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 perché i *Quirites* o *patricii*

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 cd. *leges Liciniae Sextiae*).

8.2. La *civitas Quiritium* (che solo nel sec. VI a.C. venne denominata, con termine etrusco, *Roma*) sorse presumibilmente, checché dica in contrario la notissima tradizione semplificatrice relativa al « fondatore » Romolo, attraverso la confederazione di tre *tribus* (di genti latine, sabine e forse anche etrusche) insediate sulle rive del Tevere intorno alle cime del Quirinale (cd. *Collis*) e del cd. *Septimontium* (Palatino, Esquilino, Celio): quella dei *Ramnes*, quella dei *Tities* e quella dei *Luceres*. Ma le tre tribù erano state, nel corso dei sec. IX-VIII a.C., il risultato ciascuna della progressiva confederazione di « *gentes* » tra loro vicine, derivate, ciascuna a sua volta, dall'aggregazione di gruppi politici elementari, le « *familiae* » a carattere potestativo.

8.2.1. Per spiegarsi la formazione primordiale delle « *familiae* » a carattere potestativo bisogna rifarsi a quella che era la situazione geoeconomica del Lazio antico, nella zona particolarmente ingrata, intorno all'isola Tiberina, in cui sorse più tardi la *civitas*. Le estensioni di terreno a disposizione, nel quadro di un ambiente di piccole alture e di vasti acquitrini, si prestavano quasi esclusivamente alla pastorizia (bovini e ovini) e i gruppi che in esse si aggiravano in condizioni di semi-

---

furono e si mantennero sino all'ultimo l'elemento determinante, sul piano formale dell'ordinamento, del suo assetto iniziale e della sua posteriore evoluzione.

8.2. Il processo di formazione della *civitas quiritaria* da noi descritto è contestato. Esso è stato sostenuto, nelle grandi linee, dal Bonfante ed accettato, più o meno conformemente, dalla prevalente dottrina romanistica, sopra tutto italiana, del primo cinquantennio del sec. XX. Tuttavia molti ancora credono, o tornano a credere, alla tradizione circa la fondazione di Roma da parte di Romolo o di altro personaggio non meglio identificato. Altri ritengono che la *civitas* si sia enucleata dal seno di una più ampia e indifferenziata comunità politico-religiosa di stirpe latino-sabina (le ripartizioni in *tribus* e *gentes* sarebbero, per conseguenza, di data successiva alla nascita della città). Ma come si spiega, senza ricorrere all'ipotesi politica, la singolarissima struttura agnatizia e potestativa (unica nel suo genere) delle *familiae* romane dei tempi storici? Cfr.: Guarino, *Storia* n. 17, e, più diffusamente, *La rivoluzione della plebe* (1975) 45 ss.

8.2.1. La formazione delle *tribus* intaccò fortemente l'autonomia delle *gentes*, che peraltro resistettero a lungo, sopra tutto per motivi di produzione economica, alla eliminazione. A sua volta 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 embrionali, cioè le *familiae*: in parte a causa di quel fondamento naturalistico della parentela su cui poggiava l'*animus societatis* dei loro membri, ma in parte assai maggiore per il fatto che l'antichissimo *ius Quiritium* fu imperniato sulla organizzazione familiare patriarcale e il *ius privatum* dei tempi storici fu, come vedremo (*infra* n. 12.2), strettamente legato (a differenza dal *ius publicum*) alle istituzioni del *ius Quiritium*.

nomadismo, secondo le esigenze delle rotazioni stagionali, erano ovviamente indotti, se non addirittura necessitati, ad organizzarsi secondo schemi elementarmente politici per poter concorrere efficacemente tra loro. Le famiglie naturali (quelle cioè determinate dai vincoli delle generazioni) erano troppo fragile cosa a tal fine, perché limitate a pochi elementi (i genitori e i figli) e destinate a frazionarsi in breve tempo attraverso la costituzione di nuove unità naturali da parte dei figli adulti che passassero ad unioni stabili con persone dell'altro sesso. Per sopravvivere, in questo rude paesaggio, fu giocoforza che i gruppi parentali superassero le naturali spinte centrifughe e si mantenessero uniti e compatti quanto meno sino alla morte del capostipite, sotto la direzione di lui; ed anzi, anche dopo la morte del patriarca, il cd. « *pater familias* », fu diffusa tendenza a non dissolvere in tutto i legami ed a rimanere strettamente collegati in consorzi interfamiliari, di cui la direzione si affidava concordemente ad uno dei fratelli. La tendenza all'unione, al sinecismo, fece di più: indusse famiglie e consorzi a riunirsi in « *gentes* », cioè in piccole confederazioni politiche (non sempre e solo costituite da famiglie tra loro apparentate), sotto la direzione di un « *pater gentis* » elettivo. Con questo sistema: da un lato, si determinarono ed individuarono « comunanze » sempre più precise, a base gentilizia, nello sfruttamento delle estensioni terriere; dall'altro, si determinò l'uso, per ciascuna *familia* potestativa, di crearsi un punto di riferimento e di raccolta a carattere stabile ed esclusivo (la *domus* ed un piccolo orto circostante), in cui il *pater familias* potesse esercitare i culti familiari e da cui egli potesse effettuare la direzione del gruppo. La qualifica determinante per l'appartenenza alla *familia* non fu dunque più vista nel vincolo di sangue (« *cognatio* »), ma fu fondata, più genericamente e « politicamente », sulla « *adgnatio* », vale a dire sul fatto che certe persone, i « *filii familias* », fossero nati nel gruppo successivamente al *pater* o comunque si fossero ad esso successivamente aggregati, provenendo da altri gruppi (come le mogli), per sottostare alla direzione del *pater*.

8.2.2. La rudimentalità della vita protostorica fece sì che, quale che fosse l'organizzazione interna delle *familiae*, quale che fosse il ri-

---

8.2.2. Il *rex* arcaico era, dal momento della sua *inauguratio* sino a quello della sua morte o della sua spontanea *abdicatio*, il capo supremo, politico e religioso, della *civitas*. Ma il suo potere 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

lievo in esse accordato alla volontà dei membri liberi (sopra tutto i *filii*), tutto ciò non avesse alcuna importanza di fronte alla *civitas Quiritium*, che fu concepita come una comunità di *patres familiarum*, ciascuno esponente e garante della sua propria famiglia. La *civitas* trovò, pertanto, la sua espressione suprema nella assemblea dei *patres* (più tardi « *senatus* »), la quale esprimeva a sua volta, dal proprio seno, un « *rex* » vitalizio, simbolo dell'unità cittadina e sommo sacerdote. Tutti i *Quirites* di sesso maschile (padri e figli) erano chiamati all'esercito ed erano convocati ai « *comitia curiata* », ripartiti a loro volta in 30 sezioni (« *curiae* »).

8.3. Costituitasi la *civitas*, l'ordinamento statale quiritario risultò composto: anzitutto, dagli accordi federativi (« *foedera* ») intervenuti tra i capi delle *gentes* e delle *tribus* all'atto della aggregazione nell'unità cittadina; secondariamente, dalle deliberazioni prese dai *patres* nel loro consesso, ma proclamate davanti ai *comitia* dal *rex* (appunto perciò denominate « *leges regiae* »); in terzo luogo, dai « *mores 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*.

8.3.1. L'autoritatività dell'ordinamento, prima e più ancora che dall'organizzazione coattiva dello stato, che era allo stato embrionale, 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, l'autorizzazione a chiunque di avventarsi sul trasgressore e di ucciderlo per placare gli dei.

---

esercitato dai *patres*. Ai *patres* esso tornava anche nominalmente alla morte o all'*abdicatio* 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. 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 perché divisi nelle 30 *curiae*) al fine di prendere conoscenza delle sue disposizioni (« *leges regiae* ». È da escludere che i *comitia curiata* avessero, come vuole la tradizione, poteri deliberanti.

8.3. Una raccolta di *leges regiae* sarebbe stata operata, secondo la tradizione, da C. Papiro (cd. « *ius Papirianum* »). Per una ricostruzione approssimativa cfr. *FIRA*. 1.3 ss.

8.3.1. L'organizzazione coattiva della *civitas* arcaica assunse una certa qual consistenza solo nella successiva fase etrusca (*infra* n. 8.6), attraverso l'introduzione dei « *lictores* » (guardie del corpo e carnefici) e la creazione di due gruppi di ausiliari del *rex* in cose di giustizia: i « *duoviri perduellionis* », incaricati di pronunciare (e provare) pubblicamente le accuse di alto tradimento, e i « *quaestores parricidii* », incaricati di eseguire le indagini relative ai casi di assassinio di un *pater*.

8.4. Non tutto l'ordinamento statale romano dianzi descritto fu considerato in antico come ordinamento giuridico, come *ius Quiritium*. Col termine di « *ius* » furono denominati, originariamente, solo i *mores maiorum*, le costumanze di vita interfamiliari 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 cioè 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* ».

8.4.1. Oggetto del *ius Quiritium* furono, dunque, non i rapporti intrafamiliari, cioè, i rapporti interni tra i componenti le singole *familiae* quiritarie (rapporti regolati esclusivamente dai *mores* familiari e gentilizi), ma i « rapporti interfamiliari », cioè i rapporti esterni tra le varie *familiae* quiritarie, ciascuna rappresentata e impersonata dal suo *pater*: quindi, in definitiva, 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 famiglie quiritarie nella *civitas*.

8.5. Nel corso del sec. VII a.C. la *civitas* quiritaria subì la cd. dominazione etrusca: non nel senso che fu assoggettata a

---

8.4. Sul *ius Quiritium* nel senso esposto nel testo *amplius* in: Guarino, *Ius Quiritium* (1950), in *Le origini quiritarie* (1973) 171 ss., e *Dal « ius civile » al « ius Quiritium »*, ivi, 179 ss. Il problema più discusso è se il *ius* sia stato concepito *ab origine* come complesso di « norme » (e più precisamente, di costumanze, di *mores maiorum*), o se invece la sua origine sia da ricollegare ad una attività di decisione delle liti (« *ius dicere* ») svolta, sulla base della propria autorità, dal *rex*. La *communis opinio* (con la quale, peraltro, non coincide del tutto la nostra ricostruzione del *ius Quiritium*) è nel primo senso. Del tutto a parte è l'opinione (Santoro, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, [estr. da *AUPA*., 1967]), secondo cui *ius Quiritium* era in origine una forza rituale del singolo, successivamente (non prima delle *XII tabulae*) evolutasi in *potestas*.

8.4.1. I motivi per cui il *ius Quiritium* si differenziò dal restante ordinamento quiritario consistettero: anzitutto, nella maggiore antichità dei *mores* rispetto ai *foedera* e alle *leges*; 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*): cfr. Cic. *de leg.* 2.10.23 (« *tamen erant fere in more maiorum, qui tunc ut lex valebat* »). 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 quiritaria avventurarsi a modificare o ad abrogare il *ius Quiritium* mediante *leges* (le quali ultime, si ripete, erano considerate provvedimenti estranei alla sfera del *ius*).

8.5. In ordine alla dominazione etrusca (*Storia* n. 19, *La rivoluzione della plebe* cit. 85 ss.) noi non sosteniamo che gli Etruschi siano entrati a far parte della *civitas* quiritaria solo nel sec. VII a.C. Già da prima *gentes* etrusche avevano concorso alla costituzione della *civitas*. In questo secondo momento, probabilmente a seguito di ulteriori immigrazioni etrusche, si verificò il predominio politico degli

qualche città etrusca, ma nel senso che si inserì in essa, acquistandovi supremazia, una potente *gens* di provenienza etrusca, la *gens Tarquinia*. I tiranni etruschi (secondo la tradizione: Tarquinio Prisco, Servio Tullio, Tarquinio il Superbo) impressero alla città un forte sviluppo militare e, in particolare, modificarono la struttura dell'esercito, del quale divenne nerbo una forte schiera di centurie di fanteria pesantemente armata (la cd. « *classis* »), mentre la cavalleria fu alleggerita ed utilizzata in funzione ausiliaria. Dato che i Quiriti della *civitas* erano appena sufficienti a contribuire alla cavalleria, Servio Tullio (il re cui la leggenda attribuisce l'istituzione del nuovo organismo) fece principalmente leva, per la fanteria, sulle famiglie contadine stanziate nei dintorni della città, contando sull'interesse loro a difendere, con quest'ultima, le terre da loro coltivate con i primi rudimenti del sistema intensivo. A questo fine fu creata una nuova ripartizione territoriale, comprensiva di città e di contado, in quattro tribù « urbane » e in un certo altro numero di tribù « rustiche ».

8.5.1. I fanti (*pedites*) del nuovo « *exercitus centuriatus* » non erano, dunque, *Quirites*, ma costituivano una massa, una « *plebs* » di fa-

---

Etruschi in Roma. — La tradizione attribuisce agli Etruschi, e più precisamente a Servio Tullio, addirittura l'introduzione dei *comitia centuriata* patrizio-plebei. Nulla di meno credibile. La novità, già per i tempi notevolissima, fu costituita dalla creazione di un esercito modernamente organizzato cui erano chiamati a partecipare, accanto ai patrizi (che servivano nella cavalleria), anche i *plebeii*, i quali erano tenuti ad armarsi a spese proprie per il servizio nella fanteria. La trasformazione dell'*exercitus centuriatus* in *comitia* (nei quali era numericamente prevalente il voto dei *plebeii*) non poté verificarsi che a conclusione della grande rivoluzione plebea. Né, d'altro canto, è conciliabile con l'assolutismo incontestabile della dominazione etrusca il carattere democratico dei pretesi *comitia centuriata* serviani. — La comprensione della fase etrusca non sarebbe completa, se si tacesse della imponente evoluzione economica verificatasi nel sec. VII a. C. La pastorizia originaria cedette ampio spazio all'economia agricola basata sulla coltura semi-intensiva o addirittura intensiva dei fondi. Per conseguenza le *familiae* romane (specie quelle plebee) si orientarono verso il sistema dell'insediamento stabile sulla terra, nel quadro delle nuove *tribus* territoriali man mano costituite (sopra tutto nel contado, al di fuori della cerchia cittadina). Con l'accrescersi dei bisogni (per attrezzi, per sementi, per bestiame, per armi ecc.) si sviluppò una certa attività di produzione industriale, si diffuse il ricorso al commercio per lo scambio delle ricchezze, si iniziarono flussi di esportazione e di importazione con le città del Lazio, dell'Etruria e della Campania. Anche il tono della vita collettiva si elevò, mediante costruzioni di templi e di altri pubblici edifici. Ed è evidente che in questa nuova situazione, con tanto larga richiesta di mano d'opera e di attività artigiane (oltre che di contribuzione all'*exercitus centuriatus*), l'importanza della *plebs* si accrebbe a dismisura.

8.5.1. Le origini della *plebs* sono tra le più incerte e discusse: Guarino, *La rivoluzione della plebe* cit. 68 ss., Gli storiografi moderni sono d'accordo solo nel rifiutare l'ingenuo racconto della tradizione, secondo cui la distinzione dei Romani in patrizi e plebei sarebbe stata operata, a suo criterio, da Romolo (cfr. Liv. 1.8.7; Dionys. 2.7.8; Plut. *Rom.* 13.2). — L'ipotesi della derivazione della *plebs* dal comune dell'Aventino sembra confermata dalla tradizione secondo cui l'Aventino fu

miglie interessate, per motivi economici, al mantenimento del sistema politico quiritario. Della *plebs* entrarono a far parte, progressivamente, le famiglie contadine stanziate in nuove tribù rustiche, molte famiglie artigiane residenti nelle tribù urbane, forse gli abitanti tutti del monte Aventino (che era stato annesso ad una tribù urbana della *civitas*, ma si trovava al di fuori del sacro *pomerium* quiritario) e quanti altri vennero a stabilirsi nelle tribù territoriali romane. Si trattava, insomma, di una massa eterogenea, non solo quanto alla provenienza etnica, ma anche quanto alla consistenza economica, unificata peraltro, sempre più chiaramente, dall'antagonismo nei confronti dei *Quirites* o *patricii*: dal desiderio cioè di sostituire al vecchio sistema politico, incentrato sulle *gentes* quiritarie, un sistema politico nuovo, che fosse incentrato sull'esercito centuriato patrizio-plebeo.

8.5.2. La fine della *civitas* quiritaria e la fondazione della repubblica, che una notissima tradizione attribuisce alla rivolta di Bruto e Collatino del 510 a.C., fu il prodotto, a nostro avviso, della rivoluzione plebea: una rivoluzione sviluppatasi, con alterne vicende, lungo tutto il corso del sec. V e del primo trentennio del sec. IV a.C. Le fasi di questo lungo processo rivoluzionario possono essere qui anche taciute. Sta in fatto, comunque, che una pacata valutazione critica delle lotte intercorse, secondo la stessa tradizione romana, tra patrizi e plebei porta a credere che la suprema carica del *rex* non fu abolita da un momento all'altro, ma decadde lentamente di fronte alla carica del *praetor maximus*, comandante l'esercito centuriato, e che l'*exercitus centuriatus* patrizio-plebeo conquistò progressivamente il rango di assemblea deliberante suprema. Un compromesso patrizio-plebeo del 367 a.C., che la tradizione qualifica come *leges Liciniae Sextiae*, concluse

---

assegnato come sede stabile ai *plebeii* dal re Anco Marcio, nonché dal fatto che la *plebs* effettivamente aveva deità proprie e forse proprie magistrature originarie (gli *aediles*). È evidente, peraltro, che questa ipotesi non regge da sola, ma va combinata con altre ipotesi, che spieghino il progressivo accrescersi del nucleo originario e l'evolversi successivo della *plebs* in classe sociale.

8.5.2. Sulla rivoluzione plebea: Guarino, *La rivoluzione della plebe* cit. 13 ss., 135 ss., 171 ss. Al termine del processo rivoluzionario, la struttura dello stato romano era radicalmente cambiata. All'*exercitus centuriatus* (patrizio-plebeo) era stato riconosciuto, col nome di «*comitia centuriata*», il carattere di assemblea politica con funzioni deliberative, sicché in esso era venuto a spostarsi il baricentro della vita costituzionale romana. Ridotto il *rex* a capo dei soli culti («*rex sacrorum*»), il comando supremo politico-militare era stato assunto dal capo elettivo dell'*exercitus centuriatus*, il «*praetor*». Più tardi ancora esso era passato ai 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, anche se autorevolissimo, comitato consultivo composto di ex-magistrati (*senes, senatores*). V. *infra* n. 9.2.

il processo rivoluzionario, assegnando il supremo comando dello stato ai due *praetores* (di cui uno poteva essere anche plebeo) designati annualmente al comando dei due corpi in cui l'esercito si era frattanto diviso.

8.6. La dominazione etrusca e, successivamente alla cacciata dei Tarquinii, l'agitazione della *plebs* per il pareggiamento con i *patricii* implicarono non poca difficoltà per la formazione di nuovi *mores maiorum* accettabili come vincolanti sia dai patrizi che dai plebei. Intanto di nuovi regolamenti giuridici vi era peculiare bisogno, sopra tutto per la necessità di provvedere alla disciplina delle relazioni tra *patricii* e *plebeii*. Pertanto, mentre si verificava una sorta di isterilimento del *ius Quiritium* (il quale si accrebbe di ben pochi nuovi *mores*), si affermò anche, a fianco del *ius Quiritium*, un nuovo sistema giuridico, integrativo e correttivo di esso, cui può darsi, convenzionalmente, il nome di *ius legitimum vetus*: leggi, si badi bene, di tipo ben diverso dalle *leges publicae* del periodo seguente, perché non erano votate dal popolo, ma concesse a questo, sia pure dietro sua sollecitazione politica, dai *patres* quiritari attraverso il *rex* o chi ne prese il posto (cioè, secondo noi, il *praetor* dell'esercito).

8.6.1. 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

---

8.6. La denominazione « *ius legitimum* », integrata con il qualificativo « *vetus* » (per distinguerlo dal *publicum*, o « *ius legitimum novum* » dell'età preclassica: n. 9.5), si diffuse solo in epoca posteriore, allorquando ci si rese conto del fatto che le vecchie *leges* quiritarie erano state integrative del *ius Quiritium*, ed avevano perciò assunto carattere di *ius* esse stesse. Nel linguaggio più antico, del resto diffusamente conservato in età preclassica, le *leges* furono sempre contrapposte al *ius Quiritium*, come alcunché di estraneo ad esso, pur se con funzioni di complementarietà. — Per meglio spiegarsi il fenomeno della formazione del *ius legitimum vetus*, 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: il compito di assicurare l'osservanza del *ius* da parte dei cittadini, ponendo a disposizione di questi ultimi il ricorso alla cd. « *iuris dictio* »; e il compito di produrre mediante *leges* altri principî di condotta sociale, integrativi del *ius* ed equiparati ad esso.

8.6.1. Sulle *leges XII tabularum* cfr.: Guarino, *L'ordinamento* 100 ss., e *Storia* n. 67, ove si sostiene non essere credibile che le *leges XII tabularum* abbiano contenuto norme di carattere costituzionale e sacrale. — Le *XII tabulae* erano di legno (cfr. Hor. *ad Pis.* 396; Pomp. D. 1.2.2.4, ove « *eboreas* » va corretto in « *roboreas* »); le vicende successive di Roma ne fecero probabilmente sparire la redazione originale. Affidate principalmente alla memoria dei cittadini, esse giunsero ai primi commentatori (Sesto Elio, Lucio Elio Stilo Preconio, Valerio Messalla, Servio Sulpicio, Antistio Labeone) in testi malsicuri e non scarsi di varianti. Le ricostruzioni moderne, fatte sulla base delle testimonianze dirette e indirette di cui disponiamo, sono, dunque, estremamente induttive: cfr., per tutte, *FIRA*. 1.23 ss.

principali tappe della lotta sostenuta dai *plebeii* per la loro emancipazione dallo stato di sudditanza. Le Dodici tavole non ebbero tuttavia carattere innovativo, né contennero norme di aperto favore per la *plebs*, ma essenzialmente chiarirono e precisarono il senso di molti principî controversi del *ius Quiritium*. Solo sotto veste di esplicazione dei principî quiritari, esse regolarono anche alcune situazioni che il *ius Quiritium*, in realtà, non aveva previsto (e, in particolare, il fenomeno economico dell'*obligatio*). Infine esse ebbero il merito di disciplinare rigorosamente, con indubbio beneficio per la classe plebea, l'attività da svolgersi dai privati per ottenere l'accertamento o la realizzazione delle loro pretese giuridiche (le cd. « *legis actiones* »).

8.7. 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'interpretazione del *ius* esercitata dal collegio sacerdotale dei *pontifices*: cd. *interpretatio pontificum*. I pontefici, 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 responsi avevano, quindi, vasta risonanza ed alta autorità. Dopo l'emanazione delle Dodici tavole, continuando il monopolio pontificale della giurisprudenza, i pontefici, 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.

8.7.1. Per tal modo, *ius Quiritium* e *ius legitimum vetus* furono progressivamente integrati e unificati. Con gli elementi da essi offerti, e con altri ancora apprestati dall'*interpretatio pontificum*, venne a costituirsi, in concomitanza con la formazione della repubblica, quel sistema normativo unitario, più progredito e complesso, che prese il nome di « *ius civile Romanorum* ».

8.7. Sulla *interpretatio pontificum*: Guarino, *L'ordinamento* 89 ss., 94 ss. — Interessante il racconto di Pomponio, *l. sing. enchir.*, in D. 1.2.2.5-6: *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet), ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem necessariam esse disputationem fori... Omnium tamen harum et interpretandi scientia ed actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis, et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.* Il testo è formalmente guasto, ma sostanzialmente inattaccabile.

8.7.1. La nostra ricostruzione della progressiva formazione del *ius civile* non corrisponde alla *communis opinio*, la quale parla del *ius civile* come dell'ordinamento originario di Roma, *tout court*, chiudendo gli occhi (se non erriamo) alle tracce evidentissime di eterogeneità che pur si rilevano nelle strutture degli istituti civilistici. Cfr. Guarino, *L'ordinamento* 72 ss. e letteratura ivi.

9. Il diritto romano preclassico.

9.1. 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*).

9.2. *Respublica* (« *res populica* », « *res populi* ») significò « cosa del *populus* », e per rendersi conto di questo significato bisogna tener presente che « *populus* » era sinonimo di *exercitus centuriatus*, cioè dell'organismo patrizio-plebeo che la rivoluzione della plebe aveva portato al centro dello stato. Il riconoscimento della *respublica* non importò tuttavia l'esplicita abolizione della *civitas* quiritaria, ma implicò la giustapposizione di essa al sistema 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.

9.2.1. La *respublica Romanorum* dei sec. IV-I a.C. merita, a sua più precisa identificazione, la qualifica di *respublica* « romano-nazionale » in virtù del fatto 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 patrizie o anche plebee, ma fu liberamente, se pur cautamente, aperta a chiunque

---

9.1. Sul periodo preclassico *amplius*: Guarino, *Storia* n. 73-154 e bibl. n. 329; panorama delle fonti di cognizione in Guarino, *L'esegesi* cit. 385 ss.

9.2. Si noti che al linguaggio giuridico costituzionale romano fu ignoto un termine espressivo del concetto di stato. Il termine usualmente utilizzato fu quello di « *populus* ». Ebbe anche diffusione la locuzione « *Senatus populusque Romanus* ». — Il concetto dello stato come *respublica*, venuto 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 classico. Quel che caratterizza la *respublica* romana dei sec. IV-I a. C., oltre al criterio nazionalistico di composizione dell'elemento cittadino, 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*.

9.2.1. Sulla *respublica* nazionale romana: Guarino, *Storia* n. 84-91. — Sulla democrazia romana e sulla sua evoluzione (anche nel periodo del principato): Guarino, *La democrazia romana*, in *AUCT.* 1 (1947) 91 ss., e *La crisi della democrazia romana*, in *Labeo* 13 (1967) 7 ss. (ora, con aggiornamenti, in *Res gestae divi Augusti*[2] [1968] rispett. 57 ss., 75 ss.). Questi scritti sono riuniti e sviluppati in: Guarino, *La democrazia a Roma* (1976).

mostrasse di partecipare alla « nazionalità romana » cioè alla comunanza di esperienze, di aspirazioni e di ideali dei Romani. Quanto al governo, esso fu strutturalmente « 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.

9.2.2. Posto che lo stato fu concepito come « *res populi* », è ovvio che i territori occupati dai Romani in tanto potevano 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* alla *civitas* romana: I sec. a.C.). Erano tuttavia anche considerate, a guisa di filiali della *respublica*, le colonie romane (« *coloniae civium Romanorum* ») istituite nei territori dell'*imperium* e le *civitates* originariamente non romane a cui cittadini fosse stata concessa la cittadinanza romana (cd. « *municipia civium Romanorum* »).

9.3. La struttura di governo della *respublica* riposò su tre gruppi di elementi tra loro complementari: le magistrature, che

---

9.2.2. Conseguenza della insormontabile difficoltà a considerare territorio romano il territorio non abitato stabilmente da cittadini romani o romanizzati fu che l'immensa estensione dei territori di conquista, con le relative popolazioni residenti, fu ritenuta estranea allo stato romano, ad eccezione ovviamente delle plaghe in cui sorgevano *coloniae* o *municipia civium Romanorum*. Quei territori furono pertanto considerati: o oggetto dell'*imperium* magistratuale romano, cioè « *provinciae magistratuum* », costituenti « *imperium Romanum* » (i cui abitanti si dissero *peregrini*, cioè stranieri); oppure tuttora sede di stati sovrani, anche se vincolati a Roma da una situazione di « vassallaggio ».

9.3. Sulla struttura di governo della *respublica* e sul suo funzionamento: Guarino, *Storia* n. 89-91. In teoria i magistrati, sopra tutto se forniti di *imperium*, avevano poteri latissimi di decisione, ma questi poteri erano limitati e corretti dalle leggi comiziali (poche, peraltro, e poco invadenti nella sfera di autonomia dei magistrati) e dal diritto di veto (« *intercessio* ») che i magistrati superiori avevano nei confronti di quelli inferiori, che ogni magistrato collegiale aveva nei confronti del suo collega e che ciascun tribuno della plebe aveva nei confronti di qualunque altro magistrato. La conseguenza del complesso sistema dell'*intercessio* era che ben difficilmente un provvedimento discrezionale dei magistrati otteneva applicazione se i gruppi politici e familiari di cui gli altri magistrati erano espressione non lo trovavano apprezzabile e non ottenevano controprestazioni politiche in cambio. Si aggiunga a tutto ciò

erano uffici (generalmente collegiali) investiti tutti di un potere direttivo (« *potestas* ») ed alcuni (quelli supremi) anche di un superiore potere di comando (« *imperium* ») civile e militare ai fini dell'amministrazione politica e giudiziaria della comunità; le assemblee popolari, che avevano essenzialmente l'attribuzione di eleggere i magistrati e di fissare mediante leggi le norme di comportamento dei cittadini e dei magistrati stessi; il senato, che era una assemblea di ex-magistrati cui spettavano ampie ed autorevolissime funzioni consultive nei riguardi dei magistrati.

9.3.1. Le magistrature (« *magistratus* ») principali furono: quelle dei due « *consules* » annuali (derivati dall'antico *praetor maximus*), cui erano attribuiti la somma *potestas* e il sommo *imperium* sulla città e sulle *provinciae* sottomesse; quella dei « *praetores* » annuali, con *potestas* e *imperium* minori rispetto a quelli dei consoli, tra cui, con funzioni di amministrazione della giustizia, il pretore cd. urbano e quello cd. peregrino; i due « *aediles curules* » e i due edili plebei, annuali, muniti di una *potestas* che li rendeva competenti a sovrintendere all'ordine dell'urbe, dei suoi mercati e dei giuochi pubblici (« *cura urbis, annonae, ludorum* »); i « *quaestores* », annuali, con *potestas* di ausiliari, soprattutto in materia finanziaria, degli altri magistrati di rango superiore; i « *tribuni plebis* », annuali, in numero di dieci, con l'accennata *potestas* di veto verso tutti i magistrati e con altre connesse attribuzioni di difesa, anche attraverso interventi di forza e irrogazioni di multe, degli interessi della plebe, cioè praticamente del novantanove per cento del popolo. Ogni cinque anni i comizi centuriati eleggevano due « *censores* », cui spettava (da effettuarsi nel giro massimo di un anno e mezzo) la *potestas* di revisione delle liste dei cittadini, la designazione degli ex-magistrati ammessi a far parte del senato, di iniziativa in ordine alle attività finanziarie più importanti della repubblica. Per evenienze straordinarie, e particolar-

---

il grande rilievo pratico che, ai fini di un comportamento corretto (o almeno cauto) dei magistrati, avevano il fatto che le cariche erano elettive e temporanee e che su tutto l'apparato statale incombeva influentissimo il senato.

9.3.1. Sulle magistrature della *respublica*: Guarino, *Storia* n. 103-116. — I due *consules* erano epònimi: l'anno si designava, nei calendari ufficiali, con il loro nome (o meglio, col nome dei due consoli entrati in carica al suo inizio). — Sulla *iurisdictio* magistratuale (dei pretori e degli edili curuli) v. *infra* in questo numero. — Il *dictator*, coadiuvato da un *magister equitum* di sua scelta, si diceva « *optima lege creatus* » quando era investito del comando supremo. Per compiti specifici, che i consoli non ritenessero di poter assolvere personalmente, si ricorreva a dittatori « *imminuto iure* ». — I magistrati *cum imperio* (consoli, pretori, promagistrati, dittatore e *magister equitum*) dovevano ottenere, dopo l'elezione da parte dei comizi centuriati oppure la nomina (dittatore e capo della cavalleria), la solenne investitura dei comizi curiati (« *les curiata de imperio* »).

mente nei casi in cui una situazione di pericolo della repubblica richiedesse un comando supremo unificato, ciascun console poteva prendere l'iniziativa di svestire se stesso e il collega di tutte o alcune attribuzioni consolari, nominando un « *dictator* » con « *summum imperium* », che però non poteva restare in carica più di sei mesi. Infine alle necessità della condotta di guerre a lunga scadenza e della amministrazione di talune provincie via via conquistate (e spesso da pacificare con le armi) si provvide dai comizi centuriati assegnandone il carico a consoli ed a pretori appena scaduti dalla carica (eccezionalmente anche ad altri cittadini provetti nell'arte militare) con il titolo di « *proconsules* » e « *propraetores* ».

9.3.2. Le assemblee popolari veramente operanti erano tre: i « *comitia centuriata* » (derivanti dall'antico *exercitus centuriatus*), in cui i cittadini maschi di età militare (dai 17 ai 60 anni) erano distinti in 193 *centuriae*, ciascuna esprimente (a maggioranza dei partecipanti) un voto, ma graduate in modo da conferire maggiore influenza ai membri delle famiglie più ricche e via via minore influenza a quelli delle famiglie meno ricche; i « *comitia tributa* », in cui i cittadini erano distinti in 35 unità di voto (una per ciascuna tribù territoriale: 4 urbane e 31 rustiche), in considerazione della residenza della famiglia di ciascuno nelle tribù; i « *concilia plebis tributa* », ordinati come i comizi tributi, ma con esclusione dei pochissimi patrizi di nascita ancora superstiti.

9.3.2. Sulle assemblee della *respublica*: Guarino, *Storia* n. 92-97. — Altra assemblea erano i *comitia curiata*, rappresentati simbolicamente da 30 littori (uno per ciascuna curia) e aventi funzioni sacrali o di solennità tradizionale (*lex curiata de Imperio*: v. *retro* nt. 9.3.1.). — I *comitia centuriata* annoveravano: un primo gruppo di 18 centurie di *equites* (alcuni patrizi di nascita e pochi cittadini di elevatissima ricchezza); cinque gruppi (*classes*) di *pedites* di ricchezza a scalare (con maggior numero di centurie ai ricchi della prima classe); 5 centurie di « *capite censi* », privi di apprezzabile patrimonio e ricchi soltanto di prole (di qui « *proletarii* »). Oltre le attribuzioni elettorali e amministrative di cui si è detto, i comizi centuriati erano convocati dai cittadini che i magistrati avessero imputato di gravi *crimina* passibili di pena capitale: sulla base di questa « *provocatio ad populum* » essi deliberavano se la pena di morte fosse da convertire, avvenuta la condanna, in bando a vita da Roma (« *interdictio aqua et igni* »). — Nelle assemblee tributa (*comitia* e *concilia*) l'alto numero delle tribù rustiche (31 contro 4 sole urbane) e la loro grande estensione (resa sempre maggiore dalle annessioni territoriali e dalla aggiunzione a quelle tribù delle varie *coloniae civium Romanorum*) implicava una netta prevalenza dei proprietari terrieri sugli abitanti dell'urbe. Ove si tenga presente che le riunioni assembleari avevano luogo nell'urbe e che gli spostamenti relativi, spesso assai lunghi e gravosi, potevano essere agevolmente affrontati solo dai membri delle famiglie più abbienti, che lasciavano a lavorare la terra i loro schiavi, si comprende facilmente che nelle assemblee tributa la maggior ricchezza aveva in pratica un vantaggio politico non molto diverso da quello che ad essa era accordato nei comizi centuriati. — L'equiparazione dei *plebiscita* alle *leges publicae* fu definitivamente sancita dalla *lex Hortensia* del 287 a.C.

I comizi centuriati erano chiamati ad eleggere i magistrati maggiori (consoli, pretori, censori) ed a votare le leggi di maggiore importanza costituzionale proposte dagli stessi (« *leges centuriatae* »); i comizi tributi eleggevano i magistrati minori e votavano leggi anche essi (« *leges tributae* »); i concili della plebe, convocati dai *tribuni plebis*, eleggevano i magistrati della plebe (tribuni ed edili plebei) ed erano la più attiva di tutte le assemblee nella votazione di « *plebiscita* », cioè di deliberati aventi ormai lo stesso valore delle *leges publicae*.

9.3.3. 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* ». Attribuzione precipua del consesso fu 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 il senato veniva ad esercitare, sia pure indirettamente, l'alta direzione politica della *respublica*.

9.4. Nel periodo preclassico, la spina dorsale dell'ordinamento giuridico romano fu costituita dal sistema del *ius civile vetus*. Sue fonti costitutive erano gli antichi *mores maiorum* del *ius Quiritium*, le *leges* del *ius legitimum vetus* e, in un certo senso, la stessa « *interpretatio prudentium* », cui era affidata la sua evoluzione: una *interpretatio* effettuata ormai non più dai *pontifices*, ma da una cerchia scelta di

---

9.3.3. Sul *senatus*: Guarino, *Storia* n. 98-102. — L'attribuzione della *lectio senatus* ai *censores* fu operata da una *lex Ovinia* (o *plebiscitum Ovinium*) della fine del sec. IV a.C. Con questa fondamentale legge si venne, dunque, a sottrarre la nomina dei senatori ai *consules*, e a rompere il principio della inamovibilità dei senatori stessi. — Sino ad un certo tempo (*lex Hortensia*, 287 a.C.), il *senatus* ebbe la *auctoritatis interpositio*, una attività di convalida dei *plebiscita* per far acquistar loro valore di leggi (*amplius* in: Guarino, *La genesi storica dell'« auctoritas patrum »*, in *St. Solazzi* [1948] 21 ss.). — Al senato competeva anche la *proditio interregis*, cioè la designazione, nel proprio seno, di uno o più *interreges* successivi (ciascuno in carica per non più di 5 giorni) per guidare la repubblica quando fossero venuti meno o non si fosse riusciti ad eleggere tempestivamente i magistrati supremi.

9.4. Sul *ius civile vetus*: Guarino, *Storia* n. 127-131. — Le caratteristiche estrinseche del *ius civile vetus*, cioè le caratteristiche attinenti alla sfera di applicazione dello stesso, furono: la limitazione esclusivistica alla nazionalità romana e la limitazione al regolamento dei rapporti privati, in senso ampio. Caratteristiche intrinseche furono, invece: l'inquadramento del *ius civile* entro la sfera del *fas*, nonché entro la sfera più interna del *ius publicum*, e l'« eternità » dei suoi principî, che i Romani consideravano espressione immutabile del loro patrimonio culturale.

giuristi laici (per lo più appartenenti alla nobiltà), che coglievano con viva sensibilità le istanze di rinnovamento della società romana. Esteriormente il *ius civile* (« *vetus* », antico, rispetto al successivo *ius civile novum*, di cui diremo tra poco) era essenzialmente riversato nei « *responsa* » giurisprudenziali, che ne esprimevano ed esplicavano i principî. Fu perciò che si disse, sebbene con una certa esagerazione, che il *ius civile* non promanava da norme scritte, ma solo dall'interpretazione giurisprudenziale (« *ius civile sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* »).

9.4.1. La vigile opera di interpretazione evolutiva esercitata dai giuristi laici comportò che il *ius civile vetus* divenisse un sistema di normative inteso alla tutela di un assetto socio-economico basato sulla produzione familiare e sopra tutto sulla produzione di tipo agricolo intensivo. Protagonista ne fu sempre, come già in passato, il *pater familias* di sesso maschile, ma la soggettività giuridica fu riconosciuta anche alle donne, quando fosse venuto a mancare il titolare della *patria potestas* sulle stesse: unica differenza tra i due sessi stette nel fatto che alle donne non fu attribuita la titolarità del governo sui sottoposti liberi della *familia* (la *patria potestas*), mentre fu riconosciuta la possibilità di godere e disporre pienamente del patrimonio strettamente economico. Al titolare del patrimonio economico (relativo ai fondi rustici, ad ogni altro immobile, alle cose mobili, al bestiame, agli schiavi) spettavano poteri latissimi: sia di valorizzarlo e di incrementarlo, sia per converso di distruggerlo o, più ragionevolmente, di trasmetterlo in tutto o in parte, con negozi *inter vivos* o *mortis causa*, ad altri. Il che favorì lo sviluppo sull'iniziativa privata, e di riflesso il benessere complessivo della comunità, ma agevolò in misura altrettanto notevole la concentrazione della ricchezza nelle mani dei soggetti più capaci e intrapren-

---

9.4.1. I contenuti del *ius civile vetus*, così come sommariamente indicati nel testo, diventano maggiormente spiegabili quando si pensi che la giurisprudenza laica, che ne curò gli sviluppi, fu quasi esclusivamente composta da personaggi appartenenti o aderenti alla nobiltà senatoria, quindi alle famiglie più ricche e, in connessione, più potenti nel campo politico e sociale. La cura che questi giuristi ebbero nel favorire (o comunque nel non ostacolare) la concentrazione della ricchezza in poche mani si ricava da molteplici e chiarissimi indizi, ma principalmente dalla materia testamentaria, alla quale essi dettero larghissimo sviluppo. Il testamento permetteva, infatti, al titolare di un patrimonio economico di evitare la ripartizione dello stesso tra i discendenti, e di trasmetterlo anche integralmente ad un unico erede (generalmente ad un familiare), sì da non far perdere al *nomen* della famiglia quel rilievo economico, e quindi sociale e politico, che altrimenti sarebbe potuto venir meno. Le prime radici della crisi della repubblica (*infra* n. 10.6) sono da vedere proprio nell'impulso dato dal *ius civile vetus* alla più libera concorrenza ed all'accumulo di ricchezza da parte dei ceti nobiliari.

denti, con la conseguenza di porre le premesse per la moltiplicazione delle famiglie in difficoltà economiche o addirittura, in definitiva, assolutamente proletarie.

9.5. Strutturalmente al di fuori del *ius civile,* anzi al di fuori del concetto stesso di *ius,* sebbene (ovviamente) strettamente coordinato con esso, era l'ordinamento della *respublica* in quanto tale, cioè il complesso di regolamenti relativi alla struttura dello stato, al funzionamento dei suoi istituti, all'amministrazione del culto pubblico (« *sacra publica populi Romani* »), alla repressione degli illeciti lesivi degli interessi della comunità (« *crimina* ») e via dicendo Si trattava, in sostanza, di un vasto novero di principî a carattere tradizionalistico, integrato da un certo numero (peraltro alquanto limitato) di leggi « pubbliche » (« *leges publicae populi Romani* »), cioè di provvedimenti normativi votati dalle assemblee. La estraneità di questo settore dell'ordinamento statale al *ius* vero e proprio era determinata dalla materia: non rapporti tra *patres familiarum* (e soggetti assimilati), come era nella stretta tradizione del *ius civile,* ma rapporti di cui era soggetto attivo o passivo il *populus Romanus Quiritium* nella sua unità.

9.5. Sull'ordinamento non giuridico: Guarino, *L'ordinamento* 124 ss. Si noti che *leges publicae* erano, in certo senso, anche le deliberazioni non normative delle assemblee: cioè le delibere elettorali e quelle in materia di *iudicia publica.* Questa indistinzione del concetto di *lex publica* conferma la nostra tesi circa la indistinzione, nel periodo preclassico, di tutto l'ordinamento pubblicistico. — Le *leges publicae* erano, di regola, « *leges rogatae* » o « *latae* », dette così perché consistenti in un testo proposto dal magistrato (« *rogatio* ») e da lui portato all'approvazione del popolo (« *legem ferre ad populum* »). Esse si distinguevano in: « *leges centuriatae* », votate dai *comitia centuriata*; « *leges tributae* », votate dai *comitia tributa*; « *plebiscita* », votati dai *concilia plebis* (con l'intervento, sino alla *lex Hortensia,* dell'*auctoritas patrum*). Eccezionalmente si avevano, ma sempre fuori del territorio romano, le « *leges datae* », emanate dai magistrati provinciali per delega legislativa dei comizi. 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. 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. — La citazione delle *leges publicae* si faceva solitamente aggiungendo alla parola « *lex* » l'aggettivazione del *nomen* del proponente e, qualche volta, il genitivo del *cognomen* e persino del *praenomen* (*lex Aquilia, lex Publilia Philonis, lex Sempronia C. Gracchi*). Se il proponente era un console, per molto tempo si usò aggettivare in rubrica il nome di ambedue i supremi magistrati (*lex Plautia Papiria,* ecc.). Seguiva una succinta indicazione dell'argomento della *rogatio* (*lex Aquilia de damno, lex Cornelia de XX quaestoribus,* ecc.). Nell'ultimo secolo della repubblica queste denominazioni indicative, causa il buon numero di leggi in vigore, passarono a far parte del testo ufficiale delle leggi e furono poste prima della *praescriptio,* col nome di « *index* ».

9.5.1. Tra le *leges publicae* ve ne furono alcune, principalmente a carattere di *plebiscitum*, che attennero al *ius civile* e ai suoi istituti per apportarvi limitazioni o integrazioni richieste dal pubblico interesse: per esempio, in materia di tutela, di matrimonio, di successione *mortis causa*, di manomissione degli schiavi, di usucapione del *dominium ex iure Quiritium*, di *iudicia privata*. Sotto questo profilo e in questi limiti le leggi pubbliche furono progressivamente concepite anch'esse, in virtù di uno spiegabile fenomeno di attrazione, come fonte di *ius*: un *ius* che, in considerazione della sua provenienza dalla sfera del *publicum*, fu denominato sempre più largamente « *ius publicum* ». L'apporto di questo *ius publicum* permise al *ius civile* di rinnovarsi là dove alla *interpretatio prudentium* non riuscisse possibile pervenire senza cadere in palesi falsificazioni o in evidenti e intollerabili arbitrî interpretativi. Comunque l'età preclassica non si spinse, almeno sino agli inizi del sec. I a.C., sino al punto di ritenere che tutte le norme poste da *leges publicae*, anche se al di fuori della sfera del *ius civile*, costituissero materia di *ius*.

9.6. Verso la metà del sec. III a.C., quando la repubblica 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 insorgenti tra Romani e stranieri (*peregrini*). Fu creata così, da una legge non meglio conosciuta del 242 a.C., la magistratura del « *praetor peregrinus* », avente l'attribuzione di proclamare le solu-

---

9.5.1. Sul *ius publicum*, nel senso indicato nel testo, e sui rapporti tra *ius* e *lex* (tuttora molto discussi): Guarino, *Storia* n. 132-138.

9.6. Sul *praetor peregrinus*: Guarino, *Storia* n. 139. — Il *tribunal* del *praetor peregrinus* non fu il tribunale delle solenni procedure civilistiche, davanti al quale ogni parte conveniva per pronunciare le solenni formule tradizionali delle *actiones* del *ius civile* (cd. « *legis actiones* »), ma fu il luogo ove le parti si incontravano per esporre alla buona (gli stranieri, spesso a mezzo di interpreti) le loro ragioni. 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 reciprocamente esplicito impegno di recarsi davanti ad un collegio arbitrale privato (di « *recuperatores* »), affinché, assunte le prove, fosse concretamente adottata l'una o l'altra fra le due soluzioni prospettate dal pretore. Ed è ovvio che il loro accordo implicava, altresì, l'impegno di sottostare alla *sententia iudicis*. — Il procedimento giurisdizionale peregrino si divideva in due fasi: la prima di impostazione della controversia nei suoi termini giuridico-fiduciari (fase « *in iure* »), che culminava nella « *litiscontestatio* », cioè nella definitiva e irretrattabile determinazione del *iudicium*; la seconda di risoluzione della controversia secondo i principî indicati dal pretore (fase « *apud iudicem* »), che si perfezionava con la *sententia iudicis*, o più precisamente con la sentenza dei *recuperatores*.

zioni giuridiche delle liti tra cittadini e stranieri o tra stranieri quando sorgessero in Roma (« *dicere ius inter cives et peregrinos vel inter peregrinos in urbe Roma* »). La *iurisdictio praetoris peregrini* era però una «*iuris dictio*», una proclamazione di *ius*, tutta particolare, perché il *praetor peregrinus* non esplicava e imponeva un *ius* già esistente (infatti, tra Romani e stranieri non esisteva comunanza di *ius*), ma, sempre che i litiganti gliene facessero concorde richiesta, risolveva autorevolmente la questione, affermando 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 presumibilmente posto a base (e dovevano, quindi, continuare a porre a base) delle loro relazioni. Il tutto con una procedura rapida e snella ben diversa da quella formalistica applicata dal pretore urbano tra cittadini.

9.6.1. Attraverso la *iuris dictio* del *praetor peregrinus* si determinarono progressivamente, in relazione a questioni dello stesso tipo, criteri di risoluzione conformi e difficilmente derogati dal giusdicente. In forza dell'affermarsi di questi criteri vennero progressivamente ad ottenere tutela giuridica nuovi tipi di rapporti, prevalentemente a carattere commerciale, che erano ignoti al vecchio *ius civile*: per esempio, rapporti da *mandatum, societas, emptio-venditio, locatio-conductio*. Era logico che questi rapporti, considerati dapprima validi tra Romani e stranieri, fossero poi ritenuti validi, secondo gli stessi criteri, anche tra Romani, perché il *praetor urbanus*, cioè il magistrato cui era attribuita la *iuris dictio inter cives*, non potè mancare di riconoscerli e di tutelarli a sua volta. Si formò, pertanto, per una sorta di fenomeno di induzione, come un « nuovo settore » del *ius civile Romanorum*, un « *ius civile novum* », applicabile ai cittadini (dovunque si trovassero)

9.6.1. Sul *ius civile novum*: Guarino, *Storia* n. 139-141. — Sul *ius gentium* v. *infra* n. 13.1.4. — In ordine ai suoi contenuti, il *ius civile novum* non differì dal *ius civile vetus*, se non per il fatto che agevolò la formazione di un nuovo tipo di ricchezza privata essenzialmente riferita a beni mobili e non a fondi rustici e ad immobili. Dato che anche in questo campo ai Romani non si pose il problema di porre un freno alla libertà di concorrenza ed all'accumulo di ricchezza nelle mani dei privati, il risultato fu che nuovi ricchi (i cd. « *equites* ») si aggiunsero ai vecchi proprietari terrieri della *nobilitas*. E ovviamente questi nuovi ricchi, così diversi da quelli dell'economia agricola tradizionale, non tardarono ad entrare in tensione politica con la *nobilitas*, gelosa dei suoi privilegi politici.

oltre che agli stranieri (se si trovassero a Roma o in colonie romane). A questo settore i giuristi della successiva età classica dettero anche il nome di « *ius gentium* ».

9.7. Verso la metà del sec. II a.C. si registrò l'inizio della crisi della *respublica* romana: una crisi durata un secolo e mezzo che ne corrose l'assetto democratico, favorì l'affermazione di dittature personali e dette, infine, la stura, sul finire del sec. I a.C., al regime di governo del principato. In questa fase mancò alle assemblee popolari il tempo e il modo di provvedere, 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 giusdicenti, cioè, a prescindere dal *praetor peregrinus*, il *praetor urbanus*, 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*, e di formulare invece « regole di giudizio » conformi alle mutate esigenze della vita sociale.

9.7.1. Il « *praetor urbanus* » fu, a causa delle sue importanti funzioni, quegli che più si distinse in quest'opera di deformazione innovativa. Egli infatti, 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 adottare criteri risolutivi (cioè « regole di giudizio ») del tutto diversi: criteri dettati dalle valutazioni sociali più

9.7. Sulla crisi della *respublica* e sulle sue agitate vicende: Guarino, *Storia* n. 79-83. Questo non è il luogo per analizzare le cause, immediate e mediate, dello scompaginamento del sistema politico-costituzionale repubblicano. È tuttavia opportuno, a nostro avviso, mettere ben in chiaro che la trasformazione da cui derivò il *principatus* non ebbe affatto, contrariamente a quanti molti superficialmente affermano, le caratteristiche di una « rivoluzione »: molto indubbiamente si trasformò, ma l'assetto sociale ed economico della repubblica rimase fondamentalmente identico, come pure identiche, o quasi, rimasero le strutture di fondo dell'ordinamento giuridico. La crisi derivò, in buona sostanza, dall'antagonismo politico dei due ceti dominanti, i *nobiles* e gli *equites*, e dalla progressiva corrosione della *nobilitas*. Ai troppi emarginati del ceto proletario la concorrenza delle forze di lavoro poste a disposizione dalla schiavitù toglieva la possibilità di pretendere corrispettivi politici per il loro non richiesto lavoro ed apriva solo la strada al servizio militare oppure alla turbolenza urbana. *Nobiles* ed *equites* attinsero largamente ai proletari (sia militari che urbani) per irrobustirsi nelle loro lotte, ma non perciò i proletari (e tanto meno gli schiavi) evasero da un'attitudine puramente passiva e mercenaria, insomma gli estranei alle questioni di potere che si agitavano nella repubblica.

9.7.1. Sull'attività riformatrice del *praetor urbanus*: Guarino, *Storia* n. 142-147.

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 imitarne la procedura. 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 impostile dalla *interpretatio*.

9.7.2. Avvenne pertanto che, già verso la metà del II sec. a.C., una *lex Aebutia*, sancendo un'usanza che si era probabilmente già affermata in precedenza, concesse ai cittadini di astenersi, se lo volessero, dall'uso delle tradizionali e rigide *legis actiones* e di impostare il criterio risolutivo delle loro controversie attraverso libere discussioni davanti al pretore (« *per concepta verba* »). Dal suo canto, il pretore non solo si riservava di approvare quelle regole di giudizio, ma solitamente le annunciava egli stesso, sulla base di una valutazione pacata dei singoli tipi di questioni, nel suo editto annuale. Nonostante che il nuovo modo di esercizio dell'azione in giudizio fosse facoltativo (ed invero soltanto la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a.C. lo rese largamente obbligatorio), le *legis actiones* rapidamente decaddero, tanto che nell'ultimo secolo della repubblica esse erano ormai poco più di un ricordo.

9.7.3. 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*, al rango onorifico che insigniva tutti i

---

9.7.2. Anche nella prassi della pretura urbana si crearono gli svariati « precedenti », cui il pretore non poteva fare a meno di guardare quando si trovasse a dover regolare 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* » perché emessi per la durata di un anno, ma che divennero poi « *tralaticia* » perché ogni pretore, assumendo la carica, usava confermare gli editti dei suoi predecessori, aggiungendovi al più qualche nuovo elemento e facendovi solo piccolissimi ritocchi. Nonostante che il pretore non fosse tenuto ad osservare le promesse dei suoi editti (un richiamo ad attenervisi fu operato 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.

9.7.3. La funzione del *ius honorarium* è scolpita in Pap. D. 1.1.7.1: *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem* (corr.: *ab honore*) *praetorum sic nominatum.*

magistrati giusdicenti (pretori, edili, magistrati provinciali). Esso fu un sistema assai più ampio di quello del *ius civile novum*, che era essenzialmente limitato a certi rapporti obbligatorî a fonte contrattuale, e rispecchiò, praticamente, tutto il diritto civile, ma in una maniera assolutamente nuova e diversa, quasi come una immagine deformata, e senza mai contaminarne i principî. Ancora alla fine della repubblica il diritto vero e proprio di Roma era il *ius civile Romanorum*, di fronte al quale il *ius honorarium* (che oltre tutto, ben raramente era definito dai giuristi in questi termini, cioè come *ius*) 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 però, in pratica, i soli cui i magistrati *ius dicentes* consentissero di dare applicazione in tribunale.

9.7.4. Del *ius honorarium* la fonte materialmente visibile fu, naturalmente, il cd. « *edictum perpetuum* », che ciascun magistrato pubblicava all'inizio dell'anno di carica per preannunciare i criterî cui si sarebbe attenuto nell'amministrazione della giustizia. In realtà l'*edictum* fu piuttosto una fonte di cognizione, che non una fonte di produzione del *ius honorarium*, perché il vero fondamento dell'amministrazione della giustizia era pur sempre costituito dal concreto provvedimento del magistrato. D'altra parte, i magistrati giusdicenti erano liberi, quando si presentasse un caso non previsto dal loro *edictum perpetuum*, di risolverlo in base a un « *edictum repentinum* » (emesso in corso di anno) o su decisione autonoma del caso stesso (« *decretum* »).

9.7.4. Si formarono, con l'andar del tempo, almeno quattro tipi di *edicta* giurisdizionali: l'« *edictum praetorium* » del *praetor urbanus*, che preannunciava i criteri che avrebbe seguito questo magistrato nella risoluzione delle controversie fra cittadini in Roma; 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; l'« *edictum aedilium curulium* », che preannunciava i criteri cui si sarebbero attenuti questi magistrati nell'amministrazione cittadina e nella risoluzione delle contestazioni che sorgevano entro i mercati cittadini; l'« *edictum provinciale* » di ogni singolo governatore delle *provinciae* (magistrato o promagistrato), che preannunciava i criteri cui si sarebbe attenuto ciascuno di questi *praesides* nel regolamento delle liti tra Romani in provincia. — Una ricostruzione approssimativa dell'*edictum* (*praetoris* e *aedilium*) nella sua formulazione classica (II sec. d.C.) è stata operata egregiamente da Lenel, *Das Edictum perpetuum*[3] (1927). — *Amplius* su questi temi: Guarino, *L'editto edilizio e il diritto onorario*, in *Labeo* 1 (1955) 295 ss., *Ancora sull'editto edilizio*, in *Labeo* 2 (1956) 352 ss. (ora in *L'ordinamento*, con postilla, 310 ss.), *Gaio e l'« edictum provinciale »*, in *Iura* 20 (1959) 154 ss., *La formazione dell'editto perpetuo*, in *ANRW*. 2.3 (1976).

9.8. Al fondo del vivace processo di trasformazione giuridica 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 giureconsulti fu però quello stesso della classe dirigente, la « *nobilitas* », perché 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 interpreti del diritto, ma elementi attivi dell'evoluzione giuridica, sopra tutto come magistrati giusdicenti e come loro consiglieri. Anche nella *iuris interpretatio* la giurisprudenza laica repubblicana esercitò, entro certi limiti, 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*. Da ricordare, tra gli altri, i nomi di due eminenti giuristi del sec. I a.C., largamente citati dai successori: Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo.

10. Il diritto romano classico.

10.1. Il periodo classico del diritto romano corrisponde a quello della *respublica* romano-universale e del relativo re-

---

9.8. Sulla giurisprudenza preclassica: Guarino, *Storia* n. 148-154. — Giuristi dei sec. III-II a.C.: Appio Claudio Cieco (censore nel 312 a.C.); Sesto Elio Peto Cato (console nel 198), autore di un'opera detta *Tripertita*, nella quale commentò per primo le Dodici tavole; 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; P. Mucio Scevola (console nel 133). — 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, sembra, 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 Ser. Sulpicio Rufo. Q. Mucio Scevola, console nel 95 a.C., fu eminente caposcuola e scrisse *libri XVIII iuris civilis*, ammiratissimi in tutto il mondo antico. 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*. Servio contrastò vivacemente le dottrine di Quinto Mucio Scevola e scrisse anche una silloge intitolata *reprehensa Scaevolae capita* (o *notata Mucii*). La sua opera, e quella della sua scuola, fu raccolta in 140 libri dal discepolo Aufidio Namusa.

10.1. Sul periodo classico, *amplius*: Guarino, *Storia* n. 155-233 e bibl. n. 330; panorama delle fonti di cognizione in Guarino, *L'esegesi* cit. 405 ss.

gime 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).

10.2. 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. 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.

10.2.1. Quanto al governo della *respublica* romano-universale, si trattò pur sempre di un governo democratico, ma a regime fortemente

---

10.2. Sulla *respublica* universale: Guarino, *Storia* n. 166-191. Per effetto della sempre più estesa concessione della cittadinanza romana agli abitanti dell'impero la *respublica* perse progressivamente il suo volto caratteristico e passò ad essere sempre più chiaramente concepita come la consociazione politica generale di tutti i popoli amministrati da Roma, indipendentemente dalla loro nazionalità specifica ed in contrapposto ai popoli incivili o comunque antiromani, stanziati fuori dei confini dell'*imperium Romanum* e denominati « *exterae gentes* » o « *barbari* ».

10.2.1. La struttura di governo della *respublica* universale fu caratterizzata dal dualismo dei vecchi organismi repubblicani (*comitia, magistratus, senatus*) con la figura del *princeps*, al quale faceva capo tutta una propria e particolare organizzazione amministrativa, tratta principalmente dall'*ordo equester*. — Il *princeps* basò la sua posizione di preminenza costituzionale nel sistema politico romano (costituito dalla *respublica* e dall'*imperium*) su due poteri speciali concessigli, almeno formalmente, per deliberazione delle assemblee repubblicane: anzi tutto, la « *tribunicia potestas* » (elargitagli a vita dai *concilia plebis*), che consisteva nel potere di *intercessio*, analogo a quello dei *tribuni plebis*, contro tutti gli atti dei magistrati repubblicani, senza tuttavia il pericolo di soffrire per converso l'*intercessio* dei *tribuni*; secondariamente, l'« *imperium proconsulare maius et infinitum* » (concesso per un limitato numero di anni ma regolarmente rinnovato dai *comitia centuriata*), che consisteva 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*

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* ».

10.3. Nel periodo classico i vecchi sistemi giuridici tipicamente repubblicani, con le relative fonti di produzione, rimasero formalmente in vita, ma persero rapidamente, 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 incapace di nuovi sviluppi, di Roma.

---

garantiva efficacemente al *princeps* 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. — Le *provinciae* dell'*imperium Romanum* si distinguevano in: « *provinciae senatoriae* » (o « *populi Romani* »), amministrate da pro-magistrati repubblicani (« *proconsules* ») sottoposti però 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 la qual circostanza il *princeps*, a scanso di ogni incomodo intermediario, veniva ad avere il comando diretto sulla parte più scelta e agguerrita delle truppe. — Una importante conseguenza del dualismo di strutture governative che caratterizzò il *principatus* fu la formazione, accanto al patrimonio pubblico tradizionale (« *aerarium populi Romani* » o « *aerarium Saturni* »), di un patrimonio semi-pubblico, denominato *fiscus Caesaris*. Inizialmente esso fu considerato come patrimonio privato del *princeps*, ma l'estensione dei poteri di costui finì per determinarne l'assimilazione all'*aerarium Saturni*, dal quale rimase però, durante il periodo classico, sempre formalmente separato.

10.3. Sul *ius vetus*, in contrapposto al *ius novum*, cfr.: Guarino, *Storia* n. 199-206. In particolare, si esaurirono sia la legislazione che l'attività sostanzialmente normativa dei magistrati giusdicenti. 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 giusdicenti, 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 finirono, pertanto, per cristallizzarsi in testi stabili e praticamente immutabili, in ordine ai quali si parlò di « *edictum perpetuum* » nel senso pregnante della parola, cioè come di un editto perdurante senza limiti di tempo: sì che 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. Cfr.: Guarino, *L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto* (1953), *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi* (1951), ora entrambi in *L'ordinamento* cit. 396 ss., 425 ss., *Opinioni codificate?*, in *Labeo* 1 (1955) 201 s., nonché, da ultimo, *La formazione dell'editto perpetuo* cit. *passim*.

10.3.1. Solo il *senatus* conservò, tra le istituzioni repubblicane, una rimarchevole vitalità di fronte all'invadenza del *princeps*. Fu appunto perciò che, nel declino registrato dall'attività legislativa delle assemblee e dell'attività giurisdizionale innovatrice dei magistrati giusdicenti, i « *senatus consulta* » acquistarono addirittura valore sostitutivo delle *leges publicae*, divennero cioè fonti di produzione del diritto. Ma i *principes* non tardarono a corrompere anche quest'ultima manifestazione delle autonomie repubblicane. A partire dagli inizi del sec. II d.C., mentre divenne sempre più raro il caso che un *magistratus* repubblicano si rivolgesse per pareri al senato, divenne dapprima frequente e poi addirittura costante la prassi che i *consulta* li chiedessero gli stessi *principes* mediante una *oratio*. Ne conseguì che l'orazione tenuta dal principe in senato (« *oratio principis in senatu habita* ») divenne il solo e il vero elemento determinante di ogni *senatusconsultum*, cioè una forma indiretta di costituzione imperiale: ciò perché il senato, ovviamente, non negò mai la sua approvazione all'*oratio* e ridusse la sua attività alla acclamazione delle proposte del *princeps*.

10.4. L'azione direttiva della vita giuridica da parte dei *principes* (e dei funzionari da essi dipendenti) si fece, sopra tutto a partire da

---

10.3.1. I *senatusconsulta* constavano di quattro parti: la « *praescriptio* », contenente la indicazione della data e del luogo del senatoconsulto, quella dell'atto; la « *senatus sententia* », composta di due elementi: la « *relatio* » del magistrato proponente (o l'« *oratio* » del *princeps*) e il « *decretum* » (cioè la decisione) del senato; l'indicazione dell'esito positivo della votazione (espresso dalla parola « *censuere* »); 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 e su pietra per conferirgli notorietà.

10.4. Per le *constitutiones principum* ed i tentativi di giustificazione del loro valore normativo da parte della giurisprudenza classica, cfr. Gai 1.5: *Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.* Gaio omette di parlare dei *mandata* e dei veri e propri *rescripta*, ma quel che rileva è il suo sforzo di giustificare costituzionalmente le *constitutiones* col fatto che i *principes* ripetono il loro potere dalle assemblee repubblicane: giustificazione, peraltro, di evidente debolezza. — Gli *edicta* imperiali erano, formalmente e sostanzialmente, atti emanati dai *princeps* in base al loro *imperium proconsulare maius*. Essi enunciavano i criteri cui gli imperatori desideravano si attenessero i magistrati delle province, 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* »). — I *mandata* erano istruzioni impartite dal *princeps* ai funzionari da lui direttamente dipendenti circa il modo come dovessero 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

Adriano (117-138 a.C.), ancora più scoperta ed evidente attraverso i sempre più frequenti e diretti interventi nella regolamentazione della cosa pubblica e privata e nella decisione, al di fuori delle procedure e delle competenze del c.d. *ordo iudiciorum* (*publicorum* e *privatorum*), delle cause criminali e delle controversie private. 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 delle regole del *ius vetus*. I loro modi di manifestazione si dissero *constitutiones principum* (o « *principales* ») e consistettero essenzialmente in quattro tipi: « *edicta* », « *mandata* », « *rescripta* », « *decreta* ».

10.4.1. 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 il nome di « *ius novum* ». Nucleo prin-

---

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, dai mandati imperiali venne riconosciuto nel mondo giuridico il *testamentum militis*, atto testamentario scevro di forme, concesso, per speciale privilegio, ai soldati. — 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: da un lato, 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* »); dall'altro lato, i « *rescripta* » veri e propri (o « *subscriptiones* »), annotazioni di risposta in calce a richieste di parere (*libelli*), 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 potessero prenderne visione). I *rescripta*, come i *responsa* dei giuristi, erano indubbiamente relativi a fattispecie concrete, ma avvenne sempre più spesso che essi introdussero modificazioni giuridiche, le quali, una volta conosciute dal pubblico, fecero testo e furono costantemente rispettate nei casi simili o analoghi. — I *decreta* erano le sentenze emanate dal *princeps* « *extra ordinem iudiciorum* », cioè senza rispetto delle forme della procedura ordinaria (formulare), su richiesta delle parti o anche di pubblici funzionari, sia in primo grado sia in sede di appello: in questo secondo caso essi potevano riformare 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.

10.4.1. Sul *ius novum*: Guarino, *Storia* n. 207-213. Esso non abrogò il *ius vetus*, di cui rimasero formalmente intatti i due ceppi fondamentali del *ius civile* e del *ius honorarium*, ma piuttosto lo esautorò, rendendolo inoperante ovunque introducesse i propri principî innovatori. Si ripeté, in altri termini, il fenomeno verificatosi qualche secolo prima allorché il *ius honorarium* esautorò il *ius civile*. 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.

cipale di esso fu l'insieme delle fonti giuridiche *extra ordinem* (cd. « *ius extraordinarium* »); ma non si trattò del nucleo esclusivo, perché *ius novum* fu tutto quanto venne ad affermarsi, su iniziativa dei *principes*, sia pure in forme giuridiche repubblicane (per esempio, i *senatusconsulta*), a titolo di progresso e di modificazione rispetto ai principî tradizionali.

10.5. 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*. Questi risultati furono raggiunti in due fasi successive e ben identificabili. In una prima fase, che si chiude con la morte di Traiano (117 d.C.), i giuristi lavorarono ancora, sebbene sempre più debolmente, lungo la direttrice segnata dalla giurisprudenza preclassica, prediligendo l'attività casistica e curando meno la rimeditazione sistematica degli istituti. In una seconda fase, che si apre con Adriano, 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*. 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 ».

10.5.1. Nella prima fase della sua evoluzione classica, la giurisprudenza romana basò la sua relativa autonomia sull'istituto del « *ius pu-*

10.5. Sulla giurisprudenza classica: Guarino, *Storia* n. 214-231. — In ordine all'ultimo sessantennio si è parlato di periodo quasi-classico, di età pre-post-classica (« früh-nachklassiche Zeit »), giungendo ad individuare una sorta di anticipazione della giurisprudenza postclassica nell'attività scolastica elementare dei classici, e quindi segnatamente in Gaio. Cfr., però, in senso nettamente critico: Guarino, *Il classicismo dei giuristi classici*, in *Scr. Jovene* (1954) 227 ss.

10.5.1. Sul *ius publice respondendi*: Guarino, *Storia* n. 200, e, *amplius*, *Il « ius publice respondendi »*, in *RIDA*. 2 (1949) 401 ss. (anche in *L'ordinamento* cit. 438 ss.). — I due testi fondamentali sono: D. 1.2.2.48-49 (Pomp. *sing. enchir.*): *Ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut*

blice respondendi », che fu introdotto da Augusto e meglio disciplinato da Tiberio. Il *ius publice respondendi* era una sorta di patente di buon giurista concessa (piuttosto 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, ed è ovvio che la concessione del privilegio a giuristi di fiducia costituiva per i *principes* un modo indiretto, ma efficace per influenzare lo sviluppo del diritto. Nella fase adrianea l'istituto comunque decadde di pari passo col venir meno di ogni autonomia della giurisprudenza.

10.6. L'attività giurisprudenziale del periodo classico ci è abbastanza largamente documentata, sebbene in testi frammentari, spesso formalmente scorretti, talvolta anche sostanzialmente alterati, dalle compilazioni giuridiche dell'età postclassica e da poche trascrizioni (non peraltro sicuramente fedeli) sempre di derivazione postclassica. L'economia del presente discorso non concede in argomento se non brevissimi cenni.

10.6.1. Il punto di contatto e di transizione tra la giurisprudenza repubblicana e quella classica stette in una famosa scissione fra due

---

sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet. Gai 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.*

10.6. Le forme letterarie, in cui l'attività della giurisprudenza classica si espresse nelle diverse fasi, furono: opere di casistica; opere di commento; opere monografiche; opere elementari. Opere di casistica furono: i « *responsa* », raccolte di responsi emanati dai singoli giuristi, ordinate sistematicamente secondo schemi empirici, ma divenuti col tempo rigorosamente tradizionali; le « *quaestiones* », raccolte di decisioni su fattispecie ipotetiche, discusse tra maestro e discepoli a titolo di esercitazione; le « *disputationes* », opere analoghe alle precedenti; i « *digesta* », raccolte sistematiche complessive di *quaestiones* e di *responsa*. Opere di commento furono: i « *libri iuris civilis* », commenti ai principî del *ius civile*, ordinati secondo schemi tradizionali; 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;* i « *libri ad edictum* » (*praetoris urbani, aedilium curulium, provinciale*), ordinati secondo lo schema degli editti commentati; i *libri* di commento specifico a leggi, senatoconsulti e costituzioni imperiali. Opere monografiche furono delle trattazioni brevi (spesso *libri singulares*, perché 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.). Opere elementari, scritte a fine didattico o riassuntivo, furono: le « *institutiones* », a carattere sistematico; le « *sententiae* », le « *regulae* », i « *manualia* » ed altri florilegi del genere.

10.6.1. Furono giuristi della scuola sabiniana, oltre Capitone: Sabino, Cassio, Giavoleno. — Massurio Sabino visse sino a Nerone; scrisse tre libri *iuris*

giuristi dell'epoca augustea, Caio Ateio Capitone e Marco Antistio Labeone. Le loro divergenze personali, a sfondo anche politico, portarono alla formazione di due opposti partiti (« *sectae* ») 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 delle 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'attività di questi due giuristi che le due scuole presero consistenza.

10.6.2. Le divergenze tra le due scuole dei Sabiniani e dei Proculiani furono sopite, nell'età tra Adriano e Antonino Pio, dalla personalità di Salvio Giuliano, forse il massimo giurista romano. Giuliano, africano di origine, fu allievo di Giavoleno Prisco, cui succedette nella direzione della scuola sabiniana. Nei 90 libri di *digesta*, che costituirono la sua opera fondamentale, egli trattò e adeguò ai tempi tutto

---

civilis (resi famosi dai commentari dedicativi da giuristi posteriori), un commento *ad edictum praetoris* e altre opere minori (*liber singularis de furtis, libri ad Vitellium*). — C. Cassio Longino, discepolo di Sabino, occupò importanti cariche politiche sotto Caligola e sotto Claudio, cadde però in disgrazia di Nerone, dal quale fu mandato in esilio, donde lo chiamò Vespasiano; scrisse un'opera di diritto civile in quindici libri e alcuni altri libri di *responsa*. — Giavoleno Prisco, capo della scuola sotto Traiano, scrisse 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 perché con essa la scuola sabiniana cominciò a perdere il suo carattere esclusivista) e qualche altra opera in cui riassume gli scritti di giuristi che lo precedettero. — Furono giuristi della scuola proculiana, oltre Labeone: Proculo, Celso, Nerazio. — Proculo, coevo di Sabino, fu giurista di larga rinomanza; scrisse delle *notae* ai *posteriores* di Labeone e un'opera in almeno undici libri, intitolata *epistulae*. — Giuvenzio Celso figlio, giurista di larga cultura, occupò cariche pubbliche durante il principato di Adriano; scrisse 39 libri di *digesta*, 11 libri di *epistulae*, 7 libri di *commentarii* e 12 libri di *quaestiones*. — Nerazio Prisco, contemporaneo di Giuvenzio Celso, visse sotto Traiano e sotto Adriano e coprì molte cariche pubbliche; scrisse 15 libri di *regulae*, due raccolte di responsi, intitolate *membranae*, nonché alcune altre opere di minore importanza.

10.6.2. Su Salvio Giuliano: Guarino, *Storia* n. 226, nonché, *amplius*, *Salvius Iulianus, Profilo bio-bibliografico* (1946, rist. in *Labeo* 10 [1964] 364 ss.) e *Alla ricerca di Salvio Giuliano*, in *Labeo* 5 (1959) 67 ss., *Spunti sul metodo di Giuliano*, in *Labeo* 12 (1966) 393 ss. Altre opere di Giuliano: 6 libri *ad Minicium*, 4 libri *ad Urseium Ferocem*, un *liber singularis de ambiguitatibus*.

lo scibile del diritto, fissandolo in un assetto stabile, se non definitivo, che influì potentemente sulla riflessione giuridica successiva.

10.6.3. Nell'età degli Antonini (138-192 d.C.) la giurisprudenza classica, superata la divergenza delle scuole, toccò il massimo della

---

10.6.3. Sesto Cecilio Africano, 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*. — Sesto Pomponio, contemporaneo di 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 avuto il *ius respondendi*. Pomponio scrisse un commento all'editto pretorio in 150 libri, un'opera in 33 o 39 libri *ad Quintum Mucium*, 35 o 36 libri *ad Sabinum*, 20 libri di *epistulae*, 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*). — Gaio, 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, e 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 dunque giurista di eccezionale valore, ma fu espositore 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. — Ulpio Marcello visse durante l'età degli Antonini e svolse la sua attività di giurista sopra tutto sotto Marco Aurelio. La sua opera principale sono i 32 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*. — Q. Cervidio Scevola, giurista valente, esplicò soprattutto la sua attività dal 165 al 196. Fu molto stimato da Marco Aurelio ed ebbe il *ius respondendi*. Scrisse 40 libri di *digesta*, 6 di *responsa*, 20 di *quaestiones*, 4 di *regulae*. — Emilio Papiniano, di origine probabilmente siriaca, pare sia stato condiscepolo di Settimio Severo, al quale fu forse anche unito da vincoli di affinità e dal quale fu nominato prefetto del pretorio. Caduto in disgrazia di Caracalla, fu trucidato per ordine di questi. Tra i suoi scritti, 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. — 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). 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. — Domizio Ulpiano, proveniente da Tiro, in Fenicia, esercitò la sua attività di scrittore sopra tutto durante il regno di Caracalla. 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*. — Erennio

fioritura, con le figure di Cecilio Africano, Sesto Pomponio, Gaio, Ulpio Marcello, Cervidio Scevola. Nell'età dei Severi (193-235 d.C.) si ebbero giureconsulti meno brillanti della età precedente, ma fecondissimi. Primeggiano in questa schiera: Emilio Papiniano, Giulio Paolo, Domizio Ulpiano e Erennio Modestino.

11. Il diritto romano postclassico.

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

11.2. Dell'organizzazione politica romana in età postclassica può dirsi, in generale, che rappresentò l'esautoramento praticamente completo della *respublica*, a tutto vantaggio dell'*imperium* dei *principes*. Il preponderare dell'*imperium* sulla *respublica* determinò il deciso evolversi della costituzione statale verso il sistema dell'*imperium Romanum* assolutistico, vale a dire della subordinazione di tutti e di tutto alla direzione, incontrollabile e indiscutibile, degli *imperatores*.

11.2.1. La «*respublica*» non fu mai abolita, ma le vestigia della sua struttura di governo si ridussero al mantenimento, a titolo di cariche

---

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*. — 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.

11.1. Sul periodo postclassico, *amplius*: Guarino, *Storia* n. 234-280 e bibl. n. 331; panorama delle fonti di cognizione in Guarino, *L'esegesi* cit. 461 ss.

11.2. Sulla costituzione assolutistica del cd. «Basso Impero»: Guarino, *Storia* n. 242-250. — In ordine alla storia dell'assolutismo romano, va detto che, pur se quali precursori dell'assolutismo imperiale possono essere ravvisati, nel sec. II d.C., Commodo o addirittura Adriano, è pacifico che il fondatore del nuovo stato fu Diocleziano (285-304), col suo sistema della tetrarchia: due *Augusti* (uno per l'Occidente e l'altro per l'Oriente) fiancheggiati da due *Caesares*, da essi stessi designati come successori *in pectore*. L'opera di Diocleziano fu perfezionata e in parte corretta da Costantino I, sopra tutto quando questi cessò di spartire il potere con Licinio e regnò solo (324-337 d.C.): nel quadro dell'abbandono delle tradizioni pagane e del riconoscimento del cristianesimo, l'imperatore unico assunse nel modo più aperto l'aspetto del despota legittimato al potere dall'appartenenza a una dinastia. Questa situazione si indebolì nelle mani dei successori di Costantino, ma fu rivivificata da Teodosio (379-395), che l'imperatore Valentiniano II (375-392) si era associato al potere come monarca della *pars Orientis*. Ormai, però, il destino dell'Impero era segnato; la definitiva scissione era fatale, e si verificò, infatti, alla morte di Teodosio I. I due figli di questi, Arcadio e Onorio, si attribuirono a titolo autonomo e indipendente il dominato rispettivo delle due parti. La situazione durò immutata fino a Giustiniano I (527-565) e, dopo l'effimero tentativo di riunificazione operato da questi, nei secoli seguenti.

11.2.1. Dell'organizzazione repubblicana postclassica me-

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 sorte 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*).

11.2.2. L' « *imperium* », che già nel periodo classico aveva trovato il suo supremo titolare nel *princeps*, fu la formula in cui si risolse, nel

---

rita di essere ricordato che il *senatus* (e, con Costantino, i due *senatus*) era composto di due categorie di *senatores*: quelli effettivi, che partecipavano alle sedute e alle votazioni, e quelli onorari, che erano insigniti soltanto del titolo. La dignità di senatore era ereditaria, ma il novero dei *senatores* era di continuo aumentato dalle nomine imperiali: si trattava, infatti, pur sempre di cariche molto ambite, sia per il prestigio formale del senato (detto generalmente *amplissimus ordo, nobilissima curia, sacratissimus coetus*, ecc.) e sia per le non indifferenti esenzioni fiscali cui esse davano titolo. A parte le funzioni amministrative (comprensive della potestà di designare i *praetores* e i *quaestores*, che all'imperatore spettava peraltro di confermare), il *senatus* aveva la prerogativa (riconosciutagli da Valentiniano III e da Teodosio II, nel 426 d.C.) di partecipare alla preparazione delle leggi in una col *consistorium sacrum*: ma si trattava di partecipazione puramente formale e *ad sollemnitatem*. Quanto ai *consules*, essi erano due per anno, uno per l'Oriente ed uno per l'Occidente, di nomina imperiale: gli imperatori, che spesso si erano arrogati il titolo per singoli anni, finirono per attribuirselo a vita (come *consules perpetui*).

11.2.2. L'organizzazione imperiale aveva il suo vertice e il suo fulcro nell'*imperator* (o negli *imperatores*), la cui supremazia non era più legata al sommo comando civile e militare, ma derivava da una posizione ritenuta ancora più alta e distaccata. L'*imperator* era *sacer, sacratissimus, divinus*, viveva chiuso nei suoi palazzi ed ammetteva solo pochi ed altissimi dignitari al suo cospetto. Da lui dipendevano la « *militia armata* », cioè l'esercito, e la « *militia palatina* » (o « *cohortalis* »), cioè la burocrazia civile: ambedue gerarchicamente ordinate. I più alti gradi della gerarchia civile erano costituiti dai seguenti funzionari: il « *magister officiorum* », sorta di segretario di stato, cui erano subordinati gli *scrinia* o dicasteri *ab epistulis, a libellis, a memoria, dispositionum*, le guardie di palazzo (« *scholae palatinae* »), la polizia politica (« *agentes in rebus* »), il cerimoniale (« *officium admissionum* »); il « *quaestor sacri palatii* », supremo consigliere giuridico dell'imperatore; il « *comes sacrarum largitionum* », ministro del tesoro; il « *comes rerum privatarum* », amministratore del patrimonio imperiale; il « *praepositus sacri subiculi* », con funzioni di ciambellano e maestro di palazzo. L'impero era territorialmente diviso in quattro « *praefecturae* » (*Oriens, Illyricum, Italia, Gallia*) comandate ciascuna da un *praefectus praetorio* e ripartite in diocesi e, subordinatamente, in province. — Di tutta questa complessa organizzazione fornisce preziosa testimonianza la « *Notitia dignitatum omnium tam civilium quam militarium in partibus Orientis et Occidentis* »: un documento dei primi del sec. V d.C. conservato in un *Codex Spirensis* oggi perduto (edizioni del Böcking [1839-1853] e del Seeck [1876; rist. 1962]). — 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 stretto compendio di beni liberamente disponibili; le « *res publicae* », vincolate alla destinazione all'uso pubblico. — 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.

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*, furono cioè gli arbitri indiscussi delle sue sorti. Tuttavia non mancò di distinguersi 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.

11.3. La conseguenza di questo nuovo assetto politico fu, nel campo del diritto, il completo inaridimento delle vecchie fonti repubblicane (*leges publicae, senatusconsulta, edicta magistratuum*, ecc.) e la fine della vecchia attività giurisprudenziale a carattere individualistico, cioè pubblicamente esercitata 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.

11.3.1. Fonte esclusiva ed autonoma del *ius novum* imperiale fu considerata, nel periodo postclassico, la volontà del *princeps*: esclusiva,

---

11.3. Il dualismo *ius vetus-ius novum* si risolve, in taluni testi postclassici, nella contrapposizione del « *ius* » o dei « *iura* » (nel senso di: scritti della giurisprudenza classica) alle « *leges* » (o *constitutiones*). Cfr. CI. 7.65.5 (= CTh. 11.36.25) (*Valens Gratianus et Valentinianus*, a. 378): *Ab exsecutione appellari non posse satis et iure et constitutionibus cautum est rell.* Sulle orme del Savigny, la dottrina romanistica è solita dare al dualismo una portata generale, che esso probabilmente non ebbe. — Forse i monumenti dell'antica sapienza giuridica sarebbero, in questa nuova sistemazione 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, spesso denominati antonomasticamente essi stessi *iura*. 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 quest'uso. Non solo furono forse falcidiati in occasione della trascrizione, ai fini della loro conservazione, dai « rotoli » in « codici », avvenuta probabilmente intorno alla fine del III secolo (v. *infra* nt. 11.5.3.). Non solo li corruppero la facile incomprensione e la involontaria superficialità di coloro che li adoperarono, e adoperandoli 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.

11.3.1. Circa l'oggetto e il tipo delle *constitutiones*, 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,

perché a nessun altro organo od ente era permesso di « *iura condere* », salvo che per sua delega; autonoma, perché l'*imperator*, libero dal rispetto di ogni ordine precostituito, non ripeteva il suo potere supremo da nessun potere umano, né era tenuto a renderne conto a qualsivoglia potere terreno.

---

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. — *Leges generales*, non tutte della stessa ampiezza, furono: le « *orationes ad senatum* » lette al senato (di Roma o di Costantinopoli) da un funzionario di grado superiore, allo scopo di rendere pubbliche delle norme valevoli 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 trasformare in propri *edicta*, valevoli nell'ambito della rispettiva *praefectura;* gli *edicta* diretti a funzionari di corte, perché facessero applicazione dei dettami in essi espressi nelle materie di loro competenza. — *Leges speciales* (o comunque non *generales*) furono: i « *rescripta* (*ad relationem vel ad consultationem emissa*) », con cui 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* », forme più spedite di risoluzioni, sovente emesse per concedere *beneficia* a singoli; le « *pragmaticae sanctiones* » (o *pragmaticae formae, leges*), altre forme sommarie (ma rivestite di una certa solennità) di risoluzioni, 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. — Quanto alla applicabilità territoriale delle costituzioni, è chiaro che il problema non sorgeva per le *leges speciales* e per quelle *leges generales* che fossero espressamente limitate dal riferimento a determinate prefetture o province. È discusso, invece, se le *leges generales* prive di limitazioni esplicite si applicassero a tutto l'impero allorquando fossero state emanate dall'*Augustus* di una sola *pars Imperii*. Probabilmente, solo con la 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*, né poteva emanare *leges* applicabili al di fuori del proprio dominato. 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 stato. 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, cercarono di consolidare il sistema della recezione, prescrivendo che per l'avvenire le *leges* emanate in una sola delle due *partes* dovessero essere comunicate all'altro imperatore per ricevere esecuzione anche da questo. Ma la disposizione rimase lettera morta. — Quanto, infine, alla vigenza temporale delle *leges* imperiali, si affermò facilmente il principio che le *leges generales* avessero valore in perpetuo, finché non fossero state esplicitamente o implicitamente abrogate da altre *leges generales*. Per le *leges speciales*, invece, non solo se ne escluse l'applicabilità ai 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 dovevano essere rinnovate o almeno implicitamente confermate dal successore.

11.3.2. 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 interpres legis, solus imperator iuste existimabitur* », disse Giustiniano. 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.

11.4. L'assolutismo di governo fu la più appariscente, ma non la sola causa dello svolgimento postclassico del diritto romano. Accanto

---

11.3.2. L'assolutismo imperiale non poteva non segnare il trionfo della *cognitio extra ordinem*. La decadenza sempre più accentuata della procedura formulare fu coronata, nel 342, dalla sua definitiva abolizione, sancita dagli imperatori Costanzo 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 principî tradizionali del *ius vetus*, ma secondo nuovi e non sempre coerenti criteri. Il che permise la subdola infiltrazione, sotto la veste del *ius novum*, di regole aberranti o addirittura straniere nell'ordinamento giuridico romano.

11.4. Sulla identificazione delle varie cause dell'evoluzione postclassica i romanisti sono, approssimativamente, tutti d'accordo. L'accordo vien meno quando si tratta di stabilire una graduazione tra i diversi elementi. Gli orientamenti principali sono, al riguardo, tre: *a*) l'orientamento « ellenistico » (in passato di gran lunga prevalente, ma ancor oggi notevolmente diffuso), che conferisce il massimo peso al fattore ellenistico e qualifica pertanto il periodo postclassico come « romano-ellenico » o addirittura come « bizantino »; *b*) l'orientamento « autonomistico », secondo cui il diritto romano privato non subì mai gravi inquinamenti di carattere sostanziale, ma fu sottoposto, in età postclassica, solo a notevoli rimaneggiamenti formali, allo scopo di essere adeguato alla nuova situazione politica ed alla *cognitio extra ordinem* ormai imperante; *c*) l'orientamento « volgaristico », secondo cui la precipua forza evolutrice e corruttrice del diritto romano fu il cd. « volgarismo » occidentale e orientale. Il nostro pensiero è che vi sia della esagerazione unilateralistica in tutti e tre gli accennati orientamenti: il peso maggiore va invece attribuito all'involuzione autocratica della costituzione statale. — 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 calmiere per i generi di prima necessità, sia stabilendo tributi sempre più numerosi 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. — Il Cristianesimo

ad esso intervennero, in maggiore o minor misura, altri fattori: la nuova situazione sociale ed economica, la riforma del processo giurisdizionale, il cristianesimo, l'ellenismo, una forte involuzione dello spirito giuridico. Tutti questi elementi non furono complementari tra

---

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 (« *episcopalis audientia* »). 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 principî giuridici romani vennero, quindi, a corrompersi, in una misura che ancora non si è riusciti ad accertare con piena sicurezza. — 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 abbiamo già detto, 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 strutture 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 vesti romane. Mentre gli imperatori fino a Diocleziano combatterono 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. — L'involuzione dello spirito giuridico fu la conseguenza immediata della fine delle libertà democratiche e fu, nel contempo, la manifestazione esteriore inevitabile di tutta la decadenza postclassica. La classe dei giurisperiti decadde. Essi non si sentirono né 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 isolare i valori giuridici dalle valutazioni approssimative del cd. « senso comune ». 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 giudiziaria e stragiudiziale 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.

loro, avviando cioè il diritto romano verso un'unica direzione. Esse esercitarono invece spesso 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, sino 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 apparato 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, pur dettata da impellenti esigenze pratiche, di forti tendenze tradizionalistiche e addirittura, talvolta, di gusto arcaicizzante.

11.5. La giurisprudenza postclassica, priva ormai di ogni pratica possibilità di autonomia di giudizio, fu forse il settore che maggiormente denunciò i segni della decadenza postclassica. Tuttavia ciò non significa che essa, sopra tutto a fini pratici (cioè di difesa giudiziale e di assistenza negoziale), non abbia attivamente lavorato. Di lavoro ne svolse anzi moltissimo, ed in modi sensibilmente diversi tra la parte occidentale e quella orientale.

11.5.1. *In partibus Occidentis* la giurisprudenza esercitò, sin verso l'età di Costantino (prima metà del sec. IV d.C.), una notevole atti-

---

11.5. Sulla giurisprudenza postclassica: Guarino, *Storia* n. 255-256. — 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 (CTh. 1.4.3). 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.

11.5.1. Sulla giurisprudenza occidentale postclassica sintomatica è la testimonianza di NovTh. Valent. 32.6 (a. 451): *Et causidicos et iudices defuisse hodieque gnaros iuris et legum aut raro aut minime repperiri.* L'unica scuola di di-

vità di aggiornamento, e quindi di modificazione, delle opere classiche, di cui apprestò numerose edizioni rivedute, nonché sintesi, estratti e raccolte a mosaico. Più tardi, essa degradò rapidamente verso una attività, ancora più modesta, di crestomazie utilitarie e di sunterelli scolastici, sino a divenire praticamente inconsistente, o comunque ininfluente, nel V secolo. I risultati di questa situazione furono: nella prima fase, la corruzione più o meno cosciente, comunque raramente di carattere sostanziale e innovativo, degli scritti giurisprudenziali classici; nella seconda fase (quella postcostantiniana), l'oblio di quegli scritti, ormai quasi integralmente sostituiti da *epitomae* scolastiche e da modestissime *interpretationes* ad uso pratico.

11.5.2. *In partibus Orientis* la giurisprudenza, al contrario, divenne sempre più attiva e vivace man mano che andò affermandosi l'impero di Bisanzio. Centri propulsori ne furono le scuole di Berito (fondata già nel II 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 essi 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, in modo sostanziale e innovativo, con la sua intensa attività, il diritto romano dell'epoca classica.

11.5.3. A prescindere dalla accennata distinzione di sostanza tra giurisprudenza occidentale e giurisprudenza orientale, le forme princi-

---

ritto 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 centri di minimo conto e di scarsissima autorità, o era addirittura negletto.

11.5.2. Sulla giurisprudenza orientale postclassica: Guarino, *La compilazione dei « Digesta Iustiniani »*, in *ANA*. 79 (1968) 527 ss., *« Vulgarismus » e « Textstufen »*, in *Labeo* 9 (1963) 376 ss.

11.5.3. In ordine al problema del numero, della età e del valore delle alterazioni ai testi classici, si ritiene, oggi, generalmente, che le fonti giuridiche del periodo preclassico e classico abbiano subito un rilevante numero di alterazioni di vario ge-

pali dell'attività giurisprudenziale postclassica possono essere classificate unitariamente come segue. « Interpolazioni », cioè alterazioni deliberate

---

nere ad opera sia della giurisprudenza postclassica pregiustinianea che dei compilatori giustinianei. Non mancano, però, le voci discordi, quindi le polemiche metodologiche. — Quanto al problema del numero delle alterazioni postclassiche, vi è stato di recente chi ha preteso che esso sia assolutamente minimo e che i testi giuridici classici si siano conservati in gran parte inalterati nelle compilazioni postclassiche. Noi pensiamo, con la dottrina dominante, che questa tesi sia da respingere, non solo perché urta contro troppi indizi dell'esegesi critica, ma anche perché sarebbe davvero inverosimile che i testi giuridici classici fossero rimasti incorrotti durante tre secoli, in cui furono di continuo sottoposti al travaglio della applicazione a situazioni e rapporti talvolta radicalmente diversi da quelli cui originariamente si riferivano. Piuttosto è da rifuggire dagli eccessi opposti, cui si abbandona la cd. « ipercritica romanistica », i cui non rari rappresentanti muovono all'esegesi critica di testi classici nell'errato presupposto che essi siano stati redatti da superuomini profondamente logici, meravigliosamente stringati e adoperanti il linguaggio della più aurea latinità, senza possibilità di idiotismi, anacoluti, aporie, approssimazioni e simili umanissime deficienze sintattiche e logiche: il che li induce a sfrondare le edizioni postclassiche di interpolazioni e glossemi immaginari. — Quanto al problema della età delle alterazioni postclassiche, bisogna premettere che la critica romanistica riteneva generalmente, agli inizî del secolo, che alterazioni non vi fossero, di massima, se non nei testi della compilazione giustinianea e che i testi delle compilazioni giuridiche pregiustinianee fossero, di massima, rappresentativi del più genuino diritto classico. Questa illusione è, peraltro, progressivamente caduta, pur non spegnendosi del tutto, di fronte a numerose e convincentissime esegesi critiche che alcuni studiosi (Beseler, Solazzi, Albertario ecc.) hanno offerto dei testi pregiustinianei: esegesi che mostrano luminosamente come anche questi abbiano subito alterazioni in gran numero. In considerazione di questi risultati, la critica romanistica « tra le due guerre » si è orientata verso una revisione delle esegesi critiche di tutti i testi giustinianei: testi nei quali, se alterati, ha cercato con ogni mezzo di distinguere i veri e propri *emblemata Triboniani* dai glossemi pregiustinianei. Ma ecco, in quest'ultimo trentennio, farsi avanti un nuovo indirizzo (Schulz, Wolff, Wieacker ecc.), secondo cui si dovrebbe addirittura ritenere che la più gran parte delle alterazioni dei testi giuridici classici non siano da attribuire né a Giustiniano, né all'attività gurisprudenziale postclassica e pregiustinianea, ma siano state prevalentemente operate da anonimi giuristi occidentali, epigoni dell'ultima generazione dei grandi giureconsulti classici, sullo scorcio del sec. III d.C., cioè nella fase di « anarchia giuridica » (o, come anche si è detto, di « volgarismo giurisprudenziale »), che si inquadrerebbe entro la crisi della *respublica* romana universale. Il che, pur non essendo inesatto in questo o in quel caso specifico, costituisce, a nostro avviso, in quanto tesi generale, il frutto di una vera e propria illusione esegetico-critica, contraria ad ogni verosimiglianza *a priori* e, quel che più importa, ad un imponente bagaglio di accreditate risultanze di vari decenni di indagini. — Quanto al problema del valore delle alterazioni postclassiche ai testi giuridici delle età precedenti, è da dire che in esso si concreta la già accennata controversia sul se e in quali limiti il diritto romano classico sia venuto inquinandosi nell'età della decadenza. Il merito di aver, se non sollevato, quanto meno drammatizzato il problema spetta al Riccobono, il quale nel 1915 levò un grido di allarme contro la tendenza generale ad attribuire ad ogni alterazione testuale diagnosticata la importanza di una innovazione del diritto romano e cioè di un inquinamento e travisamento del *ius vetus*. Secondo il Riccobono bisogna, assai giustamente, distinguere tra alterazioni meramente « formali » e alterazioni « sostanziali » dei testi giuridici classici: e le alterazioni sostanziali vanno, a loro volta, distinte, come è stato egregiamente precisato (Chiazzese), in alterazioni « innovative » e « non innovative », intendendo per « non innovative » quelle che non hanno determinato un inquinamento vero e proprio dei principî romani ad opera di norme di diversa civiltà giuridica, ma hanno soltanto operato una contaminazione

del testo, eseguite o mediante inserzione di parole e frasi (cd. « interpolazioni positive ») o mediante tagli del dettato genuino (cd. « interpolazioni privative »). « 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. « Parafrasi » di brani più o meno lunghi: spesso passate, nella succcesiva tradizione manoscritta, ad incorporarsi nel testo, sostituendo il brano originario o aggiungendosi ad esso. « Epitomi » di interi scritti giurisprudenziali classici, redatti a scopo didattico o a scopo pratico. « Estratti » di scritti giurisprudenziali classici relativi a materie specifiche e limitate (cd. *libri singulares*). « 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 in modo da costituire una trattazione unitaria.

11.6. Il moltiplicarsi del numero e l'accrescersi dell'importanza delle costituzioni imperatorie determinarono, sin dai primissimi tempi del periodo dell'assolutismo imperiale, la opportunità di raccogliere in ordinate collezioni, in *codices legum*, affinché 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 attività privata o almeno ufficiosa, conformemente ad un esempio già dato, del resto, da alcuni rappresentanti della giurisprudenza tardo-classica.

---

o fusione o semplificazione di norme o istituti appartenenti ai sistemi giuridici dell'età classica. — Per la ricerca delle alterazioni testuali, dapprima affidata alle nozioni filologiche, alla sensibilità, alla fantasia storica dei singoli studiosi, si va ora affermando un nuovo metodo scientifico, la « Textstufenforschung ». Esso tende alla ricostruzione dei testi originali della letteratura classica attraverso l'individuazione delle vicissitudini subite traverso la loro riproduzione e diffusione: la storia del testo (« Textgeschichte ») aiuterebbe a comprendere la storia del diritto (« Rechtsgeschichte »). In particolare, un grande numero di alterazioni postclassiche si sarebbe avuto intorno al 300 d.C., quando dalla prassi delle edizioni in rotoli di papiro (costituenti ciascuno un « *volumen* » o « *liber* ») si passò a quella delle edizioni in grossi « *codices* » pergamenacei. Su questi temi: Guarino, *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna*, in *Atti Acc. Pontaniana* 20 (1971) 61 ss., e, *amplius*, *L'esegesi delle fonti del diritto romano* (1968) 551 ss.

11.6. Sulle elaborazioni pregiustinianee di *leges* e sui loro precedenti classici: Guarino, *Storia* n. 261-264.

11.6.1. Appartengono alla fase di transizione tra il periodo del principato e quello dell'impero assolutistico due collezioni private di *leges speciales*, che ebbero larga fortuna nel mondo giuridico postclassico: il cd. « *Codex Gregorianus* » e il cd. « *Codex Hermogenianus* ». Entrambe ottennero riconoscimento ufficiale da Teodosio II nel 438 d.C. Vi erano contenute solo « *leges speciales* », cioè responsi e decisioni imperiali relativi a casi singoli, ma ritenuti esemplari per fattispecie simili o analoghe.

11.6.2. Carattere ufficiale ebbe invece il « *Codex Theodosianus* », voluto da Teodosio II. Esso fu pubblicato in Oriente il 15 febbraio 438

11.6.1. 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 Wisigothorum* e sulla base di citazioni di singoli rescritti da esso riportati fatte nella *lex Romana Burgundionum*, nella *Collatio*, nella *Consultatio* e nei *Fragmenta Vaticana*. 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 riprodotte in ordine di data. Lo schema generale della raccolta era improntato su quello dei *digesta* della giurisprudenza classica, nella loro forma più evoluta. — Il *Codex Hermogenianus* (CH.) fu parimenti compilato in Oriente da un Ermogene o Ermogenio (o forse Ermogeniano) non meglio identificato. Costituì un complemento ed un'appendice, in un solo libro (diviso in *tituli*), del *Codex Gregorianus* e comprese essenzialmente un gruppo di rescritti diocleziani 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.

11.6.2. La conservazione del *Codex Theodosianus* (CTh.) lascia molto a desiderare. Il testo ufficiale, che si custodiva a Costantinopoli, fu forse fatto distruggere da Giustiniano, in occasione della pubblicazione del CI., unitamente a molti altri manoscritti delle precedenti compilazioni di *leges*: la nostra conoscenza si basa, dunque, su manoscritti occidentali, numerosi ma lacunosi, tra i quali primeggiano quelli del *Breviarium Alarici*. — Il CTh. è diviso in 16 *libri*, ripartiti in *tituli* di numero assai vario da libro a libro, alla maniera del CG. 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 i suoi commissari a modificare e correggere il testo delle costituzioni, purché ciò non implicasse innovazioni sostanziali. 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 approssimativo dell'editto pretorio; 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: ordinamento della Chiesa e del diritto ecclesiastico. — 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 Theodosiani* (NovTh.) (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 Wisigothorum*.

e fu comunicato al *praefectus praetorio* d'Italia per la presentazione al senato d'Occidente. Entrò in vigore, a titolo di complemento del Gregoriano e dell'Ermogeniano, il 1° gennaio 439 d.C. Vi erano contenute solo « *leges generales* », cioè provvedimenti di carattere normativo.

11.7. Un posto a sé, nel quadro delle fonti giuridiche postclassiche, meritano le cd. « *leges Romanae barbarorum* », cioè alcune modeste compilazioni di scritti giurisprudenziali e di *leges* imperiali pubblicate

---

11.7. Le *leges Romanae Barbarorum* da tener presenti sono: il *Codex Eurici*, l'*Edictum Theodorici*, la *Lex Romana Burgundionum* e la *Lex Romana Wisigothorum*. — Il *Codex Eurici* (CE.) fu pubblicato, intorno al 476 d.C. (in coincidenza con la fine dell'Impero di Occidente), dal re visigoto Eurico, figlio di Teodorico I, i cui dominî 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 materia era esposta in un breve seguito di aride proposizioni. Le fonti ne sono state i tre codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano e le opere giuridiche elementari correnti all'epoca in Occidente. — L'*Edictum Theodorici* (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 italica in nome dell'imperatore d'Oriente Zenone. Proprio perciò esso si applicò sia alla popolazione romana che a quella ostrogota. Formalmente l'*Edictum Theodorici* 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. — 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 Theodorici*. Ma, sebbene l'indicazione della loro provenienza faccia quasi sempre difetto, la compilazione si presenta meno rudimentale, più ricca, più informata del testo teodoriciano. — 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 appaiono 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 LRW. contiene, inoltre, una larga scelta delle *Sententiae* di Paolo e l'intera *Epitome Gai*, nonché un passo isolato dei *responsa* di Papiniano. È 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.

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 principî di diritto applicabili ai sudditi di nazionalità romana. I re che pubblicarono compilazioni del primo tipo (Eurico per il « *Codex Eurici* » e Teodorico il Grande per l'« *Edictum Theodorici* ») 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 per la « *Lex Romana Wisigothorum* » e Gundobado per la « *Lex Romana Burgundionum* ») 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.

11.8. 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*.

11.8.1. Tra le raccolte di *iura* possono ricordarsi: i « *Tituli ex corpore Ulpiani* », le « *Pauli Sententiae* », l'« *Epitome Gai* », i « *Frag-*

11.8. Sui resti della giurisprudenza postclassica: Guarino, *Storia* n. 266-270. Per il testo critico, cfr. *FIRA*. 2 (*Auctores*) (ivi altre indicazioni bibliografiche). — Non va tralasciato di dire che, in un certo senso, andrebbero annoverate tra i resti dell'attività giurisprudenziale postclassica anche le *Gai Institutiones* (nt. 10.7.3), in quanto sono pervenute alla nostra conoscenza attraverso manoscritti della tarda età postclassica. Il problema della rielaborazione subita dal manuale gaiano ad opera dei lettori postclassici è assai grave e dibattuto perché, di fronte alla *communis opinio*, favorevole alla sostanziale genuinità del testo a nostra disposizione, una vivace minoranza (Albertario, Beseler e sopra tutto Solazzi) ha cercato di dimostrare che le *Institutiones*, pur non avendo perduto la loro fisionomia generale, sono state devastate da numerosi e penetranti glossemi.

11.8.1. I cd. *Tituli ex corpore Ulpiani* (o « *Ulpiani liber singularis regularum* ») (Tit. Ulp., Ulp. reg., o Ulp.) restano in un manoscritto del X secolo, ritrovato nella Biblioteca Vaticana. È opinione comune tra gli studiosi che si tratti di una compilazioncella elaborata nel IV secolo col titolo di « *Ulpiani liber singularis*

menta Augustodunensia », gli « *Scolia Sinaitica* ». Tra le raccolte di *iura* e di *leges* emergono: i « *Fragmenta Vaticana* », la « *Collatio* », il « *Liber Syro-Romanus* », il « *De Actionibus* », la « *Consultatio* ».

---

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. — Le *Pauli Sententiae* (o « *Pauli receptae sententiae* ») (PS., o Paul.) constano di 5 libri pervenutici in varie redazioni, di cui la più completa è quella conservata nella *Lex Romana Wisigothorum*. 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, secondo altri opere di vari autori. — L'*Epitome Gai* (EG., o Gai ep.) è un'opera in due 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. — 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. — Gli *Scholia 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 di 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 parte 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. — I *Fragmenta Vaticana* (FV., o Vat.) sono circa 400 frammenti, facenti parte di una compilazione a catena redatta in Occidente da un privato e risalente 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 exsecutione*, e qualche altro titolo riguardante la tutela, la donazione, il *cognitor* e il *procurator*. — 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 intestazioni 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 forse 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. L'epoca presumibile della sua compilazione è la prima metà del IV sec. d.C. — Il cd. *Liber Syro-Romanus iuris* (L. Srom.), (il vero titolo dell'opera è Δικαιώματα o « *Leges saeculares* ») è un'operetta di cui si hanno alcune versioni in siriaco, 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 siriache siano state apprestate appunto per uso dei cristiani della Mesopotamia. È notevole il fatto che non vi sia alcuna traccia di *ius honorarium* in quest'opera, ove è esposto soltanto *ius civile*, aggiornato con le costituzioni emanate da Costantino in poi. — Il trattatello *De actionibus* (De act.) è un'operetta di origine orientale, scritta in greco, in cui sono contenute delle brevi definizioni concernenti i fini e la struttura delle azioni più importanti. — La *Consultatio veteris cuiusdam iuris consulti* (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,

11.9. Giustiniano I (527-565 d.C.) 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. Tralasciando la sua opera politico-militare, grandiosa ma effimera, il suo nome è legato ad una serie di compilazioni di *iura* e di *leges*, che hanno vinto i secoli ed hanno portato sino ai nostri giorni il ricordo e l'impronta del diritto romano. Questa serie, cui i posteri hanno dato il nome complessivo di « *Corpus iuris civilis* », fu potuta attuare in un giro brevissimo di anni sopra tutto per merito di un collaboratore insigne di Giustiniano: il suo *quaestor sacri palatii* (o per alcuni anni *magister officiorum*) Triboniano.

11.9.1. 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, perché fu rifuso, dopo solo quattro anni, nel *Codex repetitae praelectionis*.

11.9.2. Fu, probabilmente, in occasione dei lavori per il primo Codice che a Giustiniano venne in mente, forse per consiglio di Tribo-

---

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.

11.9. Sulla compilazione giustinianea: Guarino, *Storia* n. 271-278, nonché *La compilazione* cit. (*retro* nt. 11.5.2).

11.9.1. Il primo *Codex Iustinianus* doveva differire dal Teodosiano (n. 11.6.2) non solo per il suo carattere più moderno, ma anche perché: *a*) in esso furono rifusi i materiali dei codici Gregoriano ed Ermogeniano (quindi anche le *leges speciales*); *b*) da esso furono peraltro escluse le costituzioni non più in vigore. — Il *Codex repetitae praelectionis*, cioè quello pervenutoci (v. n. 11.9.5), deve essere molto diverso dalla sua prima edizione. Tale ipotesi è avvalorata da un papiro (POxy. 15.1814) in cui sono elencate *per indicem* le costituzioni contenute nei titoli 11-16 del primo libro originario: ben poco corrisponde a questo indice l'ordine delle costituzioni contenute nei punti corrispondenti del secondo Codice.

11.9.2. Le *Quinquaginta decisiones* sarebbero state pubblicate tra il 1° agosto 530 e il 17 novembre 530. Dopo una pausa di quattro mesi sarebbero sopravvenute 42 altre costituzioni dello stesso tipo, « *ad commodum propositi operis pertinentes* », pubblicate tra il 20 febbraio 531 e il 18 ottobre 532, man mano che procedeva il lavoro di spoglio per i *Digesta*. Nella *const.* « *Cordi* » con la quale si emanò il *Codex* si legge (§ 1): *Postea vero, cum vetus ius considerandum recepi-*

niano, di procedere ad una grande compilazione di *iura*. Sta di fatto che, poco dopo la pubblicazione del *Codex Iustinianus*, l'imperatore 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 tribonianea.

11.9.3. 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

---

mus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coartatus est omneque ius antiquum supervacua prolixitate liberum atque enucleatum in nostris institutionibus et digestis reddidimus. È probabile che su questo punto vi sia stata un'iniziale disparità di vedute tra l'imperatore e Triboniano. Questi, uomo di cultura e preparazione giuridica non comune, avrebbe preferito procedere ad una utilizzazione più accurata e fedele degli scritti dei giuristi classici; Giustiniano, invece, preferì che l'opera venisse meno perfetta, purché fosse compilata più rapidamente, e finì con l'imporre la sua risoluzione al ministro.

11.9.3. Sui *Digesta* (D.): Guarino, *Storia* n. 274-275. — Nella *const.* « *Deo auctore* » 4-5 Giustiniano enuncia, tra l'altro, il contenuto, il fine e il piano dell'opera: *Iubemus igitur vobis antiquorum prudentium quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et eliminare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his colligi quod unum pro omnibus sufficiat... Cumque haec materia summa numinis liberalitate collecta fuerit, oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere, tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem, prout hoc vobis commodius esse patuerit rell.* Nel § 10 della *const.* « *Tanta* » (in relazione col § 7 della *const.* « *Deo auctore* ») Giustiniano avvisa, però, che « ... *multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt* ». — È da rilevare che, malgrado l'ordine di Giustiniano, non figurano nei *Digesta* soltanto giuristi muniti di *ius respondendi* e che i giureconsulti di gran lunga più sfruttati sono i cinque della legge delle citazioni (*retro* nt. 11.5). Quanto alle opere messe a contribuzione, Giustiniano si vanta di averne utilizzate per un totale di duemila *libri*, ma in realtà i *libri* delle opere escerpite non superano di molto i milleseicento. — Giustiniano, 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)* πρῶτα (libri 1-4): contengono i principî 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 fedecommessi; *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 (cd. « *libri terribiles* »), uno 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* »).

l'ordine dei *digesta* della giurisprudenza classica, 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*, 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. I lavori procedettero anche stavolta con straordinaria rapidità, sì che in data 16 dicembre 533 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. I « *Digesta* » 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, tutti muniti di una *inscriptio* indicante il nome dell'autore, il libro e l'opera escerpita.

11.9.4. 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* », il quale potesse surrogare nelle scuole giuridiche 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 iuventus* ». Anche ad essa venne conferita forza di legge, alla pari dei *Digesta*, unitamente ai quali le *Institutiones* entrarono in vigore il 30 dicembre 533.

11.9.5. Il notevole numero di costituzioni innovative emanate a partire dal 530 d.C. rese necessaria una riedizione ed un perfeziona-

---

11.9.4. Benché i vari *tituli*, in cui ogni *liber* delle *Institutiones* (I.) si ripartisce, formino un discorso unitario, l'opera è frutto di compilazione: è stato accertato, infatti, che furono riuniti passi estratti dalle *Institutiones* di Gaio, dalle *Res cottidianae* dello pseudo Gaio e da varie altre opere, nonché da costituzioni imperiali. Il manuale si compone di quattro libri, sul modello delle Istituzioni di Gaio. Il primo libro tratta delle *personae;* il secondo dei rapporti giuridici reali 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.

11.9.5. Circa il *Codex repetitae praelectionis* (CI.), è da notare

mento 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* », l'unico che ci sia conservato, è ripartito in 12 libri. Ogni libro contiene svariati *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).

11.9.6. 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. Altre importanti Novelle furono pubblicate dagli immediati successori di Giustiniano.

11.10. Giustiniano fece severo divieto di commenti ai *Digesta* sotto comminatoria di *deportatio* (pena del *crimen falsi*)

---

che la costituzione più antica del codice è di Adriano (CI. 6.23.1) e la più recente è di Giustiniano, del 4 novembre 534. Notevole è anche che molte sono le costituzioni dei Severi; moltissime quelle di Diocleziano e Massimiano. — 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; libro IX: diritto penale; libri X-XII: diritto pubblico.

11.9.6. Le *Novellae* (Nov. I.) ci sono pervenute per mezzo di tre collezioni: *a*) l'*Epitome Juliani*, comprendente 122 costituzioni in lingua latina, attribuita ad un professore di Costantinopoli chiamato Giuliano; *b*) l'*Authenticum*, collezione di 134 novelle in lingua latina, così chiamata perché fu riconosciuta autentica dai giuristi di Bologna; *c*) una collezione di 168 novelle in lingua greca, pervenutaci tramite alcuni manoscritti di Venezia e di Firenze.

11.10. Di tutti i lavori scolastici postgiustinianei ci è nota per tradizione diretta solo una libera parafrasi delle *Institutiones* attribuita a Teofilo. Il restante materiale ci è pervenuto attraverso una grande compilazione ufficiale denominata « *Libri Basilicorum* » (τὰ Βασιλικά), che fu ordinata dall'imperatore Leone il saggio (886-911) per raccogliere quanto ancora avesse vigore del diritto romano giustinianeo. 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. Per la valutazione di tali opere cfr.: Guarino, *Sull'importanza delle com-*

da parte dei giuristi, volendo evitare il pericolo di un'ulteriore corruzione dei *iura*, che con tanta fatica era riuscito a salvare. Ma, all'atto pratico, la giurisprudenza 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 principî romani (ancora 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 ἴνδικες e παράτιτλα, ma furono scritte anche note di commento (παραγραφαί) ed opere monografiche su singoli argomenti (queste ultime a partire dal sec. VII d.C.). È da sospettare, del resto, che tutta questa elaborazione in lingua greca sia in parte la riproduzione, con imperfetti adattamenti, di materiale accumulatosi in Oriente prima di Giustiniano: il che contribuisce notevolmente a spiegare come mai si sia potuto iniziare subito un'attività che si risolveva, in buona sostanza, nella infrazione del rigoroso divieto imperiale.

12. La concezione romana del « ius privatum ».

12.1. L'identificazione concettuale dell'ordinamento giuridico (« *ius* ») con l'ordinamento statale e la suddistinzione del diritto, con riguardo all'oggetto della sua disciplina, in « pubblico » e « privato » furono in Roma il risultato di un lungo processo di progressiva appros-

---

pilazioni giuridiche bizantine per l'indagine storico-critica, in *Scr. Ferrini Pavia* (1946) 309 ss. (ora anche in *L'ordinamento* cit. 569 ss.). — Cenni di storia degli studi romanistici, con referenze bibliografiche in Guarino, *L'esegesi* cit. 3 ss.

12.1. Sulla dicotomia *ius publicum-ius privatum* esiste vastissima letteratura. La principale è indicata in Lombardi, sv. *Diritto pubblico (dir. rom.)*, in *NNDI. Adde*: Robleda, *Ius privatum Romanum* 1 (1960) spec. 167 ss.; Colacino, sv. « *Ius civile* », in *NNDI.*; Müllejans, « *Publicus* » *und* « *privatus* » *im römischen Recht* (etc.) (1961); Pólay, *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom* (1964) 369 ss.; Lauria, *Ius, Visioni romane e moderne*[3] (1967) 236 ss.; Longo (G.), « *Utilitas publica* », in *Labeo* 18 (1972) 7 ss. nonché in *Atti Sem. Perugia* (1972) 155 ss.; Torrent, *Conceptos fundamentales del ordinamiento juridico romano* (1973) 9 ss. — Parziali ed occasionali sono gli spunti offerti per la dicotomia dalle fonti tecniche, più espliciti e generalizzanti quelli contenuti in talune fonti letterarie. Cfr., ad es.: Liv. 3.34.6, che qualifica le XII tavole come « *fons omnis publici privatique iuris* » (ma v. Guarino, *Il* « *ius publicum* » *e le* « *XII tabulae* », in *AUCT.* 4 [1950] 106 ss., ora ripubbl. in *Le origini quiritarie* cit. 233 ss.); Cic. *Brut.* 59.214 « *non publicum ius, non privatum et civile cognoverat* », ove si noti la sinonimia, o comunque l'accostamento, di *ius privatum* e *ius civile*. Per l'analisi delle fonti v. spec.: Ehrlich, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen* 1 (1902) 168 ss.; Lombardi, *Il concetto di* « *ius publicum* » *negli scritti di Cicerone*, in *RIL.* 72 (1939) 465 ss.; Kaser, « *Ius publicum - ius privatum* », in *SDHI.* 17 (1951) 267 ss.

simazione, al cui compimento pervenne in modo esplicito solo la giurisprudenza dell'età dei Severi. Più precisamente, fu Ulpiano a proporre per primo, a quanto risulta, la ripartizione *ius publicum - ius privatum*. L'impostazione non era totalmente originale, ma si riallacciava a molteplici spunti manifestatisi nei secoli precedenti sia tra gli autori giuridici che tra gli autori extra-giuridici. È bene comunque sottolineare che essa non deve essere sopravvalutata, perché il suo carattere fu essenzialmente teorico, anzi didattico. Se cioè Ulpiano distinse il diritto in due rami, lo fece sopra tutto per determinare due diverse materie di studio, due diverse « *positiones* » dello « *studium iuris* »; e lo fece particolarmente per tener separata dalla materia tradizionale della prevalente riflessione giurisprudenziale, che era quella del *ius privatum*, ogni altra materia giuridica, nella quale ravvisò appunto il *ius publicum*. La dicotomia ulpianea pertanto, pur se il criterio distintivo cui essa fa capo potrebbe forse indurre a conclusioni diverse, non deve essere sovrapposta alle concezioni del *ius* che si erano precedentemente formate nel corso dell'esperienza giuridica romana, ma deve essere adattata (ed in parte addirittura piegata) ad esse.

12.1.1. Secondo la definizione ulpianea il « *ius publicum* » (cioè il *ius populi*) è quel ramo dello scibile giuridico che ha per oggetto diretto e immediato il *populus Romanus Quiritium*, nella sua organizza-

---

12.1.1. La definizione di Ulpiano (1 *inst.*, D. 1.1.1.2) suona esattamente così: *Huius studii* (cioè « dello *studium iuris* ») *duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim, publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.* Questo frammento (cui corrisponde quasi alla lettera I. 1.2.1) è stato variamente attaccato dalla critica, la quale è giunta sino al punto di ritenerlo sostanzialmente alterato in età postclassica. A nostro avviso, esso è però genuino anche nella frase « *sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim* ». L'imperfetto tentativo di sistemazione scientifica che vi si rileva dipende dalla scarsa attitudine dei giuristi romani alla concettualizzazione della loro materia di studio. Del resto, a precisazione del concetto di *ius publicum*, Ulpiano aggiunge che esso « *in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* »; il che conferma che l'espressione *ius publicum* sta a designare (in modo, oltre tutto, imperfetto) essenzialmente ciò che attiene *lato sensu* alla organizzazione statale (*sacra publica*, magistrature, ecc.). Sintomo delle forti incertezze che precedettero questa sistemazione è, tra gli altri, il fatto che le *res sanctae*, partecipi sia di natura pubblicistica vera e propria che di natura sacrale, sono qualificate da Gai 2.8 « *quodam modo divini iuris* » (v. *infra* n. 27). Se si tiene presente 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* » si manifesta come una nozione di completamento razionalistico e artificioso di quella rigorosamente storicistica (e vera) del *ius privatum*: una nozione di completamento volta, più precisamente, a far rientrare nel concetto di ordinamento giuridico romano (*ius Romanorum*) anche i regolamenti

zione costituzionale e nel suo funzionamento: « *quod ad statum rei Romanae spectat* ». « *Ius privatum* » (cioè il *ius privatorum*, il diritto dei singoli) è quel ramo dello scibile giuridico che ha per oggetto diretto e immediato il « *privatus* », cioè il singolo *paterfamilias* e la tutela dei suoi interessi: « *quod ad privatorum utilitatem pertinet* ». Il criterio distintivo tra le due materie di studio sembrerebbe essere quello dell'« interesse » protetto dall'ordinamento (l'interesse del *populus* e, rispettivamente, quello del singolo) e la definizione ulpianea, in effetti, non manca di dirlo: « *sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim* ». Ma un'analisi pur poco approfondita permette di accertare che questo criterio fu solo un indirizzo di massima, e che esso fu solo approssimativamente rispettato nella concreta individuazione, attraverso le indicazioni e le trattazioni dei giuristi, delle materie di *ius privatum* e di *ius publicum*.

12.2. Il *ius privatum* di Ulpiano e della giurisprudenza coeva e successiva altro non è che il complesso delle istituzioni giuridiche (« *iura* ») formatesi intorno al nucleo primigenio del *ius Quiritium* e a titolo di sviluppo di esso. Esso riassume dunque, senza contraddirle, le nozioni di *ius civile* (*vetus* e *novum*), di *ius legitimum novum* o *ius publicum* (cioè di regolamenti privatistici introdotti mediante *leges publicae*), di *ius honorarium* ed anche di *ius novum* imperiale, se ed in quanto volto alla disciplina delle materie già tradizionalmente costituenti oggetto del *ius vetus*. Protagonista del *ius privatum* è il *pater-*

---

relativi all'organizzazione statale romana, che erano stati precedentemente concepiti, quanto meno dai giuristi, come extragiuridici. La definizione ulpianea sopravvenne, insomma, a sanzionare la coincidenza della sfera dell'ordinamento giuridico con quella dell'ordinamento statale.

12.2. Sul concetto di *ius privatum*, cfr. particolarmente Kaser, « *Ius publicum* » cit. 273, con un'indagine lessicale che lo porta a stabilire l'equazione *ius privatum* = *ius privatorum*. Chi fossero i soggetti del *ius privatum* sarà detto *infra* n. 23, ove risulterà che, mentre soggetti del *ius publicum* erano tutti gli uomini liberi e cittadini, soggetti di rapporti giuridici privati erano, tra gli individui liberi e cittadini romani, soltanto coloro che godevano dell'« autonomia familiare », che non erano cioè in condizione di *filii familias*, di *mulieres in manu*, di *liberi in mancipio*, mentre una limitata soggettività giuridica era riconosciuta (a differenza di quel che avveniva per il *ius publicum*) anche ai *peregrini*. Per il senso di « *privatus* », cfr. anche Paul. Diac. *ep. Fest.* p. 6: *Privos privasque antiqui dicebant pro singulis: ob quam causam et privata dicuntur quae uniuscuiusque sint.* — Inattendibile la tesi secondo cui per *ius privatum* si intese anche, almeno inizialmente, il diritto creato dai privati, nella esplicazione della loro autonomia privata. L'unico testo cui questa teoria può sicuramente appoggiarsi è Pap. D. 28.1.3.: *Testamenti factio non privati, sed publici iuris est* (ove si vuol dire che le regole sulla *testamenti factio* sono « *ius publicum, quod privatorum pactis mutari non potest* », ma la volontà privata viene qualificata « *ius privatum* »). « *Lex privata* » si incontra solo in Ulp. D. 8.4.13 pr. (testo sospettato di alterazione).

familias, con la sua sfera di interessi personali ed economici, cioè con il suo *patrimonium*. Integrativa del *ius privatum* è la tutela giuridica posta a disposizione del *paterfamilias*, sia in quanto concretantesi nell'autotutela e sia in quanto riversantesi nel ricorso al processo giurisdizionale relativo: da questo capitolo resta fuori soltanto l'organizzazione magistratuale predisposta ai fini del processo privato, la quale fa parte del *ius publicum*. Il criterio dell'*utilitas singulorum* si adegua quasi perfettamente a questa concezione del *ius privatum*, salvo che per un punto: che i Romani, almeno di solito, non giunsero a ritenere che la *respublica Romanorum* ed i suoi organi, ove entrassero in rapporti diretti con i privati per la difesa di interessi tipicamente privati (si pensi alla vendita dei prodotti di un fondo pubblico per ricavarne danaro), potessero soggiacere alla disciplina del *ius privatum*, anziché a quella del *ius publicum*.

12.2.1. Come fonti del *ius privatum* i giuristi romani indicarono (non senza qualche disordine e qualche contraddizione) le seguenti: i *mores maiorum* del *ius Quiritium*; le *leges* del cd. *ius legitimum vetus* (e in particolare le *XII tabulae*); l'*interpretatio prudentium* (che talora include in sé i *responsa* dei giuristi muniti di *ius respondendi* e talvolta viene ridotta a quei soli *responsa*); il *ius civile* (*vetus*), talora identificato con l'*interpretatio prudentium*; le *leges publicae* del *ius publicum* (cd. *ius legitimum novum*); gli *edicta* dei magistrati giusdicenti (cioè quelli costituenti il *ius honorarium*); i *senatus-consulta* normativi e le *constitutiones principum* del cd. *ius novum* (spesso inquadrati nel concetto di *ius publicum* come *ius legitimum* e qualificati pertanto, almeno le *constitutiones*, anche come *leges*); e finalmente anche i *diuturni mores* (o *consuetudo*) costituenti, come vedremo tra poco, il *ius ex non scripto*.

12.3. Il *ius publicum* si differenzia dal *ius privatum* per il fatto di avere a protagonista il *populus Romanus Quiritium* nelle sue

---

12.2.1. Particolarmente significativo è il catalogo delle fonti del *ius privatum* in Gai 1.2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium (rell.)*. Meno attendibile (in parte perché alterato e in parte perché condizionato da tutto un discorso che precede) è Pomp. D. 1.2.2.12, su cui, da ultimo: Kaser, « *Lex* » *und* « *ius civile* », in *Deutsche Landsreferate VII Int. Kongr. Rechtsvergleichung* (1967) 3 ss. Si noti che Gaio non parla in modo esplicito di fonti di cognizione, ma dice che gli istituti del diritto romano « risultano » (*constant*) delle leggi, dei plebisciti e via dicendo: Guarino, *Storia* n. 197. — Sulle fonti denominate *ius publicum* e sulla loro estensione ai *senatusconsulta* e alle *constitutiones principum*: De Francisci, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scr. Ferrini Milano* 1 (1947) 211 ss.

12.3. L'elenco ulpianeo delle materie di *ius publicum* non è tassativo, come pur da alcuni si ritiene. L'elenco è puramente esemplificativo, anche se

assemblee, nelle sue magistrature, nei suoi sacerdozî, in tutta la sua struttura costituzionale e amministrativa. L'interesse della giurisprudenza romana verso questo àmbito di argomenti fu sempre molto limitato e si concentrò essenzialmente su settori specifici, che Ulpiano esemplificativamente limita ai *sacra*, ai sacerdoti ed ai magistrati (« *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* »). Molto probabilmente, il fatto che queste materie furono in gran parte considerate, in antico, come extra-giuridiche portò con sé che esse, pur quando furono qualificate nel loro complesso come *ius*, non furono peraltro tutte identificate come oggetto di una regolamentazione normativa. In altri termini, sembra sicuro che del loro *ius publicum* i Romani ebbero sino a Giustiniano, salvo che per taluni capitoli, una concezione « istituzionale », di ordinamento non concretantesi sempre in specifiche « norme ».

12.3.1. La concezione del *ius publicum* come « *ius quod ad statum rei Romanae spectat* » è certamente diversa dalla nozione di *ius publi-*

è facile constatare che esso tende ad esaurire i temi di cui si occuparono concretamente i giuristi romani nelle loro opere: opere volte ad illustrare ed inquadrare i soli argomenti pubblicistici che avessero una qualche rilevanza per le materie del *ius privatum*. Facile conferma di quanto sopra detto proviene dall'esame della produzione della giurisprudenza preclassica e classica. L'interesse dei giuristi preclassici alle magistrature ed alle loro funzioni fu forse piuttosto limitato (ma *magistratuum libri* scrisse C. Sempronio Tuditano, *de potestatibus libri* scrisse M. Giunio Graccano, del *senatus* si occupò Q. Elio Tuberone; cfr. inoltre Bremer 2.2.530); tuttavia assai intenso fu lo studio dedicato ai *sacra* e ai sacerdozi (particolarmente i *pontifices* e gli *augures*), anche per la relativa vicinanza dei tempi arcaici in cui il *ius* (*Quiritium*) era intimamente legato alla religione (sul punto: Franciosi, « *Usucapio pro herede* » [1965] 111 ss., con bibliografia). Nel corso del sec. I d.C., l'interesse per il « *ius pontificium* », e più in generale per il « *ius sacrum* », decadde notevolmente (cfr. Bremer 2.1 ss.), mentre si estese quello per gli « *officia* » delle magistrature repubblicane e di funzionari imperiali, per i « *iudicia publica* » in materia criminale, per il diritto speciale dei militari (« *res militaris* »). Indubbiamente non poca parte del diritto pubblico rimase al di fuori di questi interessi della giurisprudenza, ma ciò non può essere motivo valido per sostenere che quelle materie non fossero viste, da Ulpiano e dai suoi contemporanei, come « diritto » e come « diritto pubblico ». La definizione ulpianea, come già abbiamo detto, presuppone necessariamente la « giuridicità » di tutto l'ordinamento statale: quindi l'unica conclusione plausibile è che il diritto pubblico, salvo che per le ristrette materie da loro specificamente studiate, fosse considerato dai giuristi allo stadio dell'« istituzione », anziché a quello del sistema normativo. Su quest'ultimo punto cfr.: Cerami, *Strutture costituzionali romane* (etc.), in *AUPA*. 31 (1969) 27 ss.; Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*[2] (1975) 3 ss., 39 s. (« *Pensiero politico e diritto pubblico* »).

12.3.1. Sulla nozione di *ius publicum* come diritto promanante dal popolo, e cioè dalle *leges publicae* e dai provvedimenti equiparati, v. *retro* n. 9.5.1, e cfr. Serrao, *La « legge »*, in *Classi partiti e legge nella repubblica romana* (1974) 7 ss. (già sv. *Legge* [*dir. rom.*], in *ED.*). La conciliazione di questa nozione con quella ulpianea e con quella di « diritto cogente » (di cui *infra* n. 12.4.1) non può certo avvenire sul piano logico (perché si tratta di tre concetti inconciliabili), ma solo sul piano storico. Tutto sta a vedere quando il processo si sia

cum come diritto posto dalle *leges publicae*, altrettanto e forse assai più largamente diffusa nel linguaggio dei giuristi romani. Il criterio di identificazione del *ius publicum* (in quanto contrapposto al *ius privatum*) non era la « fonte » del regolamento giuridico (pubblicistico o privatistico che fosse), ma l'« oggetto » del regolamento (vale a dire il *populus Romanus Quiritium*). Tuttavia, la diversità non significa inconciliabilità delle due nozioni sul piano storico. Il diritto posto dalle *leges publicae*, pur quando atteneva a materie di *ius privatum*, rappresentava sempre un intervento normativo dettato da motivi di interesse della comunità nel suo complesso, e la storia di tutta l'evoluzione giuridica romana ci mostra che, quando questi motivi pressanti non vi erano, ben difficilmente la *respublica Romanorum* si decideva ad intromettersi legislativamente nella disciplina dei rapporti dei privati. Fu del tutto naturale, pertanto, che la terminologia originaria di *ius publicum* passasse progressivamente ad essere adoperata dai giuristi anche ad indicare nel loro complesso le materie non privatistiche, cioè le materie che per definizione formano oggetto di interesse prevalente, anzi spesso esclusivo, della comunità. Certo è che, a partire dal diritto tardo-classico, le due diverse significazioni, ravvicinate dall'identica terminologia, coesistettero, dando talvolta luogo ad equivoci.

12.4. I rapporti tra *ius privatum* e *ius publicum* furono caratterizzati dalla prevalenza del secondo sul primo. Non era

---

concluso. Secondo noi la definizione ulpianea, genuina, rappresenta il punto conclusivo (classico) di una evoluzione iniziatasi in età preclassica. Probabilmente, i Romani cominciarono col denominare *ius publicum* i regolamenti posti da *leges publicae* e da provvedimenti equiparati e furono indotti poi ad usare la stessa terminologia sia per quello che era l'oggetto prevalente di regolamento da parte del *ius publicum* (oggetto costituito dall'organizzazione statale), sia per quella che era la caratteristica prevalente delle norme poste dal *ius publicum* (caratteristica consistente nella inderogabilità da parte dei privati). Altri invece si rifiutano di attribuire alla giurisprudenza classica questo adattamento delle tre nozioni (sopra tutto delle prime due): di qui i sospetti di alterazione postclassica o giustinianea della definizione di Ulpiano (cfr. *retro* nt. 12.1.1). Il passo che maggiormente ha spinto alla individuazione del senso originario di *ius publicum* è costituito da Cic. *part. or.* 37.130: *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus; privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio.* Ma Cicerone (*de orat.* 1.46.201) è che l'autore che ha definito « *publica iura* » quelli « *quae sunt propria civitatis atque imperii* ».

12.4. Il principio dell'inderogabilità del *ius publicum* è formulato in Pap. D. 2.14.38 (*publicum ius privatorum pactis mutari non potest*), in Ulp. D. 50.17.45.1 (*privatorum conventio iuri publico non derogat*) e altrove. Anche se esso, come vedremo (n. 12.4.1) va riferito pure a talune norme di *ius privatum*, non vi è dubbio che il suo senso primario e naturale sia quello della inderogabilità da parte della volontà privata del *ius* « *quod ad statum rei Romanae spectat* ». — La derogabilità del *ius privatum* da parte dei provvedimenti di *ius publicum* è controversa, perché non manca chi ritiene che almeno

quindi pensabile che la volontà dei privati potesse interferire nei regolamenti pubblicistici, per modificarli o abrogarli: in questo senso si disse che « *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* ». Che viceversa la volontà pubblica, debitamente espressa in validi provvedimenti normativi o ordinativi (*leges publicae, edicta* e *decreta magistratuum* ecc.), potesse interferire nei regolamenti privatistici era altrettanto scontato, anche se praticato con molta cautela.

12.4.1. Ma di « *ius publicum* » inderogabile dai privati si parlò dai Romani, per naturale estensione, anche in un altro senso, diverso sia da quello di *ius publicum* come materia pubblicistica e sia da quello di *ius publicum* come fonte di regolamentazione giuridica. Se ne parlò come di « diritto cogente o inderogabile » in ordine a quei regolamenti privatistici che, per ragioni di preminente interesse pubblico, non tollerassero la loro modificazione da parte della volontà privata: insomma allo scopo di indicare il *ius privatum* stesso, se ed in quanto avesse carattere di assoluta cogenza sui privati . E si badi che il *ius publicum*, in questa sua accezione particolare e caratteristica, non riguardò tutti e solo i regolamenti posti da provvedimenti normativi di governo. Al contrario, vi erano *leges publicae* (denominate in età classica « *imperfectae* ») tranquillamente derogabili dai privati, senza nemmeno la rèmora della condanna ad una penale; mentre vi erano regolamenti consuetu-

---

il *ius civile vetus* non potesse essere toccato e modificato da *leges publicae*. A nostro avviso la tesi dell'inderogabilità non è fondata, anche se è vero che ben poche furono le *leges publicae* che, sopra tutto nei tempi più antichi, si attentarono a modificare il *ius civile vetus*. Del resto, non vi sarebbe altro modo per spiegare il fatto che talune (o molte) *leges publicae*, proprio per evitare il pericolo di derogare ai principî del *ius civile*, portavano nella *sanctio* l'esplicita clausola « *si quid ius non esset rogarier, eius hac lege nihil rogatum* » (cioè: questa legge si abbia per non rogata, là dove essa eventualmente interferisca in materie che il *ius civile* impedisce di regolare legislativamente): se vi fosse stato il principio dell'inderogabilità, la clausola non sarebbe stata necessaria. Cfr. Guarino, *L'ordinamento* cit. 132 ss., con letteratura, a cui *adde*: Broggini, « *Ius lexque esto* » (1959), ora in *Coniectanea* (1966) spec. 76 nt. 59; Frezza, *Il precetto della legge e il precetto dell'autonomia privata nell'ordinamento romano*, in *Ius* 12 (1961) 473; Kaser, « *Lex* » cit. *passim*, e *Die Beziehung von « lex » und « ius » und die XII Tafeln*, in *St. Donatuti* 2 (1973) 523 ss.; McCormack, *The « lex Poetelia »*, in *Labeo* 19 (1973) 306 ss.

12.4.1. Sul senso di « *ius publicum* » come diritto privato cogente: Nocera, « *Ius publicum* » *(D. 2.14.38), Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle « regulae iuris »* (1946) *passim*, che esamina tutti i passi, a cominciare da D. 2.14.38, in cui ricorre il significato. L'estensione di significato si spiega facilmente. Una volta stabilito che il *ius publicum* (quello che « *ad statum rei Romanae spectat* ») era inderogabile dalla volontà privata, e una volta accertato che vi erano anche nell'ambito del *ius privatum* taluni regolamenti inderogabili, è naturale che anche questi regolamenti siano stati qualificati come *ius publicum*, sopra tutto tenendo presenti le ragioni di ordine superiore, di interesse della comunità, per cui essi erano stati ritenuti inderogabili. V. tuttavia, contro la classicità dell'estensione, De Francisci, *Idee* cit. 228 nt. 2.

dinari ritenuti assolutamente immodificabili dai privati per superiori ragioni di pubblico interesse. Probabilmente, il fatto certo ed inconfutabile che la volontà privata non potesse interferire nelle materie di *ius publicum*, indusse i Romani a definire come *ius publicum* anche quelle norme del loro diritto privato che fossero del pari sottratte ad interferenze della privata volontà: il che certamente non contribuisce a ridurre gli equivoci che possono essere implicati dalla terminologia delle fonti.

13. Le partizioni del « ius privatum ».

13.1. La giurisprudenza romana dei sec. II e III d.C., parallelamente alla progressiva individuazione della sfera del *ius privatum*, procedette ad una fondamentale distinzione su basi sociologiche delle normative privatistiche. I « *praecepta* » del *ius privatum*, quale che fosse il sistema da cui concretamente scaturissero, vennero differenziati tra loro a seconda che fossero espressione caratteristica ed esclusiva della società politica romana, o fossero invece

---

13.1. Sulla tricotomia *ius civile - gentium - naturale* la letteratura è vastissima. Per un inquadramento generale: Voigt, *Das « ius naturale aequum et bonum » und « ius gentium » der Römer* (4 voll., 1956-75); Goudy, *Trichotomy in Roman Law* (1910); Senn, *De la justice et du droit* (1927); Lombardi, *Ricerche in tema di « ius gentium »* (1946), *Sul concetto di « ius gentium »* (1947), *Diritto umano e « ius gentium »*, in *SDHI*. 16 (1950) 254 ss., nonché sv. « *Ius gentium* », in *NNDI*.; Burdese, sv. « *Ius naturale* », in *NNDI*., ivi bibliografia, a cui *adde*, da ultimo, Grosso, *Riflessioni su « ius civile », « ius gentium », « ius honorarium » nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma*, in *St. Donatuti* 1 (1973) 439 ss. — La tricotomia viene presentata da Ulpiano (D. 1.1.1.2, conforme I. 1.1.4) a conclusione della distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum* (v. *retro* nt. 12.1.1) con le parole: « *privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus* ». Essa fu dunque vista come una ripartizione del solo *ius privatum*, e si spiega: le norme e le istituzioni di *ius publicum* erano per loro natura esclusive del *populus Romanus Quiritium*. Prima di Ulpiano, anche Gaio allude alla distinzione, ma ovviamente non la presenta nel quadro del *ius privatum*, pur essendo implicito, dato che le *institutiones* si riferiscono alla materia privatistica, che essa non ha nulla a che fare con il *ius publicum*. — Le radici filosofiche della distinzione (sia di quella dicotomica che di quella tricotomica) sono discusse e discutibili. La concezione del *ius gentium* fondato sulla *naturalis ratio* è ravvisabile in Arist. *Eth. Nic.* 5.10, che contrappone il δίκαιον νομικόν al δίκαιον φυσικόν. Estremamente confuso e contraddittorio, come spesso, Cicerone, il quale distingue *ius gentium* da *ius civile*, ma non distingue altrettanto sicuramente *ius gentium* da *ius naturale*. (cfr. comunque Cic. *off.* 3.17.69: *Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium idem civile esse voluerunt;* e Cic. *harusp. resp.* 14.32: *Hoc si minus civili iure perscriptum est, lege tamen naturae communi iure gentium sanctum est*). — Ogni riferimento al *ius gentium* manca nelle fonti giuridiche preadrianee (probabilmente itp. è Cels. D. 12.6.47). Il primo riferimento sicuro è in Pomp. D. 50.7.18 (17) (su cui v. però *infra* nt. 13.3) e forse in Pomp. D. 1.1.2, in cui però si avverte l'intervento dei compilatori (o comunque di glossatori postclassici).

espressione di esigenze comuni a tutti i popoli civili o addirittura a tutti gli esseri animati. Lo scopo di questa classificazione fu duplice: da un lato, si intese spiegare la diversa efficacia delle normative privatistiche quanto ai soggetti cui esse si applicavano; dall'altro, si intese graduare il valore di quelle normative quanto alla possibilità di modificarle. Man mano che l'importanza della distinzione tra *cives* e *peregrini*, sopra tutto a seguito della *constitutio Antoniniana* del 212 d.C., si ridusse, la seconda finalità prevalse sulla prima, dando luogo a formulazioni astrattizzanti che non sempre brillano per lucidità e coerenza. E al proposito bisogna nettamente distinguere tra due impostazioni dottrinarie: la dicotomia gaiana e la tricotomia ulpiano-giustinianea delle normative privatistiche.

13.1.1. La « dicotomia gaiana », formulata da Gaio nelle sue Istituzioni, parte dal presupposto che il diritto sia proprio dei soli esseri umani, anzi delle sole società politiche (« *populi* »), e distingue due tipi di *praecepta*: quelli propri e caratteristici di ogni singolo *populus*, costituenti il « *ius civile* » di ciascuno di essi; quelli dettati a tutti i popoli civili da una sorta di logica ad essi naturalmente comune (« *naturalis ratio* »), costituenti il « *ius gentium* ». Nella visione di Gaio, il *ius gentium* era un complesso di normative cui ogni singolo *ius civile* poteva liberamente derogare, ma che, in mancanza di esplicita deroga, doveva trovare diretta e immediata applicazione presso tutti i popoli, senza restrizione ai soli cittadini. In considerazione della *naturalis ratio* ad esso

---

13.1.1. La dicotomia gaiana si legge in Gai 1.1.: *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque 'ius civile', quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque 'ius gentium', quasi quo iure omnes gentes utuntur, itaque populus Romanus partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utitur.* — La coincidenza del *ius gentium* con il *ius naturale* risulta particolarmente chiara dall'esame di alcuni passi del secondo commentario, e particolarmente dall'esame di Gai 2.65-66: *Ergo ex his, quae diximus, adparet, quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili; nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum. Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam reli.* Cfr. anche Gai 2.73. — Sull'uso improprio di *ius naturale* e sul richiamo alla *natura*, cfr. Gai 1.156 (*At hi, qui per feminini sexus personas cognatione iunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati*), 1.158 (*... civilis quidem ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*), 1.19 e 2.136 (*filii naturales*), 1.104 e 3.40-41 (*liberi naturales*), 2.137 e 3.31 (*parentes naturales*), 3.119 a (*... ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adiciatur...*). — Su questi temi, da ultimi: Villoro Toranzo, *Aparición del iusnaturalismo en el pensamiento jurídico romano*, in *Juridica* 6 (1974) 717 ss.; Stein, *The development of the notion of « naturalis ratio »*, in *Daube noster* (1974) 305 ss.

sottostante, Gaio fu portato inoltre a denominare talvolta il *ius gentium* anche come « *ius naturale* », senza volere perciò differenziare due concetti. Tuttavia, per deficienza di rigore dogmatico, egli non sempre seppe applicare i concetti e le terminologie da lui stesso proposte con la necessaria esattezza, sicché: talvolta fu indotto a qualificare *iuris gentium* anche istituti civilistici, cioè propri della civiltà romana, per il solo fatto che erano stati resi applicabili anche ai *peregrini*; talaltra fece richiamo al *ius naturale*, alla *natura*, anche per sottolineare il fatto che certi istituti civilistici erano dettati da esigenze ovvie della natura umana, oppure per segnalare che certi istituti riconosciuti di fatto (« *naturaliter* ») non avevano tuttavia valore giuridico.

13.1.2. La « tricotomia ulpiano-giustinianea », formulata da Ulpiano e accolta da Giustiniano, ricalcò in buona sostanza la dicotomia gaiana, ma vi aggiunse un *tertium genus* chiaramente influenzato da dottrine filosofiche e, in età postclassica, chiaramente appoggiato alle visuali della religione cristiana. Il *tertium genus* fu costituito dal « *ius naturale* », inteso come il complesso dei precetti di convivenza dettati dalla natura a tutti gli esseri viventi, ivi compresi gli animali subumani:

13.1.2. La tricotomia ulpianea, formulata in Ulp. 1 *inst.*, si legge in D. 1.1.3, 4 e 6 pr.: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris et feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri. Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus.* In I. 1.2 pr.-2 i compilatori delle Istituzioni riproducono la sola definizione del *ius naturale*, che aggiungono alla formulazione dicotomica di Gaio, con ulteriori considerazioni piuttosto peregrine: ma tutta la trattazione delle Istituzioni giustinianee, essenzialmente ricalcata sul manuale di Gaio, è basata sulla dicotomia, e non sulla tricotomia. Molti hanno sostenuto il carattere postclassico-giustinianeo della tricotomia (ad es., secondo il Lombardi, Ulpiano avrebbe contrapposto al *ius civile* il solo « *ius naturale* », nel senso di « *ius gentium* » basato sulla *naturalis ratio*). Ma la tesi non convince: è fuor di dubbio che il dettato originario abbia subito manipolazioni postclassiche, ma la struttura del ragionamento ulpianeo (che stabilisce una gerarchia tra *ius naturale, gentium* e *civile*) è troppo unitaria perché possa ragionevolmente supporsi che esso non sia stato sin dall'inizio quello che è attualmente nella versione dei *Digesta*. — Dubbia la posizione di Paolo. La sua definizione del *ius naturale* (*id quod semper aequum ac bonum est*) si legge in D. 1.1.11, ove figura estratta dal libro 14 *ad Sabinum* ed è contrapposta alla definizione del *ius civile* (*quod omnibus aut pluribus in quoque civitate utile est*): ma, anche a voler ammettere la genuinità di questa dicotomia, è chiaro che la visuale di Paolo è radicalmente diversa da quella di Gaio e di Ulpiano. Da altri passi risulta comunque che Paolo adottava la dicotomia gaiana, anche se preferiva talvolta denominare « *ius naturale* » il *ius gentium*. L'ipotesi più attendibile è che il passo di D. 1.1.11 derivi da un glossema postclassico (così Lombardi, *Sul concetto* cit. 224 ss.).

precetti di particolare autorevolezza e stabilità, che costituivano (stando ad una formulazione attribuita a Paolo) « *quod semper aequum ac banum est* ». Per effetto di che cadde il presupposto che di diritto si possa parlare solo relativamente alle società politiche e tesero ad essere qualificati come istituti giuridici (di « *ius naturale* ») tutti gli istituti cui precedentemente fosse stata riconosciuta una rilevanza puramente sociale, di mero fatto.

13.2. Per *ius (privatum) civile* si intese dunque, a partire dal sec. II d.C., l'insieme dei *praecepta* privatistici costituenti « *ius proprium populi Romani* », cioè l'insieme delle normative privatistiche caratterizzanti il solo ordinamento giuridico romano. Di regola i *praecepta* del *ius civile* erano applicabili ai soli *cives Romani*, ma poteva darsi che fossero eccezionalmente estesi anche ai *peregrini* e cioè sottoposti al regime proprio dei *praecepta* del *ius gentium*: nel qual caso furono anche denominati impropriamente come precetti di *ius gentium*. La terminologia di « *ius civile* » non deve trarre in inganno e non deve comportare confusioni con il *ius civile vetus* o *novum*. Nucleo essenziale del *ius civile* in senso dogmatico fu certo costituito dal *ius civile vetus*, ma di esso facevano parte anche i *praecepta* del *ius honorarium* o del *ius novum* che fossero tipici della sola *civitas* romana. Al di fuori del *ius civile* in senso dogmatico erano invece, ovviamente, gli istituti

---

13.2. *Ius civile* in senso dogmatico fu, nel pensiero della giurisprudenza dei sec. II e III d.C. (e della giurisprudenza successiva), il « *ius proprium civium Romanorum* », quali che ne fossero le fonti. Ma ancora una volta va avvertito che la giurisprudenza romana fu tutt'altro che rigorosa e coerente nell'uso della terminologia « *ius civile* ». — A prescindere dal fatto che col termine di *ius civile* fu denominato anche il *ius civile novum*, è opportuno ricordare che spesso « *ius civile* » stette a designare tutto quanto l'ordinamento privatistico, cioè tutto quel che costituiva l'oggetto normale di studio della giurisprudenza romana: si pensi sopra tutto ai « *libri iuris civilis* » di molti giuristi e si confrontino altresì Iavol. D. 50.17.202 (*Omnis definitio in iure civili periculosa est rell.*) o Scaev. D. 42.8.24 (... *ius civile vigilantibus scriptum est*). — La esistenza di due diversi tipi di *praecepta iuris civilis*, alcuni applicabili ai soli *cives Romani* ed altri applicabili (con l'intervento in sede contenziosa del *praetor peregrinus*) anche agli stranieri, è stato uno dei motivi che ci hanno indotti, a suo tempo (*retro* n. 9.4), a differenziare il *ius civile* « *vetus* » dal *ius civile* « *novum* ». Altro dato caratteristico del *ius civile novum* fu che i suoi istituti ebbero generalmente, rispetto a quelli del *ius civile vetus*, effettivo carattere di novità, essendosi affermati nelle relazioni economiche tra Romani e *peregrini*. Occorre qui sottolineare, peraltro, che la giurisprudenza romana, pur avendo chiara la diversità tra i due tipi di *praecepta*, parlò indifferentemente per ambedue di « *ius civile* », senza ulteriori qualificazioni. Solo quando emerse, con l'età di Adriano, il concetto e la terminologia di « *ius gentium* » avvenne che ad esso fossero riferiti gli istituti del *ius civile novum* in considerazione sia del fatto che la più parte di questi poteva ritenersi dettata dalla *naturalis ratio* e sia del fatto che questi erano tutti applicabili a Romani e stranieri.

del *ius civile novum*, non solo perché relativi ad esigenze comuni a tutti i popoli, ma anche e sopra tutto perché applicabili anche agli stranieri.

13.3. Per « *ius (privatum) gentium vel naturale* » si intese, sempre a partire dal sec. II d.C., l'insieme dei *praecepta* pri-

---

13.3. Sul *ius gentium (vel naturale)* cfr., oltre alla letteratura già citata, Maschi, *Istituti accessibili agli stranieri e « ius gentium »* in *Ius* 13 (1962) 368 ss. — L'espressione *gentes* non indica nelle fonti soltanto gli « *omnes populi* », ma può indicare (eventualmente al singolare) le *gentes* costituenti la *civitas Romanorum*, con i relativi e specifici « *iura gentilicia* » (cfr. Cic. *de orat.* 1.39.176; Gai 3.17; Ulp. in Coll. 16.4.2). — Nel senso di diritto comune a tutti i popoli, « *ius gentium* » indica anche, nelle fonti, il cd. diritto internazionale (pubblico), quanto meno con riferimento ai principî consuetudinari dei rapporti internazionali. Il riferimento è chiarissimo in D. 50.7.18 (17) (Pomp. 37 *Q. Muc.*): *Si quis legatum hostium pulsasset, contra ius gentium id commissum esse existimatur, quia sancti habentur legati... itaque eum qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedi hostibus, quorum erant legati, solitus est respondere.* A nostro avviso, questo concetto « positivo » di *ius gentium* (che non è frequente incontrare nelle fonti giuridiche unicamente perché i giuristi erano solitamente polarizzati sugli istituti del *ius privatum*) facilitò l'adozione del concetto di *ius gentium* « *ex naturali ratione* » da parte dei giuristi postadrianei. — Sulla *stipulatio iuris gentium*, cfr. Gai 3.93: *Sed haec quidem verborum obligatio 'dari spondes? spondeo' propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent* (*infra* n. 79). Gaio sembra dimenticare che la *stipulatio* è un istituto romano e indica come conseguenza quella che, in fondo, è la ragione della qualifica « *iuris gentium* »: l'applicabilità anche ai *peregrini*. Ben diversamente egli ragiona in ordine ai *nomina transcripticia* (v. *infra* n. 81) in 3.133: *Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini merito quaeritur, quia quodammodo iuris civilis est talis obligatio.* Di fronte all'indiscutibile contrasto tra Gai 1.1 e Gai 3.93, vi è stato chi ha pensato al glossema dell'uno o dell'altro testo: nel primo senso, De Martino, *Variazioni postclassiche del concetto romano di « ius gentium »*, in *AUBA*. 6 (1945) 107 ss.; nel secondo senso, Solazzi, *Due note alle Istituzioni di Gaio*, in *ACIV*. 3 (1953) 307 ss.; per la critica, Lombardi, *Sulla presunta glossa in Gai 3.93*, in *SDHI*. 17 (1951) 279 ss. A nostro avviso, non è il caso di ipotizzare glossemi: Gaio si contraddice (inconsciamente), forse in parte giustificato dal fatto che la *stipulatio iuris gentium* ebbe una sorta di formazione autonoma nella prassi del commercio internazionale: cfr. Pastori, *Appunti in tema di « sponsio » e « stipulatio »* (1961) 185 ss.; Grosso, « *Syngraphae* », « *stipulatio* » *e* « *ius gentium* », in *Labeo* 17 (1971) 7 ss. — Altro modo per far partecipare i *peregrini* alla vita del diritto romano era quello della *fictio civitatis* nel processo formulare: il *iudicium* (concretato davanti al *praetor urbanus*) invitava il *iudex privatus* a giudicare nei confronti di un peregrino, fingendosi che si trattasse di un *civis Romanus*. Cfr. Gai 4.37: *Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi, veluti si furti agat peregrinus aut cum eo agatur. < Nam si cum peregrino agatur >, formula ita concipitur: « Iudex esto. Si paret < L. Titio ope > consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret » et reliqua. Item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur. Similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur.* Questo espediente (sul quale v. *infra* n. 17.8) fu evidentemente escogitato in epoca anteriore alla creazione del *praetor peregrinus* e in ordine a certi casi eccezionali, in cui al *praetor urbanus* dovette sembrare iniquo non ammettere al processo giurisdizionale, come attore o come convenuto, qualche singolo cittadino straniero. Dopo la creazione del *praetor peregrinus*, il sistema decadde, ma non scomparve del tutto (e ce ne fa fede Gaio), forse a causa del fatto che l'incidenza dei *peregrini* con certi istituti del *ius civile vetus* (quali il *furtum* e il *damnum iniuria*

vatistici costituenti «*ius commune omnium hominum*» perché dettati a tutti i popoli civili da una conforme logica naturale («*naturalis ratio*»), cioè da identiche esigenze di regolamento in certi modi della loro interna convivenza. Poteva trattarsi tanto di normative recepite dal diritto privato romano (e quindi tradotte in discipline romane), quanto di normative estranee al diritto positivo romano ma da esso non contraddette attraverso l'istituzione di diverse normative. Dato comune ed essenziale a tutti i *praecepta iuris gentium* era l'applicabilità non solo ai Romani, ma anche ai *peregrini* (questi ultimi, logicamente, davanti al tribunale del *praetor peregrinus*). Appunto perciò gli istituti propriamente civilistici, che fossero stati estesi anche ai *peregrini*, furono talvolta qualificati *iuris gentium* e i giuristi romani qualificarono spesso *ius gentium* il *ius civile novum*. Caso tipico di istituto civilistico qualificato *iuris gentium* fu quello della cd. «*stipulatio iuris gentium*», accessibile agli stranieri purché fosse contratta senza l'uso del verbo *spondere*, ma con l'uso di verbi equivalenti.

13.4. Per *ius (privatum) naturale*, se ed in quanto distinto dal *ius gentium*, si intese infine, a partire presumibilmente da

---

datum) era assai rara, sicché non valeva la pena di rendere anche tali istituti (alla stregua della cd. *stipulatio iuris gentium*) normalmente accessibili anche ai *peregrini*. — Un problema discusso è se i Romani avessero norme di cd. diritto internazionale privato, se cioè essi ammettessero i *peregrini*, almeno in ordine a determinati rapporti giuridici, ad usare del proprio diritto cittadino, anziché del diritto romano: da ultimo, Pastor Ridruejo, *Sobre la existencia de un derecho internacional privado en Roma*, in *Est. Sanchez del Rio* (1967) 143 ss. A nostro avviso (v. *amplius*, con rassegna degli altrui punti di vista, in *Labeo* 7 [1961] 266 ss., in occasione della recenzione di Quadri, *Lezioni di diritto internazionale privato*³ [1961]), salvo che in qualche caso sporadico, i Romani non sentirono la necessità di riconoscere la applicabilità in Roma e davanti ad un magistrato romano di un diritto straniero in quanto tale: le fonti che si adducono (principalmente: Gai 3.120, Ulp. 20.14 e 22.2, Dosith. 12) sono troppo avare di indizi sicuri. L'argomento che solitamente si invoca a sostegno della tesi affermativa è che il *ius gentium* (o per meglio dire, il *ius civile novum*) non si occupava dello *status* delle persone, dei rapporti familiari, della successione nei rapporti giuridici a causa di morte; ma ciò dipendeva anche dal fatto che queste materie erano per l'ordinamento romano di diritto cogente, sicché è difficile ammettere che esse potessero essere regolate validamente secondo le norme di un diritto straniero. Fino a prova convincentemente contraria, il criterio di fondo cui i Romani fecero ricorso per i loro rapporti con stranieri fu quello della «romanizzazione»: romanizzazione degli stranieri (mediante concessione della *civitas* o *fictio civitatis*), romanizzazione delle procedure giurisdizionali (mediante l'attività del *praetor peregrinus*), romanizzazione di taluni istituti giuridici stranieri (es.: *singraphae* e *chirographa*, *infra* n. 80; *fœnus nauticum*, n. 82; cd. *lex Rhodia de iactu*, n. 87). Comunque, anche l'influenza dei diritti stranieri (in ispecie, orientali) su quello romano fu molto limitata: cfr. Volterra, *Diritto romano e diritti orientali* (1937).

13.4. Sul *ius naturale*, oltre alla letteratura già citata, cfr.: Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* (1937); Nocera, «*Ius naturale*» *nella esperienza giuridica romana* (1962). — Le fonti si richiamano molto spesso alla «*natura*», mentre parlano assai di rado di «*ius naturale*» (o di «*iura naturalia*»): Gai 1.156 e 158; Gai 2.65 e 73; D. 1.1.4, 1.6

Ulpiano, l'insieme dei *praecepta* privatistici corrispondenti ad esigenze primarie, naturalistiche e perenni di tutti gli esseri animati. Questa concezione si confondeva spesso, in età classica, col puro e semplice rilievo che certi istituti sociali, pur se privi di sanzione giuridica, esprimevano una situazione rilevante sul piano pratico, naturale. In periodo postclassico la concezione acquistò carattere preminente soprattutto a causa del dilagare dell'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. Non si rifuggì, in questo ambiente sempre più permeato di idee cristiane, dalla concezione di un vero e proprio diritto naturale a fondamento divino: *naturalia iura* che « *divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent* ». Derogare a questo ordinamento supremo non era lecito né al *ius civile*, né al *ius gentium*: tuttavia, ove eccezionalmente la deroga si verificasse, si ammetteva che fosse dovuta obbedienza al precetto derogatorio e non alla regola di *ius naturale*.

13.5. Collegata alla nozione postclassica di *ius naturale* è la distinzione, pure postclassica, tra *ius strictum* e *ius aequum*. Essa si formò, limitatamente all'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* », o anche di « *bonum et aequum* », o di « *iustitia* ». È assai improbabile che i giuristi dell'età preclassica e del primo secolo del pe-

---

pr., 1.1.11, 1.8.2 pr. e 1, 1.8.3, 4.5.8, 9.2.50, 12.6.64, 16.3.31 pr., 23.2.14.2, 37.4.87, 38.6.4, 38.10.4.2, 43.18.2, 44.7.58(59), 50.17.32; I. 1.2.11; D. 50.17.206 (*ius naturae*); D. 43.16.1.27 (*ius natura comparatur*); D. 1.5.24, 47.2.1.3 (*lex naturae, naturalis*); D. 2.14.27.2 (*quod lex naturae eius tribuit*). Molti tra questi passi sembrano interpolati. La definizione dei *naturalia iura* riportata nel testo si trova in I. 1.2.11.

13.5. Sulla *aequitas magistratus*, che presiedette alla formazione degli istituti del *ius honorarium*, v. *retro* n. 9.7.1. — Sulla concezione filosofica di *aequitas* (come *bonum et aequum* o *iustitia*), cfr.: Cic. *de invent.* 2.53: *Iustitia est aequitas, ius unicuique tribuens pro dignitate cuiusque;* D. 1.1.10 pr.-1 (Ulp. 1 *reg.*): *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.* (1) *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*; D. 1.1.1 (Ulp. 1 *inst.*): *Est autem (ius) a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.* — Su questi testi e sui temi che da essi prendono avvio cfr. la letteratura indicata in Guarino, *sv. Equità* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, a cui *adde*: Maschi, *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, in *St. Betti* 3 (1962) 413 ss., nonché *Filosofia del diritto e diritto positivo, L'esperienza antica* (etc.), in *St. Donatuti* 2 (1973) 709 ss.; Nörr, « *Divisio* » *und* « *partitio* », *Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie* (1972) *passim*; Ciulei, *L'équité chez Cicéron* (1972); Biscardi, *Riflessioni minime sul concetto di* « *aequitas* », in *St. Donatuti* 1 (1973) 137 ss.; ampiamente, con riferimento anche ai rapporti di diritto pubblico, Pinna Parpaglia, « *Aequitas in libera republica* » (1973); da ultimo, Watson, *Law making in the later Roman Republic* (1974) 173 ss.

riodo classico abbiano fatto ricorso a questa nozione astrattizzante dell'*aequitas*: essi e i magistrati coevi intendevano per « *aequum esse* », molto più realisticamente, la rispondenza di un regolamento giuridico, e in particolare di una innovazione onoraria, alle istanze sociali (istanze che spesso deploravano la sussistenza di istituzioni vecchie e inattuali). Solo nella fase adrianea del periodo classico la giurisprudenza romana, adeguandosi alla concezione filosofica dell'*aequitas*, discettò talvolta anch'essa di una *aequitas* superiore, cui si era particolarmente ispirata l'azione dei magistrati giusdicenti, generatrice a sua volta del *ius honorarium*, e pose quindi una differenza tra istituzioni giuridiche conformi ed istituzioni giuridiche non conformi al parametro di una giustizia ideale, superiore agli interessi di parte e contemperatrice di tutte le diverse esigenze sociali.

13.5.1. In periodo postclassico, sia per la decadenza della cultura giuridica e sia per l'influenza delle concezioni cristiane, di *aequitas* e di *ius aequum* si parlò spesso anche in altra accezione degenerativa, cioè nel senso di benevola considerazione delle esigenze specifiche di questa o quella parte, quindi di « *humanitas* » o « *caritas* », quindi di impulso a derogare al rigore del diritto in vista di situazioni personali particolarmente pietose. In altri termini, la contrapposizione tra *ius strictum* e *ius aequum* assunse anche il valore di contrasto tra un diritto troppo rigidamente concepito e attuato e un diritto concepito ed attuato con criteri di illuminata 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*.

13.6. Con riguardo alle fonti normative, la tarda giurisprudenza classica distinse, ancora, tra *ius ex scripto* e *ius ex non*

13.5.1. Sulla degenerazione postclassica dell'*aequitas*, cfr. spec.: Pringsheim, *Römische « aequitas » der christlichen Kaiser*, in *Acta* 1 (1935) 119 ss.; Biondi, *Diritto romano cristiano* 2 (1952) 44 ss., 148 ss.; Wubbe, « *Benigna interpretatio* » *als Entscheidungskriterium*, in *Fs. Herdlitcka* (1972) 295 ss.; Broggini, *Riflessioni sull'equità*, in *Jus* 22 (1975) 1 ss.

13.6. Sulla dicotomia *ius ex scripto - ius ex non scripto* e sul problema della *consuetudo*, da ultimi, con bibliografia: Schmiedel, « *Consuetudo* » *im klassischen und nachklassischen römischen Recht* (1966); Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, in *Fs. Felgenträger* (1969) 353 ss.; Mayer-Maly, « *Necessitas constituit ius* », in *St. Grosso* 1 (1969) 177 ss.; Gallo, *Interpretazione e for-*

scripto (o « *ius sine scripto* »), a seconda che il diritto scaturisse da fonti di produzione solitamente e tipicamente scritte, quali le *leges* e i provvedimenti di governo equiparati, oppure da fonti di produzione solitamente e tipicamente indipendenti da formulazione scritta, quali gli antichi *mores maiorum* e tutta l'attività della *interpretatio prudentium*, che attorno a quei *mores* aveva costruito il sistema del *ius civile*. Nella individuazione del *ius ex non scripto* la giurisprudenza classica, insomma, non andò al di là del *ius civile* (*vetus* e *novum*): limitatamente al quale essa, d'altronde, non tenne conto del fatto che ormai i *responsa* giurisprudenziali erano tutt'altro che tipicamente orali, essendo divenuta abitudine costante documentarli con testimonianze scritte (« *testationes* »).

13.6.1. Tra le fonti del diritto (non scritto) la giurisprudenza classica non usò annoverare, a prescindere dai *mores* civilistici, la « *consuetudo* ». Ciò non perché essa escludesse in astratto la possibilità che

---

mazione consuetudinaria del diritto (1971); Kunkel, *Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht in der römischen Republik*, in *Romanitas* 9 (1971) 357 ss., ora anche in *Kl. Schr.* (1974) 367 ss.; Bove, *La consuetudine in diritto romano*, 1. - *Dalla repubblica all'età dei Severi* (1971); Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht* (1975). — Sulla *desuetudo* in particolare: Thomas, « *Desuetudo* », in *RIDA*. 12 (1965) 469 ss.; Nardi (E.), *Norme sulla carta*, in *AG*. 187 (1974) 33 ss. Per il nostro punto di vista v., *amplius*, *La consuetudine e la legge* cit. La discussione su questi temi è apertissima, essendo assai controverso e controvertibile se ed in che misura (ed a partire da quando) i giureconsulti preclassici e classici abbiano dato rilevanza giuridica a concetti e distinzioni che erano già indubbiamente correnti da epoche risalenti nell'ambiente dei filosofi e dei retori. — Sicuramente classico è lo spunto della distinzione tra diritto scritto e non scritto in Pomp. D. 1.2.2.5 e 12 (*ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus; proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*): Berger, *From «ius civile» to 'civil law'*, in *Fs. Kisch* (1955) 1 ss.

13.6.1. L'ammissione in astratto della consuetudine come fonte dell'ordinamento si legge in Gai 1.1: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, rell.* Il silenzio degli elenchi giurisprudenziali classici in ordine alla « fonte » costituita dalla consuetudine dipende certamente dal fatto che questi elenchi erano *partitiones* non esaustive di tutte le fonti (cfr. Nörr, « *Divisio* » *und* « *partitio* » cit.), ma dipende anche dal fatto che i giuristi classici non si preoccupavano tanto di identificare le fonti di produzione del diritto vigente, quanto si preoccupavano di indicarne le fonti di cognizione: cfr. Gai 1.2 e Guarino, *La consuetudine e Polonio*, in *Labeo* 21 (1975) 69 ss. — Per la dottrina giulianea della *consuetudo* cfr. il tormentatissimo D. 1.3.32 (Iul. 84 *dig.*), di cui la nostra ricostruzione (Guarino, *L'ordinamento* cit. 190 s.) è la seguente: *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod* [*moribus et*] *consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet.* (1) *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur* [*et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum*]. *Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes* [*: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*] [*Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*].

gli ordinamenti giuridici derivino anche da fonti consuetudinarie, ma perché in concreto la formazione di consuetudini postcivilistiche era stata ostacolata in Roma da peculiari condizioni storiche: dapprima, dall'intervento delle *leges publicae*, di poi da quello degli editti magistratuali e delle *constitutiones principum*, che svolsero tutti la funzione di dar corpo di norme giuridiche o di principî obbligatori ad esigenze sociali largamente diffuse, prima ancora che esse si trasformassero, attraverso la pratica generale e costante, in consuetudini autonomamente vincolanti. Solo i giuristi dell'età adrianea, a cominciare da Giuliano, presero qua e là a segnalare la esistenza di consuetudini particolari e ad affermare che anche esse dovessero essere rispettate dai cittadini, sempre che fossero *secundum legem o praeter legem*, mai cioè contrarie alle leggi. Una affermazione generale (e comunque solo teorica) del principio di parità tra consuetudine e leggi « *inveterata consuetudo pro lege custoditur* ») ed una identificazione completa delle consuetuidini postcivilistiche con i *mores civilistici* fu opera solo della scuola postclassica.

13.6.2. In funzione dell'accennata evoluzione, la dicotomia *ius ex scripto - ius ex non scripto* assunse, in età postclassica, un valore nuovo, corrispondente alla distinzione razionalistica greca aristotelica tra νόμοι ἔγγραφοι e νόμοι ἄγραφοι. Per « *scriptum ius* » si intesero tutte le fonti giuridiche che si manifestassero documentalmente: *leges publicae, plebiscita, senatusconsulta, edicta magistratuum, constituciones principum* e gli stessi *responsa prudentium* classici, ormai noti esclusivamente attraverso edizioni. Per « *ius ex non scripto* » si intese quello derivante dai « *diuturni mores consensu utentium comprobati* ». Il diritto consuetudinario aveva, peraltro, un limite: di non poter andare *contra rationem iuris* (contro i principî dell'antico *ius*) o *contra legem* (contro le *leges* imperiali), cioè di non poter modificare né i *iura*, né le *leges*.

13.6.2. La distinzione tra νόμοι ἔγγραφοι e νόμοι ἄγραφοι è in Aristot. *pol.* 3.16 e *rhet.* 1.10. Per la visione postclassica v. soprattutto I. 1.2.3 e 9-10: (3) *Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos:* τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. *Scriptum ius est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.* (9) *Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.* (10) *Et non ineleganter in duas species ius civile distributum videtur. Nam origo eius ab institutis duarum civitatium, Athenarum scilicet et Lacedaemonis, fluxisse videtur: in his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observarent, memoriae mandarent, Athenienses vero ea, quae in legibus scripta reprehendissent, custodirent.* Cfr. anche Ulp. D. 1.1.6.1 itp. — Per i limiti della *consuetudo*, cfr. Constan. CI. 8.52.2 (a. 319): *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.*

13.7. Nel quadro del *ius ex scripto* la giurisprudenza romana preclassica e classica non mancò di distinguere tra provvedimenti normativi veri e propri e provvedimenti legislativi (o equiparati) meramente formali, relativi a casi singoli o a persone determinate. A questi ultimi essa dette il nome di *privilegia*, suddistinguendoli all'occorrenza in *privilegia* sfavorevoli al destinatario (« *leges in privos latae* »: es., la famosa *lex Clodia de exsilio Ciceronis* del 58 a.C.) e *privilegia* favorevoli (anche detti « *beneficia* »). Procedendo oltre su questa strada, la giurisprudenza classica parlò di *privilegia*, e segnatamente di « *beneficia* », anche in relazione a provvedimenti relativi a ceti sociali o a categorie cittadine determinate (ad esempio, i *milites*). Il complesso dei *beneficia* attribuiti ad un unico ceto o ad un'unica categoria fu talvolta anche denominato « *ius* » (es.: *ius militare*), ma fu comunque sempre considerato rigorosamente a parte dal « *ius commune* », perché ovviamente applicabile al solo ceto o alla sola categoria considerata.

13.7.1. In età postclassica si volle dalle scuole trasportare la contrapposizione del *privilegium* al *ius commune* dal piano meramente

---

13.7. Sui *privilegia* e su tutto il problema del *ius singulare*: Orestano, « *Ius singulare* » e « *privilegium* » *in diritto romano*, in *AUMA*. 11 (1937) 5 ss. 12-13 (1939) 5 ss.; Guarino, *Il problema dogmatico* cit., ora anche in *L'ordinamento* cit. 460 ss.; Melillo, *sv.* « *Ius singulare* » e *sv.* « *Privilegium* », in *NNDI.*; recente, ma superficiale ed inaccettabile, Alsa Garìn, *El concepto de* « *ius singulare* » *en derecho romano* (1968); da ultimo, Longo (G.), « *Ius singulare* », in *Ét. Macqueron* (1970) 451 ss. — Cfr. anche, per singole applicazioni: Gualandi, *Privilegi imperiali e dualità legislativa nel Basso Impero alla luce di alcuni testi di Libanio*, in *AG.* 156 (1959) 5 ss.; Taubenschlag, *Die kaiserlichen Privilegien im Rechte der Papyri* (1950), ora in *Opera minora* 2 (1959); Garnsey, *Social status and legal privileges in the Roman empire* (1970) *passim*. — Contro l'emanazione di disposizioni di privilegio pare si siano espresse le XII tavole: « *privilegia ne inroganto* » (cfr. Cic. *leg.* 3.4.11). — Quanto al termine *beneficium*, si avverta che esso non è usato sempre in senso tecnico: spesso esso sta ad indicare, genericamente, una posizione di favore in cui viene a trovarsi un soggetto di fronte ad altri.

13.7.1. Per la dimostrazione del carattere postclassico e scolastico del *ius singulare* (che non corrisponde alla *communis opinio*) e con particolare riguardo alla definizione (itp.) di Paul. D. 1.3.16 (*ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*) ed alla regola (itp.) « *quod vero contra rationem reli.* » di Paul D. 1.3.14: Guarino, *Il problema dogmatico* cit. — Il valore pratico della distinzione tra *ius commune* e *ius singulare*, nella visione postclassica, era in ciò, che il *ius singulare*, contrario alla *ratio iuris* (del *ius vetus*), non poteva essere applicato a casi analoghi a quelli da esso previsti: *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* (Paul. D. 1.3.14). Il che non valeva soltanto per le concessioni di privilegio, la cui inapplicabilità per analogia era implicita nella determinazione dell'oggetto, ma per tutte le *constitutiones principum*. Tuttavia, nella compilazione giustinianea questo significato pratico della distinzione entrò in contrasto col proposito di Giustiniano di evitare commenti e interpretazioni del materiale di *iura* raccolto nei *Digesta;* sicché la dicotomia finì per assumere un valore puramente astratto.

positivo a quello razionale e si coniò, in derivazione del concetto di *privilegium*, quello di « *ius singulare* », cioè di diritto contrario ai principî generali. Dato che i *privilegia* erano ormai tutti di concessione imperiale, il *ius singulare* era, dunque, costituito da *constitutiones principum* (« *auctoritate constituentium* »); anzi esso passò progressivamente ad identificarsi con tutto quanto il *ius novum*, contrapponendosi al *ius vetus*, identificato con il *ius commune*. In altri termini, nella dicotomia « *ius commune - ius singulare* » finì per riflettersi, sebbene molto nebulosamente, la dicotomia « *iura - leges* ».

14. La materia del « ius privatum ».

14.1. Un panorama succinto della materia del *ius privatum*, dei rapporti che esso attraverso i secoli prescelse come suoi proprî, sarà utile completamento delle linee generali dianzi tracciate. Baseremo la classificazione sulla differenza tra rapporti assoluti e rapporti relativi e distingueremo, più precisamente, quattro categorie: rapporti assoluti in senso proprio, rapporti assoluti in senso improprio, rapporti relativi di debito, rapporti relativi di responsabilità.

14.2. I rapporti assoluti in senso proprio del *ius privatum* vanno differenziati, con riferimento ai loro oggetti tipici, in

---

14.1. Sulla distinzione tra rapporti assoluti e relativi e sulle suddistinzioni connesse *retro* n. 2. — L'assetto della materia privatistica che qui si cerca di rappresentare è quello, più completo e articolato, cui si pervenne nel periodo classico e cui, pur con sostanziose varianti nel regolamento dei rapporti, fondamentalmente i Romani si attennero anche nel periodo postclassico. All'economia del discorso sono pertanto estranee sia l'individuazione dei processi formativi degli istituti (per i quali rinviamo ai cenni di volta in volta forniti a proposito del *ius Quiritium* e dei sistemi normativi che via via seguirono), sia la descrizione delle vicende dei rapporti e dei modi di tutela ad essi relativi. — Torna necessario alla comprensione di tutto il *ius privatum* romano ribadire l'importanza centrale che in esso rivestì la vicenda della successione nel patrimonio del soggetto defunto (o altrimenti venuto meno, per cause che vedremo a suo tempo, allo stato di *sui iuris*). Fuori del *ius privatum* la regola era che « *mors omnia solvit* », sì che la sparizione del soggetto implicava l'estinzione dei suoi poteri (i poteri di magistrato, ad esempio) e dei suoi obblighi (ad esempio, gli obblighi posti in essere da una condanna criminale); in ordine al *ius privatum* la regola era invece (e sempre meno comportò eccezioni) l'inversa. Il patrimonio privato (sia di diritti che di doveri giuridici) non andava perciò né distrutto, né (salvo forse che nei primissimi tempi) disperso, ma rimaneva in famiglia (dividendosi tra i discendenti di primo grado) oppure era attribuito, per singoli cespiti o nella sua totalità, a coloro che il soggetto giuridico avesse previdentemente designato in vita, mediante il *testamentum*, come suoi successori a titolo particolare o a titolo universale. Per i particolari: *infra* cap. VI (n. 35-41).

14.2. Anche e sopra tutto per la comprensione dei rapporti assoluti in senso proprio è essenziale la riflessione sul momento genetico costituito

tre gruppi: rapporti familiari, rapporti parafamiliari, rapporti dominicali. Non risulta che essi abbiano avuto denominazioni tecniche, almeno in quanto « rapporti » intersubbiettivi. Le denominazioni usuali sono tutte riferite alla considerazione del potere giuridico del soggetto attivo o delle principali facoltà ad esso spettanti.

14.2.1. I «rapporti assoluti familiari», tutti più o meno intensamente ricollegati al precedente quiritario della *manus* (o *mancipium*), erano quelli intesi ad assicurare al *pater familias* la sua autorità domestica sui membri liberi della sua *familia*, cioè su individui che, pur essendo liberi e cittadini romani, erano a lui sottoposti. Soggetto attivo ne era dunque il *pater familias* maschio (non la donna *sui iuris*), vale a dire ogni individuo di sesso maschile che fosse esente dalla sottoposi-

---

dalla *manus* (o *mancipium*) del *ius Quiritium* e dalla sua progressiva dissoluzione. Sul punto, diffusamente: *infra* cap. VII (n. 42-46). — Ai fini della comprensione di quanto qui sommariamente accennato è comunque opportuno anticipare alcuni elementi relativi alla differenza tra *manus* e *possessio* nell'ambito della prima età arcaica. La « *manus* » (o « *mancipium* »), il solo istituto tutelato dal *ius Quiritium*, aveva per soggetto attivo il *pater familias* e per oggetto la « *familia* », cioè le persone *in potestate* e le *res familiares* (più tardi denominate « *res mancipi* ») indispensabili al funzionamento dell'aggregato familiare. La « *possessio* », istituto extragiuridico (extraquiritario), faceva anch'essa capo, di regola, ad un soggetto *pater familias* (solo i *patres familiarum* erano pienamente cittadini), ma aveva ad oggetto la « *pecunia* », cioè i beni (più tardi denominati « *res nec mancipi* ») che non erano strettamente necessari al funzionamento familiare e che costituivano « ricchezza » in senso economico (principalmente i *pecora*). Mentre il trasferimento (in pratica assai raro) dei cespiti familiari era subordinato alla formalità e alla pubblicità della *mancipatio*, quello della *pecunia* avveniva molto semplicemente con la semplice consegna (*traditio*). Mentre l'appartenenza della *familia* al *pater* prescindeva dall'effettivo e continuo esercizio della *potestas* da parte di costui, l'appartenenza delle *res non familiares* era connessa con la effettiva disponibilità delle *res* da parte del *possessor*.

14.2.1. Sui rapporti assoluti familiari *infra* n. 23 e cap. VIII (n. 47-51). — Per quanto riguarda l'istituto dell'autorità maritale nel rapporto scaturente dal cd. *matrimonium sine manu*, più che di derivazione dal *mancipium* si deve parlare di analogia col *matrimonium cum manu*. La dipendenza della *uxor* al *maritus* o al *pater familias* scaturiva *ipso iure* dal matrimonio *cum manu*. Ma nel matrimonio *sine manu* l'indipendenza della moglie dal *pater familias*, pur essendo sostenibile a stretto rigor di diritto, non poteva essere per converso assoluta. Il fatto che la moglie dovesse vivere sotto lo stesso tetto del marito o del suo *pater familias*, il fatto che i figli nati da lei fossero giuridicamente *in potestate patris*, il fatto che la violazione della fedeltà coniugale da parte della moglie (non del marito) implicasse il *crimen* di *adulterium*: ecco le tre ragioni principali per cui ebbe rilevanza giuridica l'autorità maritale anche a seguito di matrimonio libero. — La struttura potestativa dei rapporti familiari subì ovviamente considerevoli mitigazioni con l'andar del tempo, sopra tutto in età classica e in età postclassica. Si trattò tuttavia più di mitigazioni *de facto* che di mitigazioni *de iure*; più di mitigazioni suggerite dal progresso sociale e politico (che esigeva la equiparazione dei *filii* adulti ai *patres*, così come, del resto, già riconosciuto *ab antiquo* nella sfera del cd. *ius publicum*) che di mitigazioni sancite esplicitamente dal *ius privatum*. Le ragioni del fenomeno sono varie, e non tutte chiare. Principalmente esse vanno riferite al tipo di organizzazione economica della società romana: organizzazione che fu sempre fondata sul nucleo familiare come unità elementare della vita economica.

zione alla *patria potestas* di un altro. A seconda dell'oggetto giuridico si distingueva tra quattro tipi diversi di rapporto: *patrias potestas, potestas* sui *liberi in mancipio, manus maritalis,* autorità maritale. La « *patria potestas* » era relativa ai *filii* ed agli ulteriori discendenti da unione matrimoniale, nonché a persone equiparate ai *filii* ed ai *nepotes* in virtù di adozione: scomparso il *pater,* i *filii* maschi divenivano *patres familiarum* a loro volta nei confronti delle rispettive mogli e dei rispettivi discendenti, mentre le *filiae* femmine divenivano *sui iuris,* cioè autonome, ma incapaci, si è detto, di *patria potestas.* La *potestas* sui « *liberi in mancipio* » era relativa ad alcune persone libere, ma prive di ogni legame di parentela reale o fittizia col *pater,* che fossero state a lui assoggettate per altre svariate ragioni (es.: per essere state da lui acquistate presso i rispettivi *patres familiarum*). La « *manus maritalis* » era relativa alle donne provenienti da altre *familiae* che fossero entrate nella *familia* del *pater,* generalmente (non sempre) a scopo di matrimonio con lui o con i suoi discendenti, come subordinate totalmente al suo potere, a guisa quindi di *filiae familias* (« *loco filiae* »): scomparso il *pater,* la sua *uxor in manu* diveniva *sui iuris,* mentre le *uxores in manu* dei *filii* e dei *nepotes* passavano ad essere sottoposte ai rispettivi *patres familiarum.* L'« autorità maritale » (in ordine alla quale non esiste una denominazione precisa) era relativa alle *mulieres* che si fossero unite in matrimonio col *pater* o con uno dei suoi discendenti, ma avessero avuto cura di evitare la gravosa sottoposizione alla *manus*: sostanzialmente la fattispecie era analoga a quella della *manus maritalis,* ma formalmente (anche e soprattutto dal punto di vista patrimoniale) la *uxor* era indipendente e poteva facilmente liberarsi dal vincolo e dalla correlativa subordinazione al *maritus* o al suo *pater familias* mediante il *divortium.*

14.2.2. I « rapporti assoluti parafamiliari » erano anch'essi fondamentalmente connessi alla *manus* quiritaria, ma in età classica ave-

---

14.2.2. Sui rapporti assoluti parafamiliari *infra* cap. IX (n. 52-56). La « *tutela impuberum* » era relativa ai soggetti giuridici (maschi e femmine) che non avessero ancora raggiunto la pubertà: aveva carattere sostitutivo nell'ipotesi dei *pupilli* più piccoli (es.: gli *infantes*), mentre aveva carattere eminentemente integrativo della volontà del pupillo (carattere cd. di « *auctoritas* ») nell'ipotesi dei *pubertati proximi.* La « *tutela mulierum* », vero e proprio relitto di concezioni ormai superate, era relativa alle donne *sui iuris* che avessero raggiunto la pubertà: aveva carattere esclusivamente di *auctoritas* integratrice della volontà della *mulier,* ma nella realtà l'*auctoritas tutoris* era generalmente prestata a puro titolo formale. La « *cura furiosi* » era relativa agli insani di mente ed aveva pertanto necessariamente carattere sostitutivo di una volontà che per definizione non era responsabilmente manifestabile. La « *cura prodigi* » riguardava i soggetti che fossero stati riconosciuti sperperatori delle proprie sostanze e che quindi ponessero a rischio di rovina l'ag-

vano ormai solo una parvenza di rapporti potestativi. Oggetto dei rapporti assoluti parafamiliari non erano, infatti, i *filii*, ma erano gli individui *sui iuris* (quindi esenti da *patria potestas*, e cioè soggetti giuridici a pieno titolo) quando fossero tuttavia considerati, per ragioni di età o di minorazioni varie, « incapaci di agire », cioè inidonei a compiere responsabilmente gli atti giuridici (o certi atti giuridici): per il compimento di tali atti il diritto esigeva, pertanto, che essi fossero assistiti o eventualmente sostituiti da un altro soggetto giuridico pienamente capace, il « *tutor* » o il « *curator* ». Soggetto attivo del rapporto era appunto il tutore o il curatore, le cui facoltà in ordine all'assistito variavano di intensità a seconda del grado di incapacità di quest'ultimo, quindi del tipo di integrazione di cui quest'ultimo avesse bisogno. Si distinguevano, in riferimento all'oggetto giuridico: la *tutela* dei soggetti giuridici impuberi, la *tutela* delle donne *sui iuris*, la *cura* dei soggetti giuridici malati di mente, la *cura* dei soggetti che avessero dato prova di grave prodigalità, la *cura* dei soggetti puberi (e maschi) di età minore ai venticinque anni, varie altre ipotesi di *cura debilium personarum*.

14.2.3. I « rapporti assoluti dominicali » (denominati, sotto l'angolo visuale della situazione attiva, come rapporti attinenti al « *domi-*

---

gregato familiare. La « *cura minorum* » era predisposta per i soggetti maschi e puberi che peraltro non avessero compiuto l'età di 25 anni, considerata come l'età della piena maturazione: i poteri del *curator* erano poteri di sorveglianza in ordine all'amministrazione del patrimonio del minore, con facoltà di intervento di vario tipo. La « *cura debilium personarum* » era relativa a soggetti giuridici manchevoli di una piena agibilità nella vita di relazione (es.: muti, sordi) ed era intesa ad integrarli, nel compimento degli atti giuridici, limitatamente alle loro deficienze. — La struttura potestativa di questi rapporti era sicuramente molto accentuata in età arcaica (e se ne ravvisano le tracce negli istituti di più antica formazione, come la *tutela* o la *cura furiosi*). Le mitigazioni *de iure*, e non soltanto *de facto* del regime originario (addirittura la sollecita trasformazione degli istituti arcaici in istituti di « assistenza ») non si spiegano soltanto con la generica tendenza all'abolizione (nei limiti del possibile) delle strutture potestative relativamente agli uomini liberi e cittadini. Esse si spiegano, in linea specifica, proprio con la persistenza dell'organizzazione potestativa delle *familiae*: un soggetto giuridico (sopra tutto se maschio, e quindi capo di una *familia*) non poteva e non doveva sottostare al potere di un altro soggetto giuridico (il *tutor*, il *curator*) se non nella stretta misura in cui ciò fosse necessario ad evitare un suo comportamento irriflessivo o comunque irresponsabile, che avrebbe potuto avere dannosi riflessi sulle sorti economiche del gruppo familiare.

14.2.3. Sui rapporti assoluti dominicali *infra* n. 27 e cap. X (n. 57-62). — Istituti affini al dominio quiritario erano, in età classica: il cd. « *in bonis habere* » del *ius praetorium*, che era appunto una maniera escogitata dal pretore per far sì che certi soggetti in certe condizioni, pur non avendo tutti i requisiti per essere *domini ex iure Quiritium*, fossero tutelati giudiziariamente alla stregua di un *dominus* civilistico finché non avessero acquistato il *dominium ex iure Quiritium* in uno dei modi previsti dal *ius civile*; e la cd. « *possessio vel usufructus* » dei « *fundi provinciales* » (cioè dei fondi siti al di fuori dell'*ager Romanus*), la quale riceveva dagli *edicta provincialia* una tutela analoga a quella del *dominium ex iure Quiritium*. In

nium ») erano quelli riguardanti l'utilizzazione e l'impiego, da parte del soggetto giuridico (*pater familias* o *mulier sui iuris*) delle « *res* », cioè dei beni economici (cose inanimate, animali subumani), e degli schiavi agli stessi in certo modo equiparati. Prototipo ne era il « *dominium ex iure Quiritium* », ricollegandosi in parte al *mancipium* del *ius Quiritium* e in parte alla *possessio* dei beni non familiari (« *res nec mancipi* ») sempre dell'epoca più antica: questo istituto del *ius civile vetus* comportava per il soggetto attivo (il « *dominus ex iure Quiritium* ») facoltà estesissime di sfruttamento (sino alla distruzione) sulle cose mobili e sui *fundi* siti *in agro Romano* che egli avesse acquistato in certi modi rigidamente determinanti. Sottospecie del *dominium ex iure Quiritium*, con punti di contatto maggiori con la *manus* quiritaria, era la « *potestas dominica* » sugli schiavi (« *servi* »): i quali differivano dalle altre *res* per il fatto che il *dominus* ne poteva effettuare la « *manumissio* », facendo loro acquistare la *libertas* e perfino, di regola, la cittadinanza romana.

14.2.4. Il quadro del diritto classico, con particolare riguardo alla disposizione *erga omnes* delle *res*, non sarebbe completo se si tacesse

---

età postclassica, venute meno la differenza tra *ius civile* e *ius honorarium* e la distinzione tra *ager Romanus* e *ager provincialis*, questi istituti si fusero, influenzandosi reciprocamente, nell'istituto unitario solitamente indicato come « *dominium* », senza ulteriori specificazioni. — Esempio della cd. proprietà pretoria è questo. Tizio, *dominus ex iure Quiritium* di una *res mancipi*, la trasferisce in proprietà a Caio, ma i due omettono la formalità necessaria della *mancipatio* (o dell'*in iure cessio*). Conseguenza: la *res* rimane *iure civili* in *dominium* di Tizio e Caio, avendone acquistato con la *traditio* solo la *possessio*, potrà contare di pervenire a sua volta al *dominium ex iure Quiritium* (scalzandone Tizio) mediante *usucapio*, cioè mediante uno o due anni di possesso ininterrotto della *res*. Siccome, durante questi due anni, Tizio potrà (disonestamente) reclamare la cosa come sua (mediante una *rei vindicatio*) presso Caio, oppure Mevio potrà sopraggiungere a sottrarre a Caio il possesso della cosa, ecco i rimedi giudiziari concessi a Caio, *aequitatis causa* dal pretore: contro Tizio rivendicante, una *exceptio* (*peremptoria*) « *rei venditae ac traditae* » (v. *infra* n. 18.5.5-6); contro Mevio invasore, una *rei vindicatio ficticia* (la cd. *actio Publiciana*) nel cui *iudicium* il giudice viene invitato a fingere che sia trascorso il tempo dell'usucapione (v. *infra* n. 17.8.2). Sopravvenuto con l'*usucapio* il *dominium ex iure Quiritium* in testa di Caio, la proprietà pretoria di costui (meglio: la tutela pretoria di Caio come se fosse *dominus iure civili*) non ha più ragione di essere.

14.2.4. Gli interdicta possessoria tipici (la cui concessione valeva a differenziare la *possessio ad interdicta* da ogni altra figura di *possessio*) erano quattro (cfr. *infra* n. 20 e 44). Due di essi (i cd. « *interdicta retinendae possessionis* ») erano intesi a sottrarre (mediante una *prohibitio*) colui che al pretore paresse il *possessor* più degno di tutela (in genere, il possessore attuale della *res*) alle aggressioni altrui (« *i. quorum bonorum* » per gli immobili, « *i. utrubi* » per i mobili); gli altri due (cd. « *interdicta recuperandae possessionis* ») erano intesi a far restituire al *possessor* le cose di cui fosse stato iniquamente spogliato (« *i. de vi* » e « *i. de vi armata* »). — La « *quasi possessio* » del diritto classico fu dilatata in età postclassica sino al punto da diventare possessio iuris. Si intese per « *possessor iuris* », in età postclassica, chiunque esercitasse di fatto un diritto non solo assoluto, ma anche relativo. In attesa

dell'istituto pretorio del « possesso interdittale » (cd. « *possessio ad interdicta* »). In certe ipotesi il *praetor*, per secondare il principio che una *res* dovesse essere sempre a disposizione di un soggetto giuridico, non esitò ad accordare protezione giudiziaria provvisoria, mediante speciali mezzi di tutela (gli *interdicta possessoria*), a talune situazioni materiali di *possessio*, cioè di attuale disponibilità dei beni (mobili o immobili) da parte di un soggetto, indipendentemente dal suo diritto di *dominus*. In attesa che l'eventuale vero *dominus* della *res* si facesse avanti a dimostrare processualmente il suo titolo, era equo infatti che fosse provvisoriamente tutelato il fatto certo e inequivocabile che la *res* era nelle mani di un certo *possessor*, purché questo non se ne fosse appropriato in modo palesemente ingiusto. A questi casi di *possessio ad interdicta* in senso pieno il *ius honorarium* aggiunse via via altre ipotesi di tutela interdittale (ma con *interdicta* diversi e meno efficaci di quelli tipicamente possessori) di altre fattispecie di *possessio* o, più in generale, di esercizio di fatto di un diritto assoluto (sia proprio che improprio): in ordine a queste ipotesi di *possessio ad interdicta* anomala si parlò talvolta di « *quasi possessio* ».

14.3. I rapporti assoluti in senso improprio del *ius privatum* erano costituiti da un certo numero di cd. « *iura in re*

---

dell'accertamento della spettanza a lui del diritto, era provvisoriamente tutelato il suo esercizio di fatto. — La *possessio* pura e semplice, in nessun modo tutelata, si diceva *possessio naturalis* o « *detentio* » (per es., la detenzione della cosa del comodante da parte del comodatario).

14.3. Sui rapporti assoluti in senso improprio *infra* cap. XI (n. 63-70). — La formazione e il progressivo perfezionamento del concetto di *iura in re aliena* (con particolare riguardo ai diritti di godimento) è connessa a tutto un orientamento generale di salvaguardia della proprietà individuale (o meglio familiare), quindi all'accennata concezione della *familia* come unità economica (e autonoma) elementare. Il diritto romano, pur conoscendo il concetto di *communio* dei diritti, e in particolare dei diritti assoluti, fu ad esso tendenzialmente sfavorevole (v. *infra* n. 45-46), sopra tutto quando la *communio* non intercorresse tra parenti (originari di una stessa *familia*), ma intercorresse tra estranei. Là dove situazioni di fatto o di convenienza avrebbero suggerito il concorso di più soggetti nello sfruttamento di un bene, quindi la soluzione della *communio*, la reazione del *ius privatum* fu di lasciare possibilmente intatto (almeno nella forma) il *dominium* originario e di proporre ai privati l'alternativa della limitazione del *dominium* originario entro gli stretti limiti di un vincolo (sia pure più intenso di quello meramente obbligatorio) posto al *dominus* della *res* per il beneficio che da questa *res* potesse ricavare l'*extraneus*. Quindi, ad es., se il fondo di Tizio era utile anche al vicino Caio (per transitarvi, per portarvi il bestiame all'abbeverata ecc.), le soluzioni astrattamente possibili erano tre: che Tizio si obbligasse a puro titolo relativo verso Caio, che Tizio e Caio divenissero comproprietari del fondo originariamente del solo Tizio, che Tizio concedesse a Caio un *ius in re aliena* (nella specie, una *servitus praedii*) sul proprio fondo (o addirittura che questo *ius in re aliena* fosse imposto, nei casi di stretta necessità, dall'ordinamento). Il favore dell'ordinamento (oltre che della mentalità ovviamente individualistica dei soggetti privati) fu verso la prima o la terza soluzione.

aliena », cioè di diritti che l'ordinamento riconosceva ad un soggetto giuridico nei confronti del *dominus* di una *res* (non *erga omnes*), ma con questa particolarità: di attribuire al soggetto attivo, oltre che una tutela specifica rispetto al soggetto passivo, anche un'azione analoga a quella del *dominus* proponibile direttamente contro chiunque si attestasse ad atti di disturbo. Il presupposto del riconoscimento dei *iura in re aliena* fu dunque costituito dall'esistenza del *dominium* di un soggetto giuridico passivo sulla *res* che ne era l'oggetto. Gli istituti rientranti in questa categoria possono essere, in aderenza ad una tradizione corrente, riuniti in due gruppi: rapporti reali di godimento e rapporti reali di garanzia.

14.3.1. I « rapporti reali di godimento » avevano la caratteristica di assicurare al soggetto attivo il godimento di alcune tra le facoltà giuridiche comprese nel *dominium* (salva, ovviamente, la facoltà di distruzione della *res*), sottraendole alla disponibilità del *dominus*. Si distinguevano, in relazione al tipo di godimento: le servitù prediali, l'usufrutto e i rapporti affini, il diritto di superficie, l'enfiteusi. I « *iura praediorum* » (o « *servitutes praediorum* ») comportavano il diritto del *dominus* di un fondo di utilizzare il *praedium* (rustico o urbano) di un *dominus* vicino a fini ben delimitati e di interesse del proprio fondo (es.: per l'attraversamento a piedi o con carri, per farvi passare una condotta d'acqua, per portarvi il bestiame a pascolare, per godere di una certa luce o di una certa vista mediante la non sopraelevazione dell'edificio vicino): si parlava di *servitutes* « *praediorum* » figuratamente, allo scopo di sottolineare che il beneficio (e corrispettivamente il vincolo) era in relazione ai fondi, non alle persone dei loro *domini* (i quali potevano anche cambiare, senza che, di regola, si estinguesse la servitù). L'« *ususfructus* » comportava il diritto di un soggetto all'utilizzazione temporanea (non oltre la sua vita) di una *res* fruttifera (mobile o immobile) in *dominium* di un altro soggetto allo scopo di usarla e di trarne, a tempo debito, i frutti; rapporti analoghi, di più limitata ampiezza, erano l'« *usus sine fructu* », l'« *habitatio* », il « *fructus sine usu* »,

---

14.3.1. Del tutto anomalo fu l'istituto del *quasi ususfructus*, cioè dell'usufrutto concesso relativamente a cose consumabili (*infra* n. 27.5): l'uso di queste cose non poteva non implicarne la « consumazione » in senso giuridico, ma appunto perciò il quasi usufruttuario era in realtà un *dominus* delle cose ottenute. — A maggior chiarimento va detto che, ovviamente, i modi di costituzione dei diritti reali di godimento erano, di regola, volontari (accordo tra le parti interessate o disposizione testamentaria del *dominus* originario): solo eccezionalmente (e sopra tutto in età postclassica) intervenne l'ordinamento ad imporre la costituzione.

le « *operae servorum* ». La « *superficies* » (cd. « *ius inaedificandi in alieno* ») comportava il diritto di un soggetto all'utilizzazione di un suolo altrui per costruirvi un edificio. L'« *emphyteusis* » (sviluppatasi in età postclassica dal « *ius in agro vectigali* » del periodo classico) comportava il diritto di un soggetto ad utilizzare a lungo termine (o senza limiti di tempo) un fondo altrui per coltivarlo e migliorarlo come proprio, salvo l'obbligo di pagare un modico canone periodico (*vectigal, canon*) al *dominus fundi*: il *dominus fundi* poteva riottenere il fondo in piena proprietà (cd. « devoluzione ») ove il canone non fosse corrisposto, mentre l'enfiteuta poteva a sua volta acquistare la piena proprietà del fondo, almeno in certe ipotesi, versando al *dominus fundi* il capitale corrispondente al canone periodico (cd. « affrancazione »).

14.3.2. I « rapporti reali di garanzia » avevano la caratteristica di assicurare al soggetto attivo la possibilità di rivalersi del mancato adempimento di una *obligatio* mediante l'apprensione e la vendita di una *res* in *dominium* dell'obbligato, o di un terzo che avesse voluto favorire quest'ultimo. Si distingueva tra *pignus* e *hypotheca*. Nell'ipotesi di « *pignus* » il creditore otteneva sin dall'inizio la *possessio ad interdicta* della *res* (mobile o immobile) oppignorata, con diritto a venderla al migliore offerente in caso di inadempimento per soddisfarsi sul prezzo ricavato dalla vendita. Nell'ipotesi di « *hypotheca* » la *res* rimaneva nella disponibilità materiale del concedente (debitore o terzo garante), ma il creditore aveva diritto a che non fosse distratta ad altri fini, nonché ad impossessarsene, ai fini della vendita al migliore offerente e dell'utilizzo del prezzo, in caso di inadempimento.

14.4. I rapporti relativi di debito del *ius privatum* avevano tutti ad oggetto un comportamento positivo o negativo (di

---

14.3.2. Altro mezzo di garanzia reale delle obbligazioni era quello (derivante dai tempi più antichi) facente capo alla cd. *fiducia* (*cum creditore*). Il debitore (o chi lo volesse favorire) trasferiva al creditore addirittura il *dominium ex iure Quiritium* di una *res* (*mancipi*), ma lo faceva a titolo fiduciario, cioè col « *pactum fiduciae* » che la *res* gli sarebbe stata ritrasferita in proprietà nell'ipotesi di adempimento.

14.4. Sui rapporti relativi di debito *infra* cap. XII (n. 71-77). — Le denominazioni da noi utilizzate non si ritrovano con precisione nelle fonti romane, ma cercano di utilizzare alcuni spunti più caratteristici contenuti nelle stesse. — Nel periodo postclassico la differenza di regime tra rapporti assoluti e rapporti relativi restò integra, ma si verificò un duplice, importante processo: in primo luogo, molti istituti del diritto familiare passarono, in seguito all'affievolirsi delle facoltà ad essi inerenti, ad essere concepibili piuttosto come rapporti relativi (intercorrenti, più precisamente, tra avente potestà e sottoposto), se non addirittura a dissolversi come rapporti di diritto privato; dall'altro lato, lo stesso *dominium* (o almeno la proprietà fondiaria) accennò, sia pur vagamente, a spostarsi verso la strut-

« *dare* », « *facere* », « *non facere* ») cui il soggetto passivo (« *obligatus* », « *debitor* ») era tenuto nei confronti del soggetto attivo (« *creditor* »): appunto per ciò la loro denominazione tecnica prevalente era quella di « *obligatio* », impostata sulla situazione del soggetto passivo. L'estinzione dell'*obligatio* dipendeva, di regola, dall'adempimento esatto e tempestivo della prestazione dovuta (cd. « *solutio* ») o da una « *satisfactio* » ad esso equivalente, ma poteva anche derivare eccezionalmente dalla remissione del debito o da altri modi di estinzione senza adempimento sui quali qui sorvoliamo. In relazione ai fatti costitutivi e, nel contempo, ai tipi di prestazione, possono differenziarsi tre gruppi di *obligationes*: le *obligationes contractae*, le *obligationes ex contractu*, le *obligationes non contractae*.

14.4.1. Le « *obligationes contractae* » erano costituite (« *contractae* ») in virtù del compimento, da parte dei due soggetti o talvolta anche di un solo soggetto, di un negozio tipico previsto dal *ius civile vetus* o anche, in certi casi e ad integrazione del sistema civilistico, dal *ius honorarium*. Esse erano di tre specie diverse: *verbis, litteris, re contractae*. « *Verbis contractae* » erano le *obligationes* derivanti da certi negozi a forma vincolata orale previsti dal *vetus ius civile*: principalmente quelle derivanti dalla « *stipulatio* » (anticamente denominata « *sponsio* »), che consisteva in un formale scambio di domanda e risposta orali (« *spondes? - spondeo* », « *promittis? - promitto* » ecc.) ed era utilizzabile e largamente utilizzata per munire di sanzione giuridica (la cd. « *actio ex stipulatu* ») gli impegni di natura più varia. « *Litteris contractae* » erano *le obligationes* derivanti da certi negozi a forma vincolata scritta previsti dal *ius civile vetus* o *novum*: principalmente quelle derivanti dal-

---

tura di un *ius in re aliena*, cioè di un diritto ad ottenere dallo stato il godimento e la disposizione, entro molteplici limiti, della *res*, ormai considerata sottoposta al « dominio eminente » dell'imperatore.

14.4.1. Sulle *obligationes contractae* *infra* cap. XIII (n. 78-83). Alla radice di queste *obligationes*, che furono le più antiche, non vi era necessariamente un *contractus* o una *conventio*, cioè un accordo tra creditore e debitore, anche se questa era l'ipotesi di gran lunga più diffusa: si parlava, ad esempio, di « *obligatio contracta* (*quae contrahitur*) » anche nel caso dell'obbligazione scaturente dall'unilaterale *dotis dictio*. Rilevava dunque, ai fini della creazione dell'*obligatio*, il compimento di un certo negozio « tipico », rientrante in un certo elenco tradizionale. — Tra le fonti di *obligatio re contracta* ve ne furono tre tutelate non *iure civili*, ma *iure honorario*: il *depositum*, il *commodatum*, la *datio pignoris*. La ragione per cui la giurisprudenza romana, anziché inserire questi negozi tra i *pacta praetoria* (v. *infra* n. 14.4.3), fu prevalentemente orientata verso l'inserimento degli stessi tra le *causae* di *obligatio contracta* non è chiara sul piano strettamente logico-giuridico, ma è facilmente intuibile sul piano pratico. Si trattava di tre negozi in certo modo analoghi al *mutuum* perché caratterizzati da una iniziale *datio* (*possessionis*, non *dominii*) del futuro creditore.

l'« *expensilatio* », cioè dalla registrazione delle partite di credito che il creditore faceva sul proprio « *codex accepti et expensi* » a carico di un certo debitore. « *Re contractae* » erano le *obligationes* derivanti da un trasferimento di beni (cd. *datio rei*) effettuato dal futuro creditore al futuro debitore, allorché fosse implicito od esplicito l'obbligo della restituzione da parte del ricevente. Fattispecie caratteristiche di *datio rei* costitutiva di obbligo della restituzione furono: il « *mutuum* », *datio* in *dominium* del debitore di una certa quantità di danaro o di altre cose fungibili, con obbligo di restituire altrettanto dello stesso tipo (« *tantundem eiusdem generis* »); il « *commodatum* », *datio* in detenzione al debitore di una cosa infungibile da usarsi e restituirsi incorrotta dopo l'uso; il « *depositum* », *datio* in detenzione al debitore di una cosa infungibile da custodirsi nell'interesse del deponente e da restituirsi a lui senza averla usata; il « *pignus* », *datio* in *possessio ad interdicta* di una cosa ad un proprio creditore, con obbligo di restituzione della stessa nell'ipotesi di adempimento dell'*obligatio* principale (e viceversa, come si è visto poc'anzi, con diritto di soddisfarsi sul ricavo della vendita della stessa in caso di inadempimento).

14.4.2. Le « *obligationes ex contractu* » (o « *obligationes consensu contractae* ») erano costituite mediante « *contractus* », cioè negozi bilaterali a carattere puramente consensuale (privi di vincoli di forma) previsti dal *ius civile novum*. Essenzialmente si trattò delle *obligationes* scaturenti dai seguenti quattro *contractus* tipici: la « *emptio venditio* », intesa ad impegnare le parti (*emptor* e *venditor*) allo scambio di una cosa contro un *pretium* adeguato; la « *locatio conductio* », intesa ad impegnare il *locator* a mettere un oggetto giuridico (eventualmente anche se stesso, a titolo di lavoratore subordinato) a disposizione temporanea del *conductor* affinché questi lo utilizzasse nell'interesse proprio o lo lavorasse nell'interesse del *locator*, nel primo caso pagando o, nel secondo caso, facendosi pagare una mercede adeguata; la « *societas* », intesa ad impegnare un *socius* verso un altro socio ad un certo contributo di ricchezze o di attività contro l'ottenimento di una giusta parte degli eventuali utili economici dell'affare o degli affari intrapresi nel comune interesse; il « *mandatum* », inteso ad impegnare il *mandatarius* ad eseguire gratuitamente un incarico datogli dal *mandator*, contro il rimborso

---

14.4.2. Sulle *obligationes ex contractu* *infra* cap. XIV (n. 84-89). Si tratta degli istituti più caratteristici del *ius civile novum*: *retro* n. 9.6. La tutela era effettuata mediante *bonae fidei iudicia*: *infra* n. 17.

delle spese eventualmente incontrate e delle perdite eventualmente subite.

14.4.3. Le « *obligationes non contractae* » erano molteplici altre *obligationes* derivanti da atti giuridici leciti, ma escluse tradizionalmente dal novero delle *obligationes contractae* o *ex contractu* a carattere tipico. Di esse possono indicarsi tre gruppi: quelle derivanti da patti riconosciuti e tutelati dal diritto pretorio, quelle derivanti da convenzioni prive di *nomen iuris* (cd. « contratti innominati »), quelle derivanti da alcune cause non convenzionali. I « *pacta praetoria* » erano taluni negozi bilaterali a forma libera cui il *ius honorarium* accordava la tutela di un'*actio* speciale *ex pacto* (es.: il « *constitutum debiti* », promessa di pagare ad una certa scadenza un debito proprio o altrui, generalmente fatta e accettata a scopo di dilazione del pagamento o di garanzia dello stesso). Le « *conventiones sine nomine* », teorizzate e riconosciute come cause di obbligazioni dalla giurisprudenza classica, furono tutti i negozi bilaterali, quindi a carattere di *conventio*, che non avessero una specifica denominazione (un proprio *nomen iuris*) e che fossero caratterizzati dall'impegno di contraccambiare in modo equivalente una certa prestazione già ricevuta: esse si connettevano dunque ad un « *do ut des* », ad un « *do ut facias* », ad un « *facio ut des* », ad un « *facio ut facias* ». « Cause non convenzionali di *obligationes* » furono, infine, molteplici altri negozi o atti giuridici leciti a carattere unilaterale cui si riconobbe, sopra tutto dalla giurisprudenza, la conseguenza di un vincolo obbligatorio a carico di chi li avesse compiuti.

14.5. I rapporti relativi di responsabilità del *ius privatum*, spesso ma non sempre denominati esplicitamente come

---

14.4.3. Sulle (da noi qui complessivamente denominate) *obligationes non contractae* *infra* cap. XV (n. 90-94). Fra le cause non convenzionali di *obligationes* si ricordano: l'impegno di eseguire quanto unilateralmente promesso mediante una solenne « *pollicitatio* » o un « *votum* »; l'impegno a restituire quanto ricevuto (senza averne diritto) a seguito di una « *solutio indebiti* »; l'impegno a portare a termine la « *negotiorum gestio* » spontaneamente assunta nell'interesse di un altro soggetto (e correlativamente l'impegno di questo soggetto, il cd. « *dominus negotii* », a rilevare il « *negotiorum gestor* » di ogni spesa e danno incontrato nella gestione utilmente fatta di un certo affare), e via dicendo. Queste ultime obbligazioni furono denominate da Giustiniano « *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur* », laddove tutte le obbligazioni derivanti da negozi convenzionali furono, sempre da Giustiniano, riunite sotto l'etichetta di « *obligationes ex contractu* ». — *Nuda pacta* erano quelli non muniti di una specifica azione né dal *ius honorarium* né da qualche specifica *lex publica* (nel qual caso si parlava di « *pacta legitima* »): essi davano luogo, *iure honorario*, solo ad una « *exceptio pacti conventi* ». In altri termini, potevano essere fatti valere solo se si fosse convenuti in giudizio.

14.5. Sui rapporti relativi di responsabilità del *ius privatum* *infra* cap. XVI (n. 95-100).

obligationes, vanno distinti in due categorie: quella dei rapporti di responsabilità primaria e quella dei rapporti di responsabilità secondaria.

14.5.1. I « rapporti di responsabilità primaria », anche detti « *obligationes ex delicto* », furono quelli derivanti dalla commissione di un atto illecito che fosse lesivo della libertà di un privato o di un suo diritto assoluto. Ne furono previsti dal *ius civile*, dal *ius honorarium* e dal *ius novum*. Le *obligationes ex delicto* vere e proprie furono quelle civilistiche, derivanti da uno di questi quattro « *delicta* »: il « *furtum* », sottrazione clandestina di cosa mobile al suo possessore (cd. *furtum rei*) o uso clandestino di cosa mobile o immobile altrui (cd. *furtum usus*); l'« *iniuria* », percossa o lesione inferta da un soggetto ad altro soggetto giuridico o ad un suo sottoposto; il « *damnum iniuria datum* » (introdotto dalla *lex Aquilia* del 180 a.C.), danneggiamento materiale di una *res* altrui (schiavi compresi); la « *rapina* » (inserita nel novero dal *ius honorarium* nel sec. I a.C.), sottrazione violenta di cose al loro possessore. Altre obbligazioni da delitto, tipiche del *ius honorarium* e del *ius novum*, furono da Giustiniano raggruppate sotto la denominazione di « *obligationes quae quasi ex delicto nascuntur* » (« *sepulchrum violatum* », « *effusam vel deiectum* » cioè getto di cose solide o liquide in un luogo di pubblico passaggio, « *positum vel suspesum* » cioè appoggio o sospensione di una cosa all'esterno di un edificio, con pericolo per i passanti, ed altri).

14.5.2. I « rapporti di responsabilità secondaria », derivanti dall'inadempimento ingiustificato di un rapporto relativo, furono molteplici e vari in relazione alla molteplicità e varietà delle *obligationes*, delle ipotesi di inadempimento, delle tendenze discordanti manifestatesi al riguardo in età classica e in età postclassica. Un quadro sintetico è difficile. Può solo dirsi questo: che, per le *obligationes* relative alla *datio* di cose fungibili, l'inadempimento non fu ritenuto, di regola, giustificabile, essendo sempre a disposizione del debitore il *genus* cui attin-

---

14.5.1. In tutte le ipotesi di responsabilità primaria l'agente (o chi era responsabile per lui) era tenuto al pagamento di una penalità pecuniaria a seguito dell'esercizio di un'actio poenalis da parte della vittima: l'importo della *poena* andava dunque a quest'ultima.

14.5.2. La sanzione della responsabilità secondaria non consisteva, di regola, nella concessione di speciali azioni, ma consisteva nel fatto che l'*obligatio* inadempiuta e non più eseguibile si considerava come « *perpetuata* », cioè come tuttora fittiziamente esistente a carico di colui cui l'inadempimento fosse imputabile. In altri termini, l'inadempiente poteva essere convenuto con l'azione relativa al rapporto inadempiuto (e ormai estinto) allo scopo di essere costretto a pagare il controvalore della prestazione o l'equivalente del pregiudizio sofferto dal creditore a

gere per l'adempimento; in ordine ad ogni altro tipo di *obligatio* si ritenne, di regola, giustificabile l'inadempimento solo se derivato da caso fortuito o da forza maggiore; relativamente agli inadempimenti ingiustificabili la misura maggiore o minore della responsabilità fu rapportata, di regola, al grado maggiore o minore dell'« imputabilità » del fatto al debitore, cioè al maggiore o minor grado della volontà o della consapevolezza (« *dolus* » o « *culpa* ») dell'inadempimento da parte dell'*obligatus*.

causa dell'inadempimento. — Non mancarono, sopra tutto fino al termine dell'età postclassica, ipotesi di cd. responsabilità oggettiva: ipotesi in cui, cioè, negandosi ogni rilievo alla esistenza o inesistenza di una *culpa* o di un *dolus* dell'inadempiente, quest'ultimo era considerato responsabile dell'inadempimento per la sola circostanza obiettiva di non aver adempiuto. Per esempio: in periodo classico il lavandaio (*fullo*) era responsabile della mancata riconsegna della biancheria affidatagli anche se questa fosse andata perduta senza suo *dolus* o *culpa;* in età postclassica la responsabilità del lavandaio fu invece fatta dipendere dalla esistenza di una sua *laevissima culpa*.

CAPITOLO III

LA TUTELA GIURIDICA PRIVATA

SOMMARIO: 15. La tutela giuridica privata. — 16. Le procedure *per legis actiones*. — 17. Le procedure *per formulas*. — 18. La struttura dei *iudicia* formulari. — 19. Lo svolgimento del processo formulare. — 20. I mezzi complementari delle procedure formulari. — 21. Le procedure *extra ordinem*.

15. LA TUTELA GIURIDICA PRIVATA.

15.1. In ordine ai modi di realizzazione coattiva dei poteri giuridici, anche l'ordinamento giuridico romano registrò il fenomeno di un graduale passaggio dall'autotutela alla tutela statale, dalla difesa del diritto operata direttamente dal suo titolare

---

15.1. Fra le trattazioni generali sulla tutela giuridica privata elencate nel « ragguaglio bibliografico » (n. 8) si richiama qui l'attenzione sulle seguenti: Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung* 1-3 (1864-1871, rist. 1959; i successivi tre vol. riguardano il diritto comune); Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano, Il processo civile* 1-3 (1913-1915); Costa, *Profilo storico del processo civile romano* (1918); Wenger, *Istituzioni di procedura civile romana* (1924; tr. it. di Orestano, 1938); Luzzatto, *Procedura civile romana* 1-3 (1946-1950); Pugliese, *Il processo civile romano*, 1. - *Le « legis actiones »*, 2.1. - *Il processo formulare* (1962-1963), nonché *Il processo formulare* 1-2 (1948-1949); Biscardi, *Lezioni sul processo romano antico e classico* (1968), nonché *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana, Note ed appunti* (1973); Betti, sv. *Processo civile (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Luzzatto, sv. *Giurisdizione (dir. rom.)*, in *ED.* Fra le esposizioni manualistiche: Betti, *Diritto* 454 ss., *Istituzioni* 1.259 ss. (di questo autore cfr. anche: *Processo civile* [*dir. rom.*], in *NNDI.*); Arangio-Ruiz, *Istituzioni* 110 ss. (di questo autore cfr. anche: *Cours de droit romain, Les actions* [1935], *Difesa dei diritti, Il processo privato* [1949], e *Corso di diritto romano. Il processo privato* [1951]). Ma la trattazione oggi fondamentale per vastità di impianto è: Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966). Menzione a parte meritano gli eccellenti studi dedicati alla materia dal Wlassak, *Römische Prozessgesetze* 1-2 (1888-1891), nonché in numerosi articoli di *SAW.* e *PW.* Cfr. anche: Kelly, *Roman litigation* (1966); Pugliese, *Principî teorici e realtà nella pratica dei processi romani*, in *T* 35 (1967) 291 ss. — Fonti di cognizione del diritto processuale romano sono: le *institutiones* di Gaio, e più precisamente il libro quarto relativo alle *actiones*, nonché numerosi testi letterari (non sempre e in tutto attendibili), per quanto riguarda le *legis actiones* e le procedure formulari; le fonti postclassiche e giustinianee, per quanto riguarda la *cognitio extra ordinem*. Ma tali fonti (particolarmente quelle dei

alla difesa dello stesso operata a mezzo degli organi statali di giurisdizione. Tuttavia questo processo di transizione si verificò in Roma assai più lentamente, e in certo senso imperfettamente, che altrove. Infatti, sin verso la fine dell'epoca classica, ancora in pieno sec. II d.C., il sistema dell'autotutela non solo non era scomparso, ma era considerato tuttora, almeno in linea astratta, la regola: e ciò anche se in pratica i privati trovavano ormai più comodo e sicuro ricorrere, col favore di un regime di governo (quello del principato) sempre più marcatamente autoritario, agli istituti della tutela statale. Solo nel passaggio dall'età classica a quella postclassica, dal principato all'assolutismo, l'autotutela fu vista anche astrattamente come eccezione. Di una « tutela statale esclusiva », che non ammetteva almeno in teoria l'alternativa dell'autotutela, può parlarsi peraltro non prima dell'avanzato periodo postclassico, in connessione con il trionfo della *cognitio* imperiale sui sistemi procedurali della tradizione repubblicana.

15.1.1. Quanto ora detto contribuisce a chiarire perché i Romani, per lo meno sino alla fine dell'età classica, abbiano configurato la materia della tutela dei diritti privati come un capitolo del *ius privatum*, piuttosto che come un capitolo del *ius publicum*. Non poteva essere diversamente. Perché, se anche l'organizzazione statale poneva a disposizione dei privati molti ed elaborati istituti processuali, tuttavia l'« azione in senso sostanziale », espressione diretta e immediata del diritto subbiettivo, era ancora teoricamente esperibile in modo auto-

---

Digesta) sono, il più delle volte, il frutto di un adattamento di testi classici relativi al processo *per formulas*. — La singolare lentezza del processo di affermazione della tutela statale esclusiva trova la sua spiegazione sul piano della storia generale. Nella Roma repubblicana e in quella stessa del principato fiorirono potenti famiglie, munite di vaste clientele e alleanze, che rifuggirono dal sottoporre alla giustizia statale i loro conflitti di interessi, o almeno quelli di maggiore rilevanza economica, preferendo il libero gioco del regolamento dei conti tra loro, traverso dirette azioni, reazioni e soprattutto transazioni (cfr. Volterra, *La base economica della elaborazione sistematica del diritto romano* (1967), ora in *St. Santoro-Passarelli* 6 [1972] 1043 ss.). L'autotutela, che alle origini era stato il portato della debolezza della *civitas* di fronte alle *familiae* e alle *gentes* che avevano contribuito a costituirla, fu la valvola di sicurezza di questa tendenza dei ceti dominanti a fare a meno dell'intervento statale. L'assolutismo rovesciò progressivamente la situazione, ma è doveroso aggiungere che lo fece più in astratto che in concreto. In concreto il periodo postclassico, come constateremo spesso, fu quello in cui il principio dell'autorità statale, pur solennemente affermato in teoria, subì innumerevoli eccezioni di privilegio a vantaggio di innumerevoli categorie sociali, famiglie di *potentiores*, personalità singole.

15.1.1. Sull'inerenza al *ius privatum* del capitolo della difesa dei diritti privati: *retro* n. 12.2. — Si ricordi che nel *ius publicum* veniva invece fatta rientrare l'organizzazione giurisdizionale: Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains* 1 (1901); Kaser, *Römische Gerichtsbarkeit im Wechsel der Zeiten*, in *JAWG*. 1966.

nomo, senza necessità di essere portata, per il tramite dell'azione « processuale », alla valutazione degli organi della giurisdizione.

15.1.2. Si spiega altresì, per le considerazioni sopra esposte, la significazione plurivalente che il termine « *actio* » ha nelle fonti giuri-

---

15.1.2 Sulle significazioni di « *agere* » e di « *actio* », cfr. con vaste bibliografie anteriori: Wlassak, sv. « *Actio* », in *PW.*; Pugliese, sv. *Azione (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Orestano, sv. *Azione in generale (stor. del probl.)*, in *ED.*; Guarino, *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana* (1951), ora in *Le origini quiritarie* (1973) 314 ss.; Biscardi, *Azione e rapporto giuridico nel sistema formulare classico* (1965), ora in *Antologia giuridica* 1 (1968) 137 ss. Risalente ancor più innanzi delle prime testimonianze (*Lex rep.* 57.74 ss.; *Rhet. ad Herenn.* 2.12.18), come può desumersi dalla notevole antichità del verbo da cui deriva, il termine « *actio* » compare, nella lingua dei giuristi, con un significato ben preciso, e cioè nel senso di un agire secondo modalità o formule predisposte. Ma è chiaro che questo significato di *actio* come « atto » (processuale o extraprocessuale) si riconnette ad una significazione primaria di *actio* come esplicazione di una possibilità, riconosciuta dall'ordinamento, di « spingere » o di « respingere », cioè di forzare (e costringere) un soggetto passivo all'osservanza o al rispetto della propria situazione giuridica attiva: il che si ricava, ad esempio, dall'esame dell'espressione « *actio competit* », la quale sta, di regola, ad indicare che un certo soggetto può promuovere un certo procedimento giurisdizionale a tutela del proprio diritto subbiettivo, che si presume (e in quanto si presume) esistente. Indubbiamente, vi sono anche molti esempi nelle fonti in cui di *actio* si parla esclusivamente come di atto processuale (indipendentemente dall'essere esso compiuto a tutela di un diritto effettivamente esistente): è il caso, tra l'altro, dell'espressione « *agere cum aliquo* », la quale presuppone in colui che *agit* solo il fatto che ha assunto l'iniziativa del processo, mentre non presuppone affatto che egli abbia ragione. La possibilità riconosciuta ai soggetti di *agere cum aliquo*, dal suo canto, apre le porte al significato di *actio* come « comportamento processuale » (sia dell'attore che del convenuto) e quindi come « procedimento » (esempio tipico: l'espressione « *legis actio* », su cui *infra* n. 16.1). Quanto alla concezione del diritto subbiettivo come conseguenza dell'*actio*, essa si riconnette principalmente a tutte le ipotesi in cui le fonti, prescindendo dall'esistenza di un diritto già riconosciuto dall'ordinamento (e particolarmente dall'ordinamento civilistico), attestano che dai magistrati giusdicenti « *actio datur* » (cioè viene concessa *ex novo*) ad un soggetto ch'essi, comunque, ritengono meritevole di tutela. — Una delimitazione dell'*actio* come potere di costringere (sia pure attraverso il processo giurisdizionale) il soggetto passivo emerge da D. 44.7.51 (Cels. 3 *dig.*): « *Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi* » (cfr. anche I. 4.6 pr.). La definizione, per verità, si attaglia all'*actio in personam* (non anche alla *vindicatio*, né alle azioni pregiudiziali) ed appunto perciò è stata ritenuta di conio postclassico; ma è più ragionevole ammettere che essa, se pure è stata ritoccata in senso generalizzante, sia genuina (in questo senso, da ultimo, Kaser, *Privatrecht* 1.197). — Discusso è il significato del trinomio *actio petitio persecutio*, che figura in vari luoghi: Casavola, « *Actio petitio persecutio* » (1965); Sturm, « *Stipulatio Aquiliana* » (1972) *passim*; Fuenteseca, *Reflexiones sobre la tricotomia « actio petitio persecutio »*, in *AHDE.* 40 (1970) 139 ss. Arbitrarie, pur se classiche, sono le spiegazioni (in parte divergenti) che hanno tentato di darne Pap. D. 44.7.28 (« *Actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio in rem vel in personam rei persequendae gratia* ») e Ulp. D. 50.16.178.2 (il quale, a differenza di Papiniano, afferma: « *persecutionis verbo extraordinarias cognitiones puto contineri* »). Sul punto: Guarino, « *Actio petitio persecutio* » in *Labeo* 12 (1966) 129 ss., ove si sostiene (in adesione al Casavola) che il trinomio sorse in epoca preclassica, nei formulari della giurisprudenza cautelare, per indicare il processo attraverso i tre momenti dell'iniziativa dell'attore (*actio*), della *petitio* mediante la *litis contestatio*, della *persecutio* del convenuto davanti al giudice (cfr. anche Iul. D. 46.8.23), ma (diversamente dal Casavola) si assume che il suo valore

diche romane. Talvolta, invero, esso serve chiaramente ad indicare il potere di azione, cioè l'« azione in senso sostanziale »; talaltra, altrettanto chiaramente, esso designa l'atto processuale con cui si dà inizio o impulso al processo giurisdizionale, cioè l'« azione in senso processuale »; talaltra volta ancora esso adombra nel suo complesso tutta la procedura occorrente per la realizzazione di un certo fine di giustizia, cioè il « procedimento giurisdizionale ». D'altra parte, non bisogna dimenticare che, in moltissimi casi, il sorgere di un diritto subbiettivo fu conseguenza, e non causa, della concessione di una tutela giurisdizionale onoraria ad un soggetto privo di un diritto *iure civili*: dimodoché, come diremo meglio in seguito, ben prima che si parlasse di diritto subbiettivo (e talora senza che mai se ne parlasse), la situazione attiva si configurò in questi casi proprio e solo come « *actio* », cioè come la stessa *actio* accordata al soggetto dai magistrati giusdicenti.

15.2. Il ponte di passaggio dal sistema originario dell'autotutela a quello della tutela giurisdizionale fu costituito dalla stilizza-

---

analitico non fu né ricordato né capito dalla giurisprudenza classica: la quale, da un lato usò il trinomio come sinonimo di *actio* (e come tale lo utilizzò integrando il formulario della *stipulatio Aquiliana*), dall'altro si sbizzarrì (con Papiniano e Ulpiano) nel conferire ai suoi termini significazioni del tutto estrose.

15.2. Il sistema dell'autodifesa regolata e ritualizzata dalla giurisprudenza pontificale caratterizzò, a nostro avviso, la fase latino-sabina della *civitas* quiritaria, perché la *iurisdictio*, come espressione autoritativa dello stato, non poté affermarsi in Roma prima della fase etrusco-latina. Sul punto (con più ampia analisi della questione): Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*[5] (1959) 89 ss. (cfr. anche Pugliese, *Il processo* cit. 1.118 ss., contro la tesi difesa dal De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano* [1937] 5 ss.; in senso analogo alla nostra ipotesi, Voci, *Per la definizione dell'« imperium »*, in *St. Albertario* 2 [1953] 77, 84 s.). — L'ipotesi dell'autotutela come fase iniziale della difesa dei diritti in Roma è stata formulata magistralmente dal Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*[4] 1 (1888) 118, 150, 166, il quale ha fatto leva sulla chiara derivazione da un sistema di autotutela di alcuni istituti o aspetti della successiva fase delle *legis actiones* (la *manus iniectio*, la *vindicatio*, il *vindex*, la *vindicta*: espressioni, le ultime tre, tutte derivanti da « *vim dicere* »). Nello stesso senso, con ampio sviluppo: Luzzatto, *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in *ZSS.* 73 (1956) 29 ss. (ivi bibliografia). Vi sono tuttavia studiosi recenti che escludono la compatibilità con la storia di Roma di una fase iniziale dell'autotutela: Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi* (1960) 45 ss., 80 ss. (cfr. anche gli scritti precedenti ivi citati), che ritiene di creazione più tarda e puramente processuale tutti gli atteggiamenti di forza o di lotta che caratterizzano la procedura delle *legis actiones*; Noailles, « *Fas* » *et* « *ius* » (1948, raccolta di studi precedenti), e *Du droit sacré au droit civil* (1949), che attribuisce alle manifestazioni di forza valore puramente simbolico-religioso; Broggini, « *Vindex* » *und* « *iudex* », *Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses* (1959), ora in *Coniectanea* (1966) 97 ss., che ricollega « *vindex* » all'etimo « *vim* » (il gruppo agnatizio, o l'appartenente allo stesso) e assume che il *vindex* era soltanto il rappresentante della famiglia agnatizia nel quadro di un processo giurisdizionale istituito sin dagli albori della *civitas* per regolare pacificamente le controversie tra gruppi (v. già dello stesso *Der Ursprung der römischen* « *iurisdictio* » [1956], oggi

zione dei principali e più usuali atti di autodifesa secondo certe forme rituali suggerite dal sacerdozio dei *pontifices*. In questo senso si potè dire che « *omne ius in penetralibus pontificum repositum erat* ». L'esercizio della difesa privata nel calco di questo rigido formalismo assicurava, nella concezione degli antichi, la protezione degli dei, ma soprattutto garantiva, dal punto di vista pratico, una sufficiente probabilità di raggiungere senza resistenza il fine della soggezione del soggetto passivo. I *pontifices*, sia chiaro, non esercitavano attività giurisdizionale, ma l'avallo che essi fornivano all'esplicazione di una certa *actio* (in senso sostanziale), indicando le modalità rituali per la sua esplicazione, implicava una duplice conseguenza: da un lato, conferiva all'agente maggior confidenza circa il fondamento del proprio diritto; dall'altro, induceva la controparte alla sfiducia verso la propria tesi, anzi al timore che l'insistere in essa le facesse piovere sul capo lo sfavore degli dei.

15.3. Il formalismo rituale dell'*actio* non assicurava, tuttavia, pienamente la soggezione dell'avversario. A parte la possibilità che quest'ultimo si ostinasse in una ingiusta resistenza, vi era la mancanza di un'obbiettiva certezza del fondamento dell'*actio*. L'intervento degli organi dello stato nelle vicende della difesa dei diritti derivò appunto dall'opportunità, sempre più largamente riconosciuta, di impedire il più possibile ingiustificate resistenze o irragionevoli dubbi. Pur senza esigere tassativamente che i soggetti giuridici gli si rivolgessero, gli organi supremi di governo (a cominciare dagli stessi re arcaici) si offrirono ai soggetti giuridici per fare qualcosa di più e di diverso da ciò che avevano fatto e tuttora facevano i *ponti-*

---

anch'esso in *Coniectanea* cit. 83 ss.). Per una critica di queste concezioni cfr. spec.: Pugliese, *Il processo* cit. 1. 29 ss.; Luzzatto, *Vecchie e recenti prospettive sull'origine del processo civile romano*, in *SU*. 1959-60. Taluni dei temi a cui si è accennato sono stati ridiscussi a fondo, ma con impostazioni e con risultati inaccettabili, da Santoro, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*. 1967.

15.3. *Sulle* origini della *iurisdictio* (*inter cives*) cfr.: Bove, sv. « *Iurisdictio* », in *NNDI*., con bibliografia, a cui *adde*, da ultimo, Szymoszek, « *Iurisdictio* » *w Prawie Rzymskim*, in *AUW*. 1971. — Contro la teoria accolta nel testo, che corrisponde in gran parte a quella tradizionale, è stata sostenuta da varie parti una configurazione ordalica del più antico processo: Düll, *Zur Frage des Gottesurteils im vorgeschichtlichen römischen Zivilstreit*, in *ZSS*. 58 (1938) 17 ss.; Dekkers, *Des ordalies en droit romain*, in *RIDA*. 1 (1948) 55 ss.; Lévy, *Le problème des ordalies en droit romain*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 407 ss.; Luzzatto, *Vecchie e recenti prospettive* cit. 16 ss. e ntt. 27 ss.; da ultimo, Tomulescu, *Les ordalies, le « sacramentum » et la « lex Pinaria »*, in *RIDA*. 21 (1974) 323 ss. Secondo queste teorie (che variano alquanto dall'una all'altra), il processo privato sarebbe il risultato di una progressiva laicizzazione del « giudizio di dio », cui si ricorreva in origine. Ma le prove sono inconsistenti e le argomentazioni assai fragili.

fices. Se i soggetti in lite sceglievano di presentarsi dinanzi al loro *tribunal* per pronunciare, in cospetto delle controparti, le solenni affermazioni di diritto suggerite dai *pontifices*, essi affermavano, con tutta l'autorità derivante dalla carica ricoperta, la suprema esigenza dell'ordinamento giuridico, di cui erano gli esponenti, a che prevalesse colui che aveva ragione: nel che si esprimeva la funzione detta della « *iuris dictio* » o del « *dicere ius* », cioè dell'affermare l'autorità dell'ordinamento giuridico.

15.3.1. In buona sostanza, le cose si svolgevano in questo modo. Posta di fronte all'autorevole impegno del giusdicente di dare aiuto a chi avesse ragione, la parte chiamata « *in ius* » (cioè davanti a colui che in certa guisa incarnava il diritto) aveva l'alternativa: o di ritrarsi (« *cedere* ») in tempo, riconoscendo fondate le ragioni dell'avversario, oppure di insistere nella sua opposizione. Nella prima ipotesi l'attore aveva partita definitivamente vinta; nella seconda ipotesi il giusdicente esaminava le opposte tesi e concludeva con un provvedimento favore-

---

15.3.1. La bipartizione del processo nella fase « *in iure* » ed in quella « *apud iudicem* » pensiamo sia originaria, beninteso con l'avvertenza che il ricorso all'attività istruttoria dell'*iudex privatus* era soltanto eventuale, in quanto non ve n'era alcuna necessità sia in caso di ammissione del buon diritto dell'attore da parte del convenuto, sia in caso di evidenza immediata di quel buon diritto (si pensi alla ipotesi di un *fur manifestus*, cioè di un ladro colto in flagrante dal derubato). Vi sono studiosi, invece, i quali sostengono che inizialmente il magistrato giusdicente esercitasse sempre le funzioni del *iudex* (sta in fatto che i magistrati maggiori erano detti in antico anche *iudices*) e che la funzione giudicante fosse commessa all'*iudex privatus*, tutt'al più, a titolo facoltativo. Ma è proprio in questo riconoscere che il giudizio potesse non essere esercitato (sia pure facoltativamente) dal magistrato giusdicente che sta la debolezza della tesi dell'originaria unità della funzione giudicante. Sul punto cfr. (ivi altre referenze bibliografiche): Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (1955) *passim*; Broggini, « *Iudex arbiterve* » (1957); Horvat, *Deux phases du procés romain*, in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 163 ss.; Jahr, « *Litis contestatio* » (1960); Wieacker, *Der Prätor, Gerichtsherrschaft und Rechtsgang*, in *Vom römischen Recht*[2] (1961) 1 ss.; Kaser, *Prätor und « Iudex » in römischen Zivilprozess*, in *T.* 32 (1964) 329 ss.; Bartošek, « *Praetor iudexque* » *alla luce delle Verrine*, in *St. Grosso* 3 (1968) 319 ss. — Quanto alla terminologia « *iudex* », non abbiamo difficoltà ad ammettere che essa si riferisse originariamente ai magistrati giusdicenti, visto che ammettiamo che questi potevano risolvere (e forse più spesso di quanto si pensi risolvevano effettivamente) ogni questione *in iure*, ma non vediamo perché mai tutto ciò debba tradursi nella negazione, almeno alle origini, di una distinta fase *apud iudicem*. La persona incaricata di attendere a questo procedimento era un *privatus*, ma era privato «investito» di funzioni giudiziarie dal *magistratus-iudex*. Nulla di strano che, per traslato, quella persona sia stata qualificata (invece od oltre che « *arbiter* ») anche « *iudex* (*privatus*) ». La complicazione dei processi e la moltiplicazione delle ipotesi in cui la lite si risolveva presso un privato distinto dal magistrato giusdicente fecero sì che il termine « *iudex* » passasse ad indicare quasi esclusivamente il giudice (o *arbiter*) privato. — Sulle caratteristiche e i limiti del contraddittorio tra le parti nei tre sistemi procedurali: Provera, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano* (1970).

vole all'attore, se gli sembrava che questi avesse realmente ragione, oppure con un provvedimento di assoluzione del convenuto, se giungeva alla conclusione contraria. Questo però solo quando i termini della questione erano di evidenza immediata: quando una decisione presa su due piedi non era possibile, il giusdicente rimetteva le parti, per l'approfondita cognizione della controversia, ad un *arbiter* o *iudex* privato, il quale assumesse le prove addotte *hinc et inde* e risolvesse la questione nei termini in cui questa si era presentata *iu iure*, cioè davanti al tribunale. La funzione del magistrato non era, dunque, necessariamente quella di risolvere personalmente ogni conflitto, ma era piuttosto quella di presiedere alla retta instaurazione della contesa, di tutelare direttamente le *actiones* non contestate o di evidente fondamento, di lasciare invece che ogni situazione dubbia o controversa fosse risolta dal « giudice privato » con riguardo ai termini della contesa precisati dalle parti *in iure*. Comunque queste considerazioni valgono, come preciseremo subito, per le procedure cd. « ordinarie », cioè connesse all'impostazione processuale delle origini.

15.4. I sistemi procedurali che furono applicati nella storia di Roma furono infatti tre: quello delle *legis actiones*, quello delle *formulae* e quello della *cognitio extra ordinem*. La procedura delle « *legis actiones* » fu quella originaria e fu caratterizzata dal fatto che la *cognitio* del magistrato giusdicente era limitata alla presa di conoscenza delle affermazioni delle parti, cui conseguiva, a seconda delle opportunità, il diretto intervento tutorio del magistrato stesso, oppure la remissione della questione « giurisdizionalizzata » all'*arbiter* o *iudex privatus*. La procedura « *per formulas* », sorta in età posteriore, contemplò anch'essa la distinzione del processo di accertamento in due fasi, ma differì da quella delle *legis actiones* essenzialmente per il fatto che la *cognitio* magistratuale, lungi dal rimanere passiva, si concretava in un'attiva e determinante partecipazione, in una con l'attore e col convenuto, alla identificazione dei veri termini di ogni singola contro-

---

15.4. I sistemi procedurali indicati nel testo ammisero ciascuno una certa varietà di procedimenti. Qui sono caratterizzati per le loro linee generali. Inoltre, non bisogna credere che essi stiano ad indicare tre epoche di sviluppo del diritto processuale romano, perché in realtà: il secondo coesistette a lungo col primo, lentamente soppiantandolo (e non in tutto) negli ultimi due secoli dell'età preclassica; la *cognitio extra ordinem* (a prescindere dalle sue radici assai risalenti) predominò nell'epoca classica avanzata, ma vinse ogni resistenza della *cognitio ordinaria* solo nel periodo postclassico. L'esposizione, almeno per sommi capi, di tutti i tre sistemi (con particolare riguardo alla procedura *per formulas*) è resa necessaria dal fatto che molti istituti del *ius privatum* romano sarebbero pressoché incomprensibili senza il richiamo dei loro aspetti processuali.

versia. Di contro ai due sistemi ora descritti, che costituirono la cd. « *cognitio ordinaria* », si pose il terzo sistema procedurale, quello della « *cognitio extra ordinem* » dilagante in periodo classico e prevalente nell'età postclassica, che ebbe a sua caratteristica principale il fatto che l'organo giusdicente (magistrato o funzionario imperiale che fosse) avocò a sé la *cognitio* completa di tutta la controversia, assorbendo anche le funzioni del giudice privato e, per conseguenza, fondendo in una unitaria vicenda procedurale i due momenti (logicamente distinti tra loro) dell'individuazione della questione da risolvere e della verifica delle opposte tesi delle parti.

15.5. Quanto all'autotutela, essa rimase, come si è detto, almeno teoricamente aperta alle eventuali preferenze dei cittadini romani sino all'età classica avanzata e, per certi aspetti più limitati, anche oltre. Ma è chiaro che la sua diffusione pratica decadde fortemente per effetto della concorrenza della tutela statale, tanto più che il ricorso alla difesa privata poteva facilmente scivolare nell'illecito, sopra tutto a causa di un eccesso di vigore in cui si incorresse, sia pure involonta-

---

15.5. Sulle principali esplicazioni dell'autotutela nel periodo classico: Wesener, *Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht*, in *Fs. Steinwenter* (1958) 100 ss., con bibliografia. Per esempio: il creditore pignoratizio che si impossessasse della cosa pignorata, nell'ipotesi di mancata consegna della stessa da parte del debitore, non commetteva illecito, e in particolare non commetteva furto (Ulp. D. 47.2.56: *Cum creditor rem sibi pignoratam aufert, non videtur contrectare rell.*). Il diritto postclassico, come si deduce da costituzioni imperiali dell'epoca e da sicure interpolazioni, mantenne ferme alcune ipotesi classiche, ma con motivazioni diverse (e talora contorte), mentre si orientò in generale verso la condanna di ogni iniziativa di difesa che prescindesse dal ricorso alla giurisdizione. — Negli ordinamenti giuridici moderni, il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni completa tutto un quadro di ipotesi di reato, in cui facilmente incorrerebbe chi volesse farsi ragione da sé, senza ricorrere agli organi giurisdizionali. Gli a. 392-393 del codice penale italiano definiscono, ad esempio, questo reato come un delitto commesso da chi, « al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo », mediante « violenza sulle cose » o « violenza sulle persone ». E si badi bene che per violenza sulle cose l'a. 392 co. 1 intende, con accezione larghissima, il fatto che « la cosa viene danneggiata o trasformata, o ne è mutata la destinazione ». — Per le ipotesi romane di reazione commessa a titolo di cd. legittima difesa, cfr. D. 43.16.1.27 (Ulp. 69 *ed.*): *Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur* (relativo all'*interdictum de vi*). — Per le ipotesi del cd. stato di necessità, cfr. D. 9.2.29.3 (Ulp. 18 *ed.*): *Item Labeo scribit, ... cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem* (sc.: *Legis Aquiliae*) *dandam* (sc.: contro coloro che, per salvare la propria nave, hanno tagliato le funi di ancoraggio dell'altra nave). In tema v.: Longo (G.), *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, in *Fs. von Lübtow* (1970) 321 ss. — In generale, sulla non ripugnanza verso le azioni violente, soprattutto nella Roma repubblicana: Lintott, *Violence in Republican Rome* (1968); Mayer-Maly, sv. « *Vis* » (*als juristischer Begriff*) in *PW.*; Labruna, « *Vim fieri veto* », *Alle radici di una ideologia* (1971).

riamente, nella sua esplicazione. Comunque i Romani non solo evitarono per lungo tempo di rendere obbligatorio il ricorso alla tutela statale, ma non giunsero mai a configurare sul piano generale un *crimen* corrispondente al reato di « esercizio arbitrario delle proprie ragioni » degli ordinamenti giuridici moderni. L'esercizio diretto delle proprie ragioni fu represso, a partire dal sec. I a.C., solo nell'ipotesi estrema che si traducesse in atti di « violenza fisica »: ma doveva trattarsi di violenza sulla persona (prevista e punita, per la prima volta, dalla *lex Plautia de vi*, dell'80-70 a.C.) o di violenza particolarmente odiosa (« *vis atrox* ») su cose (prevista e punita dalla *lex Iulia de vi privata*, dell'età di Augusto). L'antigiuridicità degli stessi atti di violenza fu, quindi, esclusa in molteplici e importanti eventualità, tra cui emergono quella della reazione alla violenza altrui (cd. « legittima difesa »: « *vim vi repellere licet* ») e quella dell'azione violenta compiuta per sottrarsi a un pericolo grave e imminente (cd. « stato di necessità »).

15.5.1. Una svolta importante, ma non ancora decisiva, fu impressa a questa situazione, nel sec. II d.C., da una famosa decisione giudiziaria (*extra ordinem*) di Marco Aurelio: il cd. « *decretum divi*

15.5.1. Il *decretum divi Marci*, emesso in un processo *extra ordinem*, è riportato da D. 48.7.7 (Call. *5 cogn.*): « *Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille* (sc.: il convenuto) *in possessione debet morari, tu petitor es*». *Et cum Marcianus* (sc.: l'attore) *diceret:* « *vim nullam feci* », *Caesar dixit:* « *tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere,* [*eumque*] <*ipseque*> *sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit* ». Nel testo che precede (riportato anche, itp., in D. 4.2.13) è chiaro che l'imperatore ebbe soltanto a decidere un caso singolo. Tuttavia, l'ultimo periodo (*quisquis igitur rell.*) fa comprendere che Marco Aurelio intese anche trarre occasione dal singolo caso a lui sottoposto per la formulazione della regola « *ius crediti non habebit* »; il che è confermato dall'introduzione generalizzante di Callistrato: *Creditores, si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent* (*rell.*) (da ultimo: Bonini, *I « libri de cognitionibus » di Callistrato* [1964] 124 ss.). Che la regola sia stata tenuta ferma dagli imperatori successivi ed abbia portato alla conseguenza del *crimen vis*, risulta da D. 48.7.8 (Mod. 2 *de poenis*): *Si creditor sine auctoritate iudicis res debitoris occupet, hac lege* (sc.: la *lex Iulia de vi privata*) *tenetur et tertia parte bonorum multatur et infamis fit.* Cfr. anche Diocl. CI. 9.12.5. L'estensione del divieto dell'autotutela al proprietario risulta da CTh. 4.22.3. = CI. 8.4.7 (Valentin. Theod. Arcad., a. 389): *Dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.* Infine, si noti che la regola generale del diritto giustinianeo (*non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi*) è stata formulata utilizzando un testo di Paul. 13 *Plaut.* originariamente limitato alla materia interdittale (cfr. L. I.1167 nt. 5) e sistemandolo in D. 50.17, *de diversis regulis iuris antiqui*, fr. 176.

Marci ». L'imperatore rifiutò la protezione giudiziaria ad un creditore che, non essendo stato soddisfatto dall'*obligatus*, si era rifatto direttamente sui beni di quest'ultimo, e dichiarò che ogni creditore che si fosse comportato in tal modo dovesse essere sottoposto alla sanzione della perdita del credito, a prescindere dalle conseguenze penali della eventuale *vis atrox*. Il *decretum* di Marco Aurelio fece testo per tutti i casi analoghi e costituì l'inizio di una evoluzione legislativa postclassica, la quale portò infine a vietare l'esercizio delle proprie ragioni anche al proprietario, oltre che al creditore, e a ridurre ulteriormente le ipotesi di violenza lecita (ivi compreso il « *vim vi repellere* »), per sfociare da ultimo in un divieto generale dell'autotutela posto dalla compilazione giustinianea.

16. Le procedure « per legis actiones ».

16.1. Il sistema procedurale originario del *ius privatum* romano fu quello delle cd. « *legis actiones* ». Gli spunti di queste procedure (e in particolare delle più risalenti: la *legis actio sacramenti* e la *manus iniectio*) furono indubbiamente assai antichi e si riconnettono con plastica evidenza a pratiche di autodifesa formatesi nel seno del *ius Quiritium*. Tuttavia, anche quando queste pratiche furono poi rigidamente formalizzate e poste sotto il controllo dei *pontifices*, anche quando la tutela statale (nella fase etrusco-latina della

---

16.1. In ordine alle fonti sulle *legis actiones*, va ribadito che la materia presenta non poche né lievi difficoltà di ricostruzione, sia nel quadro d'insieme che negli aspetti particolari, perché mancano fonti coeve e perché delle testimonianze più antiche v'è traccia in alcuni frammenti delle XII tavole (riferiti in opere storiche, erudite o retoriche) scarsamente comprensibili, isolati come sono dal contesto originario. Le informazioni più dettagliate e precise si leggono nel breve *excursus* storico inserito da Gaio (4.11-30) nella trattazione dedicata all'esame del processo dell'età classica. Mutilo nella parte concernente la *legis actio per condictionem* e quella *per iudicis postulationem*, il manoscritto veronese è stato fortunatamente integrato in parte con un foglio appartenente ad altro manoscritto gaiano, pubblicato nel 1933 dall'Arangio-Ruiz, in *PSI*, 1182 (v. ora in *Scr. epigr. e pap.* [1974] 55 ss., 110 ss.). — Sulla denominazione di « *legis actiones* », cfr. Gai 4.11: *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur.* — A parte la letteratura generale già citata (v. *retro* spec. 15.1-2), cfr.: Lévy-Bruhl, *Nouvelles études sur le trés ancien droit romain* (1947), *Le très ancien proces romain*, in *SDHI*. 18 (1952) 1 ss.; Broggini, « *Ius lexque esto* », (1959), ora in *Coniectanea* (1966) 55 ss.; Fuenteseca, *Las « legis actiones » como etapas del proceso romano*, in *AHDE*. 34 (1964) 209 ss.; Schmidlin, *Zur Bedeutung der « legis actio »: Gesetzesklage oder Spruchklage?*, in *T*. 38 (1970) 367 ss.; Albanese, *Riflessioni in tema di « legis actiones »*, in *St. Volterra* 2 (1971) 163 ss.; Behrends, *Der Zwölftafelprozess* (1974).

civitas quiritaria) si offrì ai *cives* per conferire certezza e vigore all'esercizio delle *actiones*, non pare che si siano formati saldi *mores maiorum* relativamente alle *actiones* stesse. Solo le *leges XII tabularum*, per esaudire una delle più pressanti istanze della *plebs*, si preoccuparono di tradurre e in parte di trasformare le antiche forme di autodifesa e le varie pratiche procedurali derivatene in organici e ben determinati procedimenti giurisdizionali, creando anzi anche una procedura nuova e più agile (la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*). Leggi successive perfezionarono ed arricchirono ulteriormente il sistema. E fu principalmente in considerazione di questo penetrante intervento legislativo (cioè del *ius legitimum vetus* e, successivamente, anche del *ius publicum*) che i Romani usarono parlare di « *legis actiones* ».

16.1.1. Le *legis actiones* contribuirono, dunque, in modo determinante all'attuazione di quella « certezza del diritto », cui la *plebs* aspirava con tanta intensità nella sua lotta per l'emancipazione dal prepotere del patriziato. Un « punto fermo », per dir così; ma con tutti gli inconvenienti che i punti fermi (e quindi immutabili o difficilmente modificabili) manifestano via via che passa ulteriormente il tempo. Infatti, man mano che la vita sociale romana andò successivamente evolvendosi, dal sec. V al sec. III a.C., le *legis actiones*, ch'erano più o meno sempre quelle di una volta, misero a nudo un gravissimo difetto: il difetto di costringere le parti a riversare le loro pretese entro pochi e rigidi e invecchiati schemi formali, sempre più inadatti a tradurre in termini di processo, ed ai fini di una giustizia veramente aderente alle situazioni concrete, la molteplicità delle istanze che il sopravvento di una più complessa realtà delle cose suggeriva. Di qui

---

16.1.1. Sulle ragioni che portarono all'abolizione delle *legis actiones* v. Gai 4.30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt: namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet.* Un esempio della *nimia subtilitas* dei *veteres* è costituito proprio dal caso dell'*actio de arboribus succisis* che taluno volesse utilizzare allo scopo di reclamare per un taglio abusivo di quella sottospecie di *arbores* che erano le *vites*, di cui parla Gai 4.11: *eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione « vites » nominaret, responsum est ... rem perdidisse, cum ... debuisset « arbores » nominare eo, quod lex XII tabularum ... generaliter de arboribus succisis loqueretur.* Cfr. tuttavia, in senso critico: Solazzi, *L'odio per le « legis actiones » in Gai 4.30* (1944), ora in *Scr. dir. rom.* 4 (1963) 697 ss. V., in generale: Frezza, *Storia del processo civile in Roma fino all'età di Augusto*, in *ANRW*. 1.2 (1972) 163 ss.; Scherillo, *La « legis actio per iudicis arbitrive postulationem » e le origini del processo formulare*, in *Iura* 20 (1969) 5 ss. (v. anche *Fs. von Lübtow* [1970] 307 ss.), il quale rifiuta come antistorico l'insegnamento tradizionale secondo cui il regredire del processo *per legis actiones* sarebbe da imputare alle mutate condizioni socio-economiche dello stato romano, e nega l'esistenza di uno *hiatus* fra processo *per legis actiones* e *per formulas*, trovando, invece, quest'ultimo matrice nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

una crescente insofferenza, addirittura un odio, dei Romani evoluti (diciamo, dal sec. III a.C. in poi) verso l'antiquato sistema procedurale, e da parte loro la pratica diffusa, sempre più diffusa, di sottrarsi alle strettoie delle antiquate procedure mediante il ricorso a decisioni arbitrali private suggerite dalla giurisprudenza e spesso avallate dagli stessi magistrati giusdicenti, a cominciare dal *praetor urbanus*. L'affermarsi delle nuove procedure « *per formulas* », nel sec. II a.C., segnò l'inizio della rapida decadenza delle *legis actiones*. La loro abolizione ufficiale, salvo che per qualche speciale applicazione, fu opera, come meglio vedremo, della *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a.C.

16.1.2. Le « *legis actiones* », intese come procedure giurisdizionali (« *modi agendi* »), furono limitate a cinque: tre « dichiarative » (*legis actio per sacramentum, per iudicis postulationem, per condictionem*) e due « esecutive » (*legis actio per manus iniectionem, per pignoris capionem*). Ma occorre avvertire che di « *legis actiones* » i Romani parlavano anche, e spesso, per designare le singole molteplici azioni in senso processuale, cioè le applicazioni specifiche delle varie procedure previste dalle *leges* (es.: *legis actio de arboribus succisis, legis actio damni infecti*). E ne parlavano anche, talvolta, per designare certe particolari attività private, non giurisdizionali, quando fossero compiute *sollemnitatis causa* davanti al magistrato giusdicente: non per dirimere dunque un conflitto di interessi, ma solo per realizzare *ex negotio* un effetto giuridico di peculiare importanza (es.: la costituzione del *consortium ad exemplum fratrum suorum*).

16.2. Le caratteristiche generali del sistema procedurale delle *legis actiones* si riducono, anche per la scarsità delle fonti

---

16.1.2. Sulle *legis actiones* come *modi agendi* v. Gai 4.12, in relazione a Gai 4.11. — Esempi di *legis actiones* negoziali (cioè di negozi giuridici compiuti davanti a un magistrato giusdicente) sono l'atto costitutivo del *consortium ad exemplum* (cfr. Gai 3.154*b*: *Alii quoque, qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione*), la *manumissio vindicta*, la *in iure cessio* (cfr. Palmieri, « *Legis actio* » *in alcune fonti giuridiche*, in *Synt. Arangio-Ruiz* [1964] 521 ss.). Per queste *legis actiones*, non intese a dirimere conflitti di interessi, si parlò talvolta di « *iurisdictio voluntaria* »: v. anche *infra* nt. 19.1 e n. 30.6.

16.2. In ordine ai problemi di origine, ai possibili legami di interdipendenza fra *legis actiones* e difesa privata (stilizzazione di atti o gesti implicanti una lotta fra le parti) e, massime, agli aspetti religiosi del più antico processo, cfr. (oltre alla letteratura citata *retro* nt. 15.2 e 16.1): Cremieux, *La justice privée, Son évolution dans la procedure romaine* (1908); Betti, *La* « *vindicatio* » *romana primitiva*, in *Fil.* 39.3 (1915) 321 ss.; Lévy-Bruhl, *Le simulacre de combat dans le* « *sacramentum in rem* » (1930), poi in *Quelques problèmes du très ancien droit Romain* (1934) 3 ss.; Kaser, *Das altrömische* « *Ius* » (1949) 15 ss., 191 ss.; Gioffredi, *Diritto e processo* cit. 87 ss.; Biscardi, *L'unità del processo nell'esperienza giuridica romana*, in *BIDR.*

a disposizione, a pochi punti sicuri. Tutti i provvedimenti (sia dichiarativi che esecutivi) si fondavano su una dichiarazione solenne dell'attore da pronunciarsi (salvo che per la *pignoris capio*) davanti al magistrato giusdicente: quest'ultimo interveniva al limitato scopo di assicurare il diritto dell'attore oppure, in caso di contestazione da parte del convenuto o di un terzo, allo scopo di effettuare o impostare un imparziale accertamento. Il processo di accertamento raramente era tutto presenziato dallo stesso giusdicente: esso si svolgeva, di regola, in due «fasi» (o procedimenti che dir si voglia): una fase «*in iure*» ed una fase eventuale «*apud iudicem*».

16.2.1. Il «procedimento *in iure*» serviva ad instaurare la controversia nei sui precisi termini formali ed appunto perciò reclamava

---

65 (1962) 19 ss.; Tondo, *La semantica di «sacramentum» nella sfera giudiziale*, in *SDHI.* 35 (1969) 249 ss. Per noi, uno degli indizi più convincenti della derivazione delle *legis actiones* da originari atti di autotutela è costituito da ciò: che, come si espone nel testo, se i due soggetti in contrasto non si accordavano per recarsi *in ius*, uno dei due operava una *manus iniectio* (stragiudiziale) per trascinarvelo. Ciò fa intuire che, alle origini, la difesa del diritto offeso era affidata essenzialmente alla *manus iniectio* e le *legis actiones* sorsero in considerazione dell'ipotesi che il soggetto aggredito si rifiutasse di riconoscere il diritto dell'altra parte, o comunque si rifiutasse di sottostare alla sua esecuzione. La *manus iniectio* venne pertanto originariamente utilizzata solo allo scopo di trascinare il soggetto passivo davanti al magistrato, al quale sarebbe spettato: nell'ipotesi di persistente contrasto tra le parti, di rimetterle al giudice per un concreto accertamento; nell'ipotesi di evidenza del buon diritto dell'attore, di *addicere* a lui il convenuto, convalidando la *manus iniectio*. — A proposito della *iurisdictio*, da «*ius dicere*» (v. *retro* n. 15.3 e nt. ivi), quale estrinsecazione del potere attribuito al magistrato, sono da considerare alcune testimonianze risalenti: *FIRA.* 1.86, 1.108 e 1.68, per i riferimenti contenuti nella *Lex (Baebia?) agraria, Iulia agraria, Plaetoria de iurisdictione* e *Papiria de sacramento*; Plaut. *Epid.* 23, *Stich.* 726, *Capt.* 907; Varr. *l.l.* 6.30. Di qui, le diverse teorie: *iurisdictio* come pronuncia dei *verba legitima* («*do, dico, addico*»), come dichiarazione della norma applicabile o come statuizione del diritto nella fattispecie concreta. A nostro avviso, la *iurisdictio* fu una manifestazione dell'*imperium* e appartenne, in linea di principio, prima al *rex* e poi ai *magistratus cum imperio*; solo in età più avanzata, e precisamente nel periodo preclassico, potè avvenire che essa fosse intesa come un potere autonomo, praticamente esercitato solo da taluni magistrati *cum imperio* (principalmente i *praetores*) e talvolta, a fini limitati, da magistrati *sine imperio* (come gli *aediles curules*). Sul punto, cfr., variamente: Lauria, «*Iurisdictio*», in *St. Bonfante* 2 (1929) 481 ss.; Düll, *Eröffnungsakt «in iure» und die «tria verba praetoris»*, in *ZSS.* 57 (1937) 76 ss.; De Martino, *La giurisdizione* cit. 55 ss.; Luzzatto, *Procedura* cit. 2.178 ss., 196 s.; Gioffredi, *Diritto e processo* cit. 171 ss.; Broggini, «*Iudex arbiterve*» cit. 10 ss., 78 ss.; Lévy-Bruhl, *Recherches* cit. 113; Pugliese, *Il processo* cit. 1.144 ss.

16.2.1. Alla *in ius vocatio* le XII tab. (1.1-3) dedicarono un'attenta regolamentazione: da un lato, autorizzando l'attore a costringere con la *manus iniectio* il convenuto recalcitrante («*si calvitur pedemve struit*»); dall'altro lato, imponendo allo stesso attore di mettere una cavalcatura a disposizione del convenuto ammalato. — Sul *vindex* v. *amplius* n. 16.6.1. Mancando il *vindex*, il convenuto con l'*actio in personam* non aveva alcun'altra possibilità di sottrarsi alla *vocatio*, a meno che, riconoscendo il debito, procedesse seduta stante all'adempimento. Il convenuto in un processo *in rem* poteva invece, sempre in mancanza di un *vindex* che lo soccorresse, evitare sul

come indispensabile la presenza di ambo le « parti » contrapposte. Se quindi una parte rifiutava di aderire alla « *in ius vocatio* » dell'altra, questa, dopo aver fatto constatare il rifiuto da testimoni, poteva trascinarla *in ius* a viva forza (operando nei suoi confronti una *manus iniectio* stragiudiziale), salvo che intervenisse un « *vindex* » a garantire (ma non si sa bene come) la sua comparizione ad altra data. *In iure*, la parte che aveva assunto l'iniziativa del processo (cioè l'attore) pronunciava l'affermazione solenne del proprio diritto: al che l'altra parte poteva reagire con una pronuncia (di contenuto contrario o negativo) altrettanto solenne e poteva invece non reagire o non essere in grado di reagire a causa del carattere palese del suo torto. Nella prima ipotesi (opposizione della controparte), venivano chiamati dei terzi a testimoni dei termini della questione (« *litis contestatio* ») e il magistrato rimetteva quindi le parti ad un *iudex* o *arbiter* privato, che avrebbe esaminato, in un distinto « procedimento *apud iudicem* », i termini concreti della controversia ed emesso il suo parere decisivo della stessa (« *sententia* »). Nella seconda ipotesi (mancata opposizione della controparte o evidenza immediata del buon diritto dell'attore), non essendovi necessità di più approfonditi accertamenti, il magistrato, anziché *dare iudicem*, procedeva egli stesso a confermare autoritativamente (mediante la cd. « *addictio* ») l'affermazione di diritto dell'attore, con le conseguenze del caso.

16.2.2. Il « *iudex* » o « *arbiter* » *privatus* delle procedure di accertamento era solitamente unico ed era prescelto dal magistrato, tra i

---

momento il giudizio col sistema di cedere il possesso dell'oggetto giuridico contestato all'attore: con ciò egli veniva a riservarsi di essere a sua volta, quando meglio volesse, attore *in rem* nei confronti della controparte (gravandosi tuttavia dell'onere della prova una volta che si pervenisse *apud iudicem*). Sul tema, molto controverso, cfr. per tutti: Kaser, *RZPR*. 49 ss. — Al differimento del processo, dopo avvenuta la comparizione e nell'ipotesi che la procedura non potesse esaurirsi in un solo giorno, occorreva che il convenuto offrisse all'attore la garanzia costituita dai « *vades* », che erano terze persone di sicura solvibilità le quali si obbligavano (mediante « *vadiatura* ») a sopportare le conseguenze della mancata ricomparizione: *infra* n. 78.5. L'attore poteva anche rinunciare ai *vades* o accontentarsi di un solenne impegno a ricomparire assunto personalmente dal convenuto nella forma della *stipulatio* (« *cautio vadimonium sisti* »: *infra* n. 19.3.2); se egli non decampava dalla pretesa dell'intervento dei *vades*, il *vocatus*, mancando di questa garanzia, doveva seguirlo nel suo carcere privato e rimanervi sino al giorno della nuova udienza.

16.2.2. In ordine ai giudicanti delle procedure *per legis actiones*, va detto che senza differenze rilevanti, almeno in apparenza, le fonti conoscono il « *iudex unus* » e l'« *arbiter* » (o eccezionalmente un collegio di tre *arbitri*), sì che il Wlassak, *Römische Prozessgesetze* cit. 2.293, attribuisce loro medesime funzioni e poteri. Viceversa, il Luzzatto, *Procedura* cit. 2.219 ss., movendo da Gai 4.17 *a*, un passo in tema di *legis actio per iudicis postulationem*, afferma (come già il Wenger, *Istituzioni* cit. 55) la sostanziale diversità fra i due giudicanti, resa ancor più evidente dalla più

nominativi iscritti in una lista di notabili (« *album iudicum* »), senza particolare riguardo alle sue cognizioni giuridiche, richiedendosi più che altro in lui qualità di equilibrio e buon senso. Tuttavia si formarono nell'antica Roma anche due collegi giudicanti specializzati, e precisamente: quello dei « *centumviri* » i quali giudicavano (talvolta al com-

---

ampia discrezionalità dell'*arbiter*. Poiché costui, al pari del *iudex*, emette un *iudicium*, non è raro che le fonti con tale termine stiano a indicare proprio l'arbitro: una tendenza, questa, ignota alle più antiche procedure, ma sviluppatasi nell'ambito di quella formulare (comunque, in nessun caso si verifica l'ipotesi opposta, giacché il termine *arbiter* implica, sempre, una funzione determinata e infungibile). E se l'attività dell'*arbiter* comportava che, a volte, si costituissero collegi di più membri, il *iudex* era sempre unico, nonostante potesse valersi della collaborazione d'uno speciale *collegium*, che lo assisteva durante le decisioni. Per maggior ragguagli: Steinwenter, sv. « *Iudex* », in *PW.*; Gioffredi, sv. « *Iudex* », in *NNDI.*; Wlassak, sv. « *Arbiter* », in *PW.*; Bonifacio, sv. *Arbitro e arbitratore (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Pugliese, *Il processo* cit. 1.169 ss. — Sui *centumviri* (i quali rimasero attivi sino all'età classica) cfr. partic.: Wlassak, sv. « *Centumviri* », in *PW.*; Bozza, *Sulla competenza dei centumviri* (1928); Nicolau, *Causa liberalis* (1933) 35 ss.; De Martino, *La giurisdizione* cit. 37 ss.; La Rosa, « *Decemviri* » *e* « *centumviri* », in *Labeo* 4 (1958) 14 ss.; Franciosi, *Il processo di libertà in diritto romano* (1962) 32 ss., 92 ss.; Di Lella, « *Querela inofficiosi testamenti* » (1972) *passim*. Una testimonianza di Festo (sv. « *centumviralia* ») chiarisce che i *centumviri* in realtà erano 105, scelti tre per ognuna delle 35 tribù: poiché le tribù furono portate a 35 intorno al 241 a.C., è lecito far risalire a quella data l'origine dell'organo. Augusto portò il numero dei membri a 180 e stabilì che le sezioni del collegio (*hastae, iudicia, consilia, tribunalia*) venissero presiedute dai *decemviri*, sotto la prima presidenza del *praetor hastarius*. I giudizi devoluti alla decisione dei *centumviri* venivano condotti mediante la procedura della *legis actio sacramenti in rem*; la *lex Iulia iudiciorum*, nell'abolire questa procedura, la fece salva, come diremo, proprio per i giudizi centumvirali, oltre che per le denunce di *damnum infectum* (Gai 4.31). — Sui *decemviri stlitibus iudicandis* cfr.: Humbert, sv. « *Decemviri* », in *DS.*; Kübler, sv. « *Decemviri* », in *PW.*; Coli, sv. « *Decemviri* », in *NNDI.* (ora in *Scr. dir. rom.* [1973] 999 ss.); Nicolau, *Causa liberalis* cit. 16 ss.; Bongert, *Recherches sur les récupérateurs* (1952) 189 s.; La Rosa, « *Decemviri* » *e* « *centumviri* » cit.; Franciosi, *Il processo di libertà* cit. 15 ss., e *Sui* « *decemviri stlitibus iudicandis* », in *Labeo* 9 (1963) 163 ss.; Hernández-Tejero, *Sobre el origen de los* « *decemviri stlitibus iudicandis* », in *R. Fac. Der. Madrid* (1964) 1 ss.; Ferenczy, *Vom Ursprung der* « *decemviri stlitibus iudicandis* », in *ZSS.* 89 (1972) 338 ss. I decemviri rientrarono nella magistratura minore dei *vigintisexviri* (con Augusto, *vigintiviri*). — È da chiedersi se un altro collegio giudicante non sia stato costituito dai *tresviri capitales*: Fest. sv. « *sacramentum* ». In proposito, da ultimo: Albanese, *Riflessioni* cit. 177 ss. Secondo questo autore, alle origini la *legis actio sacramenti* non richiedeva una vera e propria funzione giudicante ed appunto perciò si svolgeva tutta davanti al *rex*; decaduto il *rex*, furono via via costituiti i collegi giudicanti dei *decemviri* (più antico di tutti), dei *tresviri capitales*, e infine *dei centumviri*; al *iudex privatus* si fece ricorso per le decisioni nella procedura da *sacramentum* solo dopo l'introduzione della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, una delle cui novità fu costituita appunto dalla richiesta di un *iudex* o *arbiter* fatta dall'attore al magistrato giusdicente. L'ipotesi è suggestiva, ma, a meglio riflettere, vi è da chiedersi per quali motivi la competenza dei *decemviri* (e dei *tresviri*), da generale che era all'inizio, si sia andata progressivamente riducendo a beneficio dell'istituto del *iudex*. Molto più verosimile ci sembra che l'istituto dell'*iudex* sia stato quello originario e generale, mentre i collegi dei *decemviri* e dei *centumviri* (forse dei *tresviri capitales*) furono introdotti successivamente in vista di funzioni specifiche di giudizio aventi carattere particolarmente impegnativo. Su questi problemi, da ultimo: Behrends, *Die römische Geschworenenverfassung* (1970).

pleto e talvolta in commissione più ristretta) talune controversie di maggiore risonanza sociale (prevalentemente, questioni ereditarie); quello dei « *decemviri stlitibus iudicandis* », i quali erano veri e propri magistrati minori, nominati annualmente dai comizi tributi, e avevano il duplice compito di presiedere i giudizi centumvirali e di decidere in linea esclusiva tutte le delicatissime questioni di accertamento della libertà o schiavitù di un individuo (cd. « processi di libertà »).

16.3. 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: la procedura più antica di tutte, da cui derivarono molte caratteristiche delle procedure successive. La sua peculiarità fu questa: che una delle due parti, di fronte all'opposizione dell'altra parte, la sfidava *in iure* ad un *sacramentum* (« *sacramento provocare* »), cioè le proponeva di promettere ciascuna un certo sacrificio di bestiame agli dei o, in tempi più evoluti, un certo versamento di danaro all'*aerarium populi Romani*

16.3. Sulla *legis actio sacramenti* cfr.: Pflüger, *Die « legis actio sacramenti »* (1898); von Mayr, *Das « sacramentum » der « legis actio »*, in *Mél. Girard* 2 (1912); 171 ss.; Betti, *La « vindicatio » quale atto del processo reale legittimo*, in *RIL.* 1915, e *L'antitesi storica tra « iudicare (pronuntiatio) » e « damnare (condemnatio) » nello svolgimento del processo romano*, in *RISG.* 56 (1915) 1 ss.; Klingmüller, sv. « *Sacramentum* », in *PW.*; Frezza, *Ordalia e « legis actio sacramenti »*, in *AG.* 142 (1952) 83; Lévy-Bruhl, *Recherches* cit. 50; Franciosi, *Il processo di libertà* cit. 53 ss.; van den Bergh, *Enkele Vragen betreffende de « legis actio sacramento »* (1965); Broggini, *La prova nel processo romano arcaico* (1960), ora in *Coniectanea* (1966) 133 ss. — Sulla religiosità del « *sacramentum* », cfr.: Noailles, « *Fas et ius* » cit. 66 ss.; Tondo, *La semantica di « sacramentum »* cit.; Gioffredi, *Diritto e processo* cit. 103 ss., nonché sv. *Sacramentum*, in *NNDI.* Secondo questo autore il *sacramentum*, denominazione della più antica e solenne forma di giuramento, si sarebbe risolto in un'autoconsacrazione delle parti alla divinità, qualora si fosse ingiustamente affermato il proprio diritto, e solo nello schema storico si sarebbe ridotto ad una *summa*, un *aes*, dato *poenae nomine* (Gai 4.13) da chi risultasse soccombente in causa. — A proposito della *summa sacramenti*, sembra ormai accertato che, in origine, si trattò di una penalità da pagarsi in bestiame: cinque pecore per le controversie di minore importanza, cinque buoi per quelle di importanza maggiore. Con le XII tavole la *summa sacramenti* (in danaro) si stabilizzò nella misura di 50 assi per le controversie di valore sino ai 1000 assi, di 500 assi per le controversie di valore superiore. Nei processi di libertà (che erano a valore indeterminabile) la *summa sacramenti* fu fissata (« *favore scilicet libertatis, ne onerarentur adsertores* ») in 50 assi. Cfr. Gai 4.14. — La precedenza storica dell'*actio sacramenti in rem* rispetto a quella *in personam* è assai discussa (Gai 4.15, in un passo fortemente lacunoso, parla prima dell'*actio in personam*). A nostro parere, la regolamentazione di ambedue le procedure fu fatta dalle *XII tabulae* differenziando una procedura originariamente unica (e piuttosto incerta) intesa ad affermare il *mancipium* su un oggetto giuridico estraneo alla controparte oppure sulla stessa controparte. Se si ritiene con noi che il fenomeno dell'*obligatio* fu disciplinato solo dalla legislazione decemvirale, ne discende che l'*actio in personam* fu una filiazione di quella cd. *in rem*. Sul tema, in generale, cfr.: Romano, *Gai Inst. IV, 2; 3; 4, « Actiones in rem - actiones in personam »*, in *St. Grosso* 6 (1974) 693 ss. — Sui *praedes* v. *infra* 78.6, e cfr. già Wesener, sv. « *Praediatura* » e « *Praes* », in *PW.*

per il caso che risultasse il suo torto. Se la sfida non era accettata, il torto veniva ad essere implicitamente riconosciuto dallo sfidato, sì che lo sfidante poteva passare all'esecuzione. Se la sfida era accettata, le due parti procedevano alla solenne pronuncia dei *sacramenta*, garantita dall'intervento di « *praedes sacramenti* »: per il che il *iudex* designato dal magistrato veniva (nella fase *apud iudicem*) ad essere investito del còmpito di accertare se fosse fondato il *sacramentum* dell'una o quello dell'altra parte (« *utrius sacramentum iustum utrius iniustum* ») e il soccombente veniva, di conseguenza, a dover pagare la *summa sacramenti* all'*aerarium* e ad essere riconosciuto implicitamente nel torto, con le conseguenze del caso. Alla pronuncia dei *sacramenti* erano invitati ad assistere alcuni testimoni, affinché al giudice potessero essere riferite le esatte e contrapposte affermazioni delle due parti: questo momento processuale, con cui si chiudeva la fase *in iure*, era appunto la « *litis contestatio* ». Bisogna però distinguere tra l'ipotesi in cui le due parti contendessero circa la spettanza all'una piuttosto che all'altra di un diritto assoluto rispetto ad un oggetto giuridico esterno alla loro persona, quindi il più delle volte rispetto a una *res*, (procedura che fu detta in età postdecemvirale dell'*actio sacramenti in rem*) e l'ipotesi in cui una delle due parti vantasse un diritto proprio sull'altra parte, cioè un diritto relativo (procedura che in età postdecemvirale fu detta dell'*actio sacramenti in personam*).

16.3.1. Nell'« *actio sacramenti in rem* » le due parti, che contendevano circa la titolarità di un diritto assoluto su un oggetto giu-

---

16.3.1. Sulla procedura della *legis actio sacramenti in rem* v. Gai 4.16-17. In dottrina cfr. Bechmann, *Studien im Gebiete der « legis actio sacramento in rem »* (1889); Weiss, *Prozessgesetze und Richterbestellung im Legisaktionenprozesse*, in *BIDR*. 49-50 (1948); Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*[2] (1956) 7 ss. e *passim* (ivi folta bibliografia); Santoro, *Potere ed azione* cit.; Watson, *Towards a new Hypothesis of the « legis actio sacramento in rem »*, in *RIDA*. 14 (1967) 455 ss.; Cenderelli, *Ter., « Ad. » 820: « Mitto rem »*, in *AG*. 177 (1969) 165 ss.; van den Brink, *« Festuca, quasi hastae loco »*, in *Talanta* 2 (1970) 1 ss.; Biscardi, *« Testes estote »*, *Contribution à l'étude du témoignage en droit romain*, in *RH*. 49 (1971) 386 ss.; Falchi, *L'onere della prova nella « legis actio sacramento in rem »*, in *SDHI*. 38 (1972) 247 ss. — Secondo la narrazione gaiana, il *procedimento in iure* si svolgeva in questo modo. I due contendenti si portavano *in ius* con la « *lis* » che era posta tra loro due, davanti al magistrato, da colui che la possedesse (ma « *si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci,... pars aliqua inde sumebatur eaque in ius adferebatur ... similiter si de fundo vel de aedibus vel de hereditate controversia erat* [*rell.*] »). Indi ciascuna parte procedeva alla *impositio vindictae* e pronunciava la seguente formula: « *Hunc ego hominem* (schiavo) *ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam: sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui* ». Al « *Mittite ambo hominem* » del magistrato, il primo vindicante diceva all'altro: « *Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris* ». L'altro replicava: « *Ius feci sicut vindictam imposui* ». Il primo: « *Quando tu iniuria vindicavisti, D* (o *L*)

ridico esterno alle loro persone (« *lis* »: una *res*, un *filiusfamilias*, un *servus* ecc.), si presentavano davanti al magistrato, portando seco (quella che lo possedesse) l'oggetto in contestazione (« *lis* ») o almeno (trattandosi di cose immobili o non facilmente trasportabili) un frammento o un simbolo di esso. *In iure* ciascuna parte muoveva verso l'oggetto conteso (« *in rem* »), toccandolo con una festuca (« *vindicta* ») in segno di padronanza, e pronunciava la solenne « *vindicatio* » dello stesso. Di fronte a queste due affermazioni in contrasto, il magistrato ordinava alle parti di lasciare l'oggetto in contestazione (« *mittite ambo rem* »). Allora le parti, asserendo ciascuna che l'altra aveva fatto una *vindicatio* antigiuridica (« *iniuria* »), si sfidavano al *sacramentum* e lo prestavano solennemente con la garanzia dei *praedes sacramenti*. Il magistrato faceva poi l'« *addictio vindiciarum* », cioè l'assegnazione autoritaria del possesso provvisorio (« *vindiciae* ») ad una fra le parti, e si passava alla fase *apud iudicem*. Il giudicante, dopo aver stabilito in base alle prove quale dei due *sacramenta* fosse fondato, si limitava ad « *iudicare* » che il soccombente fosse *obligatus* al pagamento della *summa sacramenti*. Pertanto, se soccombeva quella tra le due parti che si era vista rifiutare dal magistrato il possesso interinale dell'oggetto conteso, l'oggetto rimaneva a buon diritto nelle mani dell'altra parte; se invece soccombeva il possessore interinale dell'oggetto, l'oggetto conteso poteva anche non essere consegnato alla controparte, e questa aveva in tal caso solo diritto a pretenderne esecutivamente il controvalore in danaro dal soccombente oppure dai « *praedes litis et vindiciarum* » che avevano garantito per lui il controvalore dell'oggetto.

16.3.2. Nell'« *actio sacramenti in personam* » le due parti contendevano circa la esistenza o meno di un rapporto relativo (« *obligatio* »)

---

aeris sacramento te provoco ». L'altro: « *Et ego te* ». Il *sacramentum* di ciascuno veniva garantito, mediante *praediatura*, dai *praedes sacramenti*. Il magistrato procedeva allora alla *addictio vindiciarum*, curando che l'assegnatario fosse assistito dalla garanzia di « *praedes litis et vindiciarum* », che assumevano su di sé la responsabilità della mancata consegna della *lis* alla controparte, ove questa fosse risultata vincitrice. Alla parte soccombente (o ai suoi *praedes*) il processo veniva a costare la *summa sacramenti* (da versare all'erario) e la *lis* o il suo controvalore (da versare al vincitore). La *vindicta* stava a simboleggiare l'« *hasta* » del dominatore. Se l'oggetto conteso non era un *homo*, ma una cosa inanimata o un animale subumano, lo si specificava con la denominazione appropriata, ma probabilmente non si pronunciava il « *tibi* » (che nella formula gaiana sembra rivolto all'*homo*). Molto discusso è il senso preciso di « *secundum suam causam* » e il riferimento di questa precisazione alla *vindicatio* (come risulta da Gaio) oppure alla *impositio vindictae* (« *secundum suam causam... vindictam imposui* »). Per una recente riconsiderazione dei momenti essenziali del procedimento *in iure* cfr.: Andréev, *Bemerkungen zum römischen Zivilprozessrecht*, in *ZSS*. 89 (1972) 334 ss.

16.3.2. Sulla *legis actio sacramenti in personam* cfr.: Ambro-

tra loro. Pertanto l'attore, ritenendo che il convenuto fosse *obligatus* nei suoi confronti, affermava solennemente il dovere (« *oportere* ») del convenuto di compiere la prestazione, che traduceva peraltro sempre in una somma corrispondente di danaro. Se il convenuto negava, i due si sfidavano reciprocamente al *sacramentum*, che era prestato con la consueta garanzia dei *praedes sacramenti*, e si passava alla fase *apud iudicem*, la quale aveva caratteristiche e implicazioni analoghe a quelle dell'*actio sacramenti in rem*.

16.4. La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* fu ammessa dalle *XII tabulae* in due casi specifici:

---

sino, *La « legis actio sacramento in personam » e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 251 ss.; Lévy-Bruhl, *Le « sacramentum in personam »*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 15 ss., e *La « manus consertio »*, in *Iura* 4 (1953) 163 ss., nonché *Le dialogue du « sacramentum »*, in *REL.* 30 (1953) 15 ss.; Broggini, *« Vindex » und « iudex »* cit. 75 ss., 94 ss., 103 ss.; Franciosi, *Il processo di Virginia*, in *Labeo* 7 (1961) 20 ss.; La Rosa, *Il « vindex » nella « in ius vocatio » e il garante del « vadimonium »*, in *St. Betti* 3 (1962) 299 ss.; Tomulescu, *Sur la « legis actio damni infecti »*, in *RIDA.* 19 (1972) 435 ss.; Behrends, *Der Zwölftafelprozess* cit. 7 ss. Non può essere seguito, nella sua radicale negazione, Fuenteseca, *Existio la denominada « legis actio sacramenti in personam »?*, in *AHDE.* 25 (1955) 543 ss. Utile si manifesta un parallelo con la *« clarigatio »* (su cui Volterra, in *NNDI.*): Volterra, *L'istituto della « clarigatio » e l'antica procedura delle « legis actiones »*, in *Scr. Carnelutti* 4 (1950) 243 ss.; Donatuti, *La « clarigatio » o « rerum repetitio » e l'istituto parallelo dell'antica procedura civile romana*, in *Iura* 6 (1955) 31 ss. La *legis actio sacramenti in personam* (ricollegabile, secondo taluni, all'intervento del *vindex* nella *manus iniectio: infra* n. 16.6.1) presenta, storicamente, notevoli difficoltà di individuazione per la carenza di testimonianze, aggravata notevolmente dalla lacuna nel manoscritto gaiano. A molti sembra legittimo supporre che, derivata dal *sacramentum* nei confronti del *vindex* (tuttavia diverso nei presupposti e, quindi, negli atti dal *sacramentum in rem*), questa *legis actio* si venne configurando non più come procedimento innestato sulla *manus iniectio*, bensì autonomamente, allorché si riconobbero nuovi tipi di delitti, che imposero un radicale mutamento delle pene (*iniuria*, taglio di alberi, *os fractum* e persino *furtum nec manifestum*, che non comportarono più l'appropriazione del corpo del colpevole o il taglione, ma soltanto il pagamento d'una somma a titolo di composizione e riscatto). A nostro avviso, non è possibile formulare ipotesi in presenza di dati così scarsi. Ma, se un'ipotesi vuole essere formulata, essa deve essere nel senso che i *decemviri*, regolando il fenomeno dell'*obligatio*, adattarono ad esso, con gli opportuni temperamenti, lo schema preesistente dell'*actio sacramenti in rem*. — Nel procedimento *in iure* il dialogo tra attore e convenuto si svolgeva, presumibilmente, così. Attore: *« Aio te mihi X milia sestertiorum dare oportere: postulo aias an negas »*. Convenuto: *« Nego »*. Attore: *« Quando tu iniuria negas, D* (o *L*) *aeris sacramento te provoco »*. Convenuto: *« Et ego te »*.

16.4. Sulla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* v. Gai 4.17 (= *PSI.* 1.1182: *« quando tu* [il *reus*] *negas, te, praetor, postulo iudicem* [o *arbitrum*] *uti des »*), e cfr.: Frezza, *Osservazioni sulla « legis actio per iudicis arbitrive postulationem »*, in *SDHI.* 9 (1943) 21 ss.; Kaser, *Altrömisches Ius* cit. 250 ss.; Luzzatto, *Procedura* cit. 2.131 ss.; Broggini, *« Iudex arbiterve »* cit. 159 ss.; Lévy-Bruhl, *Recherches* cit. 245 ss.; Scherillo, *La « legis actio per iudicis arbitrive postulationem »* cit.; Behrends, *Der Zwölftafelprozess* cit. 49 ss. Il Pugliese, *Il processo* cit. 1.336 ss., ritiene plausibile (con Scherillo, *Lezioni sul processo* [1960] 130) l'esistenza di due tipi distinti di tale *legis actio*: la *iudicis* e l'*arbitri postulatio*, ed anzi, suppone che quest'ultima fosse la più antica e costituisse, in certo senso, una anticipazione del pro-

a tutela di chi vantasse un credito promessogli mediante *sponsio* e a tutela del coerede che chiedesse la divisione del patrimonio ereditario nei confronti degli altri coeredi (*actio familiae erciscundae*). Successivamente la procedura fu estesa da una *lex Licinnia* all'*actio communi dividundo* e dalla prassi all'*actio finium regundorum*. 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 direttamente al magistrato, chiedendogli di nominare senz'altro un *iudex* che decidesse circa il suo buon diritto di creditore o un *arbiter* che effettuasse una giusta divisione del patrimonio o della cosa comune.

16.5. 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. 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 farsi dare un *iudex* che decidesse circa il suo buon diritto. Questo *ultimatum* era, il più delle volte, sufficiente a indurre il debitore a pagare prima del trentesimo giorno. Probabilmente la dilazione di trenta giorni era utilizzata per mettersi quanto meno d'accordo circa la persona dell'*iudex* da sottoporre al magistrato per la nomina.

16.6. La *legis actio per manus iniectionem* (da non confondere con la *manus iniectio* stragiudiziale, intesa a trascinare

---

cesso contraddistinto dalla duplicità delle fasi. Solo più tardi, secondo tale opinione, si sarebbe realizzata l'unificazione concettuale, espressa nell'alternativa « *iudicis arbitrive postulatio* » e fondata sull'analogia dei due tipi di *legis actio* nella fase *in iure*.

16.5. Sulla *legis actio per condictionem*: v. Gai 4.17 *b* - 18 (= *PSI.* 1.1182: « *Quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico* ») e cfr.: Robbe, *La « legis actio per condictionem »*, in *SU.* 1939; Lévy-Bruhl, *Recherches* cit. 263 ss.; Prichard, *The origin of the « legis actio per condictionem »*, in *Synt. Arangio-Ruiz* (1964) 260 ss.; Danilovic, *« Legis actio per condictionem » i njeno poreklo*, in *Zbornik Radova iz pravne istorje* 1966. Procedura importante, questa, giacché contribuì alla comparsa di quel gruppo di *actiones in personam* che, ancora in epoca giustinianea, prendono il nome di « *condictiones* »; cfr.: von Lübtow, *Beiträge zur Lehre der « condictio »* (1952); Schwarz, *Die Grundlage der « Condictio » im klassischen Recht* (1953); Di Iorio, sv. « *Condictio* », in *NNDI.*; Cannata, *Sulla « divisio obligationum » nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura* 21 (1970) 52 ss.; Santoro, *Studi sulla « condictio »*, in *AUPA.* 1971.

16.6. Sulla *manus iniectio* v. Gai 4.21-25. Nel caso di « *manus iniectio iudicati* » la formula pronunciata dall'attore era: « *Quod tu mihi iudicatus* (o *damnatus*) *es sestertium X milium, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio* ». Nel caso di « *manus iniectio pro iudicato* » l'attore indicava la specifica « *causa ex qua agebat* » e concludeva con « *pro iudicato manum inicio* ». — Sebbene Gaio sia ricco di notizie per l'epoca successiva alla *lex XII tabularum* (ma per le disposizioni contenute in quest'ultima appare attendibile Gell.

il convenuto *in ius*) aveva carattere di azione esecutiva generale e consisteva in ciò. L'attore affermava solennemente al convenuto, *in iure*, che non gli era stata pagata una certa somma alla cui prestazione il convenuto era *obligatus* in virtù di una causa certa e indiscutibile, cioè tale da autorizzare l'esecuzione senza necessità di accertamenti giudiziali; egli dichiarava altresì, di fronte al persistere dell'insolvenza dell'*obligatus*, di volersi impadronire di lui a titolo di responsabilità. A questo punto il magistrato interveniva a pronunciare l'*addictio* dell'*obligatus* all'attore. Secondo le *XII tabulae* l'attore poteva tenere l'*obligatus* 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;* ma la *lex Poetelia Papiria de nexis* del 326 a.C. mitigò notevolmente questo regime. Il caso, se non originario, tipico di *manus iniectio* fu relativo alle somme dovute dal soccombente (o dai *praedes litis et vindiciarum*) a seguito di *iudicatio* in un processo di accertamento (*manus iniectio* « *iudicati* »). A questa ipotesi di base furono equiparati altri casi di crediti ben accertati, sia pure non mediante *iudicatio* (es., crediti basati su *confessio in iure* del convenuto): per essi si parlò di *manus iniectio* « *pro iudicato* ».

16.6.1. Anche alla *manus iniectio* processuale (così come a quella stragiudiziale connessa all'*in ius vocatio*) l'*obligatus* poteva eccezional-

---

20.1.42-45), i casi di applicazione della *manus iniectio* in età risalente si presentano tutti dubbi, a parte quello riguardante il *fur manifestus* testimoniato inequivocabilmente proprio da Gai 3.189. Cfr.: Wenger, *Istituzioni* cit. 220 ss.; Noailles, « *Manum inicere* », ora in « *Fas et ius* » cit. 147 ss.; Arangio-Ruiz, *La repression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit Romain* (1932), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1974) 371 ss.; Betti, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*[2] (1955); Broggini, « *Iudex arbiterve* » cit. 35 ss.; Levy-Bruhl, *Recherches* cit. 286 ss.; Robinson, *Private prison*, in *RIDA*. 15 (1968) 389 ss.; MacCormack, « *Partes secanto* », in *T.* 36 (1968) 509 ss.; Guarino, *Rc.* a Collinder, *Shylock und das Zwölftafelgesetz*, in *Labeo* 17 (1971) 92 s., nonché « *Partes necessariae* », in *Atti Acc. Pontaniana* 1972 (3ª delle *Ineptiae iuris Romani*); Behrends, *Der Zwölftafelprozess* cit. spec. 113 ss., 126 ss.

16.6.1. L'istituto del *vindex*, con la liberazione piena e immediata del *debitor* resta, nei suoi motivi determinanti, uno dei più discussi problemi della moderna scienza romanistica. Cfr.: Düll, *Vom* « *vindex* » *zum* « *iudex* », in *ZSS*. 54 (1934) 98 ss., 55 (1935) 9 ss.; De Martino, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'* « *obligatio* », in *SDHI*. 6 (1940) 132 ss.; Betti, *La struttura dell'obbligazione* cit. 21 ss.; La Rosa, *Il* « *vindex* » cit.; Broggini, « *Vindex* » *und* « *iudex* » cit.; Kaser, *RZPR*. 49 ss., 98 ss., con altra bibliografia, a cui *adde* Fernandez-Barreiro, *El* « *vindex* » *en la* « *in ius vocatio* », in *AHDE*. 41 (1971) 809 ss., e Pagliaro, *Testo ed esegesi delle XII Tavole (I, 4)*, in *La critica del testo* (1971) 567 ss. A nostro avviso, non si può dubitare né del *vindex* della *in ius vocatio*, né di quello del procedimento esecutivo. La funzione, nel primo caso, è ovvia: rinviare il processo, dando idonee garanzie (cfr. XII tab. 1.4, *ex* Gell. 16.10.5: *Adsiduo vindex adsiduus esto, proletario iam civi*

mente sfuggire se si presentava un « *vindex* » a metterlo fuori causa (« *manum depellere* »). Il « *vindex* », che doveva essere ovviamente persona di sicura solvibilità, poteva pagare l'importo dovuto in contanti oppure assumere su di sé il rischio di una procedura di accertamento intesa alla dimostrazione (estremamente improbabile, ma comunque non impossibile) dell'infondatezza delle ragioni dell'attore. Alla sfida spericolata (« *infitiatio* ») del *vindex* l'attore non poteva sottrarsi; ma se l'accertamento giudiziale giungeva alla conferma del suo diritto, la condanna del *vindex* era al *duplum* della somma dovuta dall'*obligatus*. Col tempo, prima la prassi e poi una *lex Vallia* (ca. 200 a.C.) ammisero lo stesso *obligatus* (sempre che fosse sicuramente solvibile) a fare da *vindex* a se stesso di fronte ad una *manus iniectio pro iudicato* (mai di fronte ad una *manus iniectio iudicati*): e in tal caso si parlò di « *manus iniectio pura* ».

16.7. La *legis actio per pignoris capionem* fu praticata solo per certi crediti di carattere pubblicistico (es.: il credito dell'esattore di imposta, 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 iure* e non in *dies fasti*, a titolo di rivalsa (*pignus*), accompagnando l'azione con la pronuncia di una formula solenne, che rimane però sconosciuta.

---

qui volet vindex esto). Nel secondo caso, invece, la funzione del *vindex* si intuisce di meno, né paiono convincenti (anche se ingegnosi) gli svariati tentativi, su cui sorvoliamo, fatti dalla dottrina per spiegarla. Cfr. tuttavia in: Luzzatto, sv. « *Vindex* », in *NNDI.*; Wesener, sv. « *Vindex* », in *PW.* — La *manus iniectio pura* ebbe una lunga storia, di cui fa cenno Gai 4.23-25. La *lex Vallia* non eccettuò soltanto l'*iudicatus*, ma anche il debitore principale « *pro quo depensum est* » dal relativo garante, di cui alla *lex Publilia de sponsu* (v. *infra* nt. 80.6.1).

16.7. A seconda della fattispecie, la *legis actio per pignoris capionem* ripete la sua origine dalla consuetudine o dalla legge (Gai 4.26, 27). Consuetudinaria nel caso dell'*aes militare* e da esperirsi contro i *tribuni aerarii* incaricati di pagare il soldo alle milizie; di origine decemvirale nel caso di azione contro coloro che si fossero appropriati di fondi devoluti ai sacrifici (« *pignoris capio pro dape* »: Gai 4.28). Più nota, infine, la « *pignoris capio ex lege censoria* » (Gai 4.28), esercitabile da parte dei *publicani* nei confronti del contribuente moroso. Certe particolarità della *pignoris capio*, che peraltro risente dell'iniziativa privata ancor più della *manus iniectio*, contribuirono a porne in dubbio l'appartenenza al novero delle *legis actiones*. Di nuovo Gaio testimonia la questione e, insieme, il superamento, nel senso d'un riconoscimento anche alla *pignoris capio* della qualifica di azione legale, giacché la pronuncia dei *certa verba* e la probabile menzione della causa sembrano sufficienti a risolvere ogni perplessità. Sul punto, cfr.: Kubitschek, sv. « *Aes equestre* » *und* « *aes hordiarum* », in *PW.*; Steinwenter, sv. « *Pignoris capio* », in *PW.*; De Martino, *La giurisdizione* cit. 95 s.

17. Le procedure « per formulas ».

17.1. Le procedure giurisdizionali *per formulas* (o « *per concepta verba* ») furono procedure di cognizione (non anche di esecuzione) che sorsero nel periodo preclassico, forse già nel sec. III a.C., e coesistettero a lungo col sistema procedurale delle *legis actiones*. Tutto fa credere, lo abbiamo detto, che questi tipi più agili e duttili di processo di accertamento si siano affermati nel tribunale del *praetor peregrinus* per le controversie *inter cives et peregrinos* (o *inter peregrinos in urbe Roma*) e siano stati poi utilizzati dallo stesso *praetor urbanus* nelle controversie *inter cives* relative agli istituti del *ius civile novum*. L'estensione alle controversie tra *cives* in ordine

---

17.1. Sulla genesi delle procedure formulari, questione ampiamente controversa (v. anche *retro* n. 15.4, 16.1), cfr.: Partsch, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse* (1905); Huvelin, *L'« arbitrium litis aestimandae » et l'origine de la formule*, in *Mél. Gerardin* (1907) 319 ss.; Arangio-Ruiz, *Le formule con « demonstratio » e la loro origine* (1912), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1974) 323 ss.; Wlassak, *Die klassische Prozessformel* (1924); Wenger, *Prätor und Formel* (1926); Betti, *Sulla genesi del processo formulare*, in *Conf. XIV cent. Pandette* (1931) 453 ss.; De Martino, *La giurisdizione* cit. 69 ss.; Gioffredi, *Contributi allo studio del processo civile romano* (1947) 65 ss.; Biscardi, *Formula e processo*, in *RISG.* 86 (1949) 44 ss. e *Une catégorie d'actions négligée par les romanistes: les actions formulaires « quae ad legis actionem exprimuntur »*, in *T.* 21 (1953) 310 ss.; Luzzatto, *Procedura* cit. 3. *La genesi del processo formulare* (1950); Pugliese, *Processo formulare* cit. 1, e *Il processo* cit. 2.19 ss., con ampia trattazione relativa al passaggio dalla procedura *per legis actiones* a quella *per formulas*; Kaser, *RZPR.* 107 ss. A conclusioni ampiamente innovative giunse il Carrelli, *La genesi del procedimento formulare* (1946) 83, sostenendo, fra l'altro, che i *cives* poterono avvalersi della procedura *per formulas* (introdotta dal *praetor peregrinus*) solo per quei rapporti che non fossero in precedenza già regolati dalle *legis actiones*; ma v. Guarino, *rc.* in *SDHI.* 15 (1949) 231 ss. A parte la posizione isolata del Voci (*Istituzioni* 489 ss.), il quale ritiene che la nuova procedura sia nata proprio per risolvere controversie fra Romani e che la formula si sarebbe modellata sullo schema della *stipulatio*, poche sono le voci levatesi contro la dottrina dominante: Luzzatto cit., il suo recensore Biscardi, in *Iura* 2 (1951) 291 ss., e, massime, Serrao, *La « iurisdictio » del « praetor peregrinus »* (1954) 18 ss., 36 ss. — Intorno alla *lex Aebutia de formulis* (chiamata dalle fonti solo *lex Aebutia*) ed alla sua natura innovatrice, cfr.: Girard, *La date de la loi Aebutia* (1893) e *Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia* (1908), ora in *Mél. dr. rom.* 1 (1912) 67 ss., 114 ss., ov'è il tentativo più organico di individuazione del contenuto e della data: problemi, per molti aspetti, ancora oscuri. In polemica con il Wlassak (*Die römischen Prozessgesetze* cit. 2.335 ss. e ancora *Die klassische Prozessformel* cit. 20, 137), il Girard riesce a fissare la data, con rigorosa approssimazione, fra il 149 e il 123 a.C.: conclusione, questa, sostanzialmente accettabile, come dimostrano i risultati non dissimili di alcune recenti ricerche (v. Kaser, *Die « lex Aebutia »*, in *St. Albertario* 1 [1953] 25 ss.), le quali si discostano, però, nel ritenere che la legge Ebuzia abbia sostituito la procedura formulare solo relativamente alla *condictio certae rei* e alla *condictio certae creditae pecuniae*. Cfr. pure: Broggini, *« Iudex arbiterve »* cit. 199 ss.; da ultimo, Tomulescu, *Rolul legii Aebutia*, in *An. Univ. Bucaresti, St. Iur.* 22.2 (1973) 105 ss., e *Les origines de la procedure formulaire*, in *RIDA.* 20 (1973) 355 ss. — La costituzione che sembra abbia ufficialmente sanzionato la fine del sistema formulare è riportata in CI. 2.57.1 (Constant. et Const., 342).

ai rapporti del *ius civile vetus* avvenne probabilmente nella prassi della *iurisdictio urbana*, ma la sanzione ufficiale venne da una *lex publica*, che fu la *lex Aebutia de formulis* (130 a.C.?). La *lex Aebutia*, comunque, non abolì le *legis actiones* dichiarative: essa si limitò presumibilmente a stabilire che, se due cittadini fossero d'accordo nel litigare *per formulas*, in tal caso non fosse possibile promuovere successivamente *de eadem re* una *legis actio*. Le *legis actiones* di accertamento continuarono perciò ad essere utilizzate, per spirito di tradizionalismo, durante il sec. I a.C., fatta eccezione per la sola *legis actio per condictionem*. La loro eliminazione fu decretata, nel quadro del riordinamento processuale pubblico e privato promosso da Augusto, solo dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a.C., la quale fece salve peraltro le importanti procedure *per sacramentum* riservate al giudizio dei *centumviri* e la procedura relativa all'*actio damni infecti*. Rimasta sola, la procedura *per formulas* trionfò durante la fase augustea della *respublica*, ma subì poi, in periodo classico e in periodo postclassico, la concorrenza sempre più estesa della *cognitio extra ordinem*, che finì per soppiantarla nel corso del sec. IV d.C.

17.2. Le caratteristiche generali delle procedure formulari furono solo in parte diverse da quelle delle procedure *per legis actiones*. Il processo fu del pari diviso, di regola, in due procedimenti connessi o « fasi », quella « *in iure* » e quella « *apud iudicem* », ed il procedimento *apud iudicem* corrispose in buona sostanza a quello dell'altro sistema processuale. Mutò invece radicalmente la fase *in iure*.

17.2. Sulle caratteristiche delle procedure formulari: Guarino, sv. *Equità (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Leonhard, sv. « *Iudicium* », in *PW.*; Pugliese, sv. « *Iudicium* », in *NNDI.*; Wenger, sv. « *Formula* », in *PW.*; Cannata, sv. « *Formula* », in *NNDI.*; Pugliese, *Processo formulare* cit. 2, e *Il processo* cit. 2.10 ss.; Kaser, *RZPR.* 107 ss.; Biscardi, *Lezioni sul processo romano classico* (1968). Cfr. anche, a vario titolo: Behrends, *Die römische Geschworenenverfassung* (1970); Ferenczy, *Fremde Einflüsse auf die Rechtsentwicklung der klassischen Republik*, in *RIDA.* 18 (1971) 501 ss.; Martini, « *Causae cognitio* » *e discrezionalità*, in *St. Donatuti* 2 (1973) 695 ss.; Sargenti, *Premessa ad una ricerca sulla 'discrezionalità' del magistrato romano*, in *St. Scherillo* 1 (1972) 41 ss.; Metro, *La « lex Cornelia de iurisdictione » alla luce di Dio Cass. 36,40,1-2*, in *Iura* 20 (1969) 500 ss.; Fuenteseca, *La necesidad de retornar al estudio del Edicto pretorio*, in *AHDE.* 39 (1969) 451 ss.; Watson, *The development of the praetor's edict*, in *JRS.* 60 (1970) 105 ss.; Kaser, *Grundlinien des römischen Zivilprozesses zur Zeit Ciceros*, in *Cicero* (1968) 21 ss.; Guarino, *L'editto edilizio e il diritto onorario*, in *Labeo* 1 (1955) 295 ss. e *Ancora sull'editto edilizio*, in *Labeo* 2 (1956) 352 ss. (poi anche ne *L'ordinamento giuridico romano*[3] [1969] 385 ss., 390 ss., quale « *postilla* » in critica a Volterra, *Intorno all'editto degli edili curuli*, in *Scr. Borsi* [1955] 1 ss.); Watson, *The imperatives of the aedilician edict*, in *T.* 39 (1971) 73 ss.; Pugsley, *The aedilician edict*, in *Daube noster* (1974) 253 ss.; Martini, *Ricerche in tema di editto provinciale* (1969), su cui Guarino, *Gaio e l'« editto provinciale »*, in *Iura* 20 (1969) 154 ss.; Torrent, *La « iurisdictio » de los magistratos municipales* (1970).

Le parti non venivano più a pronunciare davanti al magistrato dichiarazioni solenni e anelastiche (« *certa verba* »), per essere poi rimesse da lui all'*iudex*. Esse ricorrevano invece al magistrato per discutere tra loro e con lui, liberamente, la questione che le divideva, e 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 alla formulazione concordata (« *conceptio verborum* ») di una « regola di giudizio » (« *iudicium* »), generalmente (ma non sempre) corrispondente ad una « *formula* » già predisposta nell'albo edittale. L'attore, con la implicita approvazione del magistrato, leggeva al convenuto il *iudicium* ed il convenuto dichiarava di accettarlo (« *dictare et accipere iudicium* »). Sulla base di tale accordo a tre, cui si dette l'antico nome di « *litis contestatio* », il pretore (o più in generale il magistrato giusdicente) incaricava il giudice di giudicare. Infatti alla *sententia*, almeno in teoria, non era possibile pervenire ove l'accordo delle parti, tra loro e col pretore, mancasse.

17.2.1. La conoscenza delle procedure formulari, ancor più di quella delle *legis actiones*, è essenziale per lo studio del *ius privatum*, non solo perché molta parte di quest'ultimo si formò o si sviluppò in sede processuale e fu rappresentata dalla giurisprudenza classica sotto le vesti delle *actiones* relative alle varie situazioni giuridiche attive, ma anche perché la *cognitio extra ordinem* non accantonò gli istituti del processo formulare, anzi li recepì in gran parte, modificandoli solo nei limiti delle nuove esigenze giurisdizionali. È alla procedura formulare, quindi, che occorre far capo per alcune fondamentali distinzioni tra le *actiones* processuali rimaste totalmente o parzialmente valide sino a Giustiniano. Tali classificazioni sono le seguenti: *actiones civiles* e *honorariae; actiones in rem* e *in personam; actiones reipersecutoriae, poenales* e *mixtae; actiones stricti iuris, bonae fidei* e *arbitrariae; iudicia legitima* e *imperio continentia; actiones* normali e *utiles*.

17.2.1. Sulle classificazioni delle azioni formulari per tutti: Kaser, *RZPR*, 250 ss. e *passim*. Non sarà mai sufficientemente avvertito (ed è stato ed è, purtroppo, non ultimo motivo di gravi abbagli nella ricerca storica) che queste classificazioni, non soltanto furono soggette a mutamenti in dipendenza del passaggio dalla *cognitio ordinaria* a quella *extra ordinem* e dal periodo classico a quello postclassico, ma furono prive *in radice* di valore assoluto o di uniformità tra gli autori. Molte variazioni di criteri, che possono sembrare indici di interpolazione o di evoluzione del pensiero giuridico, sono in realtà, assai più semplicemente e verosimilmente, dipendenti da diversità di impostazioni tra i giuristi (o perfino tra « momenti » diversi di uno stesso giurista).

17.3. La distinzione tra *actiones civiles* e *honorariae* era basata sulla provenienza della tutela processuale. Le « *actiones civiles* » erano fondate sul *ius civile* (*vetus* o *novum*) o su fonti integrative dello stesso (*leges, senatusconsulta*), e quindi competevano di diritto, per il solo fatto che si fosse concretamente verificata la fattispecie prevista dall'ordinamento (« *actionem competere* » dicevano solitamente per esse i giuristi). Le « *actiones honorariae* » erano quelle che, pur se promesse nell'*edictum* magistratuale, dipendevano in concreto, volta per volta, da una concessione del magistrato giusdicente (sì che i giuristi solitamente dicevano di esse « *actionem dari* »). La distinzione perse importanza nel corso del periodo classico, di pari passo con il fenomeno di esaurimento del *ius honorarium* e di sua amalgamazione nel concetto di *ius vetus*.

17.4. La distinzione tra *actiones in rem* e *in personam* si ricollegava all'antica distinzione tra *legis actio sacra-*

17.3. Sulla distinzione tra *actiones civiles* e *honorariae* cfr.: Krüger, *Ueber « dare actionem » und « actionem competere » in der justinianischen Compilation*, in *ZSS.* 16 (1895) 1 ss.; Erman, *Recht und « praetor »*, in *ZSS.* 23 (1903) 421 ss.; Pugliese, *« Actio » e diritto subiettivo* cit. 40 nt.; Magdelain, *Les actions civiles* (1953), il quale ultimo ipotizza che la terminologia originaria delle *actiones civiles* sia stata quella di « *actiones legitimae* » o « *ex lege* », e che solo successivamente si sia parlato di « *actiones quae iure civili competunt* », di « *actiones iuris civilis* », di « *actiones civiles* »: teoria accettabile in questo senso, che una differenza tra *actiones civiles* e *actiones honorariae*, e quindi la qualifica di certe azioni come « *civiles* », non potè emergere prima della emersione del *ius honorarium* come sistema giuridico diverso da quello del *ius civile*. — La distinzione terminologica tra (*actionem*) « *competere* » e « *dare* » fu certamente assai più marcata nelle fonti classiche che non in quelle postclassiche o rimaneggiate da mani postclassiche. Tuttavia, in periodo classico avanzato, quando ormai il *ius honorarium* era considerato allo stesso livello del *ius civile* (tendendosi dalla giurisprudenza alla fusione dei due sistemi), non è affatto da escludere che si sia potuto parlare di « *actionem competere* » anche relativamente ad *actiones honorariae*. L'unica cosa sicura è che l'editto usava la terminologia « *actionem dabo* » per le azioni di creazione del magistrato giusdicente.

17.4. Presente in Gaio (4.2-3), che la riferisce alle sole *actiones civiles*, ma nota pure a Giustiniano (I. 4.6.3), la distinzione tra *actiones in rem* e *in personam* è generalmente ritenuto che si sia applicata, in periodo classico, anche nell'ambito delle azioni onorarie. In tal senso: Segrè, *Sulla distinzione delle « actiones in rem »* e *« in personam » estranee al « ius civile » nel diritto romano classico*, in *RAL.* 1929; Pugliese, *Processo formulare* cit. 1.126, e *Il processo* cit. 2.259 ss., i quali respingono l'opinione contraria (interpolazionistica). *Adde*: Klingmüller, *« Ius ad rem? »*, in *ZSS.* 44 (1924) 211 ss.; Kaser, *Besitz und Verschulden bei dinglichen Klagen*, in *ZSS.* 51 (1931) 92 ss.; Grosso, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (1944) spec. 74; da ultimo, Gnoli, *Spunti critici sull'interpretazione di Gai 4.1*, in *St. Scherillo* 1 (1972) 67 ss.; sulla involuzione della categoria in età postclassica, Berger, *« Interdicta mixta »*, in *St. Simoncelli* (1917) 1 ss. — Gaio, ricollegandosi all'antico processo, distingue anche tra azioni *ad exemplum legis actionis* e azioni autonome, *« quae sua vi ac potestate constant »* (v. Biscardi, *Une categorie négligée* cit.): cfr. Gai 4.10, che prende spunto proprio dalla distinzione tra azioni autonome e azioni *« quae ad legis actionem exprimuntur »* per aprire la parentesi (4.11-33) dedicata alle *legis actiones*.

menti in rem e *in personam*. « *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 arbitri postulationem*), l'*actio quod metus causa* (esercitabile contro chiunque possieda la cosa che si è consegnata sotto l'impulso della violenza morale), le *actiones noxales* (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* ».

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

17.5.1. 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 vindicatio*, l'*actio empti* ecc.). Il controvalore, e non la *res*, a causa del principio della pecuniarietà della condanna.

17.5.2. Le « *actiones poenales* » (« *quibus poenam tantum persequimur* ») erano rivolte ad ottenere il pagamento all'attore di una

---

17.5. Sulla distinzione tra *actiones reipersecutoriae, poenales, mixtae* v. Gai 4.6-9 e I. 4.6.16-19, e cfr. Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* (1939) *passim*.

17.5.1. Sulle *actiones reipersecutoriae* cfr., per tutti: Giffard, *Études sur les actions personnelles reipersecutoires* (1941).

17.5.2. La natura afflittiva della pena spiega perché le *actiones poenales* derivassero sempre da un delitto o, comunque, da un illecito civile o pretorio, diversamente dalle *reipersecutoriae*, che erano *ex re* o *ex contractu*. Tuttavia, da un delitto o da altro atto illecito poteva scaturire, accanto all'azione penale, anche una *reipersecutoria* (Gai 4.4, 8), se non un'azione penale che riassumesse in sé la funzione reipersecutoria. Sul punto: De Francisci, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva* (1912); Levy, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht* (1915); Betti, *Studi sulla « litis aestimatio »* 2. - *Le « actiones quibus et rem et poenam persequimur »* (1915); Albertario, *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede* (1913), in *Studi* 4 (1946) 369 ss.; Pugliese, *Processo formulare* cit. 1.122 ss. — Le *actiones vindictam spirantes*, così dette dagli interpreti perché l'azione « *magis vinctae quam pecuniae habet persecutionem* » (D. 37.6.2.4), costituivano una categoria particolare (caratterizzata da note di particolare severità verso il *reus*) nell'ambito delle azioni penali. Tali, l'*actio iniuriarum* nell'ipotesi di *iniuria atrox*, l'*actio sepulchri violati*, o quella *in factum* contro chi impedisse di seppellire un cadavere.

ammenda pecuniaria (« *poena* ») da parte del responsabile di un atto illecito. L'ammenda pecuniaria (sostitutiva della originaria vendetta privata) consisteva generalmente (ma non necessariamente) in un multiplo (*duplum, triplum, 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, né la *poena* era altrimenti fissata dall'ordinamento, essa era determinata con valutazione discrezionale 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*.

17.5.3. Le cd. « *actiones mixtae* », cioè le azioni « *quibus et rem et poenam persequimur* », erano intese in una sola volta sia all'ottenimento del controvalore che a quello dell'ammenda pecuniaria. Col pagamento della *summa condemnationis* il convenuto si liberava tanto della responsabilità per l'illecito commesso, quanto della responsabilità per il pregiudizio patrimoniale arrecato. In buona sostanza, le cd. *actiones mixtae* erano azioni penali, l'esercizio delle quali escludeva il concorso di *actiones reipersecutoriae*. Tali l'*actio legis Aquiliae* e tutte le azioni *in duplum* « *adversus infitiantem* ».

17.6. La distinzione tra *actiones stricti iuris, bonae fidei* e *arbitrariae* ebbe riguardo all'« *officium iudicis* », cioè ai poteri-doveri conferiti mediante il *iudicium* al giudicante e da costui esercitabili nella fase *apud iudicem*.

17.5.3. Le *actiones mixtae* sono così chiamate da Giustiniano, in I. 4.6.18. Gaio (4.9) dice solo che con esse « *rem et poenam persequimur* », invitando a ritenere che si trattasse di azioni penali il cui esercizio escludesse il concorso dell'*actio reipersecutoria*. Su questa categoria: Melillo, « *Tignum iunctum* » (1964) 153 ss.; Liebs, *Gemischte Begriffe im römischen Recht*, in *Index* 1 (1970) 143 ss.

17.6. La tripartizione tra *actiones stricti iuris, bonae fidei* e *arbitrariae* è suggerita dalle fonti giustinianee (I. 4.6.28-31), che tracciano un elenco di *iudicia bonae fidei* (I. 4.6.28,29). È opportuno notare che la tripartizione ha carattere irregolare (non è una vera e propria tricotomia, una vera e propria distinzione in tre *species* delle azioni appartenenti ad un unico *genus*), in quanto le *actiones arbitrariae* sono a loro volta *actiones stricti iuris* (e potrebbero anche essere, in teoria, *actiones bonae fidei*). In realtà, la distinzione non fu vista in diritto classico e fu posta da Giustiniano sotto un angolo visuale certamente non genuino (I. 4.6.31 definisce le *actiones arbitrariae* come quelle in cui « *permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat* »).

17.6.1. Le « *actiones stricti iuris* », o « *iudicia stricta* », anche dette tradizionalmente « *condictiones* », erano *actiones in personam* (non *in rem*) imperniate sulla 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 condanna 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. Esempi di *iudicia stricta* sono l'*actio ex stipulatu*, l'*actio ex testamento* a tutela del *legatum per damnationem*, la *condictio indebiti*.

17.6.2. Le « *actiones bonae fidei* », o « *bonae fidei iudicia* », erano *actiones civiles in personam* (non *in rem*) in forza delle qua-

---

17.6.1. Aderendo, implicitamente, a un'ipotesi in parte avanzata dal Pringsheim, « *Ius aequum* » *und* « *ius strictum* », in *ZSS.* 42 (1921) 643 ss., il Biondi, « *Actiones stricti iuris* » in *BIDR.* (1922), ora in *Scr. giur.* 2 (1966) 663 ss., considera postclassica anche la contrapposizione dei *iudicia stricta* ai *bonae fidei iudicia*: nel senso che, mentre i *iudicia bonae fidei* costituivano una categoria omogenea sotto il profilo dell'« *oportere ex fide bona* », tutte le altre azioni erano unificate, nella loro grande varietà di formule, solo dalla nota comune di non essere azioni di buona fede. Ma non si tralasci Naber, *De* « *strictis iudiciis* », in *Mn.* n.s. 24 (1896) 55 ss.

17.6.2. Sui *bonae fidei iudicia* cfr.: Biondi, sv. « *Iudicium bonae fidei* », in *NNDI.*; Lombardi (L.), *Dalla* « *fides* » *alla* « *bona fides* » (1961) 249 ss.; Schmitz, Ἡ Πίστις *in den Papyri* (t. 1964); Carcaterra, *Intorno ai* « *bonae fidei iudicia* » (1964); Turpin, « *Bonae fidei iudicia* », in *Cambr. L. J.* 1965; sul problema delle origini, Kunkel, « *Fides* » *als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Fs. Koschaker* 2 (1939) 1 ss.; Wieacker, *Zum Ursprung der* « *bonae fidei iudicia* », in *ZSS.* 80 (1963) 9 ss.; Grosso, *Spunti e riflessioni su Cic. pro Q. Roscio com. 5.15, sui* « *iudicia legitima* » *da Cicerone a Gaio* e *sull'origine dei* « *bonae fidei iudicia* », in *St. Segni* 2 (1967) 483 ss.; Honsell, « *Quod interest* » *im* « *bonae fidei iudicium* », *Studien zum römischen Schadensersatzrecht* (1969); Cervenca, *Contributo allo studio delle* « *usurae* » *c.d. legali nel diritto romano* (1969) 217 ss.; da ultimo, Wilinski, *Zur* « *litis aestimatio* » *in den* « *bonae fidei iudicia* », in *Index* 3 (1972) 443 ss. L'origine dei *bonae fidei iudicia* nell'ambito delle procedure svolgentisi davanti al *praetor peregrinus* è indubbia, ma non perciò può parlarsi di origine pretoria, perché anche i rapporti cui i primi *bonae fidei iudicia* facevano riferimento furono *ab initio* considerati di *ius civile* (*novum*). — L'elenco dei *bonae fidei iudicia* in età classica è desumibile, peraltro con molte incertezze, da Cic. *de off.* 3.70 e da Gai 4.62 (da ultimo, sul tema: Lombardi [L.], *L'*« *actio aestimatoria* » *e i* « *bonae fidei iudicia* », in *BIDR.* 63 [1960] 129 ss.): *ex empto et vendito, locati conducti, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, commodati, rei uxoriae* (?), *aestimatoria* (?). Giustiniano, I. 4.6.28, aggiunge le azioni *pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, de permutatione*, nonché la *hereditatis petitio* (che era però *actio in rem*). Sorprende, sia per diritto classico che per diritto giustinianeo, l'inclusione dell'*actio rei uxoriae*, alla quale non risultano applicate le principali regole dei *bonae fidei iudicia* (es.: l'inerenza dell'*exceptio doli*): v. *infra* n. 51.3.1. e 2. — Sull'influenza dei *pacta* (problema assai discusso): Grosso, *L'efficacia dei patti nei* « *bonae fidei iudicia* », in *SU.* 1927-1928, e *Efficacia dei patti nei* « *bonae fidei iudicia* », in *MT.* 1928, che attribuisce al diritto classico i soli « *pacta in continenti* ». In senso contrario (e cioè per la piena

li al giudice era attribuito un largo margine di valutazione discrezionale, e cioè il potere di stabilire « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* ». Compito del giudice doveva essere non solo quello di accertare l'esistenza e il valore dell'*obligatio* asserita dall'attore, ma anche quello di prendere in esame tutte le ragioni addottegli dall'attore e le giustificazioni addottegli dal convenuto per stabilire se e quanto l'uno o l'altro si fosse discostato (o si discostasse col suo comportamento processuale) dalle esigenze di quella « *bona fides* » in senso obbiettivo, di quella correttezza nella vita di relazione, che si riteneva dovesse necessariamente informare certi rapporti. Sicché il giudice, senza per nulla abbandonarsi con ciò a decisioni arbitrarie e personali, teneva conto, ai fini della *sententia*, delle pattuizioni non formali intervenute tra le parti al momento del contratto (« *pacta adiecta in continenti* ») o successivamente (« *ex intervallo* »), delle arti subdole (« *dolus malus* ») esercitate dall'una parte verso l'altra, della situazione di timore (« *metus* ») da cui una delle parti fosse stata dominata, degli interessi, dei frutti, degli eventuali controcrediti del convenuto nei confronti dell'attore (« *compensatio* »), giungendo, attraverso questa sua personale indagine, ad una condanna esattamente commisurata al torto del convenuto, e pervenendo magari (in certi casi) anche all'assoluzione dell'*obligatus*.

17.6.3. I « *iudicia arbitraria* » erano *actiones, in personam* o *in rem*, in forza delle quali il giudice, qualora fosse giunto a convin-

---

classicità della regola « *pacta conventa insunt bonae fidei iudiciis*): Knütel, « *Contrarius consensus* » (1968), e *Die Inhärenz der « exceptio pacti » im « bonae fidei iudicium »*, in *ZSS.* 84 (1967) 133 ss.; Guarino, *Per la storia del « contrarius consensus »*, in *Labeo* 14 (1968) 271 ss. Cfr. anche, di recente: Seidl, *Zur Vorgeschichte der Ersitzung*, in *SDHI.* 39 (1973) 47 ss.

17.6.3. Sui *iudicia arbitraria* (o « *actiones arbitrariae* », o « *actiones per formulam arbitrariam* ») cfr.: Biondi, *Sulla dottrina romana dell'« actio arbitraria »* (1911), *Studi sulle « actiones arbitrariae » e l'« arbitrium iudicis »* (1913), *Di nuovo sulla dottrina romana dell'« actio arbitraria »* (1913), e *La categoria delle « actiones arbitrariae »*, in *Scr. giur.* 2 (1965) 672 ss., il quale riconosce la classicità dell'*arbitrium de restituendo* e l'uso della terminologia con « *arbitrarius* » nell'*actio de eo quod certo loco* e nei giudizi con *formula arbitraria* del processo interdittale, ma attribuisce a Giustiniano la elevazione a categoria di tutte le azioni con clausola restitutoria. *Contra*: Lenel, *EP.*[3] 240 ss., e *Zur Lehre von den « actiones arbitrariae »*, in *Fs. Sohm* (1914) 203 ss.; May, *Observations sur les « actiones arbitrariae »*, in *Mél. Girard* 2 (1912) 151 ss.; Levy, *Zur Lehre von den sogenannten « actiones arbitrariae »*, in *ZSS.* 36 (1915) 1 ss.; Chiazzese, « *Iusiurandum in litem* » (1958), con altra bibliografia. Per il Wenger, *Istituzioni* cit. 142 nt. 32, la categoria comprende, altresì, azioni divisorie, *bonae fidei, in bonum et aequum*. Diversamente, Betti, *Istituzioni* 1.314 nt. 129, sostiene che la tendenza generalizzatrice sia atteggiamento giustinianeo: in epoca postclassica, infatti, ciò che prevale nelle *actiones arbitrariae*, e le caratterizza, è la totale discrezionalità del giudice, condizionata soltanto dall'esigenza d'una *satisfactio* equitativa; in tal modo, per azioni arbitrarie vengono intese anche quelle che, lungi dal prevedere una *restitutio*,

cersi del buon diritto dell'attore, aveva il potere di far precedere alla condanna una *pronuntiatio*, mediante cui annunciava alle parti questo suo convincimento e poneva al convenuto la scelta tra il subire la condanna pecuniaria o il ripristinare spontaneamente lo stato giuridico da lui alterato (e quindi, eventualmente, il restituire la *res* controversa): cd. « *arbitrium de restituendo* ». In questo secondo caso il convenuto avrebbe guadagnato, sia pure *in extremis*, l'assoluzione. Esempi classici di *iudicia arbitraria* sono costituiti dalla *rei vindicatio* (che era *actio in rem*) e in genere dalle *actiones in rem* intese all'ottenimento di una *res* contesa e dalle *actiones in personam* intese alla restituzione di una *certa res* (es.: *condictio certae rei*); ma l'elenco subì variazioni e integrazioni in periodo postclassico.

17.7. La distinzione tra *iudicia legitima* e *imperio continentia* ebbe radici preclassiche risalenti, ma acquistò nuova e caratteristica rilevanza per effetto della *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Essa ebbe tratto a qualsiasi *actio* (sia *civilis* che *honoraria*, sia *in rem* che *in personam*) con riferimento alla fase *apud iudicem*. « *Iudicia legitima* » furono dalla legge proclamati quelli che si trovassero ad avere le seguenti tre caratteristiche: intercorrere tra un attore e un convenuto ambedue *cives Romani*, essere celebrati non oltre la prima pietra miliare da Roma, essere rimessi alla

---

sono dirette al soddisfacimento di un credito. Argomento quanto mai dibattuto, questo, anche per le innovazioni compilatorie e le conseguenti alterazioni dei testi classici: il che spiega la cospicua dottrina. Ragguaglio sulla stessa in Kaser, *RZPR*. 256 ss.

17.7. La distinzione fra *iudicia legitima* e *iudicia imperio continentia* è formulata in Gai 4.103-105: *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur. Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque e lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant... Imperio vero continentia recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit*. Cfr. anche Gai 1.184, 3.83, 180, 181, 4.107, 109; Fr. August. 97-114; Ulp. 11.24, 27; Vat. 47*a*; Cic. *pro Roscio com.* 15; Cic. *part. orat.* 43; *R.G. divi Aug.* 1.2. — Per la storia della dicotomia: Bonifacio, « *Iudicium legitimum* » *e* « *iudicium imperio continens* », in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 207 ss., con bibliografia precedente. L'a. ha analizzato in profondità questa distinzione, respingendo la *communis opinio*, secondo cui si dovrebbero tenere contrapposte le due categorie di *iudicia* come la *lex* si oppone all'*imperium*. Cic. *pro Roscio com.* 5.15 (*Perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus*) invita a chiedersi se la dicotomia non ricalchi almeno in parte una precedente distinzione tra *iudicia legitima* (posti o legittimati da *leges publicae*) e *arbitria honoraria* (concessi dal pretore). In questo senso, ma con illazioni non in tutto accoglibili: Grosso, *Spunti e riflessioni su Cic. pro Roscio com. 5.15* cit.; Balzarini, *Considerazioni in tema di* « *iudicia legitima* », in *St. Volterra* 3 (1971) 449 ss.

sententia di un *iudex unus* che fosse *civis Romanus* (e non di più *recuperatores* o di un *iudex* non romano). « *Iudicia quae imperio continentur* » furono ritenuti quelli mancanti anche di un solo tra i predetti requisiti.

17.7.1. In ordine ai *iudicia legitima* la *lex Iulia* ammise che la *sententia* potesse essere pronunciata entro 18 mesi dalla *litis contestatio*. Per gli altri *iudicia* valse la regola generale che la *sententia iudicis*, essendo fondata su un conferimento di poteri del singolo magistrato giusdicente (« *iussum iudicandi* »), dovesse essere pronunciata entro l'anno di carica del magistrato che avesse emesso il *iussum iudicandi* relativo. Scaduti questi termini, si verificava la cd. « *mors litis* ».

17.8. Rispetto alle *actiones civiles* normali, le *actiones utiles* costituirono la categoria delle *actiones* utilizzate per uno scopo analogo ma non identico a quello originario, al fine di tutelare ipotesi originariamente non previste. Ciò si otteneva in concreto mediante ingegnosi adattamenti della struttura del *iudicium*, tra cui vanno particolarmente segnalati: la trasposizione di soggetti, la *fictio iuris civilis*, l'imitazione dell'azione originaria.

17.8.1. La « trasposizione di soggetti » consisteva nell'indicare un soggetto giuridico come titolare della pretesa o dell'obbligo (nell'*intentio*) e nel designarne invece un altro come titolare del corri-

---

17.7.1. La durata dei *iudicia legitima* fu probabilmente portata a 18 mesi dalla *lex Iulia*, mentre prima era anch'essa limitata al periodo di carica del magistrato. Balzarini, *Considerazioni* cit. ipotizza una originaria durata illimitata dei *iudicia legitima*. — Sulla *mors litis* v. *infra* nt. 19.4.2. — Su altri aspetti della distinzione tra *iudicia legitima* e *imperio continentia* v. *infra* n. 19.8.1.

17.8. Sulle *actiones utiles* cfr.: l'ampia e accuratissima indagine del Daube, « *Utiliter agere* », in *Iura* 11 (1960) 69 ss., ove, traverso l'esame di numerosi testi, si sostiene la classicità delle espressioni « *utiliter agere* », « *utiliter experiri* » e simili, per concludere che la frequenza nei giuristi classici (e in particolare in Giuliano) non vuole alludere all'esperimento di un'*actio utilis*, bensì soltanto ad un'azione che può essere esperita con successo; Wesener, « *Utiles actiones in factum* », in *St. Betti* 4 (1962) 493 ss.; Quadrato, *Ancora su « utiliter agere »*, in *Labeo* 10 (1964) 356 ss.; Fernandez Barreiro, *La frustración de la comparecencia por intervención de un tercero, su sanción edictal en el proceso privado romano* (1972); da ultimo, Valiño, « *Actiones utiles* » (1974). — Sulle *exceptiones utiles*: Nicosia, « *Exceptio utilis* », in *ZSS*. 75 (1958) 251 ss.

17.8.1. La cd. trasposizione di soggetti è testimoniata con precisione da Gai 4.86: *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si verbi gratia L. Titius pro P. Mevio agat, ita concipitur: « Si paret N. Negidium P. Mevio sestertium X milia dare oportere, iudex N. Negidium L. Tito sestertium X milia condemna: si non paret, absolve ». In rem quoque si agat, intendit P. Mevii « rem esse ex iure Quiritium », et condemnationem in suam personam convertit.* In questi esempi gaiani la trasposizione concerne l'attore.

spondente potere o della corrispondente soggezione (nella *condemnatio*): il che poneva il giudice in condizione di dover pronunciare la *sententia* a vantaggio o a carico di quest'ultima. Con questo sistema, ad esempio, nelle cd. « *actiones adiecticiae qualitatis* » il pretore poteva far sì che per un debito contratto dal *filius familias* o dal *servus* fosse condannato, in taluni casi, il relativo *pater familias* o *dominus*.

17.8.2. La « *fictio iuris civilis* » consisteva nell'invitare con il *iudicium* il giudice a condannare (o ad assolvere) il convenuto, dando fittiziamente per scontata la esistenza di un requisito del *ius civile* in realtà inesistente. Si poteva dare per avvenuto l'esperimento di una *legis actio* (es.: la *pignoris capio*) da parte dell'attore, oppure fingere che l'attore o il convenuto fosse cittadino romano anziché *peregrinus*, o anche fingere che non fosse avvenuta una *capitis deminutio*, che fosse decorso il tempo per l'*usucapio* e via dicendo. I casi più noti sono quelli dell'*actio* a tutela del *bonorum possessor* (attore « *ficto se herede* »), del *bonorum emptor* (attore « *ficto se herede* » nella cd. *actio Serviana*) dell'*in bonis habens* (attore « *ficta usucapione* » nella cd. *actio Publiciana*).

17.8.3. L'« imitazione di un'*actio* originaria » consisteva nel creare un'azione del tutto nuova, ma giustificata dal fatto di essere esemplata (cd. « *actio ad exemplum* ») su un'azione preesistente relativa ad un

---

17.8.2. In particolare, sulla *fictio iuris civilis*, come delineata da Gai 4.36, cfr., ampiamente, Dekkers, *La fiction juridique* (1935). A prescindere dalle azioni a tutela del *bonorum possessor*, del *bonorum emptor* e dell'*in bonis habens*, di cui si riparlerà nei luoghi opportuni, giova qui ricordare gli altri esempi indicati da Gai 4.32, 37, 38: *Item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur. Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, veluti mulier per coëmptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest « sibi dare » eum eamve « oportere »; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est* [*actio*] *contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.*

17.8.3. Sulle *actiones ad exemplum*: Wesener, « *Actiones ad exemplum* », in *ZSS.* 75 (1958) 220 ss. V. ad es. Ner. D. 9.2.53: *Boves alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur: datus in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio* (l'azione viene concessa perché, pur non essendo stato *corpore illatum*, come vuole la *lex Aquilia*, un *damnum* tuttavia si è verificato). Cfr.: Von Lübtow, *Untersuchungen zur « lex Aquilia de damno iniuria datum »* (1971) *passim*; Valiño, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia* (1973). Cfr. anche, per altri spunti: Angelini, *Osservazioni in tema di creazione dell'« actio ad exemplum institoriae »*, in *BIDR.* 71 (1968) 230 ss.; Wesener, *Zur Denkform des « quasi » in der römischen Jurisprudenz*, in *St. Donatuti* 3 (1973) 1387 ss.

caso analogo. Esempio: le *actiones ad exemplum (actionis) legis Aquiliae,* concesse dal pretore in ordine a fattispecie di *damnum iniuria datum* non perseguibili sulla base di un'interpretazione letterale della *lex Aquilia.*

18. La struttura dei « iudicia » formulari.

18.1. Nel sistema procedurale *per formulas,* le parti avevano, come si è detto, 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 vita logico, anche se non sempre da un punto di vista formale, il « *iudicium* » formulare si componeva di quattro parti ben distinte: *iudicis datio, pars pro actore, pars pro reo, iussum iudicandi.*

18.1.1. La « *datio iudicis* » (o « *iudicis nominatio* ») era il provvedimento di designazione della persona o delle persone incaricate

---

18.1. Sulla struttura formulare cfr.: Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess* cit. 2.207 ss.; Keller, *Der römische Civilprozess* cit. 111 ss.; Wlassak, *Die römischen Prozessgesetze* cit. 1.72 ss., 2.51 ss., e *Prozessformel* cit. 94 ss.; Betti, *Su la formola del processo civile romano,* in *Fil.* 38 (1914) 674 ss.; Bertolini, *Appunti* cit. 2.1 ss.; Costa, *Profilo storico* cit. 42 ss.; Wenger, *Prätor und Formel* cit., e *Istituzioni* cit. 131 ss.; Arangio-Ruiz, *Les formules des actions et le système du droit romain classique* (1934), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1974) 419 ss.; Gioffredi, *Contributi* cit. 47 ss.; Biscardi, *Processo e formula: valutazione di una tesi,* in *RISG.* n.s. 3 (1949) 445 ss.; Luzzatto, *Procedura* cit. 3.144 ss.. Arangio-Ruiz, *Il processo privato* cit. 41 ss.; Wenger, sv. « *Formula* » (in *PW.*) cit.; Cannata, sv. « *Formula* » (in *NNDI.*) cit. — Sulla terminologia « *formula* » - « *iudicium* »: Kübler, *Ueber die Bedeutung von « iudicium » und « formula » bei Cicero und in den übrigen Quellen der republikanischen Zeit,* in *ZSS.* 16 (1895) 137 ss.; Beseler, « *Iudicium* », in *ZSS.* 46 (1926) 131 ss.; Lenel, « *Iudicium* », in *ZSS.* 47 (1927) 29 ss.; e, da ultimo, l'attenta esposizione del Pugliese, *Processo formulare* cit. 2.92 ss. Si avverta che « *iudicium* » è termine che indica anche l'attività svolta dal *iudex* nella fase *apud iudicem*: il che può dar luogo ad equivoci (cfr. Pugliese, sv. *Iudicium* [in *NNDI.*] cit.). — In ordine al problema della scrittura del *iudicium*: Arangio-Ruiz, *Sulla scrittura della formula nel processo romano,* in *Iura* 1 (1950) 15 ss.; Biscardi, *Contro la oralità della formula processuale classica,* in *St. Biondi* 1 (1965) 647 ss.

18.1.1. Sulla *iudicis nominatio* cfr. in particolare: Mazeaud, *La nomination du « judex unus »* (1933). Esempi di « *iudicis nominatio* »: « *Titius iudex esto* »; « *Titius Caius, Sempronius recuperatores sunto* ». Nella procedura formulare non si fece più distinzione tra *iudex* e *arbiter.* — Il *iudex privatus,* quando non era indicato al magistrato concordemente dalle parti, era proposto alle parti dal magistrato, desumendone il nome da un « *album iudicum selectorum* » (costituito da persone di rango senatorio e, nel principato, anche di rango equestre). Le parti (prima l'attore e poi il convenuto) potevano ricusare il nominativo proposto e il magistrato passava ad altra proposta; ma il convenuto che avesse rifiutato tutti i nominativi sottopostigli era trattato da *indefensus.* Si noti che la terminologia « *iudex privatus* » è rarissima nelle fonti. Secondo La Rosa, « *Decemviri* » *e* « *centumviri* » cit. 49 ss., essa vuol significare

dal magistrato giusdicente, su accordo o con l'assenso delle parti, di emettere la « *sententia* ». Si indicava quindi il destinatario del *iudicium* incaricato di realizzare quest'ultimo, cioè di *iudicare*.

18.1.2. Nella « *pars pro actore* », che seguiva alla *iudicis nominatio*, si indicava la tesi sostenuta dall'attore e si formulava l'ipotesi che risultassero fondati gli argomenti addotti dall'attore (ed infondati quelli addotti in contrario dal convenuto): conseguentemente si invitava il giudice ad emettere il provvedimento richiesto dall'attore.

18.1.3. Nella « *pars pro reo* » si formulava l'ipotesi inversa a quella della *pars pro actore*, cioè che non risultassero fondati gli argomenti addotti dall'attore (o risultassero fondati quelli addotti in contrario dal convenuto), e si invitava conseguentemente il giudice a lasciare indenne il convenuto, cioè ad assolverlo.

18.1.4 Il « *iussum iudicandi* » era il provvedimento con il quale il magistrato giusdicente investiva il giudicante della « potestà » di

---

« giudice in affari privati ». Diversamente Wlassak, *Judikationsbefehl* (1921) 51 (« privato con funzioni di giudice ») e Kaser, « *Praetor* » *und* « *iudex* » cit. 329 nt. 1 (« giudice singolo »). — Le parti potevano accordarsi, in casi speciali, per la nomina di un collegio di *recuperatores* (tre o cinque). I « *recuperatores* » costituivano, comunque, la regola in alcuni processi più importanti (processi di libertà, processi per taluni delitti ecc.). Sul punto: Schmidlin, *Das Rekuperatorenverfahren* (1964), con bibliografia. — Il *iudicium* era un *munus*, cui non ci si poteva sottrarre se non per giuste cause di *excusatio*. L'accettazione del giudicante non era dunque necessaria.

18.1.2. Esempio di *pars pro actore*: « *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 peteretur*) [tesi sostenuta dall'attore], *iudex, N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia condemnato* [conseguenza della verificazione dell'ipotesi] ». Si avverta che *Aulus Agerius* (da « *agere* ») e *Numerius Negidius* (da « *negare* ») sono i nominativi d'uso, negli esempi formulari, per indicare, rispettivamente, l'attore e il convenuto.

18.1.3. La *pars pro reo* si riduceva a pochissime parole: « *si non paret, absolvito* » (o, ancora più brevemente: « *s.n.p.a.* »).

18.1.4. Sul *iussum iudicandi* è fondamentale: Wlassak, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse* (1921). Cfr. anche: Mazeaud, *La nomination* cit. 129 ss.; Lemosse, *Indications nouvelles sur le* « *iussum iudicandi* », in *RH*. 47 (1969) 291 ss. Testimonianze in proposito si leggono nella *lex Rubria* 19.3, 20.15 (« *ius dicito iudicia dato iudicareque iubeto cogito*), 20.21 e 32 e altrove. — La natura di provvedimento autonomo del *iussum iudicandi* lo differenzia dal merito del *iudicium* e lo avvicina alla *iudicis datio*, con la quale taluni tendono a confonderlo. Gli elementi in nostro possesso sono troppo scarsi per poter formulare conclusioni dettagliate. A noi sembra più probabile (e verosimile) che il *iussum iudicandi* sia stato sempre formalmente distinto dalla *iudicis datio*: quest'ultima era certamente situata all'inizio del *iudicium* (prima del merito), mentre il *iussum iudicandi* (sempre che si ritenga con noi che il *iudicium* non costituiva nella sua interezza una concessione magistratuale) doveva seguire la formulazione del merito in quanto conferiva al giudicante la potestà di decidere in ordine allo stesso. Quanto alla forma, di regola (sopra tutto nei primi tempi) il *iussum iudicandi* dovette consistere in un ordine ben preciso (es.: « *itaque iudicari iubeo* »); ma è da ritenere che, sopra tutto dopo la *lex Iulia iudiciaria*, esso sia stato spesso implicato dal tono imperativo (« *condemnato* », « *absolvito* ») della *condemnatio*. L'autonomia del provvedimento rispetto alle altre *partes formularum* è comunque confermata dal fatto che il *iussum iudicandi* poteva essere rinnovato (*infra*

giudicare in sua vece e di emettere, a conclusione della sua attività e in conformità della sua « *sententia* » sulla questione esaminata, un provvedimento giuridicamente vincolante (cioè: una *condemnatio*, un'*absolutio*, una *adiudicatio*).

18.2. Il merito del *iudicium* (cioè quella parte di esso in cui si puntualizzava il *thema decidendum*, la questione da risolvere tra le parti) 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 (che potevano cioè anche non essere introdotti nel *iudicium* nel caso concreto): *demonstratio, adiudicatio, praescriptio, taxatio, exceptio* (e clausole affini a quest'ultima).

18.2.1. *Intentio* e *condemnatio* avevano carattere essenziale perché non potevano, di regola, mai mancare. Un *iudicium* privo dell'uno o

---

n. 19.4.2), sospeso (cfr. Ulp. D. 40.12.24.3 s.), revocato (cfr. Cels. D. 42.1.14; *quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio remittere licet*).

18.2. In ordine al merito del *iudicium*, la nostra impostazione differisce da quella consueta della dottrina, che segue in proposito molto da vicino la trattazione di Gaio. Gai 4.39 indica come *partes formularum* (cioè come elementi del *iudicium*) solo la *demonstratio*, l'*intentio*, l'*adiudicatio* e la *condemnatio*, salvo a parlare anche, in luoghi diversi, degli altri elementi (*praescriptio, taxatio, exceptio*). Gaio non fa, dunque, questione di elementi essenziali e accidentali, ma di elementi più frequenti e caratteristici e di elementi meno consueti. — L'essenzialità dell'*intentio* e della *condemnatio* è adombrata (ma non chiaramente affermata) in Gai 4.44: *Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures. Demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inveniuntur: nihil enim omnino < demonstratio > sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio sine demonstratione vel intentione, vel adiudicatio < sine demonstratione vel intentione > nullas vires habet, < et > ob id numquam solae inveniuntur.* In pratica poteva però darsi che, se veniva inserita nel *iudicium* una *demonstratio*, quest'ultima assorbisse apparentemente l'*intentio*, e se veniva inserita una *adiudicatio*, quest'ultima rendesse inutile la *condemnatio*. Sulla esistenza (a nostro avviso, controvertibile) di *iudicia* privi di *intentio*, cfr.: Audibert, « *Formulae* » *sans* « *intentio* », in *Mél. Girard* 1 (1912) 35 ss.; Pugliese, *Studi sull'* « *iniuria* » (1941) 83 ss., e *Processo formulare* cit. 2.101 ss.

18.2.1. Sull'*intentio* v. Gai 4.41: *Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, veluti haec pars formulae:* « *si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia dare oportere* »; *item haec:* « *quidquid paret N. N. A. Agerio dare facere < oportere >* »; *item haec:* « *si paret hominem ex iure Quiritium A. Agerii esse* ». Gaio, come si vede, definisce l'*intentio* sotto specie della *causa petendi*. — Sulla *condemnatio* v. Gai 4.43: *Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendique potestas permittitur, veluti haec pars formulae:* « *iudex N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia condemna; si non paret, absolve* »; *item haec:* « *iudex N. Negidium A. Agerio dumtaxat < X milia > condemna; si non paret, absolvito* ». A quanto sembra, era indifferente l'uso di « *condemna* (*absolve*) » o di « *condemnato* (*absolvito*) ». Gaio, nella formulazione dei suoi esempi di *condemnatio*, mette in evidenza la connessione della *potestas condemnandi absolvendique* con il *petitum* processuale dell'attore e con la relativa fondatezza o infondatezza (« *si paret...*

dell'altro elemento non avrebbe avuto consistenza giuridica. Infatti l'« *intentio* » era l'affermazione dell'azione sostanziale dell'attore (azione contrastata dal convenuto) e la « *condemnatio* » era il conseguenziale invito rivolto al giudice affinché condannasse il convenuto (o lo assolvesse, se la pretesa processuale dell'attore risultasse inaccoglibile).

18.2.2. La sola e vera eccezione alla regola della essenzialità della *condemnatio* o di un suo surrogato fu costituita dai « *praeiudicia* » (detti anche « *formulae praeiudiciales* » o « *actiones praeiudiciales* »). Questi erano dei *iudicia* che invitavano il *iudex* ad un « mero ac-

---

si non paret »). Nel secondo esempio di Gai 4.43 la *condemnatio* è limitata da una *taxatio*.

18.2.2. Sui *praeiudicia* cfr.: Triantaphillopoulos, « *Praeiudicium* », ora in *Labeo* 8 (1962) 73 ss.; De Marini Avonzo, sv. « *Praeiudicium* », in *NNDI.*, con altra bibliografia. Per le fonti v. spec. D. 44.1 (*de exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*). — Si avverta che « *praeiudicium* - *praeiudicare* » ha spesso il senso atecnico di decisione giudiziale precedente che può influire di fatto su un giudizio successivo (cd. « *probatio artificialis* » delle fonti retoriche): es., la condanna di un soggetto a titolo di *crimen* in un *iudicium publicum* può influire di fatto sull'affermazione della responsabilità dello stesso soggetto, in un processo privato, a titolo di *delictum* per lo stesso fatto. — Sulle *formulae praeiudiciales* da ultimo: Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA.* 1955, 365 ss., il quale sostiene (poco convincentemente) che i *praeiudicia* avevano efficacia sempre incidentale, cioè costituivano sempre « incidenti » di un certo giudizio in corso: incidenti che si aprivano allo scopo di accertare separatamente un elemento necessario alla decisione del giudizio principale (unica eccezione il *praeiudicium an ex lege Cicereia praedictum sit*, di cui in Gai 3.123: su questo istituto cfr. Triantaphillopoulos, « *Praeiudicium legis Cicereiae* », in *Labeo* 10 [1964] 24 ss.), e non davano quindi luogo a decisione efficace *erga omnes*. Poco persuasiva anche l'opposta tesi del Siber, « *Praeiudicia* » *als Beweismittel*, in *Fs. Wenger* 1 (1944) 69 ss., secondo cui gli accertamenti pregiudiziali sarebbero serviti solo come mezzi (peraltro, particolarmente autorevoli) di prova. La verità, a nostro avviso, è che i *praeiudicia*, anche se il termine di « *actiones praeiudiciales* » fa la sua apparizione solo in I. 4.6.13, erano azioni autonome di mero accertamento, che potevano essere esperite tanto a titolo di « incidente » nel corso di un processo, quanto in vista di un processo da farsi, allo scopo di ottenere una decisione vincolante tra le parti e rispetto ai terzi: in questo senso già Degenkolb, *Einlassungzwang und Urteilsnorm* (1877) 150 ss. Sul tema v. anche: Pissard, *Les questions préjudicielles en droit romain* (1907); Marrone, *Sulla funzione delle « formulae praeiudiciales »*, in *Jus* 11 (1960) 246 ss.; Falaschi, *Osservazioni sul carattere incidentale o autonomo dei « praeiudicia »*, in *AUCA.* 1963; Aicher, *D. 44.7.37 pr.*, in *SDHI.* 35 (1969) 360 ss.; da ultimo, Litewski, *Admissibilité d'établissement d'« ingenuitas » dans la procédure romaine ordinaire*, in *Arch. Iur. Cracoviense* 5 (1972) 85 ss. — L'elenco dei *praeiudicia* comprende, tra i principali, i seguenti: « *an libertus sit* » (cfr. Gai 4.44); « *an filius sit* » (cd. *praeiudicium* « *de partu agnoscendo* »: cfr. Ulp. D. 25.3.1.16 - 3 pr.; I. 4.6.13); « *an ex lege Cicereia praedictum sit* » (cfr. Gai 3.123 cit.); « *quanta dos sit* » (cfr. Gai 4.44); « *an iure bona venierint* » (cfr. Pap. D. 42.5.30). — Diversa da quella dei *praeiudicia* come *actiones* l'ipotesi delle *exceptiones praeiudiciales*, promosse dal convenuto allo scopo di bloccare l'azione e di ottenere la preventiva decisione di una questione assorbente. Per esempio: contro l'esercizio di un'azione relativa ad una *res* ereditaria il convenuto poteva sollevare l'« *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* », mediante la quale induceva l'attore a promuovere la *hereditatis petitio* relativa a tutto il patrimonio ereditario (cfr. Iul. D. 44.1.13). Sui rapporti tra *exceptio praeiudicialis* e *praescriptio pro reo*: Cannata, sv. *Eccezione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*

certamento », ritenuto indispensabile per poter poi stabilire se promuovere una successiva *actio*, e in che modo ed entro quali limiti, oppure se portare a *litiscontestatio*, e in quali termini, un'azione già promossa. Per esempio: « *quanta dos C. Seiae sit (iudex, vide)* », « *an Titius ingenuus sit (iudex, vide)* ». Si trattava, in altri termini, di azioni di accertamento cautelare, aventi funzione preparatoria di una successiva *litiscontestatio* e di una ancor successiva decisione giudiziale.

18.3. L'*intentio*, avendo lo scopo di identificare l'azione sostanziale vantata dall'attore, doveva, di regola, enunciare chiaramente tre punti: i soggetti del rapporto di responsabilità (le cd. « *personae* » della dottrina processuale del diritto comune), l'atto illecito (del convenuto o di altri) che aveva dato causa alla costituzione del rapporto di responsabilità (cd. « *causa petendi* »), la situazione giuridica attiva (e più precisamente, il potere di azione) di cui si chiedeva pertanto il riconoscimento (cd. « *petitum* sostanziale »).

18.3.1. Di regola l'*intentio* era « *in ius concepta* », cioè era formulata con riferimento ad un rapporto o ad una situazione giuridica,

---

18.3. In ordine all'*intentio*, a parte la letteratura citata *retro* nt. 18.1, cfr.: Juncker, *Die gaianische Definition der « intentio »*, in *St. Riccobono* 2 (1936) 325 ss. — La formulazione dell'*intentio* si ravvisa in modo completo, ad esempio, nell'*actio furti nec manifesti*: « *(Si paret) A.o A.o a N.o N.o* [= *personae*] *furtum factum esse paterae aureae* [= *causa petendi*], *quam ob rem N.m N.m pro fure damnum decidere oportet* [= *petitum*] *(rell.)* ». Ma assai di rado, in pratica, gli elementi ora detti erano tutti esplicitamente evidenziati: talvolta l'*intentio* si limitava alla indicazione delle *personae* e della *causa petendi*, lasciando nell'implicito il *petitum* (es., *actio depositi in factum*: « [*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* »); talaltra essa indicava *personae* e *petitum*, lasciando nell'implicito la *causa petendi* (es., *actio certae creditae pecuniae*: « [*Si paret*] *N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia dare oportere* »); talaltra ancora essa lasciava nell'implicito sia la *causa petendi* che il *petitum*, ma indicava in cambio il presupposto dell'azione sostanziale, costituito dalla pretesa giuridica dell'attore o dall'obbligo giuridico del convenuto (es. *rei vindicatio*: « *rem qua de agitur ex iure Quiritium A.i A.i esse* »). Alla individuazione degli elementi impliciti concorreva, in tali casi, la *condemnatio*.

18.3.1. Molto controversa è la classicità dell'*intentio in factum concepta*, che alcuni tendono addirittura ad identificare con la *demonstratio*: De Visscher, *Les formules « in factum »* (1925), poi in *Ét. dr. rom.* (1931) 359 ss.; Perozzi, *Intorno a Gai 4.60* (1926), poi in *Scr.* 3 (1948) 499 ss.; Philonenko, « *Intentio » dans les formules « in factum »*, in *Mél. De Visscher* 2 (1949) 231 ss.; Solazzi, « *Intentio in factum concepta »?* (1953), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 489 ss.; in senso conservativo, sopra tutti, Lenel, « *Intentio in factum concepta »?*, in *ZSS.* 48 (1928) 1 ss.; da ultimo, spunti in Murga, *Una « actio in factum » de Ulpiano para la venta de sepulcros*, in *RIDA.* 21 (1974) 299 s. A nostro avviso, anche se guasto, Gai 4.46 depone con sufficiente chiarezza a favore dell'*intentio in factum*: *Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, < sed > initio formulae nominato eo quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur: qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum*

riconoscibili dalle locuzioni tipiche « *ius esse (actori)* » o « *dare (facere) oportere (reum)* » (es.: « *rem qua de agitur ex iure Quiritium A.i A.i esse* »; « *N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia dare oportere* »). Altre volte l'*intentio* era invece « *in factum concepta* », cioè era formulata con riferimento non ad un preciso diritto, ma ad una circostanza di fatto ritenuta degna di tutela dal magistrato, nel qual caso era dal *factum* addotto nell'*intentio* che scaturiva l'invito al *iudex* affinché condannasse o assolvesse (per esempio, l'*actio depositi in factum*). L'*intentio in factum* era ovviamente caratteristica delle *actiones honorariae*, ma via via che la prassi giurisdizionale dei magistrati acquistò il carattere di *ius* (*honorarium*), anche le *actiones honorariae* furono spesso formulate con *intentio in ius* (per esempio, l'*actio depositi in ius*).

18.3.2. L'*intentio in ius concepta* poteva essere *certa* o *incerta*. Era « *intentio certa* », se indicava con precisione l'oggetto dell'azione sostanziale (una cosa determinata, una certa quantità di cose fungibili, una certa somma); era « *intentio incerta* » se faceva un riferimento impreciso, non traducibile *a priori* in una precisa valutazione pecuniaria, all'oggetto dell'azione sostanziale. Caratteristica dell'*intentio* incerta era, pertanto, la formula « *quidquid dare facere oportet* »: formula integrata, nei *iudicia bonae fidei* (tutti con *intentio incerta*), dalla clausola « *ex fide bona* ». La distinzione tra *petere certum* e *petere incertum* era di grande importanza, come vedremo, ai fini della *sententia*, perché l'eventualità della perdita della lite per « *pluris petitio* » incombeva solo sull'attore che avesse formulato una *intentio certa*.

18.4. La *condemnatio*, avendo lo scopo di invitare il *iudex* a condannare (o ad assolvere), poneva in evidenza: in primo luogo,

---

contra edictum praetoris in ius vocavit; nam in ea ita est: « Recuperatores sunto. Si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium X milia condemnate: si non paret, absolvite ». Ceterae quoque formulae, quae sub titulo « de in ius vocando » propositae sunt, in factum conceptae sunt, veluti adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit; item contra eum, qui vi exemerit eum qui in ius vocatur; et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur.

18.3.2. Sulla distinzione tra *intentio in ius certa* e *intentio incerta* ai fini della « *pluris petitio* » v. Gai 4.53-54: *Si quis plus intentione complexus fuerit causa cadit, id est rem perdit... Illud satis apparet in incertis formulis plus peti non posse, quia, cum certa quantitas non petatur, sed « quidquid » adversarium « dare facere oportet » intendatur, nemo potest plus intendere. Idem iuris est et si in rem incertae partis actio data sit, veluti talis: « quantam partem paret in eo fundo, quo de agitur », actoris « esse »; quod genus actionis in paucissimis causis dari solet.* — Sulla *pluris petitio* v. *infra* n. 19.7.2.

18.4. Sulla *condemnatio* cfr.: Leist, sv. « *Condemnatio* » (2), in *PW.*; Betti, sv. *Condanna* (*dir. rom.*), in *NNDI.*

il destinatario del provvedimento (che, nelle formule con trasposizione di soggetti, non coincideva col soggetto passivo dell'azione sostanziale); in secondo luogo, la precisa richiesta dell'attore (cd. « *petitum* processuale »).

18.4.1. Il *petitum* processuale (di condanna) era sempre riferito ad una somma di denaro, cioè ad una « *condemnatio pecuniaria* ». Tuttavia, poteva esservi una « *condemnatio certa* » (o « *certae pecuniae* »), relativa ad una somma di danaro predeterminata (es.: « *N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia condemnato* »), e una « *condemnatio incerta* », relativa ad una somma di danaro da determinarsi dal giudice. La *condemnatio certa* si aveva, ovviamente, solo in dipendenza di una *intentio* (*certa*) relativa a somma di danaro; la *condemnatio incerta* seguiva, invece, ad una *intentio* (*certa* o *incerta*) non relativa ad una *summa* pecuniaria. Quanto ai criteri cui il giudice doveva attenersi, in questo secondo caso, nella determinazione della « *summa condemnationis* », essi erano principalmente quattro: il *quanti ea res est*, il *quanti actoris interest*, il *quidquid dare facere oportet*, il *quantum aequum (et bonum) videbitur*.

18.4.2. La *condemnatio* del tipo « *quanti ea res est (erit, fuit), tantam pecuniam condemnato* » era la più diffusa. Essa era adottata,

---

18.4.1. Intorno alla *condemnatio pecuniaria*, alla sua origine ed all'esistenza di una condanna *in ipsam rem* nelle *legis actiones*, cfr.: Wenger, *Zu drei Fragen aus dem römischen Zivilprozessrecht*, in *ZSS*. 59 (1939) 315 ss.; von Lübtow, *Ursprung und Entwicklung der « condemnatio pecuniaria »*, in *ZSS*. 68 (1951) 320 ss.; Taubenschlag, *Die « condemnatio pecuniaria » im Rechte der Papyri*, in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 297 ss.; Baptista, *« Condemnatio pecuniaria »*, in *Romanitas* X/11 (1970) 349 ss. V. Gai 4.48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem aurum argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, < sed > aestimata re pecuniam eum condemnat.* — A nostro avviso, le ragioni storiche per cui si determinò il principio della *condemnatio pecuniaria* sono da ricollegare alla *legis actio sacramenti*. Per essa il *iudex* non era autorizzato a stabilire di chi fosse il torto o la ragione, ma di chi, tra i due contendenti, fosse *iustum* il *sacramentum*. Se si considera che la *legis actio sacramenti*, oltre che l'*actio* dichiarativa più antica, fu quella sempre tenuta presente come modello dai giuristi romani (che ad essa informarono la distinzione generale tra *actiones in rem* e *actiones in personam*), si può comprendere come sia potuto restare in essere, in omaggio alla tradizione, il sistema di costringere solo indirettamente il convenuto, in caso di condanna, all'effettiva prestazione.

18.4.2. Sulla portata del *« quanti ea res est (erit, fuit) »* cfr.: Kaser, *« Quanti ea res est »* (1953), e *Die Stipulationklausel « quanti ea res erit »*, in *ZSS*. 90 (1973) 184 ss.; Betti, *Teoria generale delle obbligazioni romane* (1947) *passim*. Sul punto v. D. 50.16.179 (Ulp. 51 *Sab.*): *Inter haec verba « quanti ea res erit » vel « quanti eam rem esse paret » nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem fieri.* V. anche Ulp. D. 50.16.193. — Il più delle volte i giudici, su suggerimento della giurisprudenza, andavano ben oltre questo criterio astratto di valutazione e scendevano sul terreno concreto dell'effettivo pregiudizio economico (superiore allo stretto valore della cosa) subìto dall'attore.

tra l'altro, per le *actiones in rem*, per le *actiones in personam* con *intentio in ius certa* (beninteso, non già relativa ad una *summa* pecuniaria), per talune *actiones ex delicto*, per le *actiones in factum* e, in generale, per tutti i casi in cui l'*intentio* facesse riferimento ad un oggetto giuridico (« *res* ») patrimonialmente valutabile. In sostanza, il giudice era invitato a rapportare la *summa condemnationis* al valore di stima della cosa litigiosa (« *litis aestimatio* »): valore da determinarsi, a seconda dei casi, con riferimento al momento della *litis contestatio* (« *q. e. r. est* »), al momento dell'emanazione della sentenza (« *q. e. r. erit* »), o talvolta al momento della violazione giuridica lamentata (« *q. e. r. fuit* »).

18.4.3. La *condemnatio* del tipo « *quanti A.i A.i interest (intererit, interfuit), tantam pecuniam condemnato* » si incontrava in alcune *actiones honorariae in factum*. Essa invitava il giudice a rapportare la *summa condemnationis* all'interesse alla prestazione, che l'attore aveva al momento della *litis contestatio*, o della *sententia*, o della violazione giuridica: dunque, non solo al valore obbiettivo della prestazione, ma anche al pregiudizio sofferto dall'attore per il mancato conseguimento della prestazione stessa.

18.4.4. La *condemnatio* del tipo « *quidquid dare facere* (eventualmente: *ex fide bona*) *oportet, eius condemnato* » si incontrava nelle formule con *intentio in ius incerta*. Essa invitava il giudice ad identificare, anzitutto, la prestazione, per poi valutare l'interesse dell'attore alla stessa, evitandosi con ciò, come si è detto, il pericolo di una *pluris petitio* da parte dell'attore.

18.4.5. La *condemnatio* del tipo « *quantum iudici aequum (et bonum) videbitur, tantae pecuniae condemnato* » si incontrava in alcune

---

18.4.3. Sulla portata del « *quanti actoris interest* (*intererit, interfuit*) », cfr. da ultimo: Medicus, « *Id quod interest* » (1962) spec. 275 ss., con bibliografia, a cui *adde* Honsell, « *Quod interest* » *im* « *bonae fidei iudicium* » cit. Secondo il Beretta, *Le formule in* « *id quod interest* », in *SDHI*. 3 (1937) 419 ss., in età classica la condanna sarebbe stata sempre e solo nel « *quanti ea res est* »: tesi che non condividiamo, pur se ammettiamo che nel corso del diritto classico vi fu un progressivo avvicinamento tra le formule nel « *quantum interest* » e quelle nel « *quantum ea res* ». Cfr. Tafaro, « *Emptio uno pretio* » *e* « *id quod interest* », in *Labeo* 19 (1973) 31 ss.

18.4.4. Sulla portata del « *quidquid* (*ex fide bona*) *dare facere oportet* » cfr.: Medicus, « *Id quod interest* » cit. 28 ss., 212 ss.; Wilinski, *Zur* « *litis aestimatio* » cit.

18.4.5. Sulle *actiones* « *in* (*bonum et*) *aequum* » cfr. Guarino, « *Actiones in aequum conceptae* » cit., ove si cerca di dimostrare che il criterio tradizionale di determinazione della condanna fu modificato dai giuristi classici col riferimento all'astratto « *bonum et aequum* »: col che, lungi dal diventare più sicuro, il criterio di valutazione venne ad essere, in pratica, rimesso all'arbitrio dei giudicanti.

azioni relative a violazioni giuridiche di valutazione assai mutevole ed elastica (es., l'*actio iniuriarum*). Essa autorizzava il giudice a rapportare la condanna alle valutazioni correnti nell'ambiente sociale dell'epoca del giudizio.

18.5. Elementi accidentali, cioè eventuali, del *iudicium* furono, come si è detto: la *demonstratio*, l'*adiudicatio*, la *taxatio*, la *praescriptio*, l'*exceptio* e le clausole affini all'*exceptio*.

18.5.1. La « *demonstratio* » era una clausola mediante cui, nei casi di *intentio incerta*, si chiarivano e precisavano i termini di fatto della questione. Essa consisteva pertanto in una breve frase descrittiva della fattispecie cui si riferiva la lite e si apriva con un « *quod* » di valore dimostrativo.

18.5.2. La « *adiudicatio* », propria dei giudizi divisori, era una clausola con cui si dava al giudice il potere di assegnare in *dominium ex iure Quiritium* o in altro *ius in re aliena* ai singoli dividenti le parti di un oggetto comune. Essa autorizzava dunque un provvedimento costitutivo. Ma siccome la divisione della *res* o del *patrimonium* conteso non era sempre e in tutto materialmente possibile, l'*adiudicatio* era sempre accompagnata da una *condemnatio* intesa alla eventuale condanna di alcuni o di ciascuno a pagare agli altri le opportune somme di conguaglio.

18.5. Sugli elementi accidentali del *iudicium* e sulla loro giustificazione v. *retro* n. 18.2.

18.5.1. Sulla *demonstratio* v. Gai 4.40: *Demonstratio est ea pars formulae quae principio ideo inseritur ut demonstretur res de qua agitur, veluti haec pars formulae: « quod A. Agerius N. Negidio hominem vendidit »; item haec: « quod A. Agerius < apud > N. Negidium hominem deposuit »*. La *demonstratio* figurava in tutte le azioni con *intentio* in « *quidquid dare facere oportet* », in qualche azione con *condemnatio* « *in aequum concepta* » (sicuramente nell'*actio iniuriarum*) e in altri casi. — In ordine alla origine della *demonstratio* è sempre sostanzialmente valida l'indagine dell'Arangio-Ruiz, *Le formule con « demonstratio »* cit., il quale sostiene che alle origini la *demonstratio* sarebbe comparsa esclusivamente nei *iudicia* inerenti a valutazioni quantitative (ad esempio, azioni divisorie, *actio inuriarum*) e non in tutti gli altri casi relativi all'esistenza di un diritto o di un obbligo; solo successivamente molte di queste azioni avrebbero assunto vero e proprio carattere contenzioso (e cioè non avrebbero più mirato ad un « *aestimato* », ma al « *condemnato-absolvito* »). *Contra*, sopra tutti, Wlassak, « *Praescriptio* » *und bedingter Prozess*, in *ZSS*. 33 (1912) 81 ss. In parziale adesione alle tesi dell'Arangio-Ruiz cfr., ora, Pugliese, *Processo formulare* cit. 2.110 ss.

18.5.2. Sull'*adiudicatio* v. Gai 4.42: *Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare: veluti si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum. nam illic ita est: « quantum adiudicari oportet, iudex, Titio adiudicato »*. In dottrina cfr. Arangio-Ruiz, *Studi formulari* 2. - *In tema di « adiudicatio »* (1922), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1974) 15 ss.; Kaser, « *Adiudicare* » *bei der « actio finium regundorum » und bei den Vindicationen*, in *Symb. David* 1 (1968) 85 ss.

18.5.3. 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 condemnato* »). Un tipo singolare 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 del processo esecutivo per insolvenza, e in particolare il rischio della *bonorum venditio* e della *infamia* conseguente: per esempio, ne usufruiva il *socius* che fosse convenuto in giudizio dall'altro socio con l'*actio pro socio*.

18.5.4. La « *praescriptio* » era una clausola, inserita prima dell'*intentio*, con cui si ponevano in via preliminare delle riserve « *pro actore* » o « *pro reo* », in modo da limitare il campo di estensione dell'azione e da riservare ad altro futuro processo la possibilità di contendere sugli argomenti esclusi. Es.: « *ea res agatur cuius rei dies fuit* », *prae-*

18.5.3. Sulla *taxatio* v. Gai 4.49-51, e cfr.: Hefke, *Bedeutung und Anwendungen der « taxatio » im römischen Recht: historische-dogmatische Abhandlung* (1879); Guarino, *La condanna nei limiti del possibile* (1975). Cfr. anche: Giffard, « *Aestimatio, taxatio, id quod interest* » *dans l'« actio legis Aquiliae »* (1933), ora in *Ét. dr. rom.* (1972) 158 ss.; Garnsey, « *Taxatio* » *and* « *pollicitatio* » *in Roman Africa*, in *JRS*. 61 (1971) 116 ss. — In dottrina si usa parlare di un *beneficium competentiae* spettante ai soggetti cui era riconosciuto il favore della limitazione della condanna alle loro effettive possibilità di soddisfacimento dell'attore; ma si badi che la concessione non fu sempre prestabilita da provvedimenti di governo (leggi, editto pretorio, costituzioni imperiali) e fu, il più delle volte, subordinata ad una *causae cognitio* del magistrato giusdicente. — Per le fattispecie di condanna *in id quod facere potest* v. *infra* n. 75.7 e spec. n. 50.2.6 e nt. 88.4. L'attore, per evitare che la condanna del convenuto fosse limitata una volta per sempre mediante la *taxatio* (il che non gli avrebbe dato modo di ottenere il residuo credito nell'ipotesi che il debitore, successivamente al processo, avesse operato acquisti patrimoniali), poteva agire contro di lui con una *praescriptio pro actore* (v. *infra* n. 18.5.4) con la quale limitava, al momento, la richiesta all'« *id quod reus facere potest* ».

18.5.4. Sulla *praescriptio* v. Gai 4.132: *Praescriptiones scilicet appellatae ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est.* In dottrina cfr.: Wlassak, « *Praescriptio* » cit., ove si propone lo schema di una evoluzione storica dalla *praescriptio pro reo* all'*exceptio*, traverso la *denegatio actionis*. Sul punto, più in generale, già Schlossmann, « *Praescriptio* » *und* « *praescripta verba* » (1907), e Petrau-Gay, *Evolution historique des « exceptiones » et des « praescriptiones »* (t. 1916); da ultimo, Kolitsch, « *Praescriptio* » *und* « *exceptio* » *ausserhalb des Formularverfahrens*, in *ZSS*. 76 (1959) 265 ss. (ivi altra letteratura). — Esempi di *praescriptiones pro actore* in Gai 4.131-137. La utilità dell'istituto era data dalla possibilità di evitare la *pluris petitio*. — Gai 4.133 segnala che in età classica le *praescriptiones pro reo* erano fuori d'uso, stante la possibilità per il convenuto di difendersi altrettanto efficacemente con l'*exceptio*: *Olim autem quaedam (praescriptiones) et pro reo opponebantur, qualis illa erat praescriptio: « ea res agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat », quae nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet cum petitor hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat, veluti cum singulas res petat; est enim iniquum per unius rei petitionem universae hereditati praeiudicium fieri.*

scriptio pro actore con cui si limitava l'azione contro il debitore rateale alle rate per cui fosse già venuto il giorno di scadenza (*dies*).

18.5.5. L'« *exceptio* », posta subito dopo l'*intentio*, era una clausola inserita nel *iudicium* su richiesta del convenuto, che serviva a subordinare la *condemnatio*, oltre che all'accertamento del diritto dell'attore, anche alla constatazione della infondatezza (« *nisi paret* ») di una circostanza che secondo il convenuto fosse 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 infondatezza di un *pactum de non petendo* vantato dal

---

18.5.5. Sull'*exceptio* e le clausole affini v.: Gai 4.115-129; D. 44.1; CI. 8.35; I. 4.13. In particolare, Gai 4.116: *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. Veluti si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; se quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere* (*rell.*). In dottrina cfr.: anche con riguardo alle origini dell'istituto, Lenel, *Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen* (1876); Wlassak, *Der Ursprung der römischen Einrede* (1910), ora in *Labeo* 13 (1967) 231 ss.; in generale, Wenger, sv. « *Exceptio* » in *PW.*; Palermo, *Studi sulla « exceptio » nel diritto classico* (1956); Cannata, sv. *Eccezione* (*dir. rom.*), in *NNDI*; Luzzatto, sv. *Eccezione* (*dir. rom.*), in *ED.* — L'effetto dell'*exceptio* era quello di elidere la *condemnatio*. La classicità di una *exceptio* in diminuzione della condanna è da escludere, malgrado Paul. D. 44.1.22 itp. (« *modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem* »). V. invece: Arangio-Ruiz, *L'« exceptio » in diminuzione della condanna* (1930); ma *contra*: Solazzi, *Sull'« exceptio » in diminuzione della condanna* (1934), ora in *Scr. dir. rom.* 3 (1960) 463 ss., e *Sulle classificazioni delle « exceptiones »* (1949), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 137 ss. — Per meglio intendere il meccanismo della *replicatio* (cioè della eccezione alla *exceptio*) e delle ulteriori eventuali *adiectiones*, v. Gai 4.126: *... si verbi gratia pactus sum tecum, ne pecuniam quam mihi debes a te peterem, deinde postea in contrarium pacti sumus, id est ut petere mihi liceat, et, si agam tecum, excipias tu, ut ita demum mihi condemneris « si non convenerit, ne eam pecuniam peterem », nocet mihi exceptio pacti conventi: namque nihilo minus hoc verum manet, etiamsi postea in contrarium pacti sumus. Sed quia iniquum est me excludi exceptione, replicatio mihi datur ex posteriore pacto hoc modo: « aut si postea convenit, ut mihi eam pecuniam petere liceret »*. Dunque A (*ego*) *intendit* contro B (*tu*) l'obbligo di restituirgli il danaro prestatogli; B eccepisce che tra lui e A intervenne un *pactum de non petendo*; A replica che successivamente intervenne tra lui e B un *pactum* inteso alla eliminazione del precedente patto, oppure alla modifica di esso (nel senso di autorizzare l'esercizio dell'*actio certae creditae pecuniae* almeno in certe ipotesi, che A sostiene si siano verificate). E si potrebbe continuare supponendo una *duplicatio* di B, il quale sostenga che il secondo *pactum* fu ottenuto da A con *dolus malus*, e così via. — Si ricordi che per i *bonae fidei iudicia* non era necessario, ai fini del condizionamento della *sententia iudicis*, inserire eccezioni (e clausole affini) nel *iudicium*: le circostanze relative potevano essere fatte presenti direttamente al giudicante (v. *retro* n. 17.6.2). — La concessione dell'*exceptio* e delle clausole affini era fatta dal magistrato giusdicente o con riferimento a provvedimenti di governo (es.: *exceptio legis Plaetoriae de circumscriptione adulescentium*, opposta al creditore istante dal debitore *adulescens*), oppure di sua propria iniziativa *aequitatis causa* (es.: *exceptio doli, metus, pacti conventi*, ecc.).

convenuto. Se l'*exceptio* risultava fondata, il convenuto veniva dunque assolto. Clausole affini all'*exceptio*, che complicavano ulteriormente il giudizio, erano la « *replicatio* » dell'attore all'*exceptio* del convenuto (che eliminava, se fondata, l'efficacia dell'*exceptio* e riportava quindi alla necessità di condannare il convenuto ove risultasse fondata l'*intentio*) e ancora: la « *duplicatio* » del convenuto contro la *replicatio*, la « *triplicatio* » dell'attore contro la *duplicatio* ecc. Mediante esse, contro una circostanza dedotta dalla controparte, si faceva dunque valere un'altra circostanza tale da togliere efficacia alla prima.

18.5.6. Un'importante suddistinzione delle *exceptiones* era quella in perentorie e dilatorie. « *Exceptiones peremptoriae* » erano le eccezioni di cui il convenuto poteva disporre in ogni momento e in ogni circostanza al fine di paralizzare l'azione avversaria: ad esempio, l'*exceptio doli* opposta all'*actio* del creditore doloso, o l'*exceptio pacti de non petendo* opposta all'*actio* del creditore che si fosse impegnato *ex pacto* a non esigere più il debito. Le « *exceptiones dilatoriae* » erano quelle di cui il convenuto poteva giovarsi solo in certi periodi di tempo o in certe circostanze, sì che l'attore poteva evitarle (e vincere la causa) se aveva l'accortezza di non promuovere l'azione in quel periodo di tempo o in quelle circostanze. Se però l'attore, malgrado l'opposizione di una *exceptio dilatoria*, anziché ritrarsi, o modificare il suo atteggiamento per poterla evitare, insisteva nell'azione proposta, giungendo così alla *litiscontestatio*, non solo il convenuto andava assolto, ma l'azione non poteva più riproporsi: ciò per il caratteristico effetto estintivo della *litiscontestatio*.

18.5.6. Sulla distinzione tra *exceptiones peremptoriae* e *dilatoriae* v. Gai 4.120-125. In particolare, Gai 4.123: *Observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem: alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit: non enim post illud tempus, quo integra re < eam > evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta.* Nel processo *extra ordinem* questa drastica conseguenza dell'opposizione intempestiva di una *exceptio dilatoria* si perse, in dipendenza del venir meno dell'effetto estintivo della *litis contestatio*. — Le *exceptiones dilatoriae* si suddividevano in: « *exceptiones dilatoriae ex tempore* » (es.: l'*exceptio* che facesse valere un *pactum de non petendo* limitato nel tempo, la quale era opponibile all'attore solo se questo promovesse l'azione prima della scadenza del termine pattuito per il *non petere*) e « *exceptiones dilatoriae ex persona* » (es.: l'*exceptio* « *cognitoria* » opposta a chi agisse in giudizio ricorrendo ad una persona incapace alle funzioni di *cognitor*, la quale poteva essere evitata o agendo personalmente o ricorrendo ad un *cognitor* capace di esercitare questa funzione). Ovviamente, il motivo pratico per cui un attore, posto di fronte ad un'*exceptio dilatoria*, insisteva ciò non ostante per la *litis contestatio* era che egli aveva fiducia nella infondatezza dell'*exceptio*, e d'altra parte non voleva far passare il momento opportuno per la realizzazione del proprio diritto.

19. Lo svolgimento del processo formulare.

19.1. La caratteristica più singolare, già precedentemente rilevata, delle procedure formulari fu che esse comportavano la possibilità solo di un processo di accertamento: processo che, per di più, non poteva nemmeno esplicarsi se il convenuto, pur essendosi presentato, si rifiutava di addivenire alla *litiscontestatio*. Abolito il sistema delle *legis actiones*, scomparve anche la teorica possibilità di ricorrere ad esso nei casi di rifiuto della controparte alla *litiscontestatio* o alla esecuzione della *sententia iudicis*. Ma l'inconveniente fu praticamente superato dai magistrati giusdicenti con l'uso di mezzi coercitivi complementari, di cui parleremo in seguito, nei confronti del convenuto recalcitrante.

19.2. Parti nel processo (cioè soggetti del rapporto processuale, capaci di esercitare l'*actio* o di opporvisi: « *partes* », « *litiga-*

19.1. Sullo svolgimento del processo formulare in generale cfr.: Wenger, *Istituzioni* cit. *passim* (con l'avvertenza che la trattazione procede unitaria per *legis actiones* e *formulae*); Pugliese, *Il processo* cit. 2. 103 ss. (incompleto: la trattazione giunge sino all'inizio del procedimento *in iura*), e *Processo formulare* cit. 1-2 (incompleto: la trattazione giunge sino alla fine del procedimento *in iure*, cioè sino alla *litis contestatio*); Kaser, *RZPR*. 124 ss. — Esorbita dai limiti della presente trattazione una esposizione relativa all'organizzazione giudiziaria (per la quale si rinvia ai manuali di storia del diritto romano, in particolare, a Guarino, *Storia* cit. *passim*). V. peraltro: quanto ai magistrati giusdicenti, *retro* n. 9-10; quanto ai giudici, *retro* nt. 18.1.1. I tentativi di voler mettere ordine nelle strutture giudiziarie romane, ritrovandovi limitazioni di « giurisdizione » e di « competenza » analoghe alle moderne, non ci sembrano in tutto felici. Comunque, ogni regola in tema di competenza era largamente derogabile dall'accordo delle parti: cfr. Wlassak, *Römische Prozessgesetze* cit. 1.124 ss., e, da ultimo, Pugliese, *Il processo* cit. 2.160 ss., con indicazione delle fonti relative. — Il luogo della giurisdizione (ove era eretto il *tribunal* del magistrato giusdicente) era: per i due *praetores* (*urbanus* e *peregrinus*) solitamente il Foro; per gli *aediles curules*, la sede del mercato annonario (zona del Velabro); per i magistrati municipali, solitamente il Foro municipale; per i magistrati provinciali, il capoluogo della *provincia* oppure, di tanto in tanto, qualche centro periferico in cui il magistrato (o un suo delegato) si recava per tenere un « *conventus iuridicus* ». Cfr.: Gioffredi, sv. *Tribunal*, in *NNDI*.; Foti Talamanca, *Ricerche sul processo nell'Egitto greco-romano*, 1. - *L'organizzazione del « conventus » del « praefectus Aegypti »* (1974). — La cd. *iurisdictio voluntaria*, cioè il complesso di quelle attività amministrative che i magistrati svolgevano per contribuire al compimento di *manumissiones*, *in iure cessiones* ecc., poteva svolgersi dovunque (ad esempio, Gai 1.20 riferisce che le *manumissiones vindicta* relative a schiavi di più di trenta anni erano fatte in ogni momento e in ogni luogo, « *veluti cum praetor aut pro consule in balneum vel in theatrum eat* »). — Infine, circa il tempo in cui poteva essere esercitata la *iurisdictio*, si distingueva tra « *dies fasti* » (in cui l'esercizio era permesso), « *dies nefasti* » (in cui l'esercizio era vietato), « *dies comitiales* » (in cui l'esercizio era permesso, a meno che non fosse stata indetta la riunione dei comizi). Per i giudici (o più precisamente, per gli organismi giudiziali, come i *centumviri*) vi erano i giorni dell'« *actus rerum* » (in cui si soleva svolgere l'attività) e quelli delle « *feriae* » (in cui l'attività non si soleva svolgere).

19.2. Sulle parti nel processo cfr. Pugliese, *Il processo* cit. 2.259 ss.; Kaser,

tores », « *adversarii* ») 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 incapaci della rappresentanza processuale attiva, cui l'editto vietava di agire *alieno nomine* (cioè di rappresentare altri in giudizio), e vi erano altre persone incapaci della rappresentanza processuale passiva, cui l'editto vietava di agire *per alios* (cioè mediante rappresentanti).

19.2.1. Il « *cognitor* » era un soggetto che la parte proclamava solennemente *in iure*, di fronte all'avversario e in cospetto del magi-

---

RZPR. 147 ss. — Sui difensori e « coadiutori » cfr.: Rasi, sv. *Avvocati e procuratori*, in *NNDI.*; Hanslik, « *Patronus* » *und* « *orator* » (1958); De Simone, sv. *Rappresentanza in giudizio* (*dir. rom.*), in *NNDI.* — È controverso se il processo formulare ammettesse la possibilità del litisconsorzio, cioè di una pluralità di parti (attive o passive) accomunate dallo stesso interesse ad una certa pronuncia giudiziale: giustamente in senso affermativo, Wenger, *Istituzioni* cit. 76 ss.; Pugliese, *Il processo* cit. 2.273 ss.; Kaser, *RZPR.* 1951 s. Ma v. *contra*: Biondi, *La compensazione in diritto romano*, in *AUPA.* 1928, 221 ss. — A prescindere dai divieti di « *agere* » *alieno nomine* o *per alios* (divieti posti in considerazione della incapacità in cui si trovavano certe persone), l'editto conteneva anche ulteriori divieti, posti peraltro solo a tutela del decoro della giustizia: i cd. divieti di *postulare*, cioè di rivolgere istanze *in iure* (in altri termini, di presentarsi davanti al magistrato giusdicente): « *postulare autem est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere* » (Ulp. D. 3.1.1.2). Più precisamente era vietato: il « *postulare pro se* » ai sordi e ai minori di 17 anni (cui il magistrato provvedeva a nominare eventualmente un *advocatus*); il « *postulare pro aliis* » alle donne, ai ciechi e inoltre a varie categorie di persone poco raccomandabili (*infames*: *infra* n. 24.6.1); il « *postulare pro aliis nisi pro certis personis* » ad altre categorie di *infames* (cfr. Leifer, sv. « *Postulatio* », in *PW.*). — Sulla capacità processuale degli schiavi: Biscardi, *La capacità processuale dello schiavo*, in *Labeo* 21 (1975) 143 ss.

19.2.1. Sul *cognitor* cfr.: Eisele, *Cognitur und Procuratur* (1881); Wlassak, *Zur Geschichte der Cognitur* (1892); Bonifacio, « *Cognitor* », « *procurator* » *e rapporto processuale*, in *St. De Francisci* 4 (1956) 535 ss. Per maggiori particolari sull'istituto (scomparso in diritto giustinianeo e sostituito in tutti i casi dal *procurator*), v. Gai 4.83: *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat:* « *quod ego a te* (*verbi gratia*) *fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do* »; *adversarius ita:* « *quia tu a me fundum petis, in eam* < *rem* > *tibi Publium Maevium cognitorem do* ». *Potest ut actor ita dicat:* « *quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do* », *adversarius ita:* « *quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do* ». *Nec interest, praesens an absens cognitor detur* (purché sia presente *in iure* la parte); *sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris.* — Incapaci a *cognitorem dare* erano precipuamente gli *infames* e le *mulieres*: Lenel, *EP.*[3] § 25. Incapaci ad esser *cognitor* erano i

strato, come suo sostituto (« *Lucium Titium tibi cognitorem do* »), assumendo su se stessa tutte le conseguenze del suo agire processuale. Da quel momento, allontanatasi la parte, fungeva come suo *alter ego* il *cognitor*, con l'intesa che la *sententia iudicis* sarebbe stata pronunciata a favore (o nei confronti) della parte sostituita. Appunto perciò, se il *cognitor* era nominato dal convenuto, occorreva che questo si impegnasse, mediante una « *cautio (satisdatio) iudicatum solvi* », a pagare l'importo della condanna nell'ipotesi che il *cognitor* non vi provvedesse o non vi potesse provvedere.

19.2.2. Il « *procurator* » non era proclamato *in iure* dalla parte, ma si presentava da solo *in ius* asserendo di agire per conto di essa, e poteva essere tanto il « *procurator omnium bonorum* » (procuratore generale) quanto un « *procurator ad litem* » (procuratore speciale per quella determinata controversia). Il rapporto interno tra *procurator* e *dominus litis* non emergeva nel processo. Pertanto il *procurator* poteva non essere autorizzato a stare in giudizio dal magistrato, oppure poteva non essere accettato dalla controparte. Per ottenere il diritto di sostituire la parte attrice, il *procurator* doveva perciò prestare una « *cautio (satisdatio) ratam rem dominum habiturum* » (con cui si

---

milites, le *mulieres*, gli *infames*: Lenel, *EP*.[3] § 26. Ma il punto è controverso: forse le *mulieres* e gli *infames* potevano essere *cognitores in rem suam* (in quanto cessionari del diritto dell'attore: cfr. *PS*. 1.2.1-3). — L'*actio iudicati* spettava di regola, attivamente e passivamente, alla parte (cd. « *dominus litis* »), salvo che il *cognitor* fosse tale *in rem suam* o, nel caso di rappresentanza del convenuto, egli si fosse offerto di prendere su di sé le conseguenze della *sententia iudicis* ed avesse all'uopo prestato la *cautio iudicatum solvi* (« *cognitor qui liti se offert* »). — Nell'ipotesi di morte del *cognitor post litem contestatam* (o di perdita della cittadinanza da parte sua), il magistrato giusdicente concedeva al *dominus litis* la « *translatio iudicii* » a lui stesso o ad un altro *cognitor*: Bonifacio, « *Translatio iudicii* » (1956) 79 ss. Cfr. Lenel, *EP*.[3] § 28: « *ei qui cognitorem dederit, causa cognita permittam eum abdicare vel mutare* ». V. *infra* n. 19.4.1. — La necessità della *cautio iudicatum solvi* è così giustificata da Gai 4.101: *Ab eius vero parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisdari debet, quia nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur. Sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisdare iubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator. Idem et de tutore et de curatore iuris est.* — Sulle *exceptiones cognitoriae*: *retro* n. 18.5.6.

19.2.2. Sul *procurator* cfr. la letteratura (estesissima) citata da De Simone, *Rappresentanza in giudizio* cit. Per le fonti v. Gai 4.84: *Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur. Quin etiam sunt qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum; quamquam et ille, cui mandatum < est > plerumque satisdare debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur*; D. 3.3; CI. 2.12; I. 4.10. — Sulle due *cautiones*: La Rosa, *La struttura della « cautio iudicatum solvi »*, in *Labeo* 2 (1956) 160 ss.; Donatuti, *Studi sul « procurator »*, I. - *Dell'obbligo di dare la « cautio r.r.d.h. »*, in *AG*. 89 (1923) 190 ss.; Guizzi, *In tema di origini della « cautio de rato »*, in *Labeo* 7 (1961) 330 ss.

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 essere accettato in sostituzione della parte convenuta, egli doveva invece prestare una «*cautio iudicatum solvi*» (con cui si impegnava al pagamento della *summa condemnationis* ove il convenuto soccombente vi si sottraesse).

19.3. Il procedimento *in iure*, nel suo sviluppo normale, aveva inizio con la comparizione delle parti davanti al magistrato ed aveva termine con la *litiscontestatio*.

19.3.1. La comparizione del convenuto era richiesta dall'attore, come già per la *legis actio*, mediante la «*in ius vocatio*»: atto di invito,

---

19.3. Sul procedimento *in iure* cfr.: Pugliese, *Processo formulare* cit. 2.1 ss.; Kaser, *RZPR*, 162 ss.

19.3.1. Sulla *in ius vocatio* cfr. Wesener, sv. «*Vocatio in ius*», in *PW.*; Pugliese, sv. *Domanda giudiziale* (*dir. rom.*), in *ED.*, con bibliografia. Per le fonti: D. 2.4; CI. 2.2. Cfr. Lenel, *EP.*³ § 11-13. — Atto esclusivamente privato e non solenne, la *in ius vocatio* creava un obbligo a carico del chiamato e consentiva all'attore il ricorso alla soggezione in caso di inosservanza. Tali i caratteri nelle *legis actiones*; tali, sostanzialmente, nella procedura formulare. In questa tuttavia l'esercizio privato della forza venne reso superfluo dall'introduzione di misure giudiziarie nei confronti del *vocatus* recalcitrante, chiarendosi inoltre la funzione e i limiti del *vindex*: tutto ciò da parte del pretore, che vi dedicò alcune clausole del suo editto. V. Gai 4.183: *In summa sciendum est eum, qui cum aliquo consistere velit, < in ius vocare > oportere et eum, qui vocatus est, si non venerit, poenam ex edicto praetoris committere. Quasdam tamen personas sine permissu praetoris in ius vocare non licet, veluti parentes patronos patronas, item liberos et parentes patroni patronaeve; et in eum, qui adversus ea egerit, poena constituitur.* Sulla forma richiesta, notizie in Hor. *Serm.* 1.9.75; sulle prescrizioni intorno al luogo, Gai 1 *ad l. XII t.*, D. 2.4.18, un testo che prova come l'istituto, nel corso dei secoli, sia rimasto in complesso inalterato. Sul punto, ampiamente, Pugliese, *Les voies de recours sanctionnant l'«in ius vocatio»*, in *Mél. De Visscher* 2 (1949) 249 ss., e *Il processo* cit. 2.353 ss. — Sull'*actio in factum* contro il renitente alla *in ius vocatio* Gai 4.46: *...ceterae quoque formulae, quae sub titulo «de in ius vocando» propositae sunt, in factum conceptae sunt, veluti adversus eum, «qui in ius vocatus neque venierit neque vindicem dederit», item contra eum, «qui vi exemerit eum qui in ius vocatur»* (*rell.*). — Il *vindex* seguiva l'attore *in ius* allo scopo di ottenere dal magistrato la fissazione del «*dies exhibitionis*»: se in tal giorno il convenuto non si presentava, il *vindex* rispondeva verso l'attore nel «*quanti ea res erit*», sulle basi di un'*actio in factum*. Sull'istituto cfr. l'indagine, non ancora superata, dello Schlossmann, *Der «vindex» bei der «in ius vocatio»*, in *ZSS.* 24 (1903) 279 ss., e «*Praes*», «*vas*», «*vindex*», in *ZSS.* 26 (1905) 285 ss.; seppure sotto altra prospettiva, Broggini, «*Vindex*» *und* «*iudex*» cit., ivi bibliografia, a cui *adde* Fernandez Barreiro, *Autorización pretoria para la «in ius vocatio»*, in *T.* 37 (1971) 261 ss. — La *in ius vocatio* era preceduta (a titolo di giustificazione) dall'*editio actionis* stragiudiziale (Ulp. D. 2.13.1 pr.: *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet* [*rell.*]): il che si faceva o consegnando al convenuto il testo scritto dell'azione prescelta, oppure facendogliene prendere appunto (*copiam describendi facere*), o anche indicandogli la *formula* nell'albo del magistrato (ancora Ulp. D. 2.13.1 pr.). La necessità di questa *editio actionis* e la sua anteriorità rispetto alla *in ius vocatio* erano tali, a nostro avviso, solo sul piano logico: non vi era una clausola edittale che disponesse alcunché in proposito, ma era implicito che un soggetto non potesse arbi-

che creava un obbligo del *vocatus* a seguire l'attore *in ius* e che giustificava, ormai astrattamente, il costringimento fisico del *vocatus* in caso di recalcitranza. Sin da questo momento l'attore doveva sommariamente preannunciare l'azione che si proponeva di far valere *in iure*. In pratica, il *vocatus* che volesse differire la comparizione poteva produrre un solvibile « *vindex* » a garanzia della stessa. Se non dava il *vindex*, né si piegava a seguire l'attore *in ius*, il convenuto si esponeva all'esercizio di un'azione penale *in factum* nei suoi confronti. Se, infine, il convenuto non obbediva nemmeno alla *in ius vocatio* per l'azione penale, l'attore poteva ottenere dal magistrato la *missio in bona* a suo danno, esponendolo al rischio di una rovinosa *bonorum venditio*.

19.3.2. Avvenuta la comparizione del convenuto *in iure*, poteva darsi che alla *litiscontestatio* non si riuscisse a pervenire in una sola

---

trariamente *in ius vocare* un altro soggetto e dovesse perciò « motivare » questa sua iniziativa. In tema, da ultimo: Lemosse, « *Editio actionis* » *et procédure formulaire*, in *Labeo* 21 (1975) 45 ss. — Sulla *missio in bona* di chi « *fraudationis causa latitat* » v. *infra* nt. 20.5.1.

19.3.2. Il tema del *vadimonium* è reso assai aspro dalla scarsezza di fonti in proposito e, sopra tutto, dalla alterazione delle fonti giustinianee, in cui alla menzione del *vadimonium* è stata sostituita quella della « *cautio iudicio sisti* » (v. D. 2.8-11, e cfr. Aru, sv. « *Vadimonium* », in *NNDI.*). Si può far capo a Gai 4.183-186 e alle *Tabulae Herculanenses*. Ricostruzione approssimativa degli editti in Lenel, *EP.*[3] § 6 e 17-24. Per la dottrina cfr.: Fliniaux, *Le* « *vadimonium* » (t. 1908); Steinwenter, sv. « *Vadimonium* », in *PW.*; Arangio-Ruiz, *Il processo di Giusta* (1948), ora in *Scr. epigr. e pap.* (1974) 327 ss., e cfr. anche 375 ss.; Ferrari, *I* « *vadimonia* » *nel processo di Giusta*, in *Labeo* 4 (1958) 172 ss.; Coudert, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui* (1957) 161 ss.; Tomulescu, *Das aussergerichtliche* « *vadimonium* » *in den in Herculanum gefundenen Wachstafeln*, in *RIDA.* 17 (1970) 319 ss. — *Vadimonium facere* era, probabilmente, una intimazione dell'attore al convenuto affinché si ripresentasse ad una certa udienza: intimazione tuttavia contestualmente accompagnata dalla richiesta di promettere una « *summa vadimonii* » per l'ipotesi di « *vadimonium desertum* » (es.: « *vadimonium tibi facio in diem x locum y horam z. Si non steteris, sestertiorum mille dari spondes?* »). Il convenuto, rispondendo « *spondeo* » all'attore, non solo prendeva atto della nuova udienza, ma assumeva un impegno specifico di responsabilità. Ovviamente l'attore poteva anche accontentarsi della semplice intimazione, senza *sponsio* relativa alla *summa vadimonii*, contando sul fatto che, ove il convenuto non si fosse ripresentato *in ius* alla data stabilita, il magistrato giusdicente (sempre che si trattasse di magistrato *cum imperio*) avrebbe pronunciato la *missio in bona* contro il convenuto *indefensus*; ma Gai 4.184 (« *vadimonium ei* [cioè al convenuto] *faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti* ») fa intendere che, nell'uso corrente dell'età classica, il *vadimonium* era sempre integrato dalla *sponsio*, anche se a rigor di logica era distinto da essa. Questo è dunque il senso di « *vadimonium purum* » in Gai 4.185, da cui risulta altresì che in taluni casi la semplice *sponsio* del convenuto era giudicata insufficiente, sì che al convenuto si richiedeva dall'attore (e si imponeva dal magistrato) la « *satisdatio* », cioè la promessa garantita da terzi (« *vadimonium cum satisdatione* »), oppure un « *iusiurandum* » confirmatorio (« *vadimonium iureiurando* »), oppure (a quanto par di capire) una immediata *litiscontestatio* su un *iudicium* inteso a devolvere ad un collegio di *recuperatores* la valutazione delle giustificazioni che avrebbe potuto addurre il convenuto in relazione alla sua mancata ricomparizione (es.: perché « *valetudine tempestate vi fluminis prohibitus* », cfr. Ulp. D. 2.11.2.4-8 e D. 22.3.19.1) (« *vadimonium recuperatoribus supositis* »). Il rifiuto di aderire

udienza e che occorresse perciò un differimento. In tal caso l'attore diffidava il convenuto a comparire alla nuova udienza (« *vadimonium* ») e il convenuto doveva di regola prestargli, in cospetto del magistrato, una solenne promessa *ex stipulatu* di pagare una congrua « *summa vadimonii* ». La promessa del convenuto poteva anche essere pura e semplice (« *vadimonium purum* »), ove l'attore se ne accontentasse, ma il più delle volte doveva essere integrata da ulteriori garanzie. Se il convenuto non era in grado o si rifiutava di prestare il *vadimonium* richiesto, sembra che il magistrato lo considerasse « *indefensus* » e pronunciasse quindi, a suo carico e a favore dell'attore, la *missio in bona*.

19.3.3. Di fronte al convenuto comparso effettivamente *in iure* l'attore procedeva alla formale « *editio actionis* », cioè ad una indica-

---

al *vadimonium*, nelle modalità stabilite dal magistrato, implicava, in quanto dimostrazione di *indefensio*, la *missio in bona* immediata. — Uno speciale tipo di *vadimonium* era il *vadimonium Romam* (*faciendum*), intimato davanti ad un magistrato municipale ad un convenuto per questioni che dovessero essere trattate nel tribunale del *praetor* a Roma: v. Gai. D. 2.11.1. Dato che il magistrato municipale era sfornito di *imperium*, la sanzione della *missio in bona* non era possibile. Contro il convenuto che si sottraesse alla *sponsio* il pretore concedeva un'*actio poenalis*: Lenel, *EP*.[3] § 6. — La *summa vadimonii* era fissata dall'Editto nella metà del valore della controversia, ma di regola entro i limiti dei 100.000 sesterzi: la *summa* era pari al valore della controversia solo nelle ipotesi dell'*actio iudicati* e dell'*actio depensi*. — Il sistema della *sponsio vadimonii causa* poteva anche essere adottato stragiudizialmente, sull'accordo delle parti, per la prima comparizione del convenuto, evitando l'intervento del *vindex*. Il convenuto cioè prometteva *ex stipulatu* all'attore (eventualmente con intervento di garanti o con l'integrazione di un giuramento) di pagargli una *summa vadimonii* nell'ipotesi che non si fosse presentato *in ius* il giorno stabilito. Anche per tale ipotesi si parlava nel linguaggio comune, con ovvia possibilità di confusioni, di « *vadimonium* »: cfr., ad esempio, Cic. *pro Quinct.* 5.22, 6.23; *pro Tull.* 8.20.

19.3.3. *Editio* e *postulatio actionis* nel procedimento *in iure* vengono solitamente presentate come due attività distinte dell'attore: la prima rivolta al convenuto, la seconda rivolta al magistrato giusdicente. In astratto è vero, ma in concreto non era così. In concreto il procedimento *in iure* si svolgeva, tra le parti e il magistrato, senza vincoli di forma, in una unità di discussione (sino al momento della *litiscontestatio*) che sarebbe arbitrario voler rompere. L'*edere* e il *postulare actionem* avevano rilevanza giuridica distinta solo a fini limitati: il primo, in quanto era un onere cui l'attore doveva sobbarcarsi (per « motivare » la *in ius vocatio*) già prima della fase *in iure* e (almeno allora) solo nei confronti del convenuto; il secondo, in quanto il pretore vietava o limitava la *postulatio* di certi soggetti davanti al suo *tribunal*. Sempre in concreto, spesso l'attore non aveva una precisa *actio* da *edere* al convenuto, per l'ottima ragione che il suo caso non era previsto dall'editto: al convenuto e al magistrato egli si presentava in tali ipotesi per esporre loro la propria pretesa ed eventualmente per sottoporre ad entrambi uno schema di *iudicium* di nuovo conio preparato in precedenza da lui solo o con l'aiuto di qualche giureconsulto. Cfr., per temi generali connessi: Provera, *Il principio del contraddittorio* cit.; Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 2 voll. (1973) — La *denegatio actionis* non era un provvedimento vincolato, ma un provvedimento discrezionale del magistrato giusdicente, e il più delle volte non consisteva in un esplicito *decretum*, ma si riassumeva in un atteggiamento omissivo di renitenza (socialmente deprecabile

zione puntuale della propria pretesa, designando eventualmente (se era esposta nell'albo) la *formula* edittale *ad hoc*, e invocando, in ogni caso, il magistrato affinché concedesse un apposito *iudicium* a tre (attore, convenuto, magistrato). 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 sicuramente respinta dall'*iudex*. Sulla base di questa discussione e (indipendentemente dai *petita partium*) sulla base dei suoi propri e discrezionali rilievi, il magistrato giusdicente decideva: anzitutto, se l'azione fosse da « *denegare* » perché improcedibile; subordinatamente, se l'azione, pur essendo procedibile, fosse da « *denegare* » perché manifestamente infondata o iniqua; subordinatamente ancora, in quali termini l'azione, essendo procedibile e non manifestamente infondata, fosse da trasfondere in un « *iudicium* ». Cause di « improcedibilità » dell'azione (cioè di inammissibilità del processo per ragioni formali) 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 manifesta incapacità di agire delle parti processuali (per mancanza dei requisiti richiesti alla loro veste processuale o delle garanzie occorrenti); la inabilità delle parti processuali alla *postulatio* giudiziaria nel proprio interesse o *pro aliis*. Le cause di « manifesta infondatezza o iniquità » dipendevano completamente dalla valutazione discrezionale del magistrato.

19.3.4. In talune ipotesi l'editto permetteva all'attore di procedere ad una « *interrogatio in iure* » del convenuto, allo scopo di accer-

---

se ingiusto, ma giuridicamente mai perseguibile). Il magistrato, dunque, poteva *denegare* anche un'azione pienamente procedibile, oppure revocare la precedente *denegatio* (di un'azione procedibile o improcedibile), oppure avviare a *litiscontestatio* un'azione improcedibile, o infine *denegare* un'azione non solo procedibile ma anche manifestamente fondata. Cfr., da ultimo: Metro, *La « denegatio actionis »* (1973) e *« Denegare petitionem, denegare persecutionem fideicommissi »*, in *BIDR*. 75 (1972) 133 ss. — Sulle cause di improcedibilità dell'azione: per tutti, Kaser, *RZPR*. 179 ss.

19.3.4. Sull'*interrogatio in iure* v. D. 11.1 (*De interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus*), che è titolo di confezione giustinianea. In dottrina: Sanfilippo, *« Interrogatio in iure »*, in *Scr. Jovene* (1955) 631 ss.; Di Paola, sv. *« Interrogatio in iure »*, in *NNDI*., con bibliografia, a cui *adde*: Medicus, *Zur Funktion der « interrogatio in iure »*, in *St. Volterra* 1 (1971) 439 ss.; Piccirillo, *In tema di « interrogatio in iure »*, in *Labeo* 17 (1971) 303 ss. — Le principali ipotesi previste dall'editto furono: *a*) l'*interrogatio « an heres sit vel quota ex parte »* (Lenel, *EP*.[3] § 53), che serviva all'attore per evitare il processo contro una persona non legittimata o, nella seconda ipotesi (*« quota ex parte heres sit »*), per evitare di incorrere nella *pluris petitio* (v. tuttavia Sanfilippo, cit. 638 ss., che pensa ad una interrogazione unica sulle due posizioni). Il *iudicium* concesso in base alla risposta affermativa, o alla mancata o reticente risposta (cd. *« actio interrogatoria »* dei giustinianei), era formulato come *actio ficticia*, cioè dava per scontata la legittimazione del convenuto (es.:

tare prima della *litiscontestatio* se si trattasse del titolare dell'obbligo, quindi allo scopo di evitare di insistere nella lite ove risultasse in modo convincente che non si trattava del cd. « legittimato passivo » (per esempio: « *interrogatio an reus heres sit* », intesa a stabilire se il convenuto fosse l'erede del debitore originario). La risposta affermativa o la risposta mancata o reticente confortavano l'attore a proseguire nel processo, mentre la risposta negativa (che poteva essere non veritiera) lo poneva al bivio tra il rinunciare all'azione processuale o l'insistervi, provando che il convenuto aveva dichiarato il falso.

19.3.5. Affinché il procedimento *in iure* pervenisse alla *litiscontestatio* non era sufficiente la comparizione del convenuto, ma occorreva che quest'ultimo cooperasse attivamente con l'attore e il magistrato: sia prestando le *cautiones* processuali richiestegli e sia, soprattutto, manifestando il suo consenso in ordine al *iudicium*. La cd. « *indefensio* » non giustificava un processo in contumacia del convenuto, ma implicava che il procedimento *in iure* restasse in sospeso. Per costrin-

---

« *si N. Negidius L. Titio heres ex asse esset, tum si N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia dare oporteret, iudex rell.* ») *b)* l'*interrogatio* « *an servus in eius potestate sit* » o « *an servus eius sit* » (Lenel, *EP.*[3] § 58), che serviva all'attore per identificare il legittimato passivo ad una *actio noxalis* e che serviva a quest'ultimo per l'eventuale, immediata « *noxae datio* » del *servus* (cfr. D. 11.1.5).

19.3.5. Sui complessi problemi della cd. *indefensio* (meglio: del *reus* che « *rem non defendit* » o che « *se non defendit* »): Kaser, *RZPR*, 204 ss., con bibliografia (da ultimo, Provera, *Il principio del contraddittorio* cit.). Illuminante, entro certi limiti, la *lex Rubria de Gallia cisalpina* (*FIRA*, 1.169 ss.). — Mancano elementi sicuri per ricostruire il trattamento dell'*indefensio* nel sistema delle *legis actiones*, ma è presumibile, a nostro avviso, che in quel sistema il « *non defendere* » implicasse la perdita della lite per implicito riconoscimento del buon diritto dell'attore (cfr. Prob. 4.3: « *quando neque ais neque negas* » che è però parte iniziale di una formula di cui non si conosce il seguito). Nel sistema procedurale *per formulas* le cose andarono molto diversamente, salvo che per pochi residui del sistema anteriore, a causa del fatto che l'inerzia del convenuto non era sufficiente a legittimare la stesura del *iudicium*. — Nell'ipotesi di un processo generato da un'*actio in rem* bisognava distinguere tra processo relativo a cose immobili e processo relativo a cose mobili. Trattandosi di immobili o di complessi patrimoniali o di diritto *in re aliena*, il magistrato, constatata l'inerzia del convenuto (« *qui rem non defendit* »), concedeva all'attore un *interdictum* (« *quem fundum* », o « *quem usumfructum* », o « *quam hereditatem* » ecc.) e apriva così il varco ad un procedimento interdittale (*infra* n. 20.2). Trattandosi di *res mobiles* non presenti *in iure*, il magistrato concedeva all'attore un'*actio ad exhibendum* e apriva così il varco ad un processo da *actio in personam*. Trattandosi di *res mobiles* che il convenuto avesse portato *in iure*, il magistrato autorizzava l'attore ad impossessarsene (« *duci vel ferri iubere* »), restando salva la possibilità al convenuto di esercitare in seguito la *rei vindicatio* (sobbarcandosi all'onere della prova del suo *dominium*). — Nell'ipotesi di un processo generato da un'*actio in personam*, il magistrato, constatata l'inerzia del convenuto (« *qui se non defendit* »), aveva la possibilità di autorizzare la carcerazione provvisoria dello stesso ad opera dell'attore (« *duci iubere* ») oppure di concedere (quando si trattasse di magistrato *cum imperio*) la « *missio in bona* ». In questo secondo caso, se il convenuto non si decideva a « *se defendere* » prima della *proscriptio bonorum*, si apriva il rovinoso concorso dei creditori sui suoi beni (*infra* n. 20.6).

gere indirettamente il convenuto a *litem contestare* (oppure ad effettuare la *confessio in iure*, di cui parleremo) furono escogitati vari sistemi, che confluivano, in ultima analisi, nella solita *missio in bona* a carico dell'*indefensus*. Il convenuto aveva tutto l'interesse a *litem contestare* piuttosto che correre il rischio di una procedura concorsuale sul suo patrimonio.

19.4. La *litis contestatio* (vecchia terminologia per un concetto del tutto nuovo) era il « momento » processuale in cui, rag-

---

19.4. In ordine alla *litis contestatio*, un punto di riferimento dal quale gli studiosi del processo non possono oggi prescindere è la tesi del Wlassak, che configura la *litis contestatio* come accordo delle parti. A tale risultato egli giunse in reazione al Keller, *Litiskontestation und Urtheil* (1827), e *Römischer Civilprozess* cit. 297 ss., che considerava l'istituto nell'epoca formulare secondo due aspetti: come un ideale momento conclusivo della fase *in iure* e come atto complessivo di tutto il procedimento. Con numerose argomentazioni, il Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Fs. Windscheid* (1889) 69 ss., sostenne, invece, che la *litis contestatio*, a differenza della *datio iudicii*, compiuta esclusivamente dal magistrato, era un atto delle parti e consisteva in un accordo fra attore e convenuto sull'adozione di una determinata formula (cfr. anche: Wlassak, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer* [1917] 6, 45 ss., 175, e *Anklage und Streitbefestigung, Abwehr gegen Philip Lotmar* [1929] 9 ss., 16 ss.). In adesione: da ultimo, Pugliese, *Processo formulare* cit. 2.246 ss. *Contra*: spec. Schlossmann, « *Litis contestatio* » (1905). Un tentativo di mediazione fra la tesi del Keller e quella del Wlassak è in Carrelli, *La genesi* cit. 80 ss., 115 ss., che riprende un accenno non dissimile dell'Arangio-Ruiz. Sull'argomento, cfr. ancora: Bonifacio, *Appunti sulla natura della « litis contestatio » nel processo formulare*, in *St. Albertario* 1 (1952) 63 ss., « *Translatio iudicii* » cit. 27 ss., sv. « *Litis contestatio* », in *NNDI.*, e ancora *Riflessioni su Gai 4.108*, in *St. Volterra* 4 (1971) 401 ss.; Biscardi, *La « litis contestatio » nell'« ordo iudiciorum »* (1953), *Esquisse d'une histoire critique de la « litis contestatio »*, in *RH.* 33 (1955) 1 ss., e ancora, oltre a varie *rcc.*, *Lezioni* (1968) cit. con vasta e limpida panoramica; Jahr, « *Litis contestatio* » (1960) con trattazione accurata ma non convincente; Bellocci, *La genesi della « litiscontestatio » nel processo formulare* (1965), e « *Dictare actionem* » *e* « *iudicium dictare* », in *Labeo* 18 (1972) 333 ss.; Wolf (J.G.), *Die « litiscontestatio » im römischen Zivilprozess* (1968); Kaser, *Zum Formproblem der « litiscontestatio »*, in *ZSS.* 84 (1967) 1 ss., e *Nuovi studi sul processo civile romano*, in *Labeo* 15 (1969) 190 ss.; per la nostra opinione, oltre alla recensione in *SDHI.* 15 (1949) 231 ss., cfr. « *Solutio societatis* », in *Labeo* 14 (1968) 161 ss. — Ad evitare le liti temerarie, cioè intraprese con leggerezza o per spirito di litigiosità tanto dall'attore quanto dal convenuto (« *temeritas tam agentium quam eorum cum quibus ageretur* »), erano previste varie misure, in ordine alle quali cfr. Gai 4.171-182. Innanzi tutto, vi erano azioni (come quelle *iudicati, depensi, damni iniuriae, legatorum ex damnatione*) in cui il convenuto « *infitians* » era esposto alla condanna *in duplum*. In secondo luogo, vi erano azioni (come l'*actio certae creditae pecuniae* o l'*actio de pecunia constituta*) in cui era permesso alle parti di farsi delle reciproche *sponsiones* di pagare in più un *quid* (per esempio, un terzo) nell'ipotesi di esito sfavorevole alla propria tesi. In terzo luogo, il magistrato poteva autorizzare la richiesta del « *iusiurandum calumniae* », cioè del giuramento di pagare un *quid* nell'ipotesi di esito sfavorevole per accertata temerarietà della parte nella difesa della propria tesi: *iusiurandum* « *non calumniae causa infitias ire* » del convenuto, *iusiurandum* « *non calumniae causa agere* » dell'attore. In quarto luogo, il convenuto era ammesso a promuovere contro l'attore un « *iudicium calumniae decimae partis* », inteso ad ottenere la condanna di lui ad un decimo della *condemnatio* richiesta nell'ipotesi di assoluzione del convenuto e di accertata sua temerarietà. Infine il convenuto poteva, in certi processi particolarmente delicati (per esempio, in

giunto l'accordo a tre circa la formulazione del *iudicium*, il magistrato giusdicente effettuava la « *iudicis datio* » e, alla sua presenza, l'attore proclamava i termini definitivi del *iudicium* al convenuto e il convenuto assentiva: il che si riassumeva con le parole « *dictare et accipere iudicium* ». Di solito, si procedeva anche ad una documentazione (« *testatio* ») scritta, per informare meglio circa i termini del *iudicium* il giudicante. Concettualmente indipendente dalla *litiscontestatio*, sebbene il più delle volte contestuale e implicito in essa, era, come abbiamo detto, il « *iussum iudicandi* » rivolto dal magistrato al giudice.

19.4.1. Effetto della *litiscontestatio* era la « *res in iudicium deducta* » (cd. « *res iudicanda* »), vale a dire la fissazione (irretrattabile

---

quelli da *actio iniuriarum*), promuovere contro l'attore un « *iudicium contrarium decimae* (o *quintae*) *partis* » per ottenerne la condanna in ogni caso (anche se la lite non risultasse temeraria) nell'ipotesi di propria assoluzione. Su questi argomenti, da ultimi: Bonini, *Il titolo « de poena temere litigantium » (4.16) delle Istituzioni giustinianee*, in *AG.* 176 (1969) 27 ss., con interessanti notazioni sulle modifiche postclassiche e giustinianee; Brutti, *La problematica del dolo* cit. *passim*.

19.4.1. Sugli effetti della *litiscontestatio* v. *infra* n. 19.8. — Ai giureconsulti romani l'obbligazione delle parti a subire la *sententia* (« *litiscontestatione teneri* ») era particolarmente chiara in ordine alle *actiones in personam* relative ad *obligationes iure civili*, che fossero fatte valere mediante un *iudicium legitimum*: si riteneva infatti sin dall'età preclassica che la *litiscontestatio* fosse causa di estinzione delle *obligationes* preesistenti e di novazione delle stesse in un « *condemnari oportere* » (cfr. Gai 3.180: *Tollitur autem obligatio litiscontestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litiscontestatione ... et hoc < est > quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere* [*rell.*]). È da ritenere peraltro che questa visuale specifica (riferita da Gaio solo all'*obligatus*) si inquadrasse in una visuale più ampia, anche se molto più approssimativa, per cui la *litiscontestatio* « *consumava* » (« *consumere* », dicono le fonti) i rapporti preesistenti (taluni estinguendoli *ipso iure*, talaltri esponendoli ad una *exceptio*) e creava in loro vece le due contrapposte obbligazioni delle parti in ordine alla *condemnatio-absolutio*. — Corollario della fissazione dei rapporti controversi nel merito del *iudicium* erano la irretrattabilità e la immodificabilità del *iudicium*, il quale rimaneva e doveva rimanere fissato fino alla *sententia iudicis*: nelle *personae*, nel *petitum* e nella *causa petendi*. In particolare, quanto alle *personae*, la *sententia* doveva essere, di regola, pronunciata tra le parti indicate nel *iudicium* anche se la *res* oggetto di controversia fosse stata frattanto trasferita ad altri (per esempio, il convenuto della *rei vindicatio* subiva la condanna anche se nel frattempo aveva perduto il possesso della cosa rivendicata dall'attore). Sulla problematica connessa alle alienazioni di *res litigiosae* in corso di processo: De Marini Avonzo, *I limiti alla disponibilità della « res litigiosa » nel diritto romano* (1967), con bibliografia. La « *alienatio iudici mutandi causa facta* » (cfr. Lenel, *EP.*[3] § 46, in relazione a D. 4.7, Cl. 2.54 [55]) era forse trattata in modo diverso dall'editto pretorio e dagli editti provinciali: la unificazione del regolamento relativo fu operata in età tardo-classica o postclassica. — La *translatio iudicii*, implicante la sostituzione di una delle parti del *iudicium* con un altro soggetto, era ammessa solo nei confronti del successore universale (del morto o del *capite minutus*), del *cognitor* che subentrasse alla parte o ad un altro *cognitor*, del *paterfamilias* che subentrasse al *filius familias* inizialmente convenuto e in pochi altri casi (non tutti di sicura classicità). Si trattava di un procedimento cui dovevano prendere parte l'attore (come richiedente), il convenuto e il magistrato giusdicente, il quale ultimo lo concludeva con un *decretum*. Sul tema: Bo-

e immodificabile) della materia del contendere nei termini indicati dal merito del *iudicium*. Le parti erano quindi reciprocamente obbligate a subire le conseguenze della *sententia* del giudicante: l'eventuale *condemnatio* il convenuto, l'eventuale *absolutio* di quest'ultimo l'attore.

19.4.2. Effetto del *iussum iudicandi* era l'investitura del giudicante nella potestà di condannare o di assolvere il convenuto entro il termine finale (peraltro, prorogabile con nuovo *iussum iudicandi*) di 18 mesi dalla *litiscontestatio* per i *iudicia legitima* o dell'anno magistratuale per i *iudicia imperio continentia*. L'esercizio di questa potestà era però subordinato alla concreta iniziativa di una delle parti, la quale doveva cioè concretamente sottoporre il *iudicium* (e per esso la *testatio* relativa) al giudicante nominato dal magistrato.

19.5. In certe ipotesi eccezionali il procedimento *in iure* si concludeva (almeno parzialmente) con una decisione senza *litis contestatio* (e senza necessità del successivo procedimento *apud iudicem*), i cui effetti erano equiparati a quelli della *sententia iudicis*. Erano le ipotesi della «*confessio in iure*» e del «*iusiurandum in iure*» a carattere decisorio.

19.5.1. La «*confessio in iure*» consisteva nel riconoscimento esplicito, operato personalmente *in iure* dal convenuto, del buon

---

nifacio, «*Translatio iudicii*» cit., con bibliografia. — Procedimento analogo alla *translatio iudicii* era adottato per la *mutatio iudicis*, nell'ipotesi di morte o sopravvenuta incapacità del giudicante originariamente nominato.

19.4.2. Sugli effetti del *iussum iudicandi*, a seconda che si trattasse di *iudicia legitima* o di *iudicia imperio continentia*, v. Gai 4.104-105, riportato *retro* nt. 17.7. — Se il termine per la pronuncia della *sententia iudicis* trascorreva senza che seguisse la pronuncia, si verificava la cd. *mors litis*. Tuttavia non è seriamente pensabile che il processo potesse rimanere privo di una decisione di merito, tanto più che la *litis contestatio* aveva ormai operato la consumazione dei rapporti giuridici dedotti in *iudicium*. Sembra pertanto che l'attore potesse chiedere al magistrato una conferma del precedente *iudicium* con nuovo «*iussum iudicandi*». Cfr. Bonifacio, *L'estinzione del giudizio per «mors litis»*, in *AG*. 142 (1952), 51 ss., con bibliografia sulla dibattuta questione.

19.5. La decisione senza *litis contestatio* non si verificava nel caso dell'«*indefensus*» (*retro* n. 19.3.5) perché le soluzioni adottate inizialmente avevano carattere provvisorio e la «*proscriptio et venditio bonorum*», cui da ultimo eventualmente si arrivava, aveva carattere eccezionale e derivava da un provvedimento «*magis imperii quam iurisdictionis*». — Sulla equiparazione alla *res iudicata* della «*confessio in iure*» e del «*iusiurandum in iure*», cfr. Ulp. D. 42.1.56: *post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quaeritur*.

19.5.1. Sulla *confessio in iure* v. D. 42.2 (*De confessis*), CI. 7.59. In dottrina cfr.: Di Paola, «*Confessio in iure*» 1 (1952) e sv. *Confessione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, con bibliografia, a cui *adde* Scapini, *La confessione nel diritto romano* 1 (1973). — *Gli effetti della confessio in iure* sono molto controversi. La necessità della *condemnatio pecuniaria* faceva sì che si potesse passare all'azione

fondamento della pretesa dell'attore, quindi della esistenza dell'azione sostanziale vantata da quest'ultimo. Si usava dire a questo proposito che « *confessus pro iudicato est* », e ciò stava a significare due cose: che la *confessio* faceva stato tra le parti alla stessa guisa di una *sententia iudicis*; e che la *confessio* correlativa ad un'azione intesa ad ottenere una « *certa pecunia* » valeva come *sententia* di condanna a quella somma e dava adito all'esecuzione forzata. Se l'azione era intesa all'ottenimento di un *certum* da tradursi in danaro oppure di un *incertum*, era necessario, pur essendo intervenuta la *confessio*, procedere alla *litiscontestatio*, ma solo affinché il giudicante procedesse alla determinazione della *summa condemnationis*.

19.5.2. Il « *iusiurandum in iure* » era il giuramento sul buon fondamento delle proprie ragioni che una parte (convenuto o attore)

---

esecutiva solo allorché la *confessio* puntualizzasse la *certa pecunia* dovuta (il che peraltro non accadeva, secondo noi, soltanto quando l'azione fosse rivolta alla *certa pecunia*, ma anche negli altri casi, se ed in quanto il *confessus* riconoscesse oltre l'« *an debeatur* » anche il « *quantum debeatur* » con piena soddisfazione dell'attore): negli altri casi, dunque, la *litiscontestatio* per l'accertamento del *quantum debeatur* era necessaria. Non persuade invece la tesi che anche per il « *confessus certae pecuniae* » fosse necessario il processo di accertamento: la *lex Rubria* equipara il *confessus certae pecuniae* al « *damnatus* » e non convince, anche se è rigorosamente logico, che si tratti di una norma speciale che innova, limitatamente alla Gallia cisalpina, rispetto ad un regolamento precedente in cui « *iudicatus* » non equivaleva a « *condemnatus* ». A nostro avviso, la considerazione prevalente deve essere che la *confessio* era un riconoscimento esplicito, ma non solenne, che equivaleva in buona sostanza alla eliminazione totale o parziale dell'interesse dell'attore a fare il processo: se il processo di accertamento fosse seguito in ogni caso, non vi sarebbe stato motivo di isolare la *confessio in iure* e di qualificarla come istituto a se stante, distinguendola dalla *confessio apud iudicem*. È per gli stessi motivi che riteniamo che il contenuto della *confessio* non potesse però essere posto in discussione, salvo che il *confessus* dimostrasse di aver proceduto al riconoscimento del diritto dell'attore per errore (cfr. Ulp. D. 42.2.2).

19.5.2. Sul cd. *iusiurandum in iure* (la specificazione « *in iure* » non appare nelle fonti) v. D. 12.2 (*De iurciurando sive voluntario, sive necessario, sive iudiciali*), CI. 4.1. In dottrina cfr. Amirante, *Il giuramento prestato prima della « litiscontestatio » nelle « legis actiones » e nelle « formulae »* (1954), con bibliografia, a cui *adde*: Stiegler, *Marcell. D. 37.10.10 und die Drittwirkung des Eides*, in *ZSS.* 85 (1968) 394 ss.; Sturm, *Der Eid im Dienst von Abtretung und Schuldübernahme*, in *St. Scherillo* 2 (1972) 515 ss. — Le conseguenze del *iusiurandum datum* dal convenuto erano fissate dall'editto pretorio (cfr. Ulp. D. 12.2.3 pr.): « *Si is cum quo agetur condicione delata iuraverit, eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo* ». A parte la *denegatio actionis*, l'editto prevedeva una « *exceptio iurisiurandi* » che il convenuto avrebbe potuto opporre all'attore se avesse rinnovato in seguito la chiamata in giudizio (cfr. Ulp. D. 12.2.9 pr.). — Da Ulp. D. 12.2.9 pr. risulta che le conseguenze del *iusiurandum datum* dall'attore consistevano in un'*actio in factum* intesa ad accertare che il giuramento era stato da lui prestato. — I casi di cd. *iusiurandum necessarium* del convenuto erano previsti nell'editto « *eum a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam* » (cfr. Ulp. D. 12.2.34.6) ed erano limitati all'*actio certae creditae pecuniae*, alla *condictio certae rei* e a poche altre azioni. Il convenuto poteva però *referre* il *iusiurandum* all'attore. La distinzione tra

era invitata a compiere dall'altra parte (« *iusiurandum deferre* »). Se il destinatario della *delatio* giurava (« *iusiurandum dare* »), le sue ragioni erano poste fuori discussione, con tutte le conseguenze del caso. Se il destinatario si rifiutava di giurare, si procedeva alla normale *litiscontestatio*, salvo in taluni casi di cd. « *iusiurandum necessarium* », in cui il magistrato appoggiava con la sua autorità la *delatio iurisiurandi* al convenuto e trattava quindi quest'ultimo come *indefensus*. Ma il destinatario dell'invito (attore o convenuto che fosse) poteva rovesciare la situazione, invitando a sua volta la controparte a giurare il contrario (« *iusiurandum referre* ») e facendo quindi dipendere dal suo comportamento la decisione della controversia.

19.6. Il procedimento *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 ovvî motivi, l'attore) si presentavano al *iudex privatus* (o ai *recuperatores*), chiedendogli che, in forza del *iussum iudicandi* e sulla base del *iudicium* concretato *in iure*, svolgesse nei termini stabiliti la sua attività di giudizio. Se una delle parti non si costituiva, il *iudex* esercitava egualmente la sua funzione, fondandosi sulle allegazioni dell'altra parte e giungendo quindi spesso (ma non necessariamente) a concludere in favore di costei: l'impossibilità di giudicare derivava solo dall'assenza iniziale dell'una e dell'altra parte. Ma è ovvio che le parti, una volta addivenute alla *litiscontestatio*, avevano tutto l'interesse a presenziare alle udienze del *iudex*, facendosi eventualmente sostituire da efficaci *patroni, advocati, oratores*, in modo da influire, con l'aiuto delle prove addotte, sulla formazione del convincimento del giudicante.

19.6.1. Il procedimento si svolgeva, spesso in molteplici udienze, con trattazione orale, ma era uso documentarlo in iscritto. La dire-

---

« *iusiurandum voluntarium* » e « *iusiurandum necessarium* » fu coniata in età postclassica.

19.6. Sul procedimento *apud iudicem* cfr. Kaser, *RZPR*, 268 ss., con bibliografia. — Iust. CI. 3.1.14 pr. fa pensare che il giudicante fosse tenuto a dare inizio alle sue funzioni con un giuramento (*antiquos iudices ... sacramentum praestitissent omnimodo sese cum veritate et legum observatione iudicium esse dispositurosi*), ma la notizia non è plausibile.

19.6.1. Sull'istruzione probatoria nella fase *apud iudicem* cfr.: Lemosse, « *Cognitio* », *Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique* (1944) 127 ss. (ivi bibliografia meno recente); Longo, « *Onus probandi* », in *AG*. 149 (1955) 61 ss., *Nuovi contributi in tema di* « *onus probandi* », in *Iura* 8 (1957) 43 ss., e *L'onere della prova nel processo civile romano*, in *Iura* 11 (1960) 149 ss.; Pugliese,

zione spettava al *iudex*, il quale: da un lato, era tenuto a lasciar parlare le parti ed a permettere loro di produrre le prove che ritenessero opportune; dall'altro, era libero di disciplinare la durata degli interventi e l'ordine delle produzioni, ed era altresì autorizzato a procedere, se lo ritenesse opportuno, a un « interrogatorio libero » di uno o di ambedue i contendenti, per ottenerne chiarimenti e delucidazioni. Non era libero invece il giudice di basare la *sententia* su indagini svolte da lui stesso o per sua iniziativa («*inquisitiones* »), ché anzi egli era strettamente tenuto a giudicare « *iuxta alligata et probata* ». 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* »): quindi all'attore in ordine alle affermazioni contenute nell'*intentio* o nella *replicatio*, al convenuto in ordine alle affermazioni contenute nell'*exceptio* o nella *duplicatio*.

19.6.2. Mezzi di prova (« *probationes* »), o comunque di convincimento del giudicante (« *argumenta* »), potevano essere: i documenti,

---

L'onere della prova nel processo « per formulas », in *RIDA*. 3.3 (1956) 349 ss., *Regole e direttive sull'onere della prova nel processo romano « per formulas »*, in *Scr. Calamandrei* 3 (1958) 579 ss., e *Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano « per formulas »*, in *St. De Francesco* 1 (1957) 533 ss.; Brasiello, sv. *Istruzione del processo* (*dir. rom.*), in *ED.* — Circa il problema dell'onere della prova, va precisato che il famoso brocardo « *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* » è stato tratto da Paul. D. 22.3.2, dove però la frase non riveste significazione generale. Secondo alcuni studiosi il diritto preclassico e classico non furono orientati, quanto al processo formulare, verso una sicura individuazione del principio « *ei incumbit rell.* », che emerse invece per via di interpolazioni solo in età postclassica e con riferimento alle procedure *extra ordinem*: se dunque una parte non riusciva a provare la sua pretesa, il giudice non era tenuto a dare ragione all'altra, ma ben poteva chiedere la prova contraria a quest'ultima. Secondo altri studiosi, invece, il principio fu largamente sentito nei primi tempi delle procedure formulari, quando queste coesistevano con quelle per *legis actiones* (che lo accoglievano, per parte loro, largamente) e fu tradotto dai giuristi classici in un abbozzo abbastanza preciso, per quanto assai elastico nelle applicazioni pratiche. A nostro avviso, non si può negare l'affermazione della regola « *ei incumbit probatio rell.* » nell'ambiente del diritto classico, sebbene si debba subito aggiungere che essa aveva carattere puramente orientativo per il giudicante. In questo senso, v. ora Kaser, *RZPR.* 278 s., il quale giustamente nota che appunto per ciò non ebbero alcuna particolare forza vincolante per il giudice, in età classica, le cd. « *praesumptiones iuris* » (terminologia forse eminentemente postclassica), consistenti nelle deduzioni tratte da certi fatti noti per arguire in ordine a certi fatti ignoti (cfr.: Donatuti, *Le « praesumptiones iuris » in diritto romano*, in *AUPE.* 1931).

19.6.2. Sui mezzi di prova cfr.: Pugliese, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus* 11 (1960) 386 ss.; Feenstra, *La preuve dans la civilisation romaine*, in *Rec. J. Bodin* 16 (1964), ivi anche il testo francese di Pugliese; Lévy Bruhl, *La preuve judiciaire, Étude de sociologie juridique* (1964); Seidl, *Nachträge zu « La preuve dans l'antiquité »*, in *Ét. Macqueron* (1970) 599 ss. — La classificazione delle prove non era materia di studio giuridico, ma di studio retorico: la distinzione più corrente era tra *probationes inartificiales* e *artificiales*. Le « *probationes inartificiales* » (« πίστεις ἀτέχνοι ») erano quelle « *quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur* » (Cic. *de orat.* 2.27.116): « *praeiudicia* » (v. *retro* n. 18.2.2),

le testimonianze (sopra tutto quelle spontanee, che avevano quasi il carattere di interventi a difesa), le consulenze tecniche di esperti, i fatti notori (cioè talmente noti, da non aver bisogno di dimostrazione), le rilevazioni dirette del giudicante. Ancora, erano mezzi di prova (logicamente molto efficaci, ma comunque mai decisivi) le ammissioni delle parti (cd. « *confessio in iudicio* ») e il « *iusiurandum in litem* », proposto (non imposto) all'attore dallo stesso *iudex*, affinché stimasse il valore della cosa controversa (« *lis* ») o del danno sofferto. Dalla valutazione di questo materiale poteva, peraltro, ben darsi che il *iudex* non riuscisse a trarre elementi per una serena decisione a favore dell'attore o del convenuto. In questa ipotesi gli era concesso di rinunciare al compito di emettere la *sententia*, purché giurasse che la soluzione non gli riusciva chiara (« *iurare sibi non liquere* ») In tale ipotesi si sarebbe dovuto chiedere al magistrato di incaricare dell'esame della questione un altro giudice (« *mutatio iudicis* »).

19.7. La *sententia iudicis*, con cui si chiudeva la fase *apud iudicem* del processo, era un atto complesso, costituito: da un

---

« *fama atque rumores* » (fatti notori o largamente risaputi), « *tormenta* » (nei processi criminali, ove era largamente usata, ad esempio, la « *quaestio de servis* »), « *instrumenta vel tabulae* », « *iusiurandum* », « *testimonia humana* » (i quali potevano essere anche raccolti fuori del processo e riportati su documenti prodotti al giudicante: « *testimonia per tabulas* »). Le « *probationes artificiales* » (« πίστεις ἐντέχναι ») costituivano la materia « *quae tota in disputatione et in argumentatione oratoris conlocata est* » (Cic. *eod.*): « *argumenta* » (cfr. Giuliani, *Il concetto classico di prova: la prova come « argumentum »*, in *Rec. J. Bodin* 16 [1964] spec. 16 ss.), « *signa vel indicia* », « *exempla* » e via dicendo. — In particolare, sul *iusiurandum in litem*: Broggini, *Sulle origini del « iusiurandum in litem »*, in *St. Betti* 2 (1962) 117 ss., con bibliografia, a cui *adde*, da ultimo, Schipani, *Zum « iusiurandum in litem » bei den dinglichen Klagen*, in *St. Kaser* (1973) 169 ss. È assai dubbio che fosse conosciuto anche il cd. « *iusiurandum in iudicio* », deferito da una parte all'altra come mezzo di decisione della lite: qualunque giuramento prestato *apud iudicem* costituiva sempre e soltanto argomento per la *sententia* del giudicante. Sul tema: Amirante, *Dubbi e riflessioni in tema di « iusiurandum in iudicio »*, in *St. Betti* 3 (1962) 15 ss., con bibliografia. V. anche *retro* in nt. 19.5.2. — Il *non liquet* del giudice doveva essere dichiarato (e giurato) da questi al magistrato, il quale poteva all'incontro sollecitare il giudice pigro a pronunciarsi mediante la comminazione di una *multa*: cfr. Rabello, « *Non liquet* », in *AG.* 185 (1973) 31 ss.

19.7. Sulla *sententia iudicis* cfr.: Wenger, sv. « *Sententia* » (*Bedeutungen*), in *PW.* e Leonhard, sv. « *Sententia* » (*Zivilprozess*), ivi; Molé, sv. *Sentenza* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, con bibliografia, a cui *adde*, da ultimo, Visky, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, in *RIDA.* 18 (1971) 735 ss. — La terminologia usata dai giuristi romani fu molto varia (sono frequenti anche « *pronuntiatio* » e « *res iudicata* ») e i significati indicati nel testo sono tutt'altro che stabili nelle fonti. Per la distinzione tra « *sententia* » come « elemento logico » e « *iudicatum* » come « elemento volitivo » v. già Betti, *L'antitesi storica tra « iudicare » (« pronuntiatio ») e « damnare » (« condemnatio ») nello svolgimento del processo romano*, in *RISG.* 56 (1915) 1 ss., e, *amplius*, Biondi, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano* (1930), ora in *Scr. giur.* 2 (1966) 368 ss. — I requisiti della pronuncia erano ridotti al minimo. Quando la *cognitio* era affidata ad un collegio di giudici, era

« parere » sulla controversia contestata, che il giudicante emanava *ex informata conscientia* a conclusione della « *cognitio* » da lui effettuata (« *sententia* » in senso stretto); da un conseguente e connesso « provvedimento » di *condemnatio, adiudicatio* o *absolutio*, che il *iudex* emanava in forza dei poteri conferitigli dal magistrato mediante il *iussum iudicandi* (« *iudicatum* » in senso stretto). Il giudicato poteva consistere: in un mero accertamento (nel caso dell'*absolutio* e della decisione dei *praeiudicia*), in un accertamento costitutivo (nel caso dell'*adiudicatio*), in un accertamento con condanna. Se il giudicato si risolveva in una « *condemnatio* », il convenuto diveniva titolare di una « *obligatio iudicati* » da assolvere a favore dell'attore.

19.7.1. La eventuale condanna del convenuto era sempre in una somma di danaro, determinata nel *iudicium* oppure rimessa alla valutazione del giudice (« *condemnatio pecuniaria* »), e mai *in ipsam rem*. Ad essa il convenuto poteva sfuggire (ottenendo perciò l'assoluzione) solo se restituiva preventivamente la cosa di cui avesse spossessato l'attore o adempiva a favore dell'attore la sua obbligazione di cosa determinata (« *satisfactio actori* »). 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 in ogni caso l'assoluzione, se restituisse la cosa o eseguisse la prestazione (e in questo senso si disse « *omnia iudicia absolutoria esse* »).

---

richiesta la presenza di tutti e prevaleva, tra le varie possibili opinioni, quella della maggioranza relativa; in caso di parità di voti, nei processi di libertà prevaleva la decisione *pro libertate*, negli altri processi la decisione favorevole al convenuto o alla condanna del convenuto nella minor somma (cfr. Paul. D. 42.1.36 e 38 pr. e 1). Non era necessaria la motivazione, né erano richieste una forma od una pubblicità particolari (Wesener, sv. « *Prolatio sententiae* », in *PW.*): l'atto consisteva in una pubblica dichiarazione (« *pronuntiatio* ») di « *mihi videtur* » del giudice (o di ciascun giudice) e (salvo che nei *praeiudicia*) in una conseguente *condemnatio, adiudicatio, absolutio* pronunziata dal giudice o dal presidente del collegio. — Le spese della procedura, del resto minime, non erano a carico del soccombente, ma costituivano un onere per ciascuna parte che le avesse fatte nel proprio interesse.

19.7.1. A proposito della pecuniarietà della condanna, v. *retro* nt. 18.4.1. — Sugli effetti della *satisfactio actori* prima della « *pronuntiatio* », v. Gai 4.114: *Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium; et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. < Diversae scholae auctoribus de strictis iudiciis* (oppure: *de condictionibus?*) *contra placuit,> de bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis.* Cfr., sul punto, Kaser, *RZPR.* 226 ss.

19.7.2. La « *sententia iudicis* » poteva essere valida o invalida. Se invalidamente emessa, essa era *nullius momenti* ed era pertanto lecito agire quando si volesse *de eadem re* o rifiutarsi di eseguirla. Se validamente emessa, la sentenza era irretrattabile dal giudicante, inoppugnabile dal soccombente, inevitabile dalla parte che non avesse (o non avesse più) interesse alla sua pronuncia. Particolarmente rigorosa era la regola dell'« inevitabilità », la quale si riferiva: alla parte assente *apud iudicem;* a quella che si fosse accorta di aver omesso di fare iscrivere nel *iudicium* una *exceptio* (o una *replicatio* ecc.) a suo favore (o si fosse accorta di aver prodotto una *exceptio,* o una *replicatio* ecc., intempestiva); nonché all'attore che fosse incorso in « *pluris petitio* », che avesse cioè ottenuto una *intentio* in cui il suo diritto

---

19.7.2. Sull'invalidità della sentenza cfr.: Apelt, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozess* (1936); Medicus, *Zur Urteilsberechtigung in der « actio iudicati » des Formularprozesses,* in *ZSS.* 81 (1964). Casi di invalidità: incapacità del magistrato, del giudice, di una parte, di un rappresentante processuale; sentenza emessa fuori termine; sentenza non emessa con la partecipazione di tutti i componenti il collegio giudicante; sentenza a contenuto indeterminato (in particolare, senza indicazione precisa della *summa condemnationis*) o emessa nei confronti solo di alcune parti; sentenza portante condanna a somma diversa da quella indicata nella *condemnatio certa* del *iudicium* o a somma superiore al limite massimo fissato da una *taxatio* (cfr. Gai 4.52: *alioquin* [*iudex*] *litem suam facit*). In questi casi, a prescindere dalla possibilità che il magistrato intervenisse con una *in integrum restitutio,* l'attore poteva liberamente agire *de eadem re,* il convenuto aveva buon giuoco nell'opporre l'*infitiatio* all'*actio iudicati* dell'attore, il convenuto che avesse già erroneamente pagato aveva la *condictio indebiti* (o forse la possibilità di agire per una *revocatio in duplum*: Kaser, *RZPR.* 290). — Sulla irretrattabilità della sentenza v. Ulp. D. 42.1.55: *Iudex posteaquam semel sententiam dixit, ... iudex esse desinit; et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit rell.* V. anche Alf. D. 42.1.62. — Sulla *pluris petitio* Provera, *La « pluris petitio » nel processo civile romano* 1 (1958), con bibliografia, a cui *adde,* ora: De Freitas Guimarães, *Sulla « pluris petitio »,* in *St. Grosso* 5 (1972) 279 s.; Sturm, *« Ante condicionem petere »,* in *St. Donatuti* 3 (1973) 1273 ss.; Viegand, *« Plus petitio »* (1974). Per le fonti: Gai 4.53-60 e, con sostanziali varianti, I. 4.6.33-35. La *pluris petitio* si verificava solo quando il diritto fosse descritto e delimitato nell'*intentio certa* (Gai 4.33: *Si quis in intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit*): non nei casi di *intentio incerta* (Gai 4.54: *in incertis formulis plus peti non posse*) e nemmeno nei casi in cui l'*intentio* fosse relativa ad un *aliud* rispetto al diritto vantato (Gai 4.55: *... si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, quia nihil ante videtur egisse: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit* [*rell.*]). Si distinguevano quattro tipi di *pluris petitio*: « *re* » (l'*intentio* porta un credito di 20 invece di 10); « *tempore* » (l'*intentio* porta come esigibile un credito non scaduto o sotto condizione); « *loco* » (l'*intentio* porta come dovuta la prestazione in Roma, omettendo di specificare che essa si sarebbe dovuta eseguire altrove, per esempio ad Efeso); « *causa* » (l'*intentio* porta come dovuta una soltanto tra più prestazioni di cui spetta al debitore la scelta, oppure una cosa determinata invece del *genus* che spetta al debitore di determinare). — Se l'attore procedeva ad un *minus petere* (es.: solo 10 invece di 20 dovuti), l'azione relativa alla parte residua o alla residua prestazione non poteva essere esercitata entro lo stesso anno magistratuale. A tutela del convenuto erano riconosciute una « *exceptio litis dividuae* » o una « *exceptio rei residuae* ». Cfr. Cantarella, *Il « minus petere » e le sue conseguenze nel processo formulare,* in *SDHI.* 35 (1969) 99 ss.

apparisse più vasto o più intenso di quanto il giudicante avrebbe potuto accertare. Dato che il giudicante non poteva sfuggire all'alternativa se gli risultasse esatta o meno l'*intentio*, la conseguenza della *pluris petitio* era l'assoluzione del convenuto.

19.8. La *sententia iudicis* validamente emessa (o la *confessio in iure* in quanto ad essa equiparata) determinava la *res iudicata* (« causa giudicata, lite risolta »), cioè la definizione incontestabile e irretrattabile (per il passato e per il futuro) della questione insorta tra le parti e portata all'esame del giudicante, quindi la fine della lite tra le parti.

19.8.1. Conseguenza della « *res iudicata* » era, a maggior ragione che per la *res iudicanda*, il divieto di riprodurre la stessa questione in giudizio, vale a dire: non solo la impossibilità di un nuovo proce-

---

19.8. Sulla *res iudicata* v. D. 42.1 (*De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*), CI. 7.42, e cfr.: Betti, sv. *Regiudicata (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Pugliese, *Giudicato civile (storia)*, in *ED.*, ivi bibliografia. — Per la definizione, v. Mod. D. 42.1.1: *Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit.* — L'effetto della *res iudicata* era, in linea generale, costituito dall'obbligo del soccombente di eseguire la sentenza. Come risulta da Gai 3.180 (cfr. *retro* nt. 19.4.1), i *veteres* (cioè i giuristi dell'età repubblicana) solevano dire: *ante litem contestatam dare debitum oportet, post litem contestatam condemnari oportet, post condemnationem iudicatum facere oportet.* Sul tema: Liebs, *Die Klagenkonsumption des römischen Rechts*, in *ZSS.* 86 (1969) 169 ss.

19.8.1. Sugli effetti preclusivi della «*res iudicata*» (cioè sulla cd. « cosa giudicata in senso formale »): Liebs, *Die Herkunft der Regel « bis de eadem re ne sit actio »*, in *ZSS.* 84 (1967) 104 ss. Cfr. anche: Andrioli, sv. « *Ne bis in idem* », in *NNDI.* V. *retro* nt. 19.4.1. — Si discute se l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* fosse unica o se le *exceptiones* fossero due. Probabilmente erano due. Di solito, quando si agisse *de eadem re*, era sufficiente al convenuto (che fosse stato parte, cioè attore o convenuto, nel primo giudizio) eccepire la *res in iudicium deducta*; ma in certi casi, quando solo con il giudicato fossero state precisate delle situazioni giuridiche che la *deductio in iudicium* non avesse completamente determinato, si doveva ricorrere, per impedire l'azione, proprio all'*exceptio rei iudicatae* (solo con la *res iudicata* era emersa la *eadem res*). Così nei *iudicia bonae fidei*, per esempio nell'ipotesi in cui *apud iudicem* fosse stata fatta valere una ragione di compensazione (cfr. Ulp. D. 16.2.7.1: *Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensationem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio*). Così pure nelle *actiones in rem*, la cui *deductio in iudicium* era relativa solo al « *rem actoris esse* », quando il *iudicatum* avesse stabilito « *rem actoris non esse* » (cfr. Gai D. 44.2.15: *Si inter me et te controversia de hereditate sit et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego: nihil vetat et me a te et invicem te a me hereditatem petere. Quod si post rem iudicatam a me petere coeperis, interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit an contra: si meam esse, nocebit tibi rei iudicatae exceptio...; si vero meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intellegitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua*). — La rilevabilità *ex officio* della preclusione, limitata nelle procedure formulari ai soli *iudicia legitima in personam* con formula *in ius*, era invece la regola delle procedure per *legis actiones*. Cfr. Gai 4.108: *Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum.*

dimento *apud iudicem* (che sarebbe stato invalido), ma la cd. « preclusione » di altre azioni tra le stesse parti (o i loro successori o rappresentanti) in ordine allo stesso merito: « *bis de eadem re ne sit actio* ». L'eventuale infrazione di questo divieto non produceva sempre le stesse reazioni. Se si trattava di *iudicia legitima* relativi ad *actiones in personam* e *in ius conceptae*, la *eadem res iudicata* era rilevabile dal giudice *ex officio* (anche se il convenuto non lo chiedesse o non lo segnalasse) sino al momento della pronuncia della *sententia*, con la conseguenza che il convenuto andava assolto. Trattandosi di altri *iudicia* (cioè di *iudicia legitima in personam* con formula *in factum*, di *iudicia legitima in rem* e di *iudicia imperio continentia*), invece, la esistenza di una *eadem res iudicata* o di una *eadem res iudicanda* doveva essere fatta valere dal convenuto, nella fase *in iure*, mediante la formulazione di un'apposita *exceptio* (« *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* »). In questi giudizi, dunque, la posizione del convenuto era di gran lunga meno favorevole, potendo ben egli essere condannato per una *eadem res* se non avesse provveduto a opporre tempestivamente l'eccezione *in iure*.

19.8.2. 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 altro 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

---

19.8.2. Sugli effetti ordinativi della *res iudicata* (cioè sulla cd. « cosa giudicata in senso sostanziale ») cfr.: Betti, *D. 42.1.63, Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* (1922); Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza* cit. con completa bibliografia, e *L'effetto normativo della sentenza*[2] (1965). Al proposito si leggano, fra gli altri, i seguenti passi: D. 50.17.207 (Ulp. 1 *ad l. I. et P.*): *Res iudicata pro veritate accipitur.* D. 44.2.3 (Ulp. 15 *ed.*): *Iulianus libro tertio digestorum respondit exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur: et ideo et si singulis rebus petitis hereditatem petat vel contra, exceptione summovebitur.* D. 42.1.63 (Macer 2 *de app.*): *Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare (rell.).* — Nei casi in cui la *sententia iudicis* non determinava l'effetto preclusivo, poteva darsi che essa avesse una efficacia pregiudiziale (o « normativa ») rispetto alla decisione di un altro processo connesso. Su questo tema: Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza* cit., e *L'effetto normativo* cit.; da ultimo, Pugliese, sv. *Giudicato civile* cit.

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 *litiscontestatio* 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 (oltre i quali soggetti l'efficacia della *litiscontestatio* e rispettivamente della *sententia* non era estensibile).

19.9. Se il convenuto non adempiva spontaneamente la « *obligatio iudicati* » posta a suo carico dalla sentenza di condanna, sorgeva il problema dell'esecuzione forzata di quest'ultima. L'esecuzione della *sententia* di condanna, sia pure attraverso i rimedi utilizzati all'uopo dal magistrato, non era però ottenibile direttamente. Occorreva che la *sententia* fosse resa formalmente « esecutiva » (eseguibile) attraverso la procedura dell'« *actio iudicati* »: azione diretta, stante la recalcitranza del convenuto, ad un nuovo accertamento e ad una conferma della regolarità della *sententia iudicis*. L'attore vittorioso, al quale il convenuto non avesse spontaneamente prestato la *summa condemnationis*, doveva, dunque, 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 di lui 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, questa poteva essere basata: o sull'affermazione di una nullità o falsità della *sententia*

19.9. Sull'esecuzione della *sententia*, in generale: Triandafil, *Histoire des voies d'exécution en droit romain* (1914); Andolina, *I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano*, in *Jus* 17 (1966) 163 ss.; Voci, sv. *Esecuzione (dir. rom.)*, in *ED*. — In particolare, sull'*actio iudicati*: Wenger, *Zur Lehre von der « actio iudicati »* (1901); La Rosa, *L'« actio iudicati » nel diritto romano classico* (1963), con bibliografia, a cui *adde* Medicus, *Zur Urteilsberichtigung in der « actio iudicati »* cit.; La Rosa, *La formula dell'« actio iudicati ». Contributi allo studio dei poteri del « iudex »*, in *St. Grosso* 4 (1971) 235 ss. (già in *ANA*. 79 [1968] 171 ss.); Gandolfi, *In tema di « auctoritas rei iudicatae » (Giuliano in D. 5.1.74.2)*, in *St. Grosso* 4 (1971) 131 ss.; Melillo, *Modificabilità convenzionale dell'« obligatio iudicati »*, in *St. Grosso* 2 (1968) 299 ss.

(cioè sulla invalidità del *iudicatum*); oppure sull'affermazione di una inefficacia del *iudicatum* stesso per sopravvenuto adempimento o per altra causa paralizzatrice. Forte della sentenza ottenuta nell'*actio iudicati*, l'attore poteva passare finalmente all'esecuzione forzata. Per il che le vie a sua disposizione erano il ricorso all'*addictio* del magistrato ed alla conseguente « *ductio* » personale del convenuto, oppure il ricorso (più efficace) alla « *missio in bona* ».

20. I MEZZI COMPLEMENTARI DELLE PROCEDURE FORMULARI.

20.1. Molte ragioni, tra cui non ultime la limitazione della procedura formulare al processo di accertamento e la subordinazione del processo col rito formulare all'accordo delle parti circa la *litiscontestatio*, indussero i magistrati giusdicenti romani, ed in particolare il pretore, a porre in essere svariati mezzi complementari della procedura formulare: mezzi intesi ad attuare procedure più rapide oppure a garantire l'adesione delle parti al processo ordinario e la esecuzione delle pretese giudizialmente accertate. Tali mezzi complementari furono essenzialmente basati sull'*imperium* magistratuale, quando il magistrato fosse fornito di *imperium*. Vennero detti perciò « *magis imperii quam iurisdictionis* » e furono precisamente: gli *interdicta*, le *in integrum restitutiones*, le *stipulationes praetoriae*, la *missio in possessionem*, la *bonorum venditio*, la *bonorum distractio*, la *datio bonorum possessionis*.

20.1. Sui mezzi complementari delle procedure formulari, con ampia bibliografia: Luzzatto, *In tema di origine del processo « extra ordinem »*, in *St. Volterra* 2 (1969) spec. 684 ss. — È discusso se la denominazione complessiva di mezzi *magis imperii quam iurisdictionis* sia effettivamente classica o debba ascriversi alla giurisprudenza postclassica: nel primo senso è De Martino, *La giurisdizione* cit. 204 ss. (ivi bibliografia). A nostro avviso, la genuinità dei riferimenti (Ulp. D. 2.1.4; Paul. D. 50.1.26) non è contestabile, ma non bisogna dare un valore tecnico preciso ai riferimenti stessi: sì che non si è autorizzati a ritenere che i mezzi « *magis imperii* », di cui comunque è assai incerto l'elenco, fossero estranei al concetto di « *iurisdictio* » (concetto che, oltre tutto, dall'editto pretorio, nell'interpretazione dei giuristi severiani, veniva talora riferito persino alla *cognitio extra ordinem*: cfr. Ulp. D. 42.1.5 pr.). — Tutti gli interventi *magis imperii quam iurisdictionis* implicavano, ovviamente, una *causae cognitio*, cioè una valutazione di merito da parte del magistrato. Ma l'approfondimento della *cognitio* magistratuale variava a seconda del tipo di provvedimento: per esempio, era molto sommario negli *interdicta*, mentre era molto intenso nelle *in integrum restitutiones*. Sul punto (non in tutto attendibile): Martini, *Il problema della « causae cognitio » pretoria* (1960). Cfr. anche: Sargenti, *Premesse ad una ricerca sulla « discrezionalità » del magistrato romano*, in *St. Scherillo* (1972) 41 ss.

20.2. Gli *interdicta*, sorti probabilmente ancor prima della procedura formulare, erano « ordinanze di urgenza », emesse dal magistrato *cum imperio*, in contraddittorio tra due parti, allo scopo di evitare la *litiscontestatio* e il procedimento *apud iudicem* di fronte a certe fattispecie relativamente semplici ed evidenti. Il magistrato ingiungeva al convenuto, su richiesta dell'attore, di compiere l'azione (positiva o negativa) da quest'ultimo reclamata: restituire una cosa di cui si fosse impossessato (*interdictum* « *restitutorium* »); esibire un oggetto che tenesse riservato o un soggetto giuridico che tenesse prigio-

---

20.2. Sugli *interdicta* v.: D. 43.1, CI. 8.1, I. 4.15, Gai 4.138-170. Cfr. Lenel, *EP*[3] tit. 43 (p. 446 ss.), con elenco di tutti gli interdetti ricostruibili. In dottrina cfr.: Berger, sv. « *Interdictum* », in *PW.*; Biscardi, *La protezione interdittale nel processo civile romano* (1937); Gandolfi, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (1955); Riccobono, sv. « *Interdictum* », in *NNDI.*, con appendice di aggiornamento bibliografico di Riccobono *j.*; Luzzatto, *Il problema di origine della « cognitio extra ordinem »* 1 (1965) 142 ss.; da ultimi, diffusamente, Capogrossi Colognesi, sv. *Interdetti*, in *ED.*, e Labruna, « *Vim fieri veto* » cit. — Gai 4.140 distingue *decreta* e *interdicta* in senso proprio: *Vocantur autem decreta, cum (praetor aut proconsul) fieri aliquid iubet, veluti cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur; interdicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat. Unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria vocantur.* In Gai 4.143 ss. segue la suddistinzione degli interdetti a tutela del possesso in « *adipiscendae, retinendae, reciperandae possessionis causa comparata* ». — L'*actio ex interdicto* non è sicuramente ricostruibile. Ne parla, in modo piuttosto contratto, Gai 4.141: *Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis* (cioè sulla base di *iudicia* contestati *in iure*) *quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum* (*decretum*?) *factum sit, vel an factum non sit quod is fieri iusserit.* Da questo discorso sembra risultare che l'*agere ex interdicto* fosse una conseguenza normale della emissione dell'*interdictum* e che all'*editio actionis* ed alla *litiscontestatio* si procedesse seduta stante, salvo che il destinatario dell'interdetto (o uno dei due destinatari dell'*interdictum duplex*) promettesse di obbedire all'ordine ricevuto. Ma è evidente che, se ad un *interdictum* si ricorreva, doveva essere proprio per dare tempo e modo al destinatario di decidersi ad eseguirlo, col vantaggio per la controparte di evitare la procedura di accertamento. Pertanto è da ritenere che, se il destinatario dell'interdetto non dichiarava subito di respingerlo, l'*actio ex interdicto* fosse esercitata in un secondo tempo e a seguito di nuova *in ius vocatio*. — 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 procedevano l'una contro l'altra all'*editio* delle *actiones ex stipulatu* derivanti dalle promesse ricevute. Quindi un *iudex privatus*, a seguito di un'unica *litiscontestatio*, veniva incaricato di decidere se e da chi si fosse contravvenuto all'*interdictum*, pronunziando le conseguenziali condanne e assoluzioni. Cfr. Gai 4.166-166 *a* (relativo ad una ipotesi di *interdictum prohibitorium*). — Nella procedura *sine poena* (procedura ammessa soltanto per gli *interdicta exhibitoria* e *restitutoria*) la parte interessata all'esecuzione dell'interdetto (cioè alla restituzione o all'esibizione) procedeva, in considerazione del rifiuto di obbedienza dell'altra parte, alla promozione contro di essa di un *iudicium arbitrarium*, in base al quale un giudice accertasse il suo torto ed eventualmente la condannasse (dopo averle inutilmente offerto l'assoluzione se obbedisse all'interdetto). Cfr. Gai 4.162-164.

niero (*interdictum* « *exhibitorium* »); astenersi da un certo comportamento (*interdictum* « *prohibitorium* »). Nel caso di taluni *interdicta prohibitoria*, il magistrato, evitando di andare più a fondo con la sua indagine, rivolgeva l'ordine ad ambo le parti (« *interdictum duplex* »), nel senso di stabilire che quella fra le due che si trovasse in una certa situazione dovesse astenersi da un certo comportamento. L'*interdictum*, appunto per il suo carattere di urgenza, era emanato previo un accertamento sommario e approssimativo della fondatezza delle asserzioni del richiedente, allo scopo di porre subito riparo ad una situazione che altrimenti poteva essere pregiudicata. Se il destinatario dell'ordine non vi ottemperava, l'altra parte poteva esercitare un'« *actio ex interdicto* » (*in personam*), cioè instaurare un regolare processo di accertamento dell'inadempimento del destinatario; negli *interdicta duplicia* le *actiones ex interdicto* erano ovviamente due, reciprocamente promosse dalle parti. Di regola la procedura « *ex interdicto* » era *cum poena*, comportando il pagamento di una congrua penale da parte del soccombente, ed appunto ciò costituiva una forte remora all'inosservanza degli *interdicta* da parte di chi avesse consapevolezza del proprio torto.

20.3. Le *in integrum restitutiones* erano provvedimenti giurisdizionali costitutivi intesi ad invalidare *ope magistratus*

20.3. Sull'*in integrum restitutio* v. D. 4.1 (*De in integrum restitutionibus*), CI. 2.21 e 49, Sin. 13, Lenel, *EP*.[3] tit. 10 (p. 109 ss.). In dottrina cfr.: Klingmüller, sv. « *Restitutio* », in *PW*.; Charvet, *Évolution de la restitution des majeurs* (1920); Lauria, « *Iurisdictio* » cit. 513 ss.; Carrelli, « *Decretum* » *e* « *sententia* » *nella* « *restitutio in integrum* », in *AUBA*. 1938, e *Sul* « *beneficium restitutionis* », in *SDHI*. 4 (1938) 5 ss.; Beretta, *L'annualità delle azioni pretorie nel diritto romano classico*, in *RISG*. 85 (1948) 353 ss., 86 (1949) 305 ss., e *Ancora sulla annualità delle azioni pretorie*, in *SSE*. 1958; Levy, *Zur nachklassischen* « *in integrum restitutio* », in *ZSS*. 68 (1951) 360 ss.; Raggi, *La* « *restitutio in integrum* » *nella* « *cognitio extra ordinem* » (1965); Cervenca, *Per lo studio della* « *restitutio in integrum* », in *St. Biondi* 1 (1965) 599 ss., *Studi vari sulla* « *restitutio in integrum* » (1964), e sv. « *Restitutio in integrum* », in *NNDI*.; Sargenti, *Studi sulla* « *restitutio in integrum* », in *BIDR*. 69 (1966) 193 ss.; Fabbrini, *Per la storia della* « *restitutio in integrum* », in *Labeo* 13 (1967) 200 ss.; Kaser, *Studi sulla* « *in integrum restitutio* », in *Labeo* 12 (1966) 235 ss.; Litewski, *La nullité du jugement basé sur des preuves fausses*, in *Index* 2 (1972) 503 ss.; Hartkamp, *Die Drittwirkung der* « *in integrum restitutio* », in *Daube noster* (1974) 131 ss. — Sull'*accertamento preliminare dei fatti*: Lemosse, « *Cognitio* » (1944); Martini, *Il problema della* « *causae cognitio* » cit. *passim*; Cervenca, *Studi* cit. 8 ss. Cfr. Mod. D. 4.1.3: *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur rell.* (testo ritenuto interpolato dal Martini, ma difeso dal Cervenca, anche in *BIDR*. 64 [1961] 388 ss., il quale giustamente sostiene che la « *causae cognitio* » poteva andare dalla pura e semplice rilevazione della fattispecie da *restituere* sino ad una decisione discrezionale circa l'opportunità di concedere il provvedimento: il che spiega perché talvolta della *causae cognitio* l'editto non facesse menzione). — I *casi di in integrum restitutio* previsti dall'editto pretorio erano: il *metus*, il *dolus malus*, la minore età, il *falsus tutor*, l'*absentia rei publicae causa* (e casi analoghi),

fatti giuridici formalmente validi (per esempio, un negozio o anche una *litiscontestatio*), e quindi a ripristinare integralmente (« *restituere in integrum* ») una situazione giuridica subbiettiva che quei fatti avessero compromesso. Il magistrato emanava tali provvedimenti su richiesta dell'interessato, previo diretto e accurato accertamento del merito, sulla base di considerazioni di *aequitas*, quali l'opportunità di eliminare le conseguenze del *dolus malus* o della *fraus creditorum*. Di regola egli emetteva un « *decretum (restitutionis)* » relativo al fatto giuridico da invalidare e subordinatamente concedeva al beneficato, nell'ipotesi di inosservanza del *decretum*, un « *iudicium rescissorium* » contro l'inosservante. Ma in pratica, dato che la domanda di *restitutio* era generalmente fatta nel corso della fase *in iure* di un processo, raramente vi era bisogno del *decretum*: alla persona che intendesse beneficare il giusdicente concedeva direttamente l'inserzione nel *iudicium* (e precisamente: nell'*intentio* ove si trattasse dell'attore, nella *exceptio* ove si trattasse del convenuto) di una « *fictio rescissoria* », in forza della quale il *iudex* doveva considerare non avvenuto il fatto invalidato.

20.4. Le *stipulationes praetoriae* (anche dette « *cautiones* ») erano rimedi cautelari consistenti in *stipulationes* che il pre-

---

l'« *alia iusta causa* », l'*alienatio iudicii mutandi causa facta*, la *fraus creditorum*. Per qualche caso particolare cfr.: Zoz, « *Restitutio in integrum* » *e manomissioni coatte*, in *SDHI*. 39 (1973) 115 ss.; Kupisch, « *In integrum restitutio* » *und* « *vindicatio utilis* » *bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht* (1974). — La *datio restitutionis* era operata talvolta anche dai *consules*, ma davanti al *praetor* non si concretava necessariamente in un *decretum* cui facesse seguito, per l'attuazione, un separato *iudicium rescissorium* (giustamente in tal senso la dottrina dominante, contro l'opinione espressa ultimamente dal Carrelli). Di regola il magistrato concedeva senz'altro l'*actio rescissoria ficticia* (oppure una *exceptio*). Per esempio, se Tizio aveva alienato una *res* a Caio sotto l'influenza del *metus* o del *dolus malus*, il giusdicente gli concedeva, per riottenere la *res*, una *rei vindicatio ficticia*, come se il trasferimento del *dominium* non fosse avvenuto: cfr. Lenel, *EP*.[3] 110.

20.4. Sulle *stipulationes praetoriae* v. D. 46.5 (*De stipulationibus praetoriis*) e Lenel, *EP*.[3] tit. 45 (p 514 ss.) e § 296. In dottrina cfr.: De Martino, *La giurisdizione* cit. 203 ss., 218 ss.; Guarino, *In tema di* « *praetoriae stipulationes* », in *SDHI*. 8 (1942) 316 ss.; Palermo, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano* (1942); Negro, *La cauzione per le spese. Sviluppo storico* (1954); Mozzillo, *Contributo allo studio delle* « *stipulationes praetoriae* » (1960), e sv. « *Stipulatio praetoria* », in *NNDI*.; Guarino, *La classificazione delle* « *stipulationes praetoriae* », in *Labeo* 8 (1962) 214 ss.; Kaser, *Die Stipulationklausel* « *quanti ea res erit* » cit. — In età classica le *stipulationes praetoriae* erano probabilmente distinte in due categorie: quella delle « *stipulationes iudiciales* », miranti a garantire il buon andamento di un processo in cui si inserivano (es.: la *cautio vadimonium sisti*, la *cauto iudicatum solvi*), e quella delle « *stipulationes cautionales* » in senso proprio, aventi una funzione processuale (cautelare) autonoma (es.: la *cautio damni infecti*). In età postclassica fu creata una terza e ambigua categoria delle « *stipulationes communes* », fatte « *iudicio sistendi causa* » (cfr. Ulp. D. 46.5.1 pr. - 4 itp.). — Il procedimento era molto semplice. L'inte-

tore, su richiesta dell'interessato, ordinava a taluno di contrarre, sotto minaccia di una *denegatio actionis* o di una *missio in possessionem* o di altro provvedimento sfavorevole ai suoi interessi. Il destinatario del comando pretorio era dunque tenuto ad impegnarsi (in veste di *promissor*) al pagamento di una somma di danaro alla controparte allo scopo di garantirla dal verificarsi di un evento temuto (es.: *cautio rem pupilli salvam fore; cautio ratam rem dominum* [*negotii*] *habiturum*). Le *cautiones praetoriae* si distinguevano, più propriamente, in: « *repromissiones* », se era richiesta la sola promessa del destinatario del comando pretorio; e « *satisdationes* », se il pretore esigeva che la *promissio* del destinatario fosse accompagnata, a maggior garanzia dell'adempimento, da altre *cautiones* o da altre garanzie di terze persone.

20.5. Le *missiones in possessionem* erano provvedimenti magistratuali aventi finalità cautelari o di costrizione indiretta all'adempimento. Mediante esse si autorizzava taluno ad immettersi nella « *custodia et observatio* » (cioè nella detenzione o talvolta nel possesso) di alcuni o di tutti i beni di un altro, con la conseguenza che a quest'altro 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* ».

---

ressato chiamava *in ius* la controparte e il magistrato (*causa cognita*) emanava il provvedimento ingiuntivo della *promissio*. Se la controparte (destinataria dell'ordine) obbediva all'ingiunzione fattale, rimaneva traccia solo della *cautio*; se essa si rifiutava, il provvedimento di cui rimaneva traccia ero solo quello minacciato per questa ipotesi (cioè la *denegatio actionis*, la *missio in possessionem* ecc.). — Nelle fonti vi è traccia anche di *stipulationes aediliciae*, ordinate cioè dagli edili curuli, malgrado che questi magistrati fossero carenti di *imperium*: cfr. Lenel, *EP.*[3] § 296.

20.5. Sulle *missiones in possessionem* v. D. 42.4 (*Quibus ex causis in possessionem eatur*). In dottrina cfr.: Weiss, sv. « *Missio in possessionem* », in *PW.*; Solazzi, *Il concorso dei creditori in diritto romano* 1-4 (1937-1943); Lepri, *Note sulla natura giuridica delle « missiones in possessionem »* (1939); Branca, « *Missiones in possessionem » e possesso*, in *St. Solazzi* (1948) 483 ss.; De Sarlo, « *Missiones in possessionem » e « proscriptio* », in *St. Albertario* (1953) 477 ss.; Longo (G.), sv. « *Missio in bona* », in *NNDI*. Cfr.: Lenel, *EP.*[3] tit. 28 (p. 413 ss.) e 29 (p. 423 ss.). — La classificazione delle *missiones in possessionem* traspare da Ulp. D. 42.4.1; *Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem < bonorum > mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia et ventris nomine. Damni enim infecti nomine si non caveatur, non* [*in*] *universorum nomine fit missio, sed rei tantum, de qua damnum timetur*. Per vero, Ulpiano sembra considerare come eccezionale l'unica ipotesi di *missio in rem* (la *missio damni infecti nomine*), e come regolari le ipotesi di *missio in bona* (sia nel patrimonio del debitore che in un patrimonio ereditario).

20.5.1. Il campo più vasto e importante di applicazione della *missio in possessionem* era quello della « *missio in bona rei servandae causa* », cioè della *missio* di tutti i creditori nei « *bona* », nel patrimonio di un debitore insolvente. Il magistrato *cum imperio* la concedeva, su semplice richiesta (« *postulatio* ») di un creditore insoddisfatto, nell'interesse di tutti i creditori. Il *missus in bona* acquistava la detenzione dei beni immobili e mobili del debitore e doveva darne avviso per pubblici bandi (« *proscriptio* ») affinché gli altri eventuali creditori potessero farsi avanti e i debitori dell'esecutato fossero avvertiti del blocco posto all'attività patrimoniale di costui. Spesso, quando i creditori ammessi erano numerosi, il pretore nominava un « *curator bonorum* » per le funzioni di conservazione dei *bona* e di *proscriptio*. La durata della *missio* era però limitata: 30 giorni massimo per l'immissione nei *bona* di un debitore vivente, 15 giorni massimo per l'immissione nei *bona* di un debitore morto. Se, al termine di questo periodo, i debiti non erano stati pagati, l'insolvenza diventava irreversibile: sul capo del debitore (vivo o morto che fosse) ricadeva l'*infamia* e i creditori erano autorizzati a passare alla *bonorum venditio*.

20.6. La *bonorum venditio* era un procedimento di esecuzione sul patrimonio di un debitore irreversibilmente insolvente (cioè

20.5.1. Sulla *missio in bona rei servandae causa* cfr. spec. Solazzi, *Il concorso* cit. I. — Le cause di *missio in bona* sono in parte riferite da Gai 3.78 (relativo alla conseguente *bonorum venditio*): *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum. Vivorum veluti eorum, qui fraudationis causa latitant < nec defenduntur; item eorum, qui in ius non veniunt > nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus, quod eis partim XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. Mortuorum bona veneunt veluti eorum, quibus certum est neque heredem neque bonorum possessorem neque ullum alium iustum successorem existere.* Da aggiungere (cfr. Solazzi, cit. 107 ss.): la *missio* nei *bona* di « *qui exilii causa solum verterit* » (in età classica avanzata: nei *bona* di « *qui capitali crimine damnatus erit* ») e la *missio* nei *bona* dell'*adrogatus* e della *mulier in manu mariti* nell'ipotesi che costoro siano tenuti a rispondere, *rescissa capitis deminutione*, dei debiti contratti prima dell'*adrogatio* e della *conventio in manum* (cfr. Lenel, *EP.*[3] 117 s.). — Il *curator bonorum* aveva poteri più ampi dei *missi in bona* (per esempio, poteva chiedere la revoca degli atti compiuti dal debitore *in fraudem creditorum*), ma agiva su autorizzazione della maggioranza dei *missi* (cfr.: Lenel, *EP.*[3] 434; Solazzi, *Il concorso* cit. 2). — Un' *actio in factum* penale era concessa al *missus* contro coloro che impedissero l'esplicazione dei suoi compiti.

20.6. Sulla *bonorum venditio* v. Gai 3.77-81, Paul. 5.5 A-B, I. 3.12, D. 42.1-8, CI. 7.53 e 71-75, CI. 8.21-22. In dottrina, oltre alla bibliografia cit. *retro* nt. 20.5, cfr.: Carrelli, *Per una ipotesi sull'origine della « bonorum venditio »*, in *SDHI.* 4 (1938) 429 ss.; Scherillo, *La « bonorum venditio » come figura di « successio »*, in *Iura* 4 (1953) 205 ss., e *Appunti sulla « sectio bonorum »*, ivi, 197 ss.; Solazzi, *In tema di « bonorum venditio »*, in *Iura* 6 (1955) 78 ss.; Andolina, *I presupposti dell'esecuzione forzata* cit.: Voci, sv. *Esecuzione* cit. in *ED.* — Analogo alla *bonorum venditio* era l'istituto pubblicistico (e di origine più antica) della *bonorum sectio*, relativo

« fallito »), cui si faceva largamente ricorso in sostituzione o in aggiunta all'affievolito sistema civilistico dell'esecuzione personale (« *ductio* »). Oltre coloro (vivi o morti) che avessero subito la *missio in bona rei servandae causa*, vi erano sottoposti: il morto o il *capite minutus* che non avessero lasciato eredi e il cui patrimonio non fosse stato reclamato (appunto perché passivo) dallo stato; il debitore che avesse potuto fruire del beneficio di evitare la *missio in bona* e l'*infamia* mediante la cessione spontanea di tutti i suoi cespiti patrimoniali attivi ai creditori (cd. « *cessio bonorum ex lege Iulia* »).

20.6.1. La procedura era schematicamente questa. I creditori iscritti (o cessionari) procedevano all'elezione di un « *magister bo-*

---

peraltro ai crediti dello stato verso i privati. I beni dell'obbligato erano attribuiti in blocco, a titolo oneroso, ad un « *bonorum sector* », che li acquistava in *dominium ex iure Quiritium* e li rivendeva alla spicciolata (« *sectio* »), generalmente con proprio guadagno. A tutela del possesso del *bonorum sector*, il pretore accordava un « *interdictum sectorium* »: cfr. Colacino, sv. « *Bonorum sectio* », in *NNDI*. — Sulla *cessio bonorum* cfr. D. 42.3, CI. 7.71. In dottrina cfr.: Guenoun, *La « cessio bonorum »* (1920); Solazzi, *Il concorso* cit. 4.130 ss.; Bartoletti, *Un papiro inedito in tema di « cessio bonorum »* (a cura di Biscardi e Cantarella), in *Antologia giuridica* 1 (1968) 261 ss. L'istituto fu introdotto da una *lex Iulia de bonis cedendis*, non si sa se proposta da Cesare o da Augusto (è buona ipotesi che si tratti di un capitolo della *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a.C., ma v. Giuffrè, *La cd. « lex Julia » de bonis cedendis*, in *Labeo* 18 [1972] 173 ss.). Il debitore insolvente senza sua particolare colpa (« *sine vitio* ») era ammesso a chiedere al pretore di convocare i creditori per rinunciare spontaneamente a tutto il suo patrimonio (« *cedere bonis* ») a loro favore. Se il pretore autorizzava la *cessio*, alla *bonorum venditio* non conseguiva l'*infamia* del debitore. Se costui acquistava altri beni dopo la *venditio*, i singoli creditori potevano agire nei suoi confronti per il pagamento dell'eventuale residuo credito: la condanna del convenuto era, in ogni caso, nei limiti dell'« *id quod facere potest* ».

20.6.1. Il *magister bonorum* era uno tra i creditori, cui erano demandati compiti di amministrazione del patrimonio debitorio sino al momento della esecuzione della vendita: v. Gai 3.79. Egli doveva procedere alla *venditio bonorum* non prima che fosse trascorso un certo termine, ma è assai dubbio se potesse ricevere in questo frattempo altre iscrizioni di creditori dell'insolvente. La « *lex bonorum vendendorum* » da lui redatta doveva essere approvata dal *praetor* e indicava: i cespiti patrimoniali attivi posti in vendita, i nomi dei creditori iscritti con l'importo dei loro crediti e la precisazione del loro grado (sugli altri creditori avevano precedenza, infatti, quelli assistiti da privilegi o da garanzie reali), i termini entro i quali il *bonorum emptor* avrebbe dovuto soddisfare i creditori, le garanzie richieste al *bonorum emptor* in vista dell'adempimento delle obbligazioni da lui assunte (cfr. Theoph. Parl. 3.12 pr.). — Il *bonorum emptor* acquistava sui beni a lui venduti l'« *in bonis habere* » (per l'acquisto del *dominium ex iure Quiritium* occorreva che trascorresse il termine dell'*usucapio* e che egli fosse *civis Romanus*). Inoltre egli poteva difendersi dalle altrui aggressioni mediante un cd. « *interdictum possessorium* » di carattere restitutorio (corrispondente all'*interdictum quorum bonorum* del *bonorum possessor*). Per la esazione dei crediti del fallito gli erano attribuite due azioni (cfr. Gai 4.35): l'« *actio Serviana (ex bonorum emptione)* », azione *ficticia* che lo parificava all'erede del fallito, nel caso che questo fosse defunto; e l'« *actio Rutiliana* », azione con trasposizione di soggetti (il fallito nell'*intentio* e il *bonorum emptor* nella *condemnatio*), utilizzabile nel caso che il fallito fosse vivente. Egli era tenuto al pagamento nei confronti dei debitori iscritti nella *lex venditionis*, osservando i gradi in essa indicati e i termini da essa fissati; ma se il prezzo della vendita non era sufficiente a coprire la totalità dei crediti

norum », il quale faceva l'inventario dei beni e delle attività, e redigeva quindi un bando di vendita all'incanto degli stessi (« *lex venditionis* »). La *venditio bonorum* avveniva in blocco a favore del compratore che offrisse ai creditori la più alta percentuale dei loro crediti (« *bonorum emptor* »). Il « *bonorum emptor* » era considerato successore universale *iure honorario* del fallito. Per conseguenza, uno speciale interdetto tutelava la sua situazione nei riguardi dei terzi, ed inoltre egli era ammesso ad esigere i crediti del fallito presso i debitori di lui, agendo in sua sostituzione con speciali *actiones honorariae*.

20.7. 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.

20.8. Sostanzialmente analoga ad una *missio in bona* era la *datio bonorum possessionis*: provvedimento mediante il

---

iscritti, il pagamento andava fatto (quanto meno per i creditori cd. chirografari) *pro portione*, affinché non fosse superato l'importo del prezzo stabilito. A loro volta i creditori iscritti potevano agire contro il *bonorum emptor* inadempiente, utilizzando, con gli opportuni accorgimenti, le stesse azioni *Serviana* e *Rutiliana*. — I creditori non soddisfatti (o non totalmente soddisfatti) mediante la *bonorum venditio* conservavano il loro diritto di credito, con le relative azioni, nei confronti del fallito. Ma siccome la procedura concorsuale aveva ridotto il fallito alla nullatenenza, è chiaro che essi dovevano attendere che il debitore si ricostruisse una scorta patrimoniale per poter efficacemente agire contro di lui (o per poter addirittura chiedere a suo carico un'altra *missio in bona*): se il debitore era convenuto *ex ante gesto* nel corso dell'anno successivo alla *bonorum venditio*, la sua condanna era limitata all'« *id quod facere potest* » (cfr. Diocl. Maxim. CI. 7.75.6, su cui: Guarino, *La condanna nei limiti del possibile* cit. 29 ss., 106 ss.). V. però, quanto ai creditori del *bonis cedens*, *retro* n. 20.6.

20.7. Sulla *bonorum distractio*, oltre alla bibliografia citata *supra* nt. 20.6, cfr.: Cosentini, *Sui limiti dell'applicabilità della « bonorum distractio ex edicto »*, in *SDHI*. 11 (1945) 1 ss.; Lepri, *I §§ 9-12 del D. 42.4.7 (Appunti in tema di « bonorum distractio »)*, in *Scr. Ferrini Milano* 2 (1947) 116 ss.; Wesener, sv. « *Distractio bonorum* », in *PW*. — Le applicazioni classiche dell'istituto furono, a quanto pare, tre: la « *distractio ex edicto* », disposta in ordine ai beni di un debitore defunto, quando l'eredità spettasse ad un impubere privo di *tutor* (o anche, per estensione giurisprudenziale, ad un *furiosus*, ad un *prodigus* e ad altri incapaci di agire privi di *curator*); la « *distractio ex senatus consulto* », riconosciuta a favore dei *senatores* e di altre *clarae personae*; la « *distractio ex privato consilio* », concessa volontariamente dai creditori al loro debitore. Alla vendita dei beni alla spicciolata provvedeva un *curator bonorum* nominato dal pretore.

20.8. Sulla *bonorum possessio* e sulle relative richiesta (« *adgnitio* ») e concessione (« *datio* »), v. l. 3.9, D. 37.1-15, CI. 6.11-20. Cfr. anche: Lenel, *EP*.[3] tit. 25 (p. 342 ss.). Il tit. « *de bonorum possessionibus* » dell'editto è ben distante dal tit. 38 (« *quibus ex causis in possessionem eatur* ») e dal tit. 39 (« *de bonis possidendis proscribendis vendundis* »), così come ben distante dalle trattazioni relative a questi ultimi sono i libri sulle *bonorum possessiones* nei commentari dei giuristi classici. Per la bibliografia, cfr. *infra* nt. 35.3.4, ove è la trattazione specifica dell'istituto. — L'ori-

quale il pretore concedeva ad una o più persone (« *bonorum possessores* ») il potere di immettersi nella detenzione del patrimonio di un defunto a guisa di successori universali dello stesso (« *loco heredum* »). La ragione per cui l'istituto fu nettamente distinto dalle altre *missiones in bona defuncti* è da vedersi nel suo scopo caratteristico, che era quello di integrare o surrogare, a favore dei *bonorum possessores*, il meccanismo della successione *iure civili* (o « *hereditas* »), alla quale pertanto la *bonorum possessio* strettamente si connetteva.

20.8.1. A tutela della loro peculiare *possessio* i *bonorum possessores* avevano l'« *interdictum quorum bonorum* », interdetto restitutorio inteso a riottenere la detenzione dei *bona* nei confronti di chi se ne fosse impossessato. Ma bisogna distinguere tra *bonorum possessio sine re* e *bonorum possessio cum re*. La « *bonorum possessio sine re* » comportava che il *bonorum possessor* potesse difendere la sua situazione giuridica contro tutti, ma non contro gli eredi civili che si fossero impossessati dei *bona* o ne chiedessero la restituzione con l'azione civilistica spettante a tutela del loro diritto (« *hereditatis petitio* »). La « *bonorum possessio cum re* », che finì per dilagare largamente nel periodo classico, comportava che il *bonorum possessor* prevalesse anche sugli eredi civili: i quali pertanto soccombevano anch'essi all'*interdictum quorum bonorum* se si fossero impossessati dei *bona defuncti* e, ove agissero con la *hereditatis petitio*, se la vedevano paralizzata da una *exceptio doli*.

---

gine della *bonorum possessio* può farsi risalire al sec. II-I a.C. Mentre da principio la *bonorum possessio* era sempre « *sine re* », sul finire dell'età preclassica si registrarono i primi casi di sua concessione « *cum re* » (tipo di concessione che divenne la regola nel corso dell'età classica). — Di fronte alla *bonorum possessio* « *edictalis* » si poneva, come caso eccezionale, la *bonorum possessio decretalis*. In senso proprio e originario quest'ultima era la *bonorum possessio* non prevista dall'editto, ma concessa *ex novo* dal *praetor*. Ma in senso improprio, che tuttavia divenne quello usuale nell'età classica, si aveva una *bonorum possessio decretalis* anche nelle ipotesi previste dall'editto, se la *datio* di essa non potesse farsi *de plano* (con un semplice controllo della sussistenza in concreto dei requisiti posti dall'editto), ma implicasse un'approfondita *causae cognitio* con eventuale imposizione di cauzioni (es.: la *bonorum possessio ex Carboniano edicto*: *infra* nt. 37.3.1). — Le ipotesi principali di *bonorum possessio* saranno esposte nella trattazione relativa alla « *successio in ius* » (*defuncti vel capite minuti*), e particolarmente *infra* n. 36-38.

20.8.1. Per l'*interdictum quorum bonorum* v. Ulp. D. 43.2.1 pr.: « *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas* ». — La *bonorum possessio cum re* si verificava tanto nel caso in cui il *bonorum possessor* prevalesse sugli *heredes* civilistici, quanto ovviamente nel caso che non vi fossero *heredes*.

21. Le procedure « extra ordinem ».

21.1. Sin dal periodo classico presero a diffondersi in Roma le esplicazioni della cd. *cognitio extra ordinem* (o « *extraordinaria* »): termine con il quale si designarono tutte le procedure preordinate a fini di tutela, sia degli interessi privati che di quelli della comunità, se ed in quanto si discostassero dalle regole più caratteristiche dell'*ordo iudiciorum* (*privatorum* e *publicorum*) fissate dalle due *leges Iuliae* del 17 a.C. e facessero perno, in particolare, sulla attività inquisitoria di un pubblico funzionario. Per limitarci alla tutela giuridica privata, gioverà dire che a partire da Augusto le esplicazioni

---

21.1. Sulla *cognitio extra ordinem* cfr.: Hartmann Ubbelohde, *Der « ordo iudiciorum » und die « iudicia extraordinaria » der Römer* (1866); Pernice, *L'« ordo iudiciorum privatorum » e l'« extraordinaria cognitio »*, in *AG.* 36 (1886) 116 ss. (tr. it. con aggiunte rispetto all'originale ted.); Wlassak, sv. « *Cognitio* » (4), in *PW.*; Riccobono, « *Cognitio extra ordinem* ». *Nozione e caratteri del « ius novum »*, in *Mél. De Visscher* 2 (1949) 277 ss. (e in *BIDR.* 55-56 [1952] 1 ss.); Pugliese, sv. « *Cognitio* », in *NNDI.*; Biondi, *Diritto romano cristiano* 3 (1954) 375 ss.; Scherillo, *Lezioni sul processo, Introduzione alla « cognitio extra ordinem »* (1960); Bonini, *I « libri de cognitionibus » di Callistrato, Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della « cognitio extra ordinem »* (1964); Luzzatto, *Il problema d'origine della « cognitio extra ordinem »* 1 (1965), e *In tema di origine del processo « extra ordinem »* cit.; Raggi, *La « restitutio in integrum » nella « cognitio extra ordinem »* cit. spec. 15 ss.; Kaser, *Gli inizi della « cognitio extra ordinem »*, in *Antologia giuridica* 1 (1968) 171 ss. — La terminologia « *cognitio* (*cognoscere*) *extra ordinem* », largamente usata nelle trattazioni moderne, risulta in realtà raramente usata nelle fonti: tre volte nei *Digesta*, con riferimento a procedure criminali (Ulp. D. 48.19.1.3; Ulp. D. 48.19.13; Mac. D. 48.16.15.1), una volta nella rubrica itp. di D. 50.13 (« *De variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur* »), pochissime altre volte fuori della compilazione giustinianea. Comunque la concettualizzazione unitaria delle procedure *extra ordinem* in contrapposizione a quelle dell'*ordo iudiciorum* (la cui denominazione come tale è probabilmente frutto proprio della formazione del concetto di procedure *extra ordinem* e di « *ius extraordinarium* », su cui Ulp. D. 50.16.10) costituisce un dato storiografico sicuro, sopra tutto per l'età postclassica. Significativo è, ad esempio, I. 4.15.18: *De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddere interdictum (rell.).* — Sulle origini della *cognitio extraordinaria* i punti di vista sono vari. Secondo un primo orientamento, tra *ordo* e *cognitio* vi fu sempre, e sin dall'inizio, radicale differenza di strutture (privatistico e volontaristico il processo ordinario, pubblicistico e autoritario quello straordinario): la sovrapposizione della *cognitio* all'*ordo* si sarebbe verificata, a partire dall'età classica, attraverso la formazione di procedimenti a carattere ibrido valevoli nelle province. Secondo un altro orientamento, la *cognitio extra ordinem* fu il frutto di una progressiva evoluzione (dapprima limitata a talune materie, di poi sempre più estesa) dell'*ordo iudiciorum privatorum*. Per un terzo orientamento, la *cognitio* è ravvisabile entro l'*ordo* sin dai tempi più antichi (perché sin dai tempi più antichi la *iurisdictio* poggiò essenzialmente sulla *cognitio* magistratuale) e la differenza tra i due sistemi sarebbe più apparente che reale. — Quanto alla *cognitio* relativa a materie speciali, cfr.: Röhle, « *Praetor fideicommissarius* », in *RIDA.* 15 (1968) 399 ss.; Watson, *The early history of « fideicommissa »*, in *Index* 1 (1970) 178 ss.; Zoz, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR.* 73 (1970) 323 ss.

della *cognitio extra ordinem* furono di due tipi: da un lato, vi fu la *cognitio* relativa a materie speciali esercitata, secondo metodi spediti e concentrati di procedura, direttamente dal *senatus* oppure da magistrati speciali (es.: il *praetor fideicommissarius*, relativamente alle questioni in tema di *fideicommissa*; i *consules* e più tardi il *praetor tutelaris*, in ordine a certe questioni tra pupilli e tutori; il *praetor liberalium causarum*, riguardo ai reclami sollevati dai *servi* nei confronti dei loro *domini* restii a manometterli); dall'altro lato, vi fu la *cognitio* che il *princeps* e la gerarchia dei funzionari (non *magistratus*) a lui subordinati esercitarono, in concorrenza con la *cognitio ordinaria* dei magistrati giusdicenti, in ordine a qualunque materia di controversia, nell'ipotesi che i cittadini preferissero ricorrere ad essi o richiedessero un loro riesame della causa dopo la *sententia* emessa dal *iudex privatus*.

21.1.1. Il secondo tipo di *cognitio* (cioè la « *cognitio principis extra ordinem* ») assunse via via, sopra tutto a cominciare dalla fase adrianea del periodo classico, diffusione e importanza tanto grandi da soppiantare in moltissimi casi la normale *iurisdictio*, e comunque da sovrapporsi, in sede di controllo e di revisione, ad essa. In età postclassica il sistema (pur mantenendo la denominazione ormai tradizionale) finì per trionfare, portando addirittura alla formale abolizione della procedura formulare e divenendo a sua volta l'unica espressione della *iurisdictio* statale.

21.2. Le caratteristiche generali delle procedure *extra ordinem* (e in particolare della *cognitio extraordinaria principis*)

21.1.1. Per la *cognitio extraordinaria principis*, sia classica che postclassica, si rinvia una volta per tutte alla trattazione ricchissima di: Kaser, *RZPR.* 339 ss. In particolare, sul processo giustinianeo: Zilletti, *Studi sul processo civile giustinianeo* (1965); Simon, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess* (1969). Altre indicazioni e suggestioni in: De Dominicis, *Rapporti tra « iudicium privatum » e « iudicium publicum » dal diritto classico a Giustiniano*, in *Scr. Giuffrè* 1 (1967) 221 ss.; Giffard, *Études sur la procédure du Bas-Empire* (1935-36), ora in *Ét. dr. rom.* (1972) 133 ss.; Dupont, *La procédure civile dans les constitutions de Constantin, Traits caractéristiques*, in *RIDA.* 21 (1974) 191 ss.; Bassanelli, *La legislazione processuale di Giustino I (8 luglio 518-1 agosto 527)*, in *SDHI.* 37 (1971) 119 ss.

21.2. Nel quadro degli indici generali di riferimento indicati nel testo, le procedure *extra ordinem* furono, quanto a caratteristiche speciali, tanto varie e variabili, che è pressoché impossibile fornirne una descrizione completa, salvo che per alcuni più organici « procedimenti speciali ». Tuttavia vi è pure qualcosa che accomuna i procedimenti *extra ordinem*, ed è lo sfruttamento, sia pure con forti modificazioni e radicali travisamenti di molti tratti caratteristici (o, quanto meno, di molte terminologie) della *cognitio ordinaria*. Sicché è legittimo tentare, sotto questo profilo, un disegno approssimativo di quello che può dirsi, con inevitabile bisticcio di parole, il « processo ordinario » *extra ordinem*, sia di cognizione che di esecuzione. — Un interessante resoconto di udienza imperiale in D. 28.4.3 pr. (Marc. 29

furono queste. In primo luogo, l'« unità del procedimento », nel senso che l'attività di istruzione e di giudizio non fu più rimessa al *iudex privatus*, ma fu esercitata dallo stesso funzionario imperiale (o magistrato speciale) davanti al quale la causa era stata promossa. Secondariamente (e in connessione con la prima caratteristica), l'« ufficialità del procedimento », nel senso che il funzionario-giudice, una volta introitata la causa, aveva poteri assai lati di indagine sul merito dedotto alla sua cognizione. In terzo luogo, la « procedibilità contumaciale », nel senso che la presenza del convenuto (e tanto meno la sua adesione all'impostazione del *thema decidendum*) non fu più indispensabile, potendosi la procedura espletare sino alla *sententia* in « *contumacia* », cioè in colpevole assenza del convenuto, purché preavvertito. In quarto luogo, la « impugnabilità della sentenza », nel senso che contro la *sententia* ritenuta ingiusta il soccombente ebbe la possibilità di ricorrere, ai fini di una revisione, al funzionario di grado superiore, sino ad arrivare al *princeps*. In quinto luogo, la « specificità della condanna », nel senso che la *condemnatio* non fu più necessaria-

---

dig.): ... *Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus.* « *Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur* ». *Et advocatis fisci dixit:* « *Vos habetis iudices vestros* ». *Vibius Zeno dixit:* « *Rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statues?* ». *Antoninus Caesar dixit:* « *Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?* ». *Cornelius Priscianus advocatus* [*Leonis*] < *Zenonis* > *dixit:* « *Nomina heredum tantum induxit* ». *Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit:* « *Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet* ». *Priscianus dixit:* « *Manumisit quosdam et legata dedit* ». *Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eodem iussisset, dixit:* « *Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit* ». Questa *sententia extra ordinem* fu emessa da Marco Aurelio, del cui *consilium* Marcello faceva parte, nel 165 d.C. Valerio Nepote, dopo aver fatto testamento a favore di certi eredi, aveva cambiato parere (« *mutata voluntate* ») e, rotti i legami di lino che chiudevano le tavolette testamentarie (« *inciderit testamentum* »), aveva cancellato i nominativi degli eredi (« *heredum nomina induxerit* »), lasciando però intatti i *legata* e le *manumissiones* disposti nell'atto di ultima volontà. Non essendovi *heredes scripti*, il fisco, facendosi forte di una costituzione di Antonino Pio (cfr. Gai 2.151*a*), aveva avocato a sé il patrimonio di Valerio Nepote: e su questo punto non viene sollevata questione davanti all'imperatore (« *Vos habetis iudices vestros* »). La questione proposta a Marco Aurelio riguarda i legatari (soprattutto quelli *per damnationem*, cui cioè il testatore aveva dato un diritto di credito nei confronti degli eredi) ed è sollevata da costoro e dai loro avvocati (in particolare, da Vibio Zenone e dal suo avvocato Cornelio Prisciano). Hanno diritto i legatari ai *legata*, e in particolare, all'adempimento dei *legata per damnationem* da parte del fisco? Prisciano dice di sì, perché il testatore si limitò a cancellare i nominativi degli eredi e non toccò manomissioni e legati. Calpurnio Longino, *advocatus fisci*, dice di no, perché un testamento senza eredi è invalido. La decisione di Marco, presa dopo approfondita meditazione, sarà benignamente ispirata al *favor testamenti*: i legati hanno valore perché Valerio Nepote non li ha cancellati. Sul testo, per tutti: Voci, *Diritto ereditario romano* 2² (1963) 498 ss.

mente pronunciata in una somma di danaro, ma venne pronunciata « *in ipsam rem* » (cioè nella stessa prestazione dedotta in giudizio), salvo a tradursi in equivalente pecuniario se la esecuzione in forma specifica della prestazione non fosse più possibile. Infine, la « esecutività *manu militari* », nel senso che, anche in dipendenza dell'ufficialità del procedimento, l'esecuzione forzata della sentenza di condanna fu rimessa ad appositi organi statali (gli « *apparitores* »).

21.3. L'atto introduttivo del processo di cognizione non fu più un atto esclusivamente di parte (come la *in ius vocatio*), ma fu un atto di parte implicante una stretta collaborazione dei pubblici poteri. Sin dall'età classica si parlò per esso di « *evocatio* », la quale poteva compiersi in tre modi: « *denuntiationibus* », cioè facendo pervenire al convenuto, tramite un funzionario, l'invito a presentarsi al giudice (in origine, al magistrato provinciale) in un giorno in cui questi tenesse udienza pubblica; « *litteris* », cioè facendosi rilasciare dal magistrato un provvedimento di citazione a giudizio, da recapitare a propria cura al convenuto; « *edictis* », cioè ottenendo dal giudice che provvedesse direttamente alla chiamata della controparte. In età postclassica prevalse l'*evocatio* a mezzo di « *litis denuntiatio* », recapitata da un pubblico funzionario: in essa l'attore indicava i termini della questione che intendeva sollevare (« *editio actionis* »), invitando il convenuto a costituirsi in giudizio ad udienza fissa. Più tardi ancora si diffuse il sistema dell'« *evocatio per libellos* », che divenne quello ordinario dell'età giustinianea: 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.

21.3.1. La comparizione del convenuto e la sua presenza in giudizio avevano carattere obbligatorio sia per il convenuto che per lo

---

21.3. Sulla *evocatio*, e particolarmente sulla « *litis denuntiatio* » e sulla procedura « *per libellos* » cfr. Kipp, *Die Litis Denuntiation als Prozesseinleitungsform im römischen Civilprocess* (1887), e sv. « *Denuntiatio litis* », in *PW.*; Mitteis, *Zur Lehre von den « libelli » und der Prozesseinleitung nach den Papyri der früheren Kaiserzeit*, in *SBS.* 1910; Boyé, *La « denuntiatio » introductive d'instance sous le Principat* (1922); Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien*, 4. - *La procédure par libelle* (1932); Steinwenter, *Die Anfänge des Libellprozesses*, in *SDHI.* 1 (1935) 132 ss., e *Das Verfahren « sine scriptis » im justinianischen Prozessrechte*, in *ZSS.* 76 (1959) 306 ss.; in generale, Ferrari, sv. *Citazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, con altra bibliografia, a cui *adde* Lewis, Schiller, *Another « narratio » document*, in *Daube noster* (1974) 187 ss., e Williams, *The « libellus » procedure and the Severan papyri*, in *JRS.* 64 (1974) 86 ss.

21.3.1. Sulla *comparizione delle parti* cfr. spec.: Giffard, *Études* cit.; Provera, *Il principio del contraddittorio* cit. 183 ss. — V. Ulp. D. 5.1.68-70 (itp.): *Ad*

stesso attore, trattandosi non più di soddisfare l'interesse della controparte, ma sopra tutto di obbedire all'ordine del giudice. Pertanto le parti, salvo che fossero persone altolocate o proprietari terrieri, dovevano prestare all'autorità una garanzia di presenza al giudizio: garanzia che, nel caso del convenuto, si diceva « *cautio iudicio sisti* » ed era avvalorata dalla presentazione di fideiussori o da un giuramento. Il convenuto non abbiente, che si sottraesse alla prestazione della *cautio*, era tenuto in istato di arresto dall'*exsecutor* sino alla pronuncia della sentenza. Tuttavia il processo, a prescindere dalle sanzioni che colpivano l'assente, aveva egualmente luogo anche in assenza del convenuto, il quale, dopo due chiamate in giudizio non eseguite, veniva, alla terza chiamata, diffidato con un « *edictum peremptorium* » a non tergiversare oltre e dichiarato quindi « *contumax* ».

21.3.2. La trattazione della causa davanti al giudice (« *causae cognitio* ») assunse anche l'antico nome di « *litis contestatio* » ed era costituita da uno scontro tra la *narratio* dell'attore e la *contradictio* del convenuto. Ma poiché 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 incombeva sugli eventuali *advocati*, che con l'andar del tempo furono sempre più frequentemente utilizzati come rappresentanti tecnici delle parti.

21.4. L'istruzione probatoria fu sottratta al dominio delle parti e affidata alla iniziativa del funzionario-giudice (sistema del-

---

peremptorium edictum hoc ordine venitur, ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum (69) *per intervallum non minus decem dierum* (70) *et tertium: quibus propositis tunc peremptorium impetret, quod inde hoc nomen sumpsit, quod peremeret disceptationem, hoc est ultra non pateretur adversarium tergiversari.*

21.3.2. Sulla *litis contestatio* nel processo *extra ordinem* cfr.: Steinwenter, *Die Litiskontestation im Libellprozesse*, in *ZSS.* 50 (1930) 184 ss.; Di Paola, *La « litis contestatio » nella « cognitio extra ordinem »*, in *AUCT.* 1948; Bonetti, *La « litis contestatio » in uno scolio dei Basilici*, in *St. Biondi* 1 (1965) 467 ss. — Sul problema della *calumnia*: Bonini, *Il titolo « de poena temere litigantium »* cit.; Serangeli, *C. 7.16.31 e le azioni contro il litigante temerario*, in *BIDR.* 71 (1968) 199 ss.; Petschow, *Altorientalische Parallelen zur spätrömischen « calumnia »*, in *ZSS.* 90 (1973) 14 ss. — Per i rappresentanti tecnici delle parti: Andreotti, *Problemi della « constitutio de postulando » attribuita all'Imperatore Giuliano e l'esercizio della professione forense nel tardo Impero*, in *RIDA.* 19 (1972) 181 ss.

21.4. Sull'istruzione probatoria v. CI. 4.20 (« *de testibus* »), e cfr.: Donatuti, *Le « praesumptiones iuris » in diritto romano*, in *AUPE.* 1931; Kaser, *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess*, in *ZSS.* 71 (1954) 221 ss., con accenni al nostro argomento; Archi, *La prova nel diritto del Basso Impero*, in *Iura* 12 (1961) 1 ss.; Zilletti, *Studi sulle prove nel diritto giustinianeo*, in *BIDR.* 67 (1964) 167 ss.; Levy (J. Ph.), « *Dignitas, gravitas, auctoritas testantium* », in *St. Biondi* 2 (1965)

l'« *inquisitio* »). Ma il giudice, quando non fosse l'imperatore, doveva obbedire a sua volta a tutto un complesso di regole fisse (un complesso che divenne col tempo sempre più vasto) sulla importanza delle prove, sulla loro gerarchia e sulla loro valutazione. Un rango di primo piano assunsero, nella procedura postclassica, le « *praesumptiones iuris* », cioè le deduzioni che si dovevano necessariamente trarre da certi fatti provati in ordine all'esistenza di certi altri fatti: spesso si trattava di deduzioni che il convenuto non era ammesso a contestare (*praesumptiones* « *iuris et de iure* »), salvo in certi casi in cui gli era concesso di offrire al giudice la prova concreta della inesistenza del fatto da questi presuntivamente ricostruito (nel qual caso si parlava di *praesumptiones* « *iuris tantum* »). La prova regina, assai difficilmente scalzabile, fu però costituita dalle documentazioni scritte, specie se provenienti da pubbliche autorità. Quanto ai testimoni, il peso ne era scarso ed era comunque diverso a seconda del grado sociale di ciascuno. In particolare, la testimonianza degli *honestiores* doveva prevalere su quella degli *humiliores* e vigeva altresì la prassi che una sola voce di testimonio non fosse considerata prova sufficiente (« *unus testis nullus testis* »).

21.5. La *sententia* era pronunciata dal giudice 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 aggirava normalmente, a causa dei rinvii, intorno all'anno.

21.5.1. L'« *appellatio* » al funzionario di grado superiore si faceva dal soccombente depositando un atto di appello presso il giudice che

---

27 ss.; Rozwadawski, *Nuove vedute sull'onere della prova nella legge anastasiana*, in *St. Volterra* 4 (1971) 217 ss.

21.5. Sulla *sententia* v. CI. 7.45.6, e cfr.: Vazny, *Osservazioni generali sulla sentenza e la « res iudicata »*, in *BIDR.* 47 (1940) 108 ss.; Biondi, *Appunti intorno alla sentenza* cit. 29 ss.; Alvarez Suarez, *Curso de derecho romano* 1 (1955) 576 ss.; Visky, *Quelques remarques sur la thèse « ipsam rem condemnare » et ses rapports économiques*, in *RIDA.* 19 (1972) 469 ss.

21.5.1. Sull'*appellatio*: Perrot, *L'appel dans la procédure de l'« ordo iudiciorum »* (1907); Sanfilippo, *Contributo esegetico alla storia dell'« appellatio »* (1934); Orestano, *L'appello civile in diritto romano*[2] (1953, rist. 1966), e sv. *Appello (dir. rom.)*, in *NNDI.*, e in *ED.*; Villers, *Appel devant le prince et appel devant le sénat au première siècle de l'Empire*, in *St. De Francisci* 1 (1956) 375 ss.; De Marini Avonzo, *La funzione giurisdizionale del senato romano* 1 (1957); Kelly, *« Princeps iudex »* (1957); Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* 1 (1961); Bleicken, *Senatsgericht und Kaisergericht* (1962) 124 ss.; Litewski, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, in *RIDA.* 12 (1965) 347 ss., e ancora in *RIDA.* 15 (1968) 143 ss., *L'admissibilité de la transaction en cours d'appel dans la procédure civile romaine*, in *RIDA.* 11 (1964) 233 ss., e *La « supplicatio » contre la sentence rendue par le préfet du prétoire*, in *AG.* 185 (1973) 3 ss.; Garnsey, *The « lex Julia » and appeal under the Empire*, in *JRS.* 56

aveva emesso la *sententia*. Questi doveva provvedere a trasmettere l'atto di appello e i fascicoli di causa al giudice 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, sull'ultima delle quali era competente l'imperatore. Le sentenze dei *praefecti praetorio* erano inappellabili, ma contro di esse si poteva ricorrere mediante « *supplicatio* » all'imperatore, affinché ingiungesse allo stesso *praefectus* un riesame del caso.

21.6. Il processo di esecuzione poteva dar luogo ad esecuzione sia sulla persona che sul patrimonio del soccombente. Il sistema preferito era, peraltro, il secondo, anche perché innumerevoli erano gli esenti, a titolo privilegiato, da esecuzione personale.

21.6.1. 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 soccombente (« *pignus in causa iudicati captum* »). In caso di insolvenza del debitore, avveniva la « « *missio in bona* » dei creditori. I beni non erano però venduti in blocco, ma erano alienati col sistema della *distractio bonorum*.

21.7. In periodo postclassico si formarono svariate giurisdizioni e procedure speciali. Tra esse ricordiamo le seguenti.

(1966) 167 ss.; Zilletti, *Note sulla « restitutio in integrum damnatorum »*, in *St. Grosso* 2 (1968) 35 ss.; Seidl, *Eine neue kaiserliche Konstitution über die Appellation*, in *SDHI.* 38 (1972) 319 ss. Per le fonti, v.: D. 49.1-13; CTh. 11.29-30; CI. 7.61-70; in particolare: D. 49.1.1 pr. (Ulp. 1 *de app.*); D. 49.7.1 pr. (Ulp. 4 *de app.*); e CI. 7.42 (Theod. et Valent., a. 439): *Litigantibus in amplissimo praetorianae praefecturae iudicio, si contra ius se laesos adfirment, non provocandi, sed supplicandi licentiam ministramus, licet pro curia vel qualibet publica utilitate seu alia causa dicatur prolata sententia (nec enim publice prodest singulis legum adminicula denegari): ita videlicet, ut intra biennium tantum nostro numini contra cognitionales sedis praetorianae praefecturae sententias, post successionem iudicis numerandum, supplicandi eis tribuatur facultas* — Connesso all'istituto dell'*appellatio* fu il singolare istituto della cd. *consultatio ante sententiam*: prima di emettere la sentenza, il giudice inferiore poteva inviare una richiesta al giudice superiore affinché esprimesse il suo parere sul *casus* da decidere. In età postclassica la risposta del giudice superiore fu ritenuta praticamente vincolante per il giudice inferiore e praticamente preclusiva dell'*appellatio*. Sul tema: Litewski, « *Consultatio ante sententiam* », in *ZSS.* 86 (1969) 227 ss.

21.6. Sull'esecuzione del giudicato, in particolare: Wenger, *Zur Lehre von der « actio iudicati »* cit. 223 ss.; Liebman, *L'« actio iudicati » nel processo giustinianeo*, in *St. Bonfante* 3 (1929) 397 ss. Su uno speciale procedimento esecutivo postclassico, denominato tradizionalisticamente « *manus iniectio* »: Molè, *La « manus iniectio » nel Codice Teodosiano*, in *RISG.* (1964) 1 ss.

21.6.1. Sul *pignus in causa iudicati captum* cfr. Litewski, « *Pignus in causa iudicati captum* », in *SDHI.* 40 (1974) 205 ss. — In ordine alla esecuzione patrimoniale v. *retro* n. 20.5-7.

21.7. Sulle giurisdizioni e sulle procedure speciali dell'età postclassica: Kaser, *RZPR.* 520 ss.

21.7.1. La « *episcopalis audientia* ». Era la giurisdizione esercitata dai vescovi nei riguardi dei sacerdoti a 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 *episcopalis audientia,* se ne facessero richiesta.

21.7.2. Il « procedimento *per rescriptum* ». L'attore, dopo aver introdotto il giudizio, inviava il suo libello direttamente all'imperatore con preghiera di esprimere il suo parere sulla questione ivi esposta. Il « *libellus principi oblatus* » era restituito all'attore, a cura della cancelleria imperiale, con l'aggiunta in calce del parere richiesto: parere che era però ovviamente subordinato alla condizione che le asserzioni dell'attore rispondessero a verità (« *si preces veritate nituntur* »). Se il rescritto imperiale era favorevole all'attore, e questi pertanto insisteva nel promuovere il processo, l'unico mezzo a disposizione del convenuto per sfuggire alla soccombenza era di dimostrare al giudice che l'attore non aveva rappresentato veridicamente la situazione di fatto: solo convincendosi di ciò, il giudice era esentato dall'adeguare la sua sentenza al rescritto e riacquistava la piena potestà di giudicare (giungendo il più delle volte all'assoluzione del convenuto).

21.7.3. Le procedure abbreviate dette del « *summatim cognoscere* » (o del « *cognoscere de plano* »). Esse non erano prestabilite secondo schemi fissi, ma si realizzavano in modi vari, tutte le volte in cui l'urgenza suggerisse l'adozione di una decisione senza le pastoie delle forme ordinarie.

21.7.1. Sull'*episcopalis audientia* cfr.: Biondi, *Il diritto romano cristiano* cit. I, 445 ss.; Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise au IVe et Ve siècle* (1957) 230 ss.; Piacentini, sv. « *Audientia episcopalis* », in *NNDI.*, con altra bibliografia.

21.7.2. Sul procedimento *per rescriptum* cfr.: Villers, *Appel* cit.; Kelly, « *Princeps iudex* » cit. Per la conoscenza di un caso pratico: Labruna, « *Rescriptum divi Pii* », *Gli atti del pupillo « sine tutoris auctoritate »* (1962).

21.7.3. Sulla cd. *summaria cognitio*: Biondi, « *Summatim cognoscere* », in *BIDR.* 30 (1921) 220 ss., e sv. « *Cognitio summaria* », in *NNDI.*; Krüger (H.), *Das « summatim cognoscere » und das klassische Recht*, in *ZSS.* 45 (1925) 39 ss.; Steinwenter, *Das Verfahren « sine scriptis »* cit.; Simon, « *Summatim cognoscere* », in *ZSS.* 83 (1966) 142 ss. (con riesame di tutti i passi, anche non relativi alla *cognitio extra ordinem*, in cui figura l'espressione « *summatim cognoscere* »). L'opinione secondo cui non è a parlarsi di un determinato « procedimento speciale » della *summaria cognitio* può dirsi ormai dominante.

CAPITOLO IV

I RAPPORTI DEL « IUS PRIVATUM »

SOMMARIO: 22. I rapporti del *ius privatum*. — 23. Le qualificazioni soggettive regolari. — 24. I soggetti giuridici limitati. — 25. I soggetti giuridici impersonali. — 26. Gli oggetti giuridici. — 27. Le *res*.

22. I RAPPORTI DEL « IUS PRIVATUM ».

22.1. La configurazione come rapporti intersubbiettivi (assoluti o relativi) degli istituti del *ius privatum* è, tutto sommato, quella che sembra riflettere più fedelmente la reale esperienza giuridica romana in tutte le fasi della sua evoluzione. Ma bisogna subito fare due precisazioni. La prima è che non mancano nelle fonti gli indizi di visuali parzialmente diverse. La seconda è che la riflessione giuridica romana, anche per deficienza di interesse alle costru-

---

22.1. Il problema della configurabilità (e, subordinatamente, della effettiva configurazione da parte dei Romani) degli istituti del *ius privatum* come rapporti intersubiettivi (vuoi assoluti e vuoi relativi) non è dei più sentiti, e forse dei meglio compresi, dalla romanistica moderna. Cfr. tuttavia: Perozzi, *Istituzioni* 1.608 ss. (con considerazioni lucidissime, anche se non in tutto accettabili); Grosso, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (1944); Archi, *Il concetto della proprietà nei diritti del mondo antico*, in *RIDA*. 3.6 (1959) spec. 238 ss.; Scherillo, *Il concetto di diritto reale (considerazioni storico-dogmatiche)*, in *St. Betti* 4 (1962) 81 ss.; Pugliese, sv. *Diritti reali*, in *ED.*, ivi altra bibliografia. È chiaro che il problema si scinde in tre distinti quesiti: *a*) se la concettualizzazione del rapporto giuridico (intersubbiettivo) sia applicabile anche al diritto romano; *b*) se questa concettualizzazione sia conciliabile con la concreta esperienza giuridica romana; *c*) se questa concettualizzazione sia stata vista, o per lo meno intravvista, dalla giurisprudenza romana. La nostra risposta è affermativa in ordine a tutti e tre i quesiti. Cfr. in proposito: Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*[3] (1959) 25 ss., 282 ss., e *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana* (1953), ora in *Le origini quiritarie* (1973) 314 ss. In senso contrario (tra gli altri: Grosso) si sostiene che la configurazione dei diritti assoluti (in particolare, dei diritti reali) come rapporto tra soggetto e oggetto non sarebbe una pura e semplice immagine, ma una convinta rappresentazione della realtà. Giustamente oppone l'Arangio-Ruiz, *Istituzioni* 175 e nt. 1: realtà economica d'accordo, ma realtà giuridica no.

zioni di carattere dogmatico, non giunse mai ad una identificazione completa ed esplicita del « rapporto giuridico » privato e dei suoi elementi costitutivi. Rendersi conto di questi limiti e di queste incertezze è indispensabile alla penetrazione storiografica della materia del *ius privatum*.

22.2. Dubbi circa la struttura dei rapporti intersubbiettivi non sorgono per le *obligationes* o per gli istituti affini, ehc furono sicuramente concepiti come rapporti giuridici relativi (tra *creditor* e *obligatus*). Nemmeno essi si pongono seriamente per i *iura in re aliena*, la cui caratteristica di rapporti sostanzialmente relativi, sia pur muniti della tutela *erga omnes* dei rapporti assoluti, non sfuggì, almeno nei tempi storici, ai Romani.

22.2.1. Il problema si pone invece in ordine ai rapporti familiari, ai rapporti parafamiliari e ai rapporti dominicali, a cominciare dal

---

22.2. La concezione delle *obligationes* (e degli istituti affini) come rapporti intersubbiettivi (relativi) risulta da innumerevoli testimonianze testuali (a cominciare dalle definizioni dell'*obligatio* riferite *infra* n. 71), che non mette conto di riportare. — Del pari evidente è la configurazione come rapporti intersubbiettivi dei *iura in re aliena*, come dimostra Pomp. 33 *Sab.* D. 8.1.15.1: *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet* [*aut in hoc ut in suo pingat*], *sed ut aliquid patiatur aut non faciat.* Tenuto al *pati* o al *non facere* non è chiunque: è il *dominus* del fondo servente.

22.2.1. Per il *dominium ex iure Quiritium* e gli istituti affini i dubbi sorgono dal fatto che i testi giurisprudenziali sottolineano costantemente l'aspetto della *potestas* sull'oggetto o, se si vuole, dell'appartenenza dell'oggetto al titolare: ma cfr. Pugliese, sv. *Diritti reali* cit. 758 nt. 11. Naturalmente dubbi ancora maggiori si hanno in ordine agli istituti in cui la subordinazione dell'oggetto al soggetto attivo è ridotta ai minimi termini (si pensi all'autorità maritale e alla maggior parte dei rapporti assoluti parafamiliari). Sicché negare che il problema qui accennato sia assai aperto sarebbe ben poco serio. — Secondo noi, la configurazione (per vero non sempre cosciente) degli istituti del *ius privatum* come rapporti intersubbiettivi fu suggerita, anzi tutto, dalla storia della loro formazione e del loro successivo divenire. Chiave per la comprensione del problema è ancora una volta l'istituto arcaico del « *mancipium* », che costituì l'unica e sola materia regolata dal *ius Quiritium*. In forza del *mancipium* di cui era titolare, il *paterfamilias* aveva ogni più ampia facoltà (finanche quella di distruggere o di uccidere), non solo riguardo alle cose inanimate e agli animali subumani rientranti nella sua *familia*, ma anche riguardo ai *filii*, ai *nepotes*, alle mogli (la sua e quelle dei figli) e ad ogni altro uomo libero e cittadino che fosse comunque divenuto suo sottoposto. Ora il *ius Quiritium*, come abbiamo già detto, non assunse come suo compito quello di regolare i rapporti interni della *familia*, e quindi di tutelare la supremazia del *pater* nei confronti dei *filii* e via dicendo: il regolamento e la tutela di questi rapporti interni gli erano totalmente indifferenti. Il *ius Quiritium* si preoccupò invece di regolare e garantire la qualifica subbiettiva di *paterfamilias* nei confronti degli altri *patres familiarum*: sia disciplinando i modi di acquisto o di perdita della qualifica di *pater*, sia autorizzando il *pater* a difendere con l'*actio* la sua qualifica nei confronti delle eventuali aggressioni degli altri *patres*. La ragion d'essere del *mancipium* come istituto giuridico, al sua rilevanza *iure Quiritium* stettero, dunque, esclusivamente nel rapporto (assoluto) intercorrente tra il titolare di esso (soggetto attivo) e tutti gli altri soggetti dell'ordinamento quiritario. Quanto ai rapporti di credito, già conosciuti dal costume extragiuridico e dalla religione, essi ebbero ricono-

dominium ex iure Quiritium. Erano essi realmente concepiti come rapporti determinanti per il titolare (il *pater familias*, il *tutor*, il *dominus ex iure Quiritium* ecc.) situazioni attive *erga omnes*, verso tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, o erano invece concepiti esclusivamente come espressioni di sovranità sull'oggetto, cioè come correlazione tra titolare e oggetto (il *filius familias*, la *mulier in manu*, la *persona in mancipio*, il *pupillus*, la *res* e via dicendo)? Gli « *omnes* » tenuti al rispetto delle facoltà del titolare vi erano tenuti in quanto soggetti passivi di un rapporto intersubbiettivo, o vi erano tenuti in quanto « estranei » alla correlazione tra il titolare e l'oggetto, cioè in base al principio generale che non bisogna invadere la sfera giuridica altrui? E la ragione principale di discussione sta in ciò: che la « *vindicatio* » (cioè l'affermazione di diritto sul *filius*, sulla *mulier*, sulla persona *in mancipio*, sulla *res*) non consisteva nell'affermare contro l'aggressore un « *ius mihi esse* » (cioè un « mi spetta il diritto su questa cosa »), ma nel dire « questa cosa è mia », « *res mea est* » (o similmente), quasi che l'aggressore si fosse illecitamente intromesso in un rapporto (tra soggetto e oggetto giuridico) che non lo riguardava e che non doveva riguardarlo. Tuttavia a noi sembra che la locuzione « *res mea est* » (o « *res mihi est* ») fosse soltanto un modo di dire suggerito dal linguaggio corrente e che sia invece decisivo questo rilievo: se l'aggressore fosse stato ritenuto un estraneo al rapporto, e non il soggetto passivo dello stesso, il soggetto attivo avrebbe reagito contro la sua aggressione mediante un'affermazione di responsabilità (alla stessa guisa che contro un *furtum* o una

---

scimento giuridico solo con il *ius legitimum vetus*, che ammise il creditore ad esercitare contro il debitore l'*actio in personam*. La configurazione di questi istituti come rapporti relativi era *in re ipsa*, essendo la loro ragion d'essere nella pretesa vantata da un determinato creditore verso un determinato debitore. Ma non è da credere che il riconoscimento giuridico dei rapporti relativi abbia potuto svalutare, in certo senso, la configurazione dei rapporti assoluti, cioè orientare i Romani verso la concezione (non vi è dubbio: più facilmente intuitiva) che soli e veri rapporti fossero quelli relativi, in cui si sapeva da prima chi fosse precisamente il soggetto passivo. Al contrario, la traduzione in termini di diritto dei rapporti di credito fu operata, in periodo arcaico, con riferimento analogico allo schema del *mancipium*: sì che il debitore venne qualificato « *obligatus* », cioè vincolato, sia pur metaforicamente, nei confronti del suo creditore. Il che sta a significare che l'istituto giuridico per antonomasia continuò ad essere considerato il *mancipium*, e quindi il rapporto assoluto. — L'accostamento originario della *obligatio* al *mancipium* (accostamento che, peraltro, non ha mai significato, a nostro avviso, identificazione) è chiaramente visibile nell'istituto del « *nexum* », atto col quale il debitore (o chi per lui) si vincolava verso il creditore. L'atto avveniva per *aes et libram*, come la *mancipatio*, ed era accomunato alla *mancipatio*, almeno sotto certi riguardi, dalle XII tavole (6.1: « *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* »); ma la giurisprudenza, a partire da Mucio (Publio o Quinto?: cfr. Scherillo, *Il concetto di diritto reale* cit. 89), si preoccupò di specificare che esso riguardava « *quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur* » (Varr. *l. L.* 7.106). V. *infra* n. 71.2.1.

rapina), cioè processualmente mediante un'*actio in personam*. La *vindicatio* e l'*actio in rem* costituiscono proprio la prova del fatto che il violatore di un diritto assoluto in senso proprio era considerato soggetto passivo del rapporto.

22.3. Ad ogni modo, sta in fatto che la *iurisprudentia* romana fu ben lontana dall'avere una visione precisa e univoca del potere giuridico e del corrispondente dovere giuridico. In particolare, il termine « *ius* », quando non sta a significare l'ordinamento giuridico (cioè il cd. diritto obbiettivo), viene molto raramente usato dalle fonti per designare il diritto soggettivo. Il più delle volte esso indica: o uno *status* del soggetto giuridico (per esempio, la sua qualità di cittadino, o « *ius civitatis* »), oppure una facoltà a lui competente in base al diritto (per esempio, la facoltà di fruire della cosa in usufrutto, o « *ius utendi fruendi* »). Oltre che per l'accennato disinteresse dei Romani verso le concettualizzazioni rigorose, la cosa si spiega peraltro facilmente. Dato che l'appoggio concesso dal diritto obbiettivo è il fondamento del potere del soggetto e quindi anche delle sue facoltà sull'oggetto, veniva naturale, sopra tutto per le caratteristiche ben note del linguaggio latino

---

22.3. Sulla concezione romana del potere giuridico (e del correlato dovere giuridico) la letteratura ovviamente è vastissima e assai varia, alimentata dalla estrema varietà della terminologia romana in relazione alle situazioni giuridiche subbiettive. Cfr., per tutti: Pugliese, « *Actio* » *e diritto subbiettivo* (1939), con vasta bibliografia; Villey, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RH.* 24-25 (1946-1947) 201 ss., *Du sens de l'expression « ius in re » en droit romain classique*, in *Mél. De Visscher* 2 (1949) 417 ss., nonché *Le « ius in re » du droit romain classique au droit moderne*, in *Conferences Inst. dr. rom. Paris* (1950) 224 ss.; D'Ors, *Aspectos objectivos y subjectivos del concepto de « ius »*, in *St. Albertario* 2 (1951) 277 ss.; Pugliese, « *Res corporales* », « *res incorporales* » *e il problema del diritto soggettivo*, in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1953) 223 ss.; Wubbe, *Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains et modernes*, in *Discours universitaires Fribourg Suisse* (1963) 7 ss. Secondo il Villey (approvato dal Monier, *La date d'apparition du « dominium » et la distinction juridique des « res » en « corporales » et « incorporales »*, in *St. Solazzi* [1948] 256 nt. 1, 262 nt. 13), i giuristi romani avrebbero del tutto ignorato la concezione di situazione giuridica subbiettiva: non di diritti subbiettivi essi avrebbero parlato, ma solo di *res*, cioè di istituzioni giuridiche, e in particolare di *res incorporales*. Contro questa tesi, con esatte osservazioni: Pugliese, « *Res corporales* » cit., il quale, in particolare, dimostra che la concezione degli istituti giuridici come *res incorporales* (su cui *infra* n. 26.2) era conosciuta solo da Gaio e da pochissimi altri giuristi, sì che « non costituiva affatto un'idea centrale della giurisprudenza romana », e che anzi l'utilizzazione di quella categoria non esclude per nulla che Gaio e gli altri giuristi abbiano avuto una concezione, sia pure imperfetta, delle situazioni giuridiche subbiettive (sul punto v. anche: Kreller, « *Res* » *als Zentralbegriff des Institutionensystems*, in *ZSS.* 66 [1948] 572 ss.). Per il nostro pensiero in ordine al problema delle situazioni giuridiche subbiettive: Guarino, *Il diritto e l'azione* cit. Per una lucida analisi della terminologia: Gioffredi, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in *BIDR.* 70 (1967) 227 ss., di cui condividiamo solo entro certi limiti questa affermazione: « si può dire che il diritto romano giunge alle soglie del concetto di diritto subbiettivo, senza tuttavia varcarle ». Da ultimo: Robleda, *El derecho subjectivo en Gayo*, in *St. Scherillo* 1 (1972) 7 ss.

(che esprimeva il favore dell'ordinamento giuridico con la locuzione « *ius mihi esse* »), utilizzare il termine « *ius* », più che per indicare il potere giuridico, per indicare le facoltà dallo stesso implicate. Se poi si considera che nell'ambiente del *ius Quiritium*, essendo unico e solo il rapporto da questo tutelato (e cioè il *mancipium*), il termine « *ius* » non stava a designare specifici diritti subbiettivi, ma la stessa situazione giuridica generale del soggetto attivo, si spiega anche l'usuale denominazione degli *status* soggettivi come *iura*.

22.3.1. La rarità e l'incertezza dell'uso di « *ius* » per designare il potere giuridico è spiegabile anche per altre ragioni. I rapporti assoluti reali (sia in senso proprio che in senso improprio) avevano spesso, come sappiamo, una denominazione caratteristica, un *nomen iuris*, che faceva perno sulle facoltà da essi implicate e stava quindi già ad indicare precisamente la situazione del soggetto attivo (es., *dominium, ususfructus* ecc.). All'incontro, i rapporti relativi erano solitamente configurati dal punto di vista della situazione passiva, cioè come « *obligationes* », sì che la situazione attiva, anziché essere qualificata *ius*, risultava implicitamente designata mediante l'affermazione dell'esistenza di una *obligatio* a vantaggio di un certo soggetto. In terzo luogo, quando veniva in essere la necessità di indicare proprio e solo la situazione giuridica attiva era uso dei Romani parlarne sotto il profilo della soggezione, quindi sotto il profilo dell'« *actio* » (*in rem* o *in personam*).

22.4. La riflessione giurisprudenziale romana pervenne anche, sebbene a gradi successivi, ad una concezione del p a t r i m o n i o come

---

22.3.1. La riflessione giurisprudenziale romana, in conclusione, non individuò mai in modo esatto e completo le s i t u a z i o n i g i u r i d i c h e s u b b i e t t i v e implicate dai rapporti, non giunse cioè mai a configurare nella loro interezza le categorie del «potere giuridico» e del « dovere giuridico ». Degni di nota sono, al proposito, i seguenti rilievi: *a*) che la pretesa *erga omnes* del soggetto attivo non venne mai qualificata come « *ius* »; *b*) che, per quanto attiene ai rapporti relativi, i giuristi, anziché parlare di una pretesa del *creditor*, parlarono a preferenza di « *obligatio* », cioè di una situazione di obbligo (e forse il termine indica anche e soprattutto la soggezione) del soggetto passivo (appunto, l'« *obligatus* »); *c*) che, per quanto riguarda sia i rapporti assoluti che i rapporti relativi, i giuristi mostrarono una decisa tendenza a prenderli in considerazione nel momento della soggezione, piuttosto che in quello del debito, ed a preferire quindi ad ogni altra la terminologia di « *actio* » (*actio in rem* o *actio in personam*); *d*) che il termine « *ius* », quando non significa facoltà, sta a significare, nelle fonti romane, la soggettività giuridica in generale, la qualifica di *persona* « *sui iuris* ». Questi elementi portano a ritenere che i Romani, conformemente al loro spirito eminentemente pratico, ebbero ben nitidi i concetti di azione e di soggezione, e forse anche quello di obbligo in un rapporto relativo. Viceversa, essi intravvidero molto nebulosamente il concetto di pretesa (sopra tutto di pretesa *erga omnes*), o più precisamente non curarono di specificare e contraddistinguere la pretesa singola rispetto alla soggettività attiva del rapporto, cioè rispetto allo *status* di soggetto giuridico attivo.

22.4. Generalmente si ritiene che il termine *p a t r i m o n i u m* stia ad indicare

complesso delle situazioni giuridiche attive e passive di cui un soggetto giuridico fosse titolare. Ma a questo proposito sembra evidente una certa differenza tra pensiero classico e pensiero postclassico. La giurisprudenza classica ebbe del « *patrimonium* » (o « *substantia* », o « *facultates* », o « *bona* », o « *pecunia* ») una visione limitata alle situazioni giuridiche attive: essa intese come patrimonio il complesso dei beni economici formanti oggetto di godimento esclusivo (« *quae domini sunt* » e « *quae bona fide possidentur* ») e l'insieme dei poteri diretti all'ottenimento od al mantenimento di quei beni (cioè che « *est in actionibus petitionibus persecutionibus* »). La giurisprudenza postclassica estese la visuale anche alle situazioni giuridiche passive: essa intese cioè il *patrimonium* come tutto l'insieme (l'« *universitas* ») delle situazioni del soggetto, comprensivo sia dei *commoda* che degli *incommoda*. Bisogna peraltro aggiungere che la configurazione del patrimonio come *universitas* fu limitata al campo successorio e fu in sostanza, come vedremo a suo tempo, lo sviluppo di una concezione già implicita nella giurisprudenza dell'età classica.

22.5. Gli oggetti dei rapporti giuridici (è importante notarlo fin d'ora) non costituivano per i Romani una cate-

---

il complesso dei beni ereditati dal *pater;* ma ci sembra preferibile credere che esso designi ciò che spetta al *paterfamilias*, cioè al soggetto giuridico. Certo è, comunque, che i giuristi classici fecero riferimento alla nozione principalmente in tema di successione a causa di morte, di *adrogatio*, di *conventio in manum* e di *missio in bona*: tutti casi in cui si verificava il subentrare di un soggetto giuridico ad un antecessore. In argomento cfr.: Biondi, sv. *Patrimonio*, in *NNDI*. (con bibliografia). — La concezione classica del *patrimonium*, come complesso di situazioni attive, risulta sopra tutto da Ulp. D. 50.16.49: ... *in bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur* [*vel superficiaria sint*]. *Aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur*. Con questa concezione non crediamo che contrasti, anzi ci sembra che in fondo collimi il principio, spesso ripetuto, che *proprie bona dici non possunt, quae plus incommodi* (= passivo) *quam commodi* (= attivo) *habent* (Iavol. D. 50.16.83), e cioè che *bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt* (Paul. D. 50.16.39.1). — Il concetto postclassico e giustinianeo, del *patrimonium* comprendente *commoda* e *incommoda*, risulta da testi vivamente attaccati dalla critica: Afric. D. 50.16.208 *(bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat);* Ulp. D. 37.1.1; Ulp. D. 37.1.3 pr.; Pomp. D. 50.16.119; Pomp. D. 29.2.37 — Sulla concezione dell'*universitas* (cd « *iuris* »): Biondi, *La dottrina giuridica dell'« universitas » nelle fonti romane*, in *BIDR*. 61 (1958) 1 ss., e sv. « *Bona* », in *NNDI*.; Robbe, *Sulla « universitas »*, in *St. Barbagallo* 1 (1970) 539 ss.; Palmieri, sv. « *Universitas* » (*dir. rom.*), in *NNDI*. V. anche *infra* n. 27.2 e 35.2.

22.5. Sugli oggetti dei rapporti di *ius privatum: infra* n. 26. — Dato che oggetti di rapporti giuridici potevano essere anche gli esseri umani, due erano le conseguenze. La prima: che gli esseri umani (liberi e schiavi, cittadini e non cittadini, autonomi familiarmente e non), potendo tutti avere o acquistare la soggettività giuridica erano considerati una categoria ben diversa dagli animali subumani e dalle cose inanimate, che alla soggettività giuridica non sarebbero potuti

goria di entità ontologicamente diverse da quella dei soggetti. Vi erano entità che non potevano essere altro che oggetti di diritti e doveri, ed erano le cose inanimate e gli animali subumani, ma vi erano entità che potevano essere tanto oggetti quanto soggetti di rapporti giuridici, ed erano gli esseri umani: *servi, filii in potestate, mulieres in manu, liberi in mancipio* e persino soggetti giuridici, cioè individui familiarmente autonomi. Vedremo tra poco le ragioni ed i limiti di questo dato caratteristico del *ius privatum*. Qui è da segnalare che esso implicò la formazione di tre concezioni, tra loro collegate, che è necessario tener ben presenti nella lettura delle fonti giuridiche romane: i concetti di *persona*, di *status personae* e di *caput*.

22.5.1. « *Persona* » fu termine usato dall'avanzato diritto classico, per chiara influenza della filosofia stoica, allo scopo di designare l'« uomo », con esclusione dei soggetti giuridici incorporali e con l'inclusione, viceversa, dei *servi*, dei *peregrini*, dei *filii familiarum* (cioè degli uomini privi della soggettività giuridica). Il motivo pratico di questa impostazione era nel fatto che *servi, peregrini* e *filii familiarum* avevano la possibilità di acquistare la soggettività giuridica, di tramutarsi essi stessi in soggetti di *ius privatum*. Ragion per cui la giurisprudenza (e così va detto, in particolare, per Gaio) trovò opportuno trattare di essi, in quanto « soggetti potenziali », unitamente ai soggetti veri e propri, in un unico e solo discorso dedicato a quel che si disse il « *ius personarum* ».

---

pervenire mai. La seconda: che in talune ipotesi il soggetto passivo del rapporto poteva anche essere oggetto dello stesso.

22.5.1. Sul concetto di *persona* e sulla sua evoluzione storica cfr.: Schlossmann, « *Persona* » *und* « πρόσωπον » *im Recht und im christlichen Dogma* (1906); Hirzel, *Die Person, Begriff und Name derselben im Altertum*, in *SBA*. 1914; Costa, *Cicerone giureconsulto* 1 (1927) 74 ss.; Schnorr von Carolsfeld, *Geschichte der juristischen Person* 1 (1933) 52 ss.; Duff, *Personality in Roman private law* (1938); Le Bras, *Capacité personnelle et structures sociales dans le très ancien droit de Rome*, in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 417 ss. Per gli sviluppi postclassici cfr. anche: Coing, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person*, in *Deutsche Landesreferate zum III. Intern. Kongr. für Rechtsvergleichung in London* (1950) 1 ss.; Biondi, *Diritto romano cristiano* 2 (1952) 342 ss. Sintesi in: Impallomeni, sv. *Persona fisica (dir. rom.)*, in *NNDI*. Il senso originario della parola fu quello di « maschera », ed appunto perciò *persona* passò, presumibilmente, ad indicare tutti coloro che hanno forma, aspetto umano, indipendentemente dalla soggettività giuridica. È stata peraltro sostenuta anche una etimologia religiosa (da Persephona): Nédoncelle, « *Prosopon* » *et* « *persona* » *dans l'antiquité classique, Essai de bilan linguistique*, in *Rév. Sc. religieuses* (1948) 1 ss. — In periodo postclassico si manifestarono due tendenze: da un lato, ad escludere i servi dal novero delle *personae* (cfr. spec. Theoph. Parl. 2.14.2, 3.17 pr., 3,29.3: ἀπρόσωποι); dall'altro, ad includere tra le *personae* i soggetti impersonali (cfr., ad es., I. 2.14.2: *nondum adita hereditas personae vicem sustinet*). La classicità del termine è, comunque, variamente sospettata.

22.5.2. « *Status personae* » (da non confondersi col concetto proprio e tecnico di *status* del soggetto giuridico) fu termine riferito dalla giurisprudenza romana non al concetto di soggetto giuridico, ma a quello di *persona*. Esso stette a significare la condizione giuridica di una *persona* in relazione alle categorie 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 ultime (i *servi*) potessero acquistare la *libertas*; « *status civitatis* » fu usato in modo analogo rispetto alla *civitas*; « *status familiae* » fu usato in senso analogo rispetto alla *familia*.

22.5.3. « *Caput* » stette a significare l'appartenenza ad una categoria di *personae*: quella degli uomini liberi, quella dei *cives*, quella dei membri di una *familia*. In rapporto a ciò, « *capitis deminutio* » significò il mutamento di *status* giuridico di una *persona* in dipendenza della sua definitiva uscita dal gruppo: per il che i giuristi classici parla-

---

22.5.2. Sul concetto di *status* cfr.: Weiss, sv. « *Status* », in *PW.*; Orestano, sv. « *Status libertatis, civitatis, familiae* », in *NNDI.* Sullo « *status libertatis* », v. Gai 1.89 ss., Ulp. 5.10; sullo « *status civitatis* », Gai 1.90, D. 1.5.18; sullo « *status familiae* », Gai 1.35, D. 1.5.11. Indicativo è Gai 1.89: *Quod autem placuit, si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa pepererit, qui nascitur liberum nasci, naturali ratione fit; nam hi, qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur; itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest, ex quo mater eos conceperit, cum ancilla fuerit; at hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt.* — Per l'evoluzione del concetto: Castello, *Il pensiero giustinianeo sull'origine degli « status hominis »*, in *St. Albertario* 2 (1952) 197 ss.

22.5.3. Sul concetto di *caput* cfr.: Radin, « *Caput* » *et* « σῶμα », in *Mél. Fournier* (1929) 1 ss.; Gioffredi, « *Caput* », in *SDHI.* 11 (1945) 301 ss., con altra bibliografia. — Sulla *capitis deminutio*: Krüger (H.), *Geschichte der « capitis deminutio »* 1 (1887); Desserteaux, *Etudes sur la formation historique de la « capitis deminutio »* 1-3 (1909-1928); Coli, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano*, I. - « *Capitis deminutio* » (1922), ora in *Scr. dir. rom.* (1973) 151 ss.; Ambrosino, *Il simbolismo della « capitis deminutio »*, in *SDHI.* 6 (1940) 369 ss.; Kaser, *Zur Geschichte der « capitis deminutio »*, in *Iura* 3 (1952) 48 ss.; Bretone, sv. « *Capitis deminutio* », in *NNDI.*; Amirante, sv. « *Postliminium* », in *NNDI.* Buone osservazioni in Guizzi, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano, Il sacerdozio di Vesta* (1968) 160 ss. Al proposito è opportuna la lettura di Gai 1.159-163: *Est autem capitis deminutio prioris status permutatio, eaque tribus modis accidit... Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit* (come nel caso delle donne, *quae ex senatusconsulto Claudiano ancillae fiunt eorum dominorum, quibus invitis et denuntiantibus cum servis eorum coierint). Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas amittitur, libertas retinetur; quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit. Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status [hominis] < familiae > commutatur; quod accidit in his qui adoptantur, item in his quae coemptionem faciunt, et in his qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuatur. Nec solum maioribus < capitis > deminutionibus ius agnationis corrumpitur, sed etiam minima; et ideo si ex duobus liberis alterum pater emancipaverit, post obitum eius neuter alteri agnationis iure tutor esse poterit.*

rono 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 *emancipatio*). La *capitis deminutio* non equivalse, dunque, in ogni caso, a perdita di capacità giuridica, ma implicò, a causa del suo carattere di definitività, la cessazione dei rapporti di *adgnatio* tra il *capite minutus* e gli altri membri della sua *familia*.

23. Le qualificazioni soggettive regolari.

23.1. Le qualificazioni soggettive regolari del *ius privatum* romano, cioè i requisiti normalmente indispensabili per essere soggetti (attivi o passivi) di rapporti giuridici privati, di tutti i rapporti privati, o (come si usava dire) per essere « *persona sui iuris* », furono: l'appartenenza alla specie umana, l'esistenza, la libertà, la cittadinanza romana, l'autonomia familiare.

23.2. Il requisito dell'appartenenza alla specie umana implicava la esclusione dal novero dei soggetti giuridici, non sol-

---

23.1. A proposito della soggettività *iure privato*, si tenga presente che essa non coincideva con quella *iure publico* e che, inoltre, alle fonti romane fu estranea la terminologia di « capacità giuridica ». I termini « *capacitas* » e « *capere* » vengono usati dalle fonti per indicare, spesso con l'ausilio di un genitivo oggettivo, specifiche attitudini a determinate attività o acquisizioni (non risultano usati « *incapacitas* » e « *incapax* »). In particolare, si parla di « *capere non posse* » (e quindi di mancanza di *capacitas*) in ordine ai casi in cui, pur essendosi capaci di essere istituiti per testamento, si è soggetti ad una interdizione dell'effettivo acquisto dei beni relitti. Sul punto, cfr.: Guizzi, sv. « *Capacitas* », in *NNDI.*; Burdese, sv. *Capacità* (*dir. rom.*), in *ED.* V. *infra* n. 39.4. — Sulle qualificazioni soggettive regolari: Impallomeni, sv. *Persona fisica*, in *NNDI.*; Watson, *The law of persons in the later Roman Republic* (1967). Per le fonti: D. 1.5 (*De statu hominum*). Ivi, in D. 1.5.2, l'insegnamento di Ermogeniano: « *hominum causa omne ius constitutum est* ».

23.2. In ordine al requisito dell'appartenenza alla specie umana, si rilevi anzi tutto che gli dei erano considerati estranei al « *ius humanum* », ma soggetti del « *ius sacrum* » (o « *divinum* »). La concezione del *ius sacrum* non ebbe, peraltro, carattere tecnico-giuridico, ma ebbe carattere retorico e filosofico. Essa derivò essenzialmente dalla sottrazione alla disponibilità giuridica e umana delle *res sacrae* (*infra* n. 27.9.2), le quali furono pertanto ritenute in disponibilità degli dei. Cfr. Macr. *Sat.* 3.3.2: *Sacrum est, ut Trebatius libro primo de religionibus refert, quidquid est quod deorum habetur.* In senso contrario Scherillo, *Le cose* [1945] 40, che attribuisce l'appartenenza delle *res sacrae* agli dei e sostiene che questa concezione fu diffusa in Roma sino al sopravvento delle concezioni cristiane (assolutamente contrarie, queste ultime, alla soggettivizzazione della divinità). Ma la tesi, oltre che ampiamente contrastata in vario senso, è ben poco persuasiva. Le *res sacrae* erano ritenute dai romani

tanto degli animali subumani, ma anche degli esseri sovrumani, cioè degli dei: « *hominum causa omne ius constitutum est* ». Discusso era il caso dei « *monstra vel prodigia* », cioè dei nati da donna che mancassero di forme umane o che presentassero anomalie rilevanti rispetto alla struttura umana normale: una categoria di esseri viventi in cui gli antichi diffusamente credevano. È probabile che i giuristi classici siano stati rigorosi nel negare anche ai mostri ogni considerazione ai fini della soggettività; in diritto postclassico si fece luce, invece, una tendenza largheggiante, almeno nel senso che i figli mostruosi potessero far numero con gli altri figli per il riconoscimento alla madre del beneficio del *ius liberorum*.

23.3. Il requisito dell'esistenza stava a significare che l'uomo, per poter essere soggetto giuridico, doveva essere nato in condizioni

---

« *nullius in bonis* » e pertanto il problema della loro appartenenza alle divinità, allo stato o ad altri non si poneva. Sul tema: Impallomeni, *Sulla capacità degli esseri soprannaturali in diritto romano*, in *St. Volterra* 3 (1971) 23 ss. — In ordine ai *monstra* (*vel prodigia*) cfr.: Ambrosino, *In tema di interpolazioni*, in *RIL.* 1939-1940, 70 ss.; Impallomeni, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Iura* 22 (1971) 99 ss. I dubbi e le discussioni al proposito risultano essenzialmente dai seguenti due testi. D. 1.5.14 (Paul. 4 *sent.* = PS. 4.9.3-4): *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit: partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur* (si fa distinzione tra essere mostruoso ed essere con forme umane abnormi). D. 50.16.135 (Ulp. 4 *l. Iul. et Pap.*): *Quaeret aliquis, si portentosum vel monstrosum... mulier ediderit ... partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat?* [*et magis est ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet*]. L'interpolazione del secondo testo è comunemente accettata (v. *Index itp.*).

23.3. A proposito del requisito dell'esistenza *in rebus humanis*, cfr. Paul. D. 50.16.129: *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt.* — La coincidenza della nascita col *partus editus* è affermata da Ulp. D. 25.4.1.1 e da Pap. D. 35.2.9.1 (testi ingiustamente sospettati da alcuni). L'accertamento della nascita, sia sotto il profilo del tempo che sotto quello della vera derivazione da una certa madre, era di ovvio rilievo, sopra tutto ai fini della determinazione della legittimità del figlio. Provvide in materia l'editto pretorio, completato da alcuni senatoconsulti. Cfr. D. 25.4 (*De inspiciendo ventre*), D. 25.5 e 6; v. anche Lenel, *EP.*[3] tit. 21 (p. 311 ss.). Sul tema: Metro, *La datazione dell'editto* « *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* », in *Synt. Arangio-Ruiz* (1964) 944 ss. — In ordine alla vitalità le fonti sono contraddittorie, ma sembra sicura la identificazione della vitalità con l'attitudine astratta alla vita extrauterina (quindi, col *partus perfectus*), e non con l'attitudine concreta, concretamente controllata, alla sopravvivenza dopo la nascita. Sul tema da ultimo: Impallomeni, *In tema di vitalità* cit. — Sulle manifestazioni della vita subito dopo la nascita rimase famosa la disputa tra proculiani e sabiniani: i primi esigevano il vagito, i secondi si contentavano di qualunque altra manifestazione sicura, « *etsi vocem non emisit* » (soluzione accolta da Giustiniano in CI. 6.29.3). — I registri dello stato civile, del tutto ignoti in periodo preclassico, si diffusero invece nelle età successive, quanto meno relativamente alle nascite. Tuttavia la denuncia (« *professio liberorum natorum* ») dei neonati a funzionari addetti non costituì un obbligo per i soggetti giuridici, ma fu per essi tutt'al più un onere: onere che era opportuno adempiere per poter conseguire certi

di vitalità e doveva essere effettivamente vivo. La « nascita » era segnata (« *partus editus* ») dal distacco del feto dall'alveo materno. La « vitalità » era desunta dal fatto che il parto fosse stato un « *partus perfectus* », a seguito di gestazione regolare di almeno sette mesi. Quanto alla « vita » effettiva, essa era dimostrata da ogni sua manifestazione caratteristica, e perciò sopra tutto dal respiro o, nei neonati, dal primo vagito. Mancò in ogni epoca un sistema di pubblica « registrazione » obbligatoria delle nascite e delle morti: le quali, dunque, in caso di incertezza o di contestazione, dovevano costituire oggetto di specifica prova.

23.3.1. Il rigore di questi principi subì progressive attenuazioni nei riguardi del « *conceptus* », vale a dire del concepito che non fosse ancora venuto alla luce (« *partus nondum editus* »). Dato che il concepimento importava una ragionevole probabilità di nascita (entro pochi mesi) di un nuovo soggetto, il *ius honorarium* ritenne equo, ad esempio, riservare al concepito una quota di partecipazione alla *bonorum pos-*

---

vantaggi o per poter sfuggire a certi svantaggi. Così, nell'età di Augusto, la denuncia di nascita dei figli (denuncia da operarsi entro un ristretto termine) era richiesta per il computo dei figli stessi al fine del conseguimento del *ius liberorum* (in base alla *lex Papia Poppaea*); e ancora, il risultare iscritti nei registri dello stato civile era richiesto al fine della prova di aver manomesso schiavi in età consentita dalla *lex Aelia Sentia*. Della registrazione dei figli legittimi (a partire da Marco Aurelio, anche dei figli illegittimi) il *ius novum* fece un elemento probatorio di rilievo al fine del riconoscimento dello stato di *civis Romanus*: il che, soprattutto nelle province, era molto importante anche nei riguardi fiscali, perché i *cives* (e inoltre alcune categorie privilegiate di provinciali) erano esentati dall'imposta personale della « *capitatio* ». Della registrazione si usava compiere, per le opportune certificazioni davanti alle autorità amministrative o giudiziarie, una « *testatio* ». Sul punto: Scheltema, « *Professio liberorum natorum* », in *T.* 14 (1936) 85 ss.; Lanfranchi, *Ricerche sul valore giuridico delle dichiarazioni di nascita in diritto romano* (1951); Weiss, « *Professio* » *und* « *testatio* » *nach der* « *lex Aelia Sentia* » *und der* « *lex Papia Poppaea* », in *BIDR.* 51-52 (1948) 316 ss.; Schulz, *Roman register of birth and birth certificates*, in *BIDR.* 55-56 (1951) 70 ss.; Lévy (J. Ph.), *Les actes d'état civil romains*, in *RH.* 30 (1952) 449 ss., e *Nouvelles observations sur les* « *professiones liberorum* », in *Ét. Macqueron* (1970) 439 ss.

23.3.1. Sulla rilevanza giuridica del c o n c e p i m e n t o: Albertario, « *Conceptus pro iam nato habetur* » (1923 e 1928), ora in *St. dir. rom.* 1 (1933) 1 ss., peraltro con esegesi ipercritica di alcuni testi; Castello, *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*, in *Mél. De Visscher* 3 (1950) 267 ss.; Meinhart, *D. 50.16.131, Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, in *ZSS.* 82 (1965) 188 ss.; Archi, sv. *Concepimento* (*dir. rom.*), in *ED.*; Lanfranchi, sv. *Nascituri* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Hackl, *Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt*, in *ZSS.* 90 (1973) 105 ss. V. anche, per gli influssi esercitati dal Cristianesimo in argomento: Biondi, *Dir. rom. crist.* cit. 2 (1952) 338 ss. Il principio « *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* » si legge in Paul. D. 1.5.7 itp. — Sulla *m i s s i o v e n t r i s i n p o s s e s s i o n e m*: *infra* n. 37.3.1. — Il problema dell'a b o r t o è stato affrontato da Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco romano* (1971), con postille in *Iura* 21 (1970) 186 ss. e in *Iura* 23 (1972) 135 s., su cui Fassò e Luzzatto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 26 (1972) 789 ss., 799 ss.

sessio del *pater* defunto, nominandosi addirittura un curatore (« *curator ventris* ») per la conservazione ed amministrazione dei cespiti relativi: ma é ovvio che la partecipazione successoria in tanto si sarebbe giuridicamente realizzata, in quanto si fosse verificato l'evento della nascita. Altre analoghe riserve a favore del concepito furono ammesse dalla giurisprudenza classica: questa giunse anzi al punto di ritenere, in omaggio al *favor libertatis*, che si potesse tener conto del periodo del concepimento ai fini del riconoscimento della libertà e della cittadinanza al neonato. Tutto questo complesso di eccezioni fu riassunto, dalla giurisprudenza postclassica, in una formulazione generale infelice, che si presta alla falsa interpretazione di un'ammissione, sia pur parziale, della capacità giuridica del concepito: « *conceptus pro iam nato habetur, quotiens de eius commodis agatur* »..

23.3.2. Dopo la morte il soggetto giuridico si considerava cancellato dal mondo del diritto e ne prendevano il posto i suoi successori. Tuttavia, motivi di utilità pratica indussero, in taluni casi eccezionali, a considerare il morto come ancora titolare, almeno a certi effetti, di situazioni giuridiche: per esempio, nell'ipotesi della *bonorum venditio*, che poteva essere effettuata anche a danno del debitore defunto, sul quale veniva quindi a ricadere l'*infamia* conseguente.

23.4. Il requisito della libertà stava a significare che, per essere soggetti giuridici, occorreva appartenere alla categoria degli

---

23.3.2. La morte dei soggetti giuridici doveva essere provata da chi vi avesse interesse. Essa determinava problemi delicati nell'ipotesi che due o più soggetti morissero nello stesso incidente (incendio, naufragio, battaglia ecc.) e che dalla premorienza dell'uno rispetto all'altro (per es., del genitore rispetto al figlio) potessero derivare conseguenze giuridiche. La soluzione della giurisprudenza classica fu che si dovesse necessariamente ritenere che i due fossero morti nello stesso istante: soluzione della « commorienza ». In ordine all'ipotesi della morte del genitore e del figlio, si profilò invece la tendenza a ritenere premorto il più debole: quindi, premorienza del genitore (più vecchio) rispetto al figlio pubere, ma premorienza del figlio impubere (non ancora sufficientemente robusto) rispetto al genitore. Il diritto postclassico-giustinianeo trasformò questi orientamenti di massima in vere e proprie presunzioni valevoli sino a prova contraria: D. 34.5.9 (10). 1 e 4, 18 (19) pr., 23 (24), 24 (25). Sul tema: Beseler, *Miscellanea*, in *ZSS*. 44 (1924) 372 ss.; Jolowicz, *Some curiosities in the history of commorientes rule*, in *Fs. Schulz* 2 (1950) 289 ss. — Sulla *missio in bona mortuorum* (e sulla connessa *bonorum venditio*): *retro* n. 19.5 e 6. La *missio* era motivata dal fatto che la situazione di insolvenza, di cui soffrivano attualmente i creditori, era stata precostituita, col suo comportamento di cattivo amministratore, dal morto: giusto, dunque, che si procedesse alla *bonorum venditio* sul patrimonio del morto e che sul morto ricadesse l'*infamia*.

23.4. Il concetto giuridico di *libertas* può essere desunto solo per esclusione dal concetto di schiavitù. Cfr. Flor. D. 1.5.4 pr.-1 (= I. 1.3.1.2): *Libertas est* [*naturalis*] *facultas eius quo cuique facere libet* [, *nisi si quid vi aut iure prohibetur*]. *Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno* [*contra naturam*] *subicitur*. La contrapposizione tra *libertas naturalis* e *servitus contra naturam* è sicuramente post-

uomini liberi, occorreva cioè non essere schiavi (« *servi* »). I Romani, infatti, come tutti i popoli antichi, conoscevano e praticavano l'istituto della schiavitù, che fu anzi per lungo tempo (ma non da prima del sec. IV a.C.) il nerbo della loro vita economica. Essi ammettevano pertanto che vaste categorie di *personae* si trovassero, in quanto schiavi, nella condizione di oggetti giuridici. È bene ribadire, peraltro, che sin dall'età classica si affermò, nella giurisprudenza e nella legislazione, un pronunciato « *favor libertatis* », in virtù del quale si fece il possibile per agevolare il riconoscimento o l'acquisto della libertà, oppure per porre rèmore alla perdita di essa, quanto meno da parte del cittadino.

23.4.1. Fatti costitutivi della libertà furono considerati: in primo luogo, la nascita da madre che fosse stata libera, sia pur transitoria-

---

classica (influenzata dalle idee cristiane e ancorata alla concezione postclassica del *ius naturale*). Sta di fatto che per i Romani la distinzione tra *liberi* e *servi* fu la « *summa divisio de iure personarum* » (Gai 1.9) e tale rimase, malgrado le rilevanti mitigazioni subite dalla condizione dei *servi* già nel periodo classico, sino a Giustiniano, il quale dichiara che la schiavitù fu resa necessaria « *ab hostium ferocitate contra naturalem libertatem* » (Iust. CI. 7.24.1). Su questi temi: Wirszubski, « *Libertas* », *Il concetto politico di libertà a Roma tra Repubblica e Impero* (tr. it., 1961); Crifò, *Su alcuni aspetti della libertà in Roma*, in *AG*. 154 (1958) 3 ss. — Sulla schiavitù a Roma: *infra* n. 60. Si cfr., tuttavia: De Martino, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, in *Labeo* 20 (1974) 163 ss.; Milani, *La schiavitù nel pensiero politico, Dai Greci al basso Medio Evo* (1972) *passim*. — La classicità del *favor libertatis*, come criterio direttivo della giurisdizione e della giurisprudenza, è stata vivacemente contestata dall'Albertario, *Schiavitù e « favor libertatis »*, ora in *St. dir. rom.* 1 (1933) 63 ss., ma a torto: Imbert, « *Favor libertatis* », in *RH*. 27 (1949) 274 ss.; Castello, *In tema di « favor libertatis »*, in *SDHI*. 22 (1956) 348 ss., e *Sulla legge Giunia Petronia*, in *St. Volterra* 5 (1971) 831 ss.; Crifò, *Diritti della personalità e diritto romano cristiano*, in *BIDR*. 64 (1961) 33 ss. I primi spunti del *favor libertatis* possono vedersi, in certo senso, nella risalente introduzione della *causa liberalis*, intesa anche, se non sopra tutto, ad evitare che un libero potesse essere scambiato per schiavo e trattato come tale: Franciosi, *Il processo di libertà in diritto romano* (1961). — Profondamente divisa la dottrina circa l'influsso esercitato sulla decadenza della schiavitù dalle dottrine cristiane. Lo negano, tra gli altri: già Salvioli, *La dottrina dei Padri della Chiesa intorno alla schiavitù*, in *RISG*. 29 (1900) 214 ss.; Imbert, *Reflexions sur le Christianisme et l'esclavage en droit romain*, in *RIDA*. 2 (1949) 445 ss.; da ultimo, De Martino, *Storia della costituzione romana* 5 (1967) 41 ss. Di parere opposto, da ultimo: Biondi, *Dir. rom. crist.* cit. 2.348 ss., 373 ss.

23.4.1. Sulla libertà per nascita: Gai 1.82 (*ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur*); Marcian. D. 1.5.5.2 (*si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci*); Marcian. D. 1.5.5.3 (*sufficere ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore* [tra il concepimento e il parto] *habuisse*: I. 1. 4 pr. attribuisce questo principio a Marcello). Cfr. anche: Gai 1.89-92; Ulp. D. 1.5.18. Secondo una legge di cui si ignora il nome (ma v. Castello, *La condizione del concepito da libero e schiava e da libera e schiavo in diritto romano*, in *St. Solazzi* [1948] 189 ss. che identifica la legge con la *lex Minicia*), i figli maschi nati dall'unione di un uomo libero con una schiava, « *quem credebat liberam esse* », erano da considerare eccezionalmente liberi, ma Vespasiano *inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam*: cfr. Gai 1.85. — Sugli effetti della *manumissio servorum*: *infra* n. 23.5. V. inoltre, per la struttura degli atti, *infra* n. 60. — Sugli *ingenui* v. ancora Marcian. D. 1.5.5.2, e cfr. Longo, sv.

mente, nel tratto di tempo tra il concepimento ed il parto; in secondo luogo, la « *manumissio* », cioè l'affrancazione dallo stato di schiavitù, su cui ci fermeremo parlando del requisito della cittadinanza. I liberi per nascita si dicevano « *ingenui* »; i liberi a seguito di manumissione si dicevano « *libertini* ».

23.4.2. Fatti estintivi della libertà furono: in primo luogo, certe condanne penali o certi provvedimenti normativi intesi a punire con la schiavitù le malefatte di un cittadino; in secondo luogo, la « *captivitas* », cioè la caduta del cittadino in prigionia di guerra presso popolazioni straniere. In ordine alla *captivitas*, ch'era una situazione non definitiva e che, comunque, era ovviamente guardata con sfavore dai Romani, intervennero tuttavia, a mitigarne gli effetti per i cittadini

---

Ingenui, in *NNDI.* — Sui *libertini*: *infra* n. 24.2. — Si noti che la libertà poteva essere acquistata dallo schiavo, oltre che per manomissione, anche in virtù di speciali provvedimenti di governo, su cui ancora *infra* n. 60.

23.4.2. Sui fatti estintivi della libertà (e costitutivi della schiavitù): *infra* n. 60. — Sulla *captivitas* e sul *ius postliminii*, v. D. 69.15, CI. 8.51. In dottrina cfr.: Bechmann, *Das « ius postliminii »* (1872); Sertorio, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* (1916); Guarino, *Sul « ius singulare postliminii »*, in *ZSS.* 61 (1941) 58 ss.; Imbert, *« Postliminium »* (1944); Amirante, *« Captivitas » e « postliminium »* (1959), *Prigionia di guerra, riscatto e « postliminium »* (1969), nonché sv. *Postliminio* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Fuenteseca, *Origines y perfiles clásicos del « postliminium »*, in *AHDE.* 21-22 (1951-1952) 300 ss.; Kornhardt, *« Postliminium » in republikanischer Zeit*, in *SDHI.* 19 (1953) 1 ss. Si discute se il *captivus* perdesse la titolarità dei rapporti giuridici, salvo a riacquistarla (per fenomeno di reviviscenza) al suo rientro in patria, o se invece la titolarità di quei rapporti fosse considerata *« in pendenti »* sino al momento del rientro (oppure sino al momento della morte del *captivus*). Sul punto, in vario senso, oltre gli autori già citati: Solazzi, *La pendenza dei diritti nelle fonti romane* (1953), e *Il « ius postliminii » in Gai 1.129* (1954), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 431 ss. e 6 (1972) 679 ss., con indicazione di altri scritti in argomento dell'autore; Amirante, *Ancora sulla « captivitas » ed il « postliminium »*, in *St. De Francisci* 1 (1956) 519 ss., *Gai 1.135: appunti per la storia del dogma della pendenza*, in *BIDR.* 71 (1961) 109 ss., nonché *Pendenza e prigionia di guerra*, in *Labeo* 9 (1963) 23 ss.; Gioffredi, *Sul « ius postliminii »*, I. - *La struttura dell'istituto*, in *SDHI.* 16 (1950) 13 ss.; Kreller, *Juristenarbeit am « postliminium »*, in *ZSS.* 69 (1952) 172 ss.; Longo (G.), *Postille critiche in tema di « captivitas »*, in *Iura* 8 (1957) 29 ss.; Zilinsky, *Zur Frage der Verschollenheit im römischen Rechte*, in *AA.* 1960; Bona, *Sull'« animus remanendi » nel postliminio*, in *SDHI.* 27 (1961) 186 ss. Il linguaggio delle fonti in argomento è effettivamente assai vario, ma è probabile che molti dubbi della dottrina moderna siano originati da una valutazione troppo rigida di quel linguaggio: valutazione che induce, forse erroneamente, a sospettare un mutamento di visuali dal diritto classico al diritto postclassico, oppure già nell'ambito del diritto classico. — Caratteristico il concetto di *postliminium in pace*, esposto, ad es., da Pomp. D. 49.15.5.2: *In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit illorum fit et liber homo noster ab eis captus servus fit* [*et*] *eorum: idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat.* Sul tema: Bona, *« Postliminium in pace »*, in *SDHI.* 21 (1955) 249 ss. con altra bibliografia. — Sulla *fictio legis Corneliae* cfr. anche: Balogh, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes*, in *St. Bonfante* 4 (1929) 623 ss.; Wolff (H.), *The lex Cornelia de captivis and the Roman law of succession*, in *T.* 17 (1941) 136 ss.

romani, due istituti caratteristici: il *ius postliminii* e la *fictio legis Corneliae*. Il « *postliminium* » o « *ius postliminii* » era un vecchio principio consuetudinario, in forza del quale, se il cittadino riusciva a sottrarsi alla prigionia ed a rientrare nei *limina* di Roma, la sua *capitis deminutio* (*maxima*) veniva considerata nulla: quindi, egli riacquistava tutte le situazioni giuridiche (attive e passive) di cui era stato titolare in precedenza, così come se lo stato di prigionia non avesse mai avuto luogo. La « *fictio legis Corneliae* » era così denominata in considerazione della *lex Cornelia* (*Sullae*) *de captivis* dell'81 a.C., la quale provvide all'ipotesi di morte del cittadino nello stato di *captivitas*: ad evitare che il testamento di lui fosse dichiarato nullo per essere egli morto come *capite minutus*, la legge stabilì che il momento della morte del *captivus* dovesse essere fittiziamente retrodatato al momento della cattura da parte del nemico, cioè all'ultimo istante in cui il cittadino aveva goduto della *libertas*, e quindi della *testamenti factio*. Ma il lavorìo esercitato dalla giurisprudenza classica e postclassica intorno a questi schemi del postliminio e della legge Cornelia fu dei più intensi e, talora, contraddittori che si conoscano.

23.5. Il requisito della c i t t a d i n a n z a romana stava a significare che, per essere soggetti giuridici, occorreva appartenere alla

---

23.5. Sulla c i t t a d i n a n z a: Sherwin-White, *The Roman citizenship* (1939); Castello, *L'acquisto della cittadinanza e i suoi riflessi nel diritto romano* (1951); De Visscher, *Le droit de cité romaine*, in *Acta Congr. Madvigiani* 1 (1958) 1 ss.; Levy (E.), « *Libertas* » *und* « *civitas* », in *ZSS.* 78 (1961) 142 ss.; Gioffredi, *Libertà e cittadinanza*, in *St. Betti* 2 (1962) 511 ss.; Crifò, sv. *Cittadinanza* (*dir. rom.*), in *ED.*; Coli, sv. « *Civitas* », in *NNDI.*, ora anche in *Scr. dir. rom.* (1973) 963 ss. — Il complesso delle situazioni attive e passive connesse alla qualifica di *civis Romanus* prendeva il nome di « *ius Quiritium* » o di *i u s R o m a n u m*, il quale andava, in quanto tale, distinto dal « *ius Latinum* » e dal « *ius Italicum* » (qualifiche privilegiate di *peregrinitas*: *infra* n. 24.3). Le capacità più caratteristiche del *civis Romanus* erano il « *ius suffragii* » e, nel campo del *ius privatum*, il « *ius connubii* » (che comportava la possibilità di contrarre *iustae nuptiae* con altri cittadini romani) e il « *ius commercii* » (che comportava la possibilità di compiere i negozi del *ius civile vetus* e di ricorrere alle *legis actiones*): ma si noti che *connubium* e *commercium*, nonché un limitato *ius suffragii*, potevano essere concessi anche a stranieri, in ispecie ai *Latini*. Sul tema: Guarino, « *Commercium* » *e* « *ius commercii* », in *Le origini quiritarie* (1973) 266 ss. — Sulla *c o n s t i t u t i o A n t o n i n i a n a* e sui problemi connessi esiste una vastissima letteratura, che non è qui il caso di riferire: per tutti, v. Arangio-Ruiz, sv. *Editto di Caracalla*, in *NNDI.*; e cfr., da ultimi: Sasse, *Die* « *Constitutio Antoniniana* » (1958); Segrè (A.), *La Costituzione Antoniniana e il diritto dei* « *novi cives* », in *Iura* 17 (1966) 1 ss.; Radovcic, *Rimsko pravo gradanst* (« *civitas Romana* ») *ecc.*, in *St. Horvat* (1968) 284 ss.; Talamanca, *Su alcuni passi di Menandro di Laodicea relativi agli effetti della* « *constitutio Antoniniana* », in *St. Volterra* 5 (1971) 433 ss.; Herrmann, *Ueberlegungen zur Datierung der* « *constitutio Antoniniana* », in *Chiron* 2 (1972) 519 ss.; Sherwin-White, *The* « *tabula* » *of Banasa and the* « *constitutio Antoniniana* », in *JRS.* 63 (1973) 86 ss. Alla *constitutio* fa riferimento, tra gli altri, Ulp. D. 1.5.17, ma si tratta di riferimento generico: *In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.* Il

categoria dei *cives Romani*, occorreva cioè non essere stranieri (« *peregrini* »). L'esigenza era di fondamentale importanza nell'età arcaica e lo rimase, quanto al *ius publicum*, anche nel periodo della *respublica* nazionale. In ordine al *ius privatum*, invece, sin da tempi piuttosto risalenti ebbero inizio le eccezionali ammissioni, poi sempre più diffuse, dei *peregrini* alla comunanza di vita giuridica con i Romani, sì che i *peregrini*, e primi fra tutti i *Latini*, vennero per molti effetti ad essere equiparati *iure privato* ai *cives*. Il processo di parificazione continuò e si incrementò nel corso del periodo classico, sin quando Caracalla, con la *constitutio Antoniniana* del 212 d.C., estese la cittadinanza romana a tutti gli abitanti dell'impero, fatte poche eccezioni.

23.5.1. Fatti costitutivi della *civitas Romana* furono: in primo luogo, la nascita *ex iusto matrimonio* tra due cittadini romani (romani

---

testo completo della costituzione era probabilmente riportato, in lingua greca, dal PGiess. 40.1, ma si tratta, purtroppo, di un testo mutilo e lacunoso, che è assai difficile integrare e che ha dato adito a diversissime interpretazioni. Secondo la *communis opinio*, erano esclusi dalla concessione i *peregrini dediticii* e i *dediticiorum loco* (*infra* n. 24.3); ma è stato anche sostenuto: da un lato, che la concessione fosse limitata ai soli *peregrini* organizzati in *civitates* o πόλεις (con esclusione di quelli viventi isolati nella χώρα); dall'altro, che la concessione fosse estesa a tutti gli abitanti dell'impero, con esclusione dei soli *barbari dediticii*. Altro problema, dibattutissimo, è se gli appartenenti a *civitates* non romane abbiano conservato anche la loro cittadinanza di origine, conseguendo per tal modo una doppia cittadinanza. — Rilevante per la determinazione della cittadinanza era l'*origo*, cioè il luogo di derivazione familiare della persona (da non confondersi con il luogo di residenza, cioè con il « *domicilium* »): Visconti, *Note preliminari sull'« origo » nelle fonti imperiali romane*, in *St. Calisse* 1 (1939) 39 ss.; Burdese, sv. *Domicilio* (*dir. rom.*), in *ED*.

23.5.1. Sui fatti costitutivi della *civitas Romana* cfr. partic.: Castello, *L'acquisto* cit. La legislazione registrò in materia rilevanti variazioni. Nell'età preclassica, in conformità all'orientamento nazionalistico della *respublica*, l'acquisto della cittadinanza da parte dei *peregrini* fu ostacolato: così, la *lex Licinia Mucia* del 95 a.C. abolì il cd. « *ius migrandi* » dei *Latini* (v. *infra* n. 24.3), istituendo una *quaestio* criminale per l'usurpazione della cittadinanza da parte degli stranieri; e ancora, la *lex Minicia* (pur essa anteriore alla guerra sociale: Castello, *La data della legge Minicia*, in *St. Arangio-Ruiz* 3 [1953] 301 ss.) stabilì, non soltanto che il figlio di una romana e di un peregrino privo di *connubium* fosse *peregrinus*, ma anche che fosse *peregrinus* il figlio di un romano di sesso maschile e di una *peregrina* priva di *connubium*, pur se la donna fosse divenuta romana al momento del parto (cfr. Gai 1.78-79; Ulp. 5.8). Dopo la guerra sociale, e in ogni caso nel periodo della *respublica* universale, la situazione cambiò radicalmente: se da un lato, per reagire alla leggerezza con cui si operavano le *manumissiones*, furono posti dei limiti (dalla *lex Aelia Sentia* e dalla *lex Iunia Norbana*) all'acquisto della cittadinanza romana da parte dei *libertini*, dall'altro furono progressivamente ridotte le difficoltà che si frapponevano agli stranieri per il conseguimento della *civitas*. Un *senatusconsultum* proposto da Adriano stabilì che il nato da un latino e da una romana fosse cittadino romano (cfr. Gai 1.80). Un altro *senatusconsultum* sollecitato da Adriano riconobbe la cittadinanza romana al figlio di due peregrini, se il padre (o, meglio ancora, la madre) avesse acquistato la *civitas Romana* prima della nascita. E ancora, un altro senatoconsulto di età adrianea ammise la « *erroris probatio* » (cfr. Gai 1.67.75), nel senso che il cittadino romano che avesse sposato una straniera nell'erronea credenza che si trattasse di una romana, era ammesso a provare il suo errore ed a conseguire la cittadinanza romana per il figlio e per la

almeno al momento del concepimento), oppure tra un cittadino romano al momento del concepimento ed una straniera munita di *connubium* con i Romani; in secondo luogo, la nascita non *ex iusto matrimonio* da madre romana al momento del parto; in terzo luogo, la « *civitatis donatio* », cioè la naturalizzazione concessa dagli organi di governo della *respublica* a singoli stranieri o ad intere categorie di stranieri; in quarto luogo, la manumissione dalla schiavitù, purché fosse una « *manumissio iusta ac legitima* », cioè operata nelle forme antiche e tradizionali della *manumissio testamento,* della *manumissio censu* o della *manumissio vindicta.* La singolarità per cui lo schiavo (cioè uno straniero) poteva diventare, mediante la *manumissio* operata da un qualunque *dominus* privato, *civis Romanus,* si spiega solo pensando alle antiche origini dell'istituto della *manumissio*: la quale sorse probabilmente in un'epoca in cui la schiavitù non era ancora diffusa in Roma ed i *patres* delle *familiae* affrancavano dalla propria *potestas* degli elementi (i *liberi in mancipio*) che erano già liberi e cittadini. In altri termini, il sopravvenire degli schiavi stranieri in Roma fece sì che questi fossero sottoposti al *mancipium* e fossero equiparati ai *liberi in mancipio,* con la conseguenza che la dismissione del *mancipium* su di essi li rendeva liberi e cittadini.

23.5.2. Fatti estintivi della *civitas Romana* furono: in primo luogo, quelli stessi che valevano a far estinguere la *libertas* (ond'è che, di regola, si perdeva in una sola volta la *civitas libertasque*); in secondo luogo, lo stabile abbandono del patrio suolo da parte del cittadino (cd. « *exilium* »), che anch'esso ammetteva, peraltro, il riacquisto delle situazioni giuridiche *iure postliminii,* in caso di ritorno in patria. Il ritorno in patria era interdetto a coloro che avessero subìto, andando in esilio, l'« *aqua et igni interdictio* »: se essi varcavano i confini di Roma, non solo non riacquistavano la soggettività giuridica perduta, ma erano

---

stessa moglie. Infine, per concessioni *ad personam,* i *milites* congedati con *missio honesta* godevano del privilegio di sposare donne peregrine con l'effetto che i figli fossero *cives Romani*: al proposito i relativi *diplomata* (di cui restano parecchi esempi testuali) subordinavano l'effetto al « *tollere liberos* » da parte del padre (il quale, dunque, poteva anche non riconoscere il figlio come suo: cfr. Volterra, *Un'osservazione in tema di* « *tollere liberos* », in *Fs. Schulz* 1 [1951] 388 ss.).

23.5.2. Sui fatti estintivi della *civitas Romana* cfr., in generale: Mitteis, *Privatrecht* 125 ss. — In particolare, sull'*exilium*: Crifò, *Ricerche sull'* « *exilium* » *nel periodo repubblicano* 1 (1961). — Un singolare fatto estintivo della *civitas Romana* era costituito dalla *deductio in coloniam Latinam*: quando Roma costituiva *coloniae Latinae* (v. *infra* n. 25.2.1), i romani che si trasferivano in esse diventavano *Latini* (cfr. Gai 1.131). — Sulla *apolidia*: Volterra, *Gli* ἀπόλιδες *in diritto romano,* in *St. Messineo* (1959) 471 ss.; Lemosse, *Brèves remarques sur les* ἀπόλιδες, in *St. clasice* (1965) 49 ss.

esposti, originariamente alla libera aggressione di qualunque cittadino romano, in periodo classico alla pena pubblica della *deportatio in insulam*.

23.6. Il requisito dell'autonomia familiare stava a significare che, per essere soggetti giuridici, occorreva essere esenti dalla subordinazione alla *patria potestas*, alla *manus maritalis*, al *mancipium* altrui: occorreva cioè non trovarsi nello stato di *filius familias*, di *mulier in manu*, di *liber in mancipio*. Chi godesse di autonomia familiare era detto « *persona sui iuris* » (in contrapposto alle « *personae alieni iuris* », cioè ai subordinati) e poteva essere sia di sesso maschile che di sesso femminile. Tuttavia, se era maschio, poteva avere sotto la sua *potestas* una *familia*, ed appunto perciò veniva solitamente anche denominato « *paterfamilias* »; se invece era femmina, era « *caput et finis familiae suae* », essendo interdetta alle donne la titolarità di ogni potestà familiare. Pertanto, almeno in età storica, il diritto privato si differenziava radicalmente dal diritto pubblico anche per il fatto di esigere per la soggettività giuridica un requisito ulteriore, che restringeva fortemente il numero delle persone capaci *iure privato*.

23.6.1. La ragione di questa peculiarità del diritto privato romano è esclusivamente storica e va, più precisamente, ricercata nella storia

---

23.6. Sull'autonomia familiare v. Gai 1.48-49: ... *quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt. Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in mancipio, aliae in manu sunt.* Ove si vede che non si tratta di una « *summa divisio personarum* » (la *summa divisio*, dice Gai 1.9, è quella tra liberi e servi), ma di una suddistinzione della categoria dei liberi (e *cives*), alla quale sono assolutamente estranei gli schiavi. — Per il concetto di *paterfamilias* v. Ulp. D. 50.16.195.2: ... *pater familias appellatur, qui in domo dominium habet ..., quamvis filium non habeat* (ove, sia pur sinteticamente, si intende che il *paterfamilias* è tale anche se non ha sottoposti liberi, tra cui principalmente i figli, e che egli, in quanto *paterfamilias*, è titolare di un patrimonio ed ha quindi il *dominium in domo*). — Il termine di *materfamilias* appare solo di rado utilizzato per indicare la donna *sui iuris* (in contrapposto alle *personae alieni iuris*): più spesso esso ricorre per indicare la *uxor* (eventualmente, anche *in manu*) del *paterfamilias*, oppure la « *matrona* », vale a dire la donna di specchiati costumi (cfr. Ulp. D. 50.16.46.1: colei, *quae non inhoneste vixit ..., nam neque nuptiae neque natales faciunt matremfamiliam, sed boni mores*). Sul punto cfr.: Carcaterra, « *Materfamilias* », in *AUBA*. 1940; Wolodkiewitz, « *Materfamilias* », in *CHP*. 1964. Il principio « *mulier autem familiae suae caput et finis est* » si trova espresso in Ulp. D. 50.16.195.5.

23.6.1. Sulla *familia* romana trattazione più approfondita *infra* n. 47 ss. — Si avverta che il termine « *familia* » ebbe nelle fonti romane varie accezioni, pur se tutte determinate da un'unica origine storica dell'istituto (De Martino, sv. « *Familia* », in *NNDI.*; Volterra, sv. *Famiglia* [*dir. rom.*], in *ED.*): *a*) come complesso di persone e cose formanti oggetto di diritti assoluti del *paterfamilias* (cfr. Ulp. D. 50.16.195.1); *b*) come complesso dei figli e delle *mulieres in manu* (cioè come il complesso degli *adgnati*: v. *infra* nt. 23.6.4); *c*) come complesso dei subordinati aventi caratteristica di *personae*, ma privi della qualità di *adgnati* (quindi: i *liberi in mancipio* e i *servi* [cfr. Ulp. D. 21.1.25.2]: di qui la ripartizione dei servi nella « *familia*

(in certo senso, singolare) dell'istituto familiare in Roma. Infatti, in Roma il carattere di microrganismo politico-economico, cioè sovrano, che la *familia* aveva avuto in età precivica, non svanì, come generalmente altrove, per effetto dell'assorbimento delle *familiae* prima nelle *tribus* e poi nella *civitas*. La *civitas*, se da un lato determinò la decadenza delle *tribus* e delle *gentes*, dall'altro trovò addirittura comodo utilizzare ai propri fini le organizzazioni a carattere familiare e fidò sulle stesse per un sistema di amministrazione decentrata. Le *familiae* divennero, in altri termini, enti parastatali, con larga sfera di autonomia, dei quali l'ordinamento cittadino non curò l'organizzazione e il funzionamento interni, ma curò solo il comportamento esterno, riconoscendone come unico esponente e responsabile di fronte alla *civitas* il *pater*. Questa impostazione, per vero, non durò molto a lungo nel campo del *ius publicum*, ove, a partire dal periodo preclassico, i *patres familiarum* ed i loro sottoposti liberi passarono ad essere tutti considerati egualmente capaci di accedere ai *comitia* ed alle magistrature, così come erano tutti egualmente richiesti di prestare servizio nell'*exercitus*. Viceversa, quanto al *ius privatum*, il sistema, pur con molte successive attenuazioni, resistette fino a Giustiniano.

23.6.2. Fatti costitutivi dell'autonomia familiare furono: in primo luogo, la nascita al di fuori di una *familia* e quindi al di fuori di ogni *patria potestas* altrui; in secondo luogo, la cessazione della *potestas* familiare cui si fosse subordinati, il che poteva avvenire per morte o

---

urbana » e nella « *familia rustica* », Pomp. D. 50.16.166). Giustiniano, coronando una evoluzione tipicamente postclassica, intese per *familia* (quanto meno in ordine all'ipotesi di un fedecommesso fatto « *familiae suae* ») tutti i parenti di sangue, gli affini e i liberti (o i patroni). — Sulle origini del nome (a nostro avviso, dell'ètimo « *dham* », che è lo stesso di « *domus* ») cfr.: Henrion, *Des origines du mot « familia »*, in *AC*. 10 (1941) 37 ss., e 11 (1942) 253 ss., ivi altra bibliografia. — Sul particolare ordinamento della *familia*, anche dal punto di vista sociologico, e con sguardo comparativo, cfr.: Westrup, *Introduction to early Roman law, The patriarcal joint family*, 3 voll. (1934-1944); Volterra, *Sui « mores » della « familia » romana*, in *RAL*. 1949-1950 (ivi bibliografia). La ricostruzione della *familia* arcaica da noi raccolta è sostanzialmente quella del Bonfante. Al proposito, v. la polemica tra il Voci, *Esame della tesi del Bonfante sulla « familia » romana arcaica*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 101 ss., e *Qualche osservazione sulla famiglia romana arcaica*, in *SDHI*. 19 (1953) 307 ss., e il Betti, *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla « familia » romana arcaica*, in *SDHI*. 18 (1952) 241 ss., e *Wesen des altrömischen Familienverbands*, in *ZSS*. 71 (1954) 1 ss., che difende la visione bonfantiana. Penetranti osservazioni su tale questione anche in: Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*. 1949, spec. 43 ss. V. *retro* n. 8.2.1.

23.6.2. Sui fatti costitutivi dell'autonomia familiare: *infra* n. 48 (a proposito dei fatti estintivi e costitutivi della *potestas*). Va solo aggiunto che i *liberi in mancipio* acquistavano la libertà per affrancazione (*manumissio*): è incerto se l'acquistassero anche per scomparsa del titolare del *mancipium* o se invece, in questo caso, passassero sotto il *mancipium* dei suoi *filii*.

capitis deminutio del *pater*, oppure per affrancazione concessa da costui. La nascita al di fuori di una *familia* si aveva per coloro che fossero figli di ignoti o figli di madre romana non unita in *iustum matrimonium* con il genitore maschio (« *vulgo concepti* »).

23.6.3. Fatti estintivi dell'autonomia familiare furono gli stessi che producevano la *capitis deminutio maxima* e *media* e, in più, l'*adrogatio* di un *pater familias* ad opera di altro *pater* e la *conventio in manum mariti* di una donna *sui iuris*: fatti, questi ultimi, produttivi di *capitis deminutio minima*.

23.6.4. A completamento dei cenni sul sistema familiare romano, è indispensabile tener presente che la parentela naturale tra i membri

---

23.6.3. Sui fatti estintivi dell'autonomia familiare: *infra* n. 48.

23.6.4. 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 molto lentamente ad acquistare qualche 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*. — Si distingueva una « *cognatio recta* », costituita da ascendenti e discendenti, da una « *cognatio transversa* » (collaterale), costituita da due linee dirette 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 sommavano i numeri delle generazioni che distanziavano i due *cognati* dal capostipite comune. V. Gai 1.156 (riportato *infra*); I. 3.6; D. 38.8.1; D. 38.10.1; D. 38.10.4; D. 38.10.16; Paul. 4.11 (*Tractatus de gradibus cognationum*); Nov. 118. In dottrina cfr.: Scherillo, sv. « *Cognatio* » (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Pezzana, sv. « *Cognatio* », in *ED.*; Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* (1937) 143 ss.; Castello, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano* (1942) 123 ss.; Guarino, *Questioni intorno a Gai 3.10*, in *SDHI.* 10 (1944) 290 ss.; Scherillo, *Sul « Tractatus de gradibus cognationum »*, in *SUC.* 1931. Su un calcolo della parentela e sul riconoscimento suo, contro la dottrina dominante, che la limita al settimo grado (v. D. 39.10.4 pr.): Perozzi, *Circa il limite della cognazione in Roma* (1910), ora in *Scr. giur.* 3 (1948) 61 ss. — Sull'*adgnatio*, cfr. Gai 1.156: *Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius et nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati. Itaque inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. Item amitae, materterae filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et invicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur patris, non matris familiam secuntur*; e 3.10: *Vocantur autem adgnati qui legitima cognatione iuncti sunt. Legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas coniungitur. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint. Item patruus fratris filio et invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles inter se, id est qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinos vocant. Quo ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus.* Cfr. anche I. 1.15.1, 3.2.1; D. 38.10.4.2; D. 38.10.10.2. In dottrina cfr.: Scherillo, sv. *Agnazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Perozzi, *Parentela e gruppo parentale* (1921), ora in *Scr. giur.* 3 (1948) 3 ss.; Lepri, *Ancora qualche parola a proposito di « sui » e di « agnati »*, in *St. Solazzi* 2 (1948) 90 ss.; Guarino, *Notazioni romanistiche, « Sui » e « agnati » nelle XII Tabulae*, in *AUCT.* 1949; Solazzi, « *Adgnati* » (1950), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972)

della *familia* (cd. « *cognatio* ») aveva, salvo eccezioni, un rilievo prevalentemente sociale. Dal punto di vista del diritto rilevava essenzialmente la dipendenza dei componenti dal *paterfamilias*. Tuttavia, quando i subordinati erano anche parenti naturali del *pater*, od erano ai parenti espressamente parificati dall'ordinamento, la dipendenza familiare era graduata in rapporto alla *cognatio* e prendeva il nome di « *adgnatio* ». *Adgnati* (letteralmente: nati dopo il capostipite) erano, dunque, i *filii familias* (e con essi gli *adrogati*, gli *adoptivi*, i *legitimati*) e le *mulieres in manu* (che erano *filiarum loco*), ordinati secondo le stirpi, cui ciascun discendente di primo grado aveva dato luogo, e secondo le generazioni, che si fossero l'un l'altra seguite. Di più: se *stricto iure* alla morte del *pater* la *familia* si dissolveva, tuttavia è chiaro che di essa si conservava a lungo il ricordo. Pertanto, alla *familia* in senso proprio o stretto (« *familia proprio iure* ») i giuristi classici giustapposero quella in senso lato ed improprio (« *familia communi iure* »), costituita da tutti coloro che si sarebbero trovati sotto la *potestas* di un certo capostipite, se questo non fosse venuto meno per morte o *capitis deminutio*: il che aveva, come vedremo, le sue ripercussioni in tema di *successio ab intestato*, di *tutela*, di *cura*.

23.7. La mancanza nella giurisprudenza romana di una chiara e completa visione del rapporto assoluto fece sì che non si ponesse nean-

---

261 ss. Contro la tesi di una limitazione dell'*adgnatio* al settimo o a qualunque altro grado cfr.: Guarino, « *Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis* » *e la compilazione di D. 38.10*, in *SDHI*. 10 (1944) 267 ss., e *Sui gradi dell'* « *adgnatio* », in *AUCT*. 1946-1947. — Per la distinzione della *familia proprio iure* dalla *familia communi iure*, v. Ulp. D. 50.16.195.2: *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, quia ex eadem domo et gente proditi sunt.* In epoca storica, anche se le *gentes* propriamente dette (cioè quelle derivanti dalle *gentes* patrizie dell'età arcaica) erano in minimo numero, si parlò egualmente di « *gentes* » per designare le *familiae communi iure*, le quali erano caratterizzate dall'identità del *nomen* di tutti i suoi componenti (cd. « *nomen gentilicium* »: v. *infra* 23.7).

23.7. A proposito del nome della persona, cfr.: già Mommsen, *Die römischen Eigennamen*, ora in *Ges. Schr.* 4 (1906) 404 ss., 465 ss.; Doer, *Die römische Namengebung* (1937), con bibliografia, a cui *adde* Lanfranchi, « *Lustratio* » *e* « *nominis impositio* », in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 384 ss. — Ciascun romano aveva un

che lontanamente il problema dell'esistenza di diritti peculiari della soggettività giuridica. In particolare, non è ravvisabile nel diritto romano la concezione di un « diritto al nome » (e al pseudonimo, e ad ogni altro segno indicativo della persona): ogni questione in materia restò sempre di esclusiva pertinenza del costume sociale. Quanto all'integrità fisica e morale del soggetto giuridico, essa fu tutelata *iure privato* col mezzo caratteristico dell'*actio iniuriarum*, ma è da escludere che i Romani si siano resi conti del fatto che l'*iniuria* costituiva violazione dell'obbligo comune a tutti di non ledere il soggetto giuridico.

24. I SOGGETTI GIURIDICI LIMITATI.

24.1. Accanto ai soggetti giuridici regolari, muniti delle qualificazioni soggettive dianzi illustrate, il *ius privatum* conobbe una vasta gamma di soggetti giuridici limitati. Erano « limitati » perché non erano ammessi alla titolarità di tutti i rapporti giuridici, ma erano esclusi dalla titolarità di taluni rapporti e, comunque, variamente condizionati, a seconda delle categorie, nel godimento del *ius privatum*. Le cause delle limitazioni furono diverse e possono essere

---

nomen (da *noscere*), quale segno distintivo della sua situazione peculiare. Per gli individui maschi si usavano *tria nomina*: il *praenomen*, o nome individuale, che distingueva il soggetto da altri membri della famiglia (es.: *M*[*arcus*]); il *nomen* gentilizio o familiare (es.: *Tullius*); ed il *cognomen*, che indicava il ramo particolare della *gens* o alludeva a qualche circostanza personale o familiare (costituendo un soprannome o *agnomen*) (es. *Cicero*). Si era soliti, in documenti ufficiali, indicare anche la provenienza e filiazione (es.: *Corn*[*elia tribu*], *M*[*arci*] *f*[*ilius*]). Il liberto prendeva *praenomen* e *nomen* del patrono e conservava, quale *cognomen*, il suo nome originario; prima del *cognomen* si era soliti indicare anche la sua condizione (es.: *M*[*arci*] *l*[*ibertus*]). Lo schiavo aveva il solo nome individuale, seguito dall'indicazione della condizione servile: es., *Hermodorus Tullii Marci* (*servus*). Le persone di sesso femminile erano solitamente indicate col nome gentilizio al femminile: es., *Cornelia*, *Tullia*.

24.1. A proposito dei soggetti giuridici limitati, si avverta che non di rado è facile equivocare tra vera e propria limitazione della capacità giuridica e semplice limitazione della capacità di agire (argomento su cui ci fermeremo *infra* n. 28). Appunto perciò taluni manuali espongono tutte in una volta, e ovviamente con un po' di confusione, le ipotesi di limitazione della capacità soggettiva, sia essa capacità giuridica o sia essa capacità di agire. Ad ogni modo, il criterio di distinzione esiste: un soggetto limitato nella capacità giuridica non può, fra l'altro, essere titolare (attivo o passivo) di certi rapporti (per conseguenza, è incapace anche di porre in essere gli atti costitutivi, modificativi o estintivi di quei rapporti); viceversa, un soggetto limitato nella capacità di agire è solo impossibilitato a compiere personalmente gli atti costitutivi, modificativi o estintivi dei rapporti, di cui però egli è e può essere titolare. Sul tema dei soggetti giuridici limitati cfr.: Bròsz, *I cittadini di minor diritto nelle fonti romane* (in lingua ungherese, 1964), ove si pone opportunamente in luce che la stragrande maggioranza dei cittadini romani era costituita da soggetti variamente limitati.

identificate, in linea di larga approssimazione, con le seguenti qualifiche: *libertinitas, peregrinitas, sexus muliebris,* assoggettamento personale, *turpitudo,* appartenenza a certe classi o professioni, appartenenza a certe religioni.

24.2. La *libertinitas,* cioè lo stato di ex-schiavo *manumissus,* determinava limitazioni di capacità non solo *iure publico,* ma anche *iure privato.* Anche quando il *libertus,* essendo stato affrancato con *manumissio iusta ac legitima,* acquistava la *civitas Romana,* la sua condizione era deteriore rispetto a quella dell'*ingenuus*: per esempio, la donna libertina per potersi liberare dalla tutela mediante il *ius liberorum* (secondo una disposizione delle leggi Giulia e Papia), doveva dimostrare di aver avuto almeno quattro figli, mentre per la donna ingenua erano sufficienti tre figli. Le limitazioni più sensibili derivavano però dal « *patronatus* », cioè dal rapporto che si istituiva, a seguito della *manumissio,* tra l'*ex-dominus* (« *patronus* ») e lo schiavo affrancato. A questo rapporto si sottraevano soltanto: i cd. « *liberti orcini* », cioè gli schiavi manomessi *testamento* (il cui patrono era *ab initio* inesistente, perché defunto, all'Orco); i « *liberti nullius* », cioè gli schiavi affrancati eccezionalmente senza *manumissio*; e finalmente gli « *ex-liberti* », cioè

24.2. Sulla *libertinitas*: Cosentini, *Studi sui liberti* 1 (1948) 2 (1950), e sv. *Liberti,* in *NNDI.*, con vasta bibliografia. Ampie indagini sulla condizione anche sociale e politica dei liberti: Treggiari, *Roman freedmen during the late Republic* (1969); Duff, *Freedmen in the early Roman Empire* (1954); Boulvert, *Domestique et fonctionnaire sous le Haut-Empire Romain, La condition de l'affranchi et de l'esclave du prince* (1974). Il termine « *libertus* » indicava, nel linguaggio tecnico, il solo schiavo liberato con *manumissio iusta ac legitima,* quindi lo schiavo divenuto, ad un tempo, libero, cittadino e familiarmente autonomo, cioè soggetto di *ius privatum*: Buckland, *Libertus (Gai 3.56),* in *RH.* 2 (1923) 239 ss. (cfr. Ulp. D. 38.16.3.1: *libertum accipere debemus eum, quem quis ex servitute ad civitatem Romanam perduxit*). Il termine « *libertinus* » (« *libertinitas* ») stava ad indicare, nel linguaggio dei classici, la condizione giuridica del *libertus* (quindi, la sua sottomissione al *patronatus* ecc.); cfr. Gai 1.10: *Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini.* È probabile tuttavia che, in origine, fossero denominati *libertini* i figli dei *liberti* (nati a questi ultimi dopo l'affrancazione). — Sui *liberti orcini*: Loreti-Lorini, *La condizione del liberto orcino nella compilazione giustinianea,* in *BIDR.* 34 (1925) 29 ss.; Harada, *Textkritische Studien zur « adsignatio liberti orcini »,* in *ZSS.* 59 (1939) 498 ss. — Non vanno confusi con i *liberti* i *clientes*: categoria che ebbe rilevanza giuridica solo in età precittadina e arcaica. Fonti della clientela arcaica furono la *deditio* di uno straniero oppure la volontaria sottomissione (*applicatio*) di un cittadino al *pater gentis* o al *pater familias,* che prendeva nei confronti del *cliens* la qualifica di *patronus.* Il *cliens,* senza essere un vero e proprio *mancipium,* era tuttavia in condizioni di sudditanza verso il *patronus,* cui doveva obbedienza e servigi, ed era probabilmente privo, appunto per ciò, della soggettività giuridica. D'altra parte le XII tab. (8.21, cfr. Serv. *ad Aen.* 6.609), ricalcando un più antico principio consuetudinario (che Dion. 2.10.3 attribuisce a Romolo), sancivano un obbligo del *patronus* a difendere il proprio *cliens*: « *patronus, si clienti fraudem fecerit, liber esto* ». Sul tema: Bove, sv. « *Clientes* », in *NNDI,* con bibliografia.

coloro su cui il *patronus*, come diremo, avesse perduto il *patronatus* per disposizione di legge o per rinuncia.

24.2.1. Il « *patronatus* » importava, per verità, anche qualche onere per il *patronus*, il quale era tenuto, per poter essere degno titolare del suo potere, a prestare al *libertus* protezione e assistenza, particolarmente nel caso che egli fosse convenuto in giudizio. A prescindere da ciò, tutti gli obblighi gravavano sul *libertus*, ed erano obblighi e limitazioni di un notevole peso. Come residuo dell'antica soggezione schiavistica, il liberto doveva dimostrare concretamente al patrono « *obsequium, reverentia, honor* »: pertanto non poteva citarlo *in ius* con azioni infamanti, non poteva esercitare contro di lui certe altre azioni senza autorizzazione del magistrato giusdicente, non poteva ottenere la sua condanna al di là dell'*id quod patronus facere potest*. Sopra tutto doveva prestargli gratuitamente certi servigi (« *operae officiales* »), che il *patronus* doveva

---

24.2.1. Sui rapporti di patronato cfr. per tutti: Cosentini, *Studi* cit. e sv. *Patrono*, in *NNDI*. Per le fonti: D. 37.14 *(De iure patronatus)*, CI. 6.4. — Viva è la discussione circa le origini del *patronatus*. Secondo la *communis opinio* (vigorosamente difesa dal Kaser, *Die Geschichte des Patronatsgewalt über Freigelassene*, in *ZSS*. 58 [1938] 92 ss., e ancora nella *rc.* a Cosentini, in *ZSS*. 68 [1951] 576 ss.), il *libertus* era, alle origini, un vero e proprio sottoposto, sia pur libero, del *dominus manumissor*, che aveva su lui una *potestas* illimitata e poteva finanche esercitare nei suoi confronti una *manus iniectio* stragiudiziale (cfr. Quint. *Inst.* 7.7.9): egli era, in altri termini, in condizioni fondamentalmente analoghe a quelle di un *cliens*. Tuttavia a noi pare di poter accogliere, nelle sue grandi linee, la tesi del Cosentini, il quale ha sostenuto, con copia di argomenti, che inizialmente i *liberti* erano, dal punto di vista strettamente giuridico, in condizioni di piena parità con i *patroni* e con ogni altro soggetto giuridico, sì che le limitazioni alla loro capacità (e, in particolare, le limitazioni connesse al riconoscimento di una *potestas* dei *patroni* sui *liberti*) devono attribuirsi a norme positive del periodo della *respublica* nazionale (nel quadro, aggiungiamo noi, della tutela dei valori nazionali romani che caratterizzò quel periodo storico). Tesi altamente convincente per vari motivi: sia perché, se i *liberti* fossero stati originariamente in condizioni di *clientes*, la clientela non si sarebbe estinta, ma avrebbe continuato a sussistere, sia pur con qualche modifica, in persona delle foltissime masse dei *liberti*; sia perché la traduzione in termini di obbligatorietà giuridica dei rapporti tra patroni e liberti mostra chiaramente, ad un'analisi spassionata, di essersi verificata solo in epoche relativamente avanzate. Noi riteniamo, insomma, che originariamente i doveri reciproci tra *liberti* e *patroni* avessero natura esclusivamente sociale e religiosa: il che, oltre tutto, è comprovato dal fatto che i *patroni*, per potersi garantire le *operae officiales*, dovevano ottenere la *promissio iurata liberti*. — Sulle *operae liberti* cfr.: De Robertis, sv. « *Operae* » (*dir. rom.*), in *NNDI.*, con bibliografia, fra cui v. spec. Lambert, *Les « operae liberti »* (1934): Cosentini, *Studi* cit. 105 ss.; Lavaggi, *Nuovi studi sui liberti*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 91 ss.; Pescani, *Le « operae libertorum »* (1965). Le fonti (D. 12.26.2; 38.1.6; 28.1.9) distinguono tra « *operae officiales* » e « *operae fabriles* » (tra cui quelle « *in artificio* »): distinzione che sembra ricondursi al fatto che si tratti di *operae* promesse prima della liberazione (al fine cioè di ottenerla) oppure dopo la liberazione, mediante *stipulatio* (alla stessa guisa delle *operae* che il liberto avrebbe potuto promettere a qualunque terzo). La distinzione, postclassica secondo il Cosentini, è più verosimilmente ritenuta classica dal Lavaggi. — Sulla *promissio iurata liberti*: *infra* n. 78.4. — Sulla *successio* al *libertus*: *infra* n. 37.2.2.

aver cura di farsi precisare e promettere, in numero e di importanza più o meno grandi, mediante « *promissio iurata liberti* ». Inoltre la *successio ab intestato* del liberto morto senza discendenti *in potestate* spettava, come si dirà, al *patronus* ed ai suoi discendenti.

24.2.2. La morte del *patronus* non determinava la cessazione del *patronatus*, perché le relative situazioni passavano ai discendenti di lui. La fine del *patronatus* era determinata invece da tre cause principali: in primo luogo, la morte del liberto, i cui figli erano *ingenui*, e quindi pienamente equiparati, almeno dal punto di vista del *ius privatum*, ai soggetti giuridici normali; in secondo luogo, la « *restitutio natalium* », concessa al liberto dal *princeps* con l'assenso del patrono; in terzo luogo, una espressa disposizione di legge nello stesso senso o anche, in diritto giustinianeo, la rinuncia da parte del *patronus*. I *principes* solevano anche concedere largamente ai *libertini* il cd. « *ius anuli aurei* », cioè il privilegio di portare l'anello d'oro caratteristico degli *equites*: ma questo privilegio, se equiparava *iure publico* i *liberti* agli *ingenui*, non eliminava *iure privato* il *patronatus*. Causa di cessazione del *patronatus* fu invece, in periodo postclassico, la « *revocatio in servitutem* » del liberto ingrato.

24.3. La *peregrinitas*, cioè lo stato di non romano, implicava, in linea di principio, la completa esclusione dalla partecipazione

---

24.2.2. Sul passaggio del *patronatus* ai discendenti del *patronus* v. Gai 3.58, da cui risulta che anche il *filius exheredatus* del patrono defunto acquistava, essendo divenuto a sua volta *ipso iure* patrono, l'eredità del liberto morto senza discendenti. Tuttavia, a seguito di un *SC. Ostorianum* (41-47 d.C.), al *patronus* che avesse due o più figli fu riconosciuto il diritto di procedere alla « *adsignatio libertorum* », cioè all'attribuzione del patronato all'uno piuttosto che all'altro tra i figli: Lavaggi, *La « bonorum possessio intestati liberti »*, in *SUC*. 1946; Cosentini, *Studi* cit. 2.101 ss. — Sulla *restitutio natalium* v. Mod. D. 40.11.5.1: *Libertinus, qui natalibus restitutus est, perinde habetur, atque si ingenuus* [*factus*] < *natus* > *medio tempore maculam servitutis non sustinuisset*. — Sul *ius anuli aurei*: D. 40.10 (*De iure aureorum anulorum*) e particolarmente Ulp. D. 40.10.6: *Libertinus si ius anulorum impetraverit, quamvis iura ingenuitatis salvo iure patroni nactus sit, tamen ingenuus intellegitur: et hoc divus Hadrianus rescripsit*. L'istituto fu esteso a tutto i *liberti* dalla NovI. 78. — Sulla rinuncia al *patronatus*: Harada, *Der Verzicht auf den Patronat und dar Gesetz Justinians in C. 6.4.3*, in *ZZS*. 58 (1938) 136 ss., e *Zwei Quellenstellen zum Patronatsrecht*, in *Fs. Koschaher* 1 (1939) 401 ss. — La *revocatio in servitutem* del liberto ingrato fu introdotta da Costantino (cfr. CTh. 4.10.1 = CI. 1.6.7.2): De Francisci, *La « revocatio in servitutem » del liberto ingrato*, in *Mél. Cornil* 1 (1926) 295 ss. In età classica, la *lex Aelia Sentia* concesse al patrono un'*accusatio ingrati liberti*, tendente alla irrogazione di una pena pubblica: Cosentini, *Studi* cit. 206 ss.

24.3. Sulla *peregrinitas* cfr.: Kübler, sv. « *Peregrinus* », in *PW*.; Luzzatto, sv. « *Peregrini* » (*dir. rom.*), in *NNDI*.; De Visscher, *La condition des pérégrins à Rome jusque à la constitution Antonine de l'an 212*, in *L'Etranger, Rec. Soc. Jean Bodin* (1958) 195 ss.; Gaudemet, *L'étranger au Bas-Empire*, ivi 209 ss. In particolare, per le origini, Guarino, « *Commercium* » *e* « *ius commercii* » cit.; per le vicende pri-

al diritto romano, sia pubblico che privato. Ma era pura teoria. In realtà, fin dai più antichi tempi i *peregrini*, a cominciare da quelli appartenenti alle città del Lazio, ottennero una parziale equiparazione con i *cives Romani*, quindi una parziale ammissione all'utilizzazione del *ius publicum*. In periodo classico, prima che la *constitutio Antoniniana* elevasse tutti gli abitanti dell'impero (o quasi) al rango di cittadini romani, si ravvisavano varie categorie di *peregrini* (o di elementi equiparati ai peregrini) in condizione di soggetti giuridici limitati del *ius privatum*: categorie che possono farsi rientrare nei due gruppi dei « *Latini* » e dei « *peregrini* » in senso stretto. Dopo la *constitutio Antoniniana* queste distinzioni ebbero ridottissima rilevanza e Giustiniano le abolì quasi del tutto; tuttavia non è possibile passarle sotto silenzio, vista la larga traccia che hanno lasciato nei testi e negli istituti.

24.3.1. La categoria dei *Latini* era costituita anzitutto dai *Latini* veri e propri, detti « *Latini prisci* », che erano i cittadini delle *civitates* latine autonome, e quindi i discendenti degli antichi abitatori del Lazio: costoro, pur non essendo *cives Romani*, erano praticamente, quanto al *ius privatum*, equiparati pienamente ai *cives*, perché venivano loro riconosciuti *ab antiquo* sia il « *connubium* » con i Romani, cioè la capacità di contrarre *matrimonium iustum* con i cittadini di Roma, sia il « *commercium* » con gli stessi, cioè la capacità di avvalersi, nei rapporti con Romani, di tutto il *ius privatum* romano, ivi compreso il *ius civile vetus*. Specie, a dir così, artificiali di *Latini* (cioè di persone non di stirpe

---

mitive e repubblicane dei rapporti con stranieri, Catalano, *Linee del sistema sovrannazionale romano* 1 (1965); Luzzatto, *I diritti locali nelle province romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo* (1974, Acc. Linc.).

24.3.1. Sui *Latini* cfr.: Steinwenter, sv. « *Ius Latii* », in *PW.*; De Dominicis, sv. « *Latini* », in *NNDI.* — Il nucleo originario dei *Latini prisci* (o « *veteres* ») fu costituito dagli appartenenti alle comunità latine che strinsero con Roma, secondo la tradizione, il *foedus Cassianum* del 493 a.C. Nel 338 a.C., a conclusione della guerra latina, molte di queste comunità vennero trasformate in *municipia* romani, ma le altre rimasero confederate a Roma su un piede di sostanziale parità. Il *ius Latii* fu poi concesso dai Romani anche a comunità non latine, e forse a singole persone. Comunque, l'importanza della *latinitas* diminuì fortemente allorché Roma concesse la cittadinanza romana a tutti gli Italici (89 a.C.). — Sui *Latini coloniarii* v. Ulp. 5.4. e 19.4. — Sui *Latini Iuniani* e *Aeliani*, v. Gai 1.13 ss. In dottrina: Steinwenter, sv. « *Latini Iuniani* », in *PW.*; De Dominicis, *La « Latinitas Iuniana » e la legge Elia Senzia*, (1966), ora in *Scr.* (1970) 181 ss., e *Les Latins Juniens dans la pensée du législateur romain*, in *RIDA.* 20 (1973) 311 ss. In particolare, Gai 1.17: *Nam in cuius persona tria haec concurrunt, ut maior sit annorum triginta, et ex iure Quiritium domini, et iusta ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento, is civis Romanus fit; sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit.* — L'abolizione della *latinitas Iuniana* (e *Aeliana*) fu sancita da Iust. CI. 7.6.1: *...ceteri omnes modi, per quos Latinorum nomen inducebatur, penitus conquiescant et non Latinos pariant, sed ut pro nullis habeantur.* Tutti i *Latini* vennero assunti nel novero dei *cives Romani*.

latina, ma fruenti della condizione giuridica dei *Latini*) furono invece quelle: dei « *Latini coloniarii* », membri delle *coloniae Latinae*, 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* », schiavi affrancati in modi non solenni (cioè con negozi diversi da quelli tradizionali di *manumissio iusta ac legitima*), i quali, secondo la *lex Iunia Norbana* del 19 d.C., oltre che privi della *civitas Romana*, erano privi della capacità di testare e di trasmettere anche *ab intestato* ai discendenti i propri beni, che spettavano dunque, in caso di morte, sempre 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* del 4 d.C., i quali erano in condizioni identiche a quelle dei *Latini Iuniani*. La *latinitas Iuniana* e quella *Aeliana* sopravvissero alla *constitutio Antoniniana*, essendo più che altro delle manifestazioni di cittadinanza di minor diritto: solo Giustiniano si decise ad abolirle.

24.3.2. 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 si valevano del cd. *ius gentium*, con possibilità di ricorso alla giurisdizione del *praetor peregrinus*, ma nei rapporti tra loro vivevano secondo gli ordinamenti privatistici delle rispettive *civitates*; « *peregrini dediticii* », cioè privi di *civitas* perché arresisi a discrezione ai Romani (mediante *deditio*), che vivevano esclusivamente secondo le norme del *ius gentium*; (*peregrini*) « *dediticii Aeliani* », che erano una categoria artificialmente creata dalla *Lex Aelia Sentia*, già citata, e composta da *libertini* esclusi dalla *civitas Romana* e dalla stessa *Latinitas* perché durante la schiavitù avevano subito pene infamanti per i *crimina* commessi. Dopo la *constitutio Antoniniana* l'area dei *peregrini* ovviamente si ridusse in modo notevole. In età postclassica erano considerati *peregrini* i soli appartenenti alle *exterae gentes* (al di fuori dei confini dell'impero), nonché i *dediticii Aeliani*. Ma Giustiniano dette un colpo di spugna, abolendola, anche su quest'ultima categoria.

24.4. Il *sexus muliebris*, oltre che causa di incapacità di agire, fu causa di talune limitazioni della capacità giuridica, nel

---

24.3.2. In ordine particolarmente ai *dediticii Aeliani*, va rilevato che Gaio (1.26 s.) li qualifica « *dediticiorum numero* ». — L'abolizione dei *dediticii Aeliani* fu sancita da Iust. CI. 7.5.1 (*de dediticia libertate tollenda*).

24.4. Sull'*infirmitas sexus* cfr.: per una panoramica Rasi, sv. *Sesso* (*dir. rom. e intern.*), in *NNDI.*; per aspetti particolari, Solazzi, « *Infirmitas aetatis* » *ed* « *infirmitas sexus* » (1930), ora in *Scr. dir. rom.* 3 (1960) 357 ss.; Guizzi, *Aspetti giuri-*

senso che alle donne in quanto tali, pur se fosse intervenuta a sostenerle l'*auctoritas tutoris*, furono interdette totalmente talune titolarità giuridiche. A prescindere dall'incapacità delle donne *iure publico*, possono segnalarsi, quanto al *ius privatum*: l'incapacità ad avere una *potestas* sui discendenti, con la conseguente incapacità (almeno in diritto classico) ad avere figli adottivi e ad esercitare i poteri di tutore e di curatore; l'incapacità a fungere da testimonio in un atto *per aes et libram*; l'incapacità a contrarre obbligazioni a favore di terzi (cioè ad *intercedere pro aliis*: incapacità sancita dal SC. Velleiano del 46 d.C.); la limitata capacità a succedere *ab intestato* e per testamento. In diritto arcaico, del resto, è fondatamente presumibile che la donna fosse totalmente priva di soggettività giuridica.

24.5. L'assoggettamento di un *sui iuris* ad un altro si aveva tutte le volte in cui un soggetto giuridico fosse reso, o si rendesse egli stesso, temporaneamente oggetto di un rapporto del quale l'altro *sui iuris* fosse il soggetto attivo. Vedremo di volta in volta tutta la gamma delle possibili situazioni di questo tipo: situazioni che vanno dall'ipotesi minima di un'*obligatio* assunta in ordine ad una prestazione determinata sino alla sottoposizione integrale, a guisa di schiavo (« *servi loco* »), ma con possibilità di riscattarsi o di essere riscattati. Appunto in queste ipotesi di subordinazione *servi loco* di un *sui iuris* ad un altro si verificava una limitazione della capacità giuridica del sottoposto, o per meglio dire si verificava una cessazione temporanea (sino alla fine dello stato di subordinazione) di quella capacità.

24.5.1. Due casi di alta antichità furono quelli degli « *addicti* » e dei « *nexi* ». Già sappiamo che gli « *addicti* » erano le persone portate

---

dici del sacerdozio romano cit. *passim*; Del Basso, « *Virgines Vestales* », in *ANA*. 85 (1974) 161 ss.; per la legislazione cristiana, Biondi, *Dir. rom. crist.* cit. 2.209 ss. — I vari limiti alla capacità giuridica delle donne saranno indicati nei luoghi opportuni (frattanto v. *infra* n. 28.3). A puro titolo di curiosità, può essere ricordata la NovTh. Maior. 6.5 (a. 458), abolita però dalla successiva NovTh. Sever. 1 (a. 463) (v. tuttavia sul punto: Caes, *La destinée de la Nov. Maior. 6 d'après la formule de publication de la Nov. Sev. 1*, in *Mél. De Visscher* 3 [1950] 223 ss.): la vedova di meno di 40 anni, priva di figli ma capace di farne, perdeva, non sposandosi nei cinque anni dalla morte del marito, la metà dei suoi beni.

24.5. L'assoggettamento di un *sui iuris* ad un altro determinava una « limitazione » (e non l'eliminazione) della capacità giuridica se ed in quanto avesse carattere temporaneo, oppure la liberazione della persona assoggettata potesse essere provocata da questa stessa. Non sembra che i Romani abbiano dato concreta rilevanza giuridica alla soggezione del *locator operarum* (*infra* n. 87.6), mentre la dettero indubbiamente al caso limite dell'*auctoratus*. Quanto agli *addicti*, ai *nexi*, ai *redempti ab hostibus*, pare che anch'essi siano stati inquadrati tra i « *liberi in mancipio* » (*infra* n. 47.3), ma nell'interno di questa categoria la loro situazione era ben diversa da quella dei *filii venditi* o *noxae dati*, che non avevano diritto al riscatto.

24.5.1. Sugli *addicti* (*retro* n. 16.6) si legga Gell. 20.1.51. — Secondo alcuni, *addicti* e *nexi* (v. *infra* n. 71.2.1) erano la stessa cosa, in quanto questi ultimi

davanti al magistrato dal loro creditore ed assegnate a costui dal magistrato stesso. I « *nexi* » erano invece coloro che, a garanzia di un proprio debito, mettevano se stessi (non però i propri sottoposti), fino al giorno del riscatto, nelle mani del creditore. Le mitigazioni dell'esecuzione personale introdotte dalla *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C., segnarono la decadenza dei due istituti in età storica.

24.5.2. Istituti analoghi, diffusi in epoca storica, furono quelli degli *auctorati* e dei *redempti*. Gli « *auctorati* » erano i gladiatori (liberi) che si erano impegnati verso un impresario (*lanista*), mediante uno speciale giuramento (« *auctoramentum* ») a partecipare ai *ludi* ch'egli indicasse, sino a subire la sorte di « *uri vinciri ferroque necari* ». I « *redempti ab hostibus* » erano i soggetti giuridici che, essendo stati riscattati dalla *captivitas* ad opera di un concittadino (il *redemptor*), erano tenuti a prestargli servizio a guisa di schiavi sin tanto che non fosse stato risarcito (da loro stessi o da altri) del danaro sborsato.

24.6. La *turpitudo*, nel senso di bassezza morale, fu causa di riprovazione sociale (« *minutio existimationis* ») ed anche, spesso,

---

sarebbero stati *addicti* al loro creditore dal *praetor* a seguito di una *in iure cessio operarum*: cfr. Tomulescu, « *Nexum* » *bei Cicero*, in *Iura* 17 (1966) spec. 70 ss. Teoria, a nostro avviso, inaccettabile. — Sulla *lex Poetelia Papiria* v. *infra* n. 71.4.

24.5.2. Sull'*auctoramentum* cfr.: Biscardi, *Nozione classica ed origini dell'* « *auctoramentum* », in *St. De Francisci* 4 (1956) 107 ss.; Kunkel, « *Auctoratus* », in *Eos* 48.3 (1957) 207 ss. Sui rapporti tra schiavitù e forme di sfruttamento di uomini liberi v.: Günther, *Die Entstehung der Schuldsklaverei im alten Rom*, in *AA*. 1959. La formula dell'*auctoramentum* (ricavata particolarmente da Sen. *ep.* 37.1, Hor. *sat.* 2.7.58-59, Petron. *satir.* 117) è stata così, credibilmente, ricostruita dal Biscardi: « *iuro me uri vinciri verberari virgis ferroque necari et quidquid aliud iusseris vel invitum me pati passurum* ». Per effetto di questo giuramento il gladiatore era vincolato (a vita o a termine) corpo ed anima al *lanista*, il quale lo considerava alla stregua di uno schiavo, poteva cederlo ad altri impresari (cfr. Gai 3.146), poteva agire di furto (con l'*actio furti* e con la *condictio furtiva*) contro chi glielo sottraesse fraudolentemente (cfr. Gai 3.199), ma non risulta che potesse rivendicarlo come proprio (forse era però ammessa una *rei vindicatio utilis*). Si badi bene, pertanto, di non confondere la figura giuridica dell'*auctoratus* con quella di un semplice *locator operarum*: semplice *locator operarum* era di norma il « *bestiarius* » (« *qui ad bestias depugnandas se locavit* »: Ulp. Coll. 9.2.2, cfr. Paul. Coll. 4.3.2), mentre il « *gladiator* » (destinato ai combattimenti armati nell'arena) era di norma *auctoratus* (il che non esclude che all'*auctoramentum*, cui pare presenziasse un tribuno della plebe, sottostasse il più delle volte una *locatio operarum*). I ludi gladiatori, formalmente aboliti da Costantino nel 325 (cfr. CTh. 15.12.1), furono praticati in Occidente fino a tutto il sec. IV d.C.: cfr. Biondi, *Dir. rom. crist.* cit. 2.280 ss., 3.454 s. — Sulla *redemptio ab hostibus* cfr.: Amirante, *Appunti per la storia della* « *redemptio ab hostibus* », in *Labeo* 3 (1957) 171 ss. (ivi completo ragguaglio bibliografico), e sv. « *Redemptio ab hostibus* », in *NNDI*. Fonti essenziali in argomento sono da considerare: D. 49.10, CTh. 5.7.2, CI. 8.50.20.

24.6. In generale, sulla cd. *turpitudo* cfr.: Greenidge, « *Infamia* », *Its place in roman public and private law* (1894). — In ordine all'*improbus intestabilisque*, va detto che XII Tav. 8.22 (Gell. 15.13.11) è oggetto di diversa interpre-

di sanzioni e incapacità *iure publico* connesse con la *nota censoria* o con la *nota consularis* che colpivano i cittadini di cattiva condotta. Dal punto di vista del *ius privatum*, non poche limitazioni di capacità furono introdotte da leggi, da costituzioni imperiali e dall'editto del pretore. Così: le *XII tabulae* dichiararono incapace a fare il *libripens* (« *improbus* ») o incapace a testimoniare in una *mancipatio* (« *intestabilis* »), rispettivamente, chi, avendo fatto da *libripens* o da *testis* in una *mancipatio*, si rifiutasse di confermarlo in giudizio; la *lex Iulia de adulteriis* sancì la incapacità della adultera colta in flagrante ad unirsi in matrimonio con un *ingenuus*; la legislazione imperiale cristiana privò il *pater* di cattiva condotta dell'amministrazione dei beni dei figli e dell'esercizio dell'azione intesa alla restituzione della dote spettante alla figlia; l'editto pretorio, come sappiamo, negò la capacità di *postulare pro aliis*, e talora anche *pro se*, a numerose categorie di persone *ignominiosae*.

24.6.1. La giurisprudenza classica dette un particolare risalto alle incapacità sancite dall'editto pretorio e chiamò usualmente « *infames* » coloro che ne erano afflitti. Erano *infames*, in particolare: gli esercenti attività turpi o disdicevoli (lenoni, meretrici, gladiatori, attori ecc.); i soldati licenziati con disonore (cd. *missio inhonesta*); i violatori delle regole fondamentali di un buon matrimonio (bigami, adultere colte in flagrante, vedove passate a seconde nozze senza il rispetto del *tempus lugendi*); i condannati per *crimina* pubblici, o per taluni illeciti privati (*furtum, bona vi rapta, iniuria, dolus malus*), o per l'inosservanza dei peculiari doveri di fedeltà ed onestà connessi a certi istituti (*tutela, fiducia, depositum, societas, mandatum*). Nel diritto giustinianeo, l'*infamia*, accresciuta di nuove ipotesi, divenne una categoria generale, cui furono riconnesse numerose altre e gravi incapacità: l'incapacità di rappresentare altri in giudizio o di farsi rappresentare in giudizio da altri, l'incapacità di testimoniare in giudizio, l'incapacità di esercitare *actiones populares* (cioè le azioni il cui esperimento fosse concesso ad un *quivis de populo*), l'interdizione dalle cariche pubbliche.

---

tazione: Wieacker, *Zwölftafelprobleme*, in *RIDA*. 3.3 (1956) 464 ss. Il testo è: *Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto*. — Sui divieti di *postulare*: *retro* n. 19.2.

24.6.1. Sul concetto d *infamia* e sulle sue conseguenze cfr.: Pommeray, *Etudes sur l'infamie en droit romain* (1937); Kaser, « *Infamia* » *und* « *ignominia* » *in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*. 73 (1956) 220 ss.; Brasiello, sv. « *Infamia* », in *NNDI*.; Mazzacane, sv. *Infamia* (*dir. rom.*), in *ED*.; Lauria, « *Infames* » *ed altri esclusi dagli ordini sacri secondo un elenco probabilmente precostantiniano*, in *Iura* 21 (1970) 182 ss. Testo fondamentale è D. 4.2.1 (Iul. 1 *ed*. [ma itp.]).

24.7. La capacità del soggetto giuridico subì limitazioni di vario genere anche per l'appartenenza a certe classi o professioni. A prescindere dalle distinzioni tra *patricii* e *plebeii*, tra *nobiles* e *populares*, tra *honestiores* e *humiliores*, possono segnalarsi come soggetti giuridici limitati *iure privato*: i *senatores*, cui era interdetto il matrimonio con *libertinae*; i magistrati provinciali, cui era interdetto acquistare beni in provincia o sposare donne appartenenti alla stessa; i militari, cui era interdetto di sposarsi e di manomettere schiavi. Non sarebbe possibile seguire le variazioni di regime cui queste ed altre categorie di soggetti limitati furono via via esposte. Vale invece la pena di segnalare che 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 glebae* » (o « *coloni* », o « *adscripticii* »), cioè delle persone addette alla coltivazione dei latifondi. In particolare, i *coloni* erano in condizione pressoché identica a quella dei *servi* e formavano come una pertinenza della parcella di latifondo o del fondo cui erano addetti: erano alienati con esso, non potevano allontanarsene (e se se ne allontanavano erano perseguiti e rivendicati dal *dominus fundi* alla stessa guisa di un *servus fugitivus*), erano resi liberi dal vincolo coloniario solo per il fatto che il fondo fosse loro donato dal proprietario.

24.8. L'appartenenza a certe religioni fu variamente valutata nelle diverse epoche del diritto romano. In età pre-

---

24.7. Per quanto riguarda la rilevanza sociale e giuridica dell'esercizio di determinate classi o professioni cfr.: Bartošek, *Le classi sociali nella Roma antica*, in *Ét. Macqueron* (1970) 43 ss.; Spruit, *L'éloignement de l'« ars ludica » sous la République*, in *St. Volterra* 3 (1971) 579 ss.; Malcus, *Senato e ordine senatorio nel tardo Impero*, in *Index* 2 (1971) 219 ss.; Dupont, *Les privilèges des clercs sous Constantin*, in *Rev. d'hist. eccl.* 62 (1967) 729 ss.; in generale, Garnsey, *Social status and legal privilege in the Roman Empire* (1970). — Le origini dell'istituto del *colonatus* restano tuttora oscure nella loro complessità. Già nei primi secoli dell'era volgare l'amministrazione fiscale egiziana prevedeva il vincolo che unisce i coltivatori al loro villaggio. In seguito, la crisi del terzo secolo, lo spopolamento delle campagne, la necessità di assicurare al bilancio statale la continuità nel pagamento delle imposte incrementarono lo sviluppo del colonato, che dalle provincie ellenistiche si diffuse nei territori occidentali dell'Impero. Il fenomeno, nei suoi molteplici aspetti, economici, sociali, culturali, fu affrontato dal Mitteis in una serie di studi fondamentali: *Der Ursprung des Kolonats* (1901); *Studien zur Geschichte des Kolonats* (1910); *The problem of the origin of Serfdom*, in *Journ. of land. a. publ. utility economics* 1926. Da ultimo, cfr.: De Martino, *Stor. della cost. rom.* cit. 5.63 ss., ivi bibliografia.

24.8. Sull'appartenenza a determinate religioni, è da sottolineare che il carattere politeistico della religione romana non impediva al cittadino

cristiana nessuna limitazione di capacità fu implicata dalla confessione religiosa del soggetto: tutte le religioni erano ammesse nei limiti dell'ordine e della moralità pubblica. Anche le persecuzioni contro i cristiani ebbero 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.

25. I SOGGETTI GIURIDICI IMPERSONALI.

25.1. Una categoria particolare di soggetti giuridici limitati fu quella costituita da taluni enti immateriali, i quali vennero considerati

---

l'adesione a certi culti e l'omaggio a divinità straniere, purché non contrastassero radicalmente con la concezione religiosa romana. Peraltro sin dal I sec. d.C. si stabilirono delle penalità a carico di chi passasse al giudaismo, mentre Claudio proibiva che gli ebrei si riunissero a scopi cultuali. Cfr., da ultimo: Grant, *The Jews in the Roman world* (1973). Egualmente ostile l'atteggiamento dello stato verso l'introduzione di riti egizi e celtici. Sull'influenza del cristianesimo in ordine alle minorazioni di capacità dei non cristiani, cfr. Biondi, *L'influenza di S. Ambrogio sulla legislazione religiosa del suo tempo*, in *S. Ambrogio* (1940) 40 ss., e *Dir. rom. crist.* cit. I spec. cap. 9. Il processo che dall'indifferenza originaria per la qualificazione religiosa del soggetto portò all'atteggiamento di intransigenza su esposto, salvo la breve parentesi di Giuliano l'Apostata, può dirsi virtualmente concluso con l'emanazione della costituzione « *Cunctos populos* » (del 380) che assunse il cattolicesimo a religione ufficiale dell'Impero. Su tali problemi cfr. da ultimi: Lauria, Ὄνομα χριστιανόν, « *nomen christianum* », in *ANA.* 79 (1968) 201 ss.; Molthagen, *Der römische Staat und die Christen im zweiten und dritten Jahrhundert* (1970). — Sulle pregiudiziali di carattere razziale: Sherwin Withe, *Racial prejudice in imperial Rome* (1967); Cracco Ruggini, *Pregiudizi razziali, ostilità politica e culturale, intolleranza religiosa nell'impero romano*, in *ATH.* 46 (1968) 139 ss.

25.1. Sui soggetti giuridici impersonali cfr.: Duff, *Personality in roman private law* (1938); Eliachevitch, *La personalité juridique en droit privé romain* (1940); Philpsborn, *Der Begriff der juristischen Person im römischen Rechte*, in *ZSS.* 71 (1954) 41 ss.; von Lübtow, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person*, in *Europa e dir. rom.* 2 (1954) 470 ss.; Impallomeni, sv. *Persona giuridica* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Orestano, *Il « problema delle persone giuridiche » in diritto romano* 1 (1968); De Robertis, *Personificazione giuridica e ardimenti costruttivi nella compilazione giustinianea*, in *St. Santoro-Passarelli* 6 (1972) 277 ss. Come si vede, la dottrina romanistica usa generalmente la terminologia di « persona giuridica », pur preoccupandosi di avvertire che essa non è romana, anzi contrasta con la concezione che della *persona* ebbe il diritto romano classico. La teoria dei soggetti incorporali come « persone giuridiche » (terminologia, tra l'altro, equivoca, perché sembrerebbe implicare che gli altri soggetti giuridici, cioè le cd. « persone fisiche », non siano persone giuridiche anch'essi)

come distinti dalle persone dei membri (o comunque, dalle persone degli interessati alla loro autonoma esistenza). Tali enti, che ebbero una limitata soggettività giuridica pur mancando del requisito della appartenenza alla specie umana, vengono qualificati, con terminologia moderna, « persone giuridiche ». Ma questa qualifica non potè essere loro ovviamente applicata in sede di *ius privatum*, data la limitazione del concetto di *persona* agli esseri umani. Anzi, non risulta che le fonti romane abbiano mai utilizzato una terminologia tecnica e generale in proposito. La denominazione generale che più si raccomanda è, dunque, quella di soggetti giuridici impersonali.

25.2. 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, a se stante, e quindi ben distinto dalle persone dei membri. Il modello seguito dai giuristi, in questi processi di identificazione della soggettività giuridica in un'associazione, 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 dei rapporti giuridici privati). Con riferimento al *populus Romanus* furono, appunto, via via identificati come soggetti giuridici privati: i *municipia* e le *coloniae*, i *collegia* e le *sodalitates*.

25.2.1. I « *municipia* » erano comunità di *cives Romani* o di *Latini* organizzate a somiglianza della *respublica* e strettamente subordi-

---

fu sviluppata essenzialmente dai canonisti ed è dominante nella dottrina civilistica moderna.

25.2. A proposito del *populus Romanus Quiritium*, è da dire che, se ad esso i giuristi preclassici e classici riconobbero in qualche modo una individualità distinta da quella dei suoi componenti (cioè dei cittadini romani), questa configurazione impallidì notevolmente nell'età postclassica, man mano che la sovranità fu identificata con la persona del monarca. Sul punto: Robleda, *Sobre la capacitad juridica del « populus Romanus »*, in *St. Grosso* 3 (1959) 103 ss. — In periodo postclassico, piuttosto, si manifestò la tendenza a considerare come soggetto giuridico il *fiscus Caesaris*, il quale si era ormai fuso con l'*aerarium*. Il *fiscus*, infatti, era *res principis*, ma non era trattato alla stregua di un patrimonio: morto il *princeps*, esso non si trasmetteva ai suoi eredi, ma attendeva la presa di possesso del nuovo *princeps* e frattanto si comportava, nei confronti dei cittadini, come soggetto autonomo. Sul punto cfr.: Bolla, *Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt mit Beiträgen zur Lehre vom Aerarium* (1938); Coli, sv. *Fisco* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, ora anche in *Scr. dir. rom.* (1973) 1006 ss.; Burdese, sv. *Fisco* (*dir. rom.*), in *ED.*; Brunt, *The « fiscus » and its development*, in *JRS.* 56 (1966) 75 ss.; Boulvert, *Le « fiscus » dans Sénèque « de beneficiis » 4.39.3*, in *Labeo* 18 (1972) 201 ss.; Masi, *Ricerche sulla « res privata » del « princeps »* (1971); Bordeau, *Le « ius perpetuum » et le regime fiscal des « res privatae » et des fonds patrimoniaux*, in *Iura* 23 (1972) 1 ss.; Bellen, *Die « Verstaatlichung » des Privatvermögens der römischen Kaiser im I. Jahrhundert n. Chr.*, in *ANRW.* 2.1 (1974) 91 ss.

25.2.1. Sulle *civitates* (*municipia, coloniae*) e sul loro ordinamento cfr.:

nate a questa. Le « *coloniae* » erano comunità sparse nel territorio dell'*imperium Romanum*, a grande distanza dal centro, ed erano anche esse di due tipi: « *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*. *Municipia* e *coloniae* (anche detti complessivamente « *civitates* » o « *universitates* ») erano enti sovrani (parastatali), ma potevano anche svestirsi del carattere sovrano per entrare a far parte di rapporti giuridici privati (« *privatorum loco habentur* »). In tal caso era loro concesso di compiere ogni attività, anche processuale, inerente alle relazioni giuridiche di carattere patrimoniale: il che essi operavano a mezzo dei propri funzionari di governo, o anche di speciali « *actores* », o, in età più tarda, di regolari « *curatores* » o « *syndici* ». Pur se con una certa difficoltà, fu sinanche ammesso che essi potessero venir onorati di legati e fedecommessi e fossero capaci di accettare eredità.

25.2.2. I « *collegia* » e le « *sodalitates* » furono consociazioni di tradizione antichissima, denominate anche « *societates* » o « *corpora* ».

Liebenam, *Städtverwaltung in der Kaiserzeit*[2] (1900); Reid, *The municipalities of the Roman Empire* (1913); Rudolph, *Stadt und Staat im römischen Italien* (1935); Manni, *Per la storia dei « municipia » fino alla guerra sociale* (1947), e *Sur l'origine des « municipia » romains*, in *RH.* 47 (1969) 66 ss.; Scherillo, sv. *Colonie* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Nicoletti, sv. « *Municipium* », in *NNDI.*, con altra bibliografia, a cui *adde*: Jones, *Rome and the provincial cities*, in *T.* 39 (1971) 513 ss.; Grelle, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano* (1972); Gascou, *La politique municipale de l'Empire Romain en Afrique proconsulaire de Trajan à Septime Sévère* (1972); Duncan-Jones, *The « procurator » as civic benefactor*, in *JRS.* 64 (1974) 79 ss. Il testo di Gaio in D. 50.16.16 (non esente da guasti) suona: *Eum, qui vectigal populi Romani conductum habet, publicanum appellamus, nam public*[*a*]<*i*> *appellatio* [*in compluribus causis*] *ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur.* — L'editto pretorio non parlava di *municipia* e di *civitates*, ma di *municipes* e regolava dettagliatamente l'ipotesi di azioni esercitate « *municipum nomine* ». Quanto ai lasciti a favore delle comunità locali, v. precipuamente: Ulp. 22.5, 24.28; CI. 6.24.12.

25.2.2. Su *collegia* e *sodalitates*, oltre ai contributi dedicati in special modo alla struttura della chiesa cattolica come *corpus misticum*, cfr.: Coli, « *Collegia* » e « *sodalitates* » (1913), ora in *Scr. dir. rom.* (1973) 1 ss.; Lo Bianco, *Storia dei collegi artigiani dell'impero* (1934); Tozzi, *Le corporazioni romane* (1940); Romak, *Rimski kolegij (korporacije) postklasicnog perioda i nijhov znacaj*, in *St. Horvat* (1968) 413 ss.; Vanzetti, « *Iuvenes* » *turbolenti*, in *Labeo* 20 (1974) 77 ss. Fondamentali, in argomento, le ricerche di De Robertis, di cui, oltre alla vc. *Collegium* in *NNDI.* ed all'articolo cit. sulla *Personificazione giuridica*, cfr.: *Il diritto associativo romano* (1938); *Il fenomeno associativo nel mondo romano, Dai « collegia » della Repubblica alle corporazioni del basso Impero* (1955); *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano* 2 voll. (1971); nonché *Autonomia statutaria e personificazione giuridica nel regime associativo romano*, in *Ét. Macqueron* (1970) 591 ss., e « *Syndicus* », *Sulla questione della rappresentanza processuale dei « collegia » e dei « municipia »*, in *SDHI.* 36 (1970) 304 ss. Sulla capacità patrimoniale delle corporazioni religiose in diritto giustinianeo: Orestano, *Beni dei monaci e monasteri nella legislazione giustinianea*, in *St. De Francisci* 3 (1956) 561 ss. Testi da consultare: D. 50.16.85; D. 3.4.1; D. 47.22.4; D. 40.3.1 (*Divus Marcus omnibus collegiis, quibus coëundi ius est, manumittendi pote-*

A quanto sembra, i primi si erano formati prevalentemente a scopo di culto in comune, e quindi spesso con la finalità di garantire una sepoltura ai membri (« *collegia funeraticia* »); i secondi si erano invece costituiti prevalentemente per fini 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 del gruppo (« *lex collegii vel sodalicii* »). Ma il concetto secondo cui essi erano addirittura enti diversi 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, a quanto sembra, dispose 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* autorizzati (« *collegia licita* »), alla stessa guisa che per i *municipia*, fu predisposta dall'editto pretorio; Marco Aurelio riconobbe loro il diritto 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 loro legati. Al termine del periodo classico si giunse, insomma, ad un riconoscimento sufficientemente chiaro della soggettività giuridica dei *collegia* e delle *sodalitates*, purché si trattasse di enti autorizzati dall'autorità pubblica (*senatus* o *princeps*). In ordine ai *collegia illicita* ed alle *sodalitates* non autorizzate si stentò invece, almeno per molto tempo, ad ammettere che essi potessero avere una vita giuridica a sé, pur quando avessero una organizzazione interna efficiente.

25.3. È assai discusso, ma generalmente negato, che i Romani, privi come erano di spiccate facoltà di astrazione, abbiano riconosciuto la

---

statem dedit); D. 34.5.20 (*Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est rell.*); CI. 6.24.8 (a. 290) (*Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est*). — Si discusse circa il numero minimo dei membri di un *collegium*. Cfr. Marcell, D. 50.16.85: *Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est*. Se, dopo la costituzione con almeno tre membri, il collegio si riduceva a due o anche ad un solo componente, il collegio era estinto? Sembrerebbe escluderlo Ulp. D. 3.4.7.2: *... si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum recciderit et stet nomen universitatis*. Ma l'interpretazione del passo è discussa.

25.3. Sulla nozione di fondazione e in particolare sulla genesi e l'affermazione delle « *piae causae* » in diritto postclassico la bibliografia è vastissima. La si v.

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.

25.3.1. Nell'ipotesi delle « *piae causae* », cioè di lasciti di beni destinati a scopi di pietà, il patrimonio relativo era considerato, a rigore di diritto, in titolarità dell'ente o dell'ufficio (la chiesa, il vescovo ecc.) incaricati della realizzazione degli scopi stessi. Anche quando il testatore (il cd. « fondatore ») non lo avesse espressamente disposto, si riteneva insomma che il lascito entrasse a far parte del patrimonio generale del soggetto giuridico incaricato dell'esecuzione testamentaria, salvo che quest'ultimo era ritenuto, a sua volta, obbligato a titolo di *modus* a realizzare gli scopi prefissati dal fondatore. Le cose non mutarono di molto in età postclassica, sino a Giustiniano. In questo periodo, 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.): tuttavia, tali ospizi non pare abbiano assunto carattere di soggettività giuridica, anzi sembra siano stati tuttora inquadrati nella configurazione che delle *piae causae* ebbe il diritto classico. Giustiniano, invece, fu colui che compì passi decisivi sulla via del riconoscimento della soggettività giuridica alle istituzioni di beneficenza: ad esse egli accordò la capacità di ricevere direttamente per testamento e quella di promuovere giudizi e di resistere negli stessi a mezzo di propri rappresentanti.

25.3.2. Nell'ipotesi della « *hereditas iacens* », cioè del patrimonio successorio in attesa di essere accettato dall'erede (da non confondere

---

in De Visscher, Paoli, sv. *Fondazione (dir. greco)*, in *NNDI.*, e in Santalucia, sv. *Fondazione (dir. rom.)*, in *ED.* Si cfr., in particolare, l'opera complessiva di Casoria, *De personalitate juridica piarum causarum* (1937), nonché, da ultimi, i contributi del Murga: *Donaciones y testamentos « in bonum animae » en el derecho romano tardío* (1968); *La continuidad « post mortem » de la fundación cristiana y la teoria de la personalitad juridica colectiva*, in *AHDE.* 38 (1968) 481 ss.; *Las practicas consuetudinarias en torno al « bonum animae » en el derecho romano tardío*, in *SDHI.* 34 (1968) 110 ss. Per le fonti v.: I. 3.27.7, CI. 1.2.19, e, fondamentale, Novl. 120 (a. 544).

25.3.1. Prima ancora che l'affermarsi del cristianesimo portasse alle *p i a e c a u s a e*, già dai tempi di Nerva e Traiano furono concesse a certe città erogazioni in danaro, così da permettere l'assistenza ai cittadini particolarmente indigenti. Cfr. sull'argomento: Segré (G.), *Le istituzioni alimentari imperiali*, in *BIDR.* 2 (1889) 78 ss.

25.3.2. In ordine alla *h e r e d i t a s i a c e n s* va ricordato che Marco Aurelio introdusse il « *crimen expilatae hereditatis* » per i furti e il saccheggio dei beni ereditari prima della accettazione. Cfr.: Solazzi, *Sul « crimen expilatae hereditatis »* (1936), ora

con l'« eredità vacante », cioè con la eredità che fosse stata rifiutata o non potesse più essere accettata, e che per conseguenza passava in proprietà del fisco a termini della *lex Iulia et Papia*), il compendio patrimoniale era considerato, in periodo classico, *res nullius*, almeno entro certi limiti: pertanto, chi si impadronisse di una eredità non accettata né comunque posseduta dalla persona designata come erede non commetteva furto. Ma sin dalla 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 un sostitutivo del 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* è la titolare dei diritti e dei doveri che rientrano in essa (« *dominae locum obtinet* »), chiaramente ponendo con ciò in evidenza la sua qualifica di soggetto giuridico, sia pur limitato.

---

in *Scr. dir. rom.* 3 (1960) 563 ss.; Zilletti, *Annotazioni sul « crimen stellionatus »*, in *AG.* 161 (1961) 287 ss.; Bonini, *D. 48.19.16 (Claudius Saturninus « de poenis paganorum »)*, in *RISG.* 10 (1961) 39. Prima dell'intervento giustinianeo (v., ad es., D. 46.1.22 itp.), che in un certo modo sancì la personalità del patrimonio ereditario, la concezione della *hereditas iacens* come *res nullius* (v. Gai 2.9 [cfr. D. 18.1 pr.]) non fu la sola, o perlomeno non fu sempre la sola, a presentarsi nelle decisioni della giurisprudenza classica. Così, mentre a volte si fingeva che la vita del *de cuius* si protraesse sino al momento dell'accettazione (cfr., ad es., D. 9.2.13.2; D. 28.5.31.1; D. 30.116.3; D. 41.1.33.2; D. 41.1.34; D. 41.1.61 pr.-1; D. 41.3.15 pr.; I. 2.14.2; I. 3.17 pr.), in altri casi si ricorreva al principio della retroattività dell'accettazione (cfr., ad es.: D. 22.2.9; D. 45.3.28.4), e si vedeva nell'erede il soggetto di ogni rapporto inerente all'incremento o alla diminuzione della massa ereditaria. Cfr., nell'ambito della letteratura più recente: Fuenteseca, *Puntos de vista de la jurisprudencia romana respecto a la « hereditas iacens »*, in *AHDE.* 26 (1956) 243 ss.; Cenderelli, *Le garanzie personali delle obbligazioni per debiti e crediti dell'eredità giacente*, in *SDHI.* 30 (1964) 114 ss.; Gioffredi, *Osservazioni sulla dottrina romana dell'eredità giacente*, in *St. Zanobini* 5 (1965) 285 ss.; De Simone, *D. 47.10.1.6-7*, in *Labeo* 12 (1966) 355 ss.; Cenderelli, *« Factum personae operaeve substantia » (D. 41.1.61)*, in *SDHI.* 35 (1969) 411 ss.; von Lübtow, *Betrachtungen zur « hereditas iacens »*, in *St. Grosso* 2 (1968) 583 ss.; da ultimo, Robbe, *La « hereditas iacet » e il significato della « hereditas » in diritto romano* 1 (1975). V. anche *infra* n. 39.6.

26. GLI OGGETTI GIURIDICI.

26.1. In ordine alla concezione romana degli oggetti giuridici privati esistono tracce, assai più evidenti che altrove, di un notevole distacco tra la disciplina effettiva del fenomeno e la riflessione giurisprudenziale sul fenomeno stesso. Ragion per cui, volendosi rappresentare nella sua integrità la materia degli oggetti giuridici privati, è necessario: da un lato, indicare le qualificazioni oggettive regolari, così come effettivamente risultano dallo studio diretto dell'ordinamento; dall'altro, riferire la teoria dell'oggetto giuridico privato nella limitata visione giurisprudenziale romana.

26.1. La nostra ricostruzione del concetto romano di oggetto giuridico privato non corrisponde alle vedute correnti, le quali si adeguano strettamente alla angusta riflessione giurisprudenziale romana e perciò limitano, sulla scorta della stessa, il novero degli oggetti giuridici alle *res* (v. *infra* n. 27.6). Tuttavia a noi non sembra che le giustificazioni addotte in proposito, dai primi autori che hanno visto il problema, siano convincenti. Esse anzi convincono, se mai, proprio del contrario. Ad esempio, il Betti (*Diritto* 683 s.), volendo negare che i sottoposti a *potestates* familiari siano gli oggetti delle medesime, è costretto ad affermare, poco persuasivamente, che i cd. rapporti di diritto familiare non hanno propriamente un oggetto che si distingua dal potere del soggetto attivo; e lo stesso Betti, in ordine alle *obligationes*, rileva giustamente che l'oggetto del rapporto è qualcosa di « strettamente connesso » al soggetto passivo, ma appunto perciò inesplicabilmente nega (se intendiamo bene) che il soggetto passivo sia anche oggetto dell'*obligatio*, ed anzi nega che l'*obligatio* abbia un oggetto. La concezione genuinamente romana dell'oggetto giuridico privato non è del tutto aliena dalle idee giuridiche anche moderne. La dottrina tedesca, soprattutto nel secolo scorso, usava, ad esempio, vari termini (« Objekt », « Sache », « Gut », ecc.) per significare il concetto di oggetto giuridico, alcuni dei quali comprendevano anche il riferimento ai soggetti giuridici. V'è di più: qualche autore esplicitamente riprese l'idea romana. Così, il Bierling, *Juristische Prinzipienlehre* 1 (1894) 239 ss., trattando del « Rechtsobjekt », precisa « Rechtsobjekt im strenglogischen Sinne des Wortes: das von einer Rechtsnorm gefonderte Verhalten des Verpflichteten »; ed il Gierke (O.), *Das deutsche Genossenschaftsrecht* 2 (1877, 1. 1954) 56 ss. e *Deutsches Privatrecht*, 2. - *Sachenrecht* (1905) 1 ss., addirittura asserisce: « under dem Begriff des Rechtsobjektes im weitesten Sinne fallen daher auch die Rechtssubjekte ». Sulla teoria generale dell'oggetto giuridico, cfr., per tutti, con ampio ragguaglio critico di bibliografia: Locatelli, sv. *Oggetto dei diritti*, in *NNDI*. — Con la nostra tesi (che è basata sulla distinzione tra il concetto generale dell'oggetto giuridico e quello specifico delle *res*) non coincide la teoria troppo ardita dello Scialoja (*Teoria della proprietà* 1 [1928] 31 ss.), il quale non ha esitazione a concepire anche l'uomo libero come *res*: *res* in quanto possibile oggetto di *patria potestas*, di tutela, di rapporti giuridici relativi, ma comunque *res* sottratta al *dominium* (ed agli altri rapporti assoluti reali). L'inclusione dei soggetti giuridici tra le *res* sembra, per vero, risultare da qualche testo anche classico (principalmente: Gai D. 41.3.9: *usucapionem recipiunt ... res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatium, item liberis hominibus*), ma solo se ed in quanto si tratti di escludere che il *liber homo* sia sottoponibile al regime di una *res in commercio*, e particolarmente al regime della *usucapio* determinativa di *dominium* su di lui (cfr. anche: D. 44.7.1.9; D. 45.1.83.5; Gai 3.97; I. 2.6.1; I. 3.19.2). Che però non si trattasse in realtà di identificazione, ma solo di accostamento degli uomini liberi alle *res extra commercium*, risulta con evidenza da Gai 2.48: *Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est*. Cfr. anche Ulp. D. 43.1.1 pr.

26.1.1. Le « qualificazioni oggettive regolari », cioè i requisiti normalmente necessari per assumere il ruolo di oggetto giuridico privato, risultano essere state le seguenti: la concretezza, l'utilità, la limitatezza, la disponibilità privata, l'estraneità al soggetto attivo del rapporto.

26.2. Il requisito della concretezza stette a significare che l'oggetto giuridico, per essere tale, dovesse appartenere al mondo della realtà sensibile, 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), né erano considerati oggetti giuridici alcune manifestazioni della realtà sensibile che, allo stadio di sviluppo della esperienza romana, non erano state ancora individuate (es.: l'energia idraulica).

26.3. Il requisito della utilità stette a significare l'attitudine dell'oggetto a soddisfare un bisogno della vita umana di relazione, e più precisamente un bisogno dei soggetti del rapporto giuridico.

26.1.1. In ordine alle qualificazioni oggettive regolari (o, quanto meno, in ordine alle prime quattro fra esse) è senz'altro utile la consultazione delle seguenti opere romanistiche, limitate peraltro (per i motivi esposti *retro* nt. 26.1) alla teoria delle *res*: Bonfante, *Corso* 2.1 (1926, rist. 1966); Scialoja, *Teoria della proprietà* cit. 11 ss.; Longo (C.), *Distinzione delle cose* (corso, 1935), *Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto* (corso, 1946); Grosso, *Le cose* (corso, 1941); Scherillo, *Le cose* 1 (corso, 1945); Biondi, sv. *Cose* (*dir. rom.*), in *NNDI*.

26.2. In ordine al requisito della concretezza, va aggiunto a quanto accennato nel testo che del tutto al di fuori dell'esperienza giuridica romana erano le creazioni intellettuali (es.: le concezioni filosofiche, le manifestazioni letterarie, le invenzioni industriali), di cui ancora non si avvertivano i peculiari riflessi economici. Indicativo, a questo proposito, è il regime della *scriptura* (*infra* n. 58.5.7): i giuristi non si pongono nemmeno il problema della proprietà dell'idea scritta, ma fanno solo la questione se la tavola scritta sia *in dominio* del proprietario della *tabula* o piuttosto *in dominio* del proprietario del materiale scrittorio sovrappostovi. Sul punto: Visky, *Geistiges Eigentum der Verfasser im antiken Rom.* in *AA*. 1961. — Non erano considerati oggetti giuridici, e tanto meno *res* in senso tecnico, le cd. *res incorporales* di cui parla Gai 3.14 (*retro* n. 22.3). Il concetto di « *res incorporalis* » (espresso anche in D. 1.8.1.1 e in I. 2.2) fu usato da Gaio, come abbiamo detto a suo tempo, unicamente a fini definitori, cioè come espediente per portare il discorso anche sui diritti diversi dal *dominium* (cfr. Gai 3.12-14: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales haec sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae* [*rell*]). La distinzione gaiana, chiaramente influenzata dalla filosofia greca, si spiega leggendo soprattutto Cic. *top.* 5.26 ss.: *Definitionum autem duo genera prima, unum earum rerum, quae sunt, alterum earum, quae intelliguntur. Esse ea dico quae cerni tangive possunt... Non esse rursus ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si adgnationem definias* (*rell.*) Sull'argomento cfr., da ultimi: Grosso, *La distinzione fra « res corporales » e « res incorporales » e il secondo capo della « lex Aquilia »*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 791 ss.; Triantaphyllopoulos, *Varia Graeco-Romana II.3 - Le* τόπος *des choses corporelles (Gai 2.13)*, in *St. Grosso* 5 (1972) 197 ss.; Zamorani, *Gaio e la distinzione « res corporales » « res incorporales »*, in *Labeo* 20 (1974) 362 ss.

26.3. Il requisito dell'utilità dell'oggetto giuridico acquistava rilievo pratico

26.4. Al requisito dell'utilità si connetteva strettamente il requisito della limitatezza, nel senso di limitata disponibilità dell'oggetto per i bisogni umani, e quindi di attitudine a determinare nei soggetti (e più particolarmente, nel soggetto attivo) l'interesse ad accaparrarsi l'oggetto giuridico, a sottrarlo alla disponibilità comune di tutti i consociati per poterne trarre utilità.

26.5. Il requisito della disponibilità privata stette a significare che poteva costituire oggetto di rapporti giuridici privati, e quindi elemento del *patrimonium* del soggetto giuridico, soltanto ciò che non fosse estraneo per sua natura ai rapporti privati, o che a questi non fosse stato sottratto dall'ordinamento.

26.6. Il requisito dell'estraneità al soggetto attivo del rapporto stette a significare che, per i Romani, tutto e tutti (beninteso, nei limiti imposti dai requisiti dianzi illustrati) potevano costituire oggetto di rapporti giuridici privati, all'infuori di chi avesse in quei rapporti la posizione di soggetto attivo. In altri termini, secondo il *ius privatum* romano, sia pure con limitazioni e attenuazioni sempre più accentuatesi lungo il corso del periodo classico e di quello post-classico, può dirsi che il novero degli oggetti giuridici non si limitò alle entità inumane (cose materiali e animali subumani), ma si estese ai *servi*, ai *liberi alieno iuri subiecti*, agli stessi *sui iuris*, questi ultimi in quanto fossero assoggettati temporaneamente ad una *potestas* altrui o in quanto fossero vincolati da un'*obligatio* ad un altro soggetto.

---

nelle ipotesi di « inutilizzabilità » dello stesso, cioè in ordine a quegli oggetti che la tradizione ritenesse non utilizzabili dai privati nei loro rapporti. Caso tipico è quello del cadavere umano e delle sue parti (membra, ossa ecc.), su cui v. Mod. D. 45.1.103: *Liber homo in stipulatum (dandi) deduci non potest, quia nec dari oportere intendi nec aestimatio eius praestari potest, non magis quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem aut fundum hostium.* Modestino, volendo giustamente sostenere che non si può negoziare la proprietà di un uomo libero (il quale, per definizione, è sotto la *dominica potestas* di nessuno, *nullius*: cfr. Ulp. D. 43.1.1 pr.), richiama il caso certo e indubitabile del cadavere (*mortuus homo*) o del fondo di pertinenza dei nemici. L'inutilizzabilità del cadavere derivava, come è noto, dal terrore superstizioso che era ad esso collegato.

26.4. Fuori del diritto, perché prive del requisito della limitatezza, erano considerate dai Romani le cd. « *res communes omnium* », cioè le entità illimitatamente a disposizione di tutti (aria, acqua piovana, mare). V. tuttavia *infra* n. 27.10.3.

26.5. Sul requisito della disponibilità privata: *infra* n. 27.9.

26.6. Sul requisito dell'estraneità al soggetto attivo, v. l'avvertenza fatta *retro* nt. 26.1. — Relativamente alla condizione giuridica dei *servi*, va ricordato che questi ricevono dalle fonti giuridiche una doppia qualifica: di *res* (in senso lato) e di *personae alienae potestati subiectae* (alla pari dei figli e degli altri sottoposti liberi). Ad esempio, Gai 2.13 annovera tra le *res corporales* l'*homo* (termine indicativo dello schiavo), ma Gai 1.50-55 dice che « *in aliena potestate sunt* » i servi (« *in potestate dominorum* ») e i « *liberi nostri, quos iustis nuptiis procreaverimus* ». V. anche *infra* n. 60.1.

26.6.1. La possibilità, caratteristica del *ius privatum*, che il ruolo di oggetti giuridici fosse coperto anche da *personae sui iuris* non si presta in alcun modo ad essere giustificata sul piano della logica, ma può essere spiegata storicamente. Bisogna tener presente ancora una volta che in origine, nel sistema del *ius Quiritium*, l'unico tipo di rapporto giuridicamente rilevante era il rapporto di *mancipium*, intercorrente tra un *paterfamilias* pienamente autonomo e gli altri *patres familiarum*, tutti del pari pienamente autonomi, della comunità cittadina. In questo sistema primordiale coloro che, pur essendo privi di un *pater familias* (ed essendo perciò astrattamente in condizione di essere essi stessi *sui iuris*), erano *addicti* dal magistrato ad un altro soggetto, o si sottoponevano a quest'ultimo in qualità di *nexi*, o erano subordinati ad un altro *sui iuris* perché ritenuti inadatti (in tutto o in parte, temporaneamente o in perpetuo) all'esercizio della *patria potestas* (ciò in quanto *impuberes, mulieres, furiosi, prodigi*), erano tutti stabilmente oggetto di *mancipium*. In prosieguo, con la costituzione del sistema del *ius civile vetus*, le cose cambiarono sensibilmente. La qualifica di oggetti giuridici, spettante anche ai *sui iuris*, se ed in quanto sottoposti ad altri *sui iuris*, non fu contestata, ma si tenne anche conto del fatto che molte volte la subordinazione aveva carattere temporaneo o parziale e che, in ogni caso, essa non implicava l'acquisizione del patrimonio del sottoposto da parte dell'avente potestà: alla morte del sottoposto il suo patrimonio, ben distinto da quello dell'avente potestà, andava infatti ai successori di lui in quanto *sui iuris*, non all'avente potestà. Di qui la costruzione ibrida (e, ripetiamo, logicamente aberrante) dei soggetti giuridici che potevano essere anche oggetti: una costruzione che la giurisprudenza romana classica non vide certo favorevolmente, ma nemmeno riuscì

26.6.1. In ordine alla qualifica di soggetti giuridici attribuita anche a *sui iuris*, la cosa è evidente di per se stessa nelle ipotesi dell'*addictus*, del *nexus*, del *redemptus ab hostibus* (su cui v. *retro* n. 24.5.1-2): persone, si badi, che non perdevano la soggettività giuridica per effetto della loro condizione di sottoposti, ma che conservavano intatta la qualifica di *patres familiarum* nei confronti dei membri delle proprie famiglie. Per i soggetti subordinati a *tutela* ed a *cura* l'evidenza è molto minore, perlomeno in periodo classico, allorché le *potestates* del *tutor* e del *curator* erano ormai tanto affievolite da essere considerate piuttosto come *munera* o *officia*: v., tuttavia, anche con riguardo alla configurazione originaria degli istituti, *infra* n. 52 ss. Relativamente agli *obligati*, la dimostrazione accennata nel testo sarà ribadita in sede di studio approfondito delle *obligationes* (*infra* n. 71 ss.). Comunque, sufficientemente indicative sono, a quest'ultimo proposito, le due notissime definizioni dell'*obligatio* contenute rispettivamente in I. 3.13 pr. (*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*) e in Paul. D. 44.7.3 pr. (*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*).

mai a superare del tutto, come non riuscì a superarla la stessa giurisprudenza postclassica. Ancora in diritto giustinianeo, infatti, la *tutela* e la *cura* furono definite come *potestates*, sia pur molto affievolite, a cui certi soggetti giuridici erano sottoposti, di cui dunque quelle persone erano oggetti. E ancora in diritto giustinianeo l'*obligatio* era vista (sopra tutto in certi casi, come quello della *locatio operarum*) come qualcosa di più intenso del semplice dovere incombente sul soggetto passivo, cioè come un « *necessitate adstringi* », come un « *adstringi ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum* »: insomma come uno stato di sottoposizione, sia pur limitata a determinate prestazioni, del soggetto passivo nei confronti del soggetto attivo.

27. Le « res ».

27.1. La sempre più accentuata riluttanza della giurisprudenza romana verso la inclusione dei soggetti giuridici nel novero dei possibili oggetti di rapporti giuridici privati si tradusse in una limitazione della riflessione giurisprudenziale a quei soli oggetti giuridici che rivestissero il carattere di *res*, cioè di entità estranee ai soggetti giuridici, anzi a tutti gli uomini liberi. Pur non disconoscendosi e non contestandosi, in punto di fatto, la possibilità che anche le *liberae personae* e persino le *personae sui iuris* potessero essere assunte come oggetti di rapporti giuridici, in sede di riflessione teorizzatrice l'attenzione dei giuristi si concentrò sulle sole *res*. E per *res* (o « *bona* ») furono intesi: in senso stretto, le entità materiali e gli animali subumani; in senso lato, gli schiavi.

27.1. Sulla nozione di *res* e sulla influenza del pensiero greco sulla sua genesi cfr.: Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht: Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und in der modernen Gesetzgebung* I (1902) 48 ss.; Stroux, *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in *ACIR*. 1 (1934) 122 ss. — La gamma delle significazioni del termine, sia nella lingua latina in genere che nel linguaggio giuridico in particolare, è notoriamente vastissima (cfr. Forcellini, *Lexicon t. Lat.* shv.: « vocabulum est immensi prope usus ad omnia significanda, quae sunt, aut quae fieri, dici aut cogitari possunt »). È assai improbabile che i giuristi romani si siano mai preoccupati di fissare in qualche modo il senso di « *res* » come oggetto giuridico. In D. 50.16 (*De verborum significatione*) Giustiniano ha cercato di rimediare due definizioni sforzando non poco i dettati dei giuristi classici dalle cui opere le ha tratte: « *rei* » *appellatio latior est quam* « *pecunia* », *quia etiam et, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecunia significatio et ea referatur, quae in patrimonio sunt* (Paul. 2 *ed.* D. 50.16.5 pr., a commento dell'editto *de vadimonio Romam faciendo*); *rei appellatione et causae et iura continentur* (Ulp. 14 *ed.* D. 50.16.23, a commento, pare, dell'editto *de satisdando*).

27.1.1. Delle *res* le fonti offrono alcune utili classificazioni sulla base dei seguenti criteri distintivi: composizione, divisibilità economica, produttività, consumabilità, surrogabilità, trasportabilità, funzione sociale, disponibilità privata.

27.2. In base al criterio della composizione si distinse tra: cose semplici, cose materialmente composte e cose economicamente composte. Cose « semplici » erano ritenute quelle create unitarie dalla natura, alitate da un unico soffio naturale (« *quae uno spiritu continen-*

27.1.1. Sulle classificazioni delle *res*, v. la bibliografia indicata *retro* nt. 27.1.1.

27.2. La distinzione tra cose semplici e composte (materialmente o economicamente composte) fu influenzata dalla speculazione della filosofia stoica (Sen. *ep.* 102.6), che ovviamente non ebbe riguardo alle *res* come oggetti di rapporti giuridici, ma a tutte le *res* come entità oggettive. Cfr.: Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit. 111 ss.; Schnorr von Carolsfeld, *Geschichte der juristischen Person* cit. 177 ss.; Olivecrona, *Three essays in Roman law* (1949) 20 ss.; Biondi, sv. *Cosa semplice e composta*, in *NNDI*. Il testo fondamentale in proposito è Pomp. D. 41.3.30 pr.: *Rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur. Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu et Graece* ἡνωμένον *vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod* συνημμένον *vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura* [*non*] *soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex. Primum genus* < *in* > *usucapione quaestionem non habet, secundum et tertium habet.* V. anche: Alf. D. 5.1.76 (testo che alcuni ritengono sospetto di itp.); Paul. D. 6.1.23.5; I. 2.20.12. A chiarimento della concezione e dello stesso testo pomponiano, va ricordato che secondo la fisica degli stoici le entità esistenti nell'universo (i « *corpora* ») risultano dal concorso di materia (οὐσία) e di spirito (ἕξις), il quale ultimo è a sua volta una parte del πνεῦμα universale del mondo: solo quando il *corpus* è animato (e individuato) da una sola e indivisibile particella di ἕξις, esso *uno spiritu continetur*. Nella specie Pomponio tratta questo problema: se, essendo in corso l'*usucapio* di una certa *res*, l'*usucapio* stessa debba ritenersi interrotta per il fatto che la *res* si sia commista ad altre. Non è dato intuire con precisione che cosa pensi Pomponio al proposito, ma è chiaro che per lui la questione può farsi solo in ordine alle cose composte. È per sostenere questa tesi che il giurista richiama la distinzione dei *corpora* in *tria genera* (non deve stupire pertanto che tra gli esempi di *corpora ex distantibus* figurino anche il *populus* e la *legio*). — Le cose economicamente composte vengono usualmente denominate anche *universitates facti*: il termine « *universitas* » è suggerito da una probabile interpolazione di D. 7.1.70.3 (ove si parla di *usufructus gregis vel armenti vel equitii* [, *id est universitatis*]); la specificazione « *facti* » si aggiunge per distinguere le cose economicamente composte dalle cd. « *universitates iuris* », cioè dai patrimoni. V. *retro* n. 22.4, ivi bibliografia, a cui *adde*, in relazione a quanto detto qui. Vallet de Goytisolo, « *Pignus tabernae* », in *An. dir. civil* 6 (1953) 8 ss.; Pugliatti, *Riflessioni in tema di « universitas »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 9 (1955) 954 ss.; Dell'Oro, *Le cose collettive nel diritto romano* (1963) spec. 197 ss.; Melillo, « *Legatum mundi - universitas rerum?* », in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 589 ss. — Discussa è la classicità dell'estensione del regime del « *grex* » all'« *armentum* », all'« *equitium* » e a tutte le cose *quae gregatim habentur*: v. Ulp. D. 6.1.1.3. itp. — I riflessi pratici più importanti della distinzione si ebbero in tema di *vindicatio gregis* e di *ususfructus gregis*: cfr. Bossowski, *De gregis vindicatione*, in *St. Riccobono* 2 (1936) 257 ss.; Amirante, « *Ususfructus gregis* », in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1953) 281 ss.; Watson, *The acquisition of young in the « ususfructus gregis »*, in *Iura* 12 (1961) 210 ss.; Thomas, *A note on « summissio »*, in *RIDA*. 11 (1964) 256 ss.

tur »), come uno schiavo, un cavallo, un tronco d'albero, un blocco di marmo (anche se trasformato in statua). Cose « materialmente composte » (cd. « *universitates rerum* »), erano ritenute quelle costituite attraverso le artificiali riunioni di più cose semplici (« *quae ex pluribus inter se cohaerentibus constant* »), come un edificio, una nave, un vestito. Cose « economicamente composte » erano ritenute quelle idealmente accomunate 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.

27.3. In base al criterio della divisibilità economica si distinse tra: cose divisibili e indivisibili. Cose (semplici o composte) « divisibili » erano ritenute quelle suscettibili di ripartizione materiale in parti di funzione corrispondente e di utilità economica proporzionale al tutto (es.: un fondo, una casa, un pezzo di pane). Cose « indivisibili » (« *res quae sine interitu dividi non possunt* ») erano ritenute quelle insuscettibili di ripartizione nel senso predetto (es.: un cavallo, una macchina), cioè quelle che ad essere materialmente divise perdessero la funzione e il valore originari.

27.3.1. Diversa dalla *pars* è la « pertinenza », cioè la cosa (autonoma) durevolmente destinata al servizio o all'ornamento di un'altra

---

27.3. Sulla divisibilità delle *res*, e in particolare sul concetto di cosa indivisibile, v. Paul. D. 6.1.35.3, Gai. D. 35.2.20.1 Sul tema: Brosz, *Il concetto delle cose divisibili e indivisibili in diritto romano* (in ungherese), in *Acta Fac. Pol. Jur. Budapest* 1966. — Si intende che una *res*, pur quando 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 costituiscano una «*communio pro indiviso* » (v. Paul. D. 50.16.25.1). Sul tema v. *infra* n. 45.

27.3.1. In ordine alle cd. pertinenze cfr.: Steinwenter, « *Fundus cum instrumento* », in *SAW*. 1942; Rasi, *Le pertinenze e le cose accessorie* (1955). V. Ulp. D. 19.1.13.31: *aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur rell.*; Ulp. D. 19.1.17.7: *Labeo generaliter scribit ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens non esse aedificii.* Le fonti, come si vede, ignorano una terminologia corrispondente a quella di « pertinenza » (tutt'al più parlano di « *quasi pars* »), ma mettono bene in evidenza i requisiti della destinazione (« *propter aedes* ») e della durevolezza. — Discusso è se fossero concepiti immobili pertinenziali (ad altri immobili), oltre che pertinenze di cose mobili a cose immobili o ad altre cose mobili. In senso affermativo depone soprattutto PS. 3.6.57: *Domo legata balneum eius, quod publice praebetur, nisi alias separetur, legato cedit.* — Non erano pertinenze i *ruta et caesa*, cioè le cose scavate o tagliate dalla terra (Ulp. D. 19.1.1.17.6: *Si ruta et caesa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quae eruta sunt, ut harena creta et similia; caesa ea esse, ut arbores caesas et carbones et his similia* [*rell*]). — La cosa accessoria si distingue dalla pertinenza per il fatto di non essere destinata al servizio di un'altra cosa, ma di essere subordinata alle sorti di quella (« *accessorium sequitur principale* »: v. *infra* n. 58.5) unicamente perché di essa è meno importante e costituisce il naturale complemento. Forse in tal senso alcuni

cosa. Di questo concetto i Romani fecero applicazione in moltissimi casi (vasi oleari infissi nel terreno, statue ornamentali del giardino ecc.). Si discute se ne abbiano fatto applicazione anche nell'« *instrumentum fundi* » e nell'« *instrumentum tabernae* », intesi rispettivamente come l'attrezzatura di un fondo o di un magazzino di lavoro artigianale o di vendita.

27.4. In base al criterio della produttività si distinse tra: cose fruttifere e cose infruttifere. Cose « fruttifere » erano ritenute quelle 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. Cose « infruttifere » erano conseguentemente quelle incapaci di produzione materiale.

27.5. In base al criterio della consumabilità si distinse tra: cose consumabili e cose inconsumabili. Cose « consumabili »

---

testi parlano dell'« *instrumentum fundi* » (es. Paul. D. 33.7.1 pr.: *sive cum instrumento fundus legatus est sive instructus, duo legata intelleguntur*). Sul tema, per qualche elemento e qualche spunto, cfr. anche: John, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Rechts bis Labeo* (1970) spec. 8 ss.; Holthöfer, *Sachteil und Sachzubehör im römischen und im gemeinen Recht* (1972).

27.4. Il concetto romano di *fructus* e l'evoluzione storica dallo stesso subita sono tuttora assai incerti a causa della mancanza di un moderno studio organico della complessa materia. L'elenco dei *fructus* da noi indicativamente dato nel testo si accresce, stando a talune fonti di dubbia classicità, di altri elementi, quali le *operae* dei servi, il ricavo delle locazioni (« *reditus* »), e via dicendo, di cui si legge che stanno « *loco fructuum* » o « *pro fructibus* ». Sicuramente estranei al novero dei frutti furono invece, in ogni età, gli interessi dei capitali dati a prestito ad altri (cfr. Pomp. D. 50.16.121): ragion per cui è da escludere che i Romani abbiano avuto una visione completa di quelli che, con linguaggio moderno, si dicono « frutti civili ». Cfr. sul punto: Appleton, *Contribution à l'histoire du prêt à intérêt, Le taux du « foenus unciarium »*, in *RH.* 43 (1919) 467 ss. Sotto altro profilo, da ultimo: Cervenca, *Contributo allo studio delle « usurae » c.d. legali nel diritto romano* (1969) *passim*. — Dei *fructus* le fonti giuridiche parlano secondo varie accezioni. « *Fructus pendentes* » (o « *percipiendi* ») sono quelli tuttora naturalmente collegati alla cosa fruttifera, ma in grado di essere utilmente colti; « *fructus percepti* » sono quelli colti e resi quindi cose autonome; « *fructus separati* » sono quelli staccati dalla cosa fruttifera per una qualunque causa (mano dell'uomo, impulso del vento ecc.); « *fructus extantes* » sono quelli colti, ma non ancora consumati; « *fructus consumpti* » sono i frutti consumati. Cfr.: Bretone, sv. *Frutti* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Scarlata Fazio, sv. *Frutti* (*dir. rom.*), in *ED.*, e la bibliografia ivi. — Cicerone (*de fin.* 1.4.12) dà testimonianza di una lunga polemica tra i giuristi repubblicani: se il *partus ancillae* dovesse considerarsi come frutto al pari della lana o degli stessi parti del gregge. La disputa (che assumeva rilievo pratico nell'eventuale conflitto tra proprietario e usufruttuario dell'*ancilla*) fu risolta in senso negativo, ancorché la schiava fosse una *res*. I classici non giustificano la decisione, si limitano ad accoglierla. I bizantini, invece, la spiegano osservando: *absurdum enim videtur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit* (Gai. D. 22.1.28.1 itp.). Cfr. da ultimo: Kaser, « *Partus ancillae* », in *ZSS.* 75 (1958) 156 ss., con bibliografia.

27.5. Sulle cose consumabili e inconsumabili cfr.: Kübler, *Exgetische*

(« *quae usu consumuntur* » o « *tolluntur* ») erano intese quelle che per essere usate dovevano necessariamente essere perdute da chi le usasse: perdute o perché trasferite ad altri soggetti, o perché materialmente distrutte, o perché trasformate. Non solo, dunque, le derrate alimentari e simili, ma anche il danaro (che si utilizza spendendolo) o le materie prime (che si utilizzano trasformandole). Cose « inconsumabili » erano intese quelle suscettibili di uso ripetuto e praticamente illimitato (es.: fondi, quadri, vestiti).

27.5.1. In età postclassica le cose inconsumabili, che fossero però rapidamente deperibili con l'uso ripetuto (« *quae usu minuuntur* »: es., *vestimenta*), passarono a costituire una sorta di categoria intermedia tra le cose consumabili e quelle inconsumabili. Piuttosto che come cose inconsumabili, esse furono però trattate come cose consumabili.

27.6. In base al criterio della s u r r o g a b i l i t à si distinse tra: cose fungibili e cose infungibili. Cose « fungibili » furono ritenute quelle individuabili attraverso la loro appartenenza ad un *genus* più o meno esteso (« *quae in genere suo functionem recipiunt* »). Per esse quindi non aveva rilevanza la individualità di ciascuna, ma rilevava solo il *quantum* rientrante nel *genus* (« *res quae pondere numero mensura consistunt* »: es., il danaro, le derrate), sì che non sorgeva problema se venivano sostituite tra loro. Cose « infungibili » furono intese quelle individuate nella loro specifica identità (« *singula corpora* »: es., un cavallo, uno schiavo), e quindi tali da non poter essere surrogate le une con le altre.

---

und kritische Bemerkungen, in *ZSS*. 59 (1939) 569 ss.; Crifò, *Due note sulle cose consumabili nel diritto romano*, in *St. Grosso* 2 (1968) 119 ss. Le cose consumabili possono essere anche definite come quelle la cui utilizzazione, secondo la loro destinazione normale, si esaurisce in una volta sola.

27.5.1. Le *r e s q u a e u s u m i n u u n t u r* rientravano in età classica tra le cose inconsumabili. La giurisprudenza postclassica le assimilò alle cose consumabili: v. la rubrica di D. 7.5 (*De usu fructu earum rerum, quae usu tolluntur* [*vel consumuntur*]), su cui Soubie, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste* (1960) 167 s.; inoltre Ulp. D. 7.5.1 itp., I. 2.4.2. Essa si basò su un concetto diverso da quello originario della «consumabilità»: non come perdita della cosa mediante l'uso, ma come distruzione obiettiva della cosa. Si avverta tuttavia che le fonti sono in proposito assai incerte.

27.6. Sulle c o s e f u n g i b i l i e infungibili cfr.: Savagnone, *La categoria delle « res fungibiles »*, in *BIDR*. 55-56 (1952) 18 ss.; Genzmer, « *Pondere, numero, mensura* », in *RIDA*. 1 (1952) 469 ss. Il testo da cui è scaturito il vocabolo (non romano) « fungibile » e Paul. D. 12.1.2.1: *Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt; quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem < magis > quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.* — Va rilevato che non esiste esatta corrispondenza tra cose fungibili e c o s e g e n e r i c h e, cioè consistenti in un *genus*. Anche una cosa generica può essere resa infungibile dalla volontà dei soggetti: es., « questo mucchio di grano ».

27.7. In base al criterio della trasportabilità si distinse tra: cose « immobili », cioè non trasportabili da un punto all'altro (es.: un fondo, un edificio, il bagno installato in un edificio), e come « mobili », cioè trasportabili da un luogo all'altro o addirittura semoventi (es.: un cavallo).

27.8. In base alla loro funzione sociale, si differenziarono le *res mancipi* dalle *res nec mancipi*: distinzione di fondamentale

---

27.7. Ignota al diritto classico la distinzione generale tra cose mobili e immobili. Sulla base della legislazione decemvirale si faceva opposizione tra *res soli* e *ceterae res*: l'antitesi si esauriva nell'ambito delle *res mancipi*, mentre le « *ceterae res* », lungi dal comprendere soltanto cose mobili, includevano l'*hereditas* e le servitù. Cfr.: Kübler, « *Res mobiles* » *und* « *immobiles* », in *St. Bonfante* 2 (1929) 347 ss.; Schiller, « *Res mobiles* » « *immobiles* » *and* « *semoventes* », in *ACNSR.* 2 (1931) 431 ss., e « *Res mobiles* » « *immobiles* » *y* « *se moventes* », in *Bol. Inst. Der. civ. Córdoba* 4 (1937) 117 ss.; Schönbauer, *Beiträge zur Geschichte des Liegenschaftsrechts im Altertum* (1924); Naber, *De rebus mobilibus et immobilibus*, in *RSDI.* 14 (1941) 25 ss.; Di Marzo, « *Res immobiles* », in *BIDR.* 49 (1948) 236 ss.; Rasi, *Distinzione fra cose mobili ed immobili nel diritto postclassico e nella Glossa*, in *ACIV.* 4 (1953) 413 ss.; Biondi, sv. *Cosa mobile ed immobile* (*dir. rom.*), in *NNDI.* — In diritto postclassico, caduta la distinzione tra *res mancipi* e *nec mancipi*, quella tra « *res immobiles* » e « *res mobiles* » si avviò a prenderne il posto per la preminente funzione sociale riconosciuta agli immobili: di qui le particolari forme richieste per i trasferimenti immobiliari.

27.8. Sulla fondamentale distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi*, cfr. soprattutto: Bonfante, « *Res mancipi* » *e* « *res nec mancipi* » (1888), riedito con postille di aggiornamento in *Scr.* 2 (1918) 14 ss. (*Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*); De Visscher, « *Mancipium* » *et* « *res mancipi* » (1936), ora in *Nouv. Ét.* (1949) 193 ss.; Gallo, *Studi sulla distinzione fra* « *res mancipi* » *e* « *res nec mancipi* » (1958); Franciosi, « *Res mancipi* » *e* « *res nec mancipi* », in *Labeo* 5 (1959) 370 ss. (= *rc.* a Gallo); Scherillo, « *Res mancipi* » *e* « *nec mancipi* » - *cose immobili e mobili*, in *Synt. Arangio-Ruiz* (1964) 83 ss.; Biondi, sv. « *Res mancipi* » *e* « *res nec mancipi* », in *NNDI.* — Sulle radici storiche della distinzione le opinioni divergono notevolmente. Per il Gallo, che fa leva su un accenno di Gai 1.192 (fuori della *sedes materiae*), le *res mancipi* erano, nella Roma arcaica, le « *res pretiosiores* », fonti di particolare utilità economica e sociale per il *pater familias*; ma la tesi, fondamentalmente esatta, è troppo generica per soddisfare. Per il Bonfante, le *res mancipi* erano le cose destinate all'agricoltura e costituenti oggetto di proprietà collettiva gentilizia, mentre le *res nec mancipi* erano quelle di proprietà individuale, meno importanti perché non richieste dalle esigenze agricole essenziali. Per il De Visscher (che ha acutamente criticato la teoria del Bonfante) *res mancipi* erano quelle oggetto della signoria tipica della situazione di *paterfamilias*, denominata *mancipium* (signoria non collegata soltanto alle esigenze agricole, ma anche a quelle della guerra, dei trasporti ecc.). A nostro avviso, la teoria del De Visscher è fondamentalmente esatta, ma va specificato che la distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi* costituiva, in età preclassica e classica, il residuo storico di un complesso sviluppo arcaico, per cui si partì da una concezione del *ius* (*Quiritium*) limitata al *mancipium* e si pervenne progressivamente al riconoscimento del carattere di oggetti giuridici, nell'ambito del posteriore *dominium*, anche alle *res nec mancipi* (originariamente oggetto, in qualità di *pecunia*, della pura e semplice *possessio*): v. *infra* n. 42.2-3. — Sul regime classico: Gai 2.14 *a*-22. — In particolare, sugli *animalia quae collo dorsove domantur*: Nicosia, « *Animalia quae collo dorsove domantur* », in *Iura* 18 (1967) 45 ss., e *Il testo di Gai 2.15 e la sua integrazione*, in *Labeo* 14 (1968) 167 ss. Gai 2.16 (che riportiamo nella ricostruzione del Nicosia) riferisce di una controversia in proposito tra Sabiniani e Proculiani: *Sed quod diximus et boves equos*

importanza sino a tutto il periodo classico, ma decaduta in età postclassica e abolita da Giustiniano. « *Res mancipi* » erano le *res* che in età arcaica avevano formato oggetto del rapporto di *mancipium*, per essere strettamente collegate alle necessità di vita della *familia*: 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, le antichissime servitù rustiche di passaggio (*iter, via, actus*) e di *aquaeductus*. Per questa essenziale funzione ricoperta in antico dalle *res mancipi* il *dominium ex iure Quiritium* sulle stesse non poteva essere trasferito mediante *traditio*, ma solo mediante *mancipatio* o anche (salvo le predette servitù rustiche) mediante *in iure cessio*. Ma con la riforma giustinianea la *traditio* valse anche per le antiche *res mancipi*.

27.9. In base al criterio della disponibilità privata si distinse tra: *res in commercio* e *res extra commercium*. « *Res in com-*

---

mulos asinos mancipi esse, nunc videamus quomodo intellegendum sit. Sane nostri quidem praeceptores ea animalia statim ut nata sunt mancipi esse putant; Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, in qua domari solent. Si disputa se l'opinione proculiana rifletta la concezione più antica o quella più recente. Ma, a nostro avviso, il problema è mal posto: la controversia tra Sabiniani e Proculiani è una tipica manifestazione di una divergenza interpretativa insorta proprio e solo nel sec. I d.C. tra le due scuole contrapposte. È impossibile, allo stato delle nostre conoscenze, chiedersi quale sia stata la concezione più antica: cfr. Guarino, *rc.* a Nicosia, in *Labeo* 14 (1968) 227 s.

27.9. Sulla ripartizione delle *res* in *res in commercio* e *res extra commercium* v. Gai 2.1-2 (... *videamus de rebus: quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur. Summa itaque rerum divisio in duos articulos deducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani*); Ulp. D. 45.1.34 (*Multum interest, utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum, an quis promittat: si stipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet: si quis promittat, cuius non commercium habet, ipsi nocere, non mihi*); Paul. D. 18.1.34.1 (*Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio* [*exuerunt*] < *exemerunt* > *earum nulla venditio est*). In dottrina cfr.: Archi, *La « summa divisio rerum » in Gaio e Giustiniano*, in *SDHI*. 3 (1937) 5 ss. (l'a. identifica le *res in patrimonio* con quelle *humani iuris*; ma v. Branca, *Le cose « extra patrimonium humani iuris »*, in *ATRI*. 1940, e *Le cose « extra patrimonium humani iuris »* [1956]); Grosso, *Appunti sulle distinzioni delle « res » nelle Istituzioni di Gaio*, in *St. Besta* 1 (1937) 35 ss. A nostro avviso non vi furono mai criteri generali di classificazione. La distinzione più usuale fu quella tra *res in commercio* ed *extra commercium*, ma Gaio le preferì quella tra *res in patrimonio* (nel senso di cose effettivamente o potenzialmente ammesse a far parte del patrimonio dei privati) e *res extra patrimonium*. Tuttavia lo stesso Gaio, sorvolando sull'impostazione generale ora detta, passò, in sede di classificazione delle *res* (Gai 2.2-11), a riferirsi ad un altro criterio di distinzione (« *summa divisio rerum* »): tra *res divini iuris* (tutte *extra patrimonium*) e *res humani iuris*, suddistinte queste ultime in *res publicae* (tutte *extra patrimonium*) e *res privatae* (tutte *in patrimonio*: « *quae singulorum hominum sunt* »). In I. 2.1 pr. la confusione (o per meglio dire, l'incuranza verso le categorie generali) è ancora maggiore: ... *Quae*

mercio » (anche dette « *res in patrimonio* ») furono ritenute le cose di cui i privati potessero disporre nei loro rapporti, cioè le cose che fossero idonee a costituire oggetto del *patrimonium* dei privati. « *Res extra commercium* » (o « *res extra patrimonium* ») furono definite le cose sottratte alla disponibilità privata e quindi inidonee a far parte di un *patrimonium* privato. *In commercio* erano, in altri termini, tutte le cose che il costume o i provvedimenti di governo non qualificassero *extra commercium*. La categoria delle *res extra commercium* fu, a sua volta, suddivisa da alcuni giuristi in due branche: quella delle *res divini iuris* e quella delle *res extra commercium humani iuris*.

27.9.1. « *Res (extra commercium) divini iuris* » erano quelle tipicamente destinate a soddisfare esigenze religiose. Tali furono: le « *res*

(res) vel in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur. Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur (rell.).

27.9.1. Sulle *res divini iuris* in generale: esposizione critica delle varie dottrine in Scherillo, *Le cose* cit. 44 ss.; bibliografia in Fabbrini, sv. « *Res divini iuris* », in *NNDI.*, a cui *adde* Murga, *La venta de las « res divini iuris » en el derecho romano tardío* (1971). — Sulle *res sacrae* in particolare: Brassloff, *Die Befugnis zur Dedikation (Zwei Fragen aus der Lehre von der « res sacrae »)* 1 (1925); Mutel, *Réflexions sur quelques aspects de la condition juridique des temples en droit romain classique*, in *Mél. Falletti* (1971) 389 ss.; Catalano, sv. *Templum*, in *NNDI.*; Murga, *Nulidad o ilicitad en la enajenación de las « res sacrae »*, in *AHDE.* 41 (1971) 555 ss. V.: Gai 2.4; I. 2.1.8; CI. 1.2.21. — Sulle *res religiosae* in particolare: Fadda, *Le « res religiosae » nel diritto romano* (1899), ora in *St.* 1 (1910) 147 ss.; Biondi, *Dir. rom. crist.* cit. 2.250 ss.; Albanese, « *Bidental* », « *mundus* », « *ostium orci* » *nella categoria delle « res religiosae »*, in *Jus* 20 (1969) 205 ss.; Fabbrini, *Dai « religiosa loca » alle « res religiosae »*, in *BIDR.* 73 (1970) 197 ss. V.: Gai 2.4 cit.; CTh. 3.17.4 pr. (cfr. CI. 9.19.4); D. 1.8.6.4 (cfr. I. 2.1.9 e CI. 3.44.2). Il concetto di « *religio* » aveva qualcosa di analogo a quello di « *nefas* » (cfr. Fest 278: *Idem religiosum quoque esse, quoniam sit aliquid, quod ibi homini facere non liceat; quod si faciat, adversus deorum voluntatem videtur facere)*: il contrario di « *religiosum* » si esprimeva col termine « *purum* » (onde la distinzione tra « *loci puri* » e « *loci religiosi* ») — Sul regime giuridico dei *sepulchra* cfr.: De Visscher, *Le droit des tombeaux romains* (1963), con bibliografia anteriore; Longo (G.), *Sul diritto sepolcrale romano* (1964), e *Le droit funéraire romain dans son développement historique*, in *Scr. Giuffrè* 1 (1967) 633 ss.; De Dominicis, *Il « ius sepulchri » nel diritto successorio romano*, in *RIDA.* 13 (1966) 177 ss.; Luzzatto, sv. *Sepolcro* (*dir. rom.*), in *NNDI.* Per « *sepulchrum* » si intendeva il pezzo di terra in cui era stato inumato il corpo di un morto (o il vaso contenente le sue ceneri) più la pietra o l'edificio sovrastante: « *sepulchrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt* » (Ulp. D. 11.7.2.5). In quanto tale, esso era *extra commercium* (v. Ulp. D. 8.5.1): quindi, l'incommerciabilità aveva inizio con l'*illatio mortui* ed aveva fine con l'eventuale asporto dei suoi resti (pienamente commerciabili erano il « *cenotaphium* », cioè il sepolcro vuoto, l'« *ager purus monumento cohaerens* », gli « *horti vel ceterae culturae* »). Fondamentale la distinzione tra « *sepulchra familiaria* » e « *sepulchra hereditaria* »: questi ultimi erano i sepolcri trasmissibili ereditariamente, mentre i primi erano i *sepulchra* che esplicicitamente il fondatore « *sibi familiaeque suae constituit* » (Gai D. 11.7.5) e che pertanto rimanevano in famiglia, senza rispetto delle regole sulla trasmissione ereditaria (*HMHNS*: « *hoc monumentum heredem non sequitur* »). — Sulle *res sanctae* in particolare cfr.: Fantetti, *L'inquadramento classico delle « res sanctae »*, in *Labeo* 2 (1956) 94 ss.; Seston, *Les murs, les portes et*

sacrae », dedicate da un provvedimento di governo o sacrale al culto pubblico (templi, arredi sacri, are ecc.); le « *res religiosae* », destinate dai privati al culto dei defunti (« *dis Manibus relictae* »: tra cui il terreno funerario e i *sepulchra*); le « *res sanctae* », appartenenti alla comunità tutta intera e poste sotto la protezione degli dei (le porte e le mura della città, le strisce di separazione tra fondi privati ecc.).

27.9.2. « *Res extra commercium humani iuris* » erano quelle non destinate a soddisfare esigenze religiose, ma sottratte alla disponibilità privata per considerazioni di opportunità sociale. Tali furono: le « *res publicae* », amministrate dal governo statale e destinate all'uso collettivo o a finalità di interesse pubblico (strade, *flumina publica*, pubblici edifici ecc.); le « *res universitatis* », appartenenti a comunità municipali e analogamente destinate a finalità di interesse collettivo.

27.9.3. Posizione ambigua ebbero le « *res communes omnium* », cioè le cose illimitatamente a disposizione di tutti (l'aria, il mare, l'ac-

---

les tours des enceintes urbaines et la problème des « res sanctae » en droit romain, in *Mél. Piganiol* 3 (1966) 1489 ss. V.: D. 1.8.9.3; Gai 2.8 (cfr. D. 1.8.1 pr. e I. 2.1.10). La *communis opinio* qualifica « *divini iuris* » le *res sanctae*, sebbene le ragioni addotte a giustificare questa posizione siano le più disparate. Per l'esclusione cfr., però, Solazzi, « *Quodam modo* » *nelle Istituzioni di Gaio* (1953), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 495 ss., che ritiene alterato il testo gaiano, il quale in origine avrebbe considerato le *res sanctae* come « *nullius in bonis* » al pari di quelle *sacrae* e *religiosae*. Opinione intermedia è quella della Fantetti, secondo la quale le *res sanctae* avrebbero costituito una categoria autonoma fra le *res extra commercium divini iuris* e le *res* egualmente *extra commercium*, ma *humani iuris*. Il diritto giustinianeo, comunque, certamente vide nella *res sancta* una vera e propria *res divini iuris*.

27.9.2. Sulle *res extra commercium humani iuris*, in generale cfr.: Cortese, sv. *Demanio* (*dir. rom.*), in *ED*. — Nel gruppo delle *res extra nostrum patrimonium* un posto di rilievo occupano le *res publicae*, anch'esse ulteriormente suddistinte. Il concetto di *res publica* è in antitesi con quello di *res privata*, poiché rappresenta gli interessi del *populus*; dubbio è se si possa parlare, in ordine al rapporto intercorrente tra il *populus* e le cose, di sovranità o proprietà. Cfr.: Lombardi, *Ricerche in tema di « ius gentium »* (1946) 49 ss.; Branca, *Ancora sulle « res publicae iuris gentium »*, in *St. Redenti* 1 (1951) 177 ss.; Segrè, *La condizione giuridica dei ponti sui fiumi pubblici e l'iscrizione c.d. del Pondel*, in *BIDR*. 48 (1941) 17 ss.; Costa, *Le acque nel diritto romano* (1919); Longo (G.), *Il regime romano delle acque pubbliche*, in *RISG*. 7 (1928) 245 ss.; Grosso, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici nel diritto romano*, in *ATO*. 1931; Lauria, *Le derivazioni di acque pubbliche*, in *AUMA*. 1932; Scherillo, *Le cose* cit. 131 ss.; Morrone, sv. *Strade* (*dir. rom.*), in *NNDI*.; Pekáry, *Untersuchungen zu den römischen Rechtsstrassen* (1968); Murga, *La extracomercialidad de los bienes afectados a un destino colectivo en el bajo Imperio Romano*, in *RIDA*. 18 (1971) 561 ss.; Radke, sv. « *Viae publicae Romanae* », in *PW*. V.: D. 50.16.15; D. 43.12.1.3; D. 43.7.3. — Sulle *res communes civitatium* cfr.: Schnorr von Carolsfeld, *Geschichte der jur. Person* cit. 1.91 ss., 101 ss. V.: Gai 2.11; D. 1.8.2 pr. (cfr. I. 2.1 pr.); D. 1.8.6.1.

27.9.3. La classicità delle *res communes omnium* non è pacifica. La negarono, ad esempio, il Mommsen e, sulla sua scia, il Costa (*Le acque* cit. 99 ss.). Secondo il Perozzi, *Istituzioni* 1.596 ss., il concetto non sarebbe « né classico né postclassico », ma « una idea bizantina priva di qualsiasi contenuto e importanza giuridica ». Per quanto riguarda il « *litus maris* », v.: D. 1.8.2.1; D. 50.16.96 pr.; I. 2.1.3.

qua piovana ecc.). Taluni giuristi, anziché qualificarle come entità prive del carattere di oggetti giuridici (perché mancanti del requisito della limitatezza), le inclusero tra le *res extra commercium* e le arricchirono del *litus maris*, che era invece piuttosto una *res publica*.

27.10. Le *res in commercio* (e quindi astrattamente *in patrimonio* dei soggetti del *ius privatum*) assumevano caratteristica di *res in bonis alicuius*, cioè di cose effettivamente rientranti in un patrimonio privato, solo quando costituissero concretamente oggetto del *dominium ex iure Quiritium* di uno specifico soggetto del *ius privatum*: « *nullius in bonis* », o « *res nullius* » erano pertanto dette le cose che, pur essendo aperte alla disponibilità privata, non fossero oggetto di *dominium*. Ma una *res in bonis alicuius* poteva essere nello stesso tempo, si badi, *in dominio ex iure Quiritium* di un soggetto e *in possessione* di un altro soggetto. A sua volta, la *possessio* di una *res aliena* poteva essere di tre tipi: l'« *in bonis habere* » del cd. proprietario pretorio (una *possessio* praticamente equiparata al *dominium*, sì che si parlò di « *duplex dominium* » sulla *res*); la « *possessio ad interdicta* » (o *possessio* per antonomasia), riconosciuta dal pretore a certi soggetti in certe situazioni; la cd. « *possessio naturalis* » (o « *detentio* »), esercitata da un detentore in luogo del *dominus* e con pieno riconoscimento della sua situazione di *dominus*.

Cfr. in dottrina: Biondi, *La condizione giuridica del mare e del « litus maris »* (1925), ora in *Scr. giur.* 3 (1965) 107 ss.; Dell'Oro, *Le « res communes omnium » dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *SU.* 1962-63; Grosso, *Postilla su Orazio, Ars poet. 128-130*, in *ATO.* 1971-72.

27.10. Sulle *res in bonis alicuius*, v. già *retro* nt. 27.9. I *fundi stipendiarii vel tributarii* siti nelle *provinciae* non erano passibili di *dominium ex iure Quiritium* dei privati, appartenendo allo stato: i privati ne avevano però, per concessione dello stato, una disponibilità analoga al *dominium*, la cd. « *possessio vel usus fructus* ».

CAPITOLO V

L'ORDINE GIURIDICO PRIVATO

SOMMARIO: 28. L'ordine giuridico privato. — 29. Gli atti di autonomia del *ius privatum*. — 30. La forma nei negozi giuridici. — 31. La causa nei negozi giuridici. — 32. La volontà nei negozi giuridici. — 33. Le clausole accidentali dei negozi giuridici. — 34. La sostituzione nell'attività negoziale.

28. L'ORDINE GIURIDICO PRIVATO.

28.1. L'ordine giuridico scaturente dal *ius privatum* romano non chiede di essere configurato in modo diverso da come correntemente lo si configura in sede di teoria generale

---

28.1. È appena il caso di avvertire che, data la (più volte ricordata) riluttanza della giurisprudenza romana verso le inquadrature generalizzanti, manca alle fonti romane una terminologia appropriata alla teoria (del tutto moderna) dell'ordine giuridico (sul quale, in sede di teoria generale, v. *retro* n. 3-5). Salvo che per quanto concerne l'effetto modificativo denominato « *successio in ius* », la terminologia romana è pertanto estremamente varia, incurante, contraddittoria. Riferirla e discuterla sarebbe, in questa sede, del tutto inutile. Non si mancherà invece, nei luoghi opportuni, di segnalare, in ordine a più limitati problemi, i primi sintomi di una terminologia consapevole, almeno approssimativamente, dei problemi stessi. — Va tenuto presente, *in limine*, con quale criterio i Romani misuravano, agli effetti giuridici, il decorso del tempo. Il tempo non si computava a partire dal momento in cui un fatto si era effettivamente verificato (es.: la terza ora di luce di un certo giorno dell'anno), ma a partire dal momento iniziale del giorno in cui quel fatto era accaduto: pertanto, la ricorrenza (per es., annuale) del fatto si verificava nel momento iniziale del giorno corrispondente (cfr. Paul. D. 50.16.134: « *Anniculus* » *non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plene, non exacto die, quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus*). Tuttavia, se per il prodursi di un certo effetto (es.: l'usucapione) doveva decorrere un certo periodo di tempo (es.: un anno), è chiaro che questo periodo si intendeva completamente decorso solo dopo il passaggio dell'ultimo momento dell'ultimo giorno (cfr. Ulp. D. 41.3.6: *In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus*). L'unità minima di tempo era dunque, agli effetti giuridici, il giorno, il quale andava da una mezzanotte all'altra (cfr. Paul. D. 2.12.8: *More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur: itaque quidquid in his viginti quattuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi quavis hora... actum esset*). Si noti, infine, che *iure civili* il decorso del tempo si rapportava alla successione dei giorni indicata dal calendario (cd. « *tempus continuum* »),

del diritto. Ciò vale sia per gli effetti (costitutivi, estintivi, modificativi di rapporti giuridici) che per le cause, cioè per i fatti giuridici (involontari e volontari, leciti e illeciti, negoziali e non negoziali). Perciò, evitando di ripetere classificazioni e definizioni già esposte precedentemente, fermeremo la nostra attenzione, prima di passare alla descrizione analitica degli istituti positivi, ad alcuni punti che meritano sin d'ora un'illustrazione specifica: il presupposto della capacità di agire, il regime degli atti di autonomia privata e, nel capitolo successivo, la complessa vicenda della *successio in ius*.

28.2. La capacità d'intendere e di volere, cioè la cd. capacità di agire, fu ritenuta in ogni epoca del diritto romano un presupposto indispensabile dell'azione giuridica, sia lecita che illecita. Il soggetto giuridico che fosse privo di capacità di agire non raccoglieva le conseguenze, specie se a lui svantaggiose, dei suoi atti giuridici: i quali si reputavano, di regola, come giuridicamente invalidi. Anzi, è probabile che in periodo arcaico la incapacità di agire di un soggetto reagisse sulla stessa capacità giuridica, nel senso di eliminarla del tutto e di giustificare la sottoposizione dell'incapace di agire, durante lo stato di incapacità, ad una *potestas* non dissimile nel contenuto da quella relativa ai *filii familiarum* e ai *liberi in mancipio*. Tuttavia, la particolare condizione di autonomia familiare dei soggetti incapaci non potè non ottenere, con l'andar del tempo, un trattamento diverso, e più precisamente migliore, rispetto a quello praticato agli individui *alieni iuris*: sì che già in età preclassica i soggetti incapaci di agire, piuttosto che come soggetti giuridici limitati, venivano considerati come soggetti di pieno diritto, ma aiutati, agevolati, cooperati nell'azione giuridica da altro soggetto sicu-

---

mentre *iure honorario* non si teneva conto, in alcuni casi, di tutti o di alcuni *dies nefasti*, in cui non era possibile ricorrere alla giustizia (cd. « *tempus utile* »): così per il computo del termine di esperimento delle *actiones honorariae* si partiva dal primo giorno non nefasto; per il computo del termine di cento giorni per l'*adgnitio bonorum possessionis* si escludevano tutti i giorni nefasti (cioè si procedeva a calcolare il tempo utile *ratione cursus*). Cfr.: Donatuti, *Due questioni relative al computo del tempo*, in *BIDR*. 69 (1966) 155 ss.

28.2. Sulla capacità di agire e sulla problematica relativa cfr., per tutti: Sciascia, sv. *Capacità giuridica* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Burdese, sv. *Capacità* (*prem. stor.*), in *ED.* (ivi altre indicazioni bibliografiche). — Sulla arcaica incapacità giuridica degli incapaci di agire: Guarino, *Notazioni romanistiche*, 2. - *La « lex XII tabularum » e la « tutela »* (1948), e *Notazioni romanistiche*, 4. - *Il « furiosus » ed il « prodigus » nelle « XII tabulae »* (1949), ora in *Le origini quiritarie* (1973) 237 ss., 244 ss.; in senso contrario (limitatamente al *prodigus*), Kaser, *Vom Begriff des « commercium »*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953), spec. 154 ss., 158 ss.; ma, in replica, Guarino, *« Commercium » e « ius commercii »*, in *Le origini quiritarie* cit. 266 ss. V. anche, sul punto, *retro* n. 23.6, 25.4. Il carattere relativamente tardo delle terminologie « *tutela* (*tutor*) » e « *cura* (*curator*) » è unanimemente ammesso: v. sul punto, *infra* n. 52.

ramente capace di agire, le cui funzioni ausiliarie furono espresse significativamente con le terminologie, che non erano quelle originarie, di « *tutela* » (*impuberum, mulierum*) e di « *cura* » (*furiosi, prodigi, minorum, debilium personarum*).

28.2.1. Di regola, per lo meno sino a tutto il periodo classico, non era richiesto che la capacità di intendere e di volere esistesse in concreto, non si seguì cioè il sistema (che sarebbe stato, oltre tutto, assai pregiudizievole per la correntezza della vita giuridica) di accertare caso per caso se l'agente, al momento della commissione dell'atto, fosse effettivamente, concretamente capace di intenderlo e di volerlo: che avesse insomma la cd. « capacità naturale » di agire. Fu ritenuta sufficiente la « capacità astratta di agire », cioè la sussistenza nell'agente, al momento della commissione dell'atto, di alcuni requisiti, che astrattamente, in considerazione dell'*id quod plerumque accidit*, facessero ragionevolmente argomentare la sua idoneità fisica e mentale. Tuttavia nel tardo diritto classico, e più ancora nel periodo 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 profilò, quindi, sempre più accentuata la tendenza a ritenere invalido l'atto che risultasse concretamente compiuto in istato di incapacità naturale.

28.3. Requisiti regolari della capacità di agire furono, in età storica: l'età pubere, l'appartenenza al sesso maschile, la normalità psichica e fisica. I soggetti muniti di questi tre requisiti erano, di norma (salva la richiesta, in casi particolari, di requisiti ulteriori), pienamente capaci di agire. I soggetti mancanti anche di uno fra i tre requisiti erano invece incapaci di agire: ma, si badi, non

---

28.2.1. Per la tendenza tardo-classica e postclassica a dare rilevanza alla concreta capacità di intendere e di volere v., ad esempio, Paul. 3.4 *a*, 11 (= Paul. D. 28.1.17): *In adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest.* La tendenza è confermata, tra l'altro, dalla riluttanza (specie postclassica) a considerare incapace il *furiosus* quando fosse provato che avesse attraversato un *intervallum insaniae*. Interessanti rilievi: relativamente all'impubere, in Burdese, *Sulla capacità intellettuale degli « impuberes » in diritto classico*, in *AG*. 150 (1956) 10 ss.; relativamente al malato mentale, in Cassinelli, *Il rescritto di Marco Aurelio e il concetto di malattia mentale*, in *Rass. st. penitenz.* (1959).

28.3. È sicura tendenza della giurisprudenza classica quella di rapportare la mancanza dei requisiti della capacità giuridica al paradigma dell'*infirmitas* od « *imbecillitas* » (da intendere, per vero, non nel senso di malattia, ma nel senso generico di debolezza). Cfr. particolarmente Ulp. 11.1: *Tutores constituuntur tam masculis quam feminis: sed masculis quidem impuberibus dumtaxat propter aetatis infirmitatem, feminis autem tam impuberibus quam puberibus et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.* Non persuade la critica mossa alla classicità di questo inquadramento dal Solazzi (v. *retro* n. 24.4).

totalmente incapaci di agire, bensì variamente « limitati » nella loro capacità a seconda del tipo di situazione in cui versavano. La tendenza dominante era, infatti, quella di disconoscere la capacità di agire solo nei limiti di quelle azioni giuridiche al cui compimento il soggetto fosse ritenuto assolutamente inetto.

28.3.1. La « *pubertas* » si aveva per conseguita, secondo l'opinione (proculiana) dominante, con il compimento degli anni 14 per i maschi e degli anni 12 per le femmine: gli *impuberes* (maschi o femmine che fossero) erano sottoposti a « *tutela impuberum* ». Ma non tutti gli *impuberes* erano totalmente incapaci di agire. Mancavano del tutto di capacità gli « *infantes* » (« *qui fari non possunt* ») e gli « *infanti proximi* », cioè i bambini approssimativamente fino ai 7 anni. Gli « *infantia maiores* », cioè i ragazzi usciti dallo stato di infanzia, erano totalmente incapaci solo di atti illeciti: dei quali dunque non sopportavano le conseguenze, salvo che mostrassero per chiari segni di essere « *pubertati proximi* », cioè precocemente sviluppati e quindi già sufficientemente dotati di capacità di intendere e di volere. In ordine agli atti leciti, bisogna di-

---

28.3.1. Il conseguimento della *pubertas* (che per i maschi, sia *patres* che *filii*, era solennizzato dal rivestimento della *toga virilis*) doveva essere, secondo un'antica tradizione seguita dai Sabiniani, accertato, quanto meno per gli uomini, caso per caso: Gai 1.196, Ulp. 11.28. L'opposta opinione dei Proculiani, già ampiamente seguita dal diritto classico, fu pienamente accolta da Giustiniano: I. 1.22 pr.: *... Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quot in feminis et antiquis impudicum visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo sancta constitutione promulgata* (cfr. Iust. CI. 5.60.3) *pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine reliquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.* Sul punto: Schwarz (A. B.), *Die justinianische Reform des Pubertätsbeginns und die Beilegung juristischer Kontroversen*, in *ZSS.* 69 (1952) 345 ss.; — La tripartizione degli *impuberes* in « *infantes* », « *infantiae proximi* » e « *pubertati proximi* » è stata ritenuta postclassica da: Tumedei, *Distinzioni postclassiche riguardo all'età*, in *AG.* 89 (1923) 252 ss., e Albertario, « *Infanti proximus* » *e* « *pubertati proximus* » (1923), ora in *St. dir. rom.* 1 (1933) 81 ss. La tesi non convince: cfr., da ultimi, Kaser, *Gaius und die Klassiker*, in *ZSS.* 70 (1953) 172 ss.; Solazzi, « *Qui infanti proximi sunt* » (1955), in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 579 ss.; Perrin, *L'apparition du « proximus pubertati » en droit romain classique*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 469 ss. Piuttosto, è probabile che i giuristi classici non abbiano mai fissato con precisione l'età dei vari stadi: Solazzi, *Saggi di critica romanistica*, 4. - *L'età dell'« infans »* (1947), ora in *Scr. dir. rom.* 4 (1963) 653 ss. In generale: Burdese, sv. *Età* (*dir. rom.*), in *ED.*; Wesener, sv. « *Pubertas* », in *PW.* — I limiti della capacità di agire dell'*impubes* (*infantia maior*) rispetto agli atti leciti sono indicati da: Gai 2.83 (*meliorem condicionem suam facere ei etiam sine tutoris auctoritate concessum est*); Gai. D. 2.14.28 pr.; I. 1.21 pr. e 1 (*placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore*). Per gli atti illeciti v. Gai 3.208 (forse sospettato a torto). Sul punto: Burdese, *Sulla capacità intellettuale* cit. — Sulla *tutela impuberum*, ampiamente: *infra* n. 53.

stinguere: gli *infantia maiores* potevano compiere validamente tutti quegli atti che fossero determinativi di un incremento del patrimonio loro destinato (es.: l'occupazione di una *res nullius*, l'accettazione di una liberalità); mentre per ogni altro atto negoziale (cioè per le assunzioni di obbligazioni, per le liberalità e le rinunce, per la concessione di garanzie patrimoniali) la loro volontà era necessaria, ma non sufficiente, perché doveva essere integrata dalla volontà del tutore (« *auctoritas tutoris* »). Gli impuberi mancavano invece tutti, senza distinzioni di età, di capacità di fare testamento (cd. *testamentifactio* attiva).

28.3.2. L'« appartenenza al sesso femminile » determinava, dopo il raggiungimento della *pubertas*, la sottoposizione del soggetto alla « *tutela mulierum* ». La donna era ritenuta pienamente capace di atti illeciti (e quindi di responsabilità per i medesimi) ed aveva, in epoca storica, la *testamentifactio* attiva, della quale era invece stata priva in età arcaica. In ordine agli atti leciti essa si trovava, almeno in teoria, nelle condizioni di un *pubertati proximus*, con conseguente necessità di intervento dell'*auctoritas tutoris* in ordine agli atti non incrementativi del suo patrimonio.

28.3.3. La « normalità psichica o fisica » mancava a soggetti che versassero in certe condizioni, più o meno gravi, di minorazione e che appunto perciò, limitatamente alla durata ed alla estensione del loro stato di minorazione, erano sottoposti a « *cura* ». Le principali categorie erano costituite: dal « *furiosus* », che era considerato totalmente incapace di atti leciti e illeciti; dal « *prodigus* », che era ritenuto incapace di atti negoziali che determinassero un decremento del patrimonio avito; dalle « *debiles personae* », affette da qualche minorazione fisica (mutismo, sordità, ecc.), che erano incapaci per forza di cose degli atti che richiedessero la qualità fisiologica di cui erano manchevoli (si pensi alla *stipulatio*, per il compimento della quale era necessario uno scambio di domanda e risposta verbali); infine dai puberi di ambo i sessi che fossero « *minores XXV annorum* », i quali in età classica erano solo

---

28.3.2. Sulla condizione della donna *viripotens* maggiori precisazioni *retro* n. 24.4 e *infra* n. 54. Qui basti aver segnalato che la *mulier in tutela* non potè avere un trattamento deteriore rispetto a quello del pupillo *pubertati proximus*, visto che essa, se *sui iuris*, passava con la pubertà dalla *tutela impuberum* a quella *mulierum*. Tuttavia cfr.: Fuchs, *Die rechtliche Stellung der Frau im alten Rom*, in *Fs. Gerwig* (1960) 31 ss.; Herrmann, *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République Romaine* (1964); Burck, *Die Frau in der griechisch-römischen Antike* (1969).

28.3.3. Sulle curatele: *infra* n. 55-56. — La *venia aetatis* per i minori fu regolata da Costantino: CTh. 2.17.1, CI. 2.44.2 (a. 321). In generale cfr.: Bove, sv. *Furiosus*, in *NNDI.*, e sv. *Minore età (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Foti Talamanca, sv. *Infantia*, in *NNDI.*

sfavoriti dal *ius honorarium* se ponevano in essere atti negoziali senza il parere favorevole di un *curator*, mentre in età postclassica passarono ad essere trattati addirittura da incapaci di agire, alla stregua degli « *infantia maiores* ». La sostanziale parificazione postclassica dei *minores* agli *impuberes* fece peraltro sì che il limite dei venticinque anni cominciasse a parere eccessivo: gli imperatori concessero perciò, caso per caso, la « *venia aetatis* », cioè l'abbassamento del limite dell'età minore a 20 anni per gli uomini e a 18 anni per le donne.

28.4. Accanto alla capacità di agire vera e propria dei soggetti giuridici il *ius privatum* ammise, su scala sempre più vasta con l'andar del tempo, la cd. mera capacità di agire delle *personae alieni iuris* (*filii familiarum, liberi in mancipio, uxores in manu, servi*). A rigor di logica si trattava di un non senso perché la capacità di agire ha per suo logico presupposto la capacità giuridica. Ma lo strappo fu motivato, come vedremo subito, da opportunità pratiche e fu giustificato dalla considerazione che gli *alieno iuri subiecti* erano pur sempre *personae*, non meno dei *sui iuris*. Pertanto, se il sottoposto aveva approssimativamente gli stessi indici della capacità di intendere e di volere che erano richiesti per la capacità di agire dei soggetti, egli fu ammesso, talora senza nemmeno la necessità di una specifica autorizzazione del *pater* o del *dominus*, a compiere validamente una triplice serie di operazioni giuridiche: taluni atti che implicassero un incremento del *patrimonium* del *pater* o *dominus*; taluni atti che implicassero per quest'ulti-

---

28.4. La categoria della mera capacità di agire delle *personae alieni iuris* non è stata ancora chiaramente individuata dalla *communis opinio*, pur se a quest'ultima certamente non sfuggono le singole ipotesi in cui il *ius privatum* dette rilevanza autonoma agli atti giuridici compiuti dai sottoposti. Di solito i casi a noi noti dell'agire *pro patre* o *pro domino* vengono trattati parte a proposito della *patria* e della *dominica potestas* e parte a proposito della sostituzione nell'attività negoziale; quanto ai casi dell'agire *pro se*, se ne parla a titolo di ritaglio nell'uno e nell'altro capitolo. A nostro parere accomuna tutte le ipotesi predette e suggerisce la formulazione della categoria unitaria una domanda essenziale: *pro patre, pro domino, pro se* potevano compiere atti giuridici validi tutti i sottoposti, o solo quelli che almeno approssimativamente avessero gli indici normalmente richiesti per la capacità di intendere e di volere? È vero che le fonti non danno risposte esplicite a queste domande, è vero che il *iussum patris vel domini* era tale da coprire o da integrare (un po' alla guisa dell'*auctoritas tutoris*) la deficiente capacità intellettiva e volitiva del sottoposto, è vero che nel caso del *delictum* commesso dal sottoposto la responsabilità primaria del *pater* o del *dominus* sorgeva *iure civili* anche nell'ipotesi che il sottoposto avesse agito in stato di totale incapacità di intendere e di volere: tutto questo è vero, ma non è meno vero che in molti casi il sottoposto agiva senza specifica autorizzazione e che, quando si giunse ad addossare direttamente al sottoposto la responsabilità *ex delicto* (*infra* n. 28.4.3), la responsabilità stessa fu subordinata alla capacità di intendere e di volere. Dunque le ragioni per impostare la categoria della « mera capacità di agire » vi sono, e vi sono anche le ragioni per dedicare ad essa, in sede monografica, uno studio che tuttora manca, crediamo, alla letteratura romanistica.

mo un decremento del *patrimonium*; taluni atti che implicassero addirittura una situazione di debito per lo stesso sottoposto.

28.4.1. L'ammissione delle *personae alieni iuris* a compiere taluni atti che implicassero un incremento del *patrimonium* del *pater* o *dominus* fu prevista, per consuetudini assai risalenti, dal *ius civile vetus*. I sottoposti avevano accesso, forse senza necessità di autorizzazione del *pater*, a tutti i negozi traslativi di *dominium* o costitutivi di *iura in re aliena* (esclusa però l'*in iure cessio*) purché vi figurassero in veste di acquirenti o beneficiari: l'incremento patrimoniale relativo avvantaggiava *ipso iure* il *pater* o *dominus*. A maggior ragione andava a vantaggio del *pater* o *dominus* la *possessio* acquistata dal sottoposto. Il sottoposto poteva anche essere *stipulans* (e perciò creditore) a favore del *pater* o *dominus* nel negozio di *stipulatio*, ma è presumibile che in tal caso occorresse il *iussum* di quest'ultimo. Il *ius civile* era invece assolutamente contrario a che il sottoposto potesse, pur se autorizzato, compiere per il *pater* o *dominus* atti di alienazione o atti determinativi di *obligationes*, salvo che nel caso dell'atto illecito (« *delictum* ») compiuto, anche se in stato di incapacità di intendere e di volere, dal sottoposto: in questa ipotesi la responsabilità primaria ricadeva inevitabilmente sul *pater* o *dominus*, il quale poteva liberarsene solo consegnando il sottoposto all'offeso (« *noxae datio* ») o trasferendo il sottoposto (e la connessa responsabilità *ex delicto*) ad altro soggetto giuridico.

28.4.2. L'ammissione delle *personae alieni iuris* a compiere taluni atti che implicassero un decremento del *patrimonium* del *pater* o *dominus* fu prevista solo dal *ius honorarium* e dalla connessa riflessione giurisprudenziale dei sec. II-I a.C. Stante il larghissimo impiego che si faceva in quest'epoca dei sottoposti più capaci (sia *filii* che *servi*) nella

---

28.4.1. Sulle acquisizioni del *paterfamilias* a causa di atti leciti compiuti dai sottoposti v. diffusamente Gai 2.86-96: *Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipiove habemus; item per eos servos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos et servos alienos quos bona fide possidemus. Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur (rell.)*. Da notare che Gaio conclude (2.95), sottolineando che non è possibile acquistare diritti a mezzo di persone non sottoposte (*et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse*): sul che v. *infra* n. 34.2. — I negozi solenni di alienazione e di creazione di *obligationes* (principalmente: *mancipatio, in iure cessio, stipulatio*) erano tutti preclusi ai sottoposti. Ma il *filius* poteva, *iussu patri*, operare la *manumissio vindicta*.

28.4.2. Sulle cd. *actiones adiecticiae qualitatis*: *infra* n. 34.3. — Sulle alienazioni in forma non solenne: Gai D. 41.1.9.4; Ulp. D. 6.1.41.1; Paul. D. 13.7.20 pr. L'autorizzazione del *pater* o *dominus* non era necessaria per le *res* rientranti nel *peculium* del sottoposto.

vita commerciale, il pretore ritenne equo che i sottoposti creassero obbligazioni ai loro *patres* o *domini*, quanto meno nei limiti delle autorizzazioni (esplicitamente o implicitamente) ricevute o delle contropartite attive agli stessi procurate. I creditori dei sottoposti furono perciò abilitati ad esercitare contro i rispettivi *patres* o *domini* le cd. « *actiones adiecticiae qualitatis* » (azioni, come sappiamo, con *iudicium* a trasposizione di soggetti), una delle quali fu naturalmente l'« *actio quod iussu* », giustificata dal fatto che il sottoposto era stato specificamente autorizzato all'assunzione del debito. La giurisprudenza dei tempi, ragionando sulla stessa trama, ritenne a sua volta che il sottoposto, purché espressamente autorizzato, ben potesse alienare a terzi un cespite del *patrimonium* del *pater* o *dominus* ricorrendo al negozio non solenne della *traditio* e ad altri modi di alienazione a forma libera.

28.4.3. L'ammissione delle *personae alieni iuris*, purché capaci di intendere e di volere, ad obbligarsi addirittura in proprio costituì ovviamente il caso limite, ed è tuttora fortemente discusso se le ipotesi enunciate dalle fonti debbano ascriversi al periodo classico od a quello postclassico. A nostro avviso, la responsabilità *ex delicto* del sottoposto (e quindi la possibilità ch'egli fosse convenuto con un'*actio ex delicto*) fu introdotta per i *filii* solo dal diritto romano postclassico, in connessione con la decadenza della *noxae deditio* e delle azioni nossali. Circa gli atti leciti, bisogna distinguere tra la posizione del *filius familias*

28.4.3. Sulla responsabilità *ex delicto* del sottoposto la dottrina è divisa fra la classicità della regola e la sua derivazione dalla speculazione postclassica. In genere, si usa escludere che il diritto classico conoscesse l'estensione in parola, allegando l'incompatibilità fra *actio noxalis* e *actio directa*. Il Mandry sostenne per primo la tesi della generale capacità del *filius familias*. Recentemente ha cercato di ricondurre a Giuliano o alla sua epoca l'introduzione della capacità del *filius* a rispondere personalmente dei *delicta* il Perrin, *La responsabilité délictuelle de l'impubère en droit romain classique: position du problème*, in *Ann. Univ. Saravienis* [*Mél. Senn*] 1954. Acute le considerazioni del Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *St. Carnelutti* 2 (1950) 113 ss., e *Obbligazioni del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *St. Albertario* 1 (1952) 233 ss., il quale pone l'accento sull'estrema difficoltà di un inquadramento dommatico dell'azione nossale. Sulla non classicità della legittimazione passiva diretta del *filius* all'*actio ex delicto*, si è espresso da ultimo il Bonifacio, « *Translatio iudicii* » (1956) 107 ss.: ivi ampio esame critico della letteratura precedente. — In ordine alla classicità delle *obligationes pro se* del *filius familias* (e quindi in ordine alla classicità della regola per cui il *filius* poteva essere convenuto con l'azione da contratto) la dottrina può dirsi concorde: cfr. già Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht* (1871) 339 ss. Sull'editto « *quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur* » (Lenel, *EP*.[3] 273), v. Bonifacio, « *Translatio iudicii* » cit. 103 ss. Sulla controversa questione della possibilità di assoggettare il *filius* all'azione esecutiva conseguente alla condanna, cfr.: Koschaker, « *Translatio iudicii* », *Eine Studie zum römischen Zivilprozess* (1905) 173 ss., che difende la *communis opinio* (negativa), di contro alla tesi affermativa del Solazzi, *Sulla capacità del « filius familias » di stare in giudizio* (1898), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1955) 31 ss.

maschio e quella di ogni altro sottoposto (*filiae, servi, liberi in mancipio*). Il *filius familias* maschio era abilitato a contrarre vincoli obbligatori in proprio ed a stare in giudizio *pro se*: si escludeva soltanto, a quanto pare, che egli potesse essere costretto esecutivamente all'adempimento prima di aver conseguito l'autonomia familiare. Gli altri sottoposti, invece, potevano assumere solo *obligationes naturales*. Assai meno rigido fu peraltro, anche in questo campo, il diritto postclassico, sopra tutto in ordine agli oggetti rientranti nel *peculium* dei sottoposti e quindi in certo qual modo riservati alla disponibilità da parte degli stessi.

29. Gli atti di autonomia del « ius privatum ».

29.1. Anche il *ius privatum* romano riconobbe una certa sfera di autonomia ai suoi soggetti: si trattò anzi di una sfera di autonomia notevolmente ampia, inizialmente pressoché illimitata, che molto len-

---

29.1. 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 (v. *retro* nt. 7.3). 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. V'è chi persino adopera la terminologia, pur se di comodo, « *negotium* » (mentre è ormai certo che il termine ha tutt'altra accezione che quella moderna nelle fonti romane: v. *infra* nt. 29.1.1). V'è, per converso, qualcuno che bandisce rigorosamente dalle sue opere la trattazione e la terminologia degli atti giuridici d'autonomia, il cui concetto ritiene ignoto sinanche ai bizantini, e frutto della giurisprudenza moderna, dell'età liberale e capitalistica. All'incontro, secondo noi, 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 parziali, ciascuno giustificato da strette analogie di struttura o di funzione. Cfr. sul punto: Betti, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto moderno*, in *AUMA*. 1966. — Nel presente capitolo non si persegue quindi lo scopo di fare o di rifare la teoria del negozio giuridico romano, ma si vogliono solo mettere in luce gli spunti romanistici, sia pure parziali e contraddittori, che stanno alla base della dottrina moderna del negozio giuridico. Spunti, sia ben chiaro, non tutti « positivi », cioè di conforto per le visuali correnti, ma talora « negativi », cioè di critica. Sul negozio giuridico romano, a prescindere dalle trattazioni generali (tar cui spiccano quelle del Mitteis e del Betti), cfr.: Dulckeit, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht*, in *Fs. Schulz* 1 (1951) 148 ss.; D'Ors, *Las declaraciones juridicas en derecho romano*, in *AHDE*. 34 (1964) 565 ss.; Frezza, *Il precetto della legge e il precetto dell'autonomia privata nell'ordinamento romano*, in *St. Zanobini* 5 (1965) 205 ss. Per una opinione molto equilibrata, v.: Fadda, *Corso di diritto romano, Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico* (1909) 175 ss. (ma cfr. già il corso del 1897-98 edito a Napoli col titolo *La teoria del negozio giuridico*, 72 ss.); Scialoja, *Negozi giuridici* (rist. 1950). Altre trattazioni complete ed organiche della categoria, anche se storicamente poco sensibili, sono quelle dell'Alvarez Suárez, *El negocio juridico en derecho romano* (1953), e del René Viso, *Doctrina del negocio jurídico* (1972).

tamente l'ordinamento giuridico, nella evoluzione storica dalle origini a Giustiniano, contenne e disciplinò nei modi della sua esplicazione. Un'indagine volta a ravvisare le caratteristiche degli atti di autonomia del *ius privatum*, cioè le caratteristiche dei « negozi giuridici » del diritto romano, è dunque possibile e lecita: non meno possibile e lecita delle indagini che solitamente si svolgono, e che abbiamo svolto anche noi, per accertare le qualificazioni generali (subbiettive, obbiettive e via dicendo) dell'ordinamento privatistico in Roma. Ma è particolarmente importante non dimenticare, a questo riguardo, che in nessuna epoca del diritto romano si formò mai una consistente « dottrina », una compiuta teoria generale, e tanto meno si determinò mai una regolamentazione normativa specifica, del negozio giuridico in quanto tale. Gli scritti della giurisprudenza preclassica e classica, la quale molta attenzione dedicò appunto ai modi di attività dei soggetti giuridici, sono indubbiamente pieni di osservazioni acutissime, non difficilmente armonizzabili tra loro in una concezione sostanzialmente organica e coerente; e sotto certi aspetti, sopra tutto per quanto concerne la sollecitudine verso i problemi dell'identificazione della volontà, l'evoluzione tardo-classica e postclassica, pur con molte incertezze, rappresenta addirittura un passo avanti verso il reperimento della nozione unitaria del negozio giuridico. Tuttavia si tratta, il più delle volte, di osservazioni e intuizioni relative a specifici atti, sì che è assolutamente da escludere che la problematica generale del negozio giuridico sia stata mai, nel suo insieme, coscientemente individuata e isolata.

29.1.1. Data questa situazione frammentata, atomistica che le fonti romane ci presentano, e dato che manca in esse anche una terminologia unitaria, pur se approssimativa, per indicare gli atti negoziali, il compito di chi voglia oggi ricostruire sul piano storiografico gli

---

29.1.1. Estranea alle fonti romane è una terminologia unitaria per gli atti negoziali. « *Negotium* » ha il senso lato di affare, di manifestazione di attività (quale che sia, anche non negoziale) del soggetto. Termini generici sono anche « *actus* » e « *actio* » (quest'ultimo quando non sta ad indicare l'*actio* a tutela dei propri diritti). Più vicino al concetto di negozio giuridico è il vocabolo « *gestum* », di uso peraltro assai limitato. La parola « *contractus* » è usata solo in relazione agli atti leciti produttivi di obbligazione, ma non sempre sta ad indicare, come si dirà a suo tempo, i negozi giuridici bilaterali. Una tendenza a fissar meglio il valore di queste terminologie si affermò nel tardo diritto classico e, più diffusamente ancora, nell'età postclassica; ma, non essendo mai stata veramente tentata una visione generale, i risultati, quando non furono vacuamente astrattizzanti, furono il più delle volte parziali, ad orizzonti ristretti, spesso in contrasto tra loro, dimodoché sarebbe assai pericoloso fondarsi su di essi per una ricostruzione del concetto romano di negozio giuridico. Fonti e bibliografia in: Voci, *La dottrina romana del contratto* (1946) 46 ss.; Kaser, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *St. Biondi* 1 (1965) 95 ss.; Wunner, « *Contractus* » (1964), spec. 29 s., 34. Cfr. anche Heumann-Seckel, shhvv.

atteggiamenti del negozio giuridico in Roma è pari a quello di chi tenti l'introspezione di una complessa e tormentata personalità umana per ricercare l'individualità inconscia che in essa si cela. La ricostruzione deve basarsi cioè sull'analisi parallela di tutte quelle che appaiono, almeno *prima facie*, le manifestazioni positive, concrete dell'attività negoziale in Roma, e deve tendere a stabilire, con ampia e inevitabile dose di approssimazione e di incertezza, se e quale rilievo abbiano avuto e come si siano configurati, nell'esperienza giuridica romana, i tre elementi che la moderna teoria generale addita come essenziali per l'esistenza di un atto giuridico a carattere negoziale: la forma, la causa, la volontà. Ma in che cosa precisamente consiste questa « esperienza giuridica romana » da penetrare? Evidentemente, qui più che altrove, essa consiste nei modi e nei risultati dell'« interpretazione qualificata » degli atti giuridici. In altri termini, solo dall'esame delle decisioni giurisprudenziali e giurisdizionali, nonché dallo studio delle loro eventuali motivazioni esplicite, è possibile (in assenza, si ripete, di una regolamentazione normativa generale) trarre lo spunto per una ricostruzione che non tradisca gravemente la verità storica.

29.2. Primo dato orientativo, da mettere bene in chiaro, è il seguente: i Romani, mancando di una concezione esplicita e scoperta del negozio giuridico, mancarono, per conseguenza, di una visione precisa dei concetti di « validità » e di « efficacia » del negozio stesso. Il parametro di cui essi si valsero fu quello, indubbiamente imperfetto, dell'utilità giuridica dell'atto, o meglio della « utilizzabilità » dell'esplicazione di autonomia privata ai fini della produzione di effetti giuridici. In altre parole, essi ragionarono così: ogni azione umana avente la forma, l'apparenza esteriore di un atto giuridico (e in particolare di un atto negoziale) è giuridicamente rilevante; ciò posto, sorge in ordine ad essa la necessità di accertare se serva effettivamente alla produzione di effetti giuridici o se invece, malgrado le apparenze, essa non serva a questo scopo. Il negozio efficace, pur se invalido, era pertanto qualificato « *utile* »; il negozio inefficace (valido o invalido che

---

29.2. Manca, di solito, alle trattazioni generali sul *ius privatum* romano una autonoma precisazione concettuale delle nozioni di validità ed efficacia e dei loro reciproci (« invalidità » e « inefficacia »). La letteratura tradizionale serba, si può dire, gelosamente l'individuazione positiva dei due concetti, lasciando, o imponendo, al lettore che egli li venga precisando *e contrario* dalla minuziosa problematica relativa alla invalidità dell'atto negoziale. Per visuali di insieme cfr. per tutti: Tondo, sv. *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *NNDI.*, e Brutti, sv. *Invalidità* (*stor.*), in *ED.*, nonché spec.: Masi, *Il negozio « utile » o « inutile » in diritto romano* (estr. da *RISG.* 1962); Robleda, *La nulidad del acto jurídico*[2] (1964); Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano* (1966).

fosse) era invece qualificato « *inutile* », « *inane* », « *nullius momenti* » o in altri modi consimili. Quanto al negozio *inutile*, si distingueva tra inutilità iniziale e sopravvenuta, parziale e totale, temporanea e perpetua: se l'inutilità era totale e perpetua, sì che non vi fosse possibilità alcuna di una futura, anche parziale, produttività di effetti giuridici, si parlava anche (ma in senso puramente figurato) di atto « *quod nullum esse videtur* », o « *quod nullum est* », o « *quod non est* ». Solo in età postclassica si profilò una visione, peraltro molto nebulosa, delle categorie di validità e di efficacia, e quindi dei concetti di nullità (nel senso di invalidità), di annullabilità, di inefficacia del negozio valido.

29.3. Cause di inutilità (iniziale o successiva) degli atti negoziali furono: in primo luogo, i divieti del *fas* o del *ius* (inteso quest'ultimo nel senso più lato); in secondo luogo, l'inutilizzazione giurisdizionale; in terzo luogo, l'accertamento giurisdizionale della mancanza di estremi indispensabili alla vita dell'atto negoziale.

29.3.1. Il negozio « *nefas* » era ovviamente del tutto inutilizzabile. Quanto al negozio « *iniustum* », bisogna distinguere a seconda che il precetto violato scaturisse dal *ius civile vetus* (cioè dai *mores* quiritari e dal *ius legitimum vetus*, cementati nel quadro dell'*interpretatio* pontificale e laica), oppure dal *ius publicum*, ovvero dal *ius novum* imperiale. Completamente inutilizzabili, alla stessa stregua dei negozi *nefas*, erano gli atti negoziali contrari al *ius civile vetus* (detti anche « *iniusti* » in senso stretto). Gli atti contrari alle *leges publicae*, ai *senatusconsulta*

29.3. Particolarmente delicata è la problematica relativa alle fasi di invalidità o, come amava esprimersi la scienza del secolo scorso, alla invalidità « originaria » e « susseguente »: essa acquista rilievo soprattutto nei negozi cd. *mortis causa* (per la terminologia v. *infra* nt. 31.1.1), che possono reputarsi fattispecie complesse per antonomasia, vale a dire composte da più elementi di fatto connessi, contemporanei o successivi nel tempo. Ed è ovvia la stretta connessione di questa qualifica col problema della efficacia negoziale, che non può dirsi certa fintantoché non si siano verificati tutti i presupposti necessari. — Si badi che un negozio bi- o plurilaterale può essere posto nel nulla anche per atto consensuale da parte degli autori del negozio stesso (cd. *contrarius consensus*). In questa ipotesi, in pratica, si ha caducazione dell'atto d'autonomia; ma non si può parlare tecnicamente di « *invalidazione* ». Sulla fattispecie, cfr., per tutti: Knütel, « *Contrarius consensus* », *Studien zur Vertragsaufhebung im röm. Recht* (1968), e ancora *Zum Prinzip der formalen korrespondenz im römischen Recht*, in *ZSS.* 88 (1970) 67 ss.; Guarino, *Per la storia del « contrarius consensus »*, in *Labeo* 14 (1968) 271 ss.; Liebs, « *Contrarius actus* », *Zur Entstehung des römischen Erlassvertrag*, in *Symp. Wieacker* (1970) 111 ss.

29.3.1. Sui negozi contrari alle prescrizioni del *ius* cfr.: Metro, *La « lex Aelia Sentia » e le manomissioni fraudolente*, in *Labeo* 7 (1961) 147 ss.; Di Paola, *Contributi* cit. *passim*, con indicazioni bibliografiche. La concezione postclassica dell'invalidità è influenzata dalla situazione di accentramento della produzione ed applicazione del diritto, e dalle teorie sulla figura dell'imperatore, la cui volontà concretatasi in comando normativo non ammetteva possibilità di deroghe. — Sul tema dell'illiceità della causa del negozio, v. *infra* n. 31.2.

normativi, alle *constitutiones principales* erano invece inutilizzabili solo se ed in quanto ciò fosse esplicitamente disposto da quei provvedimenti: altrimenti essi rimanevano *utiles*, salva la comminazione di penalità per chi li utilizzasse e salva la possibilità per gli interessati di ottenerne l'inutilizzazione giurisdizionale. Tuttavia, man mano che il *ius novum* assunse la prevalenza nell'ambito dell'ordinamento romano, la situazione, come vedremo meglio parlando della causa illecita, si modificò, sì che in età postclassica la regola divenne ben altra: i negozi *contra leges, contra senatusconsulta* e, sopra tutto, *contra constitutiones* erano del tutto inutilizzabili, a meno che il provvedimento di governo ne concedesse, esplicitamente o implicitamente, la utilizzazione.

29.3.2. Il negozio utile poteva essere inutilizzato successivamente mediante un provvedimento giurisdizionale richiesto da chi avesse interesse alla sua inutilizzazione. Nell'ambito della *cognitio* ordinaria i magistrati giusdicenti fecero ricorso, a tal fine, agli istituti della *denegatio actionis*, dell'*exceptio* e sopra tutto della *restitutio in integrum*. Nell'ambito della *cognitio extra ordinem* si fece essenzialmente ricorso a provvedimenti restitutori dello *status quo ante* o addirittura di esplicito annullamento dell'atto. Fu per questa via che si profilò, in periodo postclassico, sebbene in modo molto approssimativo, il concetto di « annullabilità ».

29.3.3. L'inutilità del negozio poteva risultare, infine, da un provvedimento di accertamento giurisdizionale, cioè da un provvedimento giudiziario che accertasse la mancanza (iniziale o sopravvenuta, parziale o totale, temporanea o perpetua) degli estremi indispensabili a che l'atto negoziale potesse essere utilizzato ai fini della produzione di effetti giuridici. Questo sistema, cui si ricollegano i prodromi del moderno concetto di « nullità », fu peraltro attuato essenzialmente nel quadro della *cognitio extra ordinem* postclassica. Nelle età precedenti, sin che la giurisprudenza romana mantenne la sua posizione centrale di pilota della vita giuridica, la funzione di accertamento dell'inutilità del negozio fu assolta precipuamente dai giureconsulti, attraverso una variatissima, ma coerente attività di casistica.

29.3.2. L'inutilizzazione mediante provvedimento giurisdizionale, detta invalidità *ope magistratus* (o, meno esattamente, « *ope exceptionis* »), corrisponde, dal punto di vista funzionale, al moderno annullamento del negozio giuridico; e si contrappone, concettualmente, alla « invalidità *ipso iure* » (o « *ope legis* », che dir si voglia), cioè alla invalidità assoluta, che nei linguaggi giuridici moderni viene qualificata « nullità ». Cfr.: Raggi, sv. « *Ipso iure* », in *NNDI.*, ora anche in *Scr.* (1975) 163 ss.

29.3.3. Sullo svolgimento del concetto di nullità del negozio giuridico v. *retro* nt. 28.3.1-2.

29.4. Meritano di essere posti in rilievo, a questo punto, gli orientamenti di massima, cui si ispirò la giurisprudenza romana nella sua imponente opera di interpretazione degli atti giuridici negoziali. Ma è indispensabile una premessa. All'esame

---

29.4. In ordine ai problemi dell'interpretazione del negozio giuridico in diritto romano cfr., in generale: Betti, sv. *Interpretazione dei negozi giuridici* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Voci, *Interpretazione del negozio giuridico* (*dir. rom.*), in *ED.* In argomento non si può non prendere le mosse dall'indirizzo di ricerche aperto nel 1926 dallo Stroux in Germania, con il lavoro intitolato «*Summum ius summa iniuria*» (ora in 2ª ed., 1949, nel vol. *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*) e pubblicato nel 1929 dal Riccobono, che lo tradusse in italiano, in *AUPA.* (uno spunto, in un certo senso, analogo a queste idee si ritrova già in Voigt, *Das «ius naturale» ecc.*, 3. - *Das «strictum ius» und «aequum et bonum» der Römer* [1878] 88 ss.). Codesto indirizzo, che ha avuto in Salvatore Riccobono uno strenuo quanto autorevolissimo difensore, tende ad affermare che anche la giurisprudenza repubblicana si pose in termini concreti il problema di ricercare, al di là della semplice manifestazione, la *voluntas* dell'autore del negozio. In tema di negozio *mortis causa*, cfr., ad es.: Riccobono, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in *Mél. Cornil* 2 (1926) con riferimento a tutti i suoi scritti in materia pubblicati in precedenza (p. 303-309), a cui *adde*, *Punti di vista critici e ricostruttivi, a proposito della dissertazione di L. Mitteis, ecc.*, in *AUPA.* 1928, e *La formazione della categoria generale del «contractus»*, in *St. Bonfante* 1 (1930) 125 ss. In tema di negozi obbligatorii, il Riccobono ha ripreso il tema nei seguenti scritti: *Der Wille als Entwicklungsfactor im römischen Recht*, in *Scr. Ferrini Milano* 4 (1949) 5 ss., e *La «voluntas» nella prassi giudiziaria guidata dai Pontefici*, in *Fs. Schulz* 1 (1951) 302 ss. Fondamentale per la comprensione dell'indirizzo contrario alla impostazione «volontaristica» di Stroux e Riccobono (oltre che per l'atteggiamento della giurisprudenza bizantina) è il contributo del Betti, «*Declarare voluntatem*» *nella dogmatica bizantina*, in *St. Albertario* 2 (1950) 419 ss. Cfr. anche Pringsheim, «*Animus*» *in Roman law* (1933), ora in *Ges. Schr.* 1 (1961) 300 ss. Ma anche gli ultimi contributi sulla storia della giurisprudenza repubblicana tendono à confermare che l'indagine sulla *voluntas* avveniva anche presso i giuristi di quell'epoca. Sui rapporti tra retorica e giurisprudenza ai fini del presente problema cfr.: Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani* (1938) spec. 143 ss.; Coing, *Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz, Zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 100 ss.; Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen* (1967); Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique* (1968). — I problemi della ermeneutica negoziale romana sono stati esaminati di recente dal Gandolfi, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano* (1966). Altri contributi, fra i più recenti, sono: Watson, *Narrow, rigid and literal interpretation in the later Roman Republic*, in *T.* 37 (1969) 351 ss.; Torrent, *Interpretación de la «voluntas testamentaria» en la jurisprudencia republicana: la «causa Curiana»*, in *AHDE.* 39 (1969) 173 ss.; Bund, *Die Fiktion «pro non scripto habetur» als Beispiel fiktionsbewirkter «interpretatio»*, in *Fs. von Lübtow* (1970) 353 ss.; Gaudemet, *L'interprétation des lois et des actes juridiques dans le monde antique*, in *RIDA.* 17 (1970) 235 ss.; Wesel, *Zur Deutung und Bedeutung des «status scriptum et sententia»*, in *T.* 38 (1970) 343 ss.; Archi, «*Interpretatio iuris - interpretatio legis - interpretatio legum*», in *ZSS.* 87 (1970) 1 ss.; Fuhrmann, *Philologische Bemerkungen zur Sentenz «summum ius summa iniuria»*, in *St. Volterra* 2 (1971) 53 ss.; Carcaterra, «*Ius summum saepe summa est malitia*», in *St. Volterra* 4 (1971) 627 ss.; Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht* (1972); Gandolfi, *Criteri sussidiari e fine primario dell'ermeneutica negoziale*, in *St. Scherillo* (1972) 29 ss.; Forzieri Vannucchi, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana* (1973). — Sulle accezioni di interpretatio cfr.: Fuhrmann, «*Interpretatio*», *Notizen zur Wortgeschichte*, in *Symp. Wieacker* (1970) 80 ss.

dei giureconsulti (e così pure a quello degli organi giurisdizionali e dei *principes* rescriventi) le esplicazioni di autonomia privata non pervenivano tutte e in ogni caso, ma pervenivano ovviamente solo nell'ipotesi in cui i soggetti giuridici interessati nutrissero dubbi o entrassero in controversia circa la loro utilizzabilità: ove dubbi e controversie non vi fossero, il negozio, pur se *nefas* o *iniustum*, era utilizzato senza difficoltà, perché le sue deficienze obbiettive erano supplite dalla volontà dei soggetti di trarne partito (« *stat pro ratione voluntas* », si potrebbe dire a questo proposito). Le fonti giurisprudenziali a noi pervenute, essendo prevalentemente fonti a carattere « casistico », non ci esprimono, dunque, il pensiero dei giuristi romani intorno all'utilizzabilità dei negozi giuridici in generale, ma ci esprimono il loro pensiero intorno all'utilizzabilità o meno di quei soli negozi in ordine ai quali i soggetti privati fossero in dubbio o in controversia circa la loro esatta significazione.

29.4.1. Alla luce di queste precisazioni, si rivela per gran parte mal posta e ingiustificata una vivace discussione, che divide gli studiosi del diritto romano di fronte al problema dell'interpretazione negoziale in Roma. Nelle compilazioni postclassiche e sopra tutto in quella giustinianea non mancano le affermazioni nel senso che l'interpretazione *in concreto* debba prevalere su quella *in abstracto*; ma, anche perché molte di queste affermazioni hanno chiaro sapore di glossemi e interpolazioni, si dibatte tra i romanisti il quesito se l'impostazione postclassico-giustinianea abbia corrisposto, oppur no, ad una visione già determinatasi nell'ambiente del diritto classico. Vi è, infatti, chi sostiene che la giurisprudenza classica (e ancor più quella preclassica) fu ligia ad una « interpretazione tipica » o « obbiettiva » dei negozi (e cioè dette rilievo esclusivamente al significato usuale, corrente della manifestazione esteriore), mentre la giurisprudenza postclassica passò ad adottare

---

29.4.1. A completamento di quanto è detto nel testo, è bene precisare che, di tutti i *responsa* dei giuristi romani, è evidente che non siano stati pubblicati, e non siano comunque pervenuti a noi per il tramite della compilazione giustinianea, quelli che si fossero risolti in meri accertamenti di fatto circa l'intento perseguito dagli autori del negozio, ma siano giunti a nostra conoscenza solo quelli relativi ai casi di interesse generale, e cioè ai casi in cui neppure il giureconsulto fosse riuscito ad individuare la concreta volontà negoziale. D'altra parte, è supponibile che i giuristi rispondenti, nel pubblicare i loro *responsa*, abbiano volutamente lasciato da parte, in genere, quelli pronunciati meramente « in fatto ». Quanto ai *rescripta principum*, non solo valgono considerazioni analoghe a quelle ora fatte per i *responsa*, ma è ben noto che essi erano rilasciati, di regola, sulla base di una succinta esposizione del « caso » e con l'esplicita limitazione « *si praeces veritate nituntur* ». Il materiale, di cui disponiamo per la ricostruzione degli atteggiamenti giurisprudenziali romani in ordine all'interpretazione negoziale, riflette insomma, di solito, solo ipotesi in cui, non essendo possibile l'interpretazione *in concreto*, giuristi (e imperatori) si esercitarono nell'interpretazione *in abstracto*.

una « interpretazione individuale » o « subbiettiva » del negozio (andando cioè alla ricerca della vera e concreta volontà interna dell'agente o degli agenti, al di là delle apparenze esterne e dei significati tipici). A nostro avviso, l'interpretazione individuale fu adottata già nell'età preclassica e classica, ma con temperata prudenza, anche e sopra tutto a tutela dell'affidamento che i terzi avessero ragionevolmente posto nella configurazione esteriore del negozio: tutte le volte in cui l'identificazione dell'interno volere dell'autore o degli autori del negozio fosse meno che sicura ed evidente, al negozio si conferiva il suo valore tipico, desumibile dalla causa e dalla forma. La giurisprudenza postclassica fu in ciò meno cauta di quella classica, perché sottolineò (anche con numerose interpolazioni ai testi classici) la necessità di non fermarsi, nella ricerca dell'interno volere, ai limiti del dubbio, ma di ricorrere a tutti gli indizi possibili, anche esterni al negozio, per poterlo in qualche modo ricostruire. La differenza tra classico e postclassico non stette, insomma, in due metodi interpretativi diversi (quello tipico per i classici, quello individuale per i postclassici), ma stette piuttosto nel modo diverso in cui fu dosato il ricorso ad ambedue i metodi interpretativi.

29.4.2. A parte le tendenze generali ora esposte, si affermarono, taluni in età classica e talaltri in età postclassica, alcuni « canoni inter-

---

29.4.2. Sul *favor testamenti* cfr.: Costa, *Papiniano*, 3. - « *Favor testamentorum* » e « *voluntas testantium* » (1896); Suman, « *Favor testamenti* » e « *voluntas testantium* » (1926); Biondi, *Successione testamentaria, Donazioni*[2] (1955) 7 ss. — Sul *favor libertatis* le opinioni sono contrastanti: bibliografia *retro* nt. 23.4. A nostro avviso, non vi è dubbio che il motivo del *favor libertatis* sia stato caro alla giurisprudenza postclassica ed a Giustiniano, ma non vi sono motivi plausibili per negare che il principio si sia affermato già in età preclassica e classica: Guarino, « *Ademptio libertatis* » *implicata da* « *legatum* », in *Labeo* 9 (1963) 7 ss. V.: D. 50.17.20 (Pomp. 7 *Sab.*: *Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*); Scaev.-Marcian. D. 40.5.50 (*...in obscuro libertatem praevalere*). — Sul *favor promissoris* cfr.: Stella Maranca, *Intorno alla regola* « *interpretatio contra stipulatorem* », in *AUBA*, 1929; Troje, « *Ambiguitas contra stipulatorem* », in *SDHI*. 28 (1961) 93 ss. V.: D. 34.5.26 (Cels. 26 *dig.*: *Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*); Ulp. D. 45.1.38.18. Il principio operava, per quanto risulta, anche a favore del compratore e del locatario: Pomp. D. 18.1.33; Paul. D. 50.17.172; e soprattutto Pap. D. 2.14.39 (*Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem* [*privatam*] *apertius conscribere*). L'esasperazione e generalizzazione di queste linee direttive classiche portarono alla formazione del principio postclassico del *favor debitoris*. — Sul *favor benignitatis* cfr.: Berger, « *In dubiis benigniora* », in *ACIV*. 2 (1953) 187 ss. (già in *Seminar* 9 [1951] 36 ss.) con tendenza peraltro conservativa; Wubbe, « *Benigna interpretatio* » *als Entscheidungskriterium*, in *Fs. Herdlitczka* (1972) 295 ss. V.: Marcell. D. 28.4.3 pr. (*...in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius*); Gai. D. 50.17.156 (*Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*). — Per altri criteri ermeneutici cfr.: Branca, *Considerazioni minime sulla regola* « *qui bis idem promittit ipso iure amplius quam semel tenetur* », in *Fs. Lewald* (1953) 28 ss.; Dulckeit, « *Plus nuncupatum minus*

pretativi specifici », da adottarsi, in ordine a certe determinate materie, quando si versasse *in re dubia* sia dal punto di vista dell'interpretazione individuale che da quello dell'interpretazione tipica. Tali canoni, che consigliavano il favore verso una soluzione piuttosto che verso un'altra, furono principalmente i seguenti: il « *favor testamenti* », diffuso già in età classica, per cui, nel dubbio se un testamento fosse o non fosse utilizzabile per la produzione degli effetti giuridici, si doveva adottare la soluzione positiva (della utilizzazione), in considerazione del fatto che il suo autore non era ormai più in condizioni di poterlo rinnovare; il « *favor libertatis* », del pari classico, per cui, nel dubbio se da un certo negozio scaturisse o meno il riconoscimento dello stato di libertà di un individuo, si doveva adottare la soluzione che portasse al riconoscimento della libertà; il « *favor promissoris* », classico anch'esso, per cui, nel dubbio se il risultato interpretativo di una *stipulatio* fosse favorevole allo *stipulans* o al *promissor*, si doveva adottare la soluzione favorevole a quest'ultimo, in considerazione del fatto che le clausole del negozio erano state predisposte dallo *stipulans* e che il *promissor* le aveva accettate *per adhaesionem*, senza potersi rendere conto delle eventuali insidie da esse implicate; il « *favor debitoris* », prevalentemente postclassico, per cui qualunque debitore, per il solo fatto di essere gravato dell'obbligo della prestazione, doveva beneficiare dell'*ambiguitas* insita nel negozio; il « *favor benignitatis* », prevalentemente postclassico, per cui la soluzione da adottare era comunque quella che facesse meno male a tutti. La tendenza del diritto postclassico fu addirittura nel senso di fare di questi canoni delle « *praesumptiones iuris* », in forza delle quali il *favor* si presumeva anche fuori dei casi dubbi, salvo dimostrazione del contrario.

29.5. In linea generale, può affermarsi che la giurisprudenza romana dei tempi storici (a partire da quella preclassica) fu sempre deci-

---

scriptum », in *ZSS.* 70 (1953) 179 ss.; Pringsheim, « *Id quod actum est* », in *ZSS.* 78 (1961) 1 ss.

29.5. Che l'attività ermeneutica della giurisprudenza romana (del tardo periodo preclassico e di quello classico) fosse guidata dal principio di utilizzazione (o di « conservazione ») non è unanimemente ammesso, anche se, per la verità, nessun autore afferma esplicitamente il contrario. In genere, però, talune tecniche conservative di atti non vitali, di cui sono numerosi esempi di attuazione nelle fonti, sono considerate innovazioni delle scuole postclassiche o addirittura dei compilatori giustinianei. Sembra, viceversa, che anche in ordine alla sanatoria dei negozi giuridici il diritto postclassico-giustinianeo non sia che uno svolgimento dell'ordinamento precedente. E, se diversità è possibile individuare fra i due sistemi, essa depone, per così dire, contro l'incremento delle tecniche di utilizzazione: alla matura delineazione dei mezzi conservativi fanno da contrappeso molteplici fattori che ne ostacolano la traduzione in pratica. Il principio di conservazione dei negozi giuridici si trova espresso, ad

samente orientata verso il principio di utilizzazione, piuttosto che verso la caducazione delle esplicazioni di autonomia privata. La sanatoria dei vizi inficianti un atto giuridico fu, di solito, attuata *sub specie* d'interpretazione (cd. « interpretazione correttiva »), ovvero sfruttando la peculiarità del *ius privatum* costituita dalla concorrenza di diversi sistemi giuridici (e, in particolare, dalla concorrenza del *ius civile* e del *ius honorarium*) nel regolamento delle stesse fattispecie. Accadde perciò non infrequentemente che negozi invalidi o inefficaci per il primo sistema fossero resi utilizzabili nella vita giuridica sulla base del sistema concorrente e viceversa. E quando non parve possibile far ricorso ad una sapiente interpretazione ovvero ai mezzi processuali messi a disposizione dal pretore (*denegatio actionis, exceptio* ecc.), la giurisprudenza sollecitò provvedimenti normativi (quali, ad esempio, il *Sc. Neronianum* o l'*oratio Severi* del 206 d.C.) che autorizzassero procedimenti conservativi di atti non vitali.

29.5.1. In diritto preclassico e classico l'utilizzazione dei negozi inutili di per sé fu prevalentemente attuata secondo tre direttrici: quella

---

esempio, in Ulp. D. 50.17.67: *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.* La riprova della sua classicità si ricava, tanto per citare un caso, da D. 21.2.31 (Ulp. 42 *Sab.*): *Si ita quis stipulanti spondeat « sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse », et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. Sed ego puto verius hanc stipulationem... utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum qui non esse* [*rell.*] (sul testo, per tutti, Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*[2] [1954] 456 s.).

29.5.1. La riduzione, convalidazione e conversione degli atti negoziali furono attuate, nei singoli casi, dai giuristi o dai magistrati giusdicenti su sollecitazione degli interessati, ispirandosi talvolta ad escogitazioni cautelari (es.: clausola codicillare) o a principi introdotti da provvedimenti normativi speciali (es.: Sc. Neroniano). Perciò, e dato anche l'atteggiamento speculativo della giurisprudenza romana, alieno da recise definizioni e classificazioni, non si può formulare una precisa elencazione né dare una terminologia univoca o tecnica. Peraltro, la tripartizione degli indirizzi classici delle tecniche conservative è *communis opinio.* — Circa la riduzione del negozio giuridico per invalidità soltanto parziale, è controverso, per la verità, il limite della classicità del concetto: di fronte all'atteggiamento univoco della Pandettistica, che, naturalmente, non aveva interesse a distinguere tra diritto classico e diritto giustinianeo (per tutti, cfr.: Windscheid, *Pandette* 1.1.333 e nt. 12, e la nt. « bb » di Fadda e Bensa *ahl.*, p. 297 s.), troviamo lo studio del Cugia, *La nullità parziale del negozio giuridico nel D. 24.1* (1922), in cui si tende a dimostrare l'affermazione solo giustinianea del concetto di nullità parziale, nonché la recisa asserzione del Betti, *Istituzioni* 1.183, secondo il quale la distinzione è postclassica: ma, a nostro avviso, a torto. Esempi classici non mancano: così, D. 45.1.1.5 (Ulp. 48 *Sab.*); D. 13.6.17 pr. (Paul. 29 *ed.*) e D. 16.3.17 (Ulp. 30 *ed.*). Del resto, lo stesso Betti (190 nt. 48) ritiene classiche talune fattispecie che egli qualifica di « correzione privativa », le quali sono del tutto analoghe a quelle di invalidità parziale: es., *pro nullis habendae sunt* (o *pro non scriptis*) le condizioni impossibili apposte a disposizioni testamentarie; la *heredis institutio excepta re* o *ex re certa* viene sanata mediante la caducazione della esclusione o dell'attribuzione specifica, le quali urtano entrambe contro la genuina nozione di *hereditas.* È da avvisare, però, che la massima « *utile per inutile non vitiatur* », pur

della riduzione del negozio, quella della convalidazione e quella della conversione. La « riduzione » si verificava tutte le volte in cui il negozio fosse parzialmente inutile, ma le sue finalità (o talune sue finalità) potessero essere realizzate con quanto in esso vi fosse di utilizzabile, lasciando inalterato il tipo di atto posto in essere: in tal caso, si considerava inesistente la parte inutile e si conservava quella sana (« *utile per inutile non vitiatur* »). La « convalidazione » (o « validità sopravvenuta ») derivò dalla prassi (e poi dal concetto) dell'annullabilità: essa si aveva per decadenza del mezzo concesso per l'annullamento (cd. « convalescenza » del negozio), o per acquiescenza da parte di chi avrebbe avuto il potere di chiedere l'annullamento, oppure per ratifica o conferma o reintegrazione dell'atto nella totalità dei suoi requisiti, o

---

essendo stata coniata sul citato D. 45.1.1.5, non è romana e che inoltre essa è spesso riferita in modo generico per esprimere sinteticamente la *ratio* di tutti i procedimenti conservativi degli atti giuridici. — Sulla convalidazione del negozio giuridico viziato, cfr.: Koschaker, *Fr. 4.32 D. 44.4, Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano*, in *Iura* 4 (1953) 3 ss.; e Betti, sv. *Convalescenza del negozio giuridico* (*dir. rom.*), in *NNDI*. Sulla ratifica in particolare, v. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano* (1949, rist. 1964) 197 ss., con rinvii bibliografici critici. La « rinnovazione » (o « riproduzione ») dell'atto invalido, a stretto rigore, non dovrebbe essere considerata ipotesi di utilizzazione di atti non vitali. Quanto al termine « convalescenza », esso è senz'altro tratto dalle fonti romane, ma non ha sempre accezione tecnica, ed anche quando è usato in senso giuridico non ha uno specifico significato (v. Giuffré, « *Convalescere* » *in Gai 2.218*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* [1964] 623 ss.). Taluni esempi di convalida: sanatoria del pegno per acquisto successivo della proprietà da parte dell'oppignorante (D. 36.1.58 [Pap. 7 *resp.*]; inattaccabilità del mutuo contratto da un *filius familias* quando il *paterfamilias* abbia, in seguito, consentito. Non sempre, però, nel diritto romano, un atto poteva *convalescere* per effetto del trascorrere del tempo (« *tractu temporis* ») o per la sopravvenienza di circostanze sananti (« *ex post facto* »). Vi era, anzi, un principio (cd. *regula Catoniana*, le cui origini, esatta formulazione e sfera d'influenza sono tuttora discusse) che ne ostacolava la sanatoria, quando fossero mancati i presupposti o gli elementi indispensabili sin *ab initio* per la vita del negozio giuridico. Cfr.: Scherillo, sv. *Catoniana regola*, in *NNDI.*, e, da ultimi, Voci, *Diritto ereditario romano* 2² (1963) 998 ss., Hausmaninger, *Celsus und die « regula Catoniana »*, in *T.* 36 (1968) 469 ss. — Quanto alla conversione (il cui termine, improprio, non è romano: Gandolfi, *Introduzione metodologica allo studio storico della conversione*, in *Ius* 15 [1964] 212 ss.) cfr.: Betti, sv. *Conversione del negozio giuridico* (*dir. rom.*) in *NNDI.*; Giuffrè, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante « conversione » in diritto romano* (1965); Cornioley, *La conversion des actes nuls en droit romain: realité ou fiction?*, in *T.* 37 (1969) 77 ss. Le fattispecie più note di conversione sono quelle dell'*acceptilatio inutilis* che viene mantenuta in vita come *pactum de non petendo*, della novazione invalida che è convertita in remissione della responsabilità per mora. Dubbio è se possa considerarsi conversione l'attuazione della cd. « clausola codicillare » (v. *infra* n. 36), dato che nell'ipotesi la sanatoria è predisposta originariamente dal privato stesso, con una manifestazione di volontà, per così dire, suppletiva. Molto discusso è se il *Sc. Neronianum* (v. n. 41) promosse un procedimento di conversione: lo ha negato, con copiose argomentazioni, scetticamente accolte però dalla romanistica contemporanea, il Ciapessoni, secondo il quale il regime classico di sanatoria dei legati *ex. Sc. Neroniano* fu quello della « conferma », a cui seguì, nell'età postclassico-giustinianea, il trattamento mediante conversione (*Sul Senatoconsulto Neroniano*, in *St. Bonfante* 3 [1930] 651 ss.).

infine per sanatoria dei vizi dell'atto disposta dall'ordinamento giuridico (cd. « conservazione legale »). La « conversione » si verificava tutte le volte in cui il negozio fosse totalmente e perpetuamente inutile, ma ciò non ostante, sempre che la volontà dell'autore o degli autori non fosse chiaramente contraria, potessero essere realizzati con i suoi elementi, idoneamente acconciati in un altro stampo negoziale, i fini pratici che esso tendeva a realizzare.

29.5.2. In diritto postclassico e nella compilazione giustinianea le tecniche di consolidazione degli atti giuridici furono precisate, discriminate ed autorizzate, almeno in teoria, su più larga scala. In particolare, numerosi sono i casi di riduzione per invalidità parziale di conio postclassico. Molto estesa fu pure la convalidazione per sopravvenienza di elementi o requisiti negoziali indispensabili alla efficacia dell'atto ma non richiesti fin dalla sua nascita, oppure per la scomparsa di elementi originariamente invalidanti ma non incidenti indelebilmente sull'atto. Senonché l'utilizzazione dei negozi giuridici perse la sua natura di procedimento interpretativo (empirico, sì, ma proprio per ciò facilmente attuabile nelle singole, le più disparate, fattispecie), e si cristallizzò in schemi rigidi, suggestivi in astratto, ma in pratica di difficile applicazione.

30. La forma nei negozi giuridici.

30.1. Lo studio dell'elemento della forma nei negozi del *ius privatum* invita a ritenere, sia pure induttivamente, che

---

29.5.2. Sull'evoluzione postclassica dei mezzi di consolidazione degli atti giuridici cfr. spec.: Giuffrè, *L'utilizzazione* cit. 380 ss.

30.1. L'esclusivismo arcaico della forma come elemento integratore (ed individuatore) dell'agire giuridico è un dato pressoché pacifico dei tempi primitivi del *ius privatum* (cioè, secondo la nostra impostazione storica, della fase del *ius Quiritium*). Ma sia ribadito che anche a questa affermazione non si arriva per conoscenza diretta: vi si perviene (come succede, in genere, per tutto quanto attiene ai primordi) solo attraverso l'induzione evoluzionistica. — Quali le ragioni del fenomeno? Limitarsi ad attribuirlo al semplicismo degli ordinamenti primitivi sarebbe troppo poco: si spiegherebbe perché la *traditio* della *res non familiaris* (cioè della *pecunia*, della *res nec mancipi*) implicasse come sua ovvia e univoca conseguenza il trasferimento della *possessio* relativa, ma non si chiarirebbe perché, ad esempio, il *mancipium* si trasferisse solo mediante il procedimento complesso della *mancipatio*. È evidente che le forme solenni e complesse relative al *mancipium* devono essere derivate da un progressivo irrigidimento dei modi tradizionalmente usati in precedenza. È evidente, in altri termini, che l'esclusivismo di certe forme a carattere artificiale, e cioè di forme implicanti una precisa scelta di parole, di atteggiamenti e di interventi esterni (si pensi al *libripens* ed ai testimoni della *mancipatio*), è derivato dal formarsi progressivo di una tradizione ritenuta severa e inderogabile. Per quanto

nei tempi più antichi, e particolarmente nel sistema originario del *ius Quiritium*, la distinzione tra mero atto giuridico e negozio giuridico non fu ancora posta, né fu addirittura proponibile. Come per le *actiones* esercitate a difesa dei propri diritti così anche per gli atti compiuti allo scopo di determinare vicende giuridiche (cioè la produzione, la modificazione e l'estinzione dei rapporti giuridici) gli effetti furono fatti dipendere esclusivamente dai modi d'essere estrinseci di quegli atti, quindi dalla loro « forma », senza che assumessero alcuna rilevanza la causa e la volontà intrinseche nel comportamento dell'autore. Si trattava di atti rigidamente stilizzati nei modi consacrati dai *mores maiorum* e autorevolmente indicati ai *cives* dai *pontifices* nell'esercizio della cd. attività cautelare. Il soggetto era libero di compierli o di non compierli, esercitando una scelta tra essi per il reperimento di quello che meglio si adattasse ai suoi fini e alla sua volontà: ma, operata la scelta e posto in essere l'atto, quel che rilevava era l'esteriorità dello stesso, la sua manifestazione fatta generalmente di formule orali e di mimiche gestuali. Del resto l'impostazione del *ius Quiritium* si inquadrava nella concezione generale (e primordiale) dei tempi, la quale era sempre, anche fuori della sfera del *ius*, nel senso che un certo comportamento, esteriorizzato in un certo modo (si pensi alla *traditio* relativa alla acquisizione della *possessio*, o all'assunzione di un impegno mediante *sponsio*), altro effetto non potesse conseguire che quello ad esso collegato, a seconda dei casi, dalla *communis opinio*, dalla religione, dai *foedera patrum*.

---

riguarda gli istituti del *ius Quiritium*, tutto ci richiama, dunque, *ai mores maiorum* e ai *pontifices*, cioè mediatamente alla religione. L'esclusivismo della forma (anzi, di una certa forma prefissata) negli atti determinativi delle principali vicende del *mancipium* aveva, in conclusione, la stessa ragion d'essere delle liturgie. — Una certa corrente di dottrina, procedendo lungo questa via, è giunta forse, a nostro avviso, troppo oltre, quando asserisce che alla radice del formalismo esclusivistico arcaico siano da ravvisare le credenze magiche, da cui la Roma primitiva sarebbe stata profondamente pervasa: Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff* (1941), e *Das magistratische « ius » in seinem Zusammenhang mit dem Sakralrechte* (1927); Kaser, *Das altrömische « ius »* (1949) 303, per un ragguaglio anche bibliografico; Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (1955) 16 ss. Tracce di primitive condizioni magiche esistevano indubbiamente nel *ius privatum* dell'età storica (e ancor più nel diritto criminale), ma di caratteri tali, da non autorizzare l'induzione di una originaria importanza preminente della magia anche in Roma. — In ordine al sistema dell'*actio* regolata e ritualizzata, v. *retro* n. 15.2. La legislazione decemvirale non intaccò (anzi, forse, rafforzò) l'esclusivismo della forma in materia di difesa di diritti. Stando a Gai 4.11, « *legis actiones* » *immutabiles proinde atque leges observabantur*. Indubbiamente le parti erano libere, almeno entro certi limiti, di specificare *apud iudicem* (a mo' di *nuncupatio*) il contenuto dell'azione esercitata: ma era ormai troppo tardi per modificare l'impostazione data alla pretesa dalla pronuncia *in iure* della *legis actio*.

30.1.1. In ordine al *ius Quiritium*, i cui interessi erano limitati (secondo la tesi da noi più volte esposta) all'istituto del *mancipium*, gli atti che venivano in considerazione erano sopra tutto la « *vindicatio* », cioè l'affermazione pubblicamente fatta del diritto sull'oggetto giuridico (« *aio hunc hominem meum esse* » e simili), e il « *legatum* », cioè la dichiarazione pubblicamente fatta (in un « *testamentum* ») di voler assegnare *mortis causa* l'oggetto ad un determinato successore. In particolare, la *vindicatio* (la stessa che si pronunciava in sede di *actio* quando si volesse affermare il proprio diritto sull'oggetto contro un usurpatore) era adattata al trasferimento del *mancipium* da un alienante ad un acquirente. La pronunciava l'acquirente di fronte all'alienante (che dimostrava col silenzio la sua acquiescenza), in presenza di testimoni e con l'intervento di un portatore di bilancia (« *libripens* ») il quale pesasse il bronzo non coniato (« *aes rude* ») dato dall'acquirente in cambio dell'oggetto: per il che si parlò più propriamente di « *mancipatio* ». Ma troppe precisazioni su questi assetti primitivi della vita giuridica romana saprebbero esclusivamente di fantasia, ed è preferibile tralasciarle.

30.1.2. La progressiva formazione di una concezione « negoziale » dell'agire privato, quindi la progressiva emersione della struttura del negozio giuridico, ebbe inizio con il passaggio dal *ius Quiritium* al *ius civile vetus* e ne restano tracce principalmente nelle *XII tabulae*. Influirono su questa evoluzione due fattori: in primo luogo, l'ingresso nella sfera del *ius* di nuovi istituti (la *possessio* delle *res nec mancipi*, le *obligationes*) meno rigidi dell'antico *mancipium*, e quindi più aperti ad utilizzazioni variabili, da determinarsi di volta in volta mediante specifiche dichiarazioni negoziali; in secondo luogo, il connesso diffondersi della esigenza di specificare e dettagliare, anche in ordine al *mancipium*, gli effetti che si intendesse raggiungere (costituzione di una *manus mari-*

30.1.1. La *vindicatio* e il *legatum* primitivi, data l'importanza sociale dei loro effetti (che si traducevano in una alterazione dell'ordine normale delle *familiae* interessate), postulavano la « pubblicità », cioè l'intervento di *testes* che, in rappresentanza della comunità, prendessero atto del trasferimento *inter vivos* o, rispettivamente, dell'assegnazione *mortis causa*. Nel primo caso erano sufficienti cinque testimoni (anche *filiifamiliarum*) che appartenessero ai *comitia curiata* e potessero all'occorrenza riferire agli stessi o, in caso di contestazione, al giusdicente. Nel secondo caso era richiesta la convocazione dei *comitia* (cd. « *testamentum calatis comitiis*).

30.1.2. Sull'adattamento funzionale degli atti giuridici più antichi resta fondamentale l'impostazione del Rabel, *Nachgeformte Rechtgeschäfte*, in *ZSS.* 27 (1906) 290 ss., e 28 (1907) 311 ss. (v. anche *infra* n. 32.2). — Sulla *nuncupatio*, per tutti: Noailles, *Du droit sacré au droit civil* (1946) 300 ss. V.: Gai 2.104 (*...nuncupare est enim palam nominare*); Ulp. 20.9; Fest. sv. *Nuncupata pecunia* (*Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in libro secundo de officio iurisconsulti, nominata, certa, nominibus propriis pronuntiata. « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto »: id est uti nominarit locutusve erit, ita ius esto*); Varr. *l.L.* 6.60.

talis, dazione di un sottoposto a *noxa*, creazione di una *servitus viae* ecc.). In particolare, la *mancipatio* subì, in quest'epoca, due ordini di ritocchi, in vista di particolari utilizzazioni: l'« adattamento funzionale » della sua struttura, cioè l'adattamento della sua struttura a funzioni diverse da quelle sue proprie: il che si verificò nell'ipotesi della « *mancipatio nummo uno* » (che serviva ai trasferimenti del *mancipium* senza apprezzabile corrispettivo, quindi alla *noxae datio*, alla *coëmptio* ecc.); la precisazione degli effetti voluti mediante « *nuncupatio* », cioè mediante l'aggiunta di una dichiarazione solenne, che pare diventasse la prassi dominante in materia. A risolvere ogni disputa circa la rilevanza giuridica della « *mancipatio cum nuncupatione* » intervennero appunto le *XII tabulae*, stabilendo che gli effetti giuridici dei negozi *per aes et libram* dovessero essere conformi a quanto espresso nella *nuncupatio*.

30.1.3. La piena affermazione degli atti a struttura negoziale nell'esperienza giuridica romana si registrò, in ogni caso, solo nel sistema del *ius civile vetus*. Ma i negozi civilistici furono ovviamente soprattutto negozi formali e più precisamente, nei primi tempi, negozi materialmente astratti. Solo attraverso l'elaborazione giurisprudenziale preclassica, ed il sopravvenire del *ius civile novum* prima e del *ius honorarium* poi, la situazione lentamente si modificò e si articolò in una ricca gamma di atti negoziali anche a forma libera, che è quella tramandataci dal diritto classico e dallo stesso diritto postclassico.

30.2. Con riferimento all'assetto del *ius privatum* classico e postclassico, si può dire con sicurezza che la regola sempre più ferma e consolidata fu in esso quella della « forma libera » degli atti negoziali: gli autori dei negozi erano, di norma, liberi di manifestare le loro volontà nel modo (orale, gestuale, scritto) che meglio credessero. Le vecchie formalità civilistiche caddero pertanto in disuso, anzi in età postclassica furono in gran parte abolite. I soggetti giuridici o evitarono di farvi ricorso, preferendo negozi a forma libera, oppure le ridussero a « clausole di stile » inserite nei negozi a forma libera, tanto per far intendere che anche la formalità civilistica era stata, ad

---

30.1.3. La ragione per cui il vincolo della forma ha tanto a lungo resistito in materia negoziale non consiste solo nel tradizionalismo. Come è stato giustamente osservato (già Jhering, *Geist des römischen Rechts* 2 [1894, rist. 1954] 478 ss.), nella rigidità delle forme negoziali i Romani videro a lungo una delle massime garanzie (se non proprio l'unica) della certezza del diritto.

30.2. Sull'assetto del *ius privatum* classico e postclassico in ordine alla forma dei negozi giuridici cfr.: Riccobono, « *Stipulatio* » *ed* « *instrumentum* » *nel diritto giustinianeo*, in *ZSS*, 35 (1914) 214 ss., e 43 (1922) 262 ss.; De Sarlo, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati* (1937).

ogni buon conto, soddisfatta e tanto per poter lucrare ai diritti nascenti dal negozio anche la tutela delle azioni civilistiche (es.: l'*actio ex stipulatu*) connesse ai negozi formali del *ius civile*.

30.2.1. Tuttavia, mentre si verificava questo progressivo scadimento delle vecchie forme civilistiche, andò prendendo piede, dappri-

---

30.2.1. L'uso della *scriptura* comparve in Roma relativamente tardi e, sopra tutto per ragioni economiche, fu sempre ridotto al minimo. Quadro generale e accurato in: Talamanca, sv. *Documento e documentazione* (*dir. rom.*), in *ED.*, ivi bibliografia. — In particolare, sull'editoria: Kleberg, *Burchhandel und Verlagswesen in der Antike* (1967). I libri erano costosi sia per la mano d'opera, sia per il prezzo del materiale scrittorio: generalmente carta di papiro (*charta*), dell'altezza media di 25 cm circa, i cui fogli venivano uniti nel senso della lunghezza, fino a raggiungere i quattro o cinque metri, ed arrotolati su di una bacchetta con due manici sporgenti alle estremità (*cornua*) per formare i *volumina* (o *libri*). Si scriveva, di solito, con inchiostri neri o rossi, sulla parte in cui le fibre del papiro si presentavano in senso orizzontale, per lo più su due colonne e lasciando pochissimo margine. L'impiego della pergamena, testimoniatoci in altri luoghi sin dal III sec. a.C., si introdusse molto lentamente in Roma, tanto che in età repubblicana lo si trova quasi soltanto per libretti di appunti o brevi scritti. La sua diffusione, poi, fece sì che l'uso del *volumen* nella tradizione testuale fosse soppiantato da quello del *codex*, formato di fogli di ridotte dimensioni fissati tutti sul margine sinistro (v., per talune implicazioni: *retro* nt. 11.5.3). — I documenti privati erano redatti normalmente su tavolette di legno lievemente scavate e spalmate di cera (*tabellae ceratae*) mediante un bastoncino (metallico o di osso, ecc.) detto *stilus* o *graphium*, oppure, con l'inchiostro, su tavole dipinte di bianco. Le tavolette potevano essere fissate a gruppi mediante nastri e cinghie ed essere sigillate. La suggellazione avveniva con materiale resinoso, sul quale era impresso l'anello con i rilievi che i romani usavano per la sottoscrizione (v., ad es., quello d'Augusto, con la incisione di una sfinge alata, custodito nel Museo di Firenze). Gran copia di documenti negoziali ci è pervenuta conservata in questo modo, soprattutto dalla Transilvania (ed ora nel Museo di Budapest) e da Pompei ed Ercolano. Le tavolette di Transilvania sono unite a tre (« trittici ») e sono legate, a mo' di libro, da un nastro di lino che passa attraverso una triplice serie di fori praticati sul lato lungo sinistro; delle sei pagine risultanti, la prima e la sesta (cioè le due facce esterne) non sono scritte; all'interno vi è una doppia scrittura: la *scriptura interior*, che si trova nelle pagine 2 e 3, è resa inalterabile mediante una legatura di lino che passa attraverso un foro praticato sul lato destro delle due prime tavolette, nonché mediante una serie di sigilli che fissano il nastro sul margine sinistro della pagina 4, ove sono anche segnati i nomi dei testimoni; la *scriptura exterior* che si trova nelle pagine 4 e 5, ripete o riassume il testo della scrittura interna. A Pompei ed Ercolano abbondano i « dittici » costituiti da due tavolette legate soltanto: sì che le pagine esterne rimangono due, ma quelle interne si riducono anch'esse a due. Rari i « polittici », di più di tre tavolette. Talvolta, al posto delle *tabellae* cerate erano usate tavolette sottili di bronzo inciso o scolpito (ad es.: per i *diplomata* militari). In età tardo-classica e posticlassica l'uso delle *tabellae ceratae* diminuì a favore dell'uso dei papiri e delle pergamene, sopra tutto in Oriente. Sempre e particolarmente in Oriente si diffuse l'usanza di firmare, anziché (o oltre che) sigillare, i documenti papiracei o pergamenacei. Sul punto cfr.: Sachers, sv. « *Tabulae* », in *PW.*; Luzzatto, sv. « *Tabulae* », in *NNDI.* — Quanto ai tipi di documento, essi furono fondamentalmente due: il « documento oggettivo », in cui si descrivevano oggettivamente (con la tecnica cd. del protocollo) le dichiarazioni e le azioni delle parti e dei testimoni; il « documento soggettivo » di derivazione greca, in cui gli autori del negozio od uno fra essi scriveva in prima persona il contenuto del negozio stesso. Documentazione oggettiva si aveva soprattutto nella « *testatio* » (la quale, ove servisse a meri fini di prova, era anche detta « *descriptum et recognitum* »), ma anche nella « *expensilatio* » o nell'« *acceptilatio litteris* »; documentazione soggettiva si aveva nella « *syngrapha* »

ma nella prassi negoziale classica e postclassica e poi anche nelle normative del *ius novum* postclassico, una nuova specie di formalità: la « *scriptura* », cioè la traduzione in documenti scritti delle volontà negoziali. I negozi di maggior rilievo non furono dunque lasciati al labile ricordo connesso ad una manifestazione meramente orale o gestuale della volontà dei loro autori. Dapprima gli autori usarono corredarli di una forma scritta *ad probationem;* di poi, in età postclassica, lo stesso ordinamento giunse ad esigere, naturalmente in ordine ai negozi di più spiccata importanza sociale, che la forma scritta fosse « vincolata », quindi obbligatoria, talvolta ancora e solo a fini di prova, talaltra addirittura *ad substantiam.* Non sempre è chiaro agli interpreti quando il vincolo della *scriptura* fosse posto dall'ordinamento *ad probationem* e quando invece esso fosse posto *ad substantiam*: forse, dato il carattere peculiare della forma scritta, la diversa natura del vincolo non fu sempre chiara nemmeno allo stesso ordinamento. Ecco il motivo per cui,

---

e nel « *chirographum* »; documentazione eccezionalmente « mista » si aveva nella « *testatio cum chirographo coniuncta* », la quale era oggettiva nella *scriptura interior* e soggettiva (chirografaria) nella *scriptura exterior* (così le *apochae* pompeiane di S. Cecilio Giocondo). In età postclassica assunsero molta importanza nella redazione dei documenti i « *tabelliones* » e i « *notarii* », intesi come esperti del ramo ed eventualmente come garanti della veridicità dell'attività negoziale attestata dal documento. Cfr.: Luzzatto, sv. « *Tabelliones* », in *NNDI.*; Amelotti, Costamagna, *Alle origini del notariato italiano* (1975). Sotto questo profilo si distinse, in diritto giustinianeo, un triplice tipo di documenti: l'« *instrumentum privatum* » (soggettivo), in cui non figurava né l'intervento di *tabelliones* né quello di testimoni; l'« *instrumentum quasi publice confectum* », in cui non figurava l'intervento di *tabelliones,* ma figurava quello di almeno tre testimoni; l'« *instrumentum publice confectum* », redatto da un *tabellio* (o in stesura soggettiva o con descrizione oggettiva delle attività delle parti), sottoscritto dalle parti, munito di « *completio* » del tabellione (cioè di dichiarazione di avvenuta rilettura del testo alle parti) e confermato dalla cd. « *absolutio* » delle parti, cioè da un comportamento con cui queste ultime manifestavano la loro intenzione di renderlo operativo (in Occidente l'*absolutio* era data di solito dalla « *traditio chartae* » dall'una all'altra parte). All'*instrumentum privatum* la Nov. Iustin. 73 del 538 tolse ogni valore probatorio, sancendo che potesse avere efficacia solo se riconosciuto dalla parte contro la quale dovesse far prova. — Un *Sc. Neronianum (adversus falsarios)* del 61 d.C. sancì la inefficacia probatoria dei polittici relativi ad atti *inter vivos* a carattere convenzionale che fossero privi di doppia scrittura e di suggellamento della *scriptura interior.* V. PS. 5.25.6: *Amplissimus ordo* (= *senatus*) *decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut exterior[es]<i> scripturae fidem interior[i] serve[n]t. aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.* La norma non valse, si badi, per i *testamenta,* i quali erano tradizionalmente redatti in scrittura unica, con questo accorgimento pratico (cfr. Suet. *Nero* 17): che le pagine 2 e 3 indicavano il solo nome del testatore ed erano suggellate dai testimoni allo scopo di evitare ogni cancellazione ad opera di malintenzionati; dopo di che, nelle pagine 4 e seguenti seguiva il testo completo dell'atto (con ripetizione del nome del testatore). Su questo controverso tema, con bibliografia, cfr.: Guarino, *Note sul testamento segreto romano* (1968), ora anche in *St. Santoro-Passarelli* 6 (1972) 489 ss.

quando si vogliano analizzare i negozi documentali dell'esperienza giuridica romana, è opportuno prescindere dal tentativo di una rigorosa separazione tra negozi a scrittura costitutiva e negozi a scrittura meramente probatoria.

30.2.2. Ma i negozi formali del *ius privatum* classico e postclassico non possono essere rettamente intesi, se non sono visti un po' più da vicino. Per poterlo fare è utile distinguerli in quattro gruppi: negozi librali, negozi verbali, negozi documentali, negozi a forma complessa.

30.3. I negozi librali (o « *gesta per aes et libram* ») erano quelli derivanti dall'antichissima *vindicatio* e dalla successiva, pur essa assai risalente, *mancipatio* precivilistica. Essi erano tipici dei rapporti

---

30.2.2. La classificazione dei negozi formali da noi tentata ricalca in parte, completandola, quella di Mitteis, *Privatrecht* 256 ss. — Il Mitteis (255 s. e 289 s.) ha posto anche in evidenza, molto lucidamente, la esistenza, accanto al formalismo in senso proprio (cd. « formalismo esteriore », « äusserer Rechtsformalismus »), di un formalismo interiore (« innerer Rechtsformalismus »), costituito dalla accentuata tendenza dell'ordinamento, e subordinatamente dell'interpretazione, a riconnettere gli effetti giuridici, rigidamente e semplicisticamente, alle manifestazioni di volontà negoziale (anche se fatte in negozi a forma libera), senza lasciar spazio né a specificazioni della volontà negoziale da parte degli autori dei negozi (per esempio, mediante clausole condizionali ecc.) né alla individuazione della vera causa, della concreta volontà, di ogni altro indizio caratterizzante relativamente a ciascuno specifico negozio. Indubbiamente il formalismo esteriore implica quello interiore, ma non è vero che la caduta o la riduzione dell'uno involga la immediata caduta o riduzione dell'altro. Lo abbiamo visto parlando dell'interpretazione negoziale (*retro* n. 28.4) e ce ne confermeremo tra poco (*infra* n. 31 e 32) parlando dell'emersione della causa e della volontà.

30.3. Nei *gesta per aes et libram* dell'età storica la « *nuncupatio* » era pronunciata di regola dal *mancipio accipiens*, il quale specificava con essa la finalità del negozio. Ma alla *nuncupatio* poteva partecipare con sue parole anche il *mancipio dans*. Se anche è discusso che fosse il *mancipio dans* (e non il *libripens*) a dire al *mancipio accipiens* le parole « *rauduscuło libram ferito* », è tuttavia certo che nella *mancipatio familiae* la *nuncupatio* relativa alle sorti della *familia pecuniaque* era pronunciata dal *mancipio dans* (cioè dal *testator*). — Gli effetti della *mancipatio* erano irreversibili: non poteva essere predisposta nel negozio la restituzione dell'oggetto mancipato dopo un certo tempo o verificandosi una certa condizione. Per la restituzione dell'oggetto doveva operarsi una *mancipatio* all'inverso (cd. « *remancipatio* »), dall'acquirente all'alienante (ad esempio, in caso di *divortium*). Per garantirsi la restituzione il mancipante altro non poteva fare che convenire a questo fine un « *pactum fiduciae* » con l'acquirente (cd. « *mancipatio fiduciae causa* »). — Quanto alla loro struttura, i *gesta per aes et libram* erano sempre, almeno in apparenza, negozi a titolo oneroso perché l'oggetto era mancipato in cambio di *aes rude*. Nella realtà la *mancipatio* poteva coprire tanto un negozio (dissimulato) a titolo oneroso quanto un negozio a titolo gratuito: in questo secondo caso si parlava di « *mancipatio nummo uno* ». — Altri impieghi della *mancipatio*, in dipendenza di *nuncupationes* peraltro non note, furono i seguenti: l'alienazione di un *filius familias* ad un altro soggetto giuridico, di cui il *filius* alienato diventava *liber in mancipio;* la costituzione sul proprio fondo di certi *iura praediorum* di più antica origine (le cd. *servitutes mancipi*); la concessione in *manus* di una *filia familias* (o anche di se stessa, se la donna era *sui iuris*) ad un *maritus* o al suo *pater familias* (nel qual caso si parlava di *coëmptio*).

assoluti di più stretta derivazione dal *mancipium* quiritario e servivano a far acquistare ad un soggetto giuridico (il *mancipio accipiens*) diritti *erga omnes* sui sottoposti *liberi*, sulle *res mancipi*, sul *patrimonium*, eventualmente sulla stessa persona di un altro soggetto giuridico consenziente (il *mancipio dans*). Il paradigma fu appunto costituito dalla *mancipatio* precivilistica, come atto di scambio di un *quid* « *mancipi* » contro *aes rude* con la cooperazione di un *libripens* e la testimonianza di cinque cittadini puberi. Opportune « *nuncupationes* » ed eventuali « *pacta adiecta* » servivano a moltiplicare e ad articolare gli impieghi del negozio per i più diversi fini pratici. Così, ad esempio: per il trasferimento del *dominium ex iure Quiritium* di *res mancipi* il *mancipio accipiens* pronunciava prima la formula vindicatoria (« *aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium* ») e aggiungeva subito dopo la *nuncupatio* che l'affermazione di *dominium* era in funzione di un trasferimento oneroso dal *mancipio dans* a lui (« *eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libera* »); per il trasferimento dell'intero patrimonio (cd. « *familia pecuniaque* ») al *familiae emptor*, che si sarebbe assunto il compito di distribuire il patrimonio stesso, dopo la morte del *mancipio dans*, tra le persone da lui designate come successori, il *familiae emptor* faceva seguire alla formula vindicatoria la precisazione che il suo acquisto della *familia pecuniaque* era diretto alla realizzazione delle volontà del testatore; e così via dicendo. Ove poi il *mancipio dans* si volesse assicurare il riacquisto del diritto verificandosi certe ipotesi (es.: verificandosi il pagamento del debito che la *mancipatio rei* fosse servita a garantire), tra le parti si stringeva un *pactum fiduciae* relativo alla cd. « *remancipatio* ».

30.3.1. Un cenno particolare merita, a questo proposito, quel tipo antichissimo di *gestum per aes et libram* che fu la « *nexi datio* ». Si trattava della *mancipatio* di se stesso che un soggetto giuridico faceva ad un altro soggetto giuridico per garantire a quest'ultimo con la propria persona l'adempimento di un debito proprio o altrui: negozio che sappiamo essere caduto in disuso in tempi piuttosto risalenti. In età storica (preclassica e classica) si praticava peraltro ancora largamente l'*actus contrarius* della *nexi datio*, cioè il negozio librale cui le parti ricorrevano in antico per la liberazione, a pagamento avvenuto, del *nexus*: non lo si praticava più per estinguere il vincolo stabilito da una *nexi*

30.3.1. Sulla *nexi datio*: *retro* n. 24.5.1 e *infra* n. 71.2.1. — Sulla *solutio per aes et libram* e sui suoi impieghi liberatori: *infra* n. 76.2. Ivi la formula completa e la descrizione del *gestum*.

datio, ma lo si praticava, in sede di adattamento funzionale, per estinguere solennemente talune *obligationes* più rilevanti sul piano sociale (per esempio, quelle derivanti da *condemnatio*). Il *gestum* in questione era la « *solutio per aes et libram* » e ne era protagonista (in veste, sia pur deformata, di *mancipio accipiens* di se stesso) il debitore: « *me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra* ».

30.3.2. La complessità eccessiva dei negozi librali favorì il loro abbandono da parte dei Romani già lungo il corso dell'età classica. Uno dei sintomi del progressivo disuso è costituito dall'intervento del *praetor* con l'*actio Publiciana* a tutela di chi avesse acquistato una *res mancipi* senza preoccuparsi di mettere in atto una *mancipatio*: fenomeno che nell'età preclassica era divenuto assai frequente. Nel periodo postclassico, venuta meno la rilevanza giuridica delle *res mancipi,* i *gesta per aes et libram* finirono per essere aboliti del tutto.

30.4. I negozi verbali erano caratterizzati dalla pronuncia di precise e inderogabili espressioni orali (« *certa verba* »). Anche quando la pronuncia dei *verba* si verificava davanti a testimoni (ed è da credere che fosse ipotesi praticamente frequentissima) la testimonianza degli astanti o la documentazione scritta della stessa (cioè la *testatio*) non costituivano requisiti indispensabili. Il campo di esplicazione dei negozi verbali fu duplice: quello della costituzione, modificazione od estinzione di rapporti obbligatori e quello delle disposizioni di ultima volontà nei *testamenta per aes et libram.* Dato che il discorso relativo a queste ultime si connette con tutto il discorso relativo al *testamentum* ed ai negozi a forma complessa, l'attenzione va concentrata per ora sui soli negozi verbali obbligatori.

30.4.1. In materia di *obligationes* il negozio verbale di gran lunga più importante fu la « *stipulatio* », derivata dall'antichissima « *sponsio* »

30.3.2. La decadenza delle formalità librali nella stessa età classica è dimostrata: dal diffondersi di negozi sostitutivi di quelli librali (es.: il *depositum* e il *commodatum* in luogo della *mancipatio fiduciae causa*); dalla riduzione della *mancipatio familiae* a clausola di stile nei testamenti civilistici scritti; dalla rinuncia alla *mancipatio* nei *testamenta praetoria* e negli stessi trasferimenti *inter vivos* di *res mancipi* (per i quali l'acquirente usufruiva, sino al compimento dell'*usucapio,* della tutela dell'*actio Publiciana*). In età postclassica l'esaurimento dei negozi librali fu connesso all'esaurimento della distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi.*

30.4. Quadro completo delle *obligationes verbis contractae*: *infra* n. 78-80. — A proposito delle disposizioni testamentarie verbali, va aggiunto che *certa verba* erano richiesti, se non nell'antichissimo *testamentum in procintu,* sicuramente nell'altrettanto antico *testamentum calatis comitiis.* Non è dato sapere, peraltro, quali fossero di preciso le formule. V. *infra* n. 36.3 e nt. 36.2.

30.4.1. Le applicazioni della *stipulatio* (sulle quali *infra* n. 80)

a carattere religioso (ed extragiuridico) dei tempi del *ius Quiritium*. Lo schema essenziale fu sempre quello di una richiesta di impegno fatta dal futuro creditore, lo *stipulans* (« *spondes?* », « *promittis?* », « *dabis?* » ecc.) e di una contestuale e congruente risposta affermativa del *promissor*, il futuro *obligatus* (« *spondeo* », « *promitto* », « *dabo* » ecc.). L'*actus contrarius* di questo negozio, utilizzato per estinguere il rapporto obbligatorio da esso creato, fu la cd. « *acceptilatio verbis* », in cui l'*obligatus* chiedeve al creditore se era stato soddisfatto (« *acceptum habes?* ») e il creditore contestualmente e congruamente annuiva (« *acceptum habeo* »).

30.4.2. L'utilità del ricorso alla *stipulatio* era data, oltre che dalla semplicità dell'*acceptilatio* con cui la si poteva estinguere, dalla possibilità di difendere il diritto del creditore mediante l'efficace *actio ex stipulatu*. Ecco il motivo per cui si diffuse l'usanza di rinforzare molteplici altri tipi di rapporti obbligatori mediante una *stipulatio* aggiuntiva della stessa prestazione. La pratica di questa « *clausula stipulationis* » perse importanza col diffondersi della *cognitio extra ordinem*, la quale forniva a qualunque rapporto obbligatorio una tutela approssimativamente di pari efficacia, ma non per ciò venne meno l'uso di aggiungere la *stipulatio* al negozio di base. Per questa via la *clausula stipulationis* si ridusse, in età postclassica, ad una clausola di stile che stava ad indicare, più che altro, l'avvenuto e definitivo *consensus in idem placitum* tra le parti di un negozio giuridico bilaterale: quello che oggi si dice appunto « stipulazione ».

30.5. I negozi documentali, caratterizzati da una forma vincolata scritta, possono distinguersi in tre gruppi. Il primo gruppo

---

furono le più diverse e dipesero dall'indicazione della « *causa stipulationis* » fatta dallo *stipulans*: costituzione di dote (cd. « *promissio dotis* »), garanzia delle *obligationes* altrui (« *sponsio* » in senso stretto, « *fideiussio* », « *fideipromissio* » ecc.), novazione di una *obligatio verbis non contracta* in un'*obligatio ex stipulatione* (« *stipulatio Aquiliana* » ecc.) e via dicendo. Sul punto cfr., da ultimi: Wolf (J.G.), « *Causa stipulationis* » (1970); Wacke, *Zur « causa » der Stipulation*, in *T.* 40 (1972) 231 ss. — Sull'*acceptilatio verbis*: *infra* n. 76.2.2.

30.4.2. A titolo di esempio di negozio rinforzato da *stipulatio*, si legga *FIRA*. 3 n. 122, ove è riportato un trittico di Transilvania del 162 d.C. in forma documentale di *testatio*: « *Denarios LX qua die patierit probos recte dari fide rogavit Iulius Alexander, dari fide promisit Alexander Caricci: et se eos denarios LX, qui supra scripti sunt, mutuos numeratos accepisse et debere se dixit rell.* ». — A titolo di esempio di *clausula stipulationis*, si legga *FIRA*. 3 n. 149. Si tratta di un papiro del 306 d.C. relativo ad una *locatio conductio* di un gregge e di un armento in cui parla in prima persona il *conductor*, indicando minutamente l'oggetto e le condizioni del contratto e concludendo con le parole: « *tempore autem praeterito omnes capras et pecora quasi immortalia adulta proba restituam ita ut iam recepi. rata est conductio, et stipulatus spopondi* ».

30.5. Per i negozi documentali: *infra* n. 81 e *retro* nt. 30.2.1. Pro-

è costituito dall'antichissima « *expensilatio* » e dalla cd. « *acceptilatio litteris* » che ne costituiva l'*actus contrarius*: registrazioni operate sul libro cassa di un soggetto giuridico e determinanti con ciò, rispettivamente, la creazione o la cessazione di un'*obligatio* verso di lui da parte del soggetto indicato nel libro come debitore. Il secondo gruppo è costituito dai « *chirographa* » e dalle « *syngraphae* » dell'età classica e postclassica: documenti di riconoscimento di un rapporto obbligatorio tra due soggetti, i quali forse addirittura incorporavano in sé i crediti di cui davano notizia (la distruzione del documento implicava dunque l'estinzione del rapporto obbligatorio). Il terzo gruppo è costituito dai molteplici « *instrumenta* » che furono richiesti, sopra tutto in età postclassica, talora *ad probationem* e talora *ad substantiam*, per le disposizioni di ultima volontà, per le donazioni, per i trasferimenti immobiliari e per altri negozi di particolare rilievo: *instrumenta* connotati solitamente dal fatto della partecipazione all'atto di un certo numero di testimoni di ciascuno dei quali portavano i suggelli personali ed eventualmente le *subscriptiones*.

30.6. I negozi a forma complessa, taluni di origine assai risalente talaltri di formazione classica o addirittura postclassica, vanno distinti in due gruppi. Un primo gruppo è costituito da negozi in cui concorrono formalità di diverso tipo; un secondo gruppo è costituito da negozi in cui si verifica, per l'importanza dell'atto, la partecipazione ad esso di soggetti o di enti pubblicistici. L'elenco è piuttosto lungo e include, ad esempio: la «*in iure cessio* », negozio inteso all'acquisto di diritti assoluti da parte di un soggetto, il quale pronunciava a questo fine una *vindicatio* davanti al magistrato, in un finto processo,

---

babile esempio di negozio con forma scritta vincolata *ad substantiam* il cd. « *testamentum iure praetorio factum* » di cui *infra* n. 36.2.2. — Sull'*acceptilatio litteris*: *infra* n. 76.2.2.

30.6. Per i negozi a forma complessa rinviamo ai luoghi in cui si parlerà specificamente di ciascuno. — In ordine alla *insinuatio* va ricordato che la pratica postclassica di far redigere gli *instrumenta* (a fini di maggior forza probatoria) aprì il varco ad una pratica ulteriore: quella di rivolgersi alle autorità pubbliche affinché « ricevessero » le dichiarazioni delle parti, le leggessero pubblicamente ed eventualmente prendessero nota dei vari negozi nei loro registri e archivi (di qui, ad esempio, la prassi del « *testamentum apud acta* »: *infra* n. 36). Il passo ulteriore fu costituito dalla prescrizione secondo cui certi negozi più rilevanti (es.: le donazioni superiori ad un certo valore minimo), oltre che essere trasfusi in *instrumenta publice* o *quasi publice confecta*, fossero verbalizzati dall'autorità pubblica e riportati in appositi registri: « *insinuatio apud acta* ». Su questi temi cfr.: Colorni, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare* (1954); Pernice, *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen* (1882); Hirschfeld, « *Gesta municipalia* » (1904); Steinwenter, *Beiträge zum öffentlichen Urkundenwesen der Römer* (1915). Circa le fonti, si v., fra le tante: CI. 8.53.36.3; CI. 6.30.22.2; CI. 6.22.8 e I. 2.12.4; I. 2.10.3 ss.; PS. 5.7.2 itp. (= I. 3.19.17) e D. 2.14.7.12 itp.; D. 24.1.57.

ed otteneva l'*addictio* della *res* (*mancipi* o *nec mancipi* che fosse) a seguito del ritrarsi della controparte, cioè dell'alienante; la « *manumissio vindicta* », negozio di liberazione di un *servus* dalla schiavitù, che si effettuava con modalità strettamente analoghe all'*in iure cessio*; la « *manumissio censu* », negozio di liberazione di un *servus* che si effettuava con la collaborazione dei *censores* (il *dominus* iscriveva il *servus* nelle liste censuali fingendo che si trattasse di un uomo libero); il « *testamentum calatis comitiis* », negozio (o insieme di negozi) inteso a disposizioni di ultima volontà, che si effettuava pronunciando le disposizioni stesse dinanzi ai *comitia curiata*; l'« *adrogatio* » di un *pater familias* sotto la *potestas* di un altro *pater familias* (di cui l'*adrogatus* diventava quindi *filius*), la quale si verificava del pari con l'assistenza dei *comitia curiata*; l'« *emancipatio* », cioè la liberazione di un *filius familias* dalla *patria potestas*, che consisteva in una combinazione di *mancipatio* e di *manumissio*. Si aggiungano all'elenco tutti i casi postclassici in cui, per la realizzazione di un certo fine, non bastava la confezione di un *instrumentum*, ma era richiesta la « *insinuatio* » dell'atto nei pubblici registri.

30.6.1. Un cenno a parte richiede il « *testamentum per aes et libram* ». Esso si componeva di un atto librale, la *mancipatio familiae*, del quale abbiamo detto, e di un'ulteriore *nuncupatio* pronunciata dal testatore, cioè dal *mancipio dans*, per indicare le sue ultime volontà. La *nuncupatio* del testatore era a sua volta un insieme di negozi verbali: la *heredis institutio*, la *exheredatio*, i *legata* e così via. Per buona parte del periodo classico queste formalità furono rigidamente osservate e il testamento librale, pur essendo solitamente trasfuso in *tabulae*, non acquistò carattere documentale: le *tabulae* erano cioè una documentazione puramente probatoria ed assolutamente facoltativa sia dell'atto librale che delle disposizioni di ultima volontà pronunciate in presenza dei *testes* della *mancipatio familiae* dal *testator*. La forma scritta divenne essenziale per il *testamentum*, almeno di regola, solo nel periodo postclassico.

31. La causa nei negozi giuridici.

31.1. La rilevanza della causa nei negozi del *ius privatum* ebbe inizio, ovviamente, solo in coincidenza con l'epoca e con le occa-

---

30.6.1. Sul *testamentum per aes et libram* e sull'evoluzione postclassica: *infra* n. 36.2.1 e 2.

31.1. La bibliografia generale sulla causa negoziale in diritto romano è

sioni in cui la forma perse in Roma il suo carattere esclusivistico originario. Anzi va aggiunto che, sebbene la fine dell'esclusivismo della forma abbia implicato *in abstracto* la possibilità di una rilevanza giuridica sia della causa che della volontà, tuttavia *in concreto* l'emersione dell'elemento causale deve aver preceduto di parecchio, negli interessi della giurisprudenza romana, quella dell'elemento della volontà negoziale. Fino al periodo preclassico già piuttosto avanzato (diciamo pure: fino alle nuove impostazioni determinate dal *ius civile novum* e dal *ius honorarium*), raramente si ebbe cura, in sede di interpretazione del negozio, di andare oltre la scorza esteriore della manifestazione. Sicché, quando sorgevano questioni più sottili circa la vera portata del negozio, esse si limitavano il più delle volte all'accertamento della funzione obbiettiva dell'atto, vale a dire all'accertamento di quella che noi oggi sogliamo denominare la causa negoziale.

31.1.1. Si avverta a questo punto che i Romani, pur quando acquistarono la coscienza dell'essenzialità della causa per la valutazione di un atto come atto negoziale, mai giunsero a coniare un termine specifico per designare l'elemento causale. Il termine « *causa* » non deve trarre in inganno, perché solo in talune occasioni esso sta ad indicare la funzione del negozio, mentre il più delle volte esso equivale a « motivo » della volizione negoziale, oppure a « fonte » di un rapporto giuridico (cioè a fatto giuridico), o anche a « situazione giuridicamente rilevante », o ad altro ancora. Non è quindi alla terminologia giuridica che bisogna por mente per ricostruire la concezione romana della causa. Bisogna badare, di volta in volta, al rilievo concretamente attribuito, nei termini e modi più vari, alla funzione dell'atto.

31.1.2. Comunque, tralasciando altre induzioni più minute e perciò appunto più incerte, veniamo all'assetto del *ius privatum* classico

---

tutt'altro che recente e soddisfacente. Cfr., comunque, in generale: Betti, sv. « *Causa* », in *NNDI.*; Grosso, sv. *Causa (del negozio giuridico) (dir. rom.)*, in *ED.*; Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto* (1908), ora in *Scr.* 3 (1926) 125 ss.; Voci, « *Iusta causa traditionis* » *e* « *iusta causa usucapionis* », in *SDHI.* 15 (1949) 140 ss.; Wolf (J.G.), *Zur* « *causa stipulationis* » cit.; Díaz Bialet, *La* « *causa* » *en el derecho romano como principio de la ciencia del derecho*, in *St. Volterra* 1 (1971) 365 ss.; Beck-Mannagetta, *Geschäftsgrundlage, Voraussetzung und* « *causa* », in *Index* 3 (1972) 514 ss.

31.1.1. Sulle accezioni giuridiche del termine *causa*, in relazione agli atti negoziali, quadro completo in Heumann-Seckel, sv. « *Causa* ». Cfr. poi: Cugia, *Indagini sulla dottrina della causa del negozio giuridico: l'espressione* « *mortis causa* » *in diritto romano classico e giustinianeo* (1910), il quale mette in luce che l'espressione usuale moderna « *mortis causa* » non è usata mai nelle fonti romane in riferimento a negozi giuridici, bensì in ordine a modi di disposizione (es.: *donatio mortis causa*) o di acquisto dei diritti (es.: *capere mortis causa*), e che del tutto ignota è la dizione « *inter vivos* »; Georgescu, *Le mot* « *causa* » *dans le latin juridique*, in *Et. philol. jurid.* 1 (1940) 129 ss.

31.1.2. Sull'illiceità del negozio giuridico in generale, v. già *retro* n. 28.2-3.

e postclassico. In esso la causa rivela tutta la sua importanza sotto un duplice punto di vista: anzi tutto, ai fini della qualificazione dell'atto negoziale come lecito, e quindi come produttivo di effetti giuridici conformi alla volontà manifestata dal suo autore; secondariamente, ai fini della sua individuazione tipica, e quindi ai fini della determinazione del regolamento ad esso applicabile.

31.2. La causa era un parametro rilevante per la qualificazione del negozio come lecito o come illecito. Anche se il negozio era per ogni altro verso inattaccabile e anche se i motivi dell'autore erano perfettamente inquadrati nel lecito giuridico, la funzione obbiettiva del negozio poteva risultare illecita, e perciò solo il negozio tutto ne riceveva il marchio dell'illiceità. Viceversa, se la funzione del negozio era lecita, nessuna influenza aveva il fatto che fossero illeciti i motivi dell'autore, salvo che quest'ultimo li avesse conclamati nella sua dichiarazione negoziale, o li avesse comunque resi facilmente riconoscibili. L'illiceità della causa poteva, a sua volta, consistere: in una contrarietà patente della funzione del negozio con i principi fondamentali del *ius privatum*; in una contrarietà della funzione negoziale con provvedimenti di governo; in una contrarietà della funzione negoziale con le regole del buon costume. Ipotesi che davano tutte luogo ad un negozio «*iniustum*».

31.2.1. La contrarietà della causa ai principi del *ius privatum* si concretava essenzialmente in una contraddittorietà della funzione obbiettiva del negozio con le limitazioni poste dai principi tradizionali del *ius civile vetus* (e a maggior ragione dai principi del *fas*) all'agire privato. Un negozio che si trovasse in queste condizioni (negozio «*iniustum*» in senso stretto) era evidentemente ed assolutamente inu-

---

31.2. Un esempio della diversità tra causa e motivi illeciti è ravvisabile, secondo noi, in D. 17.1.12.11 (Ulp. 31 *ed.*): *Si adulescens luxuriosus mandet tibi ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum suscipias, non habebis mandati (contrariam) actionem [quia simile est quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et] <.> si <vero> [ulterius] directo mandaverit tibi ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati (actione), quasi adversus bonam fidem mandatum sit.* Il testo, notissimo alla critica (cfr., ad esempio: Arangio-Ruiz, *Il mandato* [1950] 107 nt. 1), faceva originariamente due ipotesi del tutto diverse (ipotesi che solo un commentatore postclassico, poco accorto alla differenza tra causa obbiettiva e motivi subbiettivi, può aver ritenuto analoghe): 1) l'ipotesi che il giovane sregolato avesse dato un mandato obbiettivamente lecito (di *fideiubere*), facendo però trapelare al mandatario il motivo illecito (di favorire una meretrice): onde la affermazione che al mandatario sarebbe mancata l'*actio mandati contraria* solo se egli fosse stato «*sciens*»; 2) l'ipotesi che l'*adulescens luxuriosus* avesse dato il mandato, obbiettivamente illecito, di prestar danaro alla meretrice: onde l'affermazione che il mandatario non avrebbe avuto in nessun caso l'*actio mandati contraria*. V. *infra* n. 89.2.

31.2.1. Sulla causa *contra ius privatum* v. anche *retro* n. 29.3.1. Ma il concetto di *negotium iniustum* è ovviamente più ampio di quello del negozio a causa ingiusta.

tilizzabile da chicchessia. Solo provvedimenti di governo, peraltro del tutto improbabili, avrebbero potuto rovesciare la situazione, abolendo quei limiti da tutti tradizionalmente sentiti e approvati.

31.2.2. La contrarietà della causa a provvedimenti di governo (e cioè, per antonomasia, alle *leges publicae*) poteva essere di due tipi: contrarietà diretta, nel qual caso si parlava di negozi *iniusta* perché « *contra legem* »; contrarietà indiretta, nel qual caso si parlava di negozi *iniusta* perché « *in fraudem legis* ». Ma le *leges* (e in generale i provvedimenti di governo) potevano essere, secondo una tarda terminologia classica, di tre specie: *leges perfectae*, che sancivano l'inutilizzabilità degli atti ad esse contrari; *leges minus quam perfectae*, che comminavano solo una *poena* a carico di chi trasgredisse i loro divieti; *leges imperfectae*, che si limitavano a proclamare i divieti, senza riconnettere loro nessuna conseguenza giuridica. La contrarietà alle leggi del secondo e del terzo tipo (che erano poi quelle più antiche, tutte anteriori all'età classica) non comportava, dunque, di per sé la inutilizzabilità del negozio, salvo che intervenisse il pretore (o altro magistrato giusdicente) a rendere inutilizzabile l'atto *ope magistratus* (di solito, mediante concessione di un'*exceptio* alla persona interessata a non subire le conseguenze del negozio). Quanto alla « *fraus legi facta* », essa si verificava allorché un negozio fosse apparentemente lecito, ma risultasse destinato indirettamente ad aggirare il divieto di legge (es.: vendita di un oggetto fatta dal marito alla moglie per un prezzo minimo, o comunque un corrispettivo: negozio che, quale che fosse

---

31.2.2. Sulle *leges perfectae, minus quam perfectae,* ed *imperfectae,* v. la distinzione, che appare mutila, in Ulp. 1.1-2. In dottrina cfr.: Senn, « *Leges perfectae, minus quam perfectae* » *et* « *imperfectae* » (1902); Baviera, « *Leges imperfectae, minus quam perfectae* » *e* « *perfectae* » (1906), ora in *Scr.* 1 (1909) 199 ss., il quale, di contro al Senn, sostenne che la distinzione corrispondeva ad un intervento più o meno ampio dello stato nelle vicende dei rapporti giuridici privati (in questo senso v. anche Gioffredi, « *Ius, lex, praetor* », in *SDHI.* 14-15 [1947-48] 7 ss.), e ne trasse l'illazione della maggiore antichità delle *leges imperfectae* (illazione, criticata dal Gioffredi, ma ripresa dal Luzzatto, *Epigrafia giuridica greca e romana* [suppl. di *SDHI.* 1951, 365 ss.]); Frezza, *Il precetto della legge e il precetto dell'autonomia privata* cit.; Di Paola, « *Leges perfectae* », in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 1075 ss., il quale, in critica alla *communis opinio,* conclude che « le *leges imperfectae* e le *minus quam perfectae* non statuivano la nullità dei negozi vietati per il semplice motivo che neppure quelle *perfectae* lo facevano »: esse, per ragioni di tecnica legislativa, paralizzavano soltanto gli effetti di un determinato negozio; l'inefficacia era automatica se si trattava di *leges perfectae,* altrimenti era attuata attraverso la *denegatio actionis* da parte del pretore. — Sulla *fraus legi facta* cfr. partic.: Rotondi, *Gli atti in frode alla legge* (1911); Bréjon, « *Fraus legis* », in *Trav. Un. Rennes* 1954. La differenza tra l'agire *contra legem* e l'agire *in fraudem legis* è scolpita da Paul. D. 1.3.29: *Contra legem facit qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem legis vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.*

l'intenzione delle parti, implicava obiettivamente una infrazione del divieto di donazioni tra coniugi): l'inutilizzabilità del negozio era perciò sovente ribadita da appositi provvedimenti di governo.

31.2.3. La contrarietà della causa alle regole del buon costume (« *boni mores* ») acquistò rilievo solo a partire dal periodo classico, prevalentemente ad opera dei *principes* e, sulle loro tracce, della giurisprudenza. I negozi « *contra bonos mores* » (o anche « *turpia* », « *rei turpis* ») furono equiparati a quelli *iniusta* e considerati pertanto assolutamente inutilizzabili.

31.3. La qualificazione dell'atto negoziale come lecito non era sufficiente alla sua vita giuridica, perché il *ius privatum* non si limitava a vietare i negozi illeciti, ma stabiliva anche regole specifiche, non derogabili dalla volontà dei soggetti, da applicarsi a determinate categorie o a singole figure di negozi leciti. La causa era dunque elemento indispensabile anche alla precisa individuazione dei vari negozi: come negozi di gratificazione, piuttosto che di corresponsione; come negozi a prestazioni disuguali, piuttosto che uguali; come negozi a prestazioni corrispettive, piuttosto che non corrispettive; ed infine come negozi volti al conseguimento di un certo scopo, piuttosto che di altri scopi.

31.3.1. Ai fini della determinazione del regolamento applicabile ad ogni singolo e concreto negozio posto in essere dai soggetti giuridici non bastava, pertanto, rilevarne la forma, la sostanza volontaristica e ogni altra modalità fissata dal suo autore o dai suoi autori: occorreva, con riferimento a questi dati strutturali, ricercare quale ne fosse la « funzione tipica », cioè la funzione che solo quel negozio ed ogni

---

31.2.3. Sui negozi *contra bonos mores* cfr.: Macqueron, *L'histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations en droit romain* (1924); Mezger, *Stipulationem und letztwillige Verfügungen « contra bonos mores »* (1929); Siber, *Schulaverträge und sittenwidrige Leistungen*, in *St. Bonfante* 4 (1930) 103 ss. Per le fonti v.: D. 12.5.8, D. 2.14.27.4, D. 17.1.6.3, D. 17.2.57; nonché PS. I.1.4 e 4a; in partic. Pap. D. 28.7.15.1: *... quae facta laedunt pietatem existimationem vaerecundiam et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*

31.3. Per la funzione della causa come elemento di individuazione del negozio cfr.: Betti, *Istituzioni* 1, spec. 104 ss., 122 ss. Soprattutto nell'esperienza giuridica romana si avvertì l'estrema difficoltà di stabilire quale fosse il regolamento adeguato ad un negozio, se dello stesso non fosse stata precisata la funzione tipica: infatti le stesse strutture negoziali erano spesso utilizzate per il conseguimento di scopi diversi.

31.3.1. Sulla tipicità dei negozi romani (almeno in età classica) cfr.: Betti, *La tipicità dei negozi giuridici romani* cit. — Sulle *conventiones sine nomine* v. *infra* n. 91, ove peraltro si vedrà che singoli tipi di negozi più frequenti nella prassi acquistarono man mano il loro *nomen iuris*, divenendo pertanto « nominati ».

altro negozio ad esso fondamentalmente identico fossero in grado, a differenza di altre strutture negoziali, di assolvere. Non sempre i negozi del *ius privatum* erano « nominati », qualificati con una denominazione tecnica (con un « *nomen iuris* »): comunque, anche quando erano « innominati » (come avvenne per molte delle cd. « *conventiones sine nomine* »), essi erano tuttavia necessariamente « tipici », vale a dire rapportati ad una categoria causale che identificava come propria della loro specie solo una certa funzione negoziale.

31.3.2. Si dava spesso il caso, peraltro, che strutture negoziali formatesi al servizio di una certa causa (e che avessero perciò acquistato un *nomen iuris* originario, in relazione a quella causa) passassero col tempo ad essere utilizzate, con qualche modifica, per la realizzazione di una causa diversa, pur conservando il *nomen iuris* originario. Ipotesi, ad esempio, del cd. « *depositum irregulare* », che aveva il *nomen* e la struttura di un *depositum*, ma assolveva in realtà la funzione del *mutuum*. Era il fenomeno del cd. « adattamento funzionale », caratteristico del tradizionalismo romano, di cui abbiamo già visto applicazioni antichissime relativamente alla *mancipatio*.

31.3.3. Sempre in virtù dell'« adattamento funzionale », si dava anche il caso che un negozio di per sé materialmente astratto fosse utilizzato come negozio causale e tipico mediante la indicazione esplicita dello scopo al quale fosse indirizzato dall'autore ed al quale fosse effettivamente capace di pervenire. Esempi ben noti di questi « negozi astratti tipizzati » sono quello della *stipulatio*, negozio astratto per eccellenza, che divenne tipico in numerose sue applicazioni (soprattutto di garanzia), o della *mancipatio*, altro negozio astratto per eccellenza, che divenne tipico nel caso del *testamentum per aes et libram*.

31.3.4. Non era esclusa, malgrado tutto, la possibilità di « negozi a causa plurima », caratterizzati non da una causa tipica loro propria,

---

31.3.2. L'adattamento funzionale ad altri scopi di negozi nominati, così frequente nella prassi giuridica romana, implica che il *nomen iuris* originario dei negozi del *ius privatum* può essere altamente ingannevole quando si voglia procedere alla identificazione della causa tipica di quei negozi in relazione ad un dato momento storico.

31.3.3. Per i negozi astratti tipizzati, con riferimento agli esempi portati nel testo, v. rispettivamente *infra* n. 80 e n. 36.2.1.

31.3.4. Anche nelle fonti i negozi a causa plurima vengono talvolta denominati « negozi misti ». Cfr. Ulp. D. 39.5.18 pr., che parla di « *negotium mixtum cum donatione* » in ordine ad una vendita senza adeguata corresponsione di prezzo (avente dunque carattere anche di donazione). — L'individuazione delle cause plurime assumeva particolare importanza nei negozi *in fraudem legis* (v. *retro* n. 31.2.2): la causa illecita implicava la nullità del negozio o di quella parte del negozio che fosse isolabile dal resto ed attribuibile appunto alla causa illecita. Cfr.,

ma dal concorso di due (o più) cause distinte: per esempio, i negozi di gratificazione « *dotis causa* », cioè con finalità di costituzione di dote, oltre che di *donatio,* oppure i negozi di « *donatio mortis causa* », cioè con finalità di *donatio* e, nel contempo, di attribuzione *mortis causa.* La « causa mista », o per meglio dire il concorso di cause caratterizzante questi negozi implicava che il regolamento loro dovesse essere ricostruito sulla base dei regolamenti relativi alle cause componenti, avendo cura di prescegliere tra essi gli elementi maggiormente appropriati alla individualità del cd. « *negotium mixtum* ».

31.4. Di notevole rilevanza fu nel *ius privatum* il fenomeno delle cause a negozi plurimi (o « cause autonome »), cioè di certe funzioni sociali che non disponevano di corrispondenti e determinate strutture negoziali, ma che potevano essere espletate con i più diversi e svariati negozi (astratti o causali che fossero). Un esempio di causa autonoma fu costituito dalla « *causa dotis* », adattabile 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. Solo in età postclassica 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* »). Per il che fu favorito il passaggio alla concezione della *donatio* non più come causa a sé

---

ad esempio, Ulp. D. 24.1.5.2, in tema di vendita a prezzo inadeguato o totalmente fittizio fatta in violazione del divieto di donazione fra coniugi (su cui v. *infra* n. 50.2.4). — Sulla costituzione della dote: *infra* n. 51.2.2. — Sulla *donatio mortis causa*: *infra* n. 35.5.1.

31.4. Sulla *causa dotis* e i negozi di attuazione: *infra* n. 51.2.2. — Sulla *causa donationis* e i negozi di attuazione: *infra* n. 90.8. V. Pap. D. 39.5.29 pr. (= D. 50.17.82: *Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur*), e cfr. Radovcic, « *Locupletatio-depauperatio* » *kao element darovanja,* in *Zbornik Pravong Fakulteta U. Zagrebu* 17 (1967, *St. Culinovica*) 361 ss.

stante, ma come negozio bilaterale imperniato sull'elemento dell'*animus donandi* e munito di caratteristica forma scritta.

31.5. In età tardo-classica e postclassica, man mano che l'epicentro degli atti negoziali passò ad essere costituito dall'elemento della volontà, la coscienza della causa negoziale perse progressivamente il suo rigore di un tempo. Non si intese più, né dai giuristi né dai legislatori, l'importanza essenziale di un accertamento della funzione obbiettiva del negozio, perché tutto l'interessamento, o quasi, fu concentrato sulla posizione subbiettiva del suo autore o dei suoi autori. Di qui la frequente confusione della causa con la «volontà» dei soggetti o, più spesso, con i «motivi» che avessero determinato i soggetti alla conclusione del negozio. E siccome nei negozi bi- o plurilaterali la determinazione di ogni singola parte al negozio deriva evidentemente da un ordine diverso di motivi (ad esempio: si vende una certa merce perché se ne ha in esuberanza o perché si desidera danaro, mentre la si compra perché non se ne ha a sufficienza e si dispone di danaro esuberante), ecco che la causa in questi negozi si frantumò in tante cause (subbiettive) per quanto fossero i loro autori: con la conseguenza che la causa finì per essere considerata, piuttosto che come un elemento unitario del negozio, come un requisito di identificazione e di qualificazione dei poteri e dei doveri da esso scaturenti.

32. La volontà nei negozi giuridici.

32.1. Nei negozi del *ius privatum* la volontà non riuscì mai, sino a tutto il periodo classico, ad acquistare un carattere di completa

---

31.5. Circa lo sviluppo della *voluntas*, anche come causa subiettivizzata, nell'ordinamento tardo-classico postclassico, v. *infra* n. 32. Qui è bene puntualizzare che la malleabilità del concetto postclassico di «*natura contractus*» (su cui, da ultimo: Gandolfi, *Studi sull'interpretazione* cit. 227 ss., ivi altre referenze bibliografiche) fece sì che la determinazione della natura giuridica del negozio e la differenziazione da tipo a tipo di atto fosse lasciata alla (presunta) volontà delle parti. Così, la novazione, la transazione, la compravendita, ecc. erano individuate, di volta in volta, traverso l'*animus novandi, transigendi, vendendi,* ecc.

32.1. Lo svolgimento storico dell'elemento della volontà negoziale, ora sopraffatta, ora accompagnata dai «*verba*», ora, infine, dominanteli (v. *retro* spec. nt. 29.4), variamente connessa con la causa negoziale (v. *retro* nt. 31.5), al di fuori e al di sopra di ogni strada rettilinea e razionalistica, ha avuto manifestazioni che alla logica e alla esigenza sistematica proprie della teoria generale del negozio giuridico potrebbero apparire contraddittorie. Perciò lo storico deve restar guardingo di fronte ad atteggiamenti troppo generalizzanti, i quali rischierebbero di annullare, con la loro stessa formulazione, la realtà donde furono tratti. Questa avvertenza vale specialmente per ciò che concerne la ricostruzione dell'evoluzione dell'atto negoziale dall'età preclassica a quella classica, e, nell'ambito di ciascuna epoca, deve

autonomia rispetto alla forma. Mai cioè fu considerata la volontà come qualcosa di completamente distinto dalla manifestazione. Prevalse, nelle valutazioni della giurisprudenza preclassica e classica, l'opinione secondo cui il soggetto giuridico che pone in essere un negozio, anche se non vuole veramente ciò che manifesta, tuttavia non può non rendersi conto del fatto che gli altri soggetti giuridici hanno ogni buona ragione di fare affidamento sulla sua manifestazione esteriore, ragion per cui egli deve essere ritenuto responsabile di averla effettuata. Solo in età postclassica, e più a titolo di cerebrine esercitazioni di scuola che non a fini di pratiche applicazioni al diritto vivente, si manifestò l'orientamento (seguito poi, ed esasperato, dalla Pandettistica ottocentesca) verso una netta distinzione tra volontà interna e manifestazione esterna, e si creò pertanto il problema delle cause e degli effetti di una *discordantia* tra manifestazione e volontà. Ma anche quando si giunse ad affermare nel più rigido dei modi che il negozio non vale se la forma non corrisponde alla volontà reale del suo o dei suoi autori, subito si aggiunse che questo principio subisce un correttivo per la necessità di tutelare l'affidamento altrui e per l'opportunità di sanzionare il comportamento poco responsabile di chi manifesta troppo alla leggera una volontà inesistente o diversa da quella reale.

32.1.1. La prima e più vistosa conseguenza di questo stretto collegamento, che i Romani vedevano tra volontà e manifestazione, fu

---

poi servire a tener distinto il cammino percorso dai negozi *inter vivos* e da quelli *mortis causa*: i primi con maggior difficoltà ammisero che l'interprete potesse ricercare la volontà dell'autore, laddove gli altri presentarono fin dall'età preclassica caratteri e struttura e ripercussioni sociali tali da richiedere alla scienza giuridica una indagine che, lungi dal fermarsi alla valutazione del dato obbiettivo offerto dalla manifestazione, cercasse di penetrare il più possibile nello spirito dell'autore. Mentre alla Pandettistica non si offrì in tutta la sua serietà il problema della ricerca concreta, sul piano storico, dello svolgimento della scienza giuridica romana di fronte alla volontà negoziale, è merito della storiografia degli ultimi ottant'anni l'aver ricercato e puntualizzato i termini della questione, anche se con risultati non sempre accettabili. Cfr., in argomento, oltre alla letteratura generale sull'esperienza negoziale romana: Betti, *Istituzioni* 1, spec. 94 ss., 105 ss., 111 ss., con bibliografia anteriore; Riccobono, *Origine del domma della volontà nel diritto romano*, in *ACIR*. 1 (1934) 177 ss., nonché, da ultimo, *La « voluntas » nella prassi giudiziaria dei pontefici*, in *Fs. Schulz* 1 (1951) 302 ss.; Maschi, *Studi sulla interpretazione dei legati, « Verba-voluntas »* (1938), e *Volontà tipica e volontà individuale nei negozi « mortis causa »*, in *Scr. Ferrini Milano* 1 (1947) 99 ss.; Schwarz, *Die Bedeutung des Geschäftswillens im römischen Kontraktsrecht der klassichen Zeit*, in *SDHI*. 25 (1959) 1 ss.; Wunner, *« Contractus », Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht* (1964). Cfr. anche, per taluni spunti: Grosso, *Da Pedio ai bizantini in D. 2.14.1.3-4*, in *St. Volterra* 1 (1971) 55 ss.; Albanese, *« Agere » « gerere » e « contrahere » in D. 50.16.19, Congetture su una definizione di Labeone*, in *SDHI*. 38 (1972) 198 ss.; Cerami, *« Contrahere cum fisco »*, in *AUPA*. 1973, e *D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.), Congetture sulle « tres species conventionum »*, in *ANA*. 1974.

32.1.1. Sul problema della inespressione della volontà, cfr. sopra

costituita dall'esclusione della possibilità che una volizione, per quanto seria essa fosse, avesse rilevanza giuridica, ove non si accompagnasse ad un qualche segno esteriore e inequivoco della sua esistenza e del suo contenuto. Anche i negozi a forma libera dovevano avere comunque una forma rivelatrice della volontà interna. Il « silenzio », o più in generale la « inespressione della volontà » (cioè la mancanza di esteriorizzazione della stessa, sia pure a mezzo di gesti o di comportamenti concludenti), non era indicativo di nulla, e perciò impediva la nascita del negozio a vita giuridica. Dal che non soltanto derivò la irrilevanza della « *reservatio mentis* », ma derivò altresì, almeno in diritto preclassico e classico, la esclusione del cd. « negozio tacito », cioè del negozio dedotto presuntivamente dal fatto che un soggetto avesse interesse a porlo in essere e non avesse in alcun modo manifestato la volontà di rinunciarvi.

32.2. Quando fosse *prima facie* chiaro, evidente, inequivocabile che una certa manifestazione negoziale non corrispondesse ad una reale volontà o corrispondesse ad una volontà diversa da quella manifestata, i Romani parlarono di *negotium imaginarium*, o

---

tutti: Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* (1906-1907), ora in *Scr.* 3 (1921) 150 ss.; Perozzi, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* (1906), ora in *Scr.* 2 (1948) 599 ss.; Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà*, in *St. Bonfante* 4 (1930) 461 ss. Una formulazione generale si legge in Paul. D. 50.17.142 (*Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*), ma il testo, estratto dal l. 56 *ad edictum*, era originariamente relativo alla *confessio in iure* e significava proprio il contrario di quel che vuol significare nei *Digesta*: chi tace di fronte all'azione dell'avversario implicitamente confessa. Lo stesso principio, dell'implicita ammissione, si applicava all'alienante nell'*in iure cessio* e nella *mancipatio*. Ma in tutti questi casi (e in qualche altro analogo: D. 23.1.12 pr.; Vat. 194) la significazione di una volontà non era connessa al puro e semplice silenzio, bensì al fatto che la fattispecie era congegnata in modo da escludere che il soggetto tacesse per ragioni diverse dalla volontà di consentire. — Quanto ai casi e al senso in cui parliamo di negozio tacito, v.: D. 19.2.13.11, D. 20.2.4, D. 17.1.60.3, D. 23.3.64. L'esegesi critica di queste e di altre fonti conferma che, se in taluni casi si parlò, dalla giurisprudenza classica, di « *pignus tacitum* », o di « *tacita stipulatio* », o di « *tacita conventio* », lo si fece unicamente per segnalare che in quei casi un requisito negoziale imposto dispositivamente dall'ordinamento (un cd. « *naturale negotii* ») non era stato espressamente reietto dall'autore o dagli autori del negozio, sì che poteva ritenersi conseguentemente che esso fosse stato tacitamente voluto. Sul tema cfr. spec.: Légier, « *Tacita condicio* », in *RH.* 44 (1956) 5 ss.; Schuller, *Zum « pignus tacitum »*, in *Labeo* 15 (1969) 267 ss.

32.2. Indicativi degli orientamenti giurisprudenziali circa il fenomeno della discordanza tra volontà interna e manifestazione sono i seguenti testi: Paul. D. 44.7.3.2: *Verborum quoque obligatio constat si inter contrahentes id agatur: nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero « spondes? » et tu responderis « spondeo », nascetur obligatio* (v. anche Varro, *l. L.* 6.72); Mod. D. 44.7.54: *Contractus imaginarii etiam in emptionibus iuris vinculum non optinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate.* — Sui *negotia imaginaria* a contenuto evidentemente diverso: Rabel, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in *ZSS.* 27 (1906) 290 ss., e 28 (1907) 311 ss.

usarono espressioni consimili, volendo dire che il negozio apparente era privo di ogni valore perché inesistente. Nell'ipotesi in cui la manifestazione non coprisse alcuna seria volontà (come nel caso delle manifestazioni « *ioci causa* » e « *docendi causa* », o nelle esplicazioni, evidenti a tutti, di una « *vis absoluta* »), nessun effetto giuridico (diretto o indiretto) ne conseguiva. Quando invece la manifestazione copriva in maniera chiaramente consapevole una volontà evidentemente diversa, si realizzavano gli effetti giuridici cui mirava quest'ultima: ad esempio, nel caso della *mancipatio* (definita dagli stessi Romani una « *imaginaria venditio* »), in quello del *testamentum per aes et libram* (che era imperniato su un'immaginaria *mancipatio familiae*) e in ogni altro caso di negozi che avessero subito col trascorrere dei tempi un « adattamento funzionale ».

32.3. Ove mancasse *prima facie* la evidenza del *negotium imaginarium*, ove cioè vi fosse una discordanza non evidente tra volontà e manifestazione (violenza fisica esercitata nascostamente, errore ostativo non ovvio né clamoroso, malinteso, accordo simulatorio), l'orientamento dominante, soprattutto in età preclassica e classica, fu di non tenerne conto, e quindi di riconoscere come valido il negozio apparente. Tuttavia, sia pure in casi singoli e non come regola generale, i Romani non tralasciarono di accordare rilevanza anche alla discordanza tra manifestazione e volontà purché concorressero questi tre requisiti: che la causa della discordanza (cioè la *vis absoluta*, l'errore di manifestazione ecc.) venisse chiaramente provata; che il comportamento della vittima della discordanza (cioè della persona interessata a chiedere l'inutilizzazione del negozio) apparisse obbiettivamente scusabile; che non fossero lesi gli interessi dei terzi estranei al negozio (o almeno, nei limiti in cui gli interessi dei terzi non venissero ad essere pregiudicati). Spunti, questi, che solo nell'evoluzione post-romana si sono trasformati in regole di diritto.

32.3. Sull'errore ostativo v. anche *infra* n. 32.7. In particolare cfr.: Grosso, *In tema di divergenza tra volontà e dichiarazione nel testamento*, in *St. Riccobono* 3 (1936) 1 ss. — Sul malinteso: Cancelli, sv. *Dissenso* (*prof. stor.*), in *ED.* V.: Pomp. - Q. Muc. D. 44.7.57: *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquid intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit (rell.)*; Ulp. D. 12.1.18 pr.-1: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. (...). Si ego quasi deponens tibi dedero, tu mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est; idem est et si tu quasi mutuam pecuniam aederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi (rell.).*

32.3.1. In particolare, se in relazione ad un negozio bilaterale fosse intervenuto occultamente tra le parti un « accordo simulatorio » (inteso ad evitare in tutto o in parte la produzione degli effetti scaturenti dal negozio apparente), la giurisprudenza classica già manifestò una certa quale inclinazione a conferire rilevanza tra le parti all'accordo simulatorio: nel senso cioè che, ove della simulazione si fosse data sicura prova, il negozio apparente era ritenuto privo di effetti (in tutto o in parte) tra i suoi coautori. Ma si trattò solo di una tendenza (accolta ed esaltata dalla giurisprudenza postclassica), non di un principio consolidato. Molte volte il negozio simulato era considerato « *nullius momenti* », ma non perché simulato, bensì perché privo di un requisito essenziale (per es.: il giusto prezzo nella *emptio venditio*). Altre volte alla parte interessata si riconosceva un'*exceptio*, nei confronti della controparte che chiedesse l'esecuzione del negozio apparente, ma non per il fatto della intervenuta simulazione, bensì per il fatto che fosse violato un principio inderogabile (per es.: il divieto di donazioni tra coniugi). Insomma, e in altri termini, fu assai raro il caso che un negozio simulato fosse considerato inutilizzabile, sia pur solo tra le parti, esclusivamente a causa del comprovato accordo simulatorio. Indubbiamente il diritto postclassico fu, in questa materia, assai più aperto del diritto classico, ma non sino al punto di dare pieno rilievo alla simulazione.

32.4. Ma i problemi più gravi, oltre tutto perché relativi ad ipotesi assai frequenti, furono sollevati dalla formazione viziosa della volontà manifestata, cioè dal fatto che un soggetto si fosse indotto ad un negozio (unilaterale o plurilaterale) senza la indispensabile libertà di valutazione o di decisione. A questo proposito

---

32.3.1. Sull'accordo simulatorio cfr. Betti, *Consapevole divergenza della determinazione causale nel negozio giuridico*, in *BIDR.* 42 (1934) 299 ss., e *Trattamento del negozio simulato in diritto classico e in diritto giustinianeo*, in *ACNSR.* (1937) 3 ss.; Longo (G.), *Sulla simulazione dei negozi giuridici* (1936), e *Per il concetto classico di simulazione nei negozi giuridici* (1936), ora in *Ric. romanist.* (1966) 1 ss., 51 ss.; Pugliese, *La simulazione nei negozi giuridici* (1938), e sv. *Simulazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, con bibliografia, a cui *adde*: Dumont-Kasliakoff, *La simulation en droit romain* (1970). — È assai dubbio che la tendenza a conferire rilievo alla simulazione si sia estesa, in periodo classico, anche ai negozi a forma vincolata. In ordine ad essi una *exceptio doli* fu ammessa probabilmente, e in casi specifici, solo in età postclassica (cfr. Pomp. D. 45.1.21 itp.?).

32.4. Quanto ai vizi della volontà, all'orientamento moderno verso l'annullabilità dei negozi viziati da dolo, da violenza morale o da errore (proprio o improprio, che sia) si è pervenuti, non senza fatica, attraverso i due diversi canali dell'intervento giurisdizionale costitutivo e dell'accertamento della nullità (cfr. Zani, *L'evoluzione storico-dommatica dell'odierno sistema dei vizi del volere*, in *RISG.* 2 [1927] 335 ss.).

i Romani non usarono indiscriminatamente il metro dell'intervento costitutivo del potere sanzionatorio, ma distinsero i casi in cui la determinazione al negozio fosse dipesa da influenza altrui dai casi in cui la determinazione al negozio fosse dipesa da esclusiva inefficienza del soggetto. In ordine ai casi del primo tipo («dolo» e «violenza morale») intervenne, sin dall'età preclassica, il pretore a reprimerli penalmente ed a porre a disposizione della vittima mezzi giudiziari (*exceptio* e *restitutio in integrum*) adeguati a conseguire l'effetto di una inutilizzazione del negozio. In ordine ai casi del secondo tipo (cioè, essenzialmente, in ordine ai casi di «errore di fatto»), fu la giurisprudenza classica a giungere, in sede di interpretazione, all'affermazione dell'inutilità del negozio: solo eccezionalmente furono concesse la *in integrum restitutio* o l'*exceptio*.

32.5. Per *dolus malus* (*in conficiendo negotio*) si intese il comportamento inescusabilmente malizioso di un soggetto («*deceptor*»)

32.5. Sul *dolus malus*, cfr.: Casavola, *Dolo nel negozio giuridico* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, e Luzzatto, sv. *Dolo* (*civile, dir. rom.*), in *ED.*, ivi amplissima bibliografia, cui *adde*, su punti particolari: Maschi, *La preuve du fait du dol et la construction doctrinale du «dolus malus» en dr. rom. classique*, in *La preuve* 1 (1965) 349 ss.; Benöhr, *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluss schuldrechtlicher Geschäfte*, in *ZSS.* 87 (1970) 123 ss.; Litewski, *«Dolus» et «misericordia» dans le droit romain classique*, in *Arch. Iur. Cracoviense* 5 (1972) 91 ss.; Correa, *Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique*, in *Atti Sem. Perugia* (1972) 141 ss.; da ultimo, con particolare riguardo anche alla genesi della categoria, Brutti, *La problematica del dolo processuale nella esperienza romana*, 2 voll. (1973). Per le fonti: D. 4.3 (*De dolo malo*); CI. 2.21. Cfr. anche: Lenel, *EP.*[3] § 40 (*actio*) e 277 (*exceptio*). — Oltre e prima che come causa di formazione di una volontà negoziale viziosa (cioè, a così dire, *in conficiendo negotio*) il *dolus malus* fu represso, ovviamente, nella sua intrinseca natura di illecito intenzionale, diretto ad esempio all'inadempimento di un'obbligazione. Sul punto *infra* n. 99. Ma cfr. anche: Cancelli, sv. *Dolo* (*penale, dir. rom.*), in *ED.* I due aspetti del dolo non furono sempre chiaramente distinti e distinguibili. — Per la definizione v. Lab.-Ulp. D. 4.3.1.2. V. anche: D. 17.2.3.3; Gai 4.119; Cic. *off.* 3.14.60, e *nat. deor.* 3.30.74; D. 3.2.4.5; D. 4.3.1.1; D. 4.3.28; D. 4.3.1.6. La concezione del *dolus malus* nutrita da Aquilio Gallo era, secondo Cic. *off.* 3.14.60, che si avesse dolo «*cum esset aliud simulatum, aliud actum*»: la rilevanza giuridica del comportamento doloso era, dunque, limitata alle ipotesi in cui il *deceptor*, esprimendosi in un modo e agendo in modo diverso, avesse posto il *deceptus* dinanzi ad un'apparenza ingannevole («*simulatum*»). Analogamente pensava anche Servio (cfr. Ulp. D. 4.3.1.2: «*cum aliud simulatur, aliud agitur*»). L'estensione del comportamento doloso ad ogni «*calliditas fallacia machinatio*» fu operata solo da Labeone, di cui Ulpiano (nel fr. ora citato) riferisce l'avviso: «*posse et sine simulatione id agi ut quis circumveniatur*». — Per il concetto del cd. *dolus bonus* v. Ulp. D. 4.3.1.3: *Non fuit... contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quod veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant.* Sul punto cfr.: Criscuoli, *Il criterio discretivo tra «dolus bonus» e «dolus malus»*, in *AUPA.* 1957, spec. 19 ss.; da ultimo, Carcaterra, *«Dolus bonus/dolus malus», Esegesi di D. 4.3.1.2-3* (1970). — La identificazione del *dolus causam dans* in contrapposto al «*dolus incidens*» si ricava dai testi, ma la terminologia non è romana. V., ad esempio: Paul. D. 17.2.3.3; Flor. D. 18.1.43.2; Ulp. D. 19.1.43.4. Sul punto cfr.: Biondi, «*Dolus causam dans*» *e* «*incidens*» (1912), ora in *Scr giur.* 3 (1965) 301 ss. —

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* ». L'azione del *deceptor* consisteva nell'aver superato i limiti di una tollerabile abilità nella cura dei propri interessi (cioè i limiti del cd. « *dolus bonus* »), creando apparenze esteriori o situazioni psicologiche tali da portare il *deceptus* a prendere decisioni chiaramente contrarie alla propria utilità economica e quindi anche, in particolare, a concludere un negozio del tutto antieconomico. A questa larghissima accezione della figura del *dolus malus* si giunse, dalla giurisprudenza preclassica e classica, non senza resistenze e discussioni; ma è certo che, quando vi si pervenne, la repressione del *dolus malus* fu una utilissima difesa contro le più svariate violazioni del principio di correttezza nelle relazioni intersubbiettive. In età classica i mezzi giudiziari intesi a combattere il *dolus malus* erano tre: l'*exceptio doli*, la *in integrum restitutio ob dolum*, l'*actio de dolo*. Ma questi mezzi, si badi, si applicavano solo alle ipotesi (più gravi) di « *dolus causam dans* », cioè di dolo che avesse determinato il soggetto a concludere un negozio che mai avrebbe altrimenti concluso. Ai casi di « *dolus* (*malus*) *incidens* », cioè di raggiro che avesse indotto un soggetto a concludere il negozio a condizioni più onerose di quelle che avrebbe diversamente voluto, sarebbe stato eccessivo applicare rimedi troppo radicali e si provvide caso per caso, con espedienti vari, al fine di realizzare una riduzione delle condizioni negoziali ad equità.

32.5.1. L'« *exceptio doli* » era concessa al *deceptus* per opporsi all'*actio* che il *deceptor* esercitasse nei suoi confronti per ottenere l'adem-

---

Era usuale garantire le controparti (sia dal dolo *in conficiendo negotio* che da quello nell'adempimento) con una *clausula doli*, cioè con una promessa assunta nella forma della *stipulatio* con questo contenuto: « *dolum malum abesse afuturumque esse* ». Cfr.: Coing, *Die « clausula doli » im klassischer Recht*, in *Fs. Schulz* 1 (1951) 97 ss. — Era considerato illecito il *pactum ne dolum praestetur*, cioè di esclusione della responsabilità per *dolus malus* (soprattutto nell'adempimento) tra le parti.

32.5.1. Sull'*exceptio doli* e sulle sue molteplici applicazioni cfr.: Costa, *L'« exceptio doli »* (1897), trattazione peraltro assai invecchiata. Qualche spunto, di recente, in: Wacke, *Ofilius D. 44.4.4.6, Ein Forderungskauf zu Bürgschaftszwecken*, in *RIDA*. 17 (1970) 345 ss., e *Zur Lehre vom « pactum tacitum » und zur Aushilfsfunktion der « exceptio doli »*, in *ZSS*. 90 (1973) 220 ss., nonché in *ZSS*. 91 (1974) 251 ss. (sottotitolo: *Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht*). — La formula dell'*exceptio* era solitamente questa: « *si in ea re nihil dolo malo factum sit neque fiat* » (Gai 4.119). L'inserzione « *neque fiat* » permetteva al giudicante di prendere in considerazione anche il comportamento (tuttora malizioso, oppure non più malizioso, ma di ravvedimento) che l'autore del dolo avesse tenuto

pimento di una obbligazione contratta *dolo malo* o per approfittare *dolo malo*, senza giustificati motivi, di un diritto a lui spettante. Essa presupponeva, in linea di principio, che tra le due parti fosse intervenuto un negozio bilaterale e che questo non fosse stato ancora posto in esecuzione, o in completa esecuzione: ciò posto, il *deceptus* era messo in condizione di bloccare l'azione del *deceptor*. Come già sappiamo, non vi era bisogno di *exceptio doli*, affinché il *dolus malus* dell'attore fosse preso in debita considerazione, nei *iudicia bonae fidei*.

32.5.2. L'« *in integrum restitutio ob dolum* » era concessa, *causa cognita*, al *deceptus* al fine di ripristinare lo *status quo ante*, inutilizzando con ciò il negozio intercorso tra le parti. Naturalmente occorreva a questo scopo: che, essendovi stato un negozio, questo fosse stato già eseguito dal *deceptus* (cui non fosse, quindi, possibile il ricorso all'*exceptio doli*); e che lo *status quo ante* fosse concretamente rispristinabile attraverso il provvedimento costitutivo del *praetor*.

32.5.3. L'« *actio de dolo* » era un'*actio poenalis* (che escludeva la *reipersecutoria*) esercitabile dal *deceptus* contro il *deceptor* per otte-

---

successivamente alla confezione del negozio (e sino al momento della *litis contestatio*). Dunque, l'assoluzione del *deceptus* poteva anche essere fatta dipendere da un comportamento doloso dell'attore inizialmente non determinante, ma divenuto determinante in seguito; viceversa, se il *deceptor* aveva successivamente riparato al malfatto (per esempio, restituendo la cosa, pagando un'integrazione di prezzo ecc.), poteva accadere che il giudice condannasse il *deceptus*. — Guardando alla formula dell'*exceptio doli*, si suole distinguere in dottrina tra *dolus praeteritus* (*seu specialis*) e *dolus praesens* (*seu generalis*).

32.5.2. Sulla classicità, o addirittura sulla esistenza di una specifica *in integrum restitutio ob dolum* si discute. Per la negativa cfr.: Lenel, *EP.*[3] 115 ss. e, da ultimo, Cervenca, *Studi vari sulla « restitutio in integrum »* (1964) 190 ss. Per l'affermativa, da ultimo: Levy, *Zur nachklassischen « in integrum restitutio »*, in *ZSS.* 68 (1951) 410 ss. Riesame della questione in Wacke, *Kannte das Edikt eine « in integrum restitutio propter dolum »?*, in *ZSS.* 88 (1971) 105 ss. V. Ulp. D. 4.3.1.6: *Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem* (sc.: *de dolo*) *competere.*

32.5.3. L'*actio de dolo* fu introdotta nel sec. I a.C. dal giurista Aquilio Gallo, probabilmente durante la sua *praetura* del 68 a.C. La denominazione « *actio doli* » è da ritenere probabilmente postclassica (v. D. 44.7.35 pr. itp. e D. 46.3.95.1 itp.). Alla condanna nell'*actio doli* faceva seguito l'*infamia*. In dottrina cfr.: von Lübtow, *Die Ursprungsgeschichte der « exceptio doli » und der « actio de dolo malo »*, in *Eranion Maridakis* 1 (1963) 184 ss. — Sul problema particolare della sussidiarietà dell'*actio de dolo*: Albanese, *La sussidiarietà dell'« actio de dolo »*, in *AUPA.* 1961, con precedente bibliografia; Guarino, *La sussidiarietà dell'« actio de dolo »*, in *Labeo* 8 (1962) 270 ss.; Albanese, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'« actio de dolo »*, in *Labeo* 9 (1963) 42 ss.; da ultimo, Longo (G.), *Sul regime giustinianeo dell'« actio de dolo »*, in *St. Zingali* 3 (1965) 459 ss., del quale cfr. anche *Contributi alla dottrina del dolo* (1937) *passim.* — La formula dell'*actio*, nella ricostruzione congetturale del Lenel, era la seguente: « *Si paret dolo malo N.i N.i factum esse, ut A.s A.s N.o N.o fundum quo de agitur mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.* ».

nerne la condanna *in simplum*, cioè nel valore del pregiudizio subito: la *clausula arbitraria*, inserita nella formula, assicurava al *deceptor* la possibilità di sfuggire alla condanna mediante il volontario 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*, pur essendo il mezzo giudiziario di più antica data fra i tre qui esaminati, fu concepita come « azione sussidiaria »: sia nel senso di non poter essere esercitata nella ipotesi che fossero esperibili 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).

32.6. Il *metus* (*in conficiendo negotio*) era la situazione di oppressione psichica in cui taluno (il « *coactus* ») avesse compiuto un'attività giuridica, e in particolare un'attività negoziale, subendo la ingiusta minaccia (cd. « *vis compulsiva* ») di altra persona. Non sempre, ovviamente, il *metus* aveva rilevanza giuridica. Solo se esso era stato determinato dalla minaccia di un male notevole (alla persona stessa del *coactus* o alle persone di suoi stretti congiunti) e solo se il male minac-

---

32.6. Sul *metus* cfr.: von Lübtow, *Das Ediktstitel « Quod metus causa gestum erit »* (1932); Maier, *Prätorische Bereicherungsklagen* (1932); Sanfilippo, *Il « metus » nei negozi giuridici* (1934); Longo (C.), *Note critiche in tema di violenza morale*, in *BIDR*. 42 (1934) 68 ss.; Castello, *Il regime della violenza nei negozi giuridici*, in *RISG*. 14 (1939) 279 ss., e « *Timor mortis vel cruciatus corporis* », in *AG*. 121 (1939) 145 ss.; Cervenca, *Per la storia dell'editto « quod metus causa »*, in *SDHI*. 71 (1965) 312 ss.; Ebert, « *Vi metusve causa* », in *ZSS*. 86 (1969) 403 ss.; Hartkamp, *Der Zwang im römischen Privatrecht* (1971). Per le fonti v.: D. 4.2. (*Quod metus causa gestum erit*); CI. 2.20. V. anche: Lenel, *EP*.[3] § 39 (*actio*) e 277 (*exceptio*). — Della *in integrum restitutio ob metum*, intesa come rimedio specifico, vi è chi dubita. Per tutti: Cervenca, *Studi vari* cit.; Raggi, *La « restitutio in integrum »* cit. — Molto discussa la storia dell'editto. In proposito Ulp. D. 4.2.1 dice: *Ait praetor: « Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo ». Olim ita edicebatur: « quod vi metusve causa »: vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati; metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.* Secondo alcuni (da ultimo: Maschi, *Il diritto romano*, 1. - *La prospettiva storica della giurisprudenza classica*[2] [1966] 638 ss.), inizialmente per « *vis* » si intendeva la *vis absoluta* (non essendo stata ancora introdotta l'*actio vi bonorum raptorum*). Ma ci sembra più convincente la tesi di chi (cfr.: Ebert, « *Vi metusve causa* » cit.) attribuisce a « *vis* » il senso attivo di violenza morale e a « *metus* » il senso passivo di spavento provocato dalla violenza. La formulazione « *vi metusve causa* » aveva dimora nell'editto ancora nel sec. I d.C. (v. Sen. *controv*. 4.8 e 9.3). Per altri dati cfr. ancora: Scapini, sv. *Violenza* (*vizio della volontà: dir. rom.*), in *NNDI*.; Longo (G.), sv. « *Vis* », in *NNDI*.

ciato aveva carattere di illecito morale o giuridico, il pretore ritenne iniquo che il *coactus* subisse le conseguenze di una attività svolta in istato di minorazione della sua volontà (« *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo* »). Pertanto egli concesse anche al *coactus*, come al *deceptus* dal *dolus malus*, una « *exceptio metus* », una « *in integrum restitutio ob metum* » e un'« *actio quod metus causa* » penale *in quadruplum* (ma non sussidiaria).

32.6.1. In particolare, l'« *actio quod metus causa* » *in quadruplum* conteneva la *clausula arbitraria* a favore del convenuto. Tanto più conveniente si manifestava la possibilità per il convenuto di liberarsi mediante una volontaria « *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 triplum*.

32.7. L'*error facti* fu concepito dalla giurisprudenza classica come la ignoranza totale o parziale di una circostanza di fatto, dalla

---

32.6.1. L'*actio metus* fu introdotta per prima, nell'80 a.C., dal pretore Ottavio, e venne anche denominata « *formula Octaviana* » (v. Cic. *Verr.* 2.3.65.152). Non classica è la denominazione di « *actio metus causa* » (cfr.: von Lübtow, *Das Ediktstitel* cit., 168). Si badi bene: la condanna nel giudizio di *metus* non era infamante. — Il carattere di *actio in rem scripta* dell'*actio quod metus causa* è stato dallo Schulz, *Die Lehre von erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, in *ZSS*. 43 (1922) 171 ss., poco credibilmente, attribuito ai compilatori giustinianei (*contra*: Maier, *Prätorische Bereicherungsklagen* cit.). — La formula dell'*actio*, nella ricostruzione del Lenel, era: « *Si paret metus causa A.m A.m fundum q. d. a. N.o N.o mancipio dedisse, qua de re agitur, neque plus quam annus est cum experiundi potestas fuit, neque ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantae pecuniae quadruplum, iudex, N.m N.m A.o A.o condemnato; s. n. p. a.* ».

32.7. Sull'*error facti* esiste una vastissima ed eterogenea letteratura. Si vedano le indicazioni bibliografiche minute in: Zilletti, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano* (1961); Wolf (J.G.), « *Error* » *im römischen Vertragsrecht* (1961). Questi scritti hanno suscitato altri contributi attraverso recensioni, punti di vista, riaffermazioni di precedenti posizioni scientifiche personali. Cfr. soprattutto: Wieacker, *Irrtum, Dissens oder gegenstandslose Leitstungsbestimmung?*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 383 ss.; Mayer-Maly, *Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 241 ss. In generale cfr. ora: Voci, sv. *Errore* (*dir. rom.*), in *ED*. — Sulla massima *errantis nulla voluntas*: Ehrardt,

quale fosse dipesa la decisione del soggetto a concludere il negozio. Non si sottilizzò circa il punto se l'errore avesse determinato piuttosto la formazione della « volontà » negoziale, che non un'inesatta « manifestazione » della stessa, o magari l'« incomprensione » della manifestazione di una controparte. Comunque fossero andate le cose, la giurisprudenza classica fu decisamente orientata nel considerare *inutile* ogni negozio a forma libera, se risultasse chiaramente provato che l'autore o uno soltanto dei suoi autori vi si fosse indotto a seguito di una qualsivoglia cognizione falsa della situazione di fatto relativa, cioè a seguito di un *error facti*. Furono però richiesti all'uopo due requisiti: che l'errore fosse « essenziale », cioè tale da potersi ragionevolmente escludere che senza di esso il negozio sarebbe stato concluso, e fosse altresì « scusabile », cioè tale da potersi ragionevolmente tollerare in una persona di normale intelligenza e diligenza. Un negozio esclusivamente derivato da un errore di fatto, per di più obiettivamente scusabile, fu ritenuto, in altri termini, un fatto incompatibile con la serietà della vita giuridica, un negozio inutilizzabile non soltanto dal soggetto caduto in abbaglio, ma anche (trattandosi di negozio giuridico bi- o plurilaterale) dalle controparti, specie quando l'errore fosse da quest'ultime, con una dose normale di diligenza, « riconoscibile ». Il che dalla scuola postclassica non soltanto fu ribadito, ma fu addirittura elevato a dogma valevole indistintamente per ogni specie di negozio, anche a forma vincolata: il dogma fu espresso con le parole « *errantis nulla voluntas est* » o « *non videtur qui errat consentire* ».

32.7.1. Inescusabile fu ritenuto invece, almeno di regola, in tutto il corso del diritto romano, l'« *error iuris* », cioè l'ignoranza totale o parziale di una norma giuridica, anche se fosse stato determinante per la conclusione del negozio: « *ignorantia iuris non excusat* ». Furono peraltro ammesse eccezioni per particolari categorie di soggetti, ritenuti meno atti ad una perfetta conoscenza dell'ordinamento giuridico: le donne, i minori di età, i militari, i villici.

« *Errantis voluntas nulla est* », in *ZSS.* 58 (1938) 167 ss.; Kaden, *Die Lehre vom Vertragsschluss im klassischen römischen Recht und die Rechtsregel: « Non videntur qui errant consentire »*, in *Fs. Koschaker* 1 (1939) 334 ss. Per le fonti, in generale, v.: D. 22.1 (*De iuris et facti ignorantia*); CI. 1.18.

32.7.1. Sull'*ignorantia iuris* cfr.: Vassalli, « *Iuris et facti ignorantia* » in *SSE.* 1930; Scarlata Fazio, sv. *Ignoranza della legge* (*dir. rom.*), in *ED.* V. Paul. D. 22.6.1 pr.-1: *Ignorantia vel facti vel iuris est. Nam si quis nesciat decessisse eum, cuius bonorum possessio defertur, non cedit ei tempus: sed si sciat quidem defunctum esse cognatum, nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem sibi deferri... cedit ei tempus, quia in iure errat* (*rell.*).

32.7.2. Quanto alle ipotesi specifiche di *error facti*, le fonti ce ne prospettano una gamma vastissima, di cui non sempre è sicura la classicità. In linea di larga approssimazione, va confermato che la giurisprudenza classica fu piuttosto restia a riconoscere rilevanza all'errore nei negozi a forma vincolata (in particolare, nella *stipulatio* e nel *testamentum*), mentre fu larga di riconoscimenti della sua rilevanza, sempre che risultasse essenziale e scusabile, nei negozi a forma libera (in particolare, nei contratti consensuali e nelle convenzioni *sine nomine*). Larga in ogni campo fu invece, come abbiamo detto, la giurisprudenza postclassica.

32.7.3. Le numerose ipotesi di *error facti* considerate nelle fonti romane possono essere approssimativamente catalogate nelle seguenti

---

32.7.2. Largo esame della casistica sull'*error facti* in: Zilletti, *La dottrina dell'errore* cit. — Oltre l'errore escludente la volontà, al quale qui ci riferiamo, le fonti danno rilievo all'errore qualificante la volontà, cioè ad una situazione di ignoranza del soggetto giuridico cui l'ordinamento colleghi effetti a lui giovevoli. Casi tipici sono quelli della *bona fides*, che dava luogo all'*usucapio* (*infra* n. 58), e della *ignorantia indebiti*, cui era collegata la concessione della *condictio indebiti* (*infra* n. 94).

32.7.3. Per l'*error in corpore* v.: D. 18.1.9 pr. (*Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est* [*rell.*]); I. 3.19.23 (*Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor... nulla cantrahitur obligatio... veluti si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris*). — Per l'*error in substantia* v.: D. 18.1.9.2 (*Quaeritur, si ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit* [*rell.*]). V. anche i seguenti testi fortemente sospetti di itp.: D. 18.1.10; D. 18.1.11.1; D. 18.1.14; D. 18.1.41.1; D. 18.1.45; D. 19.1.21.2; D. 13.7.1.2; D. 45.1.22, su cui cfr. Cornioley, «*Error in substantia, in materia, in qualitate*», in *St. Grosso* 2 (1968) 251 ss. — Per l'*error in quantitate* v.: D. 19.2.52 (*Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur: sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi*). — Per l'*error in persona* v.: D. 12.1.32 (*Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti* [*rell.*]); D. 28.5.9 pr. (*Quotiens alium volens heredem scribere alium scripserit ... placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est*). — Per l'*error in negotio* v.: CI. 4.22.5 (Dioclet. e Maxim., a. 294: *Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente, suasit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente constitisse procul dubio est*). — Per l'*error in demonstratione* (detto talvolta anche «*error in nomine*») v.: D. 18.1.9.1 (*Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constet*). — Circa l'errore sui motivi, in I. 2.20.3 si legge che «*legato falsa causa non nocet*», e in D. 35.1.72.6 che «*ratio legandi non cohaeret*», sì che se Tizio lascia un legato a Sempronio *quia negotia mea curavit* il legato è valido anche se Sempronio non ha mai curato gli affari del testatore (v. D. 35.1.17.2). Sul tema cfr.: Forzieri Vannucchi, *Studi sull'interpretazione* cit.; Wieling, «*Falsa demonstratio, condicio pro non scripta, condicio pro impleta*» *im römischen*

categorie: *error in corpore, in substantia, in quantitate, in persona, in negotio, in demonstratione*. L'« *error in corpore* », cioè l'errore sulla identificazione dell'oggetto giuridico cui il negozio si riferisse, era normalmente rilevante. L'« *error in substantia* », cioè l'errore sulle qualità essenziali dell'oggetto, era anche esso normalmente rilevante. L'« *error in quantitate* », cioè l'errore sulle dimensioni quantitative dell'oggetto, era ritenuto rilevante sopra tutto nei casi in cui risultasse che l'oggetto era di dimensioni (e valore) inferiori al previsto. L'« *error in persona* », cioè l'errore sulla identificazione del soggetto giuridico a cui il negozio si riferisse, aveva rilevanza specialmente nei negozi conclusi « *intuitu personae* », cioè essenzialmente perché riferiti ad un certo soggetto. L'« *error in negotio* », cioè l'errore nella adozione del tipo di negozio considerato (es., una vendita invece di una locazione) era normalmente rilevante, salvo che l'equivoco vertesse unicamente sulla denominazione formale del negozio (cd. « *error in nomine* »). L'« *error in demonstratione* », cioè l'errore nella designazione esteriore di un soggetto o di un oggetto giuridico, senza che ne derivasse equivoco circa la identificazione, era invece normalmente irrilevante, sì che si disse « *falsa demonstratio non nocet* ». Normalmente irrilevante fu ritenuto anche l'« errore sui motivi » che avessero spinto l'autore alla conclusione del negozio, salvi taluni casi in cui il motivo erroneo risultasse esplicitamente indicato dall'autore come l'unico che lo avesse indotto alla determinazione negoziale.

33. Le clausole accidentali dei negozi giuridici.

33.1. Larga ed approfondita elaborazione, causa la loro grande diffusione nella pratica, ebbero in diritto romano talune cd. c l a u s o l e

---

Testament, in *ZSS*. 87 (1970) 197 ss. Senonché a tale principio il diritto imperiale oppose molte eccezioni quando il motivo fosse stato espresso, come nel caso che la madre avesse istituito erede un estraneo presupponendo falsamente morto il figlio (v.: D. 5.2.28; D. 28.5.93 [92]; D. 35.1.72.6; Gai 2.198).

33.1. Per gli *a c c i d e n t a l i a n e g o t i i*, in genere, v. Paul. D. 44.7.44 pr.: *Obligationum fere quattuor causae sunt: aut enim dies in iis est aut condicio aut modus aut accessio*. Il termine « *causa* » sta qui a significare qualsiasi modalità che modifichi lo schema del rapporto, e quindi, nel linguaggio moderno, elemento accidentale. Nelle fonti è preferita, però, l'espressione « *lex* » (*privata*) per indicare pattuizioni e clausole concordate dagli autori dell'atto negoziale o apposte dal disponente ad un negozio unilaterale. Cosa siano il *dies*, la *condicio* e il *modus* lo vedremo tra breve. L'« *accessio* » è concepita come l'aggiunta di una persona o di una cosa al rapporto principale: es., *mihi aut Titio*, oppure *mihi decem aut Titio hominem*. Sul tema cfr.: Scheurl, *Die Lehre von den Nebenbestimmungen bei den Rechtsgeschäften* (1871).

accidentali dei negozi giuridici: « accidentali » perché non essenziali alla esistenza del negozio, ma inserite in esso per esclusiva decisione dell'autore o degli autori dello stesso. Per esempio: la clausola che limita la eventuale responsabilità di un contraente in caso di inadempimento contrattuale; la clausola che esclude la esigibilità del credito in determinate contingenze o in un certo periodo di tempo e così via dicendo.

33.1.1. Questi « *accidentalia negotii* » si distinguevano in due categorie: quella delle clausole influenti sulla efficacia del negozio, capaci cioè di far dipendere la efficacia (o inefficacia) del negozio da una determinata circostanza; e quella delle clausole non influenti sulla efficacia del negozio, che collegavano 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: sì che potè accadere che una clausola di per sé ininfluente sulla efficacia del negozio determinasse il magistrato giusdicente ad invalidare, in certi casi, il negozio stesso attraverso una *denegatio actionis*, o una *exceptio*, o una *in integrum restitutio*.

33.2. Tra le varie clausole non influenti sulla efficacia del negozio può segnalarsi, a mo' di esempio, una molto caratteristica: la clau-

---

33.1.1. È da avvertire che la possibilità di apporre ad un atto giuridico elementi accessori, specialmente se influenti sulla efficacia, fu una conquista relativamente tarda del regime negoziale romano. In epoca arcaica vigevano dei principi che sono chiamati della « contestualità sincretica » e « dell'attuosità immediata », secondo i quali tutti i requisiti dovevano concorrere al compimento dell'atto: il cui momento giuridico rilevante era unico, senza possibilità di differirne gli effetti o di farli risolvere per circostanze sopravvenienti. — Sulla clausola penale, cui i romani ricorrevano nella forma della *stipulatio poenae*, v. *infra* n. 80.5.

33.2. Sul *modus* cfr.: Biondi, sv. *Modo* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Di Salvo, *Il legato modale in diritto romano, Elaborazioni dommatiche e realtà sociali* (1973). — Qualche esempio di clausola modale: Mod. D. 40.4.44 (*Maevia decedens servis suis nomine Sacco et Eutychiae et Irenae sub condicione libertatem reliquit his verbis: « Saccus servus meus et Eutychia et Irene ancillae meae omnes sub hac dondicione liberi sunto, ut monumento meo alternis mensibus lucernam accendant et sollemnia mortis peragant »; quaero, cum adsiduo monumento Maeviae Saccus et Eutychia et Irene non adsint, an liberi esse possunt. Modestinus respondit neque contextum verborum totius scripturae neque mentem testatricis eam esse, ut libertas sub condicione suspensa sit, cum liberos eos monumento adesse voluit: officio tamen iudicis eos esse compellendos testatricis iussioni parere.* Modestino mette in chiaro che la « *condicio* » indicata dalla testatrice in realtà non è una *condicio* vera e propria, perché non implica la sospensione degli effetti del negozio; Ulp. D. 39.5.18.1 (*Denique* [*Pomponius*] *refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo* [cioè subito]

sola modale (talora denominata impropriamente « *condicio* »), che era largamente utilizzata nei negozi a titolo gratuito (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'onerato dal *modus* non adempiva l'obbligazione impostagli, il negozio di gratificazione era, di regola, egualmente efficace. Posto ciò, per costringere l'onerato all'adempimento o al risarcimento, dovette farsi ricorso, dagli interessati o dagli organi giurisdizionali, ad espedienti vari. Espedienti di creazione degli stessi autori del negozio furono, ad esempio: la prefissione di una *stipulatio poenae* per l'ipotesi del mancato adempimento da parte del donatario, la imposizione di multe sepolcrali a carico del legatario inadempiente, il *pactum fiduciae* di ritrasferimento della *res mancipi* al donante. Espedienti di creazione giurisdizionale furono invece: la *denegatio actionis* al legatario che chiedesse la *res legata* all'erede senza aver adempiuto l'onere, l'imposizione al beneficiato di una preventiva *promissio* cautelativa (cioè di una *stipulatio praetoria*) per l'adempimento, il trattamento della disposizione testamentaria modale come *fideicommissum* a favore del beneficiario del *modus*.

33.3. Le clausole accidentali influenti sulla efficacia del negozio furono, già nel *ius privatum* preclassico, la clausola terminale e la clausola condizionale, il cui riconoscimento avvenne con lenta progressione e fu portato a compimento solo nel periodo postclassico. Non tutti i negozi erano, peraltro, passibili di sottoposizione a *dies vel condicio*. Alcuni negozi (cd. « *actus legitimi* ») erano *nullius momenti* se corredati di clausola condizionale o terminale: in particolare, la *mancipatio*, tutti gli altri negozi *per aes et libram* (con esclusione del *testamentum*), l'*in iure cessio*, l'*expensilatio*, l'*acceptilatio*,

---

manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. Sed et superiore casu quid acti sit inspiciendum Pomponius ait; potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur).

33.3. Sugli *actus legitimi*, « *qui non recipiunt diem vel condicionem* » (v. Pap. D. 50.17.77) cfr.: Bruck, *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte* (1904). L'elenco degli *actus legitimi* nel testo di Papiniano è puramente esemplificativo, e comunque alterato: vi si trovano l'*emancipatio* (non la *mancipatio* e la *in iure cessio*, venute meno nel corso dell'età postclassica), l'*acceptilatio*, la *hereditatis aditio*, la *servi optio* e la *datio tutoris*. Anche le *nuptiae* rifiutavano il *dies* e la *condicio*: *infra* n. 49. — *Negotium pure factum* si diceva quello non sottoposto a termine o a condizione.

l'*aditio hereditatis*, la *datio tutoris*, la *servi optio* (concessa al beneficiario di un *legatum servi* alternativo). L'*heredis institutio* poteva essere sottoposta a *condicio*, ma non a *dies*: la clausola terminale ad essa apposta non la rendeva invalida, ma si aveva come non scritta.

33.3.1. La clausola terminale stabiliva, come sappiamo, 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* ». Si distingueva, quindi, tra *dies* « *certus an et quando* » e *dies* « *certus an incertus quando* ». Comunque, sia nell'un caso che nell'altro, essendo la produzione degli effetti una cosa certa, mai si dubitò, sia in periodo classico che in periodo postclassico, della validità *ab initio* del negozio e si ebbe perciò sempre chiara la nozione che il termine influisse solo sull'efficacia del negozio.

33.3.2. La clausola condizionale stabiliva, a sua volta, che l'efficacia totale o parziale del negozio dipendesse da una circostanza futura ed incerta, detta « *condicio* ». Si facevano in proposito due ordini di classificazione. La prima classificazione stava nel distinguere tra *condiciones* « positive » e « negative », a seconda che l'avvenimento condizionante consistesse nel verificarsi o nel non verificarsi di un fatto. La seconda classificazione consisteva nella distinzione 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 »). L'incertezza della verificazione della *condicio* fece sì, comunque, che solo con molta difficoltà (e forse non prima del periodo postclassico) si facesse chiara la tesi che il negozio sospensivamente condizionato fosse, malgrado la sua inefficacia, pienamente valido *ab initio*.

33.3.3. In diritto postclassico-giustinianeo si giunse, attraverso una lunga evoluzione, a differenziare il termine iniziale dal termine finale,

---

33.3.1. Sul *dies* cfr.: Solazzi, *Sull'obbligazione a termine iniziale* (1950), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 223 ss.; Grosso, « *Dies impossibilis* » *e impossibilità della prestazione*, in *Labeo* 1 (1955) 293 ss., e *Prospettive in materia di termine iniziale e finale e spunti sistematici di Paolo* (1961), poi in *St. Biondi* 1 (1965) 321 ss.; da ultimo, Sciascia, sv. *Termine* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, con altra letteratura.

33.3.2. Sulla *condicio*, oltre alla letteratura citata *infra* nt. 33.4.1, cfr. per tutti: Orestano, sv. *Condizione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Archi, sv. *Condizione* (*dir. rom.*), in *ED.*

33.3.3. Sulla evoluzione postclassica cfr. spec.: Archi, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella Compilazione di Giustiniano*, in *St. Betti* 2 (1961) 33 ss. — Per la distinzione tra termine iniziale e finale si leggano i seguenti testi (consultando l'*Index itp.* ahl.): Paul. D. 45.1.46 pr. (« *Centesimis kalendis*

e ad individuare la figura della condizione risolutiva accanto a quella della condizione sospensiva. Il linguaggio fu tutt'altro che univoco. In prevalenza si parlò: per il termine iniziale, di « *dies a quo* » o di rapporti « *ex die* »; per il termine finale, di « *dies ad quem* » o di rapporti « *ad diem* »; per la condizione sospensiva, di « *condicio* » in senso proprio o di negozi che « *condicione suspenduntur* »; per la condizione risolutiva, di « *condicio* » in senso improprio o di negozi che « *sub condicione resolvuntur* ». Ma quel che più importa è sottolineare che, in età classica (come, del resto, è confermato dall'uso antonomastico di « *condicio* » per la condizione sospensiva), la condizione risolutiva non era ancora conosciuta. La predisposizione dell'effetto risolutivo era operata, nella tecnica negoziale classica, non mediante una clausola inserita nella struttura del negozio, ma attraverso un negozio distinto e accessorio, mediante il quale si stabiliva che il negozio principale si avesse per risolto ove si verificasse un certo avvenimento condizionante.

---

dari » *utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio*); Pomp. D. 35.1.4.1 (*Si ita scriptum sit:* « *si in quinquennio proximo Titio filius natus non erit, tum decem Seiae heres dato* », *si Titius ante mortuus sit, non statim Seiae decem deberi, quia hic articulus* « *tum* » *extremi quinquennii tempus significat*); Ulp. D. 16.2.7 pr. (*Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat*); Paul. D. 12.6.10 (*In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit*); Paul. D. 44.7.44.1 (*Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. Ex die veluti* « *kalendis Martiis dare spondes?* », *cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur, ad diem autem* « *usque ad kalendas dare spondes?* » [*rell.*]). — La riluttanza dei classici verso la condizione risolutiva (e verso lo stesso termine finale) si spiega con la loro tendenza a ritenere che i rapporti giuridici si costituissero, di regola, *in perpetuum*, cioè senza prefissione di durata, salvo a cessare col sopravvenire di una diversa volontà o di avvenimenti incompatibili con la loro sopravvivenza. Naturalmente, questa regola comportava le sue eccezioni (si pensi alla locazione, al comodato, al mutuo) e non impediva comunque che la cessazione del rapporto fosse prevista con atto separato da quello costitutivo. Di qui, ad esempio, le *leges emptionis et venditionis*, concepite come patti aggiunti alla compravendita piuttosto che come clausole interne della stessa (v. *infra* n. 98). In diritto postclassico, non solo si attenuò la concezione dei rapporti giuridici come tendenzialmente perpetui, ma il concetto di negozio giuridico, non più frenato dalla preoccupazione della tipicità, abbracciò agevolmente tutte le possibili determinazioni accessorie, ivi comprese quelle risolutive (nel linguaggio postclassico, infatti, « *condicio* » significa, il più delle volte, ciò che è convenuto tra le parti, o comunque determinato dall'autore del negozio: il contenuto del negozio). Una esclusione esplicita della condizione risolutiva si legge in Paul. D. 44.7.44.2: *Condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti* « *centum dari spondes, nisi navis ex Asia venerit?* ». *Sed hoc casu exsistente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali.* Ma il testo (su cui, con ulteriore bibliografia: Giuffrè, *L'utilizzazione* cit. 211 ss.) è, a nostro avviso, fortemente sospetto. Paolo si limitò, probabilmente, a scrivere che la *condicio* (sospensiva) va inserita nell'atto costitutivo dell'*obligatio* e non può essere formulata dopo il suo compimento e al di fuori di esso: l'interpretazione di questo dettato, nel senso che esso alludesse ad una condizione risolutiva (*veluti - spondes?*) ha tutta l'aria di un glossema postclassico (glossema che ha portato con sé, forse ad opera di altra mano, la soluzione *sed hoc casu rell.*).

33.4. In ordine agli effetti della clausola terminale e di quella condizionale, bisogna distinguere tra: la fase della « pendenza » della circostanza sul negozio, che si concretava in un periodo di tempo più o meno lungo, intercorrente tra la creazione del negozio e il verificarsi della circostanza; e il momento della « verificazione della circostanza », della sua venuta in essere, al quale era equiparata, nel caso di *condicio*, l'ipotesi della « impossibilità sopravvenuta » dell'avvenimento condizionante (cioè il momento in cui divenisse certa la irrealizzabilità della *condicio*: es., la nave che doveva venire dall'Asia è andata a fondo). Durante la pendenza della circostanza il negozio versava in uno stato di attesa: dunque, trattandosi di circostanze sospensive il negozio era provvisoriamente inefficace, trattandosi di circostanze risolutive il negozio era provvisoriamente efficace. Col verificarsi della circostanza, la sorte degli effetti negoziali si precisava: dunque, trattandosi di circostanze sospensive il negozio acquistava efficacia, trattandosi di circostanze risolutive il negozio perdeva efficacia (e conseguentemente cadeva nel nulla), con decorrenza in ambedue i casi dal momento della verificazione della circostanza (« *ex nunc* »). Queste erano però le linee generali, che si mantennero inalterate in ogni epoca solo relativamente al *dies*. Relativamente alla *condicio*, l'evoluzione fu alquanto più complessa e va segnalata a parte.

33.4.1. Il carattere di incertezza, proprio dell'avvenimento condizionante, spinse per molto tempo a ritenere che un negozio sotto con-

---

33.4. Quanto agli effetti del *dies* e della *condicio*, per il termine iniziale e per la condizione sospensiva le fonti usano dire che il negozio in attesa delle sue sorti definitive è « *in pendenti* » o « *in suspenso* ». Non così per il termine finale e per la condizione risolutiva: nel primo caso perché la prefissione di una data sicura di cessazione dell'efficacia del negozio non influiva sulla pienezza di vita, sino a quella data, dei rapporti da quest'ultimo costituiti; nel secondo caso perché il negozio di risoluzione fu per un lungo periodo del tutto esterno rispetto al negozio principale, né ebbe, sempre per un lungo periodo, efficacia estintiva *ex tunc*.

33.4.1. I problemi relativi alla disciplina del negozio *pendente condicione* sono vivamente discussi. Sul tema cfr., fra i contributi recenti (ivi altra bibliografia) Gioffredi, *'Pendenza' e 'sospensione' dalle fonti romane alla dommatica odierna*, in *SDHI.* 22 (1956) 113 ss.; Archi, *Il negozio sotto condizione sospensiva* cit.; Tondo, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi* (1959) 170 ss.; Masi, *Studi sulla condizione in diritto romano* (1966) 11 ss.; Kurz, *Vor- und Rückwirkungen im klassischen römischen Recht* (1971); Calonge, *En torno al problema de la retroactividad de la condición en el derecho clásico*, in *St. Volterra* 3 (1971) 143 ss.; Wesener, *Pendenz, Vorwirkungen und Rückwirkung der aufschiebenden Bedingung im römischen Recht*, in *Fs. Herdlitczka* (1972) 265 ss. Si leggano, tra gli altri: D. 36.2.5.5; I. 3.15.4; D. 45.1.78 pr.; D. 18.6.8 pr.; D. 18.2.2 pr. — Si noti che il *legatum sub condicione* (il *legatum per damnatione*) non fu mai ritenuto trasmissibile *inter vivos* e *mortis causa* (Ulp. D. 24.30.31: *Ad heredem legatarii legata non aliter transeunt, nisi si iam die legatorum cedente legatarius decesserit. Legatorum, quae pure vel in diem certum relicta sunt, dies cedit antiquo quidem iure ex mortis testatoris tempore,*

dizione sospensiva fosse, *pendente condicione,* tanto incisivamente inutile da essere praticamente invalido: gli effetti del negozio non avevano infatti nulla di sicuro, ma costituivano soltanto una « *spes* ». Di questa impostazione, sicuramente dominante nel diritto preclassico, la giurisprudenza classica cominciò tuttavia, sia pur sporadicamente, a dubitare. Solo in diritto postclassico dilagò il convincimento che il negozio condizionato, alla stessa stregua del negozio a termine iniziale, fosse valido già durante lo stato di pendenza. La conseguenza di tale concezione fu principalmente questa: che le situazioni giuridiche inerenti a rapporti condizionati *inter vivos* (per es: i crediti e i debiti da *emptio venditio* condizionale) furono considerate come cespiti del *patrimonium* del loro titolare e furono quindi ritenute trasmissibili, sia *inter vivos* che *mortis causa,* alla stessa stregua delle situazioni giuridiche *sub die* e di quelle non affette dalla pendenza di circostanze sospensive.

33.4.2. Nella concezione postclassica, la validità del negozio condizionato fu tuttavia pur sempre differenziata da quella del negozio a termine, per ciò: che non si trattava di validità definitiva, ma di validità provvisoria, che in avvenire sarebbe cioè potuta venir meno. Coerentemente a questo punto di vista, in diritto postclassico si formò la regola che la verificazione della condizione dovesse retroagire, nei limiti del praticamente possibile, al momento della creazione del negozio (« *ex tunc* »). Regola astrattizzante e improvvida, che fu applicata sia ai negozi sospensivamente condizionati che a quelli condizionati risolutivamente.

33.4.3. L'impossibilità sopravvenuta dell'avvenimento condizionante determinava, ovviamente, l'invalidità del negozio sospensivamente condizionato e la definitiva validità del negozio risolutivamente condizionato. Ad ovviare talune conseguenze inique di questa ipotesi,

---

per legem autem Papiam Poppaeam ex apertis tabulis testamenti, eorum vero, quae sub condicione relicta sunt, cum condicio extiterit). Sul punto: *infra* n. 41.3.

33.4.2. Sulla retroattività della condizione cfr. spec.: Betti, *La retroattività della « condicio » (« facti » o « iuris ») in diritto giustinianeo,* in *Scr. Ferrini Pavia* (1946) 477 ss.; Masi, *Studi* cit. 109 ss.; Calonge, *En torno al problema de la retroactividad* cit.

33.4.3. Sull'adempimento della condizione cfr.: Grosso, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione* (1930), *Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi della condizione,* in *ATO.* 1930, *La finzione di adempimento nella condizione* (1930), e ancora *I legati nel diritto romano*[2] (1962) 457 ss.; Donatuti, *Sull'adempimento fittizio delle condizioni,* in *SDHI.* 3 (1937) 63 ss., e *Lo statulibero* (1940) 316 ss.; Cosentini, « *Condicio impossibilis* » (1952) 161 ss.; Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*[2] (1955) 534 ss.; Daube, *Condition prevented from materializing,* in *T.* 28 (1960) 271 ss.; Voci, *Diritto ereditario romano* 2[2] (1963) 596 ss.; Masi, *Studi* cit. 209 ss., e *Deficienza e adempimento fittizio della condizione mista in diritto classico e in diritto giustinianeo,* in *SUC.* 1962-63.

si affermò già nel diritto classico il principio che la *condicio* (sospensiva) si dovesse ritenere realizzata a titolo di *fictio iuris* nei seguenti casi: quando la verificazione della *condicio* fosse stata dolosamente impedita da chi avesse interesse ad evitarla; quando la verificazione di una *condicio* potestativa o mista fosse stata impedita da una circostanza casuale (o dal rifiuto del terzo di cui fosse richiesta la cooperazione), pur essendo stato fatto tutto il possibile per farla verificare dalla persona tenuta al suo adempimento.

33.5. La particolare complessità delle ipotesi di clausola condizionale implica che si faccia parola di alcune figure anomale di *condicio*.

33.5.1. Dalle *condiciones* in senso proprio (circostanze future e incerte) furono progressivamente diversificate le condizioni apparenti, quelle terminali e quelle meramente potestative (tutte tradizionalmente qualificate come « condizioni improprie »). « Condizioni apparenti », che si consideravano come non apposte al negozio perché inutili, erano: le cd. « *condiciones iuris* », cioè le circostanze già richieste dall'ordinamento e perciò inutilmente nominate dalle parti (es.: « lego 100 a Tizio se il mio *heres voluntarius* accetterà »); le *condiciones* « subbiettivamente incerte » (ma obbiettivamente certe: es. « se il re dei Parti è vivo »); 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* subbiettivamente incerte. « Condizioni terminali » erano le circostanze future ma certe (nell'« *an* » o eventualmente anche nel « *quando* »), le quali altro non erano che termini ed

---

33.5.1. Per i vari casi di condizioni apparenti, si leggano i seguenti testi. Ulp. D. 46.2.9.1: *Qui sub condicione stipulatur, quae extatura est, pure videtur stipulari.* Pap. D. 12.1.37: *Cum ad praesens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur et, si condicio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes ignorent, veluti « si rex Parthorum vivit, centum mihi dari spondes? ». Eadem sunt et cum in praeteritum condicio confertur.* — Per le condizioni terminali, Pap. D. 35.1.79 pr.: « *Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato* ». *Parum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur: non potest enim condicio non existere.* — Per le condizioni meramente potestative, Pomp. D. 44.7.8: *Sub hac condicione « si volam » nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis: nam nec heres promissoris eius, qui nunquam dare voluerit, tenetur, quia haec condicio in ipsum promissorem nunquam existit.* — Per la cd. *condicio iuris* (la quale, se non apposta espressamente al negozio, veniva detta dai postclassici « *condicio tacita* ») v. i seguenti testi. Pap. D. 35.1.99: *Condiciones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est quae tacite inesse videntur, non faciunt legata condicionalia.* Ulp. D. 23.3.21: *Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se condicionem hanc « si nuptiae fuerint secutae », et ita demum ex ea agi posse [quamvis non sit expressa condicio], si nuptiae < fuerint secutae >, constat.* Cfr. in dottrina: Kaser, « *Condicio iuris* » *und* « *condicio tacita* », in *Eos* 48 (1956) 421 ss.; Légier, « *Condicio tacita* » cit.

appunto perciò funzionavano come *dies* (es.: « ti darò cento se Tizio morrà », che val dire « ti darò cento nel momento in cui Tizio morrà »). « Condizioni meramente potestative », che determinavano *ad initio* l'assoluta inutilizzabilità (invalidità) del negozio, erano le circostanze future e incerte, ma rimesse alla esclusiva volontà dell'unico autore del negozio (es.: « ti darò cento 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 una obbligazione).

33.5.2. Data l'incertezza tipica della *condicio*, si prese in peculiare considerazione l'ipotesi delle « *condiciones impossibiles* », cioè l'ipotesi della impossibilità della *condicio*, nel senso di impossibilità originaria, quindi della certezza *ad initio* della irrealizzabilità della circostanza (es., « ti darò cento, se toccherai il cielo col dito »). Di regola si ritenne che la impossibilità della *condicio* sospensiva, dando luogo alla indefinita pendenza, alla perpetua inefficacia del negozio, si risolvesse nella assoluta inutilizzabilità (nella 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: chiara applicazione del criterio del « *favor testamenti* ».

33.5.2. Sulla *condicio impossibilis* cfr.: Cosentini, « *Condicio impossibilis* » cit. e bibliografia ivi, a cui *adde*, da ultimo, MacCormack, *Impossible conditions in wilbs*, in *RIDA*. 21 (1974) 263 ss. Si vedano i seguenti testi. Paul. 3.4b.1: *Condicionum duo sunt genera: aut enim possibilis est aut impossibilis; possibilis, quae per rerum naturam admitti potest, impossibilis, quae non potest; quarum ex eventu altera expectatur, altera (impossibilis) submovetur.* Gai 3.98: *Item si quis sub ea condicione stipuletur quae exsistere non potest, veluti « si digito caelum tetigerit », inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde deberi putant, ac si sine condicione relictum esset; diversae scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.* Venul. D. 45.1.137.6: *Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint: ubi omnino condicio iure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset. Nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.* Ulp. D. 35.1.3: *Optinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas.* I. 2.14.10: *Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.* Ulp. D. 45.1.7: *Impossibilis condicio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat: aliter atque si talis condicio inseratur stipulationi « si in caelum non < ascenderis > »: nam utilis et praesens est et pecuniam creditam continet.*

33.5.3. 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*, cui la *condicio* illecita si riteneva non apposta, e per i negozi che dessero luogo a *iudicia bonae fidei*, che erano proprio ritenuti nulli. In altri casi, il pretore intervenne, su richiesta di parte, a denegare l'*actio* a chi intendesse valersi del negozio condizionato in modo illecito o turpe oppure, talvolta, a concedere la *remissio* dalla condizione, che si aveva in tal caso per non apposta. Il diritto giustinianeo si orientò verso l'adozione del regime delle condizioni impossibili.

33.5.4. Un caso di *condicio* propria, ma con effetti aberranti, fu considerato quello di una « condizione (sospensiva) potestativa negativa senza limiti di tempo », rimessa alla volontà della persona che traesse vantaggio dal negozio (es.: « lego cento a mia moglie se non si sposerà »). In questa ipotesi gli effetti del negozio non si sarebbero potuti produrre prima della morte del beneficiato, perché non prima di allora si sarebbe avuta la sicurezza del verificarsi della condizione (nell'esempio: mancate nuove nozze). Ad evitare questo inconveniente, Quinto Mucio Scevola suggerì ai *praetores* la prassi, largamente usata, di concedere ai beneficiati l'immediato godimento delle attribuzioni loro fatte, purché promettessero mediante *stipulatio* (cd. « *cautio Muciana* ») la *restitutio* nell'ipotesi che compissero in avvenire l'attività dedotta negativamente in condizione.

33.5.3. Per le condizioni illecite o turpi cfr. spec.: De Ruggiero, *Sul trattamento delle condizioni immorali e « contra leges » nel diritto romano*, in *BIDR.* 16 (1904) 162 ss. Si legga Paul. 3.4b.2: *Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti; veluti: « si uxorem non duxeris, si filios non susceperis, si homicidium feceris, si larvali habitu processeris » et his similia.*

33.5.4. Sulla *cautio Muciana* esiste una vasta ed interessante letteratura: Scialoja, *Sulla « cautio Muciana » applicata all'eredità* (1898), ora in *St. giur.* 2 (1934) 129 ss.; Levy, *Zur Lehre von der « Muciana cautio » im klassischen römischen Recht*, in *ZSS.* 24 (1903) 122 ss.; Krüger, *« Cautio Muciana »*, in *Mél. Girard* 2 (1912) 1 ss.; Solazzi, *Sulla « cautio Muciana » applicata all'eredità* (1944), ora in *Scr. dir. rom.* 4 (1963) 507 ss.; Biondi, *Intorno alla « cautio Muciana » applicata all'eredità* (1948), ora in *Scr. giur.* 3 (1965) 573 ss.; Cosentini, *Sulla origine dell'estensione della « cautio Muciana » all'eredità*, in *Miscellanea romanistica* (1956) 79 ss., e sv. *« Cautio Muciana »*, in *NNDI.*; Masi, *In tema di « cautio Muciana »*, in *Iura* 13 (1962) 175 ss. V. Ulp. D. 35.1.7 pr.: *Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta « si Capitolium non ascenderit », « si Stichum non manumiserit » et similibus (rell.)*: testo relativo non solo ai *legata*, ma anche (itp.?) all'*heredis institutio*.

34. La sostituzione nell'attività negoziale.

34.1. La sostituzione nell'attività negoziale, e in particolare la rappresentanza, ebbe nel *ius privatum* romano un campo di applicazione piuttosto limitato e frammentario. Il principio da cui partirono i Romani fu quello del cd. « esclusivismo dell'agire negoziale », e cioè quello che l'attività negoziale dovesse essere esplicata esclusivamente dal soggetto giuridico che vi avesse interesse, salvo che vi fossero speciali ragioni di necessità o di peculiare convenienza acché

34.1. La letteratura sulla sostituzione nell'attività negoziale nell'esperienza giuridica romana non è mai stata soddisfacente. La si veda in Orestano, sv. *Rappresentanza (dir. rom.)*, in *NNDI.*, e si cfr., fra i tanti: Riccobono, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *AUPA.* 1930; Gehrich, *Kognitur und Prokuratur « in rem suam » als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts* (1963). In questi ultimi anni il tema è stato tuttavia arricchito di numerosi contributi: Milella, *Il « libertus procurator », Le origini della procura in diritto romano*, in *AUBA.* 1966-67; Müller, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter* (1969); Michel, *Quelques observations sur l'évolution du « procurator » en droit romain*, in *Ét. Macqueron* (1970) 515 ss.; von Lübtow, *Die Darlehnsgewährung durch den Prokurator*, in *St. Volterra* 1 (1971) 149 ss.; Angelini, *Il « procurator »* (1971); Burdese, *Sul « procurator » (a proposito del volume di P. Angelini)*, in *T.* 37 (1971) 307 ss.; Behrends, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, in *ZSS.* 88 (1971) 215 ss.; Claus, *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht* (1973); Quadrato, *D. 3.3.1 pr. e la definizione di « procurator »*, in *Labeo* 20 (1974) 210 ss. Probabilmente l'errore di fondo della storiografia romanistica è stato quello di andare alla ricerca, nelle fonti, dell'istituto della « rappresentanza », senza rendersi conto che il diritto romano impostava su basi alquanto diverse il problema della sostituzione nell'attività negoziale. D'altra parte lo stesso istituto della rappresentanza, di cui non si ha organica intuizione nelle fonti romane, neppure in quelle giustinianee, è stato studiato in modo frammentario, esposto sotto molteplici punti di vista che ne hanno frantumato vieppiù la visione. Infatti, partendo dal presupposto che la rappresentanza fosse di ovvia nozione per i romani, si è soliti parlare di essa separatamente: nei suoi aspetti processuali; come riflesso di mandato o di gestione di negozi altrui; quale presupposto delle azioni adiettizie; a proposito dei modi di acquisto dei diritti, in particolare del possesso; ed infine in relazione ai poteri del tutore e del curatore. Qui si tenta una *reductio ad unum* non dell'istituto della rappresentanza, che sarebbe antistorico, bensì della storia del problema della sostituzione nell'attività negoziale. Sul punto: Kaser, *Zum Wesen der römischen Stellvertretung*, in *Romanitas* 9/11 (1970) 333 ss. — L'uso dell'espressione *negotiorum (alienorum) gestio* per indicare la sostituzione nell'attività negoziale è il più aderente possibile al linguaggio delle fonti. Ma si badi che, in realtà, nelle fonti non si incontra mai « *negotiorum gestio* »: vi si incontra il più concreto « *negotia gerere* », e nel senso latissimo (da precisarsi di volta in volta traverso la lettura) di svolgere attività, di compiere affari (anche privi del carattere negoziale) sia propri che altrui (cfr.: Kreller, sv. « *Negotiorum gestio* », in *PW.*; Nicosia, sv. *Gestione di affari altrui* [*prem. stor.*], in *ED.*; Seiler, *Der Tatbestand der « negotiorum gestio » in römischen Recht* [1968]; Mayer-Maly, *Probleme der « negotiorum gestio »*, in *ZSS.* 86 [1969] 416 ss.). Il « *negotia aliena gerere* » è, insomma, un fatto che talvolta acquista rilevanza giuridica per essere svolto da chi non vi è interessato per l'utilità di chi è interessato al suo compimento: un fatto che appunto perciò può qualificarsi specificamente in modo vario (come gestione per mandato, come gestione necessaria, come gestione spontanea, ecc). V. anche *infra* nt. 34.2.1 e 34.4.

la « *negotiorum gestio* » fosse espletata da altri per conto ed eccezionalmente anche in nome di lui. I casi di necessità o di peculiare convenienza della rappresentanza (solitamente indiretta, insolitamente anche diretta) si accrebbero indubbiamente col passare dei secoli, ma non giunsero mai, nemmeno nel diritto giustinianeo, ad un numero e ad una consistenza tali da schiudere l'orizzonte a quella che è la visuale moderna: la visuale per cui è del tutto indifferente, di regola, che il negozio giuridico sia posto in essere dall'interessato o da un rappresentante per lui.

34.2. La storia dell'emersione della rappresentanza, nei limiti in cui la conobbe il *ius privatum* romano, può essere condensata nei cenni che seguono, relativi al *ius civile vetus*, al *ius civile novum*, al *ius honorarium*, alla riflessione giurisprudenziale preclassica e classica. Troppo incerti sono infatti i problemi di origine, da un lato; né sostanzialmente rilevanti ci sembrano, dall'altro lato, gli sviluppi postclassici.

34.2.1. Nel sistema del *ius civile vetus*, sorto in correlazione ad un'economia agricola familiare, di tipo autarchico, fortemente restia

---

34.2. Assai controverso è il punto relativo al riconoscimento della rappresentanza in diritto postclassico e giustinianeo. Nel senso negativo da noi sostenuto è la *communis opinio*; in senso vigorosamente positivo (e cioè nel senso che quelle che erano solo eccezioni nel diritto classico « nel *Corpus iuris* appariscono in definitiva organizzate, sia pure stentatamente, in una regola positiva della rappresentanza ») è invece soprattutto il Riccobono, *Lineamenti* cit. 422, seguito dall'Orestano, sv. *Rappresentanza* cit. Per un inquadramento generale cfr.: Müller, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung* cit. 16 ss.

34.2.1. Sui casi civilistici di *negotiorum gestio* necessaria del *tutor* e del *curator* in tempi storici, nonché sui loro precedenti e sul loro sviluppo, v. ampiamente *infra* n. 53-55. Il raccostamento alla rappresentanza diretta ha, come è ovvio, carattere del tutto approssimativo. Si aggiunga che in molte ipotesi in cui il *tutor* agiva per conto del pupillo, ma in nome proprio, il *praetor* concesse direttamente al pupillo o contro di lui talune *actiones utiles* (v. ad es.: Ulp. D. 26.7.9 pr.; Ulp. D. 26.9.2; Ulp. D. 21.2.4.1). Sull'argomento: Solazzi, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conchiusi dal tutore, Contributo alla storia della rappresentanza in diritto romano* (1912-13), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1955) 371 ss. — Sulla *negotiorum gestio* dei sottoposti: *retro* n. 28.4.1. — Sull'inammissibilità degli incrementi *per extraneam personam* v.: Gai 2.95 (*... per liberos homines ... nulla ex causa nobis adquiri posse, et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse*); Paul. D. 44.7.11 (*... neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat possumus*); Diocl. Cl. 4.27.1 (*... per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse indubii iuris est*). L'espressione gaiana « *per extraneam personam* » è ormai ritenuta dai più genuina; mentre si dubita della paternità dei passi delle compilazioni giustinianee in cui compare la formula « *per liberam personam* » senz'altra apposizione. V. *infra* nt. 34.2.2. È da segnalare il tentativo, rientrato peraltro, dello Schlossmann, *Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen* 2 (1902) spec. 153 ss., di dare un significato sociale alla regola ricordata da Gaio: nel senso che la negazione della rappresentanza nel *ius civile* romano derivasse da un principio di libertà individuale.

agli scambi, il principio esclusivistico fu applicato con particolare rigore. Casi di *negotiorum gestio* necessaria furono, in tempi storici, solo quello del « *curator furiosi* », che agiva in nome e per conto del *pater familias* insano di mente, e quello del « *tutor impuberis* », limitatamente alle ipotesi dell'*infans* o tutt'al più dell'*infantiae proximus*, che analogamente agiva in nome e per conto del *pater familias* troppo giovane per poter attendere seriamente ai propri interessi. Casi di *negotiorum gestio* giustificati da motivi di particolare convenienza furono quelli, già indicati a suo tempo, del sottoposto (*filius familias* o schiavo) che compisse un atto incrementativo del *patrimonium* del *pater* o del *dominus*. Che l'amministrazione familiare, sopra tutto nell'ipotesi di *patres familiarum* impegnati in guerra o nella vita politica, fosse di fatto affidata ad un *filius* o più spesso ad un « *servus actor* », è fuor di dubbio; ma è altrettanto fuor di dubbio che, sul piano giuridico, gli estranei alla *familia* non erano ammessi non solo a compiere atti diminutivi del patrimonio del soggetto, ma nemmeno a compiere atti di incremento di quel patrimonio (« *per extraneam personam adquiri non potest* »).

34.2.2. È peraltro probabile che, sin dal sec. III a.C., si sia andato affermando *de facto*, se non ancora *de iure*, il ricorso da parte dei sog-

---

34.2.2. Sulla storia, estremamente controversa, del *procurator* (*iure privato*) la nostra tesi è esposta già nella *rc.* ad Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, in *RISG.* 3 (1949) spec. 487 ss. Che la figura originaria di *procurator* sia stata quella del cd. *procurator omnium bonorum*, che anzi sino a Pomponio per *procurator* si sia generalmente inteso il solo *procurator omnium rerum* (fosse o non fosse *praepositus* a questa sua funzione dal *dominus negotii*), ci sembra risultare da Cic. *Caec.* 20.57: *... is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa quasi quodam paene dominus. hoc est alieni iuris vicarius ...*, e da Ulp. D. 3.3.1.: *... quamvis quidam, ut Pomponius libro vicesimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse.* Solo le fonti posteriori ci presentano anche un altro *procurator* (*unius negotiationis* o *rei*): Ulp. D. 3.3.1.1: *procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest* (*rell.*). — Sugli incrementi patrimoniali basati sul possesso e operati a mezzo del *procurator* si v. le seguenti fonti. Paul. 5.2.2 : *Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.* Nerat. D. 41.1.13: *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi* [*id est proprietas*] *adquiritur etiam ignoranti.* [*Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis adquirit etiam ignorantibus*]. I. 2.9.5: *... per liberam personam veluti per procuratorem placet non solum scientibus sed etiam ignorantibus nobis adquiri possessionem ... et per hanc possessionem etiam dominium* (*rell.*). Ulp. D. 12.1.9.8: *Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi condictionem* (*rell.*). Sul tema: Meylan, « *Per procuratorem possessio nobis adquiri potest* », in *Fs. Lewald* (1953) 105 ss., che non dubita della genuinità dei passi riferiti; Bretone, « *Adquisitio per procuratorem* »?, in *Labeo* 1 (1955) 282 ss., secondo il quale sarebbe da escludersi, almeno fino alla tarda età classica, la possibilità dell'acquisto per mezzo di procuratore; *contra* Nicosia, *Acquisto del possesso « per procuratorem » e « reversio*

getti giuridici ad un particolare tipo di *extraneus*, affinché li aiutasse ed eventualmente li supplisse nell'amministrazione familiare: il « *procurator* ». Non si trattava di un estraneo vero e proprio, si trattava di un *libertus* (spesso lo stesso *servus actor*, manomesso a titolo di ricompensa per i servigi prestati), il quale esercitava, con la palese fiducia del *patronus*, mansioni di « *factotum* » (o, come poi si disse, di *procurator omnium bonorum*): talora perché nominato (*praepositus*) dal patrono e talaltra perché indotto a curarne spontaneamente gli affari, sopra tutto in ipotesi di sua assenza forzata, dall'*obsequium* dovutogli in virtù del rapporto di patronato. La sostituzione del *procurator*, pur essendo giuridicamente irrilevante, pose in maniera sempre più pressante il problema del suo riconoscimento giuridico quanto meno da parte del *ius honorarium*. Dal suo canto la giurisprudenza ammise abbastanza presto che il soggetto giuridico potesse acquistare ed esercitare la *possessio*, oltre che per il tramite dei suoi sottoposti, anche per il tramite del *procurator*: dal che più tardi derivò la convinzione che il *procurator* potesse anche compiere a favore del soggetto gli atti di incremento patrimoniale basati sul possesso (*usucapio*, acquisto del *dominium ex iure Quiritium* mediante *traditio*).

34.2.3. La situazione cominciò ad essere alquanto diversa con la formazione del sistema del *ius civile novum*, sistema, come sappiamo, venuto in essere in un'epoca di scambi economici assai intensi e caratterizzato da negozi a forma libera. L'uso, per non dire la necessità, di concludere negozi a distanza, tra soggetti che non fossero tra loro a personale contatto (« *inter absentes* »), valorizzò il ricorso allo scambio di messaggi o all'invio di sostituti materiali, cioè alla negoziazione « *per epistulam* » o « *per nuntium* ». Ma non bastava. Spesso occorreva che alla negoziazione a distanza provvedessero, con latitudine di poteri e di

---

in potestatem domini » delle « *res furtivae* », in *Iura* 11 (1960) spec. 190, del quale cfr. anche la monografia *L'acquisto del possesso mediante i* « *potestati subiecti* » (1960), ivi la letteratura meno recente (dal De Francisci e Solazzi al Lauria e Fuenteseca); Watson, *Acquisition of possession* « *per extraneam personam* », in *T.* 29 (1961) 22 ss., e *Acquisition of possession and usucapion* « *per servos et filios* », in *LQR.* 78 (1962) 205 ss.; Tondo, *Acquisto del possesso da parte del pupillo*, in *St. Betti* 4 (1962) 363 ss.; Di Lella, *Sull'acquisto del possesso* « *domino ignoranti* », in *Mnemeion Solazzi* (1964) 432 ss.

34.2.3. Sulla negoziazione *per nuntium*, cfr.: Longo (G.), sv. « *Nuncius* », in *NNDI.*, e v.: Paul. D. 18.1.1.2 (*... emptio ... inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras*); Paul. D. 2.14.2 (*Labeo ait convenire ... per nuntium inter absentes quoque posse*); Paul. D. 17.1.1.1 (*... per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest*); a titolo di analogia (e con riferimento al *matrimonium sine manu*) Pomp. D. 23.2.5 (*Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur* [*rell.*]). — Sul *mandatum mea gratia*: *infra* n. 89.1.2.

iniziative, persone di fiducia in qualità di rappresentanti quanto meno indiretti. Di qui, nel quadro di una vasta rete di rapporti di affari coperta dal contratto di mandato, l'affermazione del cd. « *mandatum mea gratia* », convenzione tra un *mandator* e un *mandatarius* in virtù della quale quest'ultimo si obbligava verso il primo a compiere uno o più negozi determinati per suo conto (e a riferirne quindi a lui gli effetti), mentre il primo si obbligava per converso verso il *mandatarius* a rilevarlo degli effetti del negozio e ad indennizzarlo delle spese e degli oneri sostenuti.

34.2.4. Il riconoscimento del *mandatum mea gratia* agevolò notevolmente l'inserimento parziale dell'istituto del *procurator* nel *ius privatum*. Quando il *procurator* fosse stato incaricato del compimento di determinati affari (uno o più) dal soggetto giuridico interessato agli stessi (nel caso quindi di « *procurator praepositus unius negotiationis* ») era pronta a coprirlo la veste giuridica di *mandatarius* con conseguente possibilità di esercizio dell'*actio mandati* (rispettivamente, *directa* e *contraria*) tra il cd. *dominus negotii* (in qualità di *mandator*) e lui. Dai casi tipici del *mandatum*, che erano quelli della negoziazione a distanza, la rappresentanza indiretta si estese dunque a numerose ipotesi tipiche della *procuratio*.

34.2.5. Ma il varco più ampio alle ipotesi di rappresentanza fu aperto dal sistema del *ius honorarium* e dalla connessa riflessione giurisprudenziale preclassica e classica. I filoni furono approssimativamente tre. Un primo gruppo di istituti fu costituito dal « *cognitor* » (vero e proprio rappresentante diretto) e dal « *procurator ad litem* » (rappresentante invece indiretto, e più precisamente mandatario della parte): figure, di cui abbiamo parlato, alle quali si fece ricorso allo scopo di evitare ai soggetti giuridici l'incomodo (talora assai grave) di presen-

---

34.2.4. A proposito del *procurator praepositus* (*unius rei*), è stato messo in dubbio che esso sia stato considerato inizialmente come *mandatarius*. Ma v. *contra*, con valida dimostrazione: Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 52 ss. Probabilmente la qualifica di « *procurator* » non fu considerata tecnica, anche nel caso del cd. *procurator ad litem*, sino agli albori del periodo classico.

34.2.5. Sugli istituti della rappresentanza processuale: v. *retro* n. 19.2, e cfr. in particolare: Mecke, *Die Entwicklung des « procurator ad litem »*, in *SDHI*, 28 (1962) 100 ss. In giudizio poteva anche presentarsi ovviamente il *procurator omnium bonorum* ed anche (meno ovviamente) senza riferimento ad un mandato avuto dalla parte interessata (v. Gai 4.84). — Il quadro classico degli istituti è, per verità, molto discusso e obiettivamente assai incerto. Non solo si controverte sull'evoluzione verificatasi dal periodo preclassico a quello classico, ma si controverte altresì sull'evoluzione verificatasi dal periodo classico a quello postclassico. A nostro avviso, in materia di sostituzione nell'attività negoziale i risultati essenziali furono tutti raggiunti nel corso dell'età classica: il diritto postclassico operò solo varianti di dettaglio e aggiustamenti di carattere sistematico.

ziare necessariamente ai processi che li riguardavano. Un secondo gruppo di istituti fu costituito da tutta una serie di ipotesi di rappresentanza indiretta del *pater* o del *dominus* da parte dei loro sottoposti (dotati di mera capacità di agire) o anche, per estensione, da parte di *extranei*: ipotesi caratterizzate dalla concessione pretoria delle cd. *actiones adiecticiae qualitatis*. Un terzo gruppo fu infine costituito dai tra loro connessi istituti del *procurator omnium bonorum* e del *negotiorum gestor* spontaneo.

34.3. Le cd. *actiones adiecticiae qualitatis* furono tutta una serie di *actiones* concesse, nei confronti dei *patres familiarum* (o più in generale dei soggetti giuridici, anche femmine), dapprima ai creditori dei loro sottoposti, ma poi anche ai creditori di *extranei* in qualche modo anche essi subordinati: *actio exercitoria, actio institoria, actio tributoria, actio quod iussu, actio de peculio, actio de in rem verso*. La caratteristica comune di queste *actiones* (con formule a trasposizione di soggetti) fu che il sottoposto di un soggetto giuridico (cioè il suo *filius familias* o il suo *servus*), oppure il soggetto *extraneus* che a lui fosse peraltro palesemente subordinato in una certa impresa commerciale, agendo scopertamente per conto di quel soggetto o comunque nella sfera della sua potestà o delle sue direttive, coinvolgevano la sua responsabilità nei confronti direttamente dei creditori: fenomeno che, pur non potendo qualificarsi di rappresentanza diretta vera e propria, implicava una forte approssimazione al concetto di rappresentanza diretta.

34.3.1. L'« *actio exercitoria* » trovò la prima applicazione nell'ipotesi che un *pater familias* (l'« *exercitor navis* ») avesse preposto un suo

---

34.3. Sulle *actiones adiecticiae qualitatis* (così denominate in epoca postromana per equivoca interpretazione di D. 14.1.5.1: *Hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur*) cfr.: Guarino, sv. « *Actiones adiecticiae qualitatis* », in *NNDI.*, ivi bibliografia a cui *adde*: Valiño, *Las relaciones basicas de las acciones adyecticias*, in *AHDE.* 37 (1967) 339 ss., e 38 (1968) 377 ss.; Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* cit. 64 ss.; Kaser, *Stellvertretung und « notwendige Entgeltlichkeit »*, in *ZSS.* 91 (1974) 146 ss. Le azioni adiettizie erano riunite in un apposito titolo dell'editto: Lenel, *EP.*[3] tit. XVIII, § 101 ss. — Inquadramento storico-dogmatico dei negozi compiuti dal soggetto *alieni iuris* in: Kaser, *Über Verfügungsakte Gewaltunterworfener mit Studien zur Natur der « manumissio vindicta »*, in *SDHI.* 16 (1950) 59 ss. — Le *actiones adiecticiae qualitatis* sono state esaminate anche in connessione col problema della concorrenza delle azioni da: Solazzi, « *Condictio* » *e azioni adiettizie*, in *RISG.* (1911), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1955) 269 ss.; Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen* 1 (1918) 150 ss., 331 ss. — Legittimato passivo nelle *actiones adiecticiae* era di solito un *pater familias*, ma nulla escludeva che lo fosse anche una donna *sui iuris* (beninteso, in ordine ai soli *servi* o *extranei*).

34.3.1. Sull'*actio exercitoria* v., per le fonti: D. 14.1 (*De exercitoria actione*); CI. 4.25. V. anche Gai 4.71: *Tunc autem exercitoria (actio) locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo eius*

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, la quale portava spesso il sottoposto in luoghi assai distanti da Roma e di fronte a problemi economico-commerciali da risolversi con autonomia. Per le obbligazioni assunte dal sottoposto *magister* nell'esercizio della sua funzione il creditore aveva azione per l'intero (*in solidum*) contro il *pater familias* armatore, cioè contro l'*exercitor navis*. Successivamente e per le stesse ragioni, l'*actio exercitoria* fu ammessa nei confronti dell'armatore navale 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.

34.3.2. L'« *actio institoria* » ebbe applicazione nell'ipotesi che un *pater familias* avesse preposto palesemente (cioè in modo che fosse chia-

---

rei gratia, cui praepositus fuerit, negotium gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem dari. Quin etiam, licet extraneum quisque magistrum navis praeposuerit sive servum sive liberum, exercitoria actio in eum redditur. Sull'argomento, nei suoi vari aspetti, cfr.: De Martino, sv. « *Exercitor* », in *NNDI.*, ivi bibliografia. — Sulla figura del *magister navis* cfr.: Guarino, « *Magister* » *e* « *gubernator navis* », in *Labeo* 11 (1965) 36 ss.; Moschetti, « *Gubernare navem* », « *gubernare rem publicam* » (1966); Rougé, *La justice à bord du navire*, in *St. Volterra* 3 (1971) 173 ss. — Uno dei problemi più dibattuti è quello della priorità storica rispetto all'*actio institoria*. La dottrina è oggi orientata nel senso che l'*exercitoria* apparve per prima nel mondo del diritto.

34.3.2. Sull'*actio institoria* v., per le fonti: D. 14.3 (*De institoria actione*), CI. 4.25. V. anche D. 14.3.19 pr. e D. 19.13.25, nonché Gai 4.71: *Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit.* Per la letteratura cfr. Cervenca, sv. *Institore* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, e Serrao, sv. *Institore* (*dir. rom.*), in *ED.* — Fra i più dibattuti problemi è quello della classicità dell'azione concessa contro il mandante di un *extraneus* libero cui sia affidato il compimento di un singolo negozio senza che risulti palese ai terzi la *praepositio negotiationi*, azione detta « *utilis institoria* » o « *actio ad exemplum institoriae actionis* » o *actio quasi institoria*. Da ultimi cfr.: Angelini, *Osservazioni in tema di creazione dell'* « *actio ad exemplum institoriae* », in *BIDR.* 71 (1968) 230 ss.; Burdese, « *Actio ad exemplum institoriae* » *e categorie sociali* (1971), poi in *St. Donatuti* 1 (1973) 191 ss.; Longo (G.), « *Actio exercitoria - actio institoria - actio quasi institoria* », in *St. Scherillo* 2 (1972) 581 ss. Noi siamo per la classicità dell'applicazione analogica dell'*actio institoria*. Essa fu probabilmente escogitata da Papiniano per le ipotesi in cui, pur mancando una vera e propria « *praepositio negotiationi* » (deducibile dalla esistenza di una *taberna* o di una impresa), sussistessero indizi esterni sufficientemente chiari del contratto di mandato intercorso tra rappresentato e rappresentante (per esempio: la esibizione di *litterae* confermative da parte del mandatario o la veste di *procurator omnium bonorum di questo*): Pap. D. 3.5.30 pr. (Tizio ha dato incarico ad un liberto o a un amico di ricevere un mutuo da Caio, « *cuius* [di Tizio] *litteras creditor* [Caio] *secutus*

ro a tutti) un *filius* o un *servus*, oppure anche un *extraneus* (*servus* altrui o persona libera), alla gestione di una bottega (*taberna*) o di una qualunque sua impresa 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*. Ciò che differenziava l'*institor* da un mandatario era la notorietà rispetto ai terzi della « *praepositio negotiationi* ».

34.3.3. L'« *actio tributoria* » si applicò nell'ipotesi che un *filius* o *servus* avesse impiegato, in tutto o in parte, in un certo affare, il *peculium* a lui concesso dal titolare della *potestas*, essendo quest'ultimo a conoscenza della sua specifica iniziativa. 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 il compendio del peculio (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.

34.3.4. L'« *actio quod iussu* » fu concessa al creditore di un *filius* o *servus* contro il rispettivo *pater* o *dominus* nell'ipotesi che l'affare

---

contraxit »: *... dabitur in eum* [Tizio] *negotiorum gestorum actio creditori..., scilicet ad exemplum institoriae actionis*); Ulp. D. 17.1.10.5 (*... Papinianus... refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur*).

34.3.3. Sull'*actio tributoria* v., per le fonti: D. 14.4 (*De tributoria actione*); Gai 4.72: *Praeterea tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur. Nam si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quod inde receptum erit, id pater dominusve inter se, si quid debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuant; et si creditores quaerantur minus sibi distributum, quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae, ut diximus, tributoria vocatur.* In dottrina cfr.: Valiño, *La « actio tributoria »*, in *SDHI.* 33 (1967) 103 ss. — L'Albertario, *Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nell'« actio tributoria » e nell'« actio de peculio »* (1913), ora in *St.* 4 (1946) 3 ss., sostenne che sia da attribuirsi ai compilatori la tendenza, presente in molti frammenti del *Corpus iuris*, a ridurre la responsabilità nei limiti dell'arricchimento o, addirittura, a farla sorgere entro quel limite, nell'azione in esame. Sul problema v.: Betti, *Responsabilità nossale e responsabilità del « pater » (« dominus ») nei limiti dell'arricchimento*, in *ATO.* 1915-16; Meier, *Prätorische Bereicherungsklagen* cit.

34.3.4. Sull'*actio quod iussu* v., per le fonti: D. 15.4 (*Quod iussu*); CI. 4.26. V. Gai 4.70: *In primis itaque, si iussu patris dominisve negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte, quia qui ita negotium gerit magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur.* In dottrina cfr.: Lenel, *EP.*[3] § 278; Lemosse, *L'affranchissement par le cens*, in *RH.* 27

fosse stato compiuto per esplicita autorizzazione (« *iussum* ») data al creditore dal *pater* o dal *dominus*. All'autorizzazione preventiva era equiparata la successiva ratifica.

34.3.5. L'« *actio de peculio* » fu accordata ai creditori del *filius* o del *servus* contro il relativo *pater* o *dominus*, nell'ipotesi che costui non avesse preposto il *filius* o il *servus* ad un esercizio commerciale e tanto meno avesse autorizzato il contraente ad un certo affare col sottoposto, ma avesse comunque attribuito a quest'ultimo un « *peculium* ». I creditori del sottoposto erano in tal caso ammessi ad agire contro il *pater* o *dominus* nei limiti del patrimonio peculiare (« *dumtaxat de peculio* »).

34.3.6. 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* privi di *peculium*, avendo contratto una obbligazione, avessero riversato in tutto o in parte i frutti dell'affare (ad esempio, la somma ottenuta in mutuo) nel patrimonio del loro *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* o il *dominus* in ordine all'arricchimento da lui goduto e nei limiti dello stesso.

34.4. Per *negotiorum (alienorum) gestio* si intese l'assunzione spontanea della rappresentanza (indiretta) di un *dominus*

(1949) 171 ss.; Solazzi, « *Iussum* » *e* « *ratihabitio* » (1950), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 588 ss.; Sautel, *Note sur l'action* « *quod iussu* » *et ses destinées postclassiques*, in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 257 ss. — Sulle modalità del *iussum patris dominive* v. partic. D. 15.4.1.1. (Ulp. 29 *ed.*): *Iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis* [*aut per nuntium*], *sive specialiter* [*in uno contractu*] *iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit:* « *Quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo* », *videtur ad omnia iussisse* (*rell.*).

34.3.5-6. Sulle *actiones de peculio* e *de in rem verso* v., per le fonti: D. 15.1 (*De peculio*), 15.2 (*Quando de peculio actio annalis est*), 15.3 (*De in rem verso*); CI. 4.26; I. 4.7.4-4 c; nonché Gai 4.72 a: *Est etiam de peculio et de in rem verso actio a praetor constituta. Licet enim negotium ita gestum sit cum filio servove, ut neque voluntas neque consensus patris dominive intervenerit, si quid tamen ex ea re, quae cum illis gesta est, in rem patris dominive versum sit, quatenus in rem eius versum fuerit, eatenus datur actio... at si nihil sit versum, praetor dat actionem dumtaxat de peculio et edictum utitur his verbis.* In dottrina cfr. gli studi, tuttora fondamentali, del Solazzi, richiamati e ribaditi in *Sul* « *peculium* » *nell'* « *actio de in rem verso* » (1957), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 1 ss. Cfr. anche (ivi altra bibliografia): La Rosa, *I peculi speciali in diritto romano* (1954); Pugliese, *Intorno alla impossibilità della prestazione causata dal* « *pater familias* » *e dal fideiussore*, in *St. Paoli* (1955) 569 ss.; Gay, *L'* « *in rem versum* » *à l'époque classique*, in *Varia, Ét. dir. rom.* (1956) 155 ss. Del Lenel, *EP.*[3] v. i §§ 276 e 279.

34.4. Sulla *negotiorum gestio*: *retro* nt. 34.1, e *infra* n. 93. — È stato messo in dubbio (cfr., sopra tutti: Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 65 ss., 78) che la terminologia ed il concetto di « *procurator* » siano stati applicati nel diritto classico al gestore di negozi volontario. A torto: la terminologia, se pur non fu uniforme nei giuristi classici, tuttavia corse in periodo classico piuttosto diffusamente. Del re-

negotii impedito di attendere ai propri affari. Il *ius honorarium* attribuiva un'*actio negotiorum gestorum directa* al «*dominus negotii*» ed un'*actio negotiorum gestorum contraria* al «*negotiorum gestor*». Per effetto di questo riconoscimento era possibile, nella maggior parte dei casi, di attribuire conseguenze giuridiche anche alle ipotesi di *praepositio procuratoria* che non fossero inquadrate o inquadrabili nel *mandatum mea gratia*, nell'*actio exercitoria*, o nell'*actio institoria*. Particolarmente i rapporti tra *dominus negotii* e *procurator omnium bonorum* riuscirono, pertanto, ad essere giuridicamente garantiti dal giuoco delle azioni *negotiorum gestorum*.

34.4.1. Nel diritto classico avanzato, e ancor più decisamente in età postclassica, quando la giurisprudenza romana pervenne alla concezione dell'ammissibilità di un *mandatum* generale, la *praepositio procuratoria* si riversò quasi integralmente entro gli stampi del *mandatum* o, per converso, della *negotiorum gestio*. Il soggetto che avesse accettato la *praepositio procuratoria* fu qualificato come «*verus procurator*» e trattato come *mandatarius*, ammettendosi senza difficoltà che potesse essere sia un «*procurator omnium bonorum*» sia un «*procurator unius negotiationis*». Il soggetto che non avesse avuto la *praepositio*, ma che in compenso avesse dato inizio all'attività gestoria nell'interesse del *dominus*, fu equiparato al *negotiorum gestor* e qualificato «*falsus procurator*». Per «*procurator*» in senso proprio si intese, insomma, colui «*qui aliena negotia mandatu domini administrat*».

---

sto la dicotomia postclassico-giustinianea del *verus* e del *falsus procurator* non avrebbe avuto occasione di nascere, se i testi classici avessero, già per conto loro, omesso di chiamare *procurator* colui che *negotiis alienis gerendis ultro se offert*. Se, come assume l'Arangio-Ruiz, il dettato genuino di Paul. 1.3.3 fosse stato semplicemente «*qui se negotiis alienis offert, rem ratam dominum habiturum cavere debet*», il rielaboratore postclassico non avrebbe sentito il bisogno di premettere «*voluntarius procurator*»: in quel testo è di troppo «*voluntarius*», che è stato inserito proprio per addomesticare secondo il punto di vista postclassico il preesistente «*procurator*». E quanto a Gai 4.84 (*... sunt qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum*»), il giurista manifesta soltanto una riluttanza della giurisprudenza classica (forse la più inoltrata e persistente) a chiamare *procurator* il gestore volontario, e comunque la manifesta soltanto in relazione al *procurator ad litem*.

34.4.1. La definizione di *procurator*, come «*qui aliena negotia mandatu domini administrat*», si legge in Ulp. D. 3.3.1 pr., su cui, da ultimo: Quadrato, *D. 3.3.1 pr.* cit. Per la differenza tra «*verus*» e «*falsus procurator*», Ulp. D. 46.3.12 pr.: *Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum cui mandatum est*. Sul tema cfr., da ultimo: Thomas, *A note on «falsus procurator»*, in *St. Grosso* 2 (1968) 409 ss.

CAPITOLO VI

LA « SUCCESSIO IN IUS »

SOMMARIO: 35. La *successio in ius*. — 36. La *vocatio ex testamento*. — 37. La *vocatio ab intestato*. — 38. La *vocatio contra testamentum*. — 39. L'effettuazione della *successio in ius*. — 40. Le conseguenze della *successio in ius*. — 41. La *successio mortis causa in singulas res*.

35. LA « SUCCESSIO IN IUS ».

35.1. La morte o la *capitis deminutio* (*maxima, media*) di un soggetto giuridico implicava, in astratto, la fine del suo *patrimonium*: quindi, a rigor di logica, non solo sarebbero dovute venir meno le *potestates* familiari del soggetto, ma i suoi diritti assoluti e relativi si sarebbero dovuti dissolvere, i suoi debiti si sarebbero dovuti estinguere, i culti familiari (i cd. « *sacra familiaria* ») sarebbero dovuti restare senza chi fosse tenuto ad accudirli e così via dicendo. Tutto ciò avrebbe avuto, peraltro, conseguenze pratiche rovinose per i suoi familiari, dannose per i suoi creditori, pregiudizievoli per l'ordine sociale:

35.1. La romanistica, quell'antica come la moderna, italiana in ispecie, offre pregevoli ma spesso incomplete trattazioni intorno alla successione *mortis causa*. Per la Pandettistica, si veda la monumentale opera del Glück, *Commentario alle Pandette* (continuata da Mühlenbruch, Fein ed altri, tr. it. di Serafini, Fadda, Cogliolo, Bonfante) lbb. 28 ss., ivi riferimenti alla letteratura precedente. La letteratura moderna è costituita da: Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 2 voll. (1900-1902, rist. 1949); Scialoja, *Diritto ereditario romano, Concetti fondamentali* (1934); Bonfante, *Corso di diritto romano*, 6. - *Le successioni: parte generale* (1930, rist. 1974); Segrè, *Ricerche di diritto ereditario romano* (1930); Solazzi, *Diritto ereditario romano*, 2 voll. (1932-1933); Biondi, *Istituti fondamentali del diritto ereditario romano*, 2 voll. (1946-48), e la nuova edizione, di molto ampliata, *Diritto ereditario romano, parte generale* (1954); Sanfilippo, *Evoluzione storica della « hereditas »* (1946); Robbe, *Diritto ereditario romano, I principi generali e fondamentali* I (1965); Voci, *Diritto ereditario romano*, I². - *Introduzione, parte generale* (1967), 2². - *Successione « ab intestato », successione testamentaria* (1963). Cfr. anche per visioni d'insieme e per altre indicazioni bibliografiche: Voci, sv. *Erede e eredità* (*dir. rom.*), in *ED.*; Impallomeni, sv. *Successioni* (*dir. rom.*), in *NNDI*.

basti pensare ai suoi beni, che sarebbero divenuti *nullius* e quindi aperti alla gara di coloro che volessero occuparli per primi. 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, ad altri soggetti giuridici, se del caso anche preventivamente designati dal defunto. Furono regole dapprima rudimentali, imperfette, limitate, essenzialmente volte a riservare il *patrimonium* del *pater* defunto alla sua *familia*. Ma queste regole furono poi sempre più elaborate, complete, minuziose, anche e soprattutto per il ricchissimo apporto che ad una materia di tanto vivo interesse pratico dette la giurisprudenza, a cominciare da quella pontificale.

35.1.1. Il termine che, sin da tempi assai risalenti, stette ad indicare nel loro complesso i cespiti patrimoniali ritenuti trasmissibili fu

---

35.1.1. Discorde è la dottrina relativamente alla individuazione della natura dell'*hereditas*. Le teorie del Bonfante (*L'origine dell'« hereditas » e dei « legata » nel diritto successorio romano, Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova, Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, ora in *Scr.* 1 [1916]) dividono tuttora gli studiosi in due schiere. Il Bonfante, partendo dalla considerazione della antica *familia* romana come organismo « politico », vide nell'erede soprattutto un successore nella potestà sovrana sopra il gruppo familiare o gentilizio: alle radici del sistema ereditario sarebbe stato in origine il *testamentum*, inteso come atto di designazione del successore da parte del capo del gruppo. Fra le prime critiche sono da ricordare quelle del Perozzi (cfr. *Istituzioni* 2², 442 ss.) e dell'Arangio-Ruiz (*Le genti e la città* [1914], ora in *Scr. dir. rom.* 1 [1974] 519 ss., e, in sintesi, *Istituzioni* 508 ss.), secondo i quali, viceversa, la successione sarebbe spettata in origine automaticamente ai discendenti del *pater* defunto (o, in mancanza di discendenti, ai più vicini collaterali del *pater*), mentre la successione testamentaria sarebbe sorta in epoca più recente come conseguenza del diritto concesso al privato di trasmettere il proprio patrimonio ad un estraneo, adottandolo *mortis causa* (εἰσποίησις). Cfr., sul tema: Robbe, *Riflessioni sulla teoria del Perozzi sull'« hereditas »: esame critico*, in *ANA*. 83 (1972) 451 ss. Si vedano poi, per le varie posizioni della dottrina, spec.: La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (1930); Korošek, *Die Erbenhaftung nach römischem Recht* 1 (1927); Rabel, *Die Erbrechtstheorie Bonfantes* (1930), ora in *Gesamm. Aufsätze* 4 (1971) 409 ss. (cfr. anche, ivi, 403 ss., la *rc.* a Korošec del 1929 per la *ZSS.*); Wlassak, *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*, in *SAW*. 1933. Discutibile concezione è quella illustrata dal Lévy-Bruhl, « *Heres* », in *Mél. De Visscher* 2 (1949) 137 ss., il quale, spogliando la teoria del Bonfante di ogni elemento patrimoniale, vede nell'*heres* il centro morale e giuridico dei *sui*, designato fra questi per testamento e provvisto di *potestas* sui germani. — Le dispute si collegano anche al problema della *hereditas* come *universitas*, il quale a sua volta è collegato alla ricostruzione dell'*in iure cessio hereditatis*. In argomento cfr.: Ambrosino, *La « in iure cessio hereditatis », Spunti per la valutazione della « hereditas »*, in *SDHI*. 10 (1944) 1 ss., e *Esercitazioni di "dommatica moderna" (risposte ai miei critici in tema di eredità)*, in *SDHI*. 17 (1951) 195 ss., che formula contro le visuali bonfantiane molti dubbi, cui hanno reagito, in vario modo: Betti, « *In iure cessio hereditatis* », « *successio in ius* » *e titolo di* « *heres* », in *St. Solazzi* (1948) 594 ss., e *La « in iure cessio hereditatis »*, in *RIDA*. 13 (1966) 97 ss.; De Martino, *Nota in tema di « in iure cessio hereditatis »*, in *St. Solazzi* cit. 568 ss.; Guarino, *Notazioni romanistiche*, 3. - « *In iure cessio hereditatis* », in *St. Solazzi* cit.

quello di « *hereditas* ». Dapprima l'*hereditas* fu limitata ai soli oggetti della *familia* del defunto (con esclusione dei *liberi*, che acquistavano, per effetto della sua scomparsa, l'autonomia familiare), di poi fu estesa anche alla *pecunia*, indi venne ritenuta inclusiva anche dei *sacra* e dei diritti relativi, infine fu portata ad implicare anche l'assunzione delle *obligationes* gravanti sul *paterfamilias* morto. Mai, peraltro, l'*hereditas* giunse a coincidere completamente col *patrimonium* del defunto: sia perché le *obligationes* di questi non si consideravano farne parte (la responsabilità degli eredi per i debiti del defunto era cosa diversa dai debiti stessi) e sia perché vi erano diritti che, per il loro carattere strettamente personale, erano ritenuti « intrasmissibili »: il diritto di *usus-fructus*, quello di *usus*, i crediti da *mandatum* ecc. Il soggetto o i soggetti cui l'*hereditas* in quanto tale (cioè in quanto complesso patrimoniale, distinto dai singoli cespiti) era trasmessa si dicevano « *heres* », « *heredes* ».

35.2. La giurisprudenza preclassica e classica inquadrarono acutamente il fenomeno ereditario nel più ampio concetto della *suc-*

---

21 ss. Le conclusioni a cui è pervenuto l'Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*. 1949, per molti versi concordi con quelle dell'Ambrosino, sono state a loro volta respinte da Scherillo, *La « in iure cessio hereditatis »*, in *St. Carnelutti* 4 (1950) 255 ss., e Solazzi, *La « in iure cessio hereditatis » e la natura dell'antica « hereditas »* (1952), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1974) 371 ss., a cui ha replicato l'Albanese, *Gai 2.34-37 e l'« in iure cessio hereditatis »*, in *AUPA*. 1953 (ma cfr. ancora Solazzi, *L'« obligatio » dell'erede in Gai 2.35-36* [1950], ora in *Scr.* cit. 673 ss.). Pregevoli sono anche gli studi del Biondi, *Obietto dell'antica « hereditas »* (1950), *La dottrina giuridica della « universitas » nelle fonti romane* (1955), e *« Universitas » e « successio »* (1956), ora in *Scr. giur.* 3 (1955) 411 ss., 119 ss., 451 ss., secondo il quale l'eredità fu concepita in un primo momento come *res corporalis*, poi come *res incorporalis* ed infine come *universitas*. Da ultimo: Robbe, *Su la « universitas »*, in *St. Barbagallo* 1 (1970) 539 ss., *Le definizioni delle fonti della « hereditas » ed i suoi due significati, La « in iure cessio hereditatis »*, in *St. Donatuti* 3 (1973) 1031 ss., e ancora (con parziali riproduzioni di precedenti scritti) *La « heredtas iacet » e il significato della « hereditas » in diritto romano* 1 (1975). Sul tema cfr. anche: Catalano, *« Successio in universum ius »*, in *AUCT*. 1946-1947; Gandolfi, *Sulla evoluzione della « hereditas » alla luce del regime dei « sacra »*, in *SDHI*. 21 (1955) 223 ss.; Franciosi, *« Usucapio pro herede », Contributo allo studio dell'antica « hereditas »* (1965); Torrent, *Cronología, finalidad y desaparición de la « in iure cessio hereditatis »*, in *St. Volterra* 3 (1971) 237 ss.; von Lübtow, *Die Übertragung des Rechts zur Antretung der Erbschaft und die Weiterverebung des Erworbenen Nachlasses*, in *St. Scherillo* (1972) 327 ss. — Sui *sacra* familiari cfr.: Zilletti, sv. *« Sacra »*, in *NNDI*., con bibliografia. — Sul *ius sepulchri* cfr.: De Dominicis, *Il « ius sepulchri » nel diritto successorio romano* (1966 e 1967), ora in *Scr.* (1970) 197 ss.

35.2. Sulle accezioni di *successio* v.: Gai 2.97-98: *Hactenus tantisper admonuisse sufficit quemadmodum singulae res nobis adquirantur. Nam legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus, opportunius alio loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur. Si cui heredes facti sumus, sive cuius bonorum possessionem petierimus, sive cuius bona emerimus, sive quem adoptaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt*; Iul. D. 50.17.62: *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod*

cessio 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 un'ipotesi di *successio in ius defuncti* (o *capite minuti*) da parte dell'*heres* (il *successor*). Per designare l'*antecessor* si usa anche l'espressione ellittica « *de cuius* » (da « *is de cuius hereditate agitur* »).

35.2.1. Probabilmente, fu la stessa giurisprudenza classica a porre in rilievo, messa su questa strada, che, al di fuori dei casi di *successio*

---

defunctus habuerit; Pomp. D. 29.2.37: *Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.* Sul tema cfr.: Ambrosino, « *Successio in ius* », « *successio in locum* », « *successio* », in *SDHI.* 11 (1945) 65 ss.; Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (1955) 227 ss., e « *Successio in ius* », in *SDHI.* 23 (1957) 1 ss.; von Lübtow, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts*, in *St. De Francisci* 1 (1956) 409 ss.; Robbe, *La « successio » e la distinzione fra « successio in ius » e « successio in locum »* 1 (1965). Da punti di vista particolari: Scherillo, *Successione ed estinzione dei rapporti giuridici*, in *St. De Francesco* 1 (1957) 595 ss.; Lambert, *Le patronat et la très ancienne succession romaine à la lumière de l'histoire comparée*, in *RH.* 34 (1956) 479 ss. Non convince la tesi, sostenuta anzitutto dal Bonfante e dal Longo (C.), *Sull'« hereditas » concepita come « universitas »*, in *St. Fadda* 1 (1905) 125 ss., secondo cui la terminologia classica fu « *successio in ius* », mentre l'inserzione di « *universum* » sarebbe stata operata in età postclassica (per la contrapposizione alla *successio in singulas res*): cfr., per la puntuale dimostrazione: Catalano, « *Successio* » cit.

35.2.1. Sulla *successio in ius inter vivos* v. Gai 3.82-84: *Sunt autem etiam alterius generis successiones, quae neque lege XII tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure, quod tacito consensu receptum est, introductae sunt.* (83) *Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierque in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debitae sunt, patri adoptivo coëmptionatorive adquiruntur, exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum quae per iusiurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio.* (84) *Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit quaeve in manum convenit, non transit ad coëmptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit: tunc enim, quia ipse pater adoptivus aut coëmptionator heres fit, directo tenetur iure; is vero, qui se adoptandum dedit quaeque in manum convenit, desinit esse heres. De eo vero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur neque coëmptionator, et ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit quaeque in manum convenit, maneat obligatus obligataque, quia scilicet per capitis deminutionem liberetur, tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis deminutione; et si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.* Cfr. anche Gai 3.77. Il punto di contatto tra la successione universale *mortis causa* e quella *inter vivos* era dato dal fatto che si operava un acquisto patrimoniale in massa (« *adquisitio per universitatem* »: Gai 2.97-98). — Si avverta, che la contrapposizione « *mortis causa - inter vivos* » non è delle fonti romane, ma è stata coniata, per comodità espositiva, dalla dottrina pandettistica. Nelle fonti romane l'espressione « *mortis causa* » si adatta ad ogni specie di negozi (anche *inter vivos*) che contengano la considerazione di un evento di morte: Cugia, *Indagini sulla dottrina della causa nel negozio giuridico, L'espressione « mortis causa » in di-*

in ius defuncti (cd. « *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*, la *successio* del *maritus* (o del suo *paterfamilias*) alla *mulier sui iuris* sottopostasi a *conventio in manum*, la *successio* (*iure honorario*) del *bonorum emptor* nei *bona* del fallito.

35.2.2. 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 a quel fenomeno accessorio dell'*hereditas* (e più precisamente, della *successio ex testamento*), che fu 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 » (cioè di acquisto da un precedente titolare, l'« alienante ») 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 con ciò che il *successor* succedeva nella posizione giuridica del defunto attraverso l'acquisto di tutto il complesso dei suoi diritti e doveri giuridici. 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*.

---

ritto romano (1910); Samper Polo, *La disposición « mortis causa » en el derecho romano vulgar*, in *AHDE*. 38 (1968) 87 ss. — Sull' *adrogatio*: *infra* n. 48.4. — Sulla *conventio in manum*: *infra* n. 47.4. — Sul *bonorum emptor*: *retro* n. 20.6.1. — Il modulo dell' *adquisitio per universitatem* è utilizzato da Gaio (2.97-98 cit.): *Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur.* (98) *Si cui heredes facti sumus, sive cuius bonorum possessionem petierimus, sive cuius bona emerimus, sive quem adoptaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt.*

35.2.2. È ormai generalmente ammesso il carattere postclassico della *successio in singulas res* e della concezione della *hereditas* come *universitas*. La estraneità, in diritto classico, dei *legata* alla *successio in ius defuncti* (e all'*adquisitio per universitatem*) risulta chiaramente da Gai 2.191, là dove, prima di passare alla teoria dei *legata*, di seguito a quella dell'*hereditas*, si dice: *quae pars iuris extra propositum quidem materiam videtur; nam loquimur de his iuris figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur* (dopo di che Gaio giustifica la trattazione dei *legata* col fatto che essi sono scritti nel *testamentum*). Comunque, per opportunità espositiva, noi adotteremo qui di seguito (in particolare nel n. 41) la terminologia « *successio mortis causa in singulas res* ». Cfr.: Scherillo, *Appunti sulla differenza tra eredità e legato*, in *AG*. 172 (1967) 3 ss.

35.3. La storia della *successio in ius defuncti* (peraltro, estremamente controversa, soprattutto riguardo all'età più vetusta) può essere approssimativamente ricostruita come segue.

35.3.1. Nel sistema del *ius Quiritium*, la morte (o *capitis deminutio*) del *paterfamilias* non importava la dissoluzione del suo *mancipium* perché 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* decidessero di scindere il *consortium*, ripartendosi le *res familiares*. È 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 (tra i *filii* o eventualmente anche tra *extranei*) che se ne appropriasse dopo la propria morte.

35.3. Il problema della successione *mortis causa* si pose ai romani sin dalla fase etrusca del periodo arcaico, in cui si venne formando la loro economia tipicamente individualistica, a carattere di autarchia familiare (v. *retro* nt. 8.5). La società quiritaria, pur dopo la fondazione della *civitas*, era ben lungi dal costituire un tutto unico, ma era piuttosto, come sappiamo, il frutto della coesistenza di tanti organismi familiari agnatizi economicamente autosufficienti, che vivevano gelosamente chiusi in se stessi, ciascuno sul proprio podere, attorno alla propria casa, utilizzando i propri attrezzi agricoli e i propri animali da giogo e da soma, esclusivamente fidando sulle capacità e sulle braccia dei propri membri liberi e di qualche cliente, se non anche di qualche sporadico schiavo acquistato sul campo di battaglia. Condizioni essenziali di vita per queste *familiae* erano la disciplina interna e l'esclusione di ogni sperpero dei loro oggetti di residenza, di produzione e di lavoro. All'esigenza di disciplina interna sopperiva il sistema del *pater familias*, che era considerato il capo del gruppo, titolare di un diritto di imperio relativo a tutti i familiari ed a tutti i beni della *familia*. All'esigenza di esclusione degli sperperi, che si presentava soprattutto in occasione della morte o della *capitis deminutio* del *pater*, sopperirono il sistema della *successio* e quello del *consortium*.

35.3.1. *Successio* e *consortium fratrum* furono inizialmente, per quel che sembra, esclusivamente espressioni dell'iniziativa privata. Se il *pater familias* aveva soltanto un figlio maschio, era nell'ordine naturale delle cose che questi, acquistando alla sua morte la soggettività giuridica, lo surrogasse nel *mancipium* sulle donne, sugli altri discendenti di grado ulteriore e su tutti i restanti elementi costitutivi dell'organismo familiare. Se di figli di primo grado il *pater* ne aveva più d'uno, era egli stesso, di solito, a preoccuparsi in vita di designare, mediante quella che fu poi detta la *institutio heredis*, chi dovesse subentrargli nella titolarità del *mancipium*: gli altri *filii*, pur essendo divenuti anch'essi *patres familiarum*, non potevano non avere interesse ad obbedire al successore. E se il *pater* eccezionalmente ometteva di designarlo, tutti i discendenti maschi di grado più vicino venivano ad essere parimenti provvisti di questa qualità, ma era normale che essi rimanessero volontariamente uniti in regime di indivisione (*consortium ercto non cito*), sotto la direzione di uno di loro, il più gradito a tutti (non necessariamente il più anziano): situazione che si protraeva, per l'utilità comune, almeno fino a quando l'incremento del potenziale economico della *familia* non rendesse conveniente la sua scissione in tante *familiae* per quanti

35.3.2. Il *ius legitimum vetus* (specie con le *leges XII tabularum*) disciplinò e precisò il regolamento originario in relazione alle molteplici *potestates* derivanti dalla dissoluzione del *mancipium* unitario delle origini, la quale si andava frattanto verificando. 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 pecuniaque* (facendo salvo il caso che una diversa attribuzione (sia delle *res familiares* che di quelle *non familiares*) fosse stata fatta prima di morire (mediante *legata*) dal *pater*.

35.3.3. Nel sistema del *ius civile*, soprattutto 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 *pater familias* 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 dall'espressa *exhere-*

---

fossero gli *heredes*. Col volgere dei tempi, ma sempre in epoca notevolmente risalente, la struttura economica di Roma si evolse verso un individualismo ancora più marcato. La produttività delle colture intensive e l'inizio di una attività di scambio determinarono la formazione, nelle mani di ogni provveduto *pater familias*, di ricchezza non strettamente necessaria alla vita dell'organismo familiare, ma utilizzabile per spese utili o voluttarie, o meglio ancora per i commerci: la *pecunia*. L'esigenza della conservazione dell'unità familiare si avviò, conseguentemente, a svanire e si iniziò, pertanto, la decadenza dell'istituto del *consortium*: meno assillati da quella stessa esigenza, i *patres familiarum* romani omisero più frequentemente di prima la designazione testamentaria del *suus heres*, o addirittura diseredarono i *sui heredes* a vantaggio di *heredes extranei*, cioè non appartenenti all'aggregato familiare. A mettere un po' d'ordine, in questa come in altre materie, intervenne allora la legislazione delle *XII tabulae*, la quale: disciplinò l'istituto della divisione ereditaria, divenuto ormai di applicazione frequente; e stabilì a chi dovesse spettare *ex lege* la *familia pecuniaque* del defunto nella ipotesi che mancassero *sui heredes* (figli o altri discendenti), né fosse stato lasciato un testamento. Su questi sviluppi (in gran parte ipotetici) v. *infra* n. 42.2-3.

35.3.2. Il testo comunemente accettato dei precetti decemvirali (XII tab. 4.4-5) è il seguente (cfr. *FIRA* 1.38): *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.* Noi riteniamo, tuttavia, che, nella sostanza, sia da prestarsi maggior fede a Cic. *de invent.* 2.50.148: *Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatorum gentiliumque esto.*

35.3.3. Sul sistema del *ius civile* cfr.: Lenel, *Zur Geschichte der « heredis institutio »*, in *Essays leg. hist.* (1913) 120 ss.; Coli, *Lo sviluppo delle varie forme di legato* (1920); Kübler, *Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom*, in *ZSS.* 41 (1920) 15 ss.; Leifer, *« Suus heres » und älteres Libraltestament*, in *Fs. Koschaker* 2 (1939) 227 ss.; Kaser, *Das altrömische « ius »* (1949) 147 ss.; Boyer, *Le droit successoral romain dans les oeuvres de Polybe*, in *RIDA.* 4 (1950) 169 ss.; Iglesias, *La herencia en el derecho romano y en el derecho moderno*, in *An. Acad. Matr. Notar.* (1952).

datio degli *heredes sui* e con l'intesa che l'*heres institutus* avesse la responsabilità dei suoi debiti e il carico di provvedere al culto dei *sacra* familiari. Subordinatamente all'*heredis institutio*, il *pater* (o, più in generale, la persona *sui iuris*) poteva inserire nel testamento *legata* od altre disposizioni particolari.

35.3.4. Il *ius honorarium* vivificò e migliorò notevolmente il sistema ereditario civilistico, soprattutto mediante l'istituto della *bonorum possessio*, che i *praetores* utilizzarono ad un triplice scopo: per estendere la *successio*, in mancanza di testamento, anche ad altri soggetti oltre quelli indicati dalla legislazione decemvirale (« *bonorum possessio sine tabulis* »); per favorire i successori indicati nel testamento ai fini dell'acquisizione e della tutela dei *bona* loro assegnati (« *bonorum possessio secundum tabulas* »); per ammettere alla *successio* anche soggetti che il *de cuius* avesse, nel suo testamento, tralasciato di nominare (« *bonorum possessio contra tabulas* »). Altri sviluppi della successione contro il testamento furono comportati, su suggestione della giurisprudenza preclassica e classica, dalla prassi giudiziale dei *centumviri*.

35.3.5. 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

---

35.3.4. Sulla successione secondo il *ius honorarium* cfr.: Biondi, sv. « *Bonorum possessio* », in *NNDI.* con bibliografia, a cui *adde*: Watson, *The law of succession in the later Roman Republic* (1971); Stiegler, « *Bonorum possessio ordinaria* » *und* « *straordinaria* », in *St. Volterra* 4 (1971) 231 ss. — La *bonorum possessio* costituiva oggetto di un grosso titolo dell'*edictum praetoris*: cfr. Lenel, *EP.*[3] tit. 25, § 142-165. Su di essa v.: I. 3.9; D. 37 e 38; CI. 6.1-20. Il tit. *de bonorum possessionibus* si divideva in due parti: una prima relativa all'ipotesi « *si tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae* » (argomenti: *bonorum possessio contra tabulas, de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita, collatio bonorum, collatio dotis* [?], *de coniungendis cum emancipato liberis eius, de ventre in possessionem mittendo, edictum Carbonianum, bonorum possessio secundum tabulas, de bonis libertorum, si quid in fraudem patroni factum sit, de liberis patroni, quibus bonorum possessio liberti non datur, si a parente quis manumissus sit, bonorum possessio ex testamento militis*) e una seconda relativa all'ipotesi « *si tabulae testamenti nullae extabunt* » (argomenti: *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde familia patroni, unde patronus patroni, unde vir et uxor, unde cognati manumissoris, de postumis*). Chiudevano il titolo tre paragrafi di carattere generale: *quibus non competit bonorum possessio* (es., Afr. D. 37.1.13: ... *bonorum possessio eis denegatur, qui rei capitalis damnati sunt* [*rell.*]), *ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur, quis ordo in possessionibus servetur*. — Sull'istituto, sotto altro profilo, v. *retro* n. 20.8. Per la *bonorum possessio secundum tabulas* v. *infra* n. 36.2.2, *sine tabulis infra* n. 37.3, e *contra tabulas infra* n. 38.3. Ivi altre referenze bibliografiche.

35.3.5. Sull'intervento del *ius novum*, oltre le trattazioni generali, cfr.: Dupont, *Les successions dans les constitutions de Constantin*, in *Iura* 15 (1964) 57 ss. V.: Paul. D. 50.16.138 (*Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur*); Paul. D. 50.17.117 (*Praetor bonorum possessorem heredis loco* [*in omni causa*] *habet*).

sistemi dell'*hereditas* e della *bonorum possessio*: sistemi che nella compilazione di Giustiniano si presentano ormai solo formalmente distinti.

35.4. Per potersi operare la *successio in ius defuncti*, occorreva 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* » e, in mancanza, la « *vocatio ab intestato* ». 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* ». Quando vi era un *testamentum*, era possibile, come abbiamo già detto, che singoli cespiti fossero attribuiti a singoli beneficiari mediante *legata*: verificandosi con ciò (secondo la sistematica postclassica) anche una « *successio in singulas res* » dei *legatarii*.

35.4.1. 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 disposto solo in ordine 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). Si diceva, pertanto, « *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* », volendosi significare che chi avesse testato solo *pro parte* aveva con ciò implicitamente escluso l'applicazione della successione *ab intestato*.

35.5. La morte di un soggetto giuridico poteva implicare, in casi particolari, un acquisto *mortis causa* di singoli suoi di-

---

35.4. A proposito della *vocatio ad hereditatem*, si tenga presente che le fonti parlano, più propriamente, di « *vocare ad hereditatem* », o anche (con riferimento alla concreta vocazione di un determinato soggetto) di « *deferre hereditatem (alicui)* »: v. *infra* n. 39.1. — Inammissibili, e quindi nulli, erano i cd. patti successorî, cioè le convenzioni con le quali si prestabilissero le sorti della futura *hereditas* di uno dei soggetti o di un terzo: « *de successione viventium nec de sua nec de aliena quemquam pacisci posse* » (LRB. 38.3). La ragione, del resto ovvia, si trova affermata in Pomp. D. 18.4.1: *Si hereditas venierit eius, qui vivit..., nihil est acti, quia in rerum natura non sit quod venierit.* Sul tema: Vismara, *Storia dei patti successorî*, 2 voll. (1941).

35.4.1. Sulla prevalenza della successione testamentaria cfr.: Daube, *The preponderance of intestacy at Rome*, in *Tulane L. R.* 1965. — Sulla regola « *nemo pro parte ... intestatus decedere potest* », di cui il Bonfante aveva fatto un caposaldo per la dimostrazione del carattere sovrano dell'antica *hereditas*, cfr. spec.: Senn, *La notion d'« heres suus » et la règle « nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest »*, in *RH.* 1958. Una ingenua spiegazione del principio vien data in D. 50.17.7: *Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est « testatus » et « intestatus »*. V. anche I. 2.14.5.

35.5. A proposito degli acquisti *mortis causa*, e dei negozi re-

ritti, da parte di un altro soggetto, indipendentemente da una *successio in ius defuncti* o di una cd. *successio mortis causa in singulas res.* Le ipotesi relative vanno distinte secondo due paradigmi: quello della *donatio mortis causa* e quello delle *mortis causa capiones.*

35.5.1. Per « *donatio mortis causa* » il diritto preclassico e classico intesero ogni negozio di donazione reale (implicante cioè il trasferimento del *dominium* dal donante al donatario), nel quale alla « *causa donationis* » si accompagnasse la « *causa mortis* », cioè la funzione di arricchire il donatario (con effetto immediato) in vista di un imminente pericolo di vita del donante e della premorienza di quest'ultimo al donatario: non realizzandosi il pericolo di morte, o premorendo comunque il donatario al donante, al donante spettava il diritto di riavere in proprio *dominium* gli oggetti donati. Le ipotesi di donazione fatta per mera « *cogitatio mortalitatis* » del donante e di donazione sospensivamente condizionata alla premorienza del donante (ipotesi entrambe valide) non costituivano per i classici casi di vera *donatio mortis causa.* Solo in periodo postclassico l'istituto fu genericamente configurato come una donazione (reale, obbligatoria, liberatoria) motivata da « *cogitatio mortalitatis* », oppure condizionata sospensivamente alla premorienza del donante o condizionata risolutivamente alla premorienza del donatario.

35.5.2. Per « *mortis causa capio* » si intese ogni altro acquisto *mortis causa,* che non avvenisse a titolo di *successio* e non avesse carat-

---

lativi, v. *retro* nt. 35.2.1. Ampia trattazione del tema spec. in: Robbe, *Dir. ered.* cit., con bibliografia, a cui *adde*: Wieacker, *Erlass-Schenkung « mortis causa » und « liberatio fideicommissa »*, in *St. Grosso* 5 (1972) 1 ss.

35.5.1. Sulla *donatio mortis causa* v.: D. 39.6 *(De mortis causa donationibus et capionibus)*; CI. 8.57. In particolare v. Ulp. D. 39.6.2 (itp.): *Iulianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminenti periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.* (Per il vero pensiero di Giuliano, v. Iul. 17 *dig.* D. 39.5.1). Sul tema esiste folta letteratura. Cfr., tuttavia: Alvarez (U.), *Contribución al estudio de las « donaciones mortis causa » entre cónyuges* (1941); Di Paola, *« Donatio mortis causa »*[2] (1969); Simonius, *Die « donatio mortis causa » im klassischen römischen Recht* (1958); Amelotti, *La « donatio mortis causa » in diritto romano* (1953), e sv. *Donazione « mortis causa » (dir. rom.)*, in *NNDI.*, nonché in *ED.*; Gaudemet, *« Perseverantia voluntatis »*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 139 ss.; Robbe, *Dir. ered.* cit. 35 ss.; Falaschi, *La « donatio mortis causa » nel diritto giustinianeo e nella LRW.*, in *AUCA.* 1965; Yaron, *« Donatio sola cogitatione mortalitatis »*, in *RIDA.* 13 (1966) 369 ss.

35.5.2. Sulle *mortis causa capiones:* Arias Bonet, *« Mortis causa capiones »*, in *AHDE.* 20 (1950) 781 ss.; Di Marzo, *Per la critica di due testi*, in *St. Albertario* 1 (1953) 533 ss.; Di Paola, *Sull'estensione delle leggi caducarie al « mortis causa capere »*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 485 ss. V. Marcell. D. 39.6.38: *Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia: nam mortis causa donatur quod praesens praesenti dat, mortis causa capi intellegitur [et] quod non cadit in speciem donationis*; Gai. D. 39.6.31: *Mortis causa*

tere di *donatio mortis causa*. Per esempio: l'acquisto di una somma di danaro versata al *capiens* da chi fosse stato istituito erede da un terzo sotto condizione appunto di beneficare preventivamente il *capiens*.

35.5.3. In età postclassica, la *donatio mortis causa* fu progressivamente assimilata, nel trattamento giuridico, ai *legata*, divenendo causa di *successio mortis causa in singulas res*. Non così fu invece, salvo che in qualche punto, per le *mortis causa capiones*.

36. La « vocatio ex testamento ».

36.1. 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 *sui iuris* in ordine alla sorte del suo *patrimonium* (trasmissibile) per il tempo successivo alla sua morte: « *testamentum est*

---

capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris quae proprio nomine appellantur.

35.5.3. L'assimilazione ai *legata* della *donatio mortis causa*, iniziatasi sin dall'età postclassica, fu totale in diritto giustinianeo: v. I. 3.7.1; Iust. CI. 8.53.35.5. Le *mortis causa capiones*, dapprima considerate estranee al diritto successorio, furono ritenute sottoponibili a talune regole di quest'ultimo (p. es., al computo ai fini della « *quarta Trebelliani* »), più che altro, per l'assimilazione alla *donatio mortis causa*. La tendenza postclassica a ritenere la *mortis causa capio* come una categoria generale, comprensiva della *donatio mortis causa*, risulta, ad esempio, dalla intitolazione di D. 39.6 (« *de mortis causa donationibus et capionibus* », su cui Soubie, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste* [1960] 86 ss.) e dall'interpolazione di D. 39.6.38 (*retro* nt. 35.5.2).

36.1. Sulla *vocatio ex testamento*, oltre alla letteratura citata *retro* nt. 35.1, cfr.: Kübler, sv. *Testament*, in *PW*.; Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*[2] (1955); Scherillo, *Corso di diritto romano, Il testamento* (lit., 1966-67). Utili sono altresì gli studi di sociologia ed ambientazione arcaica del fenomeno del testamento. Fra quelli entrati a far parte ormai del nostro patrimonio scientifico, cfr.: Wieacker, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung, Über die Anfänge des römischen Testaments* (1940); von Bolla, *Zur Geschichte der römischen Vermächtnisverfügungen*, in *ZSS*. 68 (1951) 502 ss.; Dekkers, *Over het outstaan van het Romeinse testament*, in *T*. 23 (1955) 21 ss.; Betti, *Wesen des altrömischen Familienverbandes (Hausgemeinschaft und Agnatengenossenschaft)*, in *ZSS*. 71 (1954) 1 ss.; da ultimo, Wistrand, *Arv och Testamenten i Romarnas Sociala Liv* (1966). — La definizione di *testamentum* è in Ulp. 20.1. V. anche Mod. D. 28.1.1: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* Già da questa definizione risulta che non bisogna confondere tra « *testamentum* » e « disposizione testamentaria »: il *testamentum* è un insieme di disposizioni testamentarie, cioè di negozi giuridici *mortis causa;* esso non è un negozio, ma solo la forma negoziale in cui una o più disposizioni testamentarie si manifestano. Sul punto: Díaz Bialet, « *Testamentum* », in *Romanitas* 3 (1961) 189 ss.; Biondi, *Impostazione del testamento nella giurisprudenza romana nei codici e nella dommatica moderna* (1966), poi in *Antologia giuridica* 1 (1968) 245 ss. Cfr. anche Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht* (1972).

mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat ».

36.2. I principali *testamenta* ordinari, che potevano cioè essere fatti da tutti i soggetti giuridici muniti di capacità, furono il *testamentum calatis comitiis*, il *testamentum per aes et libram*, il *testamentum iure praetorio factum*, il *testamentum tripertitum*. Sorvolando sul primo che era del tutto disapplicato in tempi storici, ci fermeremo sugli altri tre.

36.2.1. Il « *testamentum per aes et libram* », caratteristico del sistema del *ius civile*, fu un elaborato della giurisprudenza pontificale e

---

36.2. Per i documenti testamentari di cui disponiamo: Arangio-Ruiz, *Negotia* (= *FIRA*. 3) nn. 47-55 (con bibliografia); Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, 1. - *Le forme classiche di testamento* (1966) nonché *Testamenti ed atti paratestamentari nei papiri bizantini*, in *RIDA*. 16 (1969) 211 ss.; pratica silloge, Giuffrè, *Documenti testamentari romani* (1974). — Il ricordo del *testamentum calatis comitiis* è in Gai 2.101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu (rell.).* I comizi si riunivano in adunanza pubblico-religiosa (« *comitia calata* »), sotto la presidenza dei *pontifices*, il 24 marzo ed il 24 maggio di ogni anno. Non sappiamo se, in realtà, il popolo intervenisse come semplice testimone oppure fosse in grado di approvare o disapprovare la volontà del testatore. Quanto al contenuto, viene contestata la ricostruzione, a nostro avviso finissima, del Lenel *(Zur Geschichte* cit. spec. 120 ss.), secondo il quale il *testamentum calatis comitiis* conteneva sempre e soltanto disposizioni a titolo particolare mentre l'*heredis institutio* sarebbe stata caratteristica del *testamentum per aes e libram* (cfr. anche Paoli [J.], *Le testament « calatis comitiis » et l'adrogation d'Octave*, in *St. Betti* 3 [1962] 529 ss.). Su tutti i problemi, oltre alle trattazioni generali, cfr.: Kaser, *Das altrömische « ius »* cit. 148 ss.; Cosentini, *Studi sui liberti* 1 (1948) 17 ss.; Lemosse, *Remarques sur le testament romain primitif*, in *Iura* 3 (1952) 224 ss.; Stojcevic, *La fonction du testament « calatis comitiis »*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 240 ss. — A nostro avviso, il *testamentum calatis comitiis* coincideva spesso con l'*adrogatio* di un altro *pater familias* da parte del *testator* privo di discendenza: questo, infatti, procurandosi un *filius*, si procurava automaticamente un *heres suus (ab intestato)*: v. *infra* n. 48.4. Ma non è da escludere che vi fossero *testamenta calatis comitiis* fatti di soli *legata*.

36.2.1. Del *testamentum per aes et libram* la fonte principale di conoscenza (vero è che ci sono pervenuti due originali quasi intatti: quelli di Antonio Silvano e del veterano C. Longino Castore) è costituita da Gai 2.102-108. La dichiarazione di impegno del *familiae emptor* era la seguente: « *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 empta* ». Le parole della *nuncupatio* erano: « *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* ». — Sulla storia dell'istituto, la bibliografia è vastissima, ma i problemi sono ancora oggi in buona parte insoluti. Per i rapporti con la legislazione decemvirale, cfr. spec.: Coli, *Il testamento nella legge delle XII Tavole* (1956), ora in *Scr.* (1973) 613 ss. Tra i problemi più dibattuti è quello dell'interpretazione della norma decemvirale (XII Tab. 5.3 [ma v. anche Gai 2.104]) menzionante la « *familia* » e la « *pecunia* ». Cfr., da ultimo, Volterra, *Ancora sul problema della « familia » romana*, in *RISG*. 6 (1952-1953) 402 ss. Per l'origine greca della forma testamentaria cfr. spec.: Goldmann, *Das Alter des römischen Testa-*

consistette in una ingegnosa applicazione della *mancipatio*. Il testatore mancipava in blocco il proprio patrimonio (« *familia pecuniaque* ») ad un amico (« *familiae emptor* »), dandogli l'incarico di distribuirlo, dopo la propria morte, a persone da lui designate mediante una contestuale dichiarazione (« *nuncupatio* »). Per far sì che l'obbligo del *familiae emptor* acquistasse carattere giuridico, costui pronunciava a sua volta un solenne impegno di eseguire fedelmente l'incarico. In età storica era prevalente 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 testatoris* in un riferimento al contenuto delle *tabulae*. Il *testamentum* puramente orale (cd. « *testamentum per nuncupationem* », in senso proprio) cadde, pertanto, praticamente in desuetudine, pur senza essere mai abolito.

36.2.2. Il « *testamentum iure praetorio factum* » derivò dall'iniziativa del *praetor urbanus* di concedere la *possessio* dei *bona defuncti*

---

ments, in *ZSS*. 51 (1931) 223 ss. — Sul problema se la scrittura avesse funzione probatoria, o dispositiva, cfr.: Arangio-Ruiz, *Intorno alla forma scritta del « testamentum per aes et libram »*, in *ACIV*. 3 (1953) 79 ss.; Guarino, *La scrittura nel « testamentum per aes et libram »*, in *St. Paoli* (1955) 377 ss., e *La forma orale e la forma scritta nel testamento romano*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 55 ss.; Archi, *Oralità e scrittura nel « testamentum per aes et libram »*, in *St. De Francisci* 4 (1956) 287 ss. — Sul carattere segreto del testamento cfr.: Arangio-Ruiz, *Il testamento di Antonio Silvano e il senato-consulto di Nerone* (1952), ora in *St. ep. e pap.* (1974) 382 ss.; Macqueron, *Le Sc. Néronien et le caractère secret du testament*, in *RH*. 35 (1957) 459 ss.; ma v. Guarino, *Note sul testamento segreto romano* (1968), poi in *St. Santoro-Passarelli* 6 (1972) 487 ss. — Circa i requisiti d'efficacia formali, cfr. la informatissima sintesi del Dulckeit, « *Plus nuncupatum minus scriptum* », in *ZSS*. 70 (1953) 100 ss. Su singoli aspetti e problemi, cfr. ancora: Lévy-Bruhl, *Nature de la « mancipatio familiae »*, in *Fs. Schulz* 1 (1951) 253 ss., e *Autour de la « mancipatio familiae »*, in *ACIV*. 3 (1953) 67 ss.; infine gli studi del Solazzi, *Testamenti « per nuncupationem »* (1951), *Ancora del testamento nuncupativo* (1952), *Una data per la storia del testamento romano?* (1953), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 423 ss., e 6 (1972) 212 ss., 262 ss.

36.2.2. La concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* in base al cd. testamento pretorio ci è attestata sin dall'età ciceroniana almeno. La norma pretoria sarebbe stata la seguente (Cic. *Verr*. 2.1.45.117): *Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo*. Ma v. Costa, *Cicerone giureconsulto* I² (1927) 219 s., per l'anteriorità dell'editto rispetto a Cicerone, nonché per la credibilità delle infrazioni ad esso apportate da Verre (che, secondo l'arpinate, avrebbe fatto a meno per la prima volta dell'esibizione del documento, accontentandosi della prova della sua esistenza, mentre tale facilitazione appare consolidata nell'editto dell'età adrianea: v. D. 37.11.1.2, D. 38.6.1.3, e cfr. Lenel, *EP*.³, 342, 348 s.). Gai 2.147-148 (v. anche Ulp. 28.6) presenta il fenomeno come utilizzazione di *testamenta « non ... per omnia inutilia »* (ma v. *retro* nt. 29.5.1); in I. 2.10.2 (v. già Paul. 4.8.2) la prospettiva è cambiata, e nel breve *excursus* storico Giustiniano parla di una nuova forma di testamento: ... *Postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est; iure enim honorario nulla*

(« *bonorum possessio secundum tabulas* ») a coloro che fossero stati beneficiati in un *testamentum* civilistico manchevole della 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.

36.2.3. 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 *bonorum possessio*. Esso doveva essere redatto e sottoscritto dal *testator* in presenza di sette testimoni (ai quali il

---

emancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum iure civili signa testium non erant necessaria. Il numero di sette *signa* si suppone che fosse richiesto sin dall'origine, tale essendo il numero dei partecipanti alla *mancipatio (familiae)*, a parte il *mancipio dans*, cioè il *testator*. Circa la riforma di Antonino Pio, v. Gai 2.119-120. Sull'istituto cfr. spec.: Solazzi, *Gordiano e il testamento orale pretorio*, (1947-1948), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 472 ss.; Di Marzo, *Gordiano e il testamento orale pretorio*, in *SDHI.* 16 (1950) 289; Archi, « *Testamentum civile* », « *testamentum praetorium* », in *St. Paoli* (1955) 11 ss:; Voci, *Testamento pretorio* (1967), poi in *St. Grosso* 1 (1968) 99 ss.

36.2.3. Sulle trasformazioni postclassiche del testamento cfr. spec.: Arangio-Ruiz, *La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizi* (1906); David, *Über die Form des ordentlichen, schriftlich abgefassten Privattestaments zur Zeit des Dominats*, in *ZSS.* 52 (1932) 314 ss.; Archi, « *Testamentum civile* » cit.; Kaser, *Privatrecht* 2. — Sul *testamentum tripertitum* in particolare: Riccobono, *Fusione del « ius civile » e del « ius praetorium » in unico ordinamento*, in *Fs. Zitelmann* (1922) spec. 503 ss. V. I. 2.10.3: *Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi, constitutum est, et uno eodemque tempore, quod ius civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur: ut hoc ius tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris.* — Altri tipi di testamenti ordinari postclassici furono: 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 (nel qual caso si parlava di « *testamentum principi oblatum* »). Sul *testamentum per nuncupationem* v. CI. 6.23.21.4, I. 2.10.14 (su cui Solazzi, *Testamenti « per nuncupationem »* cit., e *Ancora del testamento* cit.). Sul *testamentum per holographam scripturam* v. NovTh. Valent. 21.2.1 e Isidoro, *Orig.* 5.24.7. In ordine alla introduzione del *testamentum apud acta conditum* v. CI. 6.23.19.

contenuto dell'atto poteva anche essere tenuto segreto) e i suggelli dei testimoni servivano a garantirne la autenticità.

36.3. 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 soprattutto in considerazione dei molti provinciali 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 avessero materialmente assistito alla sua scrittura; il « *testamentum ruri conditum* », postclassico, cui erano sufficienti cinque testimoni, in considerazione dello spopolamento delle campagne.

36.3. Per il *testamentum in procinctu* v. Gai 2.101: ... *in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus (rell.)*, su cui cfr. spec.: Zocco Rosa, *Il « testamentum in procinctu »* (1910). Poco verosimile, a nostro avviso, l'ipotesi dello Scherillo, *Appunti sulla differenza tra eredità e legati* cit. 12 s., secondo il quale il *testamentum in procinctu* si differenziava da quello *calatis comitiis* per essere fatto davanti ai *comitia centuriata* e per avere pertanto la funzione di permettere anche ai *plebeii* (esclusi dai comizi curiati) la *institutio heredis*. A parte il dubbio circa l'alta antichità della *institutio heredis*, vero è che l'« *expeditus et armatus exercitus* » era probabilmente l'*exercitus centuriatus* (cui erano ammessi anche i *plebeii*), ma l'*exercitus centuriatus* era chiamato in causa come *exercitus*, « *cum belli causa arma sumebant* », e non come *comitia*. Sul punto: Guarino, *La rivoluzione della plebe* (1975) 109 ss. Cfr. ancora Scherillo, *Appunti sul testamento « in procinctu » in diritto romano*, in *Scr. Giuffrè* 1 (1969) 781 ss. — Sul *testamentum militis* v. Gai 2.109-111 (lacunoso): *Sed haec diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam constitutionibus principum remissa est. Nam quamvis neque legitimum numerum testium abhibuerint neque vendiderint familiam neque nuncupaverint testamentum, recte nihilo minus testantur. Praeterea permissum est iis et peregrinos et Latinos instituere heredes vel iis legare, cum alioquin peregrini quidem ratione civili prohibeantur capere hereditatem legataque, Latini vero per legem Iuniam. Caelibes quoque, qui lege Iulia hereditatem legataque capere vetantur, item orbi, id est qui liberos non habent, quos lex Papia plus quam dimidias partes hereditatis legatorumque capere vetat, ex militis testamento solidum capiunt.* Altre fonti: D. 29.1 *(De testamento militis)*; CI. 6.21. Cfr.: Fitting, *Das Soldatentestament* (1886); Arangio-Ruiz, *L'origine del « testamentum militis » e la sua posizione nel diritto romano classico* (1906), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1974) 19 ss., e *Un « liber mandatorum » da Augusto ad Antonino Pio*, in *Atene e Roma* 3 (1922) 221 ss.; Guarino, *Sull'origine del testamento dei militari in diritto romano*, in *RIL.* 1938-1939; Hernández Gil, *El testamento militar* (1946); von Bolla, *Aus römischem und bürgerlichem Erbrecht* (1950), e *Zum römischen Militärtestament*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1952) 273 ss.; Solazzi, *Diritto di accrescimento e testamento dei militari* (1954), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 541 ss.; Chevailler, *Notes sur le testament militaire dans la doctrine des jureconsultes classiques et dans la législation impériale*, in *Varia, Ét. dr. rom.* (1956) 1 ss.; Meyer, *« Testamentum militare » und Erbrecht*, in *Jahrb. d. Basler Juristenfak.* 1959-1960; Scherillo, *D. 1.4.3 (Giavoleno, l. 13 Ep.) e il testamento militare*, in *St. Volterra* 3 (1971) 613 ss. — Per il *testamentum tempore pestis conditum* si legga CI. 6.23.8. — Per il *testamentum ruri conditum* si legga la costituzione del 534 in CI. 6.23.31.

36.3.1. Agevolazioni varie furono concesse, in età postclassica, anche ai ciechi, agli analfabeti, a coloro che testassero a favore della chiesa o per 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 nell'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.

36.4. Il *testamentum* civilistico, nella sua forma più evoluta, e gli altri testamenti ordinari ebbero come disposizione iniziale ed essenziale

---

36.3.1. Per i testamenti dei ciechi, degli analfabeti, e per le disposizioni a favore del culto, v. rispettivamente: CI. 6.22.2, dell'anno 521 dell'imperatore Giustino, confermata da Giustiniano in I. 2.12.4; CI. 6.22.21.1; CI. 1.2. Cfr.: Murga, *Donaciones y testamentos « in bonum animae »* cit., e *Los negocios « pietatis causa » en las constituciones imperiales postclásicas*, in *AHDE*. 37 (1967) 245 ss. — Sul *testamentum parentis inter liberos*, soprattutto in ordine alle vicende della riforma da Costantino a Teodosio II ed a Giustiniano, cfr.: Solazzi, *L'origine del « testamentum inter liberos »* (1944), ora in *Scr. dir. rom.* 4 (1962) 501 ss.; Arangio-Ruiz, *Successione testamentaria* cit. 163 ss., e *Divisione di ascendente in un papiro di Tebtynis* (1959), ora in *St. ep. e pap.* (1974) 571 ss.

36.4. La qualificazione dell'*heredis institutio* riferita nel testo è di Gai 2.229, nel quale si precisa pure che « *testamenta vim ex institutione heredis accipiunt* » (per la vicenda del valore dell'istituzione d'erede cfr. spec.: Archi, *Contributo alla critica del « Corpus iuris », CI. 6.23.24 e I. 2.20.34 in tema di « heredis institutio »*, in *Iura* 5 (1954) 171 ss. Circa le forme dell'*heredis institutio*, v., a titolo d'esempio, Gai 2.117 e CI. 6.23.15 (l'attribuzione a Costantino è contestata: cfr. Biondi, *Successione testamentaria* cit. 219 nt. 2): Gai 2.117: *Sollemnis autem institutio haec est: « Titius heres esto »; sed et illa iam conprobata videtur: « Titium heredem esse iubeo »; at illa non est conprobata: « Titium heredem esse volo »; sed et illae a plerisque inprobate sunt: « Titium heredem instituo », item « heredem facio »*; CI. 6.23.15 pr.-2: *Quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexa. Nec enim interest, si dicatur: « heredem facio », vel « instituo », vel « volo », vel « mando », vel « cupio », vel « esto », vel « erit », sed quibuslibet confecta sententiis quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit sollemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis, uti liberam habeant facultatem.* Per le fonti: D. 28.5 *(De heredibus instituendis)*; CI. 6.24, I. 2.14. Sul tema cfr.: Lenel, *Zur Geschichte der « heredis institutio »* (1913), ora anche in *Labeo* 12 (1966) 358 ss.; Albanese, *La successione* cit. 315 ss.; Sanfilippo, *Studi sull'« hereditas »*, in *AUPA*. 1937, 142 ss.; Maschi, *La solennità della « heredis institutio »*, in *AE*. 17 (1937) 197 ss., e *Ancora sulla solennità dell'« heredis institutio » nel diritto romano*, in *Scr. Giuffrè* 1 (1967) 643 ss.; Vismara, *Appunti intorno alla « heredis institutio »*, in *St. Besta* 3 (1939) 301 ss.; e, per la storia dell'istituto nell'età postclassica, « *Heredem instituere* » (1940); Vogel, *Über die bedingte Erbeinsetzung von « sui heredes » nach « ius civile »*, in *ZSS*. 68 (1951) 490 ss.; von Bolla, *Zur Geschichte der römischen Vermächtnisverfügungen*, in *ZSS*. 1951; Solazzi, « *Heredis institutio cum cretione* » *e giustizia salomonica* (1955), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 694 ss.; per una sintesi,

(« *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: per il *ius civile*, l'espressa « *exheredatio* » degli *heredes sui* che il testatore volesse escludere dalla *successio* (« *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* »); per il *ius honorarium*, l'*exeredatio* di tutti i *liberi* non istituiti. *Institutio* ed *exheredatio* reclamavano l'uso di *verba sollemnia*: solo con Costantino (320 d.C.) fu ammesso che la volontà di istituire e di diseredare potesse risultare attraverso l'uso di « *quaecumque verba* ». La diseredazione esplicita dei *sui heredes* (o dei *liberi*) era dettata ovviamente, sopra tutto alle origini (e prima che si profilasse, come vedremo a suo tempo, la impugnabilità del cd. « *testamentum inofficiosum* »), dalla esigenza di richiamare il testatore alla grave responsabilità che si assumeva non istituendo eredi le persone della sua discendenza.

36.4.1. La qualità di « *heres institutus* » o « *scriptus* » postulava l'attribuzione a lui di tutto il patrimonio ereditario (onde era detto « *heres ex asse* ») o di una quota dello stesso: in quest'ultima ipotesi, mancando o venendo meno gli eredi per le quote rimanenti, andava in applicazione il principio « *nemo pro parte testatus rell.* ». L'istituzione di erede, pertanto, non poteva avere riferimento ad un cespite determi-

---

Palmieri, sv. *Istituzione di erede* (*dir. rom.*), in *NNDI.* — Sulla *exheredatio* v. I. 2.13; D. 28.2. In dottrina cfr.: Burdese, sv. *Diseredazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Cancelli, sv. *Diseredazione* (*dir. rom.*), in *ED.* con bibliografia, a cui *adde*: Palmieri, *Osservazioni minime in tema di « exheredatio »*, in *St. Biondi* 2 (1965) 615 ss.; Wurm, *Apokeryxis, « abdicatio » und « exeredatio »* (1972). Cfr. anche *infra* n. 38. I maschi venivano diseredati *nominatim* (« *quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto* »), le femmine anche *inter ceteros* (Gai 2.130-132; Ulp. 22.18). — Anche per i *postumi sui*, cioè per i figli nati al testatore dopo la sua morte (e quindi in quel momento già concepiti) valeva la regola « *aut instituendi aut exheredandi* ». Equiparati ai *postumi* (cioè « *postumorum loco* ») erano: i nipoti nati dopo la morte del testatore ad un figlio dello stesso che gli fosse premorto (cd. « *postumi Aquiliani* », individuati da Aquilio Gallo); i figli nati al testatore dopo la confezione del testamento e prima della morte (cd. « *postumi Vellaeani* », individuati dalla *lex Iulia Vellaea* del 26-28 d.C.), i nipoti nati ad un figlio dopo la confezione del testamento ma prima che il figlio premorisse al testatore (cd. « *postumi Iuliani* », individuati da Salvio Giuliano). Prudenza voleva, ad evitare che il testamento andasse *ruptum*, che queste categorie di *postumorum loco*, se non istituite, fossero diseredate *inter ceteros*.

36.4.1. La *heredis institutio ex re* conta numerosi e notevoli contributi di studio, ma i problemi, storici e d'inquadramento dogmatico, sono tutt'altro che risolti. Cfr.: David, *Studien zur « heredis institutio ex re certa »* (1930); Beseler, *Romanistische Studien*, in *St. Riccobono* 1 (1936) 294 ss.; Ciapessoni, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, in *St. Bonfante* 3 (1930) 722 ss.; Cohen, *« Heredis institutio ex re certa » and a new will of roman typ*, in *Trans. of Am. Philol. Ass.* 1937; Sanfilippo, *Studi* cit. 227 ss.; Sciascia, *Note critiche sulla « institutio excepta re »*, ora in *Varietà giur.* (1956) 1 ss.

nato (« *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.

36.4.2. La *institutio heredis* poteva essere subordinata a condizione sospensiva, ma non poteva essere fatta a termine, cioè non poteva avere efficacia limitata nel tempo. Ciò perché non era concepibile che, una volta acquistata la qualità di *heres*, la si potesse poi perdere: « *semel heres semper heres* ». Pertanto, il *dies* (iniziale o finale che fosse) si considerava non apposto.

36.5. A prescindere da svariati tipi di disposizioni particolari, tutte successive e subordinate all'*heredis institutio*, il *testamentum* poteva

---

36.4.2. Per le clausole accidentali apposte all'*heredis institutio*, si legga I. 2.14.9: *Heres et pure et sub condicione instituti potest. Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti « post quinquennium quam moriar » vel « ex kalendis illis » aut « usque ad kalendas illas heres esto »: diemque adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset.* V. *retro* n. 33.3. — Il principio « *semel heres semper heres* » è di formulazione non romana ed è ricavato da Gai D. 28.5.89. Esso non valeva per il *testamentum militis*.

36.5. Sui modi di *substitutio heredis* v.: Gai 2.174-184; I. 2.16.1; D. 28.6 (*De vulgari et pupillari substitutione*): CI. 6.26, I. 2.15-16. — La formula tipo della *substitutio vulgaris* era la seguente: « *Titius mihi heres esto; si Titius mihi heres non erit, tunc Seius (mihi) heres esto* ». Usualmente il testatore fissava un termine per la *cretio*, designando il *substitutus* per l'ipotesi di mancata accettazione: Gai 2.174. In dottrina cfr.: Solazzi, « *Vulgaris substitutio* » (1950) e *Postilla a « vulgaris substitutio »* (id.), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 249 ss., e 6 (1972) 601 s.; Robbe, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico* (1953); Voci, *Esegesi di IP. 3.4 B. 4.5*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 510 ss. — La formula tipo della *substitutio pupillaris* era la seguente: « *Si Titius filius meus* (ed eventualmente: *heres meus*) *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* »). La *substitutio pupillaris* (che poteva essere disposta anche in ordine al *filius postumus*) non implicava necessariamente che il *filius* fosse stato istituito *heres*: il *pater* poteva anche diseredarlo e tuttavia nominargli un *substitutus* (Gai 2.182), ad evitare che i beni da lui comunque acquistati andassero ai suoi eredi legittimi. Pertanto era possibile (e di uso comune) che la *substitutio pupillaris* fosse disposta in un testamento separato (« *secundae tabulae* » o « *tabulae inferiores* »: Gai 2.181), che era poi considerato « *pars et sequela paterni testamenti* » (v. I. 2.16.5: *adeo ut, si patris testamentum non valeat, ne filii quidem valebit*). Molto discusso è se i giuristi classici abbiano tutti ritenuto, in caso di istituzione del figlio da parte del *pater*, che il *substitutus* fosse erede del figlio o invece del *pater*. Sul tema abbondano gli scritti specialmente in riferimento alla *causa Curiana* (ricordata, con minuzia, da Cicerone) ed alla *constitutio divi Marci et Veri* (v. D. 28.6 pr.-2): nella prima fu deciso che una *substitutio*

anche contenere la designazione di un erede di riserva: *substitutio heredis*. Di questa si conoscevano due tipi: la *substitutio vulgaris* e la *substitutio pupillaris*. La « *substitutio vulgaris* » era la nomina di un altro o di altri *heredes* « sostituti », per il caso che l'*heres institutus* premorisse al *testator* o comunque non acquistasse l'eredità. La « *substitutio pupillaris* » era la nomina di un *heres* al discendente impubere (« *pupillus* »), per il caso che questi morisse prima di raggiungere la pubertà e quindi prima di acquistare la capacità di testare a sua volta.

36.6. La capacità di testare (cd. « *testamenti factio* attiva ») seguiva le regole generali della capacità giuridica e della capacità di agire, salvo qualche specifica singolarità. In particolare: non potevano testare gli *impuberes*, ma potevano testare le *mulieres*; erano esclusi dalla *testamenti factio* i *latini Iuniani*, ma vi erano ammessi i *filiifamilias* (in ordine al *peculium castrense* e, in diritto postclassico, al *peculium quasi castrense*) e i *servi publici* (in ordine a metà del proprio peculio).

36.7. La capacità di essere *vocati ex testamento* (cd. « *testamenti factio* passiva ») spettava a tutti i soggetti giuri-

---

pupillaris inutile valesse come *vulgaris;* con la seconda fu stabilita la bivalenza di ogni tipo di sostituzione. Ma sono ancora in discussione i problemi d'origine e di struttura. Cfr.: Costa, *La natura giuridica della sostituzione pupillare*, in *BIDR*. 6 (1893) 245 ss.; La Pira, *La sostituzione pupillare*, in *St. Bonfante* 3 (1930); Wolff, *Die Pupillarsubstitution*, in *St. Riccobono* 3 (1936) 271 ss.; Wàzny, *La sostituzione pupillare nella giurisprudenza classica*, in *BIDR*. 46 (1939) 68 ss., e *Note critiche ed esegetiche alla sostituzione pupillare*, in *BIDR*. 47 (1940) 31 ss.; Perrin, *La substitution pupillaire à l'époque de Cicéron*, in *RH*. 27 (1949) 335 ss. e 518 ss.; Solazzi, « *Unum testamentum duarum hereditatum* » (1955), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 595 ss.; Voci, *La sostituzione pupillare nel diritto romano*, in *AG*. 149 (1955) 190 ss. — Sulla *causa Curiana*, in particolare, cfr.: Giuffrè, *L'utilizzazione dei negozi giuridici mediante « conversione » in diritto romano* (1965) 107 ss.; Wieacker, *La « causa Curiana » e gli orientamenti della giurisprudenza coeva*, in *Antologia giuridica* 1 (1968) 111 ss. Sul *testamentum inofficiosum*: *infra* nt. 38.1 e n. 38.4.

36.6. Sulla *testamenti factio* attiva cfr.: Krüger, « *Testamenti factio* », in *ZSS*. 53 (1933) 505 ss.; Biondi, *Successione testamentaria* cit. 83 ss. Cfr. anche: Solazzi, *I lucidi intervalli del furioso* (1923), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1957) 545 ss., e, *contra*, Lenel, « *Intervalla insaniae* », in *BIDR*. 33 (1933) 227 ss., nonché in *ZSS*. 45 (1925) 517; Leuregans, « *Testamenti factio non privati sed publici iuris est* », in *RH*. 53 (1975) 225 ss. Si leggano, per un orientamento, le seguenti fonti: Ulp. 20.12: *Impubes, licet sui iuris sit, facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum iudicium animi habet*; Ulp. D. 28.1: *Obsides testari non possunt, nisi eis permittitur*; Ulp. 20-10: *Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed divus Augustus ... constituit, ut filius familiae miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit*; Ulp. 20.14: *Latinus Iunianus, item is, qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest; Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitus est; is autem, qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suae testetur*; CI. 6.22.9: *Furiosum in suis indutiis ultimum concedere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit.*

36.7. La *testamenti factio* passiva attende ancora uno studio or-

dici. Potevano essere istituiti anche gli schiavi del testatore, purché il *testamentum* contemplasse anche la loro *manumissio*. Schiavi e *filii* di altri *patres familiarum* potevano essere istituiti, ma con l'effetto di far acquistare il compendio al loro *pater familias*. L'istituzione di soggetti non ancora venuti in vita (« *postumi* »), che anticamente non era ammessa, fu pienamente riconosciuta in età classica: sia riguardo ai « *postumi sui* » (i quali dovevano anzi essere, se non istituiti, almeno *exheredati*); e sia, *iure honorario* (quindi ai fini della *bonorum possessio*), riguardo ai « *postumi alieni* », cioè riguardo ai nascituri (già concepiti) che non sarebbero stati *in potestate* del testatore se questi fosse sopravvissuto. Di regola, per altro, la capacità di essere istituiti doveva sussistere nei cd. « *tria momenta* »: il momento della confezione del *testamentum*, il momento della morte del *testator* e quello dell'acquisizione successoria.

36.8. 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.

36.8.1. Secondo il *ius civile*, il *testamentum* (*per aes et libram*) non poteva essere revocato che mediante la confezione di un nuovo e di-

---

ganico. Si cfr. peraltro, per gli spunti che offrono: Robbe, *I postumi nella successione testamentaria romana* (1937); Di Paola, *Sulla estensione delle leggi caducarie* cit.; Guizzi, *Miti e politica nella capacità successoria del « populus Romanus »*, in *Labeo* 8 (1962) 169 ss.; Murga, *El testamento en favor de Jesucristo y de los santos en el derecho romano postclassico y Justinianeo*, in *AHDE*. 35 (1965) 357 ss. — Per la differenza fra *testamenti factio* passiva, incapacità di succedere ed *indignitas*: Nardi, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano* (1937), e *La « incapacitas » delle « feminae probrosae »*, in *SSA*. 1939; Guizzi, sv. « *Capacitas* », in *NNDI*. Cfr. anche *infra* n. 39.4-5. — Per quanto riguarda l'istituzione degli schiavi v. Gai 2.185-187: *Sicut autem liberi homines, ita et servi, tam nostri quam alieni, heredes scribi possunt. Sed noster servus simul et liber et heres esse iuberi debet, id est hoc modo: « Stichus servus meus liber heresque esto », vel: « heres liberque esto ». Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona eius non constitit ideoque licet alienatus sit, non potest iussu domini novi cernere hereditatem.* — Sui *postumi sui* v. *retro* nt. 36.4. — Le cd. *incertae personae* (o, più precisamente, i beneficiari non identificabili *a priori* con sufficiente certezza) mancavano della capacità di ricevere per testamento anche *legata*: Gai 2.238. Tali erano il *populus Romanus Quiritium* (salve eccezioni) e i *municipes* di un certo *municipium*. Altri esempi: « *qui primus* (o *quicumque*) *ad funus meum venerit* »; « *qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt* »; « *quicumque filio meo in matrimonium filiam suam conlocaverit* ».

36.8. Sulla revoca testamentaria cfr.: Bozzoni, *Il testamento romano primitivo e la sua revocabilità* (1904); Bohaček, *Il problema della revoca non formale del testamento*, in *St. Bonfante* 4 (1930) 307 ss.; Sanfilippo, *Studi* cit. 73 ss.; De Sarlo, *Gai 2.151 e la natura della revoca testamentaria non formale*, in *AG*. 136 (1949) 102 ss., e *Il principio « prius testamentum rumpitur cum posterius perfectum est »*, in *AG*. 142 (1952) 69 ss.; Gandolfi, « *Prius testamentum ruptum est* », in *St. Betti* 3 (1962) 211 ss. Per aspetti particolari v. anche *infra* nt. 41.6.1.

36.8.1. Sulla revoca *iure civili* v.: Ulp. 23.2: *Rumpitur testamentum*

verso *testamentum*, a seguito del quale il *prius testamentum* era « *ruptum* ». Chi avesse testato una volta non aveva, dunque, la possibilità di trarsi indietro e di lasciare il passo alla *successio ab intestato*: valeva per lui, a dir così, il principio « *semel testator, semper testator* ».

36.8.2. Secondo il *ius honorarium*, che considerava il *testamentum* essenzialmente dal punto di vista documentale, il *testator* poteva revocare il testamento anche distruggendo le tavole testamentarie (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* ».

36.8.3. 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.

36.9. 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 verificasse, dopo la sua confezione, la nascita di un *suus heres* (« *adgnatio postumi* »), che il *testator* non avesse avuto la

---

mutatione, id est si postea aliud testamentum iure factum sit; Gai 2.151: ... *Apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti, non ideo nihilo minus desinent valere quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit.*

36.8.2. Sulla revoca *iure honorario* v.: Gai 2.151*a*: ... *Si quis ab intestato bonorum possessionem petierit, et is, qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem, per exceptionem doli mali repelletur; si vero nemo ab intestato bonorum possessionem petierit, populus scripto heredi quasi indigno auferet hereditatem, ne ullo modo ad eum quem testator heredem habere noluit perveniat hereditas; et hoc ita rescripto imperatoris Antonini significatur.* Insomma, l'erede testamentario era respinto, nel conflitto con chi chiedesse la *bonorum possessio sine tabulis*, mediante un'*exceptio doli mali*. Un rescritto di Antonino Pio stabilì che, non presentandosi nessuno a chiedere la *bonorum possessio ab intestato*, il patrimonio fosse devoluto al *populus*, cioè all'*aerarium* (come per gli *indigni*).

36.8.3. Sulla revoca in età postclassica v.: Theod. Valent. CI. 6.23.21.5-5*a* (= NovTh. 16.7); Iust. CI. 6.23.27.

36.9. Per i diversi modi di inefficacia sopravvenuta del testamento v., ad es.: Gai 2.144-146, 2.47 (v. anche I. 3.1.7). — A complemento dei cenni dati nel testo, in tema di terminologie, va aggiunto che si parlava di « *testamentum iniustum* » (o « *non iure factum* ») quando difettava la *testamentifactio* attiva o passiva, oppure era in difetto la forma (caso anche detto del « *testamentum imperfectum* »); si parlava di « *testamentum inritum* » per l'*iniustum* e per il *ruptum*, ma sopra tutto per il *testamentum* divenuto invalido per sopravvenuta perdita della *testamentifactio*.

previdenza di istituire o di diseredare come postumo, o quando (abbiamo detto) fosse revocato da un *posterius testamentum*.

36.10. 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 portare solo disposizioni fedecommissarie. 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*).

36.10.1. Non di rado il *testamentum* era munito della cd. « clausola codicillare », mediante la quale il *testator* disponeva che, per l'ipotesi di invalidità del *testamentum*, il documento valesse come *codicilli* e le

---

36.10. Per la storia dei *codicilli* v. l'*excursus* che ce ne dà Giustiniano, in I. 2.25 pr.: *Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius implesset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.* Per i *codicilli ab intestato* v.: D. 29.4.6 pr.; I. 2.25.1. Per quelli *confirmati* v.: Paul. 4.14.2; D. 29.7.8 pr.; D. 29.7.20 (per l'accessorietà del codicillo testamentario rispetto al testamento v. D. 29.3.11: ... *codicilli pars intelleguntur testamenti* [*rell.*], e D. 29.7.14 pr.: ... *codicilli pro parte testamenti habentur* [*rell.*], nonché D. 29.7.3.2, D. 29.7.16 [fine] e D. 29.7.2.2). Circa il divieto di istituire o diseredare nei codicilli, v. per tutti Gai 2.273: ... *codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint (rell.)* Sull'istituto cfr. spec.: Scariata Fazio, *La successione codicillare* (1939); Guarino, « *Pauli de iure codicillorum liber singularis* », in *ZSS.* 62 (1942) 208 ss., e *Isidoro di Siviglia e l'origine dei codicilli*, in *SDHI.* 10 (1944) 317 ss.; Biondi, sv. *Codicillo* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, con altra letteratura.

36.10.1. Numerosi sono gli esempi di clausole codicillari pervenuteci. V., fra le tante, l'elegante formula trascritta da Scevola (in D. 31.88.17): « *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas* ». La clausola codicillare poteva essere, però, espressa nei modi più varî, e poteva essere ricavata dal contesto delle disposizioni testamentarie; tuttavia, è da più fonti univocamente ribadito che essa non si presumeva: Ulp. D. 29.7.1: *Saepissime rescriptum et constitutum est eum, qui testamentum facere opinatus est nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse (rell.).* Non si confonda il fenomeno giuridico provocato dalla clausola codicillare con le disposizioni testamentarie in più forme (es.: manomissione espressa in modo diretto e quale fedecommesso, ecc.), e con quello della conversione degli atti giuridici (v. *retro* nt. 29.5.1).

disposizioni in esso contenute acquistassero pertanto valore di *fideicommissa*.

36.11. Il *testamentum* soleva essere depositato dal *testator* presso un amico o in un *templum*. Morto il *testator* si procedeva, su iniziativa del depositario o di qualunque altro interessato, alla apertura del *testamentum*, che consisteva nella rottura del *linum* e nella *recitatio* delle disposizioni, il tutto alla presenza di testimoni. La *lex Iulia de vicesima hereditatum*, dell'età di Augusto, nell'introdurre l'imposta successoria del 5 %, regolò minuziosamente la procedura relativa, stabilendo che l'apertura delle *tabulae* dovesse essere fatta davanti alla « *statio vicesimae* », cioè davanti all'ufficio preposto alla riscossione della *vicesima*.

37. La « vocatio ab intestato ».

37.1. Quando il *de cuius* fosse morto « *intestatus* », cioè senza lasciare un *testamentum* utilizzabile (con il relativo contenuto della *heredis institutio* e della *exheredatio*), aveva 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.

37.2. A termini del *ius civile*, al *pater familias* defunto *intestatus* succedevano in primo luogo, per natura di cose, i suoi discen-

---

36.11. Sull'apertura del *testamentum* cfr.: Martini, *Sulla presenza dei « signatores » all'apertura del testamento*, in *St. Grosso* 1 (1968) 485 ss.; Archi, *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano*, in *Iura* 20 (1969) 337 ss. V. D. 29.3 (*Testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur*). — Sulla *lex Iulia de vicesima hereditatum* (5 d.C.?), che attribuiva l'imposta all'erario militare, v. PS. 4.6.3. Cfr.: Luzzatto, sv. « *Vicesima hereditatum et manomissionum* », in *NNDI*.

37.1. Sulla *vocatio ab intestato* v.: Gai 3.1-87; I. 3.1-12. — Per la nozione di *intestatus* v. I. 3.1 pr.: *Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit aut non iure fecit aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est aut nemo ex eo heres extitit.*

37.2. Sulla *vocatio ab intestato iure civili* oltre alla letteratura citata *retro* nt. 35.1, cfr.: Lenel, *Rechtsstellung des « proximus » und der « gentiles » im altrömischen Erbrecht*, in *ZSS.* 37 (1914) 128 ss.; Kübler, *Das Intestaterbrecht* cit.; Brassloff, *Intestaterbrecht und Noterbrecht der Frauen in der Zeit römischer Republik*, in *St. röm. Rechtsgesch.* 1 (1925) 35 ss.; La Pira, *La successione* cit.; Kirk, « *Suus heres* », in *ZSS.* 58 (1938) 161 ss.; Carcaterra, *La successione intestata dell'« adgnatus » nella legge delle XII tavole*, in *AUBA.* 1939; Leifer, « *Suus heres* » cit.; Lepri (M.F.), *Ancora qualche parola a proposito di « sui » e di « adgnati »*, in *St. Solazzi* (1949)

denti *in potestate* di primo grado (*filii in potestate, uxor in manu*), che appunto con la sua morte acquistavano la soggettività giuridica, divenendo (se maschi) capi di altrettante *familiae* derivate (« *stirpes* »). Essi si dicevano « *sui heredes* » e acquisivano l'*hereditas* (o la rispettiva quota di *hereditas*) automaticamente, 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* (e dalla *nurus in manu*), 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 quest'ultimo. Se, infine, dopo la morte del *de cuius*, nasceva qualche figlio da lui concepito (« *postumus suus* »), questo era ammesso a pari titolo degli altri *heredes sui* al conseguimento di una quota di *hereditas*.

37.2.1. In mancanza di *sui heredes*, l'*hereditas* era attribuita all'« *adgnatus proximus* », cioè al collaterale più vicino al *sui iuris* defunto

---

229 ss.; Lévy-Bruhl, « *Heres* » cit. 136 ss., e « *Intestatus* », in *St. Albertario* 1 (1953) 543 ss.; von Lübtow, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen* cit.; Yaron, *Two notes on intestate succession*, in *T.* 25 (1957) 385 ss.; Stojcevic, « *Adgnatus proximus* », in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 416 ss.; Franciosi, *L'« heres extraneus » e le dodici tavole*, in *Labeo* 10 (1964) 352 ss.; Tomas y Valiente, *La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes*, in *AHDE.* 36 (1966) 189 ss.; Robbe, « *Quodam modo domini existimantur* »?, in *ANA.* 1965, e sv. « *Postumi* », in *NNDI.* Per la nostra opinione: *Notazioni romanistiche*, 2. - *La « lex XII Tabularum » e la tutela* (1949), e 5. - « *Sui* » *e* « *adgnati* » *nelle « XII Tabulae »* (1949), ora in *Le origini quiritarie* (1973) 237 ss., 254, nonché *Rc. a Lepri*, in *SDHI.* 10 (1944) 411 ss., e « *Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis* » *e la compilazione di D. 38.10*, in *SDHI.* 10 (1944) 267 ss. A titolo esemplificativo, si v. Coll. 16.2.1-5 (che integra una lacuna del principio del terzo commentario delle *Institutiones* gaiane): *Intestatorum hereditates ex lege XII Tabularum primum ad suos heredes pertinent. Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptivi* (*rell.*); Gai 3.7-8: *Igitur cum filius filiave et ex altero filio nepotes neptesve extant, pariter ad hereditatem vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit* (*rell.*). — I versetti delle *XII tabulae* sono riferiti *retro* nt. 35.3.2. È ovvio che solo i *patres familiarum* (non le donne *sui iuris*) potevano avere *heredes sui*.

37.2.1. Sulla successione degli *adgnati gentilesque* v. Gai 3.9-17 (in particolare, quanto alla esclusione di una *successio graduum* fra gli *adgnati*, Gai 3.11-12). La cosa non deve stupire perché è probabile che nella legge decemvirale, gli *adgnati* e i *gentiles* non fossero considerati *heredes*, ma semplici acquirenti del compendio patrimoniale (« *familia pecuniaque* »). Fu la giurisprudenza pontificale successiva a specificare che l'*adgnatus proximus* avesse, tra tutti i *gentiles*, l'onore e l'onere di succedere a titolo ereditario. — Regole particolari ricorda Gai 3.14 in ordine alla successione legittima delle donne. Alla donna morta *ab intestato* (la quale, come abbiamo detto, era priva per definizione di *sui heredes*) succedevano gli *adgnati gentilesque* secondo la norma. Viceversa potevano succedere *ab intestato*, come « *proximus adgnatus* », soltanto le sorelle (« *consanguineae* ») e non *adgnatae* di grado ulteriore: *Itaque soror fratri sororive legitima heres est, amita vero et fratris filia legitima heres esse non potest. Sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae nacta est.*

(il fratello, o in mancanza il primo cugino, ecc.). L'*adgnatus proximus* non acquistava *ipso iure*, ma era libero di accettare o meno il patrimonio ereditario. Se non lo accettava, l'*hereditas* non era, peraltro, attribuita all'*adgnatus* di grado ulteriore, ma era assegnata a tutti i membri *sui iuris* 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 ritenuta *res nullius*.

37.2.2. Regole speciali vigevano per i « *liberti* », i quali, essendo pervenuti alla soggettività giuridica dallo stato di schiavitù o da quello di *liber in causa mancipii*, erano privi di collaterali. Se non vi erano *heredes sui*, l'*hereditas* andava al « *dominus manumissor* » (o *patronus*) o nell'ipotesi dei *liberi in mancipio*, al « *parens manumissor* ». Non accettando costui o essendo egli premorto al *de cuius*, l'*hereditas* era attribuita ai discendenti di lui.

37.3. A termini del *ius honorarium*, la « *bonorum possessio intestati* » (o « *sine tabulis* ») veniva promessa ad un novero di successibili assai più ampio di quello previsto dal *ius civile*, e cioè a quattro classi graduate (« *ordines* ») di successibili: *liberi, legitimi, cognati, vir et uxor*. La *bonorum possessio sine tabulis* era caratterizzata, a differenza della successione civilistica, da una completa « *successio ordi-*

37.2.2. La *vocatio ab intestato liberto* (le cui principali fonti di cognizione sono: XII Tab. 5.8; Gai 3.40 ss.; Ulp. 29; NovTh. Val. 24; CI. 6.4.4; I. 3.6.10 e 3.7), specialmente a causa delle interessanti riforme che la riguardarono dalle XII tav. alla *lex Papia Poppaea* ai provvedimenti di Valentiniano III e di Giustiniano, è stata oggetto di notevoli studi, fra i quali si ricordano soprattutto quelli del Lavaggi, *La successione dei « liberi patroni » nelle opere dei liberti*, in *SDHI.* 11 (1945) 237 ss., *La successione della liberta e il Sc. Orfiziano*, in *SDHI.* 12 (1946) 175 ss., *La « bonorum possessio intestati liberti »*, in *SUC.* 1943-1946, *La successione nei beni dei liberti nel diritto postclassico* (1947), *La « lex Iulia et Papia » e la successione nei beni della liberta*, in *SSA.* 1948, *Ancora in tema di « bonorum possessio intestati liberti »*, in *St. Albertario* 2 (1952) 569 ss. Cfr., da ultimo: Samper, *« De bonis libertorum », Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto*, in *AHDE.* 41 (1971) 149 ss.

37.3. Sulla *vocatio ab intestato iure honorario* v.: Gai 3.25 ss.; Ulp. 28.7 ss.; D. 38.6-8 e 11; CI. 6.14-15 e 18; I. 3.1.9.13; I. 3.5. In dottrina cfr.: Lenel, *EP.*[3] 355 ss.; Nardi, *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di « connubium »* (1938); Cosentini, *Breve nota sull'origine dell'« edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius »*, in *St. Solazzi* (1949) 219 ss. Per la comprensione del sistema successorio onorario, anche in rapporto al *ius novum*, cfr. inoltre: Denoyez, *La possession « pro herede » aut « pro possessore » dans l'interdit « quorum bonorum »*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 287 ss.; La Rosa, *Appunti sull'editto Carboniano*, in *AUCT.* 1951-1953; Lavaggi, *Modifiche legislative postclassiche al senatoconsulto Tertullianо*, in *Scr. Jovene* (1954) 749 ss.; Solazzi, *Studi romanistici*, 4. - *« Bonorum possessio ex Sc. Pegasiano »?* (1948), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 179 ss.; Pastori, *La definizione della « bonorum possessio »*, in *St. De Francisci* 3 (1956) 595 ss.; Diaz Bialet, *« Ius bonorum possessionis »*, in *RSADR.* 1957-1958; da ultimo, Meinhart, *Die bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes*, in *St. Kaser* (1973) 111 ss. — Gli *ordines* erano qualificati « *unde liberi* », « *unde legitimi* » ecc. perché si sottintendeva « *vocantur* ».

num et graduum »: i quattro *ordines* erano subordinati l'uno all'altro, ma non si passava all'*ordo* successivo se non fossero stati esauriti i *gradus* interni a quello precedente. Inoltre la successione *iure honorario* era concessa (*data*) sempre a richiesta dell'interessato.

37.3.1. L'*ordo* « *unde liberi* » era costituito da tutti i discendenti (« *liberi* ») del *de cuius*, fossero o non fossero *in potestate* di lui al momento della sua morte: quindi, sia dai *sui heredes*, che da coloro che fossero stati *emancipati* dal *pater familias* prima della morte. Ai « *postumi sui* » era parimenti assegnata una quota: se la *datio possessionis* era effettuata dal *praetor* agli altri richiedenti prima della loro nascita, la quota era accantonata in attesa della nascita e affidata all'amministrazione di un *curator ventris* (cd. « *bonorum possessio ventris nomine* »). La *bonorum possessio* dei *liberi* era concessa, di regola, « *cum re* ».

37.3.2. L'*ordo* « *unde legitimi* » era costituito dai successibili *iure civili* (cioè dagli « *heredes legitimi* ») nell'ordine di preferenza fissato dalle *XII tabulae*: gli *heredes sui* (se già non avessero chiesto e ottenuto i *bona* come *liberi*), subordinatamente l'*adgnatus proximus*, subordinatamente ancora i *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.

37.3.1. Sull'*ordo* « *unde liberi* » v.: D. 38.6 (*Si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi*); CI. 6.14. L'elenco dei « *liberi* » ammessi a chiedere la *bonorum possessio* era il seguente: i *sui hederes* (sia *naturales* che *adoptivi*), i quali dunque cumulavano il titolo civile e quello pretorio; gli *emancipati* dal defunto, purché fossero ancora *sui iuris* al momento della *datio*; i *filii in adoptionem dati* ad altro *pater familias*, se fossero diventati *sui iuris* al tempo della morte del *de cuius*; i figli dei *filii* premorti o *capite deminuti*; i *postumi sui* (cioè in quanto figli o nipoti del *de cuius*). — La chiamata dei *liberi* che non fossero *sui heredes* era effettuata dal *praetor* in base ad una *fictio suitatis*, cioè fingendosi che essi fossero *sui heredes* (Gai 3.26). Appunto a causa della *fictio suitatis* (la quale realizzava un concorso dei *liberi* all'*hereditas* civilistica) la *bonorum possessio unde liberi* era *cum re*. — Sulla *missio ventris in possessionem* v. D. 37.9. — Uno speciale editto dell'avanzata età classica (*de coniungendis cum emancipato liberis eius*: D. 37.8) dispose che, se il *de cuius* avesse emancipato un figlio trattenendo in sua potestà i *nepotes*, questi ultimi dovessero partecipare alla *bonorum possessio* non come *sui heredes*, ma come *liberi* dell'*emancipatus*. In altri termini all'*emancipatus* doveva essere attribuita una sola quota, da ripartirsi tra tutti i suoi *filii* (sia quelli rimasti in potestà dell'avo, che quelli sottoposti alla *potestas* dell'emancipato): tuttavia ai *nepotes in potestate avi* (divenuti con la morte di questo *sui iuris*) spettava una metà di tale quota. Sul punto: Cosentini, *Breve nota* cit. — Un *edictum Carbonianum* (D. 37.10, CI. 6.17) stabiliva che, se fosse contestata ad un impubere la sua qualità di *liber*, la *bonorum possessio* dovesse essere a lui concessa a titolo provvisorio, rinviandosi l'accertamento all'epoca della pubertà. Cfr.: La Rosa, *Appunti* cit.; da ultimo, Stiegler, « *Bonorum possessio* » cit., e *Statusstreit und Kindeserbrecht, Probleme des « edictum Carbonianum »* (1972).

37.3.2. Sull'*ordo* « *unde legitimi* » v.: D. 38.7; CI. 6.15.

37.3.3. L'*ordo* « *unde cognati* » era costituito dai parenti di sangue (« *cognati* »), in linea collaterale maschile o femminile, sino a tutto il sesto grado. La *bonorum possessio* dei *cognati* era sempre « *sine re* ».

37.3.4. L'*ordo* « *unde vir et uxor* » era costituito dal coniuge superstite del *de cuius* ed era « *sine re* ».

37.3.5. Ove il *de cuius* fosse un *manumissus* (in particolare, un *libertus*): nell'*ordo* « *unde liberi* » erano chiamati per metà i *liberi* veri e propri e la *uxor in manu* e per l'altra metà il *patronus*; nell'*ordo* « *unde legitimi* » erano chiamati gli eredi civili (compresi, dunque, il patrono e la patrona); nell'*ordo* « *unde cognati* » erano chiamati i parenti di sangue. Subordinatamente, ottenevano la *bonorum possessio* la *familia patroni* e i parenti non agnatizi del patrono.

37.4. Il *ius novum*, classico e postclassico, introdusse vari ritocchi al sistema civilistico, non solo per adeguarlo ai principi della successione *iure honorario*, ma anche e sopra tutto per integrarlo e correggerlo là dove esso presentava la sua lacuna più grave: la insufficiente valorizzazione della *cognatio* come fondamento della *successio ab intestato*. Vanno particolarmente segnalati, a questo riguardo, i due senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano, del sec. II d.C., con i quali si provvide ad assicurare la successione della madre ai figli e dei figli alla ma-

---

37.3.3. Sull'*ordo* « *unde cognati* » v.: D. 38.8; CI. 6.15; I. 3.5. Dei *cognati* di settimo grado erano ammessi alla *bonorum possessio* i soli « *sobrino nati* », cioè i nipoti dei cugini. Sulla *cognatio* v. *retro* n. 23.6.4.

37.3.4. Sull'*ordo* « *unde vir et uxor* » v.: D. 38.11; CI. 6.18. Questa *bonorum possessio* era concessa a colui o a colei che fosse tuttora coniuge del *de cuius* al momento della sua morte. Cfr.: Nardi, *La reciproca posizione successoria dei coniugi* cit.

37.3.5. Su tutta la complessa (e disordinata) materia della *bonorum possessio intestati liberti* v. Gai 3.39-54, e cfr. gli studi di Lavaggi, *La « bonorum possessio »*, e *Ancora in tema* citt. (*retro* nt. 37.2.2).

37.4. Sul contributo del *ius novum* cfr. spec.: Meinhart, *Die « Senatus consulta Tertullianum » und « Orphitianum » in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht* (1967); Volterra, *Il senatoconsulto Orfiziano e la sua applicazione in documenti egiziani del III secolo d.C.*, in *Atti Congr. int. papirologia* (1967). — In particolare, sui *senatus consulta Tertullianum* e *Orfitianum*, v.: I. 3.3 e 4; D. 38.17; CI. 6.56 e 57. Prima di questi due senatoconsulti, il figlio poteva succedere *iure civili* alla madre (e viceversa) solo nell'ipotesi che la madre fosse stata *in manu* del *pater* di lui, e quindi solo a titolo di *adgnatus proximus*; altrimenti la successione era possibile *iure honorario*, ma solo nell'*ordo* « *unde cognati* » e *sine re*. Ecco dunque che il *SC. Tertullianum* (dell'età di Adriano) cominciò con lo stabilire che la madre, purché munita del *ius liberorum*, fosse ammessa in ogni caso all'*hereditas* del *filius* (pur essendone semplice *cognata*) tra i *sui heredes*. Dopo di che il *SC. Orfitianum* (178 d.C.) stabilì, per reciproco, che i figli di primo grado (non però gli ulteriori discendenti) di una *de cuius* di sesso femminile partecipassero alla *successio ab intestato* di lei in qualità di *adgnatus proximus* (e quindi prima, e con esclusione, dei collaterali agnatizi).

dre. In conseguenza di questi due senatoconsulti, la madre e i figli furono portati dal pretore a far parte dell'*ordo* « *unde legitimi* ».

37.5. 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: discendenti in linea maschile e femminile; ascendenti e fratelli germani (questi ultimi parificati ai genitori); fratelli per parte di un solo genitore (consanguinei o uterini); 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.

38. LA « VOCATIO CONTRA TESTAMENTUM ».

38.1. Di *vocatio contra testamentum* (o di «successione necessaria») si parla in senso approssimativo, e comunque

---

37.5. Sul sistema giustinianeo cfr. spec.: Arangio-Ruiz, *Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiri* (1913), da ultimo in *Scr. dir. rom.* 1 (1974) 463 ss.; Bossowski, *Die Novelle 118 Justinians und deren Vorgeschichte*, in *Fs. Koschaker* 1 (1939) 181 ss.; Biondi, *Diritto romano cristiano* 3 (1954) 178 ss. Cfr. anche: Bonini, *Il « iusiurandum a moriente de modo substantiae suae praestitum » (Nov. Iust. 48)* (1969), poi in *St. Grosso* 5 (1972) 137 ss. — Le regole della successione secondo le Novelle sono state sintetizzate dai pratici medioevali in quattro versi: « *Descendens omnis succedit in ordine primo / Ascendens proprior, germanus, filius eius / Tunc ex uno frater, quoque filius eius / Denique proximior reliquorum quisque superstes* ».

38.1. Sulla *vocatio contra testamentum*, oltre alla letteratura citata *retro* nt. 35.1, cfr.: Racz, *Les restrictions à la liberté de tester en droit romain* (1934); Düll, sv. *Noterbrecht*, in *PW.*; von Woess, *Das römische Erbrecht und die Erbenwärter* (1911); La Pira, *La successione* cit. 309 ss.; von Lübtow, *Die Entwicklung* cit. 511 ss.; Robbe, *I postumi nella successione testamentaria romana* (1937) spec. 211 ss. Per taluni profili particolari cfr.: Ilmenau, *Das Pflichtteilsrecht des « patronus » und des « parens manumissor »* (1868); Solazzi, *La revoca degli atti fraudolenti* 2³ (1945) 82 ss. Altre referenze bibliografiche *infra* nt. 38.4. — La comune dottrina suole parlare, in ordine alla *vocatio contra testamentum*, di successione necessaria e distingue tra « successione necessaria formale », che è quella volta a tutelare il diritto dei *sui heredes* o più in generale dei *liberi* a non essere omessi nel *testamentum* (sia pure per essere diseredati e per non ottenere nulla del patrimonio del testatore: *infra* n. 38.2-3), e « successione necessaria materiale », che è quella volta a tutelare il diritto dei più stretti parenti ad ottenere in ogni caso qualcosa di concreto del patrimonio del testatore che non li abbia beneficati (*infra* n. 38.4). Diversa impostazione è quella di Di Lella, « *Querela inofficiosi testamenti* ». *Contributo allo studio della successione necessaria* (1972), secondo cui la successione necessaria fu in ogni caso « materiale »: dapprima si affermò il principio di un « sindacato di merito » esercitato dai *centumviri* in ordine ai testamenti (cd. *testamenta inofficiosa*), quando risultassero diseredati o preteriti i parenti più stretti senza un plausibile motivo, e solo in seguito, sullo scorcio dell'età preclassica, si affermò la regola generale « *sui heredes* (o *liberi*) *aut instituendi sunt aut exheredandi* », regola da intendersi pertanto anch'essa in senso « materiale » (cioè nel senso che il testatore dovesse assumersi la esplicita responsabilità di diseredare i

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 *ius privatum* 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*.

38.2. La *praeteritio* degli *heredes sui*, cioè l'omissione degli stessi nel testamento, il non tener conto di essi né per istituirli né per diseredarli, costituiva una violazione, da parte del *testator*, della regola civilistica « *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* ». Questa regola, secondo l'interpretazione largheggiante della giurisprudenza preclassica e classica, implicava, per colui che non volesse istituire i *sui heredes*: l'obbligo di diseredare nominativamente, con indicazione specifica dei nomi (« *nominatim* ») i *filii* maschi di primo grado esistenti al momento della sua morte; l'obbligo di diseredare cumulativamente (« *inter ceteros* », con la formula « *ceteri omnes exheredes sunto* ») gli altri discendenti *in potestate* (le *filiae* femmine, l'*uxor in manu*, i nipoti, ecc.). La mancata diseredazione nominativa di un *filius* maschio importava l'invalidità del *testamentum* e l'apertura della *successio ab intestato*. La mancata diseredazione dei *ceteri sui heredes* invalidava solo parzialmente il *testamentum*, perché conferiva ai *praeteriti*: il diritto di concorrere in parti eguali con i *sui* istituiti alla divisione dell'*hereditas*; quando non vi fossero *sui* istituiti, il diritto di ottenere la metà del patrimonio attribuito con il testamento mancante della *exheredatio*.

38.3. La *praeteritio liberorum* era prevista dal *ius honorarium*. Questo, infatti, più rigoroso del *ius civile*, esigeva dal

---

suoi discendenti). Noi concordiamo nel ritenere che il principio « *sui heredes* (o *liberi*) *aut instituendi aut exheredandi* » non fosse espressione di puro formalismo, ma manifestazione della esigenza sociale di responsabilizzare il *testator* nell'ipotesi che non ritenesse di istituire i *sui heredes*: pensiamo peraltro che, se la tendenza a contestare il *testamentum* in quanto *inofficiosum* si fosse già affermata in precedenza, essa avrebbe assorbito (e resa quindi inutile come regola autonoma) il principio della necessaria diseredazione formale dei *sui heredes* e (si noti bene: anche e con maggior rigore) dei *liberi*. Al più può credersi che posteriore o coeva alla formazione della giurisprudenza in tema di inofficiosità del *testamentum* sia stata la « formulazione » esplicita, da parte della giurisprudenza, di un principio ben più antico. V. *retro* n. 36.5.

38.2. La regola circa il divieto di *praeteritio* degli *heredes sui* si legge in Ulp. 22.14. Sul modo di diseredazione e sulle sanzioni per mancata *exheredatio* v.: Gai 2.127-128; Ulp. 22.20 e 22. Per l'ipotesi di preterizione di un « *postumus suus* » v. *retro* nt. 36.4.

38.3. Sulla *praeteritio* dei *liberi* v.: Gai 2.135; Ulp. 22.23. — La *bonorum possessio contra tabulas* era la prima ad essere considerata nel titolo edittale *de bonorum possessionibus* (v. *retro* nt. 35.3.4): il *praetor*, per l'ipo-

testator che diseredasse *nominatim* tutti i *liberi* di sesso maschile (sia *sui* che *emancipati*), che non intendesse istituire; solo per i *liberi* di sesso femminile era ammessa la diseredazione *inter ceteros*. La *praeteritio* del *filius* maschio *in potestate* implicava anche per il *ius honorarium* la nullità del *testamentum*: per conseguenza il pretore concedeva la *bonorum possessio intestati cum re* a tutti i *liberi* che ne facessero richiesta. Viceversa 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* », anche essa *cum re*. È 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.

38.4. La violazione dell'*officium pietatis* era ravvisata nel fatto che il *testator* (non solo maschio, ma anche femmina) non avesse provveduto o sufficientemente provveduto ai suoi più stretti parenti, anche se si trattasse di semplici *cognati*. Probabilmente costoro nei primi tempi esercitarono contro gli eredi istituiti la *petitio hereditatis* allo scopo di ottenere dai *centumviri* (cioè dai giudici competenti per le questioni ereditarie) l'attribuzione, sia pure in violazione dello stretto *ius civile*, di una quota dell'*hereditas*. Intorno al sec. I d.C., comunque, il regime giuridico si precisò e consolidò attraverso la creazione della cd. « *querela inofficiosi testamenti* »: azione giurisdizionale *per sacramentum* (di cui erano giudici i *centumviri*) mediante la quale

---

tesi che vi fosse un testamento utilizzabile *iure honorario* (cioè « *septem testium signis signatum* »), anzitutto provvedeva a che fossero corrette le iniquità della successione così come prevista dal testatore (onde la *bonorum possessio* « *contra tabulas* ») e solo se tali iniquità non vi fossero passava a concedere la *bonorum possessio* « *secundum tabulas* ». Dato che legittimati alla *bonorum possessio contra tabulas* erano i *liberi*, molte regole (es.: l'*edictum Carbonianum*) erano le stesse della *bonorum possessio unde liberi* (su cui *retro* n. 37.3.1). I « *liberi* » ammessi alla *bonorum possessio contra tabulas* erano, tuttavia, una categoria più estesa di quella ammessa alla *bonorum possessio unde liberi*: tra essi vi erano anche alcuni figli (quelli che si trovassero in potestà di altri al momento della morte del *de cuius*) i quali erano ammessi alla *bonorum possessio sine tabulis* nell'*ordo* « *unde cognati* ».

38.4. Sulla *querela inofficiosi testamenti* cfr. spec.: Lenel, *EP.*[3] 141 ss.; Renier, *Étude sur l'histoire de la* « *querela inofficiosi testamenti* » *en droit romain* (1942); Klima, « *Querela inofficiosi testamenti* » (1947); Marrone, « *Querela inofficiosi testamenti* » (1962), con indicazioni degli altri suoi scritti in argomento, e sv. « *Querela inofficiosi testamenti* », in *NNDI.*; da ultimo, Di Lella, « *Querela* » cit. — Circa la cd. *pietas erga principem*, cfr.: Gaudemet, « *Testamenta ingrata* » *et* « *pietas Augusti* », in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1953) 115 ss. — Sui *centumviri*: *retro* n. 16.2.1.

gli stretti parenti (anche se espressamente diseredati) impugnavano il *testamentum* e chiedevano di partecipare alla successione del testatore.

38.4.1. In età classica, la *querela* era esercitabile dai *liberi*, dai genitori, dai fratelli e sorelle 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 riservata ai querelanti (cd. « *portio debita* ») fosse pari ad almeno un quarto della quota che loro sarebbe spettata *ab intestato*. Se la *querela* era accolta, il « *testamentum inofficiosum* » era considerato inefficace, con la conseguenza che il querelante otteneva addirittura per l'intero (non per un quarto) la sua quota *ab intestato*. Gli eredi testamentari, convenuti in giudizio, avevano pertanto tutto l'interesse a soddisfare extraprocessualmente il querelante affinché desistesse dall'azione.

38.4.2. Il *ius novum* postclassico, per correggere in parte le eventuali iniquità comportate dal regime della *querela*, negò la *querela inofficiosi testamenti* a chi avesse ottenuto una attribuzione successoria, sia

---

38.4.1. In ordine alla *portio debita*, stabilita nella misura del quarto dell'asse ereditario ad imitazione della *lex Falcidia* (su cui *infra* n. 41.5), cfr., da ultimo: Samper, « *Pars debita* » *en el derecho romano vulgar*, in *SDHI*. 37 (1971) 74 ss. Le fonti principali sono: CTh. 2.19.1 e 3 (= CI. 3.28.27); Plin. *ep*. 5.1.9; I. 2.18.6; CI. 3.28.31; D. 5.2.8.8; CI. 3.28.5; D. 5.2.7 (itp.) e D. 5.6.2 (anch'esso itp.); CI. 3.28.34; D. 5.28.16. — Il *testamentum inofficiosum* era qualificato tale, nel linguaggio corrente e degli stessi giuristi, perché il testatore era venuto meno, redigendolo, all'« *officium pietatis erga liberos* » (o « *erga parentes* » ecc.), il quale imponeva di beneficare questi più stretti congiunti. La *exheredatio* o la *praeteritio* erano ammesse purché fatte « *bona mente* », cioè in base ad una « *iusta causa irascendi* »: per es., per l'esercizio di un mestiere turpe, per la cattiva condotta, per un'offesa specifica fatta al testatore. Se l'omissione o la diseredazione erano invece fatte « *mala mente* », le fonti (principalmente quelle retoriche) parlavano di un testatore presumibilmente mancante di equilibrio affettivo: di qui l'attribuzione all'autore di un *testamentum inofficiosum* del cd. « *color insaniae* ». — In ordine alla procedura della *querela* va precisato quanto segue. Legittimato passivo era generalmente l'erede testamentario che avesse acquisito il patrimonio successorio (*ipso iure* o mediante *aditio*). Ma potevano essere altresì convenuti: il fedecommissario universale, colui che avesse ottenuto la *bonorum possessio*, il fisco che avesse acquisito il patrimonio ereditario. La *legis actio* che dava adito al giudizio dei *centumviri* era quella *in rem*, ma spesso si ricorse forse, col progredire dei tempi, alla *legis actio in personam* basata su una *sponsio praeiudicialis* tra le parti (quest'ultima permetteva l'esercizio della *querela* anche al successore *iure honorario*). — La commisurazione della *portio debita* ad un quarto dell'asse ereditario sembra essersi affermata per analogia con la « *quarta Falcidia* », che la *lex Falcidia de legatis* riservava agli *heredes* nei confronti dei *legatarii*: v. *infra* n. 41.5.

38.4.2. Circa l'*actio ad supplendam legitimam* (o « *actio suppletoria* ») v.: CI. 3.28.30; Nov I. 115; I. 2.18.3. Cfr.: Balis, *Die Natur der* « *actio suppletoria* », in *ZSS*. 55 (1935) 272 ss. — Sul regime postclassico-giustinianeo, in generale, cfr.: Kreller, *Studien zum Aufbau des Digestentitels* « *de hereditatis petitione* », in *St. De Francisci* 3 (1956) 285 ss.

pure insufficiente, dal testatore e riconobbe a lui solo una « *actio ad supplendam legitimam* », intesa alla integrazione del quarto riservatogli.

38.4.3. 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* » nel diritto postclassico.

39. L'EFFETTUAZIONE DELLA « SUCCESSIO IN IUS ».

39.1. L'effettuazione della *successio in ius* si risolveva nell'acquisizione del patrimonio del *de cuius* da parte del *successor*. Ma, sebbene questo risultato venisse fatto sempre coincidere con la morte dell'antecessore, in realtà non sempre esso si realizzava in una sola volta e *ipso iure*: a parte il tempo occorrente per il suo verificarsi, spesso erano richiesti o ammessi altri fatti o atti giuridici. Ond'è che, per penetrare il meccanismo dell'effettuazione della *successio in ius*, occorre tener distinti due « momenti » logici: l'apertura della successione e l'acquisizione del patrimonio successorio da parte del *vocatus*. L'« apertura della successione » si identificava, dal punto di vista logico, con la morte del *de cuius* e implicava la trasformazione dell'astratta *vocatio ad hereditatem* (o *ad bona*) in una concreta offerta (« *delatio* ») del patrimonio successorio al chiamato: il periodo di tempo eventualmente richiesto dall'accertamento della *vocatio* applicabile e dall'individuazione del chiamato alla successione veniva peraltro considerato come non trascorso, sì che la *delatio* si riteneva avvenuta al momento della morte del *de cuius*. L'« acquisizione del patrimonio successorio » era un momento logicamente distinto dall'apertura della successione e av-

---

38.4.3. Circa le *querelae inofficiosae donationis vel dotis* v.: Vat. 280; D. 31.87.3-4; CI. 3.29.7; Novl. 92. Cfr. in dottrina: Donatuti, *L'origine della « querela inofficiosae donationis »*, in *St. Riccobono* 3 (1936) 427 ss.; Krüger (H.), *Die unmässige Schenkung*, in *ZSS.* 60 (1940) 80 ss.; Cervenca, sv. « *Querella inofficiosae donationis* », in *NNDI.*, con altra letteratura. — Sulla *dos*: n. 51.2. — Sulla *donatio*: *infra* n. 90.8.

39.1. Sulla *delatio hereditatis* (o *bonorum*) v. Ter. Clem. D. 50.16.151: *Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi* (ma la definizione vale anche per l'acquisibilità *ipso iure*). — Sull'acquisizione del patrimonio successorio (e in particolare di quello ereditario) v. Gai 2.152-173.

veniva in taluni casi *ipso iure* (coincidendo quindi anche nel tempo con la *delatio*), mentre richiedeva in altri casi l'accettazione (« *aditio* »), subordinatamente alla *delatio*, da parte del successibile.

39.2. 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 « *servus cum libertate heres institutus* », cioè ad uno schiavo che fosse stato dichiarato ad un tempo libero ed erede. L'*heres suus* e il *servus cum libertate institutus* venivano denominati, pertanto, « *heredes necessarii* », cioè costretti, necessitati ad acquitare l'*hereditas*: più precisamente, il primo veniva qualificato « *heres suus et necessarius* », il secondo era indicato più brevemente come mero « *heres necessarius* ».

39.3. L'acquisizione del patrimonio mediante *aditio* si verificava in due ipotesi: allorché, mancando *heredes necessarii*, l'*hereditas* venisse *delata* a successori « *extranei* » alla *familia* (*proprio iure*) del defunto (*liberi non in potestate, adgnatus proximus, gentiles*, altre persone istituite dal *de cuius* tra i parenti e tra i non parenti); e allorché si trattasse di *bonorum possessio*. Gli *heredes extranei*, dato che acquisivano il patrimonio ereditario solo se lo volessero, erano

---

39.2. Sugli *heredes sui et necessarii* v. Gai 2.156-159. Rientravano nella categoria, oltre i discendenti agnatizi in linea retta, la *mulier* e la *nurus in manu*. In particolare, è interessante Gai 2.157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque patre quodam modo domini existimantur ... necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.* — Sugli *heredes necessarii* v. Gai 2.153-155, il quale spiega il carattere di « *necessarius* » in modo analogo a quello usato per gli *heredes domestici* (*sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est*: il *necessarius* non è libero di accettare o meno, poiché diventa *heres* in quanto *manumissus* e diventa soggetto giuridico in quanto *heres*) e chiarisce altresì il motivo pratico per cui si ricorreva all'istituzione di uno schiavo contemporaneamente affrancato. L'espediente era usato da coloro che avessero il patrimonio in dissesto (« *facultates suspectae* ») e quindi esposto al pericolo di una *bonorum venditio* con *infamia* conseguente. Per evitare che l'*infamia* ricadesse sugli *heredes sui et necessarii*, oppure (in caso di diseredazione di questi ultimi e di mancata accettazione da parte degli *heredes voluntarii*) sulla propria memoria (si ricordi che la *bonorum venditio* poteva farsi anche nel nome di un morto: *retro* n. 20), essi nominavano *heres* o *substitutus vulgaris* lo schiavo, « *ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis, quam ipsius testatoris bona veneant* ». La formula era: « *Pamphilus servus meus liber heresque esto* ». — Singolare era la posizione dei *liberi in mancipio* (che non rientravano evidentemente tra gli *heredes sui et necessarii*). Il *paterfamilias* poteva istituirli liberi ed eredi, come i *servi*, ma il pretore concedeva loro la *potestas abstinendi* (v. *infra* n. 40.3.1) come agli *heredes sui et necessarii*: Gai 2.160.

39.3. Sull'accettazione dell'eredità, in generale, cfr. spec.: Solazzi, *I modi di accettazione dell'eredità* (1912); Dulckeit, *Erblasserwille bei Antretung der Erbschaft* (1934). V. Gai 2.161 ss.

anche detti « *heredes voluntarii* », e *voluntarii* erano, a maggior ragione, i *bonorum possessores*.

39.3.1. 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.

39.3.2. Ad evitare che l'*aditio* tardasse oltre modo, lasciando quindi il patrimonio ereditario senza titolare, furono escogitati vari espe-

---

39.3.1. Sulla *cretio* (Gai 2.166) cfr. spec.: Leonhard, sv. « *Cretio* », in *PW.*; Lévy-Bruhl, *Étude sur la « cretio »*, in *RH.* 38 (1914) 153 ss.; Buckland, « *Cretio* » *and connected topics*, in *T.* 3 (1922) 239 ss.; Beduschi, *La « cretio » nelle fonti letterarie*, in *St. Donatuti* 1 (1973) 55 ss. — Sulla *pro herede gestio* (Gai 2.167, 177-178; Ulp. 22.34; D. 50.17.76) cfr. spec. Sanfilippo, *La valutazione dell'« animus » nella « pro herede gestio »*, in *AUCT.* 1948; Tondo,*Osservazioni intorno alla « pro herede gestio »*, in *AG.* 153 (1957) 3 ss.; Solazzi, *Ulp. 22.26* (1957), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 499 ss. — Sulla *adgnitio* (o *petitio*) *bonorum possessionis*: *retro* n. 20.8. — Sull'*aditio* e, in genere, sull'orientamento del diritto postclassico-giustinianeo in materia di accettazione d'eredità (CI. 6.30.17; I. 3.9.12; cfr. CTh. 8.18.8 fin.) cfr. spec.: Archi, *Contributo alla critica del CTh. 1*, in *SDHI.* 2 (1936) 44 ss.; Biondi, *Degenerazione della « cretio » ed accettazione espressa non formale* (1949), ora in *Scr. giur.* 3 (1965) 545 ss.; La Rosa, *Accettazione e acquisto dell'eredità materna attraverso il Teodosiano*, in *AUCT.* 1950; Solazzi, « *Heredis institutio cum cretione* » cit.; Dupont, *Les successions* cit. spec. 95 ss.

39.3.2. Sulla *repudiatio hereditatis* v. PS. 4.4.1 (= D. 29.2.95); Gai 2.169: *At is qui sine cretione heres institutus est, quive ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur*. In altri termini, la *repudiatio* poteva essere manifestata in qualunque modo. — Sulla *heredis institutio cum cretione* v. Gai 2.164-173. L'*heredis institutio cum cretione* si operava con questa formula: « *Titius heres esto cernitoque in centum diebus proximis* »; ma la formula poteva essere integrata dalla clausola « *quibus sciens poterisque* », dalla clausola « *quodni ita creveris, exheres esto* » e dalla clausola « *tum Maevius heres esto* (*cernitoque in diebus centum* [*rell.*]) ». Si distingueva, pertanto, tra: « *cretio continua* » (quella in cui l'erede era invitato ad accettare entro un certo periodo di tempo dall'apertura dell'eredità) e « *cretio vulgaris* » (quella in cui, ai fini del tempo per l'accettazione, si calcolavano solo i giorni « *quibus scierit quisque se heredem esse institutum et possit cernere* »); « *cretio perfecta* » (quella in cui si provvedeva all'*exheredatio* dell'*heres voluntarius* che non avesse accettato in termini) e « *cretio imperfecta* » (quella in cui la formale *exheredatio* mancasse). L'importanza di questa seconda distinzione si rilevava nell'ipotesi in cui il *testator* avesse provveduto alla nomina di un *substitutus*: se la *cretio* era *imperfecta*, decorso il ter-

dienti. In primo luogo era possibile al *voluntarius* 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 (« *heredis institutio cum cretione* »). 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 autorizzasse la formale « *interrogatio in iure* » del *vocatus*, cui veniva chiesto se fosse o non fosse erede (« *an heres sit* »).

39.4. L'acquisizione successoria *ex testamento* (sia a titolo di eredità che di legato) poteva essere eccezionalmente impedita, in tutto o in parte, per la presenza nell'*heres* o nel *legatarius* di certe qualifiche soggettive considerate con sfavore dall'ordinamento. Si parlava, in queste ipotesi, di una *incapacitas* del *successor*, nel senso di sua inidoneità ad acquistare (« *capere* ») il *relictum*. I cespiti negati all'*incapax* venivano denominati « *caduca* » e attribuiti ad altri soggetti o, in ultima analisi, all'*aerarium* (anzi, a partire dal sec. II d.C., al *fiscus*). Ovviamente, il beneficiario dei *caduca* doveva distrarre dal *relictum* tutti gli oneri che su di esso gravassero (debiti, legati, fedecommessi, obblighi *ex modo* ecc.), tenendo per sé il solo residuo attivo: « *caduca cum suo onere fiunt* ».

39.4.1. Le ipotesi più importanti di *incapacitas* furono sancite dalle *leges Iulia et Papia Poppaea* dell'età di Augusto a carico degli *heredes*

---

mine il *substitutus* diventava *heres*, ma poteva darsi che nel frattempo fosse diventato *heres* anche l'*institutus*, ove avesse operato la *pro herede gestio*. Secondo Gaio (2.177-178), i giuristi classici discussero molto sul punto e si orientarono generalmente nel senso di ritenere coeredi l'*institutus* e il *substitutus*; ma Marco Aurelio (Ulp. 22.34) tagliò corto alle discussioni, statuendo che l'*institutus* « *et pro herede gerendo ex asse fiat heres* » (con esclusione, quindi, del *substitutus*). — Sullo *spatium deliberandi* v. Gai 2.167: ... *solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere*. Cfr.: Solazzi, « *Spatium deliberandi* » (1912), e *Sul* « *tempus ad deliberandum* » (1937), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 496 ss.; Guarino, « *Pactum quo minus solvatur* », in *St. Scorza* (1940) 443 ss. — Sull'*interrogatio in iure* (« *an heres sit* ») v. *retro* n. 19.3.5.

39.4. Sull'*incapacitas* successoria v. anche *retro* nt. 36.7. — Sui *caduca* v. Ulp. 17.1-3: *Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere non possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo ... Hodie ex constitutione imperatoris Antonini (sc. Caracallae) omnia caduca fisco vindicantur, sed servato iure antiquo liberis et parentibus. Caduca cum suo onere fiunt: ideoque libertates et legata et fideicommissa ab eo data, ex cuius persona hereditas caduca facta est, salva sunt. Scilicet et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca*. V. anche *infra* n. 39.8.

39.4.1. La *incapacitas* dei *caelibes* e degli *orbi* era in origine

e dei *legatarii* che fossero *caelibes* o *orbi*, salvo che il *testator* fosse un parente entro il sesto grado o un prossimo affine. I « *caelibes* » (cioè i soggetti in età matrimoniale che non fossero coniugati) non potevano acquistare nulla di quanto fosse stato loro lasciato, a meno che passassero a nozze nei cento giorni dall'apertura della successione (oppure, per gli istituiti *cum cretione*, nei termini della *cretio*). Gli « *orbi* » (cioè i coniugati privi di un numero minimo di figli) potevano acquistare solo la metà di quanto loro attribuito. I *caduca* relativi venivano devoluti: in primo luogo, agli altri *heredes ex testamento* che avessero almeno un figlio (« *heredes patres* »); subordinatamente, ai *legatarii* con figli (« *legatarii patres* »); subordinatamente ancora, all'*aerarium* (indi al *fiscus*), che poteva esercitare contro il possessore una speciale *actio in rem*, la « *caducorum vindicatio* ».

39.4.2. Impedimenti approssimativamente analoghi furono sanciti: dalle leggi matrimoniali augustee, per il « *pater solitarius* » (che si suppone fosse il vedovo senza figli) e per il coniuge superstite di un matrimonio privo di figli; dalla *lex Iunia Norbana* (19 d.C.) per i « *latini Iuniani* », salvo che acquistassero la *civitas Romana* nei cento giorni dall'apertura della successione; dal *ius novum* classico, per le

---

limitata alle *hereditates legataque*, ma fu estesa dal *Sc. Pegasianum* ai *fideicommissa* (Gai 2.286). Sulla legislazione matrimoniale augustea v. anche *infra* n. 49. Sul tema cfr. spec.: Astolfi, *I beni vacanti e la legislazione caducaria*, in *BIDR*. 68 (1965) 323 ss., e *La « lex Iulia et Papia »* (1969). — Sulle *personae exceptae* v. Vat. 158 e 214-219, che annovera tra gli affini (218-219) coloro che furono *vir et uxor, gener et nurus, socer et socrus, vitricus noverca privignus privigna vel ipsorum vel eorum qui in eorum potestate matrimoniove sunt quive fuerunt*. Un maggior tempo per sposarsi fu concesso ai vedovi e alle vedove (Ulp. 14). Sul tema cfr. spec.: Astolfi, *Le « exceptae personae » nella « lex Iulia et Papia »*, in *BIDR*. 67 (1964) 220 ss. — Sulla *caducorum vindicatio* da ultimo: Provera, *La « vindicatio caducorum »* (1964) con bibliografia.

39.4.2. Misteriosa la figura del *pater solitarius*, di cui fa menzione solo il titolo di Ulp. 13 (« *de caelibe orbo et patre solitario* »): la congettura da noi accolta è quella corrente. — La *incapacitas* dei *coniuges* (in via reciproca) fu sottoposta a regole tanto minuziose, quanto complesse. In mancanza di figli *ex matrimonio*, la successione era limitata ad un decimo: questa quota era però accresciuta di tanti decimi per quanti fossero i figli ottenuti da un precedente matrimonio (Ulp. 15). Interessante la norma riportata da Ulp. 15.3 (la quale dette un forte incentivo alla diffusione dei lasciti in *quasi ususfructus*): *Praeter decimam etiam usumfructum tertiae partis bonorum capere possunt, et quandoque liberos habuerint, eiusdem partis proprietatem*. — Sulla *incapacitas* delle *feminae probrosae*: Nardi, *La « incapacitas » delle « feminae probrosae »*, cit. — Per l'abolizione dei *caduca* v. Iust. CI. 6.51.1 (534). Ivi si attribuisce ai classici (« *veteres* ») una distinzione, piuttosto improbabile, tra « *caduca* » veri e propri e « *bona in causa caduci* » (beni che sarebbero diventati *caduca*, se prima dell'apertura della successione non fosse venuto meno il destinatario o lo stesso previsto *relictum*: CI. 6.51.1.2*a*). Sul tema cfr. Solazzi, « *In causa caduci* » (1940), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 542 ss. (l'autore ha dedicato poi un'ampia memoria all'argomento: *Attorno ai « caduca »* [1942], ora in *Scr. dir. rom.* 4 [1962] 265 ss.).

« *feminae probrosae* », cioè per le donne di malaffare. Nel corso del periodo postclassico, peraltro, tutte le *incapacitates* vennero abolite, ad eccezione di quella delle *feminae probrosae*.

39.5. In altri casi particolari il *ius novum* sancì che l'acquisizione successoria (sia *ex testamento* che *ab intestato*), pur verificandosi regolarmente, venisse frustrata mediante la sottrazione forzosa (« *ereptio* ») del *relictum* già acquisito al *successor* che si fosse macchiato di *indignitas*, cioè di qualche grave colpa sopra tutto nei confronti dell'*antecessor* (ad es.: per aver ucciso dolosamente il *de cuius*). Ciò che era sottratto all'*indignus* veniva assegnato all'*aerarium* (indi al *fiscus*). Quest'ultimo, quando era interessato all'*ereptio* (il che ovviamente accadeva solo nell'ipotesi che vi fosse un attivo), provvedeva a impossessarsi del *relictum* ed a chiedere che le azioni successorie fossero negate all'indegno.

39.6. L'*hereditas* in attesa di acquisizione successoria (e cioè l'*hereditas* devoluta ad *heredes voluntarii*) si diceva, finché non fosse intervenuta l'*aditio*, *hereditas iacens*: di essa non era più titolare il defunto, ma ancora non era titolare (né era sicuro che sarebbe divenuto titolare) il *vocatus*. Questa situazione di attesa, non solo esponeva le *res hereditariae* all'appropriazione da parte di terzi e comunque alla carenza di un'adeguata amministrazione, ma determinava la difficoltà che nessuno provvedesse ai *sacra*, che i debitori ereditarii si astenessero dal pagare e che i creditori del defunto non fossero pagati. Per ovviare a tutti questi inconvenienti, in modo da conservare l'unità e l'integrità del patrimonio del defunto, a partire dall'età tardo-classica l'*hereditas iacens* fu progressivamente configurata (lo si è già detto a suo tempo) come soggetto giuridico impersonale. Ben prima che questo sviluppo si profilasse furono creati dalla giurisprudenza due istituti intesi, sia

---

39.5. Sulla *indignitas* successoria cfr. spec.: Nardi, *I casi di indegnità* cit., e, da ultimo, *Trittico indignitario*, in *SPR*. 1951. Il Nardi ha messo esattamente in luce, a nostro avviso, che in diritto romano non fu mai configurato un istituto unitario dell'indegnità: anche il termine « *indignitas* » non compare mai nelle fonti, le quali parlano di beni che « *ut indigno eripiuntur* » o « *auferuntur* » (v. D. 34.9 e CI. 6.35). Altri casi di indegnità, oltre quello riferito nel testo (su cui v. D. 34.9.3, CI. 6.35.10): il tutore che sposa la pupilla; il liberto che denuncia il *patronus* defunto per commercio vietato; il funzionario che compie un *matrimonium contra mandata* con donna della sua provincia; la donna che ha commesso *stuprum*; l'erede che sottrae beni ereditari ai legatari; il legatario che solleva una questione di *status* contro il *de cuius*, ecc.

39.6. Sull'*hereditas iacens*, sotto altro profilo, v. *retro* n. 25.3.2. I problemi dell'*hereditas nondum adquisita* (sopra tutto con riguardo ai *sacra* e alle *obligationes*) sono rappresentati da Franciosi, « *Usucapio pro herede* » cit. Cfr. anche: von Lübtow, *Betrachtungen zur « hereditas iacens »*, in *St. Grosso* 2 (1968) 583 ss.; da ultimo, Robbe, *La « hereditas iacet »* cit.

pur molto imperfettamente, a far sì che, in un modo o nell'altro, un terzo sopravvenisse ad assumere il titolo di *heres* in luogo del *vocatus*: l'*usucapio pro herede* e l'*in iure cessio hereditatis*.

39.6.1. L'« *usucapio pro herede* » fu, probabilmente, una creazione della giurisprudenza pontificale successiva alla *leges XII tabularum*. Posto che l'*heres voluntarius* non si facesse avanti ad accettare l'eredità, si ammise e si favorì che un terzo qualsiasi esercitasse scientemente un comportamento da *heres* nei confronti del patrimonio relitto, con la conseguenza che egli acquistasse in capo a un anno il titolo di *heres* del defunto: il culto privato, l'amministrazione del patrimonio, le ragioni dei creditori del defunto venivano così ad essere assicurati. Ma l'istituto non ebbe lunga vita. Nel sec. II d.C. esso era sparito: unico residuo di esso fu costituito dalla regola che le singole *res hereditariae*, pur se si trattasse di *fundi*, fossero usucapibili (sempre che concorresse la *bona fides*) nel giro di un anno soltanto.

39.6.2. L'« *in iure cessio hereditatis* », in senso proprio, fu fiorente sino a tutto il periodo classico e fu costituita dalla cessione in blocco (nella forma, appunto, dell'*in iure cessio*) che il *vocatus ad hereditatem* facesse ad un terzo (il cessionario) del suo diritto all'acquisizione ereditaria. Per effetto dell'*in iure cessio* il cessionario diventava *heres* al posto di colui che aveva implicitamente rinunciato a diventarlo. Tuttavia la possibilità dell'*in iure cessio hereditatis* era limitata all'*hereditas legitima*: se fatta dall'*heres ex testamento*, essa era nulla.

39.6.3. A rigor di termini, una *in iure cessio hereditatis* operata successivamente all'acquisizione ereditaria (e cioè dagli *heredes neces-*

39.6.1. Sull'*usucapio pro herede* cfr. spec.: Franciosi, « *Usucapio pro herede* » cit., con bibliografia, a cui *adde* Tomulescu, *Gaius 2.55 e l'« usucapio pro herede »*, in *St. Grosso* 4 (1971) 419 ss. Sostanzialmente accoglibile la spiegazione di Gai 2.55: *Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.* (Il testo è, peraltro, vivacemente discusso in sede esegetica). — Le tappe principali della decadenza dell'istituzione furono: un senatoconsulto « *ex auctoritate Hadriani* », col quale si stabilì che l'erede potesse sempre esercitare l'*hereditatis petitio* contro chi avesse operato l'*usucapio pro herede* (con l'effetto di revocare quest'ultima: Gai 2.57); l'introduzione da parte di Marco Aurelio del « *crimen expilatae hereditatis* » (Marcian. D. 47.19.1).

39.6.2. Sulla *in iure cessio hereditatis* v. la bibliografia citata *retro* nt. 35.1.1. Cfr. anche: Torrent, « *Venditio hereditatis* », *La venta de herencia en derecho romano* (1966). Gaio parla, sorprendentemente, due volte dell'istituto: in 2.34-37 e in 3.85-87.

39.6.3. Sulla *in iure cessio hereditatis* impropria e a chiarimento di tutta la nostra ricostruzione, si legga (anche per maggiori precisazioni) Gai 3.85-87: *Item si legitimam hereditatem heres antequam cernat aut pro herede gerat alii in iure cedat, pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse*

sarii, oppure dall'*heres voluntarius* che avesse accettato) era impensabile, perché vi si opponeva l'avvenuta confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede. Tuttavia la giurisprudenza, anziché sancire la nullità di queste ipotesi di *in iure cessio*, cercò di utilizzarle a fini limitati e parlò egualmente di « *in iure cessio hereditatis* », ma in senso improprio. Ove l'*heres* operasse l'*in iure cessio hereditatis*, si ritenne che egli restasse titolare dei debiti ereditari (ormai entrati a far parte del suo patrimonio personale), rinunciasse implicitamente ai crediti ereditari del defunto (i quali, pertanto, si estinguevano) e trasferisse in blocco al cessionario i soli diritti assoluti (trasmissibili) sulle *res* facenti parte del *relictum*.

39.7. La *transmissio delationis*, cioè la trasmissione agli eredi del diritto di accettare la delazione ereditaria non era ammessa: « *hereditas delata et nondum adquisita non trasmittitur ad heredes* ». Questo principio civilistico subì limitate eccezioni: in età preclassica e classica ad opera del *ius honorarium*, in età postclassica ad opera del *ius novum*.

39.8. Il patrimonio ereditario rimasto privo di successori *ex testamento* o *ab intestato* (sia civilistici che pretorî) costituiva un compendio

---

per legem ad hereditatem vocaretur. Quodsi postea quam heres extiterit cesserit, adhuc heres manet, et ob id a creditoribus ipse tenebitur; sed res corporales transferet, proinde ac si singulas in iure cessisset, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt. Idem iuris est, si testamento scriptus heres, posteaquam heres extiterit, in iure cesserit hereditatem: ante aditam vero hereditatem cedendo nihil agit. Suus autem et necessarius et servus necessarius heres an aliquid agant in iure cedendo, quaeritur. Nostri praeceptores nihil eos agere existimant; diversae scholae auctores ideo eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem: nihil enim interest utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur. Si noti che, a proposito degli *heredes necessarii* (diversamente che a proposito degli *heredes voluntarii* che avessero accettato), vi era divergenza tra Sabiniani e Proculiani: per i primi (« *nostri praeceptores* »), la *in iure cessio* era invalida; per i secondi, essa produceva i limitati effetti della *cessio* operata dopo l'accettazione dagli *heredes voluntarii*.

39.7. Tra le ipotesi principali di *transmissio delationis* possono ricordarsi: la « *transmissio ex capite in integrum restitutionis* » (classica), consistente nella concessione di una *restitutio in integrum* all'erede per permettergli di accettare l'*hereditas* che il suo antecessore non fosse stato in grado di adire; la « *transmissio Theodosiana* », concessa ai discendenti di un *heres ex testamento* istituito da un suo ascendente, quando il *vocatus* fosse venuto a morte prima dell'apertura delle *tabulae* testamentarie; la « *transmissio Iustiniana* » (CI. 6.3.19), concessa agli eredi tutti di un *heres* (*ex testamento* o *ab intestato*) che non avesse effettuato l'*aditio*, purché la loro adizione fosse compiuta entro un anno dal giorno in cui il loro antecessore avesse avuto notizia della delazione. Sul tema: Masi, *Note sulla « transmissio Iustiniana »*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 1026 ss.

39.8. Sulla sorte dei *bona vacantia* v. Ulp. 28.7: *... si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed ius suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Iulia caducaria.* V. anche, per la *bonorum venditio* « *cui heres non extabit* », Gai 3.78. Sul punto cfr.: Besnier (R.), *L'application des*

di *bona vacantia*, che la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. attribuì all'*aerarium* (sostituito più tardi dal *fiscus*) a titolo di « *caduca* ». Ove il patrimonio non fosse attivo, esso era a disposizione dei creditori ereditari, che lo sottoponevano a *bonorum venditio*.

40. Le conseguenze della « successio in ius ».

40.1. Le conseguenze della *successio in ius*, o più precisamente dell'acquisizione del patrimonio successorio da parte del *vocatus*, erano duplici: in primo luogo, il *successor* diventava titolare di tutti i diritti trasmissibili (assoluti e relativi) del *de cuius*: diritti che costituivano l'«attivo successorio»; secondariamente, 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, sia attive che passive, del defunto entravano a far parte del *patrimonium* del *successor*, confondendosi con esso. Ma l'effetto normale della « confusione ereditaria » in talune ipotesi veniva limitato (nell'interesse dei creditori o in quello degli eredi), mentre in altre ipotesi era reso più complesso dal fatto che vi fosse una pluralità di *successores*. Inoltre, come è ovvio, erano necessarie talora speciali azioni giurisdizionali per poterne ottenere in via costrittiva la realizzazione.

40.2. Una prima causa limitativa della confusione successoria fu costituita dalla *separatio bonorum*: istituto introdotto dal

---

lois caducaires d'Auguste d'après le Gnomon de l'Idiologue, in *Mél. De Visscher* 1 (1949) 93 ss.; Modrzejewski, *La dévolution au fisc des biens vacants d'après le Gnomon de l'Idiologue (BGU. 1210 § 4)*, in *St. Volterra* 6 (1971) 91 ss.; per i più tardi sviluppi, Gaudemet, *Droits individuels et toute puissance impériale aux derniers jours de l'Empire en Occident, La Nouvelle III, « de bonis vacantibus », d'Anthemius*, in *Ét. Macqueron* (1970) 341 ss. Cfr. anche *retro* n. 39.4-5.

40.1. Sulle conseguenze della *successio in ius* v.: Paul. D. 50.17.20: *Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit;* Pomp. D. 29.2.37: *Heres in omne ius mortui, non tantum in singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant*; Pomp. D. 50.16.119: *Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio*. Quel che si dice per l'*heres* vale, ovviamente, anche per il *bonorum possessor*. — La confusione successoria implicava l'estinzione dei rapporti giuridici (relativi o assoluti in senso improprio) in cui l'antecessore e il successore fossero stati in situazione contrapposta: così nel caso dei *iura praediorum* spettanti all'uno verso l'altro, in quello delle *obligationes* intercorrenti tra i due, in quello dell'usufrutto spettante al *successor* su *res* di proprietà dell'ante-

40.2. Sulla *separatio bonorum* cfr. spec.: Astolfi, *Separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (dir. rom.)*, in *NNDI.*, e bibliografia ivi. V.: D. 42.6; CI. 7.72. L'istituto è descritto felicemente da Ulp. D. 42.6.1.1 (anche se si cessore.

ius honorarium a tutela degli interessi dei creditori del defunto. Se il *successor* (evidentemente, un *extraneus* al defunto) era già per suo conto gravato di debiti ed esposto alla *bonorum venditio*, i casi erano due: o l'apporto patrimoniale del defunto era di entità tale da permettergli di saldare sia i debiti propri che quelli del *de cuius*; oppure l'apporto della successione non valeva a sottrarlo alla *bonorum venditio*. In questa eventualità i creditori ereditari potevano ottenere dal *praetor* che la *venditio* dei due compendi di *bona* (quelli del defunto e quelli del successore) avvenisse separatamente, per modo che il ricavo della *venditio bonorum defuncti* andasse ad esclusivo rimborso dei creditori ereditari stessi. Analoga richiesta, almeno in età classica, non era concessa ai creditori del *successor*, per l'ipotesi che convenisse loro non far partecipare alla liquidazione dei beni di quest'ultimo i creditori del defunto.

40.3. Altre cause limitative della confusione successoria furono i tre *beneficia heredis* (*abstinendi, separationis, inventarii*) introdotti, in epoche diverse, allo scopo di permettere al *successor*, ove l'*hereditas* fosse di dubbia redditività (« *suspecta* »), di sottrarsi, nei limiti del possibile, al pregiudizio che sarebbe potuto derivargli dall'acquisizione del patrimonio del defunto.

40.3.1. Il « *beneficium abstinendi* » fu introdotto dal *ius honorarium* a favore degli *heredes sui et necessarii* per eliminare le conseguenze

---

tratta di una parafrasi): *Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis: ut puta debitorem quis Seium habuit: hic decessit: heres ei extitit Titius: hic non est solvendo: patitur bonorum venditionem: creditores Sei dicunt bona Sei sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri venditionem.* — Principali sviluppi postclassici. In primo luogo, fu fissato un termine massimo di cinque anni per la richiesta di *separatio*. In secondo luogo, avvenendo la liquidazione fallimentare con il sistema della *distractio bonorum*, si rese possibile che, attraverso una liquidazione oculata, la vendita dei *bona defuncti* non solo bastasse a saldare i creditori ereditari, ma rendesse un residuo attivo. In terzo luogo, e subordinatamente alla esistenza di residui attivi, furono ammessi a chiedere la *separatio*, per essere soddisfatti nei limiti di quel residuo, anche i *legatarii*. Infine, si ammise che anche i creditori del *successor* potessero ottenere a loro volta la *separatio*, al fine di evitare che i creditori del defunto concorressero con loro alla liquidazione dei beni del *successor*. Sul tema cfr.: Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano* 4 (1943) 1 ss. V. anche *infra* nt. 40.3.2.

40.3. A proposito dei *beneficia heredis*, si avverta che la denominazione « *beneficium* » ebbe carattere tecnico solo in ordine al *beneficium inventarii* (che fu introdotto dal *ius novum* giustinianeo). Per l'*abstentio* dell'*heres suus et necessarius* e per il *commodum separationis* dell'*heres necessarius* si parlò di « *beneficium* » solo sporadicamente e atecnicamente. Si avverta altresì che per l'*heres voluntarius* era ovviamente possibile evitare addirittura la confusione successoria, o non accettando la delazione o rinunciandovi: ma con ciò il *voluntarius* perdeva ogni possibilità di trarre profitto dalla successione nell'ipotesi che l'*hereditas* si rivelasse, alla resa dei conti, non *damnosa*.

40.3.1. Circa il *beneficium abstinendi* v.: Gai 2.158; D. 28.7.12; D.29.2.11; D. 28.8.7 pr. e 2; D. 42.5.28; D. 11.1.12 pr.; e CI. 6.31.6. — Per armoniz-

dannose dell'acquisizione *ipso iure*. L'*heres suus*, finché non avesse compiuto nessun atto di immissione (« *immixtio* ») nel patrimonio successorio, poteva ottenere dal *praetor* di astenersi dall'assumere su di sé il passivo ereditario. Il che implicava che la *venditio bonorum* si operasse nel nome del *de cuius* (e con *infamia* ricadente sulla sua memoria), che i creditori ereditari trovassero soddisfacimento esclusivamente sul ricavato di quella *venditio bonorum* e che, pertanto, ogni acquisto effettuato dall'*heres* al di fuori della *successio* al suo ascendente fruttasse integralmente a lui.

40.3.2. Il « *beneficium separationis* » fu creato dalla giurisprudenza classica allo scopo di favorire gli *heredes necessarii*. Dato che usualmente l'istituzione del *necessarius* era fatta proprio per poter far operare la *venditio* del patrimonio ereditario nel nome di lui (e per far quindi ricadere sul suo capo l'*infamia* conseguente), al *servus cum libertate institutus* non si volle estendere la possibilità di « *abstinere se hereditati* », ma si riconobbe almeno la possibilità di ottenere, sempre che l'« *immixtio* » non avesse avuto luogo, che i suoi acquisti futuri fossero sottratti alle pretese dei creditori ereditari. La *bonorum venditio* era effettuata in suo nome, ma ai creditori ereditari era impedito di rivalersi su lui, in seguito, per quella parte del loro credito che non fosse stata soddisfatta dal ricavo della *venditio*.

40.3.3. Il « *beneficium inventarii* » fu introdotto infine da Giustiniano a favore degli *heredes voluntarii*, e più precisamente per incorag-

---

zare il proprio interesse personale (ad evitare *bonorum venditio* e *infamia*) con la pietà verso il defunto ascendente (sulla cui memoria sarebbe ricaduta l'*infamia* della *bonorum venditio*), gli *heredes sui* (e così pure i *necessarii*) potevano proporre ai creditori ereditari un *pactum quo minus solvatur*, in forza del quale questi si accontentassero, senza bisogno di *venditio bonorum*, di quel che trovassero nel patrimonio successorio. In età classica il *pactum* vincolava solo i creditori che lo avessero accettato; in età postclassica l'accettazione della *maior pars creditorum* vincolava la minoranza: Guarino, « *Pactum quo minus solvatur* » cit.

40.3.2. Circa il *beneficium separationis* v.: Gai 2.154-155; I. 2.19.1. In dottrina cfr.: Berger, sv. « *Immiscere* », in *PW*.; Guarino, *Il « beneficium separationis » dell'« heres necessarius »*, in *ZSS*. 60 (1940) 185 ss., e *Gai 2.155 e il « beneficium » dell'« heres necessarius »*, in *SDHI*. 10 (1944) 240 ss.; Garcia Bañon, *El beneficio de separación* (1962). Contrario alla classicità dell'istituto è il Solazzi, *Concorso* cit. 70 ss. Ma, a nostro avviso, resiste ad ogni critica Gai 2.155: *Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur*. In questo senso, da ultimo: Ankum, *La classicité de la « separatio bonorum » de l'« heres necessarius »*, in *St. Grosso* 2 (1968) 565 ss.

40.3.3. Una breve storia del *beneficium inventarii* si legge in Cl. 6.30.22 ed in I. 2.19.6(5)-6: *Sciendum tamen et divum Hadrianum etiam maiori viginti quinque annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc divus quidem Hadrianus speciali beneficio cuidam praestitit; divus autem Gordianus postea in militibus tan-*

giarli alla *aditio* di una *hereditas* prevedibilmente *damnosa*. L'*heres* poteva, nei trenta 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* »).

40.4. 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 *pro indiviso* per i debiti del defunto.

40.4.1. 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 possessores*, il *ius honorarium* accordava una « *actio familiae erciscundae utilis* » ed altri mezzi intesi ad ottenerne parimenti la divisione.

40.5. Tra i *plures vocati* ad una comunione successoria esisteva un vincolo di colleganza già prima che la comunione si realizzasse. Per

---

tummodo hoc extendit: sed nostra benevolentia commune omnibus subiectis imperio nostro hoc praestavit beneficium et constitutionem tam aequissimam quam nobilem scripsit, cuius tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem et in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contingit, ut ex hac causa neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium, nisi omissa observatione nostrae constitutionis et deliberandum existimaverint et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint. Sui problemi relativi all'istituto, da ultimo: Reggi, *Ricerche intorno al « beneficium inventarii »* (1965), con altra bibliografia, a cui *adde* Voci, sv. *Inventario (dir. rom.)*, in *ED*.

40.4. La communio successoria del periodo arcaico era, più precisamente, il *consortium ercto non cito* dei *fratres sui heredes* (« *consortium fratrum suorum* »). In età storica, peraltro, l'istituto del *consortium* era scomparso e al suo posto si era affermata la ordinaria *communio*. V. già *retro* nt. 35.3.1, e, *amplius, infra* n. 45.4. — Ai fini del calcolo delle quote, il compendio ereditario veniva solitamente denominato « *as* » (donde « *heres ex asse* », per indicare il successore nell'intero patrimonio). L'*as* era suddiviso in dodici « *unciae* ». Pertanto: un dodicesimo era detto « *uncia* » (donde « *heres ex uncia* »); due dodicesimi (pari a un sesto) erano detti « *sextans* »; tre dodicesimi (un quarto) « *quadrans* »; quattro dodicesimi (un terzo) « *triens* »; cinque dodicesimi « *quincunx* »; sei dodicesimi (mezzo *as*) « *semis* »; sette dodicesimi « *septunx* »; otto dodicesimi (due volte un *triens*) « *bes* »; nove dodicesimi (un asse meno un *quadrans*, « *de asse quadrans* ») « *dodrans* »; dieci dodicesimi (un asse « *dempto sextante* ») « *dextans* »; undici dodicesimi (un asse « *dempta uncia* ») « *deunx* ».

40.4.1. Sulla divisione della comunione, in generale, v., *amplius, infra* n. 46.5. — In particolare, circa l'*actio familiae erciscundae* v.: Gai 2.219; Ulp. 19.6; D. 10.2.40; D. 10.2.1; D. 10.2.24.1. Cfr.: Frezza, sv. « *Actio familiae erciscundae* », in *NNDI*.

40.5. Sul regime dell'accrescimento v. Cels. D. 32.80: *Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.* Sui vari problemi che l'istituto prospetta cfr.: Vaccaro Delogu, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* (1941); Robbe, *Il diritto d'accrescimento e la sostituzione volgare* cit. — Nella *successio ex testamento* era pos-

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 adcrescendi*: 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.

40.6. 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 descendentium*.

40.6.1. 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 frattanto potuto crearsi un più o meno pingue patrimonio

---

sibile limitare l'accrescimento ad alcuni consuccessori. A quest'uopo il testatore doveva effettuare una *coniunctio* (v. Paul. D. 50.16.142, D. 32.82, e Ulp. D. 7.4.3) degli stessi. Si aveva una « *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). Si aveva una « *coniunctio re et verbis* », se due persone erano istituite contemporaneamente nella stessa quota (« *Titius et Caius ex parte dimidia heredes sunto; 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 (« *Titius et Caius aequis ex partibus heredes sunto; Sempronius heres esto* »).

40.6. Sulle *collationes* successorie, in generale, cfr. spec.: Guarino, *Le collazioni ereditarie* (1945); Mozzillo, sv. *Collazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Longo (G.E.), sv. *Collazione* (*dir. rom.*), in *ED.* — Si ricordi che, ai fini della parificazione dei successori, esisteva anche la *querela inofficiosae donationis vel dotis*: *retro* n. 38.4.3.

40.6.1. Sulla *collatio emancipati* cfr. spec.: Guarino, « *Collatio bonorum* » (1937), *Über den Begriff der Kollation*, in *ZSS.* 59 (1939) 509 ss., e *Di un rescritto dei « divi Fratres » in tema di « collatio bonorum »*, in *RIL.* 1939; Burillo, *Sobre la « collatio emancipati »*, in *SDHI.* 31 (1965) 199 ss. Per le fonti v.: D. 37.6 (*De collatione bonorum*), CI. 6.20. In particolare, si leggano: Ulp. 28.4: *Emancipatis liberis ex edicto datur bonorum possessio, si parati sunt cavere fratribus suis, qui in potestate manserunt, bona, quae moriente patre habuerunt, se conlaturos;* Iul. D. 37.6.3.2: ... *Ponamus patrem quadringenta reliquisse et duos in potestate filios, duos emancipatos, ex quibus alterum centum, alterum sexaginta in bonis habere: is qui centum* [*habebit*] < *habuerit* > *centum triginta tria et trientem feret, is vero qui sexaginta contulerit, centum viginti* (*rell.*).

attivo. Il pretore stabilì, pertanto, che non avrebbe loro concesso la *datio bonorum possessionis*, se prima ciascuno non avesse garantito ai suoi *heredes* (mediante una « *cautio de bonis conferendis* ») di dividere con loro i propri *bona* (naturalmente, *deducto aere alieno*).

40.6.2. 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* attribuita al marito, ma a favore di lei, dal *pater* (« *dos profecticia* »).

40.6.3. 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 descendentium* ». In forza di esso i discendenti chiamati alla successione dovevano conferire alla massa ereditaria (« *conferre in medium* ») tutto quanto avessero ricevuto in vita a titolo gratuito dal *de cuius*: ciò affinché si potesse procedere alla ripartizione del coacervo così risultante tra tutti.

40.7. La tutela giurisdizionale del *successor* contro chi ledesse la sua situazione giuridica (per es.: impossessandosi di *res hereditariae* o rifiutandosi di pagare un debito sorto verso il *de cuius*) poteva essere svolta in due modi: o difendendo i singoli diritti ottenuti per successione mediante il ricorso ai mezzi giurisdizionali a ciascuno proprio (per es.: la *rei vindicatio*, l'*actio ex stipulatu* e via dicendo); oppure affermando nei confronti della controparte la propria qualifica di *successor* del defunto, e chiedendo la riparazione della violazione subita a titolo di conseguenza di questo accertamento

---

40.6.2. Sulla *collatio dotis* cfr. spec.: Guarino, « *Collatio dotis* », in *BIDR.* 49-50 (1948) 259 ss.; Szlechter, *La « collatio dotis »*, in *RH.* 32 (1954) 167 ss., il quale accede alla dottrina tralatizia, secondo cui anche la *collatio dotis* sarebbe stata prevista dall'editto pretorio. Per le fonti v.: D. 37.7 (*De collatione dotis*). — Sulla *dos profecticia*: *infra* 51.2.1.

40.6.3. Sulla *collatio descendentium* v.: CI. 6.20.17,19,20; NovI. 18.6.

40.7. La tutela giudiziaria del *successor* era completata, ovviamente, dalle *exceptiones* che al *successor* era dato di opporre contro chi promuovesse un'*actio* contro di lui. — In particolare, per quanto concerne l'*heres* civilistico, va ricordato: che l'esercizio da parte sua dell'*hereditatis petitio* precludeva l'esercizio di tutte le azioni singole; che l'esercizio da parte sua anche di una sola azione specifica precludeva l'esercizio dell'*hereditatis petitio*, a meno che fosse inserita nella formula una *praescriptio* (più tardi qualificata « *exceptio* ») « *quod praeiudicium hereditati non fiat* » (su questo istituto: Solazzi, *Per la storia dell'exceptio « quod praeiudicium hereditati non fiat »* [1953], ora in *Scr. dir. rom.* 6 [1972] 656 ss.). — In particolare, per quanto concerne il *bonorum possessor*, va ricordato: che all'*hereditatis petitio* dell'*heres* egli poteva opporre (sempre che la sua *bonorum possessio* fosse « *cum re* ») un'*exceptio doli* (Gai 2.120); che egli poteva agire, per l'affermazione dei singoli diritti attribuitigli dal *praetor*, con altrettante *actiones ficticiae* (Gai 3.34).

generale. All'*heres* civilistico spettava, come mezzo di difesa giudiziaria del suo titolo di *heres*, un'*actio in rem* denominata « *hereditatis petitio* ». Al *bonorum possessor* pretorio era concesso invece, a tutela del suo potere giuridico di acquisire i beni del defunto (e di acquisirli, nella *bonorum possessio cum re*, anche in confronto dell'*heres*), l'*interdictum* « *quorum bonorum* ».

40.7.1. L'« *hereditatis petitio* » era un'azione spettante all'*heres* contro chiunque, trascurando questa sua qualifica, pregiudicasse concretamente i diritti (assoluti o relativi) da lui acquisiti a causa della *successio*: essa tendeva, dunque, all'accertamento della qualifica di *heres* e, subordinatamente, alla condanna di colui che si fosse impossessato delle *res hereditariae* (o di alcune fra esse), o che si fosse sottratto all'adempimento di un'*obligatio* facente parte dell'attivo successorio. Malgrado questo suo vastissimo arco di applicazione, si trattava tuttavia, nella forma, di un'*actio in rem*, sì che il convenuto era qualificato « *possessor* »: il che si spiega solo riportandosi alle origini dell'istituto, che nel sistema del *ius Quiritium*, prima del riconoscimento giuridico delle *obligationes*, consistette in una *vindicatio* (più tardi trasfusa in una *legis actio sacramenti in rem*), con la quale l'*heres* reclamava gli oggetti del *mancipium* presso il possessore abusivo. Nella procedura dell'*ordo iudiciorum privatorum*, il convenuto era condannato al *quanti ea res erit*, ma, essendo l'*hereditatis petitio* un *iudicium arbitrarium*, egli poteva assicurarsi l'assoluzione mediante la *restitutio* dello *status quo ante*.

40.7.1. Sulla *hereditatis petitio* la letteratura specifica è vastissima. Tuttavia cfr.: Longo (G.), *L'« hereditatis petitio »* (1933); Carcaterra, *L'azione ereditaria in diritto romano*, 2 voll. (1948); Dénoyez, *Le défendeur à la pétition d'hérédité privée* (1953); Di Paola, *Saggi in materia di « hereditatis petitio »* (1954); Kaser, *Die Passivlegitimation zur « hereditatis petitio »*, in *ZSS*. 22 (1955) 90 ss.; Talamanca, *Studi sulla legittimazione passiva alla « hereditatis petitio »* (1956); Kreller, *Studien* cit. 287 ss.; Schwarz (F.), *Studien zur « hereditatis petitio »*, in *T*. 24 (1956) 279 ss.; Longo (G.), *Sulla legittimazione passiva nell'« hereditatis petitio »*, in *Labeo* 2 (1956); da ultimo, Quadrato, *« Hereditatis petitio possessoria »* (1972). Per le fonti v.: D. 5.3 (*De hereditatis petitione*), CI. 3.41. — Come per la *rei vindicatio* (*infra* n. 59.2), la *hereditatis petitio* poteva svolgersi con la procedura *« per sponsonem »* e con quella *« per formulam petitoriam »*. Il tenore presumibile della *formula petitoria* pare sia stato il seguente: *« Si paret hereditatem Luci Titii ex iure Quiritium A.i A.i esse, si arbitratu tuo res A.o A.o non restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam N.m N.m A.o A.o condemnato; si non paret, absolvito »* (cfr. Lenel, *EP*.[3] § 65). Quanto alla procedura *per sponsionem*, fu largamente usato ricorrervi nei processi più gravi, allo scopo di pervenire, attraverso l'impiego della *legis actio sacramenti in personam*, ad un giudizio da parte dei *centumviri*. — Vi era anche una *hereditatis petitio partiaria*, concessa all'*heres pro parte* nei limiti della sua quota (D. 5.4). — Se il convenuto si rifiutava di partecipare al processo, l'*heres* poteva ottenere nei suoi confronti l'*interdictum « quam hereditatem »*, per costringerlo a restituirgli, salvo accertamento processuale, le *res hereditariae*.

40.7.2. Convenuto poteva essere, in diritto classico, sia il « *possessor pro herede* » (cioè colui che possedesse i beni ereditari affermandosi, in buona o in mala fede, *heres*), che 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 dovesse solo restituire il *pretium* delle *res* vendute. Il diritto postclassico 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 frattanto al vero possessore il tempo di usucapirle.

40.7.3. 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*) la *restitutio* dei *bona* a lui attribuiti dal pretore. È dubbio se al *bonorum possessor* il *praetor* abbia concesso, a questo scopo, una « *hereditatis petitio ficticia* » (cioè un'azione di petizione ereditaria proposta « *ficto se herede* »). Certo è però che Giustiniano creò, in parallelo con l'*hereditatis petitio*, una « *hereditatis petitio possessoria* ».

40.7.2. Il tema della legittimazione passiva all'*hereditas petitio* è tra i più disputati, sopra tutto per la difficoltà di distinguere il classico dal postclassico. Quanto al *Sc. Iuventianum*, cfr. spec.: Dénoyez, *Le Sénatusconsultum Juventianum* (1926); Appleton, *Le vrai et le faux sénatusconsulte Juventien*, in *RH.* 9 (1930) 1 ss.; Guarino, *Salvius Iulianus, Profilo bio-bibliografico* (1946) 82 s. (ora anche in *Labeo* 10 [1964] 406 s.); Marrone, *Sulla natura della « querela inofficiosi testamenti »* cit. 107 ss. I casi in cui il legittimato passivo non era un vero *possessor* (ma, per es., un debitore che si ritenesse *heres*) diedero la stura alla concezione postclassica della « *possessio iuris* », su cui *infra* n. 44.4.3.

40.7.3. Per l'*interdictum quorum bonorum* cfr., in particolare: Lenel, *EP.*[3] 452; Dénoyez, *La possession « pro herede » aut « pro possessore »* cit. V. Gai 4.144: *Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cuius principium est « quorum bonorum »: eiusque vis ac potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possidet dolove malo fecit quo minus possideret, id ei cui bonorum possessio data est restituatur. Pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse: pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam ... sciens ad se non pertinere possidet.* — Sulla *hereditatis petitio possessoria* e sul problema delle sue radici classiche, v. particolarmente: Quadrato, « *Hereditatis petitio possessoria* » cit. *passim*.

41. La « successio mortis causa in singulas res ».

41.1. La cd. *successio mortis causa in singulas res* (terminologia efficace, ma, si ricordi, postclassica) si verificava solo *ex testamento*, subordinatamente all'acquisizione successoria da parte dell'*institutus*. Mancando l'acquisizione successoria (cioè la effettuazione della *successio in ius*), non potevano, infatti, avere effetto le disposizioni a titolo particolare contenute nel *testamentum*, cioè la *datio tutoris*, la *manumissio*, i *legata*. Rinviando a luoghi più opportuni la trattazione relativa alle altre disposizioni a titolo particolare, parleremo qui solo dei *legata* e dei connessi *fideicommissa*.

41.2. *Legatum* era il lascito di un certo e determinato cespite ereditario, che il testatore operava a favore di una determinata per-

---

41.1. Sulla cd. *successio in singulas res* (*retro* n. 35.2.2), con particolare riguardo ai « *legata* », cfr. la vastissima letteratura indicata in Biondi, sv. *Legato (dir. rom.)*, in *NNDI.* e in Voci, sv. *Legato (dir. rom.)*, in *ED.*, fra cui spec.: Ferrini, *Teoria dei legati e dei fedecommessi* (1889); Wlassak, *Vindikation und Vindikationslegat*, in *ZSS.* 1910; Coli, *Lo sviluppo delle varie forme di legato* cit.; Kaser, *Das altrömische « ius »* cit. 147 ss.; Bolla, *Zur Geschichte der römischen Vermächtnisverfügungen*, in *ZSS.* 68 (1951) 502 ss.; Betti, *Legato e liberalità*, in *Riv. dir. proc. civ.* 9 (1955) 632 ss.; Boyer, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, in *RH.* 43 (1965) 333 ss. Cfr. ovviamente spec. le trattazioni del: Grosso, *I legati nel diritto romano, Parte generale*[2] (1962); Biondi, *Successione testamentaria* cit. 269 ss.; e Voci, *Dir. ered. rom.* cit. 2.223 ss. Per problemi particolari, oltre agli scritti citati *infra*, cfr.: Maschi, *Studi sull'interpretazione dei legati* cit.; Messina Vitrano, *L'elemento della liberalità e la natura del legato* (1914); Pringsheim, « *Liberalitas* », in *St. Albertario* 1 (1953) 661 ss.; Grosso, *Efficacia diretta ed efficacia obbligatoria del legato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 8 (1954) 1 ss.; Astolfi, *La « praeceptio » della dote non legata*, in *Labeo* 10 (1964) 329 ss.; Talamanca, *Sul concorso fra legato e manomissione*, in *St. Biondi* 2 (1965) 311 ss.; Occhiogrosso, *D. 32.78.4 e l'interpretazione tipica del legato*, in *Labeo* 12 (1966) 204 ss.; Garcia Garrido, *Notas sobre el « interdictum quorum legatorum »*, in *Est. Sanchez del Rio* (1967) 225 ss.; Polara, « *Inquilini qui praediis adhaerent* » *ed* « *aestimatio* » *di un legato nullo*, in *BIDR.* 72 (1969) 139 ss.; Seager, *D. 34.2.39.2*, in *SDHI.* 35 (1969) 373 ss.; John, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo* (1970); De Robertis, *Sui legati a « incertae personae »: C. 6.78.1.10 e la sua estraneità alla materia associativa*, in *St. Volterra* 3 (1971) 625 ss.; Pescani, « *Potentior est quam vox mens dicentis* », in *Iura* 22 (1971) 121 ss.; Di Salvo, *Il legato modale in diritto romano, Elaborazioni dommatiche e realtà sociali* (1973). Ai *legata* e ai *fideicommissa* sono dedicati i libri D. 3,0 31, 32, nonché CI. 6.37 e I. 2.20. — Sulla *datio tutoris testamentaria*: *infra* n. 53.2. — Sulla *manumissio testamento*: *infra* n. 60.4.3.

41.2. In particolare, sui varî oggetti dei legati cfr.: Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto ormano* 1 (1964) 2 (1969), nonché *Giuliano e il « legatum liberationis »*, in *Labeo* 12 (1966) 338 ss., *Abiti maschili e femminili*, in *Labeo* 17 (1971) 33 ss. (ma v. Martini, *Ancora sul legato di vesti*, in *Labeo* 17 [1971] 157 ss.), e *Legato di una categoria economico-sociale*, in *Labeo* 20 (1974) 374 ss.; Messina Vitrano, *Il legato di usufrutto in diritto romano* 1 (1913); De Villa, « *Optio servi* » *e il diritto di scelta nei legati*, in *SSA.* 1939; D'Ors, « *Optio servi* », in *AHDE.* 18 (1947) 167 ss.; Hofmann, Proto Pisani, « *De optione vel electione legata* », in *Labeo* 2 (1956) 18 ss.; Ormanni, « *Penus legata* », in *St. Betti* 4 (1962) 581 ss.; Amelotti, *Rendita perpetua*

sona (« *legatarius* »: onorato), facendone carico all'asse ereditario o 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, una rendita alimentare e via dicendo. Ciascun oggetto reagiva ovviamente sulla disciplina del relativo legato, ma i modi tipici dell'attribuzione al legatario si adeguavano a due schemi fondamentali: quello dell'attribuzione di un diritto assoluto (reale) sui cespiti ereditari e quello dell'attribuzione di un diritto relativo (di credito) nei confronti dell'*heres institutus*.

41.3. Il *ius civile* conobbe quattro tipi di *legata* (« *genera legatorum* »): due di essi determinavano l'acquisto di un diritto assoluto sulla *res legata* da parte del legatario (*l. per vindicationem, l. per praeceptionem*), gli altri due determinavano il sorgere di un diritto di credito del legatario verso l'erede (*l. per damnationem, l. sinendi modo*).

41.3.1. Il « *legatum per vindicationem* » (nella forma: « *Titio hominem Stichum do lego* ») attribuiva al legatario il *dominium ex iure*

---

e rendita vitalizia, in *SDHI.* 19 (1953) 202 ss.; Arias, « *Legatum nominis* », in *R. gen. legisl. jur.* 187 (1950) 60 ss.; De Villa, *La « liberatio legata » nel diritto classico e giustinianeo* (1939); Metro, *Il « legatum partitionis »*, in *Labeo* 9 (1963) 291 ss.; Santalucia, *I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano* (1964); Talamanca, *Intorno ad una recente ipotesi sulla « liberatio legata »*, in *SUC.* 1963-64; Melillo, *« Legatum mundi » - « universitas rerum »?*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 589 ss.; Santalucia, *I legati ad effetto liberatorio fino a Giuliano*, in *Labeo* 1967; Horvat, *« Servi » e « legatum fundi » nella giurisprudenza classica*, in *Antologia giuridica* 1 (1968) 213 ss. (v. *St. Volterra* 5 [1971] 89 ss.); Guarino, *Sul legato di vesti*, in *Labeo* 16 (1970) 58 ss.; Zazzera, *Brevi note sul legato di vino*, in *Labeo* 18 (1972) 348 ss.; Stiegler, *« Partitio legata »*, in *PW.* — La casistica presenta, tra le altre, le seguenti ipotesi caratteristiche. « *Legatum crediti (testatoris)* », o « *legatum nominis* »: implicava l'obbligo dell'erede di cedere al legatario le azioni contro il debitore del testatore. « *Legatum liberationis* »: implicava l'obbligo dell'erede di liberare il legatario da un debito che costui avesse verso il testatore o verso un'altra persona. « *Legatum dotis* »: era fatto dal marito a favore della moglie, in ordine alla *dos* che a lui fosse stata costituita. « *Legatum pro dote* »: era fatto dal marito alla moglie in ordine ad alcuni cespiti dotali o a cespiti che surrogassero in valore la *dos*. « *Legatum dotis constituendae* »: era fatto al marito (o anche alla moglie) affinché il suo compendio fosse utilizzato per la costituzione della *dos*. « *Legatum instrumenti* »: riguardava tutto il complesso di cose che costituissero l'*instrumentum* di un *fundus*, di una *villa* o di una *domus*. « *Legatum penoris* »: riguardava la cd. *penus*, cioè il complesso delle scorte destinate al mantenimento della *familia*. « *Legatum mundi muliebris* »: concerneva abbigliamenti e ornamenti della moglie. « *Legatum partitionis* »: concerneva una quota dell'eredità che l'erede era tenuto ad assegnare al legatario (« *heres meus cum Titio hereditatem meam partitor* »). « *Legatum optionis* »: concerneva uno tra gli schiavi del testatore, di cui la scelta (« *optio servi* ») era lasciata al legatario.

41.3. Una definizione del *legatum* può leggersi in I. 2.20.1: *legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta.* V. anche Flor. D. 30.116 pr.: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid conlatum velit.*

41.3.1. Sul *legatum per vindicationem* v. Gai 2.193-196: *Per vindicationem hoc modo legamus: « Titio verbi gratia hominem Stichum do lego »; sed*

Quiritium su una *res* del testatore, oppure costituiva a suo favore un *ius in re aliena* sulla stessa: il *legatarius* poteva dunque senz'altro esercitare, dopo avvenuta l'acquisizione successoria, l'*actio in rem* contro chi (erede o altri) trattenesse il possesso della *res legata*.

41.3.2. Il « *legatum per damnationem* » (nella forma: « *heres meus hominem Stichum Titio damnas esto dare* ») aveva per effetto la costituzione di un debito per la *res legata* a carico dell'erede e a favore del legatario: quest'ultimo poteva dunque, in caso di inadempienza, agire contro il primo con un'*actio in personam* (*a. ex testamento*).

41.3.3. Il « *legatum sinendi modo* », sottospecie del precedente, era produttivo dell'obbligo negativo dell'erede di permettere (*sinere*) che il legatario si impossessasse di una cosa o non pagasse un debito ecc.

---

et si alterutrum verbum positum sit, veluti « do » aut « lego », aeque per vindicationem legatum est; item, ut magis visum est, si ita legatum fuerit: « sumito », vel ita: « sibi habeto », vel ita: « capito », aeque per vindicationem legatum est. Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, quia eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere « suam rem ex iure Quiritium esse ». In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quod ita legatum sit statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum, sed posteaquam scierit et omiserit legatum, proinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere... Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt, sed eas quidem res, quae pondere numero mensura constant, placuit sufficere si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, veluti vinum oleum frumentum pecuniam numeratam. Ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere, id est et quo faceret testamentum et quo moreretur: alioquin inutile est legatum. Cfr., in ordine al problema più dibattuto, cioè quello dell'acquisto: Romano (Silvio), *Sull'acquisto del legato « per vindicationem »* (1933); Voci, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano* (1936) spec. 28 ss.; Amirante, *In tema di acquisto del legato « per vindicationem »*, in *Iura* 3 (1952) 249 ss.

41.3.2. Il *legatum per damnationem* (le cui formule di disposizione sono ricordate in Gai 2.201 e Ulp. 24.4) non è stato oggetto di studi *ex professo*. Fra gli scritti che lo riguardano, cfr. spec.: Mitteis, *Stipulation und Legat*, in *ZSS*. 32 (1911) 1 ss.; Paoli, *« Lis infitiando crescit in duplum »* (1933) 135 ss.; Schwarz, *Die Funktion des Irrtums bei Erfüllung gänzlich oder teilweise nicht geschuldeter Fideicommisse*, in *ZSS*. 68 (1951) 266 ss.; Sargenti, *Problemi di responsabilità contrattuale, 2. - La « perpetuatio obligationis » nella « stipulatio » e nel legato*, in *SDHI*. 20 (1954) 162 ss. È vero che non vi sono notevoli problemi di ricostruzione del regime: Gai 2.202 precisa, infatti, che *per damnationem* si possono legare, oltre alle cose dell'erede, anche *alienae res*, che l'erede deve procurarsi o delle quali deve dare il controvalore; addirittura si può legare una *res, quae in rerum natura non est* (es.: « *fructus qui in illo fundo nati erunt* ... »: Gai 2.203), purché si tratti di cose che « *dari possint* » (Ulp. 24.9); né l'acquisto presenta difficoltà pratiche di rilievo, ecc. Tuttavia, lo studio dell'evoluzione di tale *genus legati*, specialmente nella sua influenza sul modellamento e la regolamentazione delle altre forme di disposizioni *mortis causa* a titolo particolare, è ancora da farsi, e potrebbe presentare difficoltà ed interesse molto maggiori di quel che si creda.

41.3.3. Per il *legatum sinendi modo* si legga Gai 2.209-215. La formula era: « *heres meus damnas esto sinere Titium hominem Stichum sumere sibique habere* ».

41.3.4. Il « *legatum per praeceptionem* » aveva per effetto la costituzione di un determinato diritto assoluto a favore di uno dei coeredi, il quale poteva impossessarsi della cosa prima (*praecapere*) della divisione ereditaria sottraendola alla stessa.

Sul tema, specialmente per l'origine di tale legato (la cui risalenza e paradigmaticità è molto contestata) cfr.: Bammate, *Origine et nature du legs « sinendi modo »* (1947); Kaser, *Das « legatum sinendi modo » in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts*, in *ZSS.* 67 (1950) 320 ss.; Pezzana, *Contributi allo studio del legato « sinendi modo »* (1958) nonché *Sull'origine e sulla struttura classica del legato « sinendi modo »*, in *St. Volterra* 3 (1971) 183 ss.; García Garrido, *La concepción clásica del legado « sinendi modo » y su probable estructura originaria* (1959), poi anche in *St. Betti* 3 (1962) 231 ss.

41.3.4. Il *legatum per praeceptionem* (nella forma: « *Titius heres meus hominem Stichum praecipito* ») è quello che ha maggiormente attirato l'attenzione della dottrina. Tra i lavori recenti cfr.: García Garrido, *Gayo 2.216-223 sobre « legatum per praeceptionem »*, in *AHDE.* 31 (1961) 487 ss.; Leuba, *Origine et nature du legs « per praeceptionem »* (1962), ivi ampia bibliografia; Galeno, *« Per praeceptionem »*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 206 ss.; Palazzolo, *« Dos praelegata », Contributo alla storia del prelegato romano* (1968); Tapani Klami, *Zur römischen Prälegatsterminologie und D. 34.3.8.6*, in *SDHI.* 34 (1968) 249 ss.; Magliocca, *Sul legato « uni ex heredibus »*, in *St. Grosso* 5 (1972) 283 ss.; Meincke, *Zur Anwachsung beim Prälegat*, in *St. Kaser* (1973) 95 ss.; e ancora, in sintesi, Biondi, sv. *Prelegato (dir. rom.)*, in *NNDI.* Il problema principale è non tanto quello della comprensione della divergenza di opinioni fra Sabiniani e Proculiani circa il destinatario del legato, bensì quello preliminare della individuazione dei termini originari in cui la divergenza fu riferita da Gai 2.217-223: *Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari (per praeceptionem) posse putant, nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset: praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.* (218) *Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum; adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex senatusconsulto Neroniano posse convalescere: ... Sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum: ...* (219) *Item nostri praeceptores quod ita legatum est nulla alia ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda, accipi solet: officio enim iudicis id contineri, ut ei quod per praeceptionem legatum est adiudicetur.* (220) *Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit; nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. Itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum; sed ex senatusconsulto confirmabitur. Aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: veluti si quis eam rem legaverit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit.* (221) *Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur: « Titius hominem Stichum capito », supervacuo adiecta « prae » syllaba: ideoque per vindicationem eam rem legatam videri. Quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse.* (222) *Se undum hanc igitur opinionem, si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicari, sive is unus ex heredibus sit sive extraneus; quod si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi vero familiae erciscundae iudicis officio praestabitur: quod si nullo iure fuerit testatoris, tam heredi quam extraneo ex senatusconsulto utile erit.* (223) *Sive tamen heredibus secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis secundum illorum opinionem, duobus pluribusve eadem res coniunctim aut disiunctim legata fuerit, singuli partes habere debent.*

41.4. Questi quattro tipi di legato furono fortemente accostati l'uno all'altro per effetto di 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.: perché 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). Nella prassi postclassica e nelle fonti giustinianee i *quattuor genera legatorum* non furono più considerati negozi a sé stanti, e le formule di disposizione rimasero soltanto per indicare l'efficacia che il testatore intendeva attribuire al lascito.

41.5. La pratica dei *legata* fu tanto diffusa in Roma che spesso accadeva che i testatori distribuissero testamentariamente tutto il patri-

---

41.4. Del *Sc. Neronianum*, il cui ricordo scomparve nella compilazione giustinianea perché ormai anacronistico, ci parlano essenzialmente Gai 2.197, 212, 218, 222, Ulp. 24.11 *a* (che ricalca le *Institutiones* gaiane) e Vat. 85. Gaio, dopo aver detto che *eae ... solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt*, nel primo dei passi citati precisa: *sed sane hoc ita est iure civili. Postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset; optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest (rell.)*. Negli altri passi Gaio riferisce varie applicazioni del provvedimento neroniano, talvolta contestate, giungendo a dire, sia pure nel riferire l'opinione di Giuliano e Sesto, che esso sanava i *verborum vitia* nella disposizione dei legati. La *communis opinio* ritiene che il Sc. Neroniano autorizzò la conversione di un legato « inutile » in altro tipo di legato efficace, adeguato alla situazione di fatto ed alla volontà del *de cuius* (v. *retro* nt. 29.5.1). Discussi sono, nell'ambito di tale dottrina, il contenuto originario del provvedimento senatorio; il suo riferimento o meno al solo *legatum per vindicationem* invalido per alienità della *res legata*; il sistema (*ius civile - honorarium - novum*) secondo cui era operata la sanatoria. Per l'influenza esercitata dalla riforma neroniana sul regime e sulla pratica dei legati, cfr. spec.: Maschi, *Studi sull'interpretazione* cit. 105 ss. — In ordine al diritto postclassico ed alla riforma giustinianea, v. partic. Costant. CI. 6.37.21 (a. 339) e Iust. CI. 6.43.1 (a. 529), nonché I. 2.20.2: ... *Sed ex constitutionibus divorum principum sollemnitas huiusmodi verborum penitus sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam (rell.)*. Cfr.: Grosso, *Sulla riforma di Giustiniano in materia di legati*, in *St. Paoli* (1955) 359 ss.; Kaser, *Privatrecht* 2. 549 ss., 555 ss.

41.5. Sui limiti e le riduzioni delle disposizioni *mortis causa* a titolo particolare cfr.: Wieacker, *Hausgenossenschaft* cit., 45 ss.; Wesel, *Ueber den Zusammenhang der « lex Furia », « Voconia » und « Falcidia »*, in *ZSS.*, 81 (1964) 308 ss. — Sulla *lex Furia* in particolare: Steinwenter, sv. « *Lex Furia* », in *PW.*; Arias Bonet, « *Mortis causa capiones* » cit. 781 ss. — Sulla *lex Voconia* in particolare: Cassisi, *L'editto di C. Verre e la « lex Voconia »*, in *AUCT.* 1949; Longo (G.), sv. « *Lex Voconia* », in *NNDI.* — Sulla *lex Falcidia* in particolare: Bonifacio, *Ricerche sulla « lex Falcidia de legatis »* (1948), con referenze bibliografiche, a cui *adde*, dello stesso, *In tema di « lex Falcidia »*, in *Iura* 3 (1952) 229 ss.; Schwarz, *War die « lex Falcidia » eine « lex perfecta »?*, in *SDHI.* 17 (1951) 224 ss.; Longo (G.), sv. « *Lex Falcidia de legatis* », in *NNDI.*; Franciosi, « *Lex Fal-*

monio 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* fosse riservato almeno un quarto del compendio ereditario (« *quarta Falcidia* ») e che, pertanto, i lasciti esuberanti fossero da ridurre (« falcidiare ») in proporzione.

41.6. 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 subordinato, come si è detto, all'acquisizione successoria dell'*institutus*: perciò, se l'*institutus* era un *heres voluntarius*, l'acquisto del legato si sarebbe dovuto rinviare, a rigore, al momento dell'*aditio*. Ma la giurisprudenza preclassica, considerato che sin dal momento dell'apertura della successione il legato costituiva quanto meno una solida aspettativa di diritto per il beneficiario, insegnò che il cd. « *dies cedens* » (il momento da cui il *legatum* era riservato al legatario) coincidesse in ogni caso con la morte del testatore: regola che si applicava sia ai *legata* puri che a quelli sottoposti ad un termine iniziale *certus quando*. Per i *legata* sottoposti a *dies incertus quando* o a *condicio*, il *dies cedens* era invece, necessariamente, quello dell'avveramento della circostanza terminale o condizionale. È ovvio che, sin che non fosse seguita l'*aditio* o non fosse giunto il *dies certus*, il legato non era esigibile dal legatario: il momento in cui il *legatum* diventava esigibile (e quindi il legatario era in grado di esercitare a sua tutela l'*actio in rem* o l'*actio ex testamento*) era il cd. « *dies veniens* ».

41.6.1. Le cause di impedimento all'acquisto del *legatum* erano, a parte la mancata acquisizione successoria dell'*institutus*, le seguenti:

---

cidia » « *Sc. Pegasianum* » *e disposizioni a scopo di culto*, in *St. Donatuti* 1 (1973) 401 ss.; Wacke, *Die Rechtswirkungen der « lex Falcidia »*, in *St. Kaser* (1973) 209 ss.

41.6. Sull'acquisto del legato cfr., per tutti: Sommer, « *Dies cedens* », in *ZSS*. 34 (1913) 394 ss.; Grosso, « *Dies veniens* », in *Symb. Taubenschlag* 1 (1956) 415 ss. V. anche *retro* nt. 41.3.1. — Il *dies cedens* fu spostato dalla *lex Iulia et Papia* al momento dell'apertura del testamento: Ulp. 24.31. Il diritto giustinianeo ripristinò la regola antica dell'apertura della *successio* e quindi della morte del *de cuius*: CI. 6.51.1.5.

41.6.1. Per le formule dell'*ademptio legati* v. I. 2.21 pr., e D. 34.4.3.8. Il principio formale dei *contraria verba* (es.: « ... *non do, non lego* ») venne scomparendo già nel diritto classico e fu del tutto desueto in quello giustinianeo. — Non mancano, nelle fonti, esempi di revoca tacita del *legatum* (per alienazione della cosa legata *per damnationem:* Gai 2.198, I. 2.20.12), sui quali è viva la discussione: Messina Vitrano, *Sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fedecommessi*, in *AUPA*. 1914, *L'alienazione della cosa legata o fedecommessa da Celso a Giustiniano*, in *AUPE*. 1920, nonché *Ancora sulla dottrina della revoca tacita dei legati e fedecommessi*, in *AUPA*. 1919; Riccobono, *Legati e fedecommessi*,

la invalidità iniziale del *testamentum* o della singola disposizione di legato; 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.); la « *ademptio legati* », cioè la revoca del *legatum* (in un testamento o nei *codicilli confirmati*) da parte del *testator* (es.: « *heres meus ne dato* »); la « *translatio legati* », cioè la assegnazione del *legatum* ad altro onorato, fatta in un successivo *testamentum* o in *codicilli testamento confirmati*.

41.6.2. 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 convalescere* »). Ma la giurisprudenza classica manifestò la tendenza ad interpretare questa regola nel senso più restrittivo.

41.7. Verso la fine del periodo preclassico invalse l'uso di effettuare lasciti *mortis causa*, anziché per legato, mediante *fideicom-*

« *Verba* » e « *voluntas* », in *Mél. Cornil* 2 (1926) 348 ss.; Sanfilippo, *Studi* cit. 99 ss.; De Martino, *Un caso di revoca tacita del legato*, in *RIL*. 1938; Arnó, *L'alienazione della cosa legata* (1939); Koschaker, *L'alienazione della cosa legata (Conferenze Castelli*, 1940). Sulla revoca implicita spec.: Astolfi, *Studi sull'interpretazione della revoca implicita in materia di legati e di manomissioni*, in *SDHI*. 25 (1959) 128 ss.; Talamanca, *Sul concorso fra legato e manomissione* cit.; Guarino, « *Ademptio libertatis* » *implicata da* « *legatum* », in *Labeo* 9 (1963) 7 ss. (contro i risultati di entrambi). — Sulla *translatio legati*: Bonifacio, *Sulla natura giuridica della* « *translat.o legati* », in *Labeo* 2 (1956) 219 ss.; Talamanca, *Revoca testamentaria e* « *translatio legati* », in *St. Betti* 4 (1962) 181 ss.

41.6.2 La cd. *regula Catoniana* ebbe senz'altro una complessa vicenda storica, ché da applicazioni limitate essa passò a principio generale valido anche per gli atti tra vivi. La sua formulazione originaria fu forse la seguente: « *si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret id legatum quandocumque decesserit non valere* » (v.: Gai 2.244; Ulp. 24.23; I. 2.20.32; per talune particolarità di applicazione D. 30.41.2, D. 34.7.3 e D. 34.7.5). La ricostruzione della storia e dell'esatto significato della *regula* non è stata ancora data. Tuttavia cfr.: Lambert, *La règle Catonienne* (1925); Appleton, *L'origine et la fin de la règle Catonienne*, in *T*. 11 (1932) 19 ss. V. *retro* n. 29.5.1 con altra letteratura.

41.7. Sulla successione fedecommissaria esiste ampia letteratura. La si veda in: Trifone, sv. *Fedecommesso (dir. rom.)*, in *NNDI*., e Voci, sv. *Fedecommesso (dir. rom.)*, in *ED*. Cfr. partic.: Brückner, *Zur Geschichte des Fideicommisses* (1893); Scarlata Fazio, *La successione codicillare* cit.; Iglesias, *Sobre fideicomisos y substituciones fideicomisarias*, in *Rev. Jur. de Cataluña* 1949; Genzmer, *La genèse du fidéicommis comme institution juridique*, in *RH*. 40 (1962) 319 ss.; Impallomeni, *L'efficacia del fedecommesso pecuniario nei confronti dei terzi, La* « *in rem missio* », in *BIDR*. 70 (1967) 1 ss.; Watson, *The early history of* « *fideicommissa* », in *Index* 1 (1970) 178 ss.; Maschi, *Tutela, fedecommessi, contratti reali (omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, in *St. Volterra* 4 (1971) 667 ss.; Wacke, *Das* « *fideicommissum a debitore relictum* », in *T*. 39 (1971) 257 ss.; Metro, « *Denegare petitionem, denegare persecutionem fideicommissi* », in *BIDR*. 75 (1972) 133 ss.; Wieacker, *Erlass-Schenkung* « *mortis causa* » cit.; MacCormack, « *Factum debitoris* »

missum, cioè mediante una preghiera (*rogatio*), rivolta all'erede o al legatario, di assegnare (*restituere*) in tutto o in parte un cespite ricevuto ad un terzo (« *fideicommissarius* »). La « *rogatio fideicommissaria* », assolutamente scevra di forme prestabilite, poteva essere fatta nel *testamentum*, nei *codicilli* o con qualunque manifestazione verbale. Da essa sorgeva inizialmente un puro impegno d'onore, non un dovere giuridico dell'onerato; ma ai tempi di Augusto venne affidato ad uno speciale pretore (« *praetor fideicommissarius* ») il compito di provvedere *extra ordinem* acché anche dei fedecommessi fosse assicurata giurisdizionalmente l'esecuzione.

41.7.1. Un'applicazione speciale del *fideicommissum* era costituita dal cd. « *fideicommissum hereditatis* », cioè dalla *rogatio* rivolta all'*heres* di trasmettere, in tutto o in parte, 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: forse 75 d.C.) dispose che, in ogni caso, fosse riservato all'*heres rogatus* un quarto dell'asse ereditario (cd. « *quarta Pegasiana* »), ad imitazione della *quarta Falcidia*.

41.7.2. Il *fideicommissum* diventò, in tal modo, un istituto giuridico assai diffuso, che in periodo postclassico mostrò chiara tendenza ad as-

---

and « *culpa debitoris* », in *T.* 41 (1973) 59 ss.; Torrent, « *Fedeicommissum familiae relictum* » (1975).

41.7.1 Lo scopo del *fideicommissum hereditatis* era solitamente quello di impedire all'erede di disporre liberamente del patrimonio ereditario e di vincolarlo a trasferire lo stesso, in tutto o in parte, ad altra persona di gradimento del testatore. Gaio, che si sofferma alquanto sull'istituto (Gai 2.247-259), riporta la formula: « *Titius heres esto. Rogo te, L. Titi, petoque a te ut cum primum possis hereditatem meam adire, C. Seio reddas restituas* », ma aggiunge subito (§ 250): *et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa vel ex die certo.* Prima del *Sc. Trebellianum* il *fideicommissarius* era soltanto un cessionario dell'*heres fiduciarius*, il quale gli vendeva il compendio « *dicis causa nummo uno* ». E siccome non tutto poteva costituire oggetto di immediato trasferimento in *dominium*, le due parti si garantivano vicendevolmente mediante *stipulationes*: che l'*heres fiduciarius* avrebbe riversato al *fideicommissarius* ogni beneficio che fosse per cadergli nelle mani, e che il *fideicommissarius* avrebbe rilevato l'*heres* da ogni pregiudizio che avesse a soffrire in quanto *heres* (per esempio, una condanna giudiziale). — Sul *Sc. Trebellianum:* Bartošek, *Il senatoconsulto Trebelliano*, in *Scr. Ferrini Milano* 3 (1948) 308 ss. — Sul *Sc. Pegasianum*: Sabater, *La cuarta Trebelianica* (1951).

41.7.2. Sull'*exaequatio* dei *legata* ai *fideicommissa:* D. 30.1.1 (ma v.: CI. 6.43.1-2; I. 2.20.2-3). Come si legge in I. 2.20.3, la *exaequatio* fu operata sul piano dell'efficacia: *ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura.* Appunto perciò le Istituzioni giustinianee si occupavano separata-

sorbire in sé quanto meno 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* »).

---

mente dei due istituti: dei *legata* in 2.20-22, dei *fideicommissa* in 2.23-24. Sul punto: Grosso, *Sulla riforma di Giustiniano in materia di legati* cit.; Maschi, « *Exaequata sunt legata fideicommissis* » *(Un esempio di metodo storico-critico in Accursio)*, in *Ius* 15 (1964) 70 ss.

SEZIONE SECONDA

I RAPPORTI ASSOLUTI DEL « IUS PRIVATUM »

CAPITOLO VII

I RAPPORTI ASSOLUTI DEL « IUS PRIVATUM »

SOMMARIO: 42. I rapporti assoluti del *ius privatum*. — 43. La *possessio*. — 44. La *possessio ad interdicta*. — 45. La *communio*. — 46. Il regime della *communio* dominicale.

42. I RAPPORTI ASSOLUTI DEL « IUS PRIVATUM ».

42.1. Dei rapporti assoluti del *ius privatum*, nel loro assetto classico, abbiamo già disegnato un quadro succinto a suo tempo. Prima di passare alla loro descrizione specifica è opportuno tornare brevemente a quel quadro generale, allo scopo di svilupparlo in prospettiva storica. Occorre, in altri termini, riferire i rapporti assoluti del *ius privatum* alle vicende generali dell'ordinamento giuridico romano, ed occorre altresì collegare più esplicitamente gli istituti agli ambienti sociali ed economici di cui furono espressione, nonché ai tempi storici in cui vissero, sopravvissero o infine, sempre per determinate ragioni sociali ed economiche, finirono in parte per estinguersi.

42.1.1. Già abbiamo parlato, in chiave ovviamente di ipotesi e di induzione evoluzionistica, della preistoria e protostoria del *ius priva-*

42.1. Il quadro dei rapporti assoluti del *ius privatum* nel loro assetto classico è stato dato *retro* n. 14.2-3. — Per la prospettiva storica di seguito sommariamente disegnata rinviamo alla nostra *Storia del diritto romano*[5] (1975) *passim*. V. anche Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano, Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni* (1970), che costituisce un tentativo interessante ed acuto (anche se non in tutto da noi condiviso) di approssimazione ad un taglio nuovo (ed antitradizionale) di trattazione del *ius privatum* romano. — Sulla storia economica di Roma, oltre alle trattazioni generali indicate nel « ragguaglio bibliografico » (n. 3 *f*), cfr.: Cracco Ruggini, *Esperienze economiche e sociali nel mondo romano*, in *Nuove questioni di storia antica* (1968) 685 ss. (ivi altra bibliografia).

42.1.1. Il carattere non economico, ma funzionale (in rapporto all'autonomia delle *familiae*) del bisogno arcaico di *ius*, manifestatosi alle soglie della vita cittadina (e in concomitanza con le opportunità politiche che portarono alla

tum, la quale coincise col processo di formazione della *civitas*. Se il quadro è attendibile, come l'esplorazione archeologica tende sempre più a confermare, quest'epoca, che possiamo fare approssimativamente collimare con i secoli VIII-VI a.C., segnò il lento passaggio da un'economia comunistica a carattere essenzialmente pastorale alle prime e imperfette espressioni di un'economia individualistica di tipo agricolo: individualizzata però non nelle persone singole, ma nelle *familiae* (e residualmente nelle *gentes*) di cui erano espressione i relativi capi, i *patres*. La ragione prima per cui protagonisti del *ius Romanorum*, e in particolare del *ius privatum*, divennero (e rimasero poi, almeno formalmente, sino all'ultimo) i *patres familiarum* è da vedersi, in questa stagione lontana, nella struttura fortemente chiusa, resistente ad ogni impulso di disgregazione sia dall'interno che dall'esterno, dei gruppi familiari agnatizi. L'interesse di questi gruppi, e per essi dei loro *patres*, non era tanto di assicurarsi l'appartenenza delle terre, che erano esuberanti e non richiedevano ancora un grande dispendio di accolturazione, quanto di garantirsi la loro stessa autonomia di fronte alle altre *familiae* e di fronte alla nascente *civitas*. Per il che il regime dell'appartenenza dei beni economici in generale rimase a lungo quello rudimentale della *possessio*, mentre il « bisogno di *ius* », cioè l'esigenza di una tutela stabile di certi valori preminenti e irrinunciabili, si concentrò nella salvaguardia *erga omnes* dei nuclei familiari e di quel tanto di terra, di beni, di mezzi di lavoro che fosse strettamente indispensabile a rendere operante la *familia* sul piano religioso, sociale ed economico.

42.2. Queste le ragioni per cui nel sistema originario del *ius Quiritium* fu riconosciuto e tutelato un solo schema di rapporto

---

costituzione della *civitas*), è dimostrato proprio dalla estrema povertà economica delle prime esplicazioni della titolarità giuridica (cioè, secondo noi, dall'istituto della *manus* o *mancipium*). Stando alla tradizione (che concentra, al solito, il fenomeno in iniziative di personaggi mitici: v. Liv. 2.49-50), Romolo assegnò ai *patres* suoi seguaci non più di due iugeri di terreno trasmissibile agli eredi, quindi di terreno familiare, e Numa Pompilio (Plut. *Numa* 16.1) segnò la tutela giuridico-religiosa dei confini dell'*heredium*. Una estensione di terra così esigua (mezzo ettaro), su cui sorgeva la *domus* familiare, non è assolutamente pensabile sia stata considerata dai Romani delle origini sotto il profilo economico, cioè come ricchezza: i Romani delle origini erano rozzi, ma non ingenui, e non potevano attribuire alla coltura dell'*heredium* (poco più di un orticello) funzioni di appagamento dei ben maggiori bisogni di sostentamento della *familia*. È chiaro quindi che *domus* ed *heredium* (e così pure gli *animalia quae collo dorsove domantur*) avevano essenzialmente altra finalità: quella di garantire l'immunità alla sede del gruppo familiare, lo stabile albergo ai suoi membri e al bestiame domestico di maggiore importanza, una riserva minima di colture pregiate ed eventualmente di sementi per i primi e rudimentali esperimenti, sui terreni di *ager compascuus* posseduti specificamente dalla *familia*, di coltivazioni semi-intensive.

42.2. Il tema del *mancipium* è tra i più contrastati nella dottrina romani-

assoluto (in senso proprio), intercorrente tra il *paterfamilias* e tutti gli altri *Quirites*. Tale rapporto, avuto riguardo alle facoltà del soggetto attivo, venne denominato in modi vari, ma principalmente « *manus* », o anche (da « *manu capere* ») « *mancipium* », o anche (da « *potis esse* ») « *potestas* ».

42.2.1. Oggetto del *mancipium* (o come altrimenti si voglia denominare l'istituto) fu la « *familia* » in tutti i suoi distinti e svariati ele-

---

stica, sia per quanto concerne il valore semantico e l'etimologia del termine « *mancipium* », sia per quanto concerne la distinzione tra *res mancipi* e *nec mancipi* (*retro* n. 30.8). Per un quadro delle questioni cfr.: Fabbrini, sv. « *Mancipium* », in *NNDI.* con bibliografia a cui *adde*: Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei « iura praediorum » nell'età repubblicana* 1 (1969); Diósdi, *Ownership in ancient and preclassical Roman law* (1970); Lévy (J.-Ph.), *Histoire de la propriété* (1972). — La terminologia di *mancipium* da noi prevalentemente adottata (unitamente a quella di « *manus* » e di « *potestas* ») non implica la tesi che l'istituto fosse denominato così, anzi non implica la tesi che l'istituto avesse una sua precisa e uniforme denominazione. Le dispute che si fanno in proposito ci sembrano piuttosto oziose, così come ci sembra ozioso argomentare la inesistenza dell'istituto unitario dall'inesistenza di una denominazione unitaria. V. invece: Gallo, « *Potestas* » *e* « *dominium* » *nell'esperienza giuridica romana*, in *Labeo* 16 (1970) 17 ss., e (in polemica) Capogrossi Colognesi, *Ancora sui poteri del « pater familias »*, in *BIDR.* 73 (1970) 357 ss. — La realtà storica del *mancipium* (in ordine alla quale, con particolare riferimento alle *res mancipi*, v. *retro* nt. 27.8 e bibliografia ivi citata) emerge, a nostro avviso, da tutta una serie di indizi offerti dalle strutture degli istituti dei tempi storici (istituti evidentemente tra loro in qualche modo apparentati, e quindi probabilmente derivati da un'unica matrice): molto interessante, in proposito, Ambrosino, *Le applicazioni innovative della « mancipatio »*, in *St. Albertario* 2 (1953) 573 ss. Il merito di aver avviato la romanistica verso questa ipotesi va attribuito essenzialmente al Bonfante e al De Visscher, i quali peraltro non ebbero ancora la visione del *mancipium* unitario delle origini. Gli impulsi di questi due romanisti sono stati variamente stimolanti per molti ricercatori contemporanei, tra i quali annoveriamo noi stessi, e sono stati, ad esempio, trasferiti in un vasto tentativo di dimostrazione dal Gallo, *Osservazioni sulla signoria del « pater familias » in epoca arcaica*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 193 ss. Ma è inevitabile che le ricostruzioni ipotetiche divergano anche notevolmente l'una dall'altra; ed è forse vano lo sforzo di chi si preoccupa troppo di stabilire se una dottrina veramente coincida con quella del Bonfante o con quella del De Visscher o se essa, pur richiamandosi ad una delle due, in realtà se ne distacchi sino a contrastarla: cfr. invece Capogrossi Colognesi, *La struttura* cit. 105 ss., comunque utile nella sua paziente catalogazione ed interessante (ma, per vero, affatto preoccupante) nella segnalazione del fatto che le più recenti posizioni della romanistica (tra cui la nostra) costituiscono, almeno in certe formulazioni esteriori, un ritorno all'antico, cioè a tesi accennate da autori tedeschi del secolo scorso (Gans, Christiansen, Rossbach): i « ritorni » non costituiscono sempre un passo indietro. Per una più approfondita discussione del problema rinviamo a: Guarino, *Dal « ius civile » al « ius Quiritium »*, in *Le origini quiritarie* (1973) 179 ss.

42.2.1. Il concetto di *familia* nel diritto più antico e nell'età delle XII tavole (v. anche *retro* nt. 23.6.1) offre dubbi notevoli, anzi forse insuperabili: anche la nostra ricostruzione, sia chiaro, è meramente ipotetica. Sul significato arcaico di « *familia* » e di « *pecunia* » cfr.: Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA.* 1949; Coli, *Il testamento nella legge delle XII tavole* (1956), ora in *Scr.* (1973) 613 ss. Per l'opinione espressa nel testo: Guarino, « *Cui suus heres nec escit* » (1944) e *Notazioni romanistiche*, 2. - *La « Lex duodecim tabularum » e la tutela* (1948), ora in *Le origini quiritarie* (1973) 258 ss., 237 ss. — Più in generale,

menti, rappresentati: dai *filii, nepotes ex filio, pronepotes* di ambo i sessi, tutti denominati « *filii familias* », in quanto legati al *pater*, indipendentemente dal *mancipium*, col vincolo della procreazione da lui o dai suoi discendenti (« *adgnati* »); dagli « *adrogati* », cioè dai *patres familiarum* liberamente assoggettatisi, mediante *adrogatio*, al *pater*, e quindi ridotti, in una con i propri *filii*, in condizione di *filii familias*; dalle « *uxores in manu* », cioè dalle donne uscite da altre *familiae* ed entrate a far parte di quella del *pater* per essere le mogli di lui o dei suoi *filii*, tutte però sotto la potestà del *pater*, e quindi *filiarum loco*; dai *filii* di altre *familiae* (restanti pur sempre tali) che il *pater* avesse acquistato solo come forze di lavoro e cioè solo come sottoposti al suo *mancipium* (i cd. « *mancipia* » o « *liberi in mancipio* » dei tempi storici); dai « *servi* », cioè dai prigionieri di guerra, non uccisi, ma conservati (*servati*) per il lavoro; dalla « *domus* » (dall'ètimo indo-europeo « *dham* », che è lo stesso di « *familia* »), con il piccolo « *heredium* » circostante. o anche, più tardi, dal « *fundus* » *in agro Romano* ottenuto da una pubblica *divisio et adsignatio agrorum*; dagli animali domestici di maggiore importanza, che fossero destinati ai lavori agricoli ed ai servizi familiari, sia di coltivazione dei campi che di trasporto (« *animalia quae collo dorsove domantur* »: buoi, muli, asini, cavalli). Questo nostro catalogo, sia chiaro, non riflette l'assetto sociale ed economico originario della *civitas*, ma già tiene conto degli estendimenti e degli avanzamenti verificatisi, ferma restando la struttura formale del *ius Quiritium*, nella fase etrusco-latina della *civitas* e anche dopo: in tempi, cioè, nei quali Roma passò ad una vita economica cittadina più intensa e articolata, si avviò alle prime conquiste territoriali e fu teatro dell'ovvia tendenza dei *patres familiarum* a rinsaldare e ad allargare i loro *mancipia* (sopra

---

sull'organizzazione primitiva: De Francisci, *La comunità sociale e politica primitiva*, in *SDHI*. 21 (1955), dove la prima parte (p. 1-53) reca un'ampia esposizione della dottrina, e la seconda (p. 53-86) una interessante rassegna dei problemi. Dell'a. cfr. anche *Primordia civitatis* (1959) 140 ss. — I critici dell'ipotesi relativa all'unità originaria del *mancipium* fanno leva, tra l'altro, per sostenere la originaria differenziazione dei poteri del *pater*, sul fatto che i *filii familiarum* potevano essere bensì mancipati ad altri, ma non potevano diventare *filii* dell'acquirente, e così pure le *mulieres in manu* mancipate (dal *pater familias* del marito) a terzi non cadevano *in manum* dell'acquirente (in particolare, Cangrossi Colognesi, *Ancora sui poteri del « pater familias »* cit.). Giustissimo: ma noi non sosteniamo che il *mancipium* originario contenesse *in nuce* la *patria potestas*, il *matrimonium*, la *potestas dominica*, il *dominium* dei tempi storici. Questi istituti furono tutti, quale più quale meno, frutto di complessi sviluppi e di svariate integrazioni. Il *mancipium* quiritario era indubbiamente un *minimum:* quel tanto che era di interesse dei *patres familiarum* affinché l'organizzazione delle *familiae* non subisse attentati da parte di terzi.

tutto fondiari), visto che costituivano la base della loro influenza nella comunità cittadina.

42.2.2. La condizione giuridica degli oggetti sopra indicati non era, si badi, identica per tutti. La *domus*, il *fundus*, gli *animalia* da soma o da tiro erano oggetti giuridici per loro natura, che non avrebbero mai potuto mutare questa loro qualità (e che appunto perciò furono detti poi « *res* » in senso proprio). I *mancipia* erano sottoposti *liberi*, che potevano essere anche affrancati (*manumissi*), ma tornavano in tal caso sotto la *potestas* del *pater* originario, di cui erano pur sempre *filii*. I *servi* erano invece oggetti normali di rapporti giuridici (ed appunto perciò furono inclusi più tardi tra le *res*), ma con questa particolarità: di poter essere eventualmente affrancati alla stregua dei *mancipia* e di diventare per questa via, essendo privi di una *familia* romana di origine a cui far ritorno, *liberi* e *sui iuris*. Infine tutti gli altri elementi erano oggetti giuridici a titolo temporaneo, ma potenzialmente erano soggetti giuridici, perché sarebbero divenuti indipendenti allorché il *pater familias* della loro *stirps* agnatizia fosse scomparso: essi vennero pertanto contraddistinti col termine di « *liberi* » o di « *capita* », cioè di membri in qualche modo influenti nella vita della comunità. Le premesse di una dissoluzione del *mancipium*, schema giuridico troppo elementare per ricomprendere realtà sociali ed economiche tanto diverse, furono costituite appunto dalla progressiva diversificazione delle esigenze poste dai suoi soggetti sul piano della realtà sociale ed economica.

42.2.3. Al di fuori degli elementi della *familia* ora indicati nessun altro cespite, abbiamo detto, interessava il *ius Quiritium* e costituiva

---

42.2.2. Sulla posizione giuridica delle singole categorie comprese nel *mancipium*, nella fase più antica cfr. spec.: Wenger, *Hausgewalt und Staatsgewalt im römischen Altertum*, in *Miscell. Ehrle* 2 (1924) 1 ss.; Westrup, *Family property and « patria potestas »* (1936); De Visscher, *Il concetto di potestà nell'organizzazione dell'antico diritto romano*, in *Conferenze Castelli* (1940) ... ss.; Castello, *Studi di diritto familiare e gentilizio* (1942); De Francisci, *Primordia civitatis* cit. 107 ss.; Voci, *Qualche osservazione sulla « familia » romana arcaica*, in *SDHI*. 18 (1953) 307 ss. — In particolare, quanto alla posizione giuridica dei *filii in potestate*, si ricordi che Gaio diceva che « *vivo quoque patre quodam modo domini existimantur* » (v. *retro* nt. 37.2).

42.2.3. Sulla comunanza civica *infra* n. 45.3. — Sulla *possessio* delle *res nec mancipi infra* n. 43.2. — Per il catalogo delle *res nec mancipi retro* n. 27.8. — La denominazione delle *res non familiares* come *pecunia* e la distinzione della « *pecunia* » dalla « *familia* » era contenuta nelle *XII tabulae*, nella formula della *mancipatio familiae (pecuniaeque)* e altrove (v. *retro* n. 35.3.2, 36.2.1). Solo in tempi storici *pecunia* passò ad indicare prevalentemente il danaro o, meno spesso, il patrimonio in senso economico. La spiegazione consueta del termine è che esso derivi da *pecus (-oris)*, attraverso una generalizzazione

pertanto oggetto di *mancipium*. Tutti gli altri cespiti interessavano solo l'ancora debole ed approssimativo ordinamento (non giuridico) della *civitas* e costituivano oggetto di comunanza dei *cives* nel loro insieme o di *possessio* dei singoli *patres familiarum*. In comunanza dei *cives* tutti erano i terreni non assegnati al *mancipium* delle *familiae*, cioè i terreni che in tempi storici sarebbero stati poi qualificati come « *ager publicus* »; in *possessio* dei singoli *patres familiarum* erano le « *res non familiares* » (cose mobili e *animalia* non *mancipi*), cioè quelle che in tempi storici sarebbero state qualificate come « *res nec mancipi* », ivi comprese le terre comuni di cui i singoli si fossero impossessati. In particolare, le *res nec mancipi* in tanto erano appetite, apprese e custodite dai loro possessori, in quanto costituissero ai loro occhi ricchezza in senso economico, cioè mezzi utilizzabili per finalità di consumo o di scambio, in definitiva per finalità di maggiore agiatezza e potenza sociale: il termine utilizzato per qualificarle fu tradizionalmente quello di « *pecunia* ».

42.3. Sarebbe azzardato voler precisare minuziosamente il processo storico di transizione all'assetto del *ius civile vetus*

---

della parola che indicava, nel bestiame, la maggior ricchezza dei tempi primitivi. Ma lo studio dell'etimo indo-europeo « *peku* », nelle sue applicazioni in area indo-iraniana, italica e germanica, ha indotto il Benveniste (*Le vocabulaire des institutions indo-européennes* I [1969] 47 ss., 52 ss.) a sostenere che il senso primo di *pecunia* fu proprio quello di patrimonio mobiliare (intendendo patrimonio nel senso economico di ricchezza): il che, se vero, conferma anche meglio la nostra ricostruzione. V. tuttavia Varr. *l. L.* 5.92: *Pecuniosus a pecunia magna, pecunia a pecu: a pastoribus enim horum vocabulorum origo*. Sul tema (oltre ai citati *retro* nt. 42.2.1) cfr.: Andréev, *La notion « familia » et « pecunia » dans les textes des XII tables*, in *Acta ant. Philippopolitana* 1 (1963); Diósdi, « *Familia pecuniaque* », *Ein Beitrag zum altrömischen Eigentum*, in *AA.* 1964, e *Ownership* cit. 19 ss.; Zeber, « *Peculium* »w *Terminologii Wczesniejszago Prawa Rzymskiego*, in *Acta Univ. Wratisl.* 138 (1971) 117 ss. — La mancanza di una concezione della proprietà privata nel più antico mondo romano è cosa che meraviglia non solo i contestatori dell'ipotesi del *mancipium* (i quali sopra tutto per ciò sostengono invece l'originarietà dell'istituto del *dominium* in Roma), ma anche gli stessi sostenitori del *mancipium* (i quali cercano di spiegare il fenomeno asserendo che gli antichi non avevano capacità di astrazione). Nella nostra ipotesi, che comporta la coesistenza con il *mancipium* della *possessio* (extragiuridica) della *pecunia*-«ricchezza», la meraviglia non ha ragion d'essere, perché la concezione della proprietà privata fu rappresentata appunto dalla *possessio*. E a tal proposito non è del tutto inutile ricordare uno spunto che proviene dalle fonti giuridiche romane e che è forse il segno di una confusa intuizione delle vere origini della proprietà: Paul. D. 41.2.1.1: *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint.*

42.3. Principali sviluppi dei rapporti assoluti familiari: la liberazione dei *filii* dalla *patria potestas* mediante l'*emancipatio*; il trasferimento della *potestas* sui *filii* mediante l'*adoptio;* la distinzione tra *conventio in manum* a scopo di *matrimonium* e *conventio in manum* a titolo fiduciario; la formazione del cd.

dall'assetto dianzi tracciato del *ius Quiritium*. È più facile individuare gli stacchi tra posizioni estreme che non cogliere attendibilmente i passaggi tra le posizioni di partenza e quelle di arrivo. In linea molto approssimativa, ed altrettanto ipotetica, le cose andarono presumibilmente così. Da un lato la sfera dell'ordinamento giuridico si estese dall'àmbito originario della *familia* a quello della *pecunia*; dall'altro la sempre maggiore diversificazione tra gli oggetti di *potestas* giuridica, in una società che andava facendosi sempre più articolata e complessa, reclamò ed ottenne la progressiva formazione di « regimi specifici », ciascuno adeguato al suo oggetto e tutti perciò non più immediatamente espressivi di un istituto unitario, ma collegati tra loro solo da forti analogie. Di qui il lento formarsi, traverso la mediazione del *ius legitimum vetus* e dell'*interpretatio* pontificale e laica dei sec. V-IV a.C. (ed anche oltre, sino al sec. III a.C.), di tre nuclei distinti di rapporti giuridici assoluti: quelli familiari in senso stretto, quelli parafamiliari, quelli dominicali e paradominicali, questi ultimi incentrati intorno all'istituto che solo qualche secolo dopo sarebbe stato denominato *dominium ex iure Quiritium*.

42.3.1. In ordine particolarmente al *dominium ex iure Quiritium*, che fu l'istituto centrale dei rapporti dominicali e paradominicali, un

---

matrimonium sine manu; la formazione dell'autorità maritale nel matrimonio libero; la precisazione del regime patrimoniale del matrimonio. Il tutto in connessione con i coevi sviluppi in materia di *hereditas*. — Principali sviluppi dei rapporti assoluti parafamiliari: il riconoscimento dello stato di *sui iuris* agli *impuberes* ed alle *mulieres* che fossero esenti da sovrapposta *patria potestas*; la connessa evoluzione dal *mancipium* alla *tutela impuberum* e *mulierum*; l'introduzione della *tutela legitima*; la disciplina delle ipotesi del (*sui iuris*) *furiosus* o *prodigus* mediante l'affidamento a specifici *curatores*. Il tutto sempre in connessione con i coevi sviluppi in materia di *hereditas*.

42.3.1. Le cause sociali ed economiche del trapasso dal *mancipium* e dalla *possessio* al *dominium ex iure Quiritium* sono abbastanza facilmente individuabili. In primo luogo, come già accennato (n. 42.2.1), la fase etrusco-latina della *civitas* segnò il passaggio da un'economia eminentemente pastorale (nella quale la proprietà fondiaria non aveva importanza essenziale) ad una economia mista pastorale-agricola, che comportò una diffusa tendenza all'accaparramento dei terreni ed all'allargamento dei *mancipia* immobiliari con appezzamenti di *ager publicus*. In secondo luogo, va tenuta presente la formazione, sempre a partire dalla fase etrusco-latina, di una non trascurabile ricchezza mobiliare, sia in connessione con lo sviluppo dell'economia agricolo-pastorale (greggi, mandrie, prodotti agricoli), sia in connessione con l'inizio dei traffici commerciali con l'Etruria, con la Magna Grecia, con la Sicilia, forse già con l'oltremare cartaginese: è ovvio che i Quiriti tendessero a garantire questo tipo di ricchezza (un tempo oggetto di semplice *possessio*) con un regime di carattere giuridico analogo a quello del *mancipium*. In terzo luogo, una forte pressione verso la tutela giuridica della ricchezza immobiliare e mobiliare fu esercitata dai *plebeii*, o meglio da quella parte della classe plebea che aveva tratto profitto dalle *divisiones et adsignationes agrorum* e sopra tutto dal commercio (i cui redditi furono utilizzati per l'acquisto di fondi o in reimpieghi commerciali, traverso

esame anche superficiale della sua struttura dei tempi storici pone facilmente in evidenza la sua natura composita. Sono infatti chiaramente ravvisabili in esso le tracce della progressiva, ma tutt'altro che perfetta fusione tra l'istituto del *mancipium* relativo alle *res familiares* e l'istituto della *possessio* relativo alle *res non familiares*. Dal *mancipium* derivò al *dominium* soprattutto il carattere di piena giuridicità del rapporto, cioè di indipendenza dello stesso dal presupposto di una effettiva disponibilità (*possessio*) dell'oggetto da parte del soggetto attivo, il *dominus ex iure Quiritium*; dalla *possessio* arcaica derivò al *dominium* sopra tutto la sua caratterizzazione come rapporto a fondamento economico relativo a *res* costituenti per il soggetto attivo « ricchezza » immobiliare o mobiliare. Ma il regime specifico delle *res* ebbe connotazioni essenzialmente diverse a seconda che si trattasse di *res mancipi* (derivanti dalla *familia* quiritaria) o di *res nec mancipi* (derivanti dalla *pecunia* dell'età quiritaria). La stessa denominazione unitaria dell'istituto come « *dominium ex iure Quiritium* » fu raggiunta con faticosa lentezza (e mai in modo completo) solo verso la fine del sec. II a.C.

42.3.2. Il processo di formazione del *dominium ex iure Quiritium* comportò due interessanti conseguenze. La prima fu che il *mancipium* sui *servi*, avendo carattere prevalentemente economico, fu attratto verso il *dominium* e ne divenne una sottospecie, peraltro con peculiari residui del regime originario: la « *potestas dominica* ». La seconda conseguenza fu il profilarsi, a servizio dei *fundi in agro Romano* costituenti oggetto di *mancipium* evoluto, delle prime e più essenziali *servitutes rusticae*: le quattro cd. « *servitutes mancipi* » dell'*iter*, dell'*actus*, della *via*, dell'*aquaeductus*. Questi quattro *iura praediorum*, come vedremo meglio in seguito, conservarono in età storica, rispetto alle altre *servitutes rusticae* e *urbanae*, talune caratteristiche proprie dei rapporti assoluti in senso proprio: caratteristiche che portano a supporre che esse siano state concepite inizialmente come piene *potestates* del titolare del fondo dominante sulle parti di fondo servente che offrissero *utilitas* al suo fondo.

---

compera e alienazione di derrate e di oggetti lavorati): su ciò, *amplius*, Guarino, *La rivoluzione della plebe* (1975) spec. 250 ss.

42.3.2. Sulla *potestas dominica* *infra* n. 60. — Sui *iura praediorum* *infra* n. 63. L'interesse alla costituzione delle cd. « *servitutes mancipi* » non può essere sorto che in ordine al *mancipium* immobiliare evoluto, in ordine al *mancipium* avente ad oggetto un *fundus in agro Romano* di consistenza e di importanza economica alquanto superiore al minuscolo *heredium* delle origini. Epoca risalente, dunque, ma non antichissima, cioè non anteriore alla fase etrusco-latina della *civitas*.

42.4. Nell'assetto più evoluto del *ius civile vetus*, opportunamente integrato dagli apporti del *ius publicum* (cioè delle *leges publicae populi Romani*), dunque a partire dal sec. III a.C., il distacco fra i tre nuclei dei rapporti assoluti dianzi indicati (quelli familiari, quelli parafamiliari, quelli dominicali e paradominicali) si accentuò sino a diventare, nel quadro di un contesto sociale ed economico fortemente diverso da quello delle origini, sostanziale estraneità, non di struttura ma di sfera di applicazione. Di pari passo, ovviamente, nell'ambito di ciascun gruppo di rapporti i singoli istituti si individualizzarono ulteriormente o addirittura si scissero in istituti distinti, in modo da corrispondere ciascun istituto ad una precisa e ben definita funzione.

42.4.1. I « rapporti familiari », culminanti nella *patria potestas* del capo-famiglia, furono ristretti ai membri liberi della *familia* (principalmente, i *filii*, gli ulteriori discendenti, le *uxores in manu* e *sine manu*). La loro disciplina assolse un duplice compito: quello di evitare il più possibile, almeno sino alla morte del *pater*, il frazionamento del *patrimonium* familiare (che spettava appunto, giuridicamente, al *pater*); quello di consentire alla *familia*, individuata dal livello del suo patrimonio, il mantenimento di un rango politico e sociale che un prematuro frazionamento avrebbe potuto notevolmente ridurre. E infatti la disponibilità di un patrimonio unitario più consistente implicava, sul piano economico, la possibilità di una sua crescita più rapida attraverso impieghi massivi, anche di carattere commerciale, che patrimoni meno consistenti non avrebbero potuto affrontare. D'altro canto, alla maggiore consistenza del patrimonio familiare non era soltanto collegato, per ovvie ragioni, un maggior prestigio sociale: era collegato altresì il diritto del

---

42.4. A meglio intendere l'assetto dei rapporti assoluti nel *ius civile vetus*, si ricordi che l'occupazione della Campania e la vittoria nelle guerre sannitiche (completata nel 283 a.C.) assicurò a Roma ampie distese di terre fertili (utilizzabili direttamente o mediante deduzione di *coloniae*) e i primi grossi contingenti di schiavi. Inoltre, giunti patrizi e plebei a piena parificazione, fu completa e irreversibile la decadenza delle *gentes* patrizie: protagoniste del *ius privatum* rimasero le *familiae*.

42.4.1. L'importanza dell'entità del patrimonio familiare sul piano sociale ed economico era accresciuta, nei sec. III-II a.C., dalla inesistenza in realtà di fenomeni di cooperazione economica tra le *familiae*: dovuta sia alla diffidenza verso l'istituto della *communio*, sia alla mancanza della esperienza della *societas* (la cui introduzione fu dovuta al *ius civile novum*). Circa il rilievo politico del patrimonio familiare (dapprima immobiliare e poi anche mobiliare), basti ricordare che esso condizionava la partecipazione (o il grado di partecipazione) ai *comitia centuriata*. Per aver maggior rilievo nei *comitia tributa*, poi, occorreva che le *familiae* avessero il dominio di terre in una delle tribù rustiche. Il ceto senatorio, per ovvie ragioni, era avaro nella concessione di terre in *dominium ex iure Quiritium*: una delle ragioni per cui si deducevano *coloniae Latinae*, anziché *coloniae civium Romanorum*, era proprio quella di evitare che i *coloniarii* avessero la cittadinanza romana e fruissero di assegnazioni di terre in *dominium ex iure Quiritium*.

pater e dei *filii* di sesso maschile ad essere tutti iscritti ad una classe superiore piuttosto che ad una classe inferiore (e politicamente meno influente) del *comitiatus maximus* della *respublica*, cioè dei *comitia centuriata*.

42.4.2. I « rapporti parafamiliari », e cioè i vari tipi di *tutela* e di *cura*, sottostettero ad un regime essenzialmente coerente con le ragioni di fondo della disciplina impressa ai rapporti familiari. Essendosi riconosciuto progressivamente (e non senza forti resistenze di cui rimasero tracce sino a tutto il periodo classico) che la mancanza di un *pater familias* sovraordinato dovesse implicare la qualità di *sui iuris* anche degli *impuberes* e delle *mulieres*, il *ius civile vetus* si sforzò peraltro di salvaguardare il *patrimonium* dei soggetti incapaci di agire, sopra tutto quando si trattasse di maschi, cioè di *patres familiarum*. In un ambiente sociale, economico e politico in cui l'importanza del cittadino era direttamente proporzionale alla « cifra » del suo *patrimonium*, si può comprendere, sul piano del più evidente realismo (maldestramente mascherato dalle correnti motivazioni di carattere morale), perché la protezione degli incapaci di agire (purché soggetti giuridici) sia giunta col tempo ad essere addirittura considerata un « *munus publicum* ».

42.4.3. I « rapporti dominicali », divenuti fulcro e ragione essenziale di una concezione della società chiaramente orientata verso la concentrazione della ricchezza e la prevalenza dei più ricchi sui meno

---

42.4.2. La concezione del *munus publicum* applicata agli istituti di protezione degli incapaci di agire si profilò in primo luogo per la *tutela Atiliana* (*infra* n. 53.5). Ma è ovvio che l'introduzione del *munus publicum* della tutela atiliana implicò l'estensione di questa visuale a tutti gli istituti tutelari, ed a maggior ragione alla *cura*.

42.4.3. Sullo sviluppo dei *iura praediorum* e dell'*usus-fructus* (e istituti affini) v. *infra* n. 63-67. Ma cfr. sin da ora: Grosso, *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, in *BIDR*. 70 (1967) 105 ss. — Qui conviene sottolineare la riluttanza alle assegnazioni di *ager publicus* in *dominium ex iure Quiritium* da parte del ceto senatorio: riluttanza che non riguardava soltanto gli estranei al ristretto ceto dominante (*retro* nt. 42.4.1), ma si rifletteva sulle stesse *familiae* senatorie. La proprietà fondiaria (intesa come *dominium ex iure Quiritium* dei *fundi in agro Romano*) era limitata per tutti: la corsa della classe nobiliare all'accaparramento di terre (le quali non mancavano) non era volta all'acquisto del *dominium*, ma a quello della *possessio*, che era però un modo assai meno sicuro per conservarne e garantirne stabilmente la disponibilità. Il fenomeno, del resto, si spiega ove si pensi che, mentre la *divisio et adsignatio agrorum* esigeva, per la sua solennità e per la sua definitività, di essere esplicata fra tutti i *cives* ed in misure approssimativamente eguali, l'accaparramento di terre in semplice *possessio* aveva caratteri assai meno formalistici e si prestava più facilmente ai colpi di mano delle famiglie ricche e potenti. Cfr., su questi temi ed altri ad essi connessi: Labruna, « *Vim fieri veto* », *Alle radici di una ideologia* (1971) *passim*; Martin, *Recherches sur les agronomes latins et leur conceptions économiques et sociales* (1971).

ricchi, videro la loro disciplina articolarsi in maniera conseguenziale e contornarsi di una serie sempre più vasta di « rapporti paradominicali », di *iura in re aliena*. Le direttrici principali di questa evoluzione furono due: garantire nel modo più rigoroso, attraverso mezzi giurisdizionali particolarmente efficaci, la tutela del *dominium ex iure Quiritium*; moltiplicare, attraverso i *iura in re aliena*, le possibilità di spostamenti limitati (nelle facoltà e nel tempo) delle ricchezze, cioè le possibilità di conciliazione tra la tendenza a conservare la titolarità del *dominium ex iure Quiritium* e la convenienza di concedere ad altri soggetti giuridici più capaci o più disponibili l'utilizzazione economica delle *res* che ne costituivano l'oggetto. È a quest'ultima direttiva, in particolare, che vanno ricollegati il diffondersi delle applicazioni e l'incremento del numero dei *iura praediorum* (*rusticorum* e *urbanorum*), nonché il sorgere dell'*ususfructus* e di taluni istituti ad esso affini.

42.5. Il *ius civile novum*, attinente com'era essenzialmente ai rapporti relativi, non influì direttamente, almeno in modo apprezzabile, sulla evoluzione del regime giuridico dei rapporti assoluti. Ma indirettamente influì moltissimo: sia per l'ampliamento degli orizzonti del commercio giuridico che comportò; sia per il forte ridimensionamento di certi valori giuridici tradizionali che conseguentemente implicò. Nel quadro dello sviluppo tropicale dei traffici mediterranei, non solo il *ius civile novum* svelò ai Romani nuovi e più agili modi di impiego della ricchezza (ad esempio, attraverso le *emptiones et venditiones* obbligatorie o le *locationes et conductiones* parimenti obbligatorie dei beni) ma li fece soprattutto consapevoli della possibilità di giungere a

---

42.5. Per quanto attiene alla influenza esercitata dal *ius civile novum* sullo sviluppo dei rapporti giuridici assoluti cfr.: Watson, *The law of property in the later Roman Republic* (1968). L'ampliamento di visuali sociali ed economiche, di cui il *ius civile novum* fu espressione, ebbe certo radici lontane, ma si verificò in massima parte nel corso dei sec. III-II a.C. in concomitanza con le grandi conquiste mediterranee. Il commercio mediterraneo implicava, dati i tempi, rischi gravissimi ma anche, in caso di esiti fortunati, grandissimi guadagni e pronte possibilità di reimpieghi; comunque modi di vivere radicalmente diversi da quelli tradizionali della coltivazione dei campi e dei limitati scambi nell'ambito della penisola. Ciò non valeva soltanto al livello degli imprenditori, ma anche a quello dei loro dipendenti e collaboratori (i *magistri navium*, gli *institores*, le ciurme e via dicendo), con varie e vaste possibilità di remunerazione, o addirittura di fortuna, anche per questi ultimi. Non è una coincidenza il fatto che col sec. III a.C. abbia avuto inizio in Roma la circolazione monetaria, si sia profilata la formazione del ceto degli *equites*, si sia fortemente contratta la piccola agricoltura a tutto vantaggio dei *latifundia*, si siano verificati i primi fenomeni di forte inurbamento dei contadini impoveriti dalle guerre e dall'afflusso di derrate provinciali a buon prezzo: tutti fenomeni che non possono non aver influito su una progressiva svalutazione delle strutture tradizionali e sulla progressiva formazione di nuove strutture sociali e giuridiche in funzione di concorrenza con quelle precedenti.

posizioni di rilievo economico e sociale per vie diverse da quelle dell'organizzazione familiare, della concentrazione del *dominium ex iure Quiritium* delle terre, dello stesso accaparramento della *possessio* degli *agri publici*: le vie, ad esempio, delle imprese commerciali di terra e di mare, dell'appalto delle imposte, della cooperazione economica basata sul ricorso alla *societas*. Ne derivò che, almeno tendenzialmente, il protagonista del *ius privatum* non fu più visto soltanto nel cittadino *pater familias* (o, più in generale, *sui iuris*), ma fu anche visto (o almeno intravvisto) in chi, pur se *alieno iuri subiectus*, fosse comunque in grado di provvedere a se stesso, di creare ricchezza con la propria iniziativa, di tradurre la propria attività in danaro ed in merci di scambio.

42.6. L'assetto classico degli istituti, in dipendenza dell'apporto del *ius honorarium*, della riflessione giurisprudenziale preclassica e classica, nonché dello stesso *ius novum* del periodo classico, corrispose appunto alle istanze di una società che non sentiva più l'esigenza imperiosa di una concentrazione della ricchezza nelle *familiae*, ma puntava decisamente a favorire la piena disponibilità della stessa da parte delle persone che fossero maggiormente capaci di impiegarla nella produzione di altra ricchezza. Anche se lo schema giuridico fondamentale della *familia* non fu ripudiato, abbiamo già visto come ed in che misura ne fu attenuata progressivamente la rigidità, sia sul piano del riconoscimento della mera capacità di agire ai sottoposti (*liberi* e *servi*), sia sul piano delle facilitate affrancazioni dei *servi*, sia sul piano dell'ammissione alla *successio ab intestato* di una più larga sfera parentale (la *cognatio*). Sulla base di questi nuovi presupposti e in correlazione con una economia dinamicamente orientata verso la circolazione

---

42.6. Gli istituti più significanti dell'assetto classico furono tre: la « *possessio ad interdicta* », cioè la tutela interdittale accordata a certi qualificati *possessores*, la quale si tradusse non solo in una maggiore sicurezza della circolazione della ricchezza, ma anche, relativamente alle vaste estensioni dell'*ager publicus*, in una sorta di giustificazione degli impossessamenti operati da potenti famiglie; la « *possessio vel ususfructus* » dei fondi provinciali, che permise alle stesse o ad altre potenti famiglie (anche non romane) di estendere ulteriormente le loro appartenenze immobiliari, con le correlative possibilità di reddito; l'« *in bonis habere* », cioè le tutela *uti dominus* concessa a chi avesse acquistato in modo formalmente irregolare il *dominium ex iure Quiritium*, istituto che determinò praticamente l'abbandono del macchinoso regime civilistico di trasferimento del *dominium* sulle *res mancipi*. Il gioco di questi tre istituti: da un lato facilitò notevolmente la dinamica dell'economia nel mondo romano; dall'altro fece impallidire le differenze tra *dominium ex iure Quiritium* e situazioni meramente possessorie, incoraggiando gli investimenti di ricchezza nella coltura intensiva delle terre (anche se soltanto possedute). Il rovescio della medaglia vi fu, perché il sistema aprì il varco a fortissime concentrazioni di ricchezza, sopra tutto immobiliare, nelle mani di un ristrettissimo ceto di *potentiores*.

della ricchezza e verso la concorrenza tra gli operatori economici, si configurarono, in parallelo con lo sviluppo delle *obligationes*, nuovi rapporti assoluti in senso improprio (la *superficies*, il *ius in agro vectigali*, il *pignus*, l'*hypotheca*), ma soprattutto fu data rilevanza giuridica alle situazioni di *possessio* e fu ulteriormente agevolato il trasferimento della proprietà.

42.7. Nel periodo postclassico l'evoluzione già profilatasi nella tarda età preclassica e nell'età classica si accentuò e fu causa ed effetto, al tempo stesso, della profonda crisi sociale ed economica che afflisse la vita dell'impero assolutistico. Sommersa la *respublica* dall'organizzazione dell'*imperium*, venuta meno la coesione nelle *familiae*, ridotta la libertà dell'iniziativa economica privata ai minimi termini, giunta a quasi totale esaurimento quella immensa disponibilità di lavoratori a minimo prezzo che era stata costituita dai *servi*, la configurazione tradizionale dei rapporti assoluti del *ius privatum* fu quasi completamente travolta: travolta, sì, ma senza essere surrogata da nuove e apprezzabili strutture.

42.7.1. I rapporti familiari e parafamiliari, aventi ad oggetto uomini liberi, persero quasi del tutto, anche per influenza del cristianesimo, la loro connotazione di rapporti assoluti. Le facoltà disciplinari del *pater* (e a maggior ragione quelle dei *tutores* e dei *curatores*) si dissolsero ancor più e si trasformarono piuttosto in poteri-doveri di allevamento, di educazione e di guida dei sottoposti tra le difficoltà e le insidie della vita giuridica. Rilevanza giuridica sempre maggiore fu riconosciuta alla *familia* naturale, basata sul vincolo cognatizio, e nel suo

---

42.7. Sulla decadenza sociale ed economica postclassica ed il regime dei rapporti assoluti cfr. gli spunti forniti da: Levy (E.), *West Roman vulgar law, 1. - The law of property* (1952); Biondi, *Diritto romano cristiano* 3 (1954) 297 ss.; Wubbe, sv. « *Ius in re* », in *PW.*; Faure, *Possession et propriété dans le droit romain post-classique*, in *R. Belge philol. hist.* 42 (1964) 103 ss.; Janvier, *La législation du Bas Empire romain sur les édifices publics* (1969); Molcut, *Proprietatea în vremea lui Justinian*, in *An. Univ. Bucaresti, St. Jur.* 19.2 (1970) 119 ss., e *Terminologia juridica româna în materia proprietatii*, in *An. Univ. Bucaresti, St. Jur.* 21.1 (1972) 119 ss.; De Dominicis (M.), *Innovazioni bizantine al regime postclassico degli « agri deserti »*, in *St. Volterra* 4 (1971) 347 ss.; Pastori, *Il doppio dominio dei glossatori e la tradizione romanistica*, in *St. Grosso* 6 (1974) 305 ss.; Kaser, *Privatrecht* 2.238 ss.

42.7.1. All'isolamento dei rapporti giuridici di famiglia (e quindi al loro completo distacco dai rapporti giuridici reali) contribuì fortemente l'interesse vivissimo della legislazione (e della giurisprudenza) postclassica verso la materia familiare: interesse che fu, in parte, anche sollecitato dal cristianesimo. Ma i precedenti del distacco si ravvisano già nella giurisprudenza classica: per esempio, nella distinzione di Gaio tra « *ius quod ad personas pertinet* » e « *ius quod ad res pertinet* » (quest'ultimo però comprensivo, come sappiamo, di tutti i rapporti, assoluti e relativi, non inerenti alle *personae*): v. *retro* n. 7.3.1 e 26.2, 30.1.

interno i *filii* furono vincolati non più sino alla scomparsa del *pater*, ma sino al raggiungimento della maggiore età, fissata intorno ai venti anni. Pur se non emancipati, quindi, i *filii familiarum* maggiorenni (e di sana costituzione psichica) acquistarono autonomia patrimoniale praticamente piena in ordine ai loro *peculia*. Il «diritto di famiglia », fatto di rapporti strutturalmente ambigui e fortemente influenzati dall'ordinamento pubblicistico, passò a costituire un capitolo a sé del *ius privatum*.

42.7.2. Differenziatisi dai rapporti familiari, i « *iura in re* » poterono più facilmente sistemarsi ad unità, eliminandosi taluni duplicati delle età precedenti. Ma gli accostamenti sistematici tra istituti analoghi non furono sempre e in tutto razionali: spesso, sopra tutto nelle valutazioni della giurisprudenza occidentale, si risolsero in autentiche confusioni, principalmente nella confusione tra *possessio* e *dominium*. A parte ciò, gli esempi più importanti di associazione in categorie unitarie dei rapporti giuridici reali, furono costituiti: dalla unificazione nell'istituto del « *dominium* » dei tre istituti classici del « *dominium ex iure Quiritium* », dell'« *in bonis habere* », e della « *possessio vel ususfructus* » dei fondi provinciali; dalla tendenziale riunione dei vari « *iura praediorum* » nello stampo unitario delle « *servitutes praediorum* »; dalla tendenziale riunione nell'unica categoria delle « *servitutes* » di « *servitutes praediorum* » e di « *servitutes personarum* » (*ususfructus, usus* e rapporti affini); dalla formazione della « *emphytheusis* » giustinianea, in cui si riversarono vari istituti tra loro affini delle epoche precedenti; infine dal profilarsi di una categoria generale dei « *iura in re aliena* » comprendente tutti i rapporti reali in senso improprio.

42.7.2. L'associazione in categorie unitarie dei rapporti giuridici reali, caratteristica dell'evoluzione postclassica, si spiega: in primo luogo, per la tendenziale unificazione dei vari sistemi giuridici (*ius civile, ius honorarium, ius novum*) in un concetto organico dell'ordinamento giuridico; in secondo luogo, per il tendenziale superamento della caratteristica di « tipicità » rivestita da molti di quei rapporti; in terzo luogo, per la propensione della giurisprudenza postclassica, sopra tutto occidentale, alle schematizzazioni ed alle sintesi. — Sulla terminologia e sulla concezione del *ius in re* v. spec.: Cels. D. 7.1.2 (*Est enim ususfructus ius in corpore*); Gai. D. 9.4.30 = D. 39.2.19 pr. (*sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant*); Ulp. D. 10.1.8 pr. (*loca, in quibus ius non habeant*); Paul. D. 18.6.8.2 (*an in ipsum corpus usum fructum mihi vendas*); Ulp. D. 30.71.5 (*quia aliquod ius in eo < fundo > is qui legavit habet*); Ulp. D. 30.71.6 (*ius, quod in vectigalibus fundis habemus*); Ulp. D. 39.2.13.1 (*sive corporis dominus sive qui ius habet, ut puta servitutem*); Ulp. D. 39.3.8 (*sive in corpore sive in iure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis ius*); Ulp. D. 47.8.2.22 = I. 4.2.2 (*si usum fructum in ea < re > habeam vel quod aliud ius*). Da questi (e da altri) passi si ricava abbastanza precisa l'impressione che per « *ius in re* » si intendesse prevalentemente, già dall'età classica, il diritto su cosa non propria.

43. LA « POSSESSIO ».

43.1. Il rapporto assoluto (in senso proprio) denominato usualmente *possessio* (ma anche, talvolta, « *potestas* ») fu riconosciuto dal costume sociale romano, come abbiamo detto, sin dai tempi più antichi. Se il *ius Quiritium* lo tenne al di fuori della propria sfera di interessi, fu solo perché questa era limitata alla *familia* ed agli elementi essenziali al suo funzionamento, e perché alla tutela della qualifica di *pater familias* era sufficiente l'istituto, fondato sui *mores maiorum*, del *mancipium*. Ma era inevitabile che, con l'estendersi degli interessi dell'ordinamento giuridico anche alle *res nec mancipi*, la *possessio* entrasse a sua volta nel mondo del diritto. E fu quanto effettivamente avvenne,

---

43.1. La ricostruzione storica dell'istituto della *possessio* ebbe inizio, almeno come indirizzo organico, verso la metà del secolo scorso, particolarmente con la fondamentale monografia del Savigny, *Das Recht des Besitzes* (ult. ed. 1865). In essa il fondatore della scuola storica tedesca delineò una coerente teoria dell'istituto, esaminandone i tipi, la struttura ed i mezzi di tutela. Seguirono numerose altre trattazioni, tra cui alcune vivacemente critiche: in modo particolare, l'Alibrandi, *Teoria del possesso* (1871) [= *Opere* 1 (1896)], rilevò la scarsa attenzione che il Savigny aveva dedicato alla evoluzione storica della *possessio*. A sua volta il Jhering, *Der Besitzwille* (1889), senza conoscere le critiche dell'Alibrandi, ripeté i rilievi dello studioso italiano, opponendo al Savigny anche serie obiezioni di metodo. Da allora, le ricerche sulla *possessio* si sono costantemente arricchite di contributi particolari e d'insieme. Cfr. la ricca letteratura citata in Cannata, sv. *Possesso* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, e, per tutti, Lauria, *Possessiones, Età repubblicana*[2] (1957), nonché, da ultimo, Benöhr, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Rechts* (1972). — Particolarmente discussa è la fase di origine, soprattutto per la carenza di fonti giuridiche al riguardo. Cfr.: Bonfante, *Il punto di partenza della teoria romana del possesso* (1906), ora in *Scr.* 3 (1921) 516 ss.; Bozza, *Sull'origine del possesso*, in *AUMA.* 1930; Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*[2] (1956). — Per quanto riguarda gli oggetti sottoposti alla *possessio* arcaica, la dottrina è in generale concorde nel riconoscere che, fin dai tempi più risalenti, vi rientrassero i cd. *agri publici*. Secondo alcuni autori, anzi, l'istituto riguardava, alle origini, esclusivamente questi (così Bozza, *La possessio dell'« ager publicus »* 1 [1939]): solo in seguito, in modo non chiaramente ricostruibile, l'opera della giurisprudenza e del pretore avrebbero ampliato l'ambito di riferimento dell'istituto, fino alla formazione del concetto classico. Senonché, la tesi esposta non tiene conto dell'esistenza di *res* che, pur non facendo parte del *mancipium*, perché considerate pura *pecunia*, erano indubbiamente oggetto di interessi della comunità primitiva. Perciò è altamente probabile, almeno secondo noi, che « *possidere* », per il suo significato di « insistere da padrone » (Paul. D. 41.2.1 pr.: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit* [*rell.*]), indicasse ogni potere di fatto estraneo al *mancipium*, e pertanto anche la signoria su oggetti diversi dall'*ager publicus*: il che non esclude che, sopra tutto nei primissimi tempi, stante la scarsezza di beni mobiliari, il novanta per cento degli oggetti di *possessio* fosse proprio costituito da terre. La nostra ipotesi (che vede inoltre nelle terre possedute non un vero e proprio *ager publicus*, ma le estensioni di terreno in comunanza dei *cives*) elimina anche il grosso ostacolo del passaggio da una struttura pubblicistica della *possessio* (come si pretende, concentrando l'istituto sull'*ager publicus*) alla forma indubbiamente privatistica della *possessio* classica. Per ulteriori problemi e bibliografia: Gallo, *Studi sulla distinzione tra « res mancipi » e « res nec mancipi »* (1958) 150 ss.

probabilmente a partire dal sec. VI a.C., sebbene sia subito da aggiungere che avvenne solo in modo incompleto.

43.2. Per intendere appieno la storia della *possessio* in Roma, è opportuno precisare quale fosse la differenza tra *possessio* e *mancipium* ai tempi della vigenza del *ius Quiritium*. A prescindere dalla diversità degli oggetti cui si riferivano, la diversità tra i due istituti stava essenzialmente in ciò: che la *possessio* spettava a chi effettivamente e attualmente avesse in sua disponibilità materiale l'oggetto (e più precisamente, la *res nec mancipi*), e sin quando l'avesse in sua disponibilità; mentre il *mancipium* spettava a chi (fosse o non fosse nella disponibilità materiale dell'oggetto, cioè della *familia*) rivestisse rispetto ad esso la qualifica di *pater familias*. In altri termini, come si desume anche dall'etimologia, la « *possessio* », era l'effettivo insistere (« *sedere* ») da padrone su una cosa, con preferenza (« *potis* ») rispetto agli altri, che della cosa non disponevano; il « *mancipium* » si traduceva invece, come pur si disse in epoche successive, in una « *potestas* », cioè in un essere preferito dall'ordinamento (« *potis esse* »), rispetto agli altri soggetti, anche se dell'oggetto non si avesse l'attuale disponibilità.

43.2.1. Tutti potevano essere, almeno in linea di principio, *possessores*: non solo i *patres familiarum*, ma anche i *liberi in mancipio*, sebbene dovesse essere presumibilmente diffusa la prassi che i *patres familiarum*, valendosi della loro posizione di preminenza nei confronti dei sottoposti, si appropriassero delle *res* possedute da questi ultimi. Comunque, quali che fossero le vicende interne delle singole *familiae*, la *possessio* consisteva unicamente, ripetiamo, nel fatto di « *potis sedere* », di « insistere da signore » su una *res nec mancipi*. La coscienza sociale giudicava lecita la difesa di questa situazione di preminenza contro ogni attacco di altri, anzi probabilmente giudicava lecita anche un'azione di

---

43.2. La tesi esposta nel testo circa la differenza tra arcaica *possessio* e *mancipium* trova altresì conferma nella successiva evoluzione della *possessio*, che nelle fonti classiche indica ogni situazione di esercizio del diritto, quando non si accompagni alla titolarità del medesimo, e quindi si risolva in un potere di fatto. Resta a differenziare le due situazioni (quella arcaica e quella classica) la tutela, che più tardi intervenne attraverso gli *interdicta* (su questo aspetto v. *infra* n. 44). Sul tema cfr.: Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 6 ss.

43.2.1. Diversamente orientata dalla nostra opinione, per quanto riguarda i *possessores* arcaici, è naturalmente la dottrina che limita l'istituto alla signoria sull'*ager publicus*: sarebbero stati possibili *possessores* solo i patrizi (così Bozza, *Sull'origine del possesso* cit. 193, sulla scorta del Mommsen). Ma se, come crediamo, l'istituto si sostanziò in un potere extra-giuridico, almeno nella fase di origine, non v'è motivo per escludere i plebei e i sottoposti. Per quest'ultima categoria, l'acquisizione da parte del *dominus* o del *pater* delle *res* possedute dai *potestati subiecti* sembrerebbe, in ogni caso, deporre contro le pretese limitazioni soggettive. V. anche *infra* n. 44.5.2.

forza per il recupero della cosa posseduta quando se ne fosse stati privati con la violenza (« *vi* ») o con il sotterfugio (« *clam* »).

43.3. Esteriormente analogo alla *possessio* delle *res nec mancipi* era, sempre ai tempi del *ius Quiritium*, l'*usus*, cioè la disponibilità effettiva delle *res familiares* (o più in generale degli oggetti della *familia*) da parte non del titolare, ma di un altro soggetto; detto in altre parole, l'esercizio di fatto dei poteri del *pater familias*, in ordine a qualche cespite della sua *familia*, da parte di un *pater familias* estraneo. A rigor di diritto l'*usus* dell'*extraneus* non era lecito, perché altro non era che un'usurpazione: tuttavia la coscienza sociale lo ritenne ammissibile nella ipotesi che esso si realizzasse pacificamente e pubblicamente, con il gradimento, o almeno con la tolleranza del titolare del *mancipium*. In questo caso l'*usus* era considerato un espediente pratico per far sì che un *pater familias* potesse sfruttare temporaneamente gli elementi di una *familia* non sua: elementi di cui egli avesse bisogno e di cui l'altro *paterfamilias* non avvertisse, almeno per il momento, l'occorrenza.

43.3.1. In ordine all'*usus*, la coscienza sociale fece, in periodo postquiritario, qualcosa di più. Quando l'*usus* si protraesse, sempre con la tolleranza del *pater familias* titolare del *mancipium*, per un tempo ragionevolmente lungo, la conclusione che se ne traeva era che il titolare implicitamente rinunziasse al cespite in favore dell'usuario, il quale pertanto ne acquistava il *mancipium*. Furono le *leges XII tabularum*, tagliando corto ad ogni dubbio, a fissare la misura del tempo necessario

---

43.3. Un possibile indizio della presenza del termine *usus* nelle XII tav. è in Cic. *top.* 4.23 (= tb. 6.3): *Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annuus est usus.* Ma l'attendibilità del riferimento lascia in realtà molti dubbi: cfr. Bozza, *Su l'origine del possesso* cit. 196; Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 15. Con ciò è altresì chiaro che l'*usus* del periodo arcaico molto poco corrisponde al concetto di *possessio* dei tempi storici. D'altro canto, la dottrina dominante è piuttosto incerta nel ravvisare il contenuto effettivo dell'*usus* e le differenze rispetto alla *possessio* arcaica. A nostro avviso, tenendo presenti gli effetti acquisitivi dell'*usus*, è logico concludere che si trattò di un potere di fatto relativo a cespiti della *familia*, a oggetti, cioè, giuridicamente disciplinati nell'età più risalente. È ovvio che, quando, in prosieguo di tempo, le *res nec mancipi* furono incluse nel *dominium ex iure Quiritium*, la norma decemvirale dell'acquisto per *usus* annuo fu estesa, in sede di interpretazione, anche alle *res nec mancipi*.

43.3.1. Sui termini dell'*usucapio* nella legislazione decemvirale v. Gai 2.42: *Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio: et ita lege XII tabularum cautum est.* Ma l'attestazione è poco credibile. Tutto fa credere che il termine tradizionale dell'*usus* acquisitivo del *mancipium* fosse, prima del decemvirato legislativo, di un anno e che la legge delle XII tavole abbia fissato eccezionalmente il biennio per i *fundi* (non per le *aedes*: Cic. *top.* 4.23 cit., e *pro Caec.* 2.42), in considerazione del ciclo biennale della coltura rotativa. Sul punto: Franciosi, «*Usucapio pro herede*» (1965) 25 ss.

alla realizzazione dell'acquisto: due anni per i « *fundi* » e un anno per ogni altro cespite familiare (cioè per le cd. « *ceterae res* »).

43.3.2. Ovviamente, l'acquisto del *mancipium* per *usus* non si realizzava, malgrado il decorso del tempo stabilito, se il *pater familias* titolare del *mancipium* avesse *ab initio* (o comunque prima del decorso del termine) riservato espressamente a sé il potere di riprendersi il cespite familiare dall'usuario. In questa ipotesi la tolleranza del titolare non era completa, anzi non era una vera tolleranza dell'usurpazione del *mancipium* da parte dell'usuario: era piuttosto l'indice di una concessione limitata della mera utilizzazione del cespite. Il fatto invece che il titolare del *mancipium*, pur avendo piena consapevolezza dell'*usus* altrui, nulla dicesse o facesse per contrastarlo o per limitarlo, implicava, secondo la valutazione sociale corrente, che egli favorisse la procedura di acquisto del *mancipium*, che egli confortasse l'usuario con la sua « *auctoritas* »: sicché, se la combinazione di questo « *usus-auctoritas* » durava per tutto il tempo stabilito, non vi era ostacolo alcuno alla produzione dell'effetto acquisitivo.

43.4. Una piega di notevole importanza fu impressa alla *possessio* dal processo di formazione del *dominium ex iure Quiritium*, relativo sia a *res mancipi* che a *res nec mancipi*. Questo processo storico portò ad una forte riduzione della sfera tradizionale di applicazione della *possessio* extragiuridica, cui furono sottratte le *res nec mancipi*. Esso inoltre implicò che l'*usus*, estesosi dalle *res mancipi* a quelle *nec mancipi*, assumesse anche la denominazione di *possessio*, e più precisamente di « *possessio ad usucapionem* ». Malgrado ciò la *possessio* extragiuridica conservò, da un lato, una sfera di applicazione residua ed acquistò, dall'altro lato, addirittura una sfera di applicazione nuova e diversa.

43.4.1. Sfera di applicazione residua della *possessio* extragiuridica fu costituita dall'« *ager publicus* », che era « *res extra commercium* »,

---

43.3.2. Il rapporto *usus-auctoritas* è oscuro e non testimoniato, ove si escluda XII tav. 6.3 (*retro* nt. 43.3). Sul tema, disputatissimo, cfr.: Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 86 ss., con bibliografia anteriore; Horvat, *Réflexions sur l'usucapion et l'« auctoritas »*, in *RIDA*. 3.3 (1956) 285 ss.; De Visscher, *« Auctoritas » et « mancipium »*, in *SDHI*. 22 (1956) 87 ss.; e *Individualismo ed evoluzione della proprietà nella Roma repubblicana*, in *SDHI*. 23 (1957) 26 ss.; Mayer-Maly, *Studien zur Frühgeschichte der « usucapio »*, in *ZSS*. 77 (1960) 16 ss.; Sargenti, *Per una revisione della nozione dell'« auctoritas » come effetto della « mancipatio »*, in *St. Betti* 4 (1962) 17 ss.

43.4. L'inquadramento dell'*usus* nello schema della *possessio*, e la conseguente bipartizione della *possessio* in « *possessio ad usucapionem* » e in « *possessio* » pura e semplice (più tardi suddistinta in « *possessio ad interdicta* » e « *possessio naturalis* »), è una ricostruzione tutt'altro che pacifica in dottrina.

43.4.1. Non sono pochi né recenti i dubbi sul regime dell'*ager pu-*

quando non fosse in comunanza tra i cittadini e fosse concesso dallo stato in godimento provvisorio a singoli *patres familiarum*: come « *ager occupatorius* », concesso dallo stato a titolo revocabile, con o senza il pagamento di un canone periodico; come « *ager quaestorius* », concesso dai *quaestores* in sfruttamento condizionato al pagamento di un corrispettivo ed eventualmente anche di un *vectigal* periodico; come « *ager vectigalis* », concesso in godimento a tempo determinato o perpetuo, ma subordinato al pagamento di un *vectigal* periodico, e quindi esposto alla revoca in caso di mancato pagamento. Non è il caso di dare ulteriori precisazioni in proposito. Qui basti sottolineare che i concessionari non furono considerati, almeno nel periodo preclassico, come titolari di un *ius in re*, ma come titolari di una *possessio*.

43.4.2. Sfera di applicazione del tutto nuova della *possessio* extragiuridica fu costituita dagli stessi oggetti dei rapporti giuridici assoluti e in particolare dalle *res*, quando se ne considerasse, non il profilo dell'appartenenza giuridica, ma il mero profilo della disponibilità di fatto. Indipendentemente dal problema della sua appartenenza *iure civili*, una *res* era detta *in possessione* di un soggetto giuridico quando questi, fosse o non fosse il *dominus ex iure Quiritium*, materialmente ne disponesse da padrone.

43.4.3. Le ragioni di questo rilancio della « *possessio* » sotto spoglie in gran parte nuove sono da ravvisarsi nelle mutate condizioni ambientali della società romana in periodo preclassico. La *respublica Romanorum* era, in quest'epoca, qualcosa di ben diverso e di ben più complesso della *civitas* arcaica. Nella *civitas* arcaica tutto si svolgeva sotto gli occhi di tutti ed era quindi di irrisoria facilità per chiunque il sapere

---

blicus, in particolare per le età più risalenti. Cfr.: Bozza, *La possessio dell'« ager publicus »* cit.; Burdese, *Studi sull'« ager publicus »* (1952); Bove, *Ricerche sugli « agri vectigales »* (1960) con ulteriore bibliografia, cui *adde*, da ultimo, Bleicken, « *In provinciali solo dominium populi Romani est vel Caesaris* », in *Chiron* 4 (1974) 359 ss.

43.4.2. Da questa fase risalente muovono, a nostro avviso, le dottrine classiche della *possessio* come situazione di fatto, tutelata di per sé, e non per l'eventuale titolarità che può accompagnarla. In questo senso « *possessio* extragiuridica » sta ad indicare non la completa irrilevanza della posizione di fatto, piuttosto l'estraneità dell'istituto al sistema del *ius civile*. Ben presto la tutela fu garantita attraverso l'attività del magistrato: e, precisamente, attraverso interventi autoritativi che poi, nel corso del periodo preclassico, assumeranno la forma tipica dell'*interdictum*. Sulla risalenza degli *interdicta* ad una età antica, probabilmente alla metà del III sec. a.C., cfr. Biscardi, *La tutela interdittale ed il relativo processo* (1956) 276. Ma cfr. ora Labruna, « *Vim fieri veto* » cit. spec. 10 ss.

43.4.3. Per rendersi conto della imponente crescita della *civitas* sul piano territoriale, oltre che su quello della popolazione, basti ricordare che, secondo calcoli attendibili, dopo la conquista e l'annessione di Cere (avvenuta nel 353 o, al più tardi, nel 308) il territorio della *respublica* già si estendeva per oltre 3000 chilometri quadrati.

a chi appartenesse un oggetto giuridico e se colui che ne avesse la disponibilità di fatto fosse anche il titolare del relativo potere giuridico. Nella società repubblicana, tanto più vasta e movimentata, l'appartenenza di un oggetto all'uno piuttosto che all'altro soggetto giuridico non aveva invece nessun carattere di notorietà: novanta volte su cento i cittadini erano privi di ogni certezza in proposito sino a che non fosse stata fornita una prova adeguata (eventualmente a seguito di una controversia giudiziaria). Pertanto, nei nuovi tempi, era giocoforza distinguere tra apparenza e realtà. L'apparenza del diritto era data dal « fatto » (attuale) che un soggetto avesse un oggetto giuridico nella sua disponibilità materiale e si comportasse nei suoi confronti come titolare del diritto; la realtà da accertare era se il possessore dell'oggetto fosse veramente l'avente diritto, o fosse invece un concessionario o addirittura un usurpatore. E siccome l'accertamento della verità giuridica richiedeva tempo, ecco che, fin che ad esso non si fosse pervenuti, la coscienza sociale opportunamente riteneva che l'oggetto spettasse piuttosto al suo attuale possessore che non a chiunque altro.

43.5. Sulla base di queste riflessioni si formò, nel corso del periodo preclassico, una concezione organica della *possessio*. Per « *possessio* », in linea generale, si intendeva una situazione di potere *erga omnes* di un soggetto giuridico rispetto ad un oggetto: una situazione di puro fatto, non tutelata da una previsione normativa, ma basata sulla disponibilità attuale (e pacifica e pubblica) dell'oggetto da parte del *possessor*. Chi volesse eliminare a proprio favore questa situazione di potere era tenuto a dimostrare di avere un diritto all'ottenimento dell'oggetto. Fino a quel momento il *possessor* non andava molestato: l'uso della forza nei suoi confronti autorizzava la sua reazione violenta, la sottrazione furtiva della sua cosa mobile integrava il delitto di *furtum*, attentati di altro tipo erano anche essi più o meno radicalmente repressi. Il che non significava, si ripete, che il *possessor* fosse il titolare di un diritto sull'oggetto: gli mancava infatti un mez-

---

43.5. La concezione organica della *possessio*, di cui si fa cenno nel testo, non risulta mai esplicitata, e tanto meno risulta esplicitata in modo univoco, dalle fonti romane: la nostra ricostruzione è, insomma, basata più sopra indizi (e precisamente sugli indizi che ci sembrano più sicuramente espressivi degli orientamenti dei giuristi romani), che non su definizioni generali e dati espliciti. Si aggiunga che in periodo postclassico, specialmente nella giurisprudenza occidentale, gli spunti costruttivi classici andarono spesso perduti (sopra tutto a causa della frequente confusione tra *possessio* e *dominium*) e che, pertanto, Giustiniano, se ed in quanto si propose (come pare) un ritorno alle impostazioni dell'età classica, dovette procedere, non sempre riuscendovi, a rimuovere gli equivoci della giurisprudenza intermedia. V., su tutto, Kaser, *Privatrecht* 2.247 ss., 251 ss.

zo giudiziario *ad hoc* per la difesa della sua situazione e inoltre le altre difese, or ora accennate, cui egli poteva far ricorso, non erano, a ben guardare, preordinate a garanzia della sua qualifica di *possessor*, ma erano preordinate piuttosto a garanzia della pace sociale o a garanzia della sua figura di soggetto giuridico (soggetto da non molestare, nella persona o nelle cose, se non con mezzi giuridici e per giustificate ragioni).

43.5.1. Nel quadro delle ipotesi di *possessio*, le ipotesi di *possessio ad usucapionem* passarono ad essere contraddistinte col nome di « *possessio civilis* » e ad essere caratterizzate in maniera più precisa. Si parlò di « *possessio civilis* » perché la *possessio ad usucapionem* rendeva possibile un effetto giuridico importantissimo, l'acquisto della titolarità di un diritto assoluto, pienamente riconosciuto dal *ius civile*. D'altra parte, affinché l'effetto acquisitivo potesse prodursi, il *ius civile* richiese (a prescindere da altri requisiti concorrenti) che l'oggetto dell'impossessamento fosse una cosa atta ad essere o a divenire di *dominium ex iure Quiritium* dell'usucapiente (un *fundus divisus et adsignatus*, ad esempio, e non un'estensione di *ager publicus*, quindi *extra commercium*) e che la *possessio* fosse fondata su una « *iusta causa possessionis* », cioè, come vedremo meglio in seguito, su una circostanza obbiettiva specificamente ammessa dall'ordinamento civilistico come legittimante l'acquisto del *dominium* civilistico.

43.5.2. In contrapposto alla *possessio civilis*, ogni altra ipotesi di *possessio*, essendo improduttiva di effetti *iure civili*, si disse di « *pos-*

43.5.1. La *possessio ad usucapionem* si identifica con la « *possessio civilis* » di cui spesso parlano le fonti classiche. V. Iul. D. 41.5.2.1: *Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur (rell.)*. V. pure Paul. D. 24.1.26 pr. In generale: Bozza, *D. 41.2.3.23 e la classificazione dei « genera possessionum »*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 616 ss., nonché (su tutto lo sviluppo dell'istituto) *La nozione della « possessio »*, 1. - *Epoca preclassica*, 2. - *Epoca classica* (1964). La dottrina ha ampiamente esaminato il tema, generalmente concludendo che, rispetto alla « *possessio naturalis* » (extra-giuridica), la « *possessio civilis* » fosse contraddistinta dalla *iusta causa* e dalla producibilità di effetti *iure civili*. Così, per tutti: Riccobono, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse*, in *ZSS*. 31 (1910) 321 ss., *Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso*, in *Scr. Chironi* 1 (1915) 377 ss., e *Le mie colpe, Terminologia del possesso*, in *BIDR*. 48 (1948) 40 ss. — Sia ben chiaro che tutte le *res* potevano essere possedute, ma che per la *possessio ad usucapionem* occorreva il requisito peculiare della cd. *res habilis ad usucapionem*, quindi a divenire oggetto, nel concorso di altri requisiti supplementari, di proprietà privata dell'usucapiente. Sul punto v. *infra* n. 58.9.1.

43.5.2. La denominazione di *naturalis possessio* risulta adoperata per la prima volta da Giuliano in D. 41.5.2.1, già citato. Le fonti, tuttavia, parlano anche di « *detinere* », « *tenere rem* », « *possidere corpore* », « *possessio corporalis* », ecc. Si può spiegare la incerta terminologia delle fonti particolarmente quando si

sessio naturalis » o « *corporalis* », nel senso di *possessio* assolutamente e completamente « di fatto ». Ma nell'ambito della *possessio naturalis* acquistò progressivamente rilievo una suddistinzione tra: « *possessio pro suo* », esercitata (a torto o a ragione che fosse) allo scopo di tenere l'oggetto sempre per sé, senza cioè ammettere che altri potesse aver diritto su di esso; e « *possessio pro alieno* », esercitata nel riconoscimento che altri avesse diritto sull'oggetto e potesse richiederne prima o poi la restituzione. La *possessio pro suo* implicava un « *animus rem sibi (semper) habendi* »; la *possessio pro alieno* implicava un puro e semplice, non impegnativo « *animus rem (alienam) detinendi* », ed era anche denominata « *detentio* » (da « *rem tenere* »).

44. La « possessio ad interdicta ».

44.1. L'esigenza di conferire una tutela giuridica autonoma ai *possessores* trovò soddisfazione, sullo scorcio del periodo preclassico, ad opera del *ius honorarium* e traverso la cd. *possessio ad interdicta*. Non in tutte le ipotesi di *possessio*, ma almeno nelle più

---

rifletta che, più che di un istituto giuridico, si trattava di una situazione di fatto. Sul tema: Kunkel, « *Civilis* » *und* « *naturalis possessio* », in *Symb. Lenel* (1931) 40 ss.; McCormack, « *Naturalis possessio* », in *ZSS*. 84 (1967) 47 ss.

44.1. A parte i passi in cui la *possessio* interdittale è incidentalmente richiamata, ad essa sono dedicati interi titoli della compilazione giustinianea: D. 41.2 (« *de adquirenda vel amittenda possessione* »), e CI. 7.32 (« *de adquirenda et retinenda possessione* »). Nelle Istituzioni di Gaio v. 2.41-61, 4.143-155, soprattutto riguardo agli effetti ed alla tutela interdittale della *possessio*. Per le Istituzioni di Giustiniano v. 2.6. — Non meno ampia della bibliografia relativa alla *possessio* in generale è quella relativa alla tutela interdittale nei suoi vari aspetti. Alla letteratura citata in precedenza *adde:* Albertario, *Corso di diritto romano, Possesso e quasi possesso* (1946); Bonfante, *Corso di diritto romano*, 3. - *Diritti reali* (rist. 1972) spec. 167 ss.; Gandolfi, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (1955). — Nel periodo postclassico l'*interdictum* perse gradualmente i suoi caratteri distintivi, finché nella compilazione di Giustiniano esso appare riassorbito in un'ampia nozione di *actio*. Cfr.: Albertario, « *Actiones* » *e* « *interdicta* » (1912), ora in *St.* 4 (1946) 115 ss.; Collinet, *La nature des actions, des interdicts et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien* (1947). — La distinzione degli *interdicta* in « *adipiscendae possessionis causa comparata vel retinendae vel reciperandae* » è in Gai 4.143-155. Gli *interdicta adipiscendae possessionis* sono, nella esemplificazione di Gaio, l'*interdictum* « *quorum bonorum* » (*retro* n. 20.8.1 e 40.7.3), l'*interdictum* « *possessorium* » del *bonorum emptor* (*retro* n. 20.6), l'*interdictum* « *sectorium* » concesso agli acquirenti delle aste pubbliche (« *sectores* »), l'*interdictum* « *Salvianum* » (*infra* n. 70.9.1). Si noti che la dottrina moderna è ben lungi dall'accettare le scarse e contraddittorie definizioni romane. Cfr., per tutti: Daube, *Concerning the classification of interdicts*, in *RIDA*. 6 (1951) 23 ss. — Sulle origini della tutela interdittale le fonti sono tutt'altro che esaurienti, e la dottrina moderna ha proceduto necessariamente per induzioni. In particolare, sugli *interdicta* nella procedura delle *legis actiones*, cfr.: Biscardi, *La tutela interdittale e il relativo processo* cit. 276 ss.; Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 243 ss.

numerose e importanti, i *praetores* introdussero una serie di *interdicta* (taluni *restitutoria* ed altri *prohibitoria*) intesi: o a difendere una situazione precostituita di *possessio* dagli altrui tentativi di invasione (« *interdicta retinendae possessionis* »); o ad assicurare il recupero di una situazione di *possessio* violentemente eliminata (« *interdicta recuperandae possessionis* »); o infine a permettere l'acquisto *ex novo* di una situazione di *possessio* nei confronti di *possessores* ritenuti meno meritevoli (« *interdicta adipiscendae possessionis* »). In tutti questi casi è lecito parlare di « *possessio ad interdicta* », ma bisogna subito avvertire che questa denominazione (o, più brevemente, la denominazione antonomastica di « *possessio* ») fu riservata, nell'uso corrente, in età classica, alle sole ipotesi tutelate da quattro caratteristici *interdicta* a carattere generale, che saranno indicati tra poco.

44.1.1. È opportuno, pertanto, raccogliendo uno spunto fornito dalle fonti romane, distinguere tra una *possessio ad interdicta* « normale » (o « *possessio* » in senso proprio) ed una *possessio ad interdicta* « anomala » (o « *quasi possessio* »). In questo quadro le ipotesi di *possessio* priva di tutela interdittale vennero contraddistinte anche con la terminologia di « *possessio naturalis* », cioè con la stessa terminologia usata, ad altro riguardo, per contraddistinguere, di fronte alla *possessio civilis*, la *possessio* priva dell'attitudine a conseguire l'effetto dell'*usucapio*.

44.2. Le ipotesi di *possessio ad interdicta* normale, cioè di « *possessio* » per antonomasia, furono tutte le ipotesi di « *possessio pro suo* » e, in più, quattro fattispecie di « *possessio pro alieno* »: il possesso del creditore pignoratizio sulla *res* oppignorata, quello del sequestratario sulla *res* ricevuta in sequestro volontario, quello del titolare di un *ius in agro vectigali* e quello del precarista, cioè di colui che

---

44.1.1. Sulla terminologia cfr.: Iglesias Cubria, « *Usus* », « *possessio* », « *detentio* », in *Rev. fac. derecho Oviedo* (1955) 189 ss.; Russomano, *La posesión en el derecho romano* (1964); per il periodo postclassico soprattutto, Cannata, « *Possessio* », « *possessor* », « *possidere* » *nelle fonti giuridiche del basso Impero romano* (1962); Georgescu, *De les* « *possessiones* » *à la* « *possessio* », in *Studii Clasice* (1959) 115 ss.; MacCormack, « *Iusta* » *and* « *iniusta possessio* », in *T.* 42 (1974) 71 ss.

44.2. Sulla *possessio pro suo*, e sulla differenza dalla *possessio pro alieno*, *retro* n. 43.5.2. — Per i quattro casi di tutela normale della *possessio pro alieno* v. *infra* n. 69.2.1 (vettigalista), 70.3 e 70.4.3 (creditore pignoratizio), 83.6 (sequestratario), 91.8 (precarista). Solitamente la dottrina ricorre alla supposizione che nelle fasi più antiche i detentori, nei quattro casi citati, avessero poteri più ampi, ed esercitassero perciò una vera e propria *possessio*. Sul problema cfr.: per il sequestratario, Guizzi, *Intorno alla nozione romana del sequestro*, in *Mnemeion Solazzi* (1964) 318 ss.; per il concessionario dell'*ager vectigalis*, Bove, *Ricerche sugli* « *agri vectigales* » cit. 76 ss.; per il precarista, Zamorani, « *Precario habere* » (1969). — In diritto giustinianeo il precarista, il creditore pignoratizio e il sequestratario erano considerati *detentores* (nel senso di cui *infra* n. 44.4.2).

avesse ricevuto una *res* in *precarium*, cioè in concessione revocabile *ad nutum*. La gamma di *interdicta* posta, in linea generale, a tutela della situazione del *possessor* fu costituita, più precisamente, da due *interdicta* « *retinendae possessionis* » e da due *interdicta* « *recuperandae possessionis* ».

44.2.1. Gli *interdicta retinendae possessionis* furono usualmente denominati: « *uti possidetis* » e « *utrubi* ». L'*interdictum* (*prohibitorium*) « *uti possidetis* » proibiva l'uso della forza per sottrarre il possesso di una *res immobilis* al suo possessore attuale, ma eccettuava il caso della cd. « *possessio vitiosa* », cioè di una *possessio* che il possessore attuale avesse ottenuto dall'avversario a titolo di *precarium* o gli avesse precedentemente sottratto in modo violento o clandestino (« *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto* »). L'*interdictum* (*prohibitorium*) « *utrubi* » proibiva l'uso della forza per attribuirsi il possesso di una *res mobilis* nei confronti di chi l'avesse posseduta per la maggior parte dell'anno precedente (« *utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto* »). Mentre il primo *interdictum* tutelava sempre e in ogni caso il possesso attuale (salvo che nei confronti di chi avesse subito spoglio violento o clandestino, o avesse concesso la cosa immobile in precario), il secondo *interdictum*, vietando di togliere la cosa a chi l'avesse posseduta per maggior tempo (es.: sette mesi) nell'anno precedente, poteva portare alla conseguenza che il possesso fosse riconosciuto anche a chi sul momento, tra i due contendenti, più non l'avesse.

44.2.1. Per le formule degli *interdicta retinendae possessionis* (piuttosto discusse): Lenel, *EP*.[3] §§ 246 e 247. Ma cfr. le osservazioni di: Ciapessoni, *Appunti sul testo edittale degli interdetti « uti possidetis » e « utrubi »*, in *ACIR*. 2 (1935) 13 ss.; Albertario, *Possesso e quasi possesso* cit. 175 ss.; Marrone, *Osservazioni su Vat. Fragm. 90*, in *St. Biondi* 2 (1965) 269 ss.; Magliocca, *Per la formula dell'« interdictum utrubi »*, in *SDHI*. 33 (1967) 221 ss. — La formula dell'*interdictum « uti possidetis »* è in D. 43.17.1 pr. (Ulp. 69 *ad ed.*). Non sono chiari gli effetti dell'interdetto. In particolare, si discute se, riconosciuto vizioso il possesso attuale, la pronuncia del magistrato avesse anche l'effetto di assegnare il possesso al reale legittimato. — La formula dell'*interdictum « utrubi »* è tratta da Gai 4.160. V. però PS. 5.6.1, che esclude la concessione di esso quando vi sia la *vitiosa possessio*, come, per l'*interdictum uti possidetis*, attesta il già citato D. 43.17.1 pr. — Non pochi dubbi sorgono in rapporto alla qualificazione possessoria di alcune situazioni giuridiche: in particolare per il nudo proprietario di un bene gravato di usufrutto. Secondo il Marrone, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in *AUPA*. 1962, fino al III sec. il nudo proprietario avrebbe avuto il possesso « diretto della cosa; in seguito, avrebbe goduto di un possesso solo indiretto. Non possedeva invece l'usufruttuario (da ultimo: Nicosia, « *Propter usum fructum possidere?* », *Osservazioni su Cic. pro Caec. 32.94*, in *St. Zingali* 3 [1965] 497 ss.).

44.2.2. Gli *interdicta (restitutoria) recuperandae possessionis* ordinavano la restituzione soltanto di *res immobiles*, nell'ipotesi che il convenuto (o persona della sua *familia*) ne avesse scacciato l'attore con la violenza. La differenza stava nel tipo di violenza esercitata. Se lo spoglio era stato attuato senza uso di armi, l'*interdictum* « *de vi* » (*cottidiana*), da esercitarsi entro l'anno, ordinava la restituzione allo *spoliatus*, salvo che quest'ultimo avesse precedentemente conseguito « *vi clam precario* » la cosa dal suo aggressore (« *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* »). Se lo spoglio era stato attuato con uso delle armi o con l'ausilio di una banda di uomini, l'*interdictum* « *de vi armata* » ordinava la restituzione in ogni tempo e in ogni caso (« *unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas* »).

44.2.3. In età postclassica i due *interdicta retinendae possessionis* rimasero differenziati dal punto di vista formale, ma all'*utrubi* fu applicato lo stesso regime dell'*uti possidetis*. Gli *interdicta recuperandae possessionis* furono invece formalmente e sostanzialmente unificati in un *interdictum* « *de vi* » (anche detto « *interdictum momentariae possessionis* » o « *actio momentaria* »), privo della limitazione « *nec vi nec clam nec precario* », ma ottenibile solo entro l'anno dallo spoglio violento.

44.2.2. La formula dell'*interdictum* « *de vi* » non parla in realtà di *vis cottidiana*: il termine « *cottidiana* » è stato desunto da Cic. *pro Caec.* 32.92 e 31.91. La formula data nel testo (come pure quella dell'*interdictum* « *de vi armata* ») è dovuta alla ricostruzione del Lenel, *EP.*[3] § 245. Di tenore alquanto diverso è quella riferita da Ulpiano in D. 43.16.1 pr.: *Praetor ait:* « *unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo* ». Cfr., in rapporto al concetto di « *deiectio* », Nicosia, *Studi sulla* « *deiectio* » (1965). Tra i vari problemi che suscita la ricostruzione, è il caso di rilevare che la dottrina ritiene estranea alla più antica formulazione il tratto « *quaeque ille tunc habuit* », che potrebbe essere stato aggiunto in seguito, per rendere più energica la persecuzione dello spoglio violento. Sulla perseguibilità di ogni forma di violenza, armata o meno, nei vari periodi del diritto classico, con gli *interdicta de vi*, cfr. Labruna, « *Vim fieri veto* » cit.; v. anche *infra* n. 96.5. — Un'incerta ipotesi di un diverso interdetto possessorio risulta da D. 10.3.7.5 (Ulp. 19 *ed.*), dove si parla di un *interdictum de clandestina possessione*, in cui è forse richiamato uno dei normali interdetti.

44.2.3. Sull'unificazione postclassica dei due *interdicta retinendae possessionis* cfr.: Kaser, *Privatrecht* 2.259 s. Il processo è esplicitamente testimoniato da D. 43.31.1.1 itp.: *Hoc interdictum* (sc. « *utrubi* ») *de possessione rerum mobilium locum habet:* [*sed optinuit vim eius exaequatam fuisse uti possidetis interdicto (rell.)*]. Ancora più esplicito I. 4.15.4 *a*. Sulla unificazione dei due *interdicta* di spoglio nell'*interdictum momentariae possessionis*, cfr. De Malafosse, *L'* « *interdictum momentariae possessionis* » (1951).

44.3. Le ipotesi di *possessio ad interdicta* anomala furono tutte le fattispecie di « *possessio pro alieno* » alla cui tutela il pretore avesse destinato qualche speciale *interdictum* (diverso, beninteso, dai quattro *interdicta* caratterizzanti la *possessio* normale). Tali: il caso del superficiario, ch'era assistito nei confronti dei terzi dall'*interdictum* « *de superficiebus* »; il caso dell'usufruttuario, che difendeva il suo possesso della cosa mediante l'*interdictum* « *quem usumfructum* »; il caso di coloro che esercitassero di fatto un « *ius praedii* » altrui, a tutela della cui situazione furono concessi, ad esempio, l'*interdictum* « *de itinere actuque privato* », l'*interdictum* « *de aqua cottidiana et aestiva* », l'*interdictum* « *de fonte* ». Tutti mezzi giudiziari di cui parleremo più distesamente nei luoghi opportuni.

44.3.1. In ordine alle ipotesi ora riferite, la giurisprudenza classica, per sottolineare il fatto che esse non erano assistite da una tutela possessoria normale, parlò talvolta di « *quasi possessio* ». Terminologia usata particolarmente da Gaio, ma che, come vedremo tra poco, la giurisprudenza postclassica intese in senso assai diverso.

44.4. La grande importanza assunta dalla *possessio ad interdicta* nella prassi giuridica romana determinò una larghissima elabora-

---

44.3. In ordine alle ipotesi anomale di *possessio* bisogna dire che sussistono non pochi dubbi circa la loro classicità: dubbi che paiono, peraltro, piuttosto inconsistenti. Non vediamo, infatti, perché mai il pretore, libero come era e doveva essere da pregiudizi sistematici, abbia dovuto ragionare, come taluni critici moderni arbitrariamente pretendono, secondo lo schema alternativo: o *possessio* in senso pieno (tutelata dai quattro interdetti normali che conosciamo) o semplice *detentio* (priva di ogni tutela interdittale). La prova della falsità di questa impostazione è data proprio dalla concessione della piena tutela interdittale alle quattro ipotesi di *possessio pro alieno* di cui si è visto (*retro* n. 44.2). Nulla di strano che in altre ipotesi di *possessio pro alieno* (quella del superficiario, quella dell'usufruttuario e così via) il pretore non si sia sentito di concedere la piena tutela possessoria, ma abbia d'altra parte ritenuto opportuno concedere un qualche interdetto *ad hoc*, per finalità limitate. Si aggiunga che la tendenza postclassica non fu orientata verso la protezione interdittale della *possessio pro alieno*, ma fu orientata al contrario verso la riduzione di tutti i casi di *possessio pro alieno* al regime unitario della *detentio* (*retro* nt. 44.2 e *infra* n. 44.4.2). — Sull'*interdictum* « *de superficiebus* »: *infra* n. 68.2.3. — Sull'*interdictum* « *quem usumfructum* »: *infra* n. 66.7. — Sugli *interdicta* a tutela dei *iura praediorum*: *infra* n. 65.6.1.

44.3.1. Il termine (e il concetto) di *quasi possessio* si desume da Gai 4.139: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur.* La dottrina, tuttavia, ritiene in genere non classica la terminologia (il concetto sarebbe in realtà espresso dai classici solo con « *in possessione esse* » o « *tenere* »): in questo senso, con critica particolarmente vigorosa, Solazzi, *La tutela e il possesso delle servitù prediali* (1949) 139 s.; *contra*, per tutti, Arangio-Ruiz, *Istituzioni* 279 ss., che esclude (con molti altri autori) la presunta glossa « *aut quasi possessione* ».

44.4. Sulla elaborazione giurisprudenziale preclassica (ter-

zione giurisprudenziale dell'istituto, sopra tutto con riguardo a quello che fu denominata la « *possessio* » per antonomasia, cioè con riguardo alla « *possessio ad interdicta* » normale. Si trattò, peraltro, di una elaborazione piuttosto disordinata, assai poco coerente nell'uso delle terminologie, nella quale non sempre sono facilmente differenziabili gli apporti classici da quelli postclassici.

44.4.1. La giurisprudenza classica ebbe, probabilmente, sempre ben chiaro il concetto che la « *possessio* » (e così pure la « *quasi possessio* ») fosse una « *res facti* », cioè un rapporto assoluto (in senso proprio) extragiuridico. La protezione interdittale accordata al *possessor* non valse a modificare questa concezione di fondo, perché gli *interdicta* erano, agli occhi dei giuristi classici, mezzi giudiziari « *magis imperii quam iurisdictionis* », sicché un vero e proprio « diritto » alla tutela possessoria non era concepibile. Appunto perciò la giurisprudenza classica insistette rigorosamente nell'affermazione che, per aversi *possessio*, non fosse sufficiente l'« *animus possidendi* », ma occorresse il concorso di un « *corpore possidere* », cioè di un'effettiva disponibilità della *res*.

44.4.2. La giurisprudenza postclassica, che considerava gli *interdicta* alla stregua delle *actiones* ordinarie (e spesso li denominava « *actiones* »), si orientò invece, sia pure in modo incerto, verso la concezione della *possessio* come rapporto giuridico, produttivo quindi di un diritto del *possessor* alla tutela giurisdizionale della sua situazione. Di

---

minologia e sistematiche), da ultimo: Lauria, *Possessiones* cit., che nei vari capitoli esamina la molteplicità delle ipotesi; per la terminologia, in particolare, cfr. p. 26 ss. Un'ampia rassegna di fonti è in Arnò, *Corso di diritto romano, Il possesso* (1936) 209 ss. V. *retro* n. 43.5.

44.4.1. Sulla natura della *possessio* come potere di fatto, pur con inflessioni diverse e con diverse visioni dello sviluppo storico, si può ormai ritenere generale l'accordo della dottrina. A nostro avviso, secondo quanto precisiamo nel testo, l'istituto fu extra-giuridico non solo nelle sue origini, ma anche in età storica, ma lo fu solo nel senso che la sua tutela era di carattere pretorio, anzi interdittale. Illuminante, a questo proposito, è Ulp. D. 41.2.1.3: ... *pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habet... Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.* V. anche: Ulp. D. 41.2.29; Pap. D. 4.6.19.

44.4.2. È comune dottrina che la rilevanza dell'*animus possidendi* abbia avuto la sua origine non prima della fine della repubblica (o, meno verosimilmente, non prima dell'età di Cicerone), forse per opera di Labeone (v. D. 41.2.51). In prosieguo di tempo, con il generale venire in rilievo della *voluntas*, l'elemento dell'*animus* assunse un deciso sopravvento su quello materialistico. Processo favorito, del resto, da alcuni istituti certamente classici, come la *possessio* « *nudo animo* » in rapporto ai *saltus* invernali ed estivi (su cui *infra* n. 44.5.5). Cfr.: Burdese, *In tema di « animus possidendi » nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *St. Biondi* 1 (1965) 517 ss.; MacCormack, *The role of « animus » in the classical law of possession*, in *ZSS.* 86 (1969) 105 ss.; Benöhr, *Irrtum und guter Glaube der Hilfsperson beim Besitzerwerb*, in *St. Kaser* (1973) 9 ss.

più: agli occhi della giurisprudenza postclassica perse importanza il « *corpore possidere* » ed acquistò rilievo dominante l'« *animus possidendi* ». Lo scadimento del « *corpore possidere* » fece sì che per *possessio* si intendesse, non più la sola disponibilità materiale di una *res*, ma ogni esercizio di fatto di un diritto, cioè il comportarsi esteriormente come titolare di un certo diritto assoluto o relativo. La preminenza dell'« *animus possidendi* » fece sì, a sua volta, che la distinzione tra « *possessio* » e « *detentio* » (cd. « *possessio naturalis* ») non fosse fatta più dipendere dal fatto della esistenza o della inesistenza di una tutela possessoria, ma dal fatto che l'*animus* fosse « *possidendi* », piuttosto che « *detinendi* ». Sicché, rovesciandosi le posizioni classiche, si ritenne (almeno tendenzialmente) che chiunque esercitasse di fatto un diritto (proprio o altrui) con « *animus possidendi* », e non con semplice « *animus detinendi* », avesse titolo alla tutela possessoria, di urgenza, della sua situazione apparente, salvo a vedersi in seguito, con approfondito accertamento processuale, se fosse realmente il titolare del diritto vantato.

44.4.3. Alla giurisprudenza postclassica deve anche attribuirsi la creazione della figura della « *possessio iuris* », la quale servì a ricomprendere tutte le ipotesi di esercizio di fatto di un diritto (assoluto o relativo) che fossero diverse dall'esercizio di fatto del *dominium* su una *res*. Si trattò di un concetto assai nebuloso, la cui formazione derivò dalla classica « *quasi possessio* » e dalla grande diffusione che il manuale di Gaio (in cui di essa appunto si parlava) ebbe negli ambienti postclassici. Dato che la *quasi possessio* si traduceva nell'esercizio di diritti diversi dal *dominium* e dato che solo il *dominium* comporta una *res propria*, si passò probabilmente a configurare la *quasi possessio* come la *possessio* di quella « *res incorporalis* » che era, nell'insegnamento gaiano, ogni *ius in re aliena*. Ma siccome *res incorporales* erano, sempre nell'insegnamento gaiano, anche i diritti relativi, ecco che fu facilitato l'estendimento della *possessio* ad ogni sorta di diritti diversi dal *dominium* e si diffuse, in relazione a questi diritti, la terminologia di « *possessio iuris* ».

44.4.3. Sulla dottrina postclassica della *possessio iuris* ampio ragguaglio in Carcaterra, *Il possesso dei diritti in diritto romano* (1942). Per la concezione gaiana delle « *res incorporales* » v. *retro* n. 7 e 26. — Spunti classici della *possessio iuris* sono forse ravvisabili nella qualifica di « *possessor iuris* » data da alcune fonti in tema di *hereditatis petitio* (v. *retro* n. 40.7.2) a chi, pur avendo perduto il possesso delle *res hereditariae*, fosse da ritenere egualmente legittimato passivo in quanto gli spettasse qualche mezzo giudiziario (un *interdictum*, una *condictio*) per riottenerlo: D. 5.3.16.4 e D. 5.3.16.7.

44.5. Meritano una considerazione più approfondita (prescindendo, peraltro, dalle deviazioni postclassiche relative alla « *possessio iuris* ») i due indicati elementi della *possessio*: il « *corpus* » e l'« *animus* ».

44.5.1. Il « *possidere corpore* » era l'insistenza materiale di una persona sulla *res* e si aveva appunto qualora taluno esercitasse di fatto, nei riguardi di un oggetto giuridico, i poteri signorili. Tuttavia non era sempre richiesto il diretto e immediato contatto tra il soggetto giuridico e la cosa. Per le cose mobili si ritenne che ne bastasse la presenza e non ne occorresse l'effettiva apprensione. 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 trovarsi in una qualunque parte del fondo.

44.5.2. Il così detto « *possidere animo* », vale a dire l'« *animus possidendi* », consisteva, più precisamente, nell'« *animus rem sibi ha-*

44.5. Sugli elementi della *possessio*, v. PS. 5.2.1.: *Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* (*rell.*). Si noti che la fonte citata appartiene alla giurisprudenza postclassica occidentale. Contrariamente a quanto si è sostenuto da qualcuno (Cannata, *Dalla nozione di « animo possidere » all'« animus possidendi » come elemento del possesso*, in *SDHI.* 27 [1962] 46 ss.), non ci sembra che essa autorizzi la tesi secondo cui la giurisprudenza di occidente perse la nozione dell'importanza dell'*animo possidere*. Vero è soltanto che questo requisito (ψυχῇ δεσπόζοντος: Parl. 3.29.2) fu particolarmente esaltato dalla giurisprudenza postclassica orientale.

44.5.1. Sul *possidere corpore* v. Paul. D. 41.2.1.21: *Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.* Il passo è oggetto naturalmente di una letteratura estremamente copiosa (cfr. in particolare: Olivecrona, *The acquisition of possession in Roman law* [1938], ora in *Three Essays* [1949]). Numerose altre fonti accennano al requisito del *corpus*: D. 41.2.3.1; D. 41.2.8; D. 41.2.44.1; D. 41.3.4.13.

44.5.2. Sull'*animus possidendi* cfr. innanzi tutto: Rotondi, « *Possessio quae animo retinetur* » (1921), ora in *Scr.* 3 (1922) 94 ss. La prospettiva del Rotondi, secondo il quale la possibilità di mantenere il possesso *nudo animo* appartiene solo al tardo diritto classico, è stata successivamente ribadita dal Wieacker, *Der Besitzverlust an dem heimlichen Eindringling*, in *Fs. Lewald* (1953) 185 ss. (ivi ampia rassegna di contrari orientamenti). Il Möhler, *Der Besitz am Grundstück*, in *ZSS.* 77 (1960) 61 ss., pur riconoscendo la classicità di alcune ipotesi, quale la conservazione dei *saltus hiberni et aestivi*, ha negato la classicità della formula « *licet possessio nudo animo adquiri non possit ... tamen solo animo retineri potest* » contenuta in CI. 7.32.4 e in Pap. D. 41.2.26. Più di recente il tema è stato ampiamente sviluppato dal Cannata, *L'« animus possidendi » nel diritto romano classico*, in *SDHI.* 26 (1960) 71 ss. e *Dalla nozione di « animo possidere »* cit., secondo cui nello sviluppo dottrinale, particolarmente nell'opera dei Proculiani, l'*animus* fu per così dire isolato, fino a costituire nel possesso un elemento autonomo, anche se non scindibile da quello materialistico (v.: D. 41.2.27; D. 43.16.1.25; D. 41.2.3.3; D. 41.2.34 pr.). Da ultimi, sul tema: Burdese, *In tema di « animus possidendi »* cit., e *Possesso tramite intermediario e « possessio animo retenta »*, in *St. Volterra* 2 (1971) 381 ss.; MacCormack, *The role of « animus »* cit.; Hausmaninger, *Besitzerwerb « solo animo »*, in

bendi », cioè nell'intenzione (dimostrata dal comportamento esteriore) di tenere con sé e per sé la cosa: se non come proprietario, almeno a titolo esclusivo, in modo cioè da difenderla dagli attacchi altrui come se fosse propria. In considerazione della esigenza dell'*animus*, non potevano acquistare il possesso, quanto meno per sé, gli *infantes* e i pazzi. L'impubere *infantiae maior* non aveva bisogno, invece, della *auctoritas tutoris*, posto che la *possessio* era *res facti* e non *iuris*. Giustiniano ammise per motivi di opportunità pratica, *utilitatis causa*, che l'*infans* potesse acquistare la *possessio* con l'ausilio della *auctoritas tutoris*.

44.5.3. La *possessio*, oltre che personalmente, poteva essere acquistata pel tramite di altri, vale a dire a mezzo di intermediari, i quali attuassero come detentori l'apprensione materiale delle cose. In età classica, intermediari dell'acquisto potevano essere le *personae in potestate manu mancipiove* (principalmente i *filii* e i *servi*), probabilmente il *procurator*, forse anche (ma eccezionalmente) qualche altra *extranea persona*. In età postclassico-giustinianea ogni limitazione cadde: si ammise cioè che la *possessio* si acquistasse anche a chi non ne avesse scienza (cioè all'« *ignorans* ») *per liberam personam* o per mezzo di *procurator*, pur essendo necessaria *a posteriori* la *ratihabitio*, vale a dire la ratifica speciale.

44.5.4. Cause di estinzione della *possessio* erano: la morte del possessore, salvo che gli subentrassero nel patrimonio *heredes sui* (ai quali la *possessio* era ritenuta trasmissibile); il fatto che la cosa, pur

---

Fs. Herdlitczka (1972) 113 ss. — Fenomeno notevole è l'interruzione della *usucapio* nel passaggio dal possesso *alieno nomine* al possesso *suo nomine* o viceversa; la classicità del principio della interruzione è riconosciuta dal Gordon, *Interruption of « usucapio »*, in *RIDA*, 3.9 (1962) 325 ss. V.: D. 41.2.3.18; D. 41.2.20; D. 41.2.47.

44.5.3. Sull'acquisto della *possessio* per mezzo di altri cfr.: Lauria, *Possessiones* cit. 99 ss.; Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i « potestati subiecti »* (1960); Tondo, *Acquisto del possesso da parte del pupillo*, in *St. Betti* 4 (1962) 361 ss.; Watson, *Acquisition of possession and usucapion « per servos et filios »*, in *LQR*. 78 (1962) 205 ss.; Di Lella, *Sull'acquisto del possesso « domino ignoranti »*, in *Mnem. Solazzi* (1964) 432 ss. — Caso particolarmente discusso è quello dell'acquisto per mezzo di *procurator*. Secondo il Bretone, « *Adquisitio per procuratorem?* », in *Labeo* 1 (1955) 280 ss., almeno fino alla tarda età classica, sarebbe da escludersi la possibilità dell'acquisto per mezzo di procuratore. *Contra*: Nicosia, *Acquisto del possesso « per procuratorem » e « reversio in potestatem domini » delle « res furtivae »*, in *Iura* 11 (1960) 190. Sul punto anche *retro* n. 34.2.2: ivi altra letteratura.

44.5.4. Sulla estinzione della *possessio* cfr. spec.: Albertario, *D. 41.2.8 e la perdita del possesso nella dottrina giustinianea* (1931), ora in *St.* 2 (1941) 245 ss.; Wieacker, *Der Besitzverlust* cit.; Hausmanninger, « *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* », in *Aktuelle Fragen aus mod. R. und RGesch.* (1966) 339 ss., e *Besitzerwerb* cit.

senza distruggersi, perdesse la sua individualità e fosse incorporata in un'altra cosa; il fatto che venisse meno uno degli elementi costitutivi del possesso, vale a dire o l'*animus* oppure il *corpus*.

44.5.5. 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 qualche eccezione. 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 terreni 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 altre zone. Altra ipotesi probabilmente classica di *possessio animo retenta* fu quella della *possessio* esercitata sul *servus fugitivus* e per mezzo del *servus fugitivus in possessione*: nel caso cioè che si possedesse (*ad interdicta*) uno schiavo altrui, si riteneva che non se ne perdesse il possesso qualora lo schiavo si allontanasse in fuga, e si riteneva per conseguenza che le cose di cui lo schiavo in fuga avesse acquistato il possesso spettassero al possessore dello schiavo e non al *dominus* dello schiavo, né 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 giustinianea 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*.

45. LA « COMMUNIO ».

45.1. Sin dall'età quiritaria fu sentito il problema della contitolarità delle situazioni subbiettive: da un lato con

---

44.5.5. Sulla conservazione del possesso «*solo animo*» è fondamentale lo studio del Rotondi, « *Possessio quae animo retinetur* » cit. MacCormack, « *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* », in *BIDR*. 75 (1972) 71 ss. — Per i *saltus hiberni et aestivi* v.: D. 41.2.3.11; D. 41.2.44.2; PS. 5.2.1 (...*Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus, retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hibernis aestivisque*). In D. 43.16.1.21 il caso appare generalizzato mediante interpolazione (« *nam in omnibus praediis ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est* »: dunque la conservazione del possesso sui fondi dipende esclusivamente dall'*animus*). — Per il *servus fugitivus* v.: Paul. D. 41.2.1.14 itp.; D. 11.4; CI. 6.1. La vasta letteratura si trova citata in Bonetti, *In tema di « servus fugitivus »*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 1095 ss.

45.1. Sulle varie ipotesi di contitolarità delle situazioni sub-

riguardo al *mancipium* e dall'altro lato con riguardo alla *possessio* extragiuridica. Le soluzioni adottate furono varie. Le forme più antiche, di derivazione precittadina, furono quelle della comunione indifferenziata. Di poi, attraverso un tipo particolare di comunione solidaristica, si pervenne, nei tempi storici, alla forma della comunione organizzata, che fu quella dominante nel sistema del *ius civile vetus* ed in tutti i sistemi giuridici successivi.

45.1.1. Il termine indicativo della contitolarità subbiettiva fu sopra tutto quello di « *communio* ». Ma la *communio* romana, essendosi profilata anteriormente all'ingresso delle *obligationes* nel mondo del diritto, non fu mai riferita alla contitolarità di diritti di credito. L'istituto fu, dunque, limitato, nella esperienza giuridica romana, a due sole possibilità: alla contitolarità di un intero *patrimonium* ed alla contitolarità dei diritti assoluti (in senso proprio e in senso improprio), nonché al connesso fenomeno del compossesso.

45.2. Una forma precittadina di comunione indifferenziata fu costituita, nel seno delle *familiae*, dalla cd. comunanza domesti-

---

biettive (attive e passive) v., in termini generali, *retro* n. 2.8. Per un inquadramento più approfondito del tema: Guarino, sv. *Comunione* (*premesse gen. e principi romanistici*), in *ED.*, con bibliografia.

45.1.1. La terminologia *communio*, lo si avverta bene, è quella prevalentemente usata dalle fonti per indicare i fenomeni di contitolarità di singoli diritti (mai di doveri) assoluti, come pure i fenomeni di compossesso e quelli di contitolarità di *patrimonia* (implicanti, questi ultimi, anche la contitolarità dei doveri in essi ricompresi). Ma la terminologia non è esclusiva per la designazione di questi fenomeni: sia perché i fenomeni stessi vengono spesso individuati con diverse parole e circonlocuzioni, sia perché non manca il ricorso a « *communio* » in senso traslato (cfr., ad es., Ulp. D. 28.1.20.7: *Servus quoque merito ad sollemnia* [a testimonio di negozi solenni, nella specie di *testamenta per aes et libram*] *adhiberi non potest, cum iuris civilis communionem non habeat rell.*). Spesso « *communio* » (sola o con l'aggiunta di *rerum, bonorum* ecc.) sta ad indicare la contitolarità del *dominium* (la cd. « comproprietà »), ma anche qui non in modo esclusivo. Cfr., sul tema: Biondi, sv. *Comunione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Torrent, *Notas sobre la relación entre « communio » y coproprietad*, in *St. Grosso* 2 (1958) 97 ss.

45.2. Sulla struttura della comunità domestica, come ipotesi antica di *communio* indifferenziata e precedente storico della *communio* classica, cfr. le ricerche del Westrup, *Introduction to early Roman law* 2 (1934) 5 ss., 24 ss.; 3 (1939) 148 ss., 233 ss. Per una formulazione organica della tesi: Wieacker, *Societas* (1936) 113 ss., 177 ss., ove ulteriore bibliografia. Taluni oppongono (così Bretone, « *Consortium* » e « *communio* », in *Labeo* 6 [1960] 163 ss.) che non sarebbe sufficientemente provato il potenziamento delle facoltà del *pater* dopo l'instaurazione del predominio etrusco. Ma, a nostro avviso, non è questione di potenziamento dei poteri paterni: i poteri del *pater* all'interno della *familia* furono sempre gli stessi, salvo che, una volta costituitasi la *civitas* come riunione di *familiae*, ciascuna impersonata solo ed esclusivamente dal suo *pater*, inevitabilmente venne a scadere, nei confronti dell'ordinamento cittadino, la posizione dei sottoposti. Né, d'altra parte, può altrimenti spiegarsi quanto si legge, in piena età classica, per es. in Gai 2.157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quo-*

c a. Ai tempi in cui le *familiae* erano nuclei sociali autonomi, l'autorità del *pater*, certamente sin da allora assai intensa, non si sostanziava tuttavia ancora nell'assorbente *mancipium* di lui (che avrebbe escluso, più tardi, la qualità di soggetti giuridici dei *filii*), perché ancora non sussisteva l'esigenza di individuare, 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* (o almeno quelli immediatamente *adgnati* rispetto al *pater*) erano, dunque, in quell'età, partecipi, a titolo di comunione indifferenziata, delle *res familiares* e di tutti i beni di comune consumo. Un inconscio richiamo all'antichissimo stato di cose è la nota e tanto discussa affermazione giurisprudenziale dei tempi storici, secondo cui i *filii* « *vivo quoque parente quodam modo domini existimantur* ».

45.3. Costituitasi la *civitas* quiritaria, l'istituto del *mancipium* non comportò, in linea di principio, problemi di contitolarità, perché il *mancipium* spettava per definizione ad un solo soggetto, il *pater familias*. Problemi di contitolarità comportò invece la *possessio* extragiuridica, sopra tutto in ordine alle terre indivise, e non assegnate in *possessio* a singoli *patres familiarum*. Tali terre costituivano generalmente oggetto di comunanza gentilizia e solo alquanto più tardi passarono ad essere considerate come comuni di tutta la *civitas*.

45.3.1. Per meglio chiarire il fatto rudimentale della « comunanza gentilizia » degli *agri* cittadini, occorre ricordare che, ai primordi della vita cittadina, avevano ancora una notevole importanza pratica le

---

dammodo domini existimantur (*rell.*). Per maggiori argomentazioni cfr. Guarino, *La rivoluzione della plebe* (1975) 45 ss., 272 ss. V. anche *retro* n. 8.2.1.

45.3. Circa la esperienza romana della comunione indefferenziata, si ricordi che, a nostro parere (conformemente al punto di vista già esposto *retro* n. 42.2.3), alle radici della *communio* dominicale non è da vedere una improbabile comunione indifferenziata del *mancipium*, ma il compossesso delle terre comuni.

45.3.1. A proposito della comunanza gentilizia, si ricordi che, nonostante i problemi sulla natura della *gens* e sulla precedenza o meno della sua formazione rispetto alla *familia*, non v'è dubbio che alle origini della *civitas* i due gruppi coesistevano e che le *familiae* erano normalmente coordinate in *gentes*. — È dottrina dominante, e difficilmente contestabile, che proprio nell'ambito delle *gentes* si realizzò la comunanza di quello che fu poi detto l'*ager publicus*. Il passaggio dalla comunione indifferenziata alla proprietà familiare è segnato, a nostro avviso, come abbiamo del resto già detto, dalla fase etrusco-latina della *civitas*. Le *divisiones et adsignationes* dei fondi comuni alle *familiae* non solo determinarono notevoli estendimenti materiali dei limitatissimi *mancipia* originari, ma gettarono le basi della costruzione assolutistica ed esclusivistica della proprietà fondiaria, cioè di quel che sarebbe divenuto dopo qualche secolo il *dominium ex iure Quiritium* del cd. « *fundus optimus maximus* » (v. *infra* n. 57.5.1). Sul tema cfr., da ultimi: De Francisci, *Appunti intorno ai « mores maiorum » e alla storia della proprietà romana*, in *St. Segni* 1 (1967) 633 ss.; Stojcevic, « *Gens, consortium, familia* », in *St. Volterra* 1 (1971) 425 ss.; Guarino, *La rivoluzione* cit. 32 ss.

« *gentes* », ciascuna delle quali raggruppava un certo numero di *familiae*. Gli *agri* della comunità (quelli non costituenti oggetto di *mancipium*, né assegnati eccezionalmente in *possessio* a singoli *cives*) erano naturalmente spartiti tra le *gentes* ai fini di uno sfruttamento estensivo (particolarmente, della pastorizia). Nell'ambito di queste « riserve » della loro *gens*, le *familiae* 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 di quello che molto più tardi si disse il *ius publicum*.

45.4. Nella esperienza giuridica romana il passaggio dalla comunione indifferenziata a quella organizzata fu mediato dall'istituto, an-

---

45.4. Il carattere del *consortium ercto non cito* è ancor oggi altamente discusso, soprattutto dopo che la scoperta del Gaio antinoense (pubblicato nel 1933 dall'Arangio-Ruiz) offrì, attraverso il ben noto par. 3.154 *a-b*, materia per nuove illazioni. Buona parte dei dubbi derivano dall'incertezza che già è rilevabile nelle fonti giuridiche classiche, nelle quali il *consortium erctum non citum* è di volta in volta avvicinato alla *societas* o alla *communio* (cfr. Bretone, « *Consortium* » cit. *passim*, con vasta bibliografia, a cui *adde* Torrent, « *Consortium ercto non cito* », in *AHDE*. 34 [1964] 479 ss.). In ogni caso, la dottrina moderna si è frazionata in diversi indirizzi. Da una parte, si è più o meno esplicitamente sostenuto, con scarsa credibilità, che l'istituto non sarebbe altro che una *communio*: Albertario, *Appunti sul consorzio familiare romano*, in *RDCo*. 32 (1934) 227 ss.; Gaudemet, *Études sur le régime juridique de l'indivision* (1934) 12, 16, 17; Frezza, *Il « consortium ercto non cito » e i nuovi frammenti di Gaio*, in *Riv. fil. istr. class.* (1934) 37 ss.; Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*. 1949. Dall'altra parte, si è voluto ravvisare nell'antico istituto una *communio* munita al tempo stesso dei caratteri *ante litteram* della *societas*: Solazzi, « *Societas* » *e* « *communio* », in *ANA*. 1937. Nella molteplicità delle ipotesi, è opportuno ricordare quanto dice Gaio in 3.154 *a*: *Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur « erctum non citum », id est dominium non divisum* (*rell.*). Il brano si inseriva con sicurezza dopo il paragrafo che nel Codice veronese tratta della *societas* del *ius civile novum*: è chiaro dunque che Gaio vede da un lato un parallelismo tra i due istituti, e dall'altro una forma di comunione, secondo, del resto, quel che risulta da altri testi della compilazione. In questo senso, è almeno certo che il *consortium ercto non cito*, per quanto maturato in schemi diversi da quelli storici della *communio*, costituiva una forma di comunanza per molti aspetti avvicinabile. — Che la particolare

cora in parte misterioso e fortemente discusso, del *consortium ercto non cito* (o « *erctum non citum* »), che altro non è, dal punto di vista strutturale, se non una esplicazione del tipo della comunione solidaristica.

45.4.1. 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 Gaio ne risultano attestate (sembra, peraltro, tassativamente) due sole: il « *consortium fratrum suorum* » e il « *consortium ad exemplum fratrum suorum* ». Il primo (il cd. « consorzio fraterno ») 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 (il cd. « consorzio imitativo ») si istituiva convenzionalmente, attraverso una speciale *legis actio* (probabilmente, una *in iure cessio*), tra coloro che volessero per un qualunque motivo porre in comunione un complesso patrimoniale. Mentre del *consortium* imitativo

---

struttura del *consortium erctum non citum* richiedesse di regola un legame familiare tra i *consortes* è molto probabile, anche perché ancora le fonti classiche ricordano la « *fraternitas* » in tema di società consensuale: v. D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*), e cfr. Guarino, « *Societas consensu contracta* » (1972) spec. 8 ss., 16 s.

45.4.1. Il consorzio fraterno, derivando per natura di cose dalla apertura della successione (v. *retro* nt. 35.3.1 e 40.4), viene perciò qualificato da Gai 3.154*a* « *legitima simul et naturalis societas* », senza alcun riferimento, in questo caso, alla *naturalis ratio* e al *ius gentium*. La parola « *legitima* » fa intendere che l'istituto era stato regolato dalle *XII tabulae*. — In ordine al consorzio imitativo (cui più specificamente si riferisce Gai 3.154 *b*), il problema più delicato è di stabilire quale fosse la « *certa legis actio* » mediante cui esso veniva costituito. È buona congettura che la *certa legis actio* fosse una *in iure cessio* (da ultimo, Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* [1950] 9 s.), più o meno basata su questa solenne dichiarazione di uno degli aspiranti al consorzio: « *familiam pecuniamque, quae fuit L. Titii, ex iure Quiritium ad exemplum suorum mihi tecum communem esse aio* ». — Le affinità del consorzio imitativo con la *societas* hanno fatto pensare che, in età classica, accanto alla *societas iuris gentium* (su cui v. *infra* n. 88), fosse conosciuta e applicata una *societas (omnium bonorum) iuris civilis*, costituita *certa legis actione* e accessibile ai soli cittadini romani: da ultimi, Bianchini, *Studi sulla « societas »* (1965), su cui però v. Guarino, *rc.*, in *Labeo* 13 (1967) 293 s.; Bona, *Società universale e società questuaria generale in diritto romano*, in *SDHI.* 33 (1967) 366 ss.; ancora Bianchini, « *Societas iuris gentium* » *e* « *societas iuris civilis tantum* », in *AUGE.* 1972, e Guarino, « *Societas* » cit. 7, 47. A nostro avviso, la *societas iuris civilis* era, in età preclassica e classica, del tutto priva di applicazioni concrete, ma è probabile che fosse teoricamente configurabile (visto che il *consortium* non era mai stato formalmente abolito), ed è altresì probabile che Gaio vi alludesse nel seguito (circa una pagina della pergamena egiziana) di 3.154 *a-b*: lo induce a pensare l'*est* (non *erat*) di 3.154*a* (*Est autem aliud genus societatis* [*rell.*]) e pare confermare indirettamente l'esistenza della *societas civilis* (non consensuale) una frase di Q. Muc.-Pomp. D. 44.7.57: *...nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.* — È pensabile che, oltre ai due tipi di *consortium* generale indicati da Gaio, si costituissero *consortia* speciali relativi allo sfruttamento di singoli beni. V. *infra* anche n. 63.2.2.

(« *ad exemplum fratrum suorum* ») sono evidenti, innegabili le affinità con l'istituto della *societas*, assai dubbia è la rapportabilità alla *societas* (o alla categoria generale della convenzione associativa) del *consortium fratrum suorum*.

45.4.2. Ogni consorte era legittimato, non soltanto a godere delle cose comuni, ma a disporne con effetto vincolante per tutti gli altri, salvo, probabilmente, che ne fosse impedito dalla *prohibitio* di qualcuno tra gli stessi 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 difficilmente si estese 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.

45.4.3. Che il *consortium ercto non cito* sia sempre rimasto nello stato in cui ce lo descrive, schematizzando, Gaio, non è nemmeno da

---

45.4.2. Sulla legittimazione di ciascuno dei *consortes* a compiere atti dispositivi validi per tutti, è d'accordo buona parte della dottrina: cfr. già Wieacker, *Societas* cit. 154 ss., 159 ss.; Bretone, « *Consortium* » cit. 182 e nt. 20, ivi ulteriore bibliografia. In contrario avviso il Solazzi, « *Societas* » cit. 24 e nt. 3, sostiene che legittimato fosse un consorte particolarmente qualificato, avente funzione di amministratore. — Non mancano dubbi sugli oggetti sottoposti al *consortium*. Da qualcuno si è sostenuto che in esso rientrassero solo le *res mancipi*: Cornil, *Du « mancipium » au « dominium »*, in *Fs. Koschaker* I (1939) 426. Da altri si è invece ritenuto che il *consortium* coinvolgesse tutti i beni dei consorti (per cui non sarebbero sussistite le singole *familiae*) allo scopo, principalmente, di risaldare l'unità: Bretone, « *Consortium* » cit. 178 s. A nostro avviso, anche in ordine alla struttura del *consortium ercto non cito* una certa quale evoluzione dovette verificarsi col tempo. Agli inizi, e in linea di principio, il *consortium* dovette essere effettivamente ristretto al *mancipium* del *pater familias* defunto, ma in seguito, estendendosi i *mancipia* fondiari e accrescendosi la *possessio* delle *familiae*, è presumibile che il *consortium* si sia esteso a tutto il *relictum* del defunto sia in *mancipium* che in *possessio*: il processo fu completato traverso la lenta formazione del *dominium ex iure Quiritium* da un lato e la progressiva individuazione e autonomia raggiunta, dall'altro lato, dai rapporti familiari e parafamiliari. Parallelamente dovette svolgersi lo sviluppo per cui (v. *infra* n. 45.4.3) si usò affidare a un amministratore unico la gestione dell'organizzazione consortile.

45.4.3. Di una diversità di regime tra *consortium fratrum suorum* e *consortium ad exemplum fratrum suorum*, le fonti in realtà non testimoniano espressamente: ma la diversità è ipotizzabile in base alla diversa natura dei rapporti personali nei due tipi di *consortia*. Neppure è possibile ricostruire con esattezza il processo di successivo superamento della *prohibitio*; certo è che le fonti segnalano

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. È 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*, dall'altro dalla *communio*.

45.5. La soluzione caratteristicamente romana del problema della contitolarità dei diritti, e particolarmente quella del diritto classico, fu rappresentata dalla *communio* (cd. « *iuris Romani* ») e si conformò pienamente al presupposto logico che due o più rapporti restano sempre distinti se, pur coincidendo in tutto il resto, non coincidono nei soggetti attivi.

45.5.1. Con riguardo al *dominium*, cioè al caso statisticamente più importante di *communio* (il caso della cd. « *communio* dominicale » o del « condominio »), 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* »). Ciò non perché vi si ribelli, come solitamente si spiega, il carattere di assolutezza del *dominium*, ma perché vi si rifiuta la pluralità dei soggetti, la quale

---

il raro uso di essa da parte dei *consortes* (v. Val. Max. 4.4.8; Plut. *Aemil.* 5). Una ipotesi sul modo in cui il *ius prohibendi* fu superato può essere questa, che l'amministrazione del *consortium* fosse affidata ad un *consors* di comune fiducia (tesi diversa da quella del Solazzi, « *Societas* » cit., secondo il quale il *consortium* avrebbe necessariamente conosciuto un amministratore, istituzionalmente dotato di potere superiore agli altri membri di esso).

45.5. È probabile che forme di *communio* simili a quella detta « *iuris Romani* » siano venute sviluppandosi già prima della decadenza del *consortium*, anche per soddisfare ad esigenze non riconducibili a quello schema, mancando i legami di natura familiare o personale che lo caratterizzavano. Di sicuro vi è che in una certa epoca la *communio* prevalse e assorbì gli altri istituti di contitolarità, anche conservandone certi aspetti caratteristici, quale la *prohibitio*. Cfr.: Bonfante, *Corso di diritto romano*, 2. - *La proprietà* 2 (rist. 1968) 1 ss.; Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano* 1 (1933).

45.5.1. Per la struttura della *communio* v. soprattutto D. 13.6.5.15 (Ulp. 28 *ed.*): *Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. Et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse* (*rell.*). Tra gli ultimi, sul passo: Longo, *I diritti reali* cit. 64 s. Per la precedente bibliografia v. Perozzi, *Saggio critico sulla natura della comproprietà* (1890), ora in *Scr.* 1 (1948) 437 ss.; Bonfante, *Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio* (1912), ora in *Scr. giur.* 3 (1921) 454 ss.

non può non implicare (finché 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 sé stante, o come la matrice di autonomi « condiritti » (condominio, couso, coenfiteusi ecc.): essa era soltanto una « vicenda » dei diritti soggettivi, e cioè la vicenda costituita dalla loro coincidenza.

45.5.2. La *res communis*, dunque, non determinava, nella visione caratteristicamente romana del fenomeno, l'unificazione dei *dominia* (o, più in generale, dei diritti assoluti o delle *possessiones*) su di essa coincidenti, ma determinava un urto latente, un immanente contrasto di quei diritti, 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 ercto non cito*: con la differenza che la *communio* non era sempre a radice convenzionale (come il consorzio imitativo), né 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.

46. Il regime della « communio » dominicale.

46.1. La costruzione della *communio* dominicale (o « condominio ») come « proprietà plurima integrale » (cioè come pro-

---

45.5.2. Sulla funzione del *ius prohibendi* nel diritto classico v. D. 10.3.28 (Pap. 7 *quaest.*): *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.* Cfr.: Bonfante, *Il « ius prohibendi » nel condominio* (1913), ora in *Scr. giur.* 3 (1921) 382 ss.; Branca, *Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico*, in *RISG.* n.s. 6 (1931) 234 ss., 7 (1932) 247 ss.

46.1. Sulla *communio* dominicale cfr. spec.: Riccobono, *Dalla « communio » del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in legal history* (1913) 33 ss.; Scialoja, *Teoria della proprietà* cit. 425 ss.; Frezza, *Osservazioni sul sistema di Sabino*, in *RISG.* n.s. 8 (1933) 412 ss.; Cornil, *Du « mancipium » au « dominium »* cit.; Solazzi, *La comunione domestica nei rescritti di Diocleziano* (1954), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 571 ss.; Biscardi, *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo* 1 (1955) 156 ss.; Van Warmelo, *Aspects of joint ownership in roman law*, in *T.* 25 (1957) 125 ss.; Bretone, *« Servus communis », Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica* (1958); Gordon, *D. 33.2.31, Usufruct and common property*, in *St. Grosso* 4 (1971) 307 ss.; De Robertis, *Situazioni condominiali e disponibilità dell'intiero: il richiamo alla « lex Licinia » in D. 4.7.12*, in *St. Grosso* 5 (1972) 113 ss. Il processo accennato nel testo, per quanto condiviso dalla gran parte della dottrina,

prietà di ciascun soggetto sulla cosa comune) e la chiara coscienza della sua provvisorietà, della sua decisa tendenza ad un esito di divisione della *res communis* tra i *domini* (in altre parole: 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.

46.2. Le caratteristiche fondamentali che la giurisprudenza classica dedusse da questa impostazione di massima furono tre: che il condomino era 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), purché non turbasse le facoltà di godimento e di disposizione della *res communis* degli altri condomini; che la partecipazione di ciascun *dominus* agli utili ed agli oneri implicati dalla *res communis* era commisurata alla quota a lui spettante; che, nei rapporti tra i *domini* della *res communis*, avevano e dovevano avere maggior peso coloro cui spettasse una quota maggiore o coloro che, formando una maggioranza di quote, si accordassero per formulare una conforme volontà.

46.2.1. Conseguenza ulteriore di questa evoluzione di pensiero fu che automaticamente venne ad essere sminuito il potere di ciascun

---

è sostanzialmente ricostruito per via di induzioni. Per l'elencazione di alcuni testi significativi in proposito, cfr. Longo, *I diritti reali* cit. 64 ss. — Nelle fonti si trova, a volte, la locuzione *socii* per indicare i comunisti, e in particolare i condomini (cfr. Afr. D. 10.3.9.11). Ma l'uso del termine è solo traslato, oppure è in connessione col fatto che il condominio sia conseguenza di un contratto di *societas*. Cfr., ad es., Ulp. D. 17.2.31: *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet; nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit* (*rell.*). V. anche *infra* n. 88.1.2.

46.2. Sulle caratteristiche generali del condominio romano, oltre alla bibliografia già citata, cfr.: Bonfante, *I poteri della maggioranza e i diritti del singolo nell'amministrazione della cosa comune; L'azione autonoma del condomino; Le convenzioni tra condomini e l'esercizio dei diritti da parte dei singoli*, tratti ristampati in *Scr.* 3 (1921) 483 ss.

46.2.1. Sulla possibilità di esplicare attività dispositive che non

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 gli « atti di disposizione della cosa » nella sua totalità, sopra tutto se si trattasse di cosa indivisibile, occorresse la volontà di tutti i condomini; ma che, viceversa, per gli « 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 titolarità condominiale.

46.2.2. 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, ma fu 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.

46.3. Caratteristico della *communio* nel diritto classico, e residuo dell'antica concezione del *consortium ercto non cito*, fu l'istituto del

---

turbino l'uso dei condomini, molti sono naturalmente i testi, in relazione alle varie ipotesi di attività dispositive. Interessa quindi soprattutto accennare ad alcuni casi in cui tali attività non sono lecite, per il pregiudizio derivantene ai condomini: per la costituzione di ipoteca, D. 20.6.7.4 (Gai *l. sing. ad form. hypoth.*); in rapporto alla costituzione di usufrutto e servitù, D. 33.2.31 (Labeo 2 *post. a Iav. epit.*), e D. 8.4.18 (Paul. 1 *man.*) (testo quest'ultimo abbastanza dubbio). — Un caso particolare è quello della manomissione del *servus communis* da parte di un solo condomino: in tal caso si verificava il *ius adcrescendi* a vantaggio dei condomini. Sul problema: Bretone, « *Servus communis* » cit. 140 ss., il quale sostiene che l'effetto non si sarebbe verificato ugualmente in altre ipotesi di abbandono della *res* da parte di un comunista.

46.2.2. 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.

46.3. La dottrina non è pacifica sul fondamento del *ius adcrescendi*. Alcuni autori (cfr. Segrè, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *RISG.* 6 [1888] 353 ss., 8 [1889] 145 ss., 329 ss.) hanno ravvisato in esso un naturale ampliamento del diritto, dovuto ad una *ratio* non dissimile da quella che governa l'accessione. Secondo altri (cfr. Bonfante, *Il « ius adcrescendi » nel condominio*, in *Scr.* 3 [1921] 434 ss.) il *ius adcrescendi*, in tema di condominio, era giustificato nel periodo classico dal fatto che i vari condomini concorrevano tutti nell'esercizio del rapporto su cui l'acquisto stesso si basava. Per altre interpretazioni cfr.: Robbe, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico* (1953); Bretone, « *Servus communis* » cit. 181 ss. Molti i passi che recano l'espressione « *ius adcrescendi* », anche perché l'istituto trovò applicazione, come sappiamo, in tema di

ius adcrescendi. Quando un condomino abbandonava 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: finché l'ultimo condomino non avesse operato la *manumissio,* il *servus* rimaneva schiavo, ed anzi era considerato, appunto, per effetto dell'accrescimento condominiale, servo di coloro (o di colui) che ancora non avessero fatto la manumissione.

46.4. Durante lo stato di indivisione (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 ciascun aveva, dunque, una funzione limitativa del suo diritto solo per il futuro, cioè per il tempo in cui si fosse attuata la *divisio.*

46.4.1. 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 « indivi-

---

successio (*retro* n. 40.5). Di particolare interesse D. 41.7.3 (Mod. 6 *diff.*), largamente discusso nelle opere citate: *An pars pro derelicto* (ai fini dell'*usucapio*) *haberi possit, quaeri solet. Et quidem si in re communi socius partem suam <de>reliquerit, eius esse desimit* (*rell.*).

46.4. Sullo stato di indivisione, tra i molti testi che si possono citare, cfr. spec. Paul. D. 50.16.25.1: *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.*

46.4.1. I rapporti tra *communio* e *societas* furono, a nostro avviso, assai frequenti, ma ciò non deve portare a concludere che la *communio* fosse una sottospecie della *societas*: non solo la *communio* poteva derivare anche da cause diverse dall'accordo tra i comunisti (per es., da un legato), ma i comunisti potevano anche non accordarsi tra loro circa la gestione della *communio.* Diversamente hanno ragionato taluni autori, secondo i quali, almeno in diritto romano classico (prima cioè che fosse creata la figura « quasi-contrattuale » della *communio incidens,* sulla quale v. *infra* n. 92.5), il *genus* « *societas* » si sarebbe ripartito in due *species*: la « *societas consensu contracta* » (cioè la società obbligatoria) e la « *societas re contracta* » (cioè la società nascente, per forza di cose, dal fatto di una *communio* tra più soggetti). Contro questa tesi (che sfrutta acutamente una serie di indizi tuttavia labilissimi, tra cui la terminologia di « *socius* » applicata ai comunisti) v. soprattutto: Arangio-Ruiz, « *Societas re contracta* » *e* « *communio incidens* », in *St. Riccobono* 4 (1936), e *La società* cit. 32 ss.; da ultimo, Guarino, « *Societas* » cit. spec. 7, 47 (ivi altra bibliografia).

dualizzare » i diritti e gli obblighi dei comunisti, sia verso i terzi che tra loro, era costituito dalla divisione.

46.5. La divisione della *communio* poteva essere di due *specie*: volontaria e giudiziale. Pur essendo lo scioglimento, in linea di principio, nettamente favorito dall'ordinamento giuridico, la divisione volontaria era, per ragione di carattere tecnico, la più difficile a realizzarsi in pratica.

46.5.1. La « divisione volontaria » era quella operata di comune accordo fra tutti i comunisti: il dissenso anche soltanto di un *socius* bastava dunque ad impedirla. Inoltre l'accordo divisorio non determinava direttamente la divisione, ma ne costituiva solo il presupposto. Acché lo scioglimento potesse verificarsi, 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) ne ad un terzo e spartizione del ricavato tra i comunisti (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.

46.5.2. La « divisione giudiziale » era, in considerazione della difficile attuazione della divisione volontaria, la procedura di gran lunga

---

46.5. Il diritto allo scioglimento della *communio* era irrinunciabile, ed era nullo il patto che escludesse illimitatamente nel tempo tale possibilità. V. Paul. D. 10.3.14.2: *Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nulla vires habere manifestissimum est* (*rell.*). Sul tema cfr.: Burdese, sv. *Divisione* (*dir. rom.*), in *ED.*, con bibliografia.

46.5.1. La divisione volontaria non poteva di per sé essere bastevole, in quanto accordo, a sciogliere la *communio* dominicale perché la *conventio* aveva effetti meramente obbligatori tra le parti, mentre l'attribuzione del *dominium ex iure Quiritium* non poteva realizzarsi che attraverso determinati negozi traslativi (sui quali v. *infra* n. 58).

46.5.2. Sui giudizi divisori, in particolare cfr.: Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen* (1912); Arangio-Ruiz, *Appunti sui giudizi divisori* (1913), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1974) 491 ss.; Ein, *Le azioni dei condomini*, in *BIDR.* 39 (1931) 73 ss.; Frezza, « *Actio communi dividundo* », in *RISG.* n. 1.7 (1932) 3 ss.; Gaudemet, *Etude sur le regime de l'indivision* cit. 299 ss.; Donatuti, *La « communio incidens » come causa obbligatoria*, in *St. Albertario* 1 (1953) 119 ss.; Broggini, sv. *Regolamento di confini* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Diaz Bialet A., « *De finium regundorum* », *CTh. 2.26.1-5*, in *St. Grosso* 2 (1968) 539 ss.; Vanzetti, *Il pegno su parte indivisa e le azioni divisorie*, in *BIDR.* 73 (1970) 289 ss. — La tripartizione delle azioni divisorie riferita nel testo è richiamata dalle fonti romane, e, in particolare, da Gai. D. 10.3.2.1. Non pochi sono i problemi di natura processuale in materia, sia per quanto riguarda l'identificazione dell'attore, sia per quanto riguarda la concorrenza. Cfr.: Lenel, *EP.*[3] 208 s.; Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen in klassischen römischen Recht* 1 (1918) 128 ss. — In particolare, sull'*actio communi dividundo* v.: D. 10.3 (*Communi dividundo*) e CI. 3.37; cfr. *infra* n. 58.7.1. Per l'*actio familiae erciscundae* v.: D. 10.2 (*Familiae erci-*

più in uso. Essa si verificava attraverso l'esercizio di tre « azioni divisorie », caratterizzate tutte da una « *adiudicatio* »: l'« *actio familiae erciscundae* », valevole per la divisione dei complessi patrimoniali successorî; 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 incerta tra le varie proprietà); l'« *actio communi dividundo* », azione generale per la divisione della *communio* dominicale. La formula-tipo dell'*actio communi dividundo* era: « *Quod L. Titius C. Seius de fundo Capenate communi dividundo iudicem sibi dari postulaverunt, quidquid adiudicari oportet, iudex, L. Titio C. Seio adiudicato; quantum condemnari oportet alterum alteri certa pecunia condemnato* ». Il sistema si mantenne sostanzialmente intatto nel diritto postclassico.

46.5.3. Le azioni divisorie, comportando, oltre la *adiudicatio*, una eventuale *condemnatio* di qualche comunista al « *quidquid dare facere oportet alterum alteri* » (*similiave*), permettevano di risolvere non soltanto il problema della divisione *inter 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 la gestione della *communio* stessa, il comunista ben poteva, a prescindere dall'azione divisoria e dallo scioglimento della *communio*, esercitare l'*actio pro socio* contro i *socii* inadempienti per richiamarli alle loro obbligazioni di responsabilità.

46.5.4. È appena il caso di aggiungere che la divisione, per come era concepita e congegnata, aveva efficacia costitutiva. I suoi effetti si producevano quindi a partire dal momento della *adiudicatio* o, in caso

---

scundae) e CI. 3.36; cfr. *retro* nt. 40.4.1. Per l'*actio finium regundorum* v.: D. 10.1 (*Finium regundorum*) e CI. 3.39.

46.5.3. L'esperibilità dell'*actio pro socio* nella *communio* è ricordata dalle fonti frequentemente per i casi in cui due o più comunisti sostenessero insieme una spesa concernente la cosa comune o parti di essa (D. 10.3.19.2 [Paul. 6 *Sab.*] per il rifacimento della strada, D. 10.3.25 [Iul. 12 *dig.*] in ordine alla spesa sostenuta per l'attività del servo comune). Di particolare interesse, intorno al diverso ambito delle due azioni, è un testo di Paolo, in cui, in linea generale, è detto che l'*actio pro socio* riguarda più le prestazioni personali che la *communio* (D. 10.3.1 [Paul. 23 *ed.*]: *Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem* [*rell.*]).

46.5.4. Sulla efficacia costitutiva della divisione, particolarmente di quella giudiziale, v. *retro* n. 18.5.2 e *infra* n. 58.7.1.

di divisione volontaria, dal momento della messa in atto dei negozi di attuazione dell'accordo divisorio (*mancipatio, in iure cessio, traditio*).

46.6. 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* » (*tertiae partis, quartae partis* ecc.).

46.6.1. 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 a favore del fondo comune (*vindicatio servitutis*), o in quella di *actio negatoria* di un *ius* vantato da un terzo sull'intero oggetto in comunione.

46.6. Per la *vindicatio partiaria* cfr.: Kaser, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in *ZSS.* 65 (1947) 140 ss.

46.6.1. Le azioni esperite da terzi per attività sulla cosa comune impegnavano tutti i comunisti. In materia di *nunciatio*, il comunista *nuntiatus* dal vicino poteva chiedere agli altri la divisione delle spese (Ulp. D. 10.3.6.12). — Sulla *vindicatio servitutis* in relazione al principio della indivisibilità della servitù: *infra* n. 63.4.5. — Sull'*actio negatoria* (*servitutis, ususfructus*): *infra* n. 59.4.

CAPITOLO VIII

I RAPPORTI ASSOLUTI FAMILIARI

SOMMARIO: 47. I rapporti assoluti familiari. — 48. La *patria potestas*. — 49. Il *matrimonium*. — 50. Gli effetti del *matrimonium*. — 51. Il regime patrimoniale del *matrimonium*.

47. I RAPPORTI ASSOLUTI FAMILIARI.

47.1. Rapporti assoluti familiari, tutti derivati (più o meno direttamente) dall'antico *mancipium* quiritario, furono quelli che dettero luogo a queste quattro situazioni attive: la *patria potestas*, la *potestas* sui *liberi in mancipio*, la *manus maritalis*, l'autorità maritale. Il regime loro variò essenzialmente a causa dell'oggetto: *filii* e *nepotes adgnati*, *liberi* non *adgnati*, *mulieres in manu*, *uxores in matrimonio*. Quanto ai soggetti attivi, è da ritenere che, di regola, essi siano stati sempre e solo *personae sui iuris* di sesso maschile, cioè *patres familiarum*, non essendo concepibile che a *personae sui iuris* di sesso femminile potessero spettare, per il noto principio « *mulier est caput et finis familiae suae* », poteri giuridici implicanti una disciplina di carattere familiare su sottoposti liberi.

47.1.1. La storia dei quattro rapporti giuridici ora indicati, nel passaggio dall'età preclassica a quella postclassica, fu una storia di

---

47.1. Sui rapporti giuridici familiari la letteratura è vastissima. Oltre alle trattazioni generali, cfr.: Bonfante, *Corso di diritto romano*, 1. - *Diritto di famiglia* (1925, rist. 1963), che è trattazione fondamentale, con ampia bibliografia precedente; Longo (G.), *Diritto di famiglia*[2] (1953); De Martino, sv. « *Familia* », in *NNDI.*; Volterra, sv. *Famiglia (dir. rom.)*, in *ED.*; Guademet, sv. *Familia (Familienrecht)*, in *Reallex. f. Ant. u. Christent.* 50-51 (1967); Watson, *The law of persons in the later Roman Republic* (1967); Viso, *Derecho romano*, 1. - *Personas y derecho de familia* (1969); Peruzzi, *Origini di Roma*, 1. - *La famiglia* (1970). Sulla *familia* in età postclassica: Gaudemet, *La vie familiale au Bas-Empire et l'influence du Cristianisme*, in *Romanitas* 4 (1962) 58 ss.

47.1.1. La terminologia cui si fece ricorso (ma sporadicamente e senza alcuna

progressiva decadenza e involuzione. In periodo postclassico la *potestas* sui *mancipia* e la *manus* erano del tutto scomparse, mentre assai mitigate (e in parte alterate) si presentavano la *patria potestas* e la stessa autorità maritale. Il miglior modo per rendersi conto di questa evoluzione e delle sue ragioni di fondo è di descrivere prima in un quadro di insieme la storia dei quattro istituti e di passare successivamente ad un esame più dettagliato del rapporto più importante fra tutti, la *patria potestas*, e del fatto giuridico in certo modo centrale di tutto il sistema dei rapporti familiari, il *matrimonium*.

47.2. La *patria potestas*, in senso stretto e proprio, era la *potestas* spettante al « *pater familias* » maschio, capo del gruppo

---

regola fissa) per designare le quattro categorie di subordinati fu: (*liberae*) *personae in potestate mancipio manu matrimonio*. Di « *personae in potestate manu mancipiove* » parlò soprattutto Gaio (ma forse anche, ben prima, la *lex Cincia de donis et muneribus* del 204 a.C. e certamente la *lex municipii Salpensani* dell'82-84 a.C., c. 22) per designare gli *alieno iuri subiecti*. Di « *personae in matrimonio* », se già non parlò la *lex Cincia* (v. Vat. 298, di discussa restituzione), parlarono in qualche modo la *lex Iulia et Papia* (v. ad es. Vat. 219) e i giuristi tardoclassici (cfr. ad esempio: Pap. Coll. 4.5.1; Mod. D. 24.2.10; Tryph. D. 49.15.12.4). Sul punto, da ultimo: Meylan, *Origine de la formule « in potestate manu mancipiove »*, in *Ét. Macqueron* (1970) 503 ss., con bibliografia.

47.2. Sulla *patria potestas* cfr.: Sachers, sv. « *Potestas patria* », in *PW.*; Dénoyez, *Le « paterfamilias » et l'évolution de sa position*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 441 ss.; Longo (G.), sv. *Patria potestà* (*dir. rom.*) e « *Pater familias* », in *NNDI.* Per aspetti particolari, oltre a quelli illustrati *infra*, cfr.: Kaser, *Der Inhalt der « patria potestas »*, in *ZSS.* 58 (1938) 62 ss., e *Zur altrömischen Hausgewalt*, in *ZSS.* 67 (1950) 474 ss.; Castello, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano* (1942) 67 ss.; De Dominicis (M. A.), *Spunti in tema di « patria potestas » e cognazione*, in *St. Segni* 1 (1967) 569 ss.; Lewis, *On paternal autority in roman Egypt*, in *RIDA.* 17 (1970) 251 ss.; Otero, *« Liber iudiciorum 4.5.5 » en torno a las limitaciones de la « patria potestas »*, in *AHDE.* 41 (1971) 127 ss.; Matringe, *L'accroissement des droits des fils et filles de famille sur leurs acquets successoraux (Droit officiel et pratiques sous l'Empire romain)*, in *St. Grosso* 5 (1972) 351 ss.; Rabello, *Sui mezzi concessi al « paterfamilias » per il libero esercizio della « patria potestas » in diritto romano classico*, in *Daube noster* (1974) 265 ss., e *L'acquisto della « patria potestas »*, in *Labeo* 21 (1975) 172 ss. Per le fonti v.: Ulp. D. 50.16.195.2 (riportato *retro* nt. 23.6.4); Ulp. D. 1.6.4 (... *patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes* ...); Ulp. 4.1 (*Qui* < *sui* > *iuris sunt,* < *sunt* > *familiarum suarum principes, id est pater familiae itemque mater familiae*). — Gaio dice che la *patria potestas* fu un istituto tipicamente romano, di cui gli altri popoli dell'antichità non ebbero nozione: Gai 1.155 e 189. L'affermazione è esatta in questo 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 ricordare 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 (e soggetti di pieno diritto tutti i cittadini maschi), indipendentemente dalla loro qualità di *pater* o di *filius familias*. — Che il *paterfamilias* non avesse autonomia di decisione e dovesse sottoporre le questioni da risolvere (e in particolare le decisioni punitive da prendere) ad un *iudicium domesticum*, pronunciato sotto la sua presidenza dai sottoposti più autorevoli, è

familiare, sulle persone che fossero a lui legate da discendenza agnatizia (« *filii familias* »). Essa si configurava cioè come la situazione attiva di un rapporto giuridico assoluto intercorrente tra il *pater familias* e gli altri soggetti dell'ordinamento, tutti tenuti al rispetto dei suoi poteri familiari sui *filii* e sugli altri discendenti. La derivazione della *patria potestas* dal rudimentale *mancipium* quiritario indifferenziato si rivela chiaramente all'esame di quelle che, ancora in epoca storica, erano le caratteristiche facoltà del *pater familias* in ordine ai *filii familias* (facoltà, per vero dire, divenute assai per tempo più teoriche che pratiche): *ius vitae ac necis, ius vendendi, ius noxae dandi, ius exponendi.*

47.2.1. Il « *ius vitae ac necis* » era, indubbiamente, la facoltà di tutte più grave: il *pater familias* aveva, infatti, la possibilità di ucci-

---

una leggenda che le fonti riportano ai più antichi tempi, ma che la critica storica ha ormai convincentemente sfatato: Volterra, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *RISG.* 2 (1948) 103 ss., e *Sui « mores » della « familia » romana*, in *RAL.* 1949. La verità è solo che il costume sociale, altamente civile, dei romani tratteneva sin dai più antichi tempi i *patres familiarum* dall'usare effettivamente e drasticamente delle loro facoltà e li induceva altresì, con ogni probabilità, a consultarsi con i loro familiari: costume sociale (che giustifica l'affermazione per cui « *filii vivo quoque parente quodammodo domini existimantur* »), ma non costume giuridico e perciò vincolante. In difesa del cd. *iudicium domesticum* (o comunque di un *consilium* familiare che assisteva il *pater* nelle sue decisioni, e la cui volontà era espressa dalla maggioranza), cfr. tuttavia: Kunkel, *Das Konsilium im Hausgericht* (1966), ora in *Kleine Schriften* (1974) 117 ss. (ma *contra*: Guarino, in *Labeo* 13 [1967] 124). — In connessione con la *potestas patria* (ma anche con la *potestas* sui *mancipia* e con la *manus*: cfr. Prob. Einsidl. 31) erano i due *interdicta de liberis exhibendis ac ducendis*: il primo (esibitorio) concesso al titolare contro chi tenesse presso di sé (o avesse fatto in modo che si fosse allontanato da lui) un suo sottoposto, il secondo (proibitorio: *vim fieri veto*) concesso al titolare contro chi si accingesse a sottrargli il sottoposto. V.: D. 43.30 (in part., 1 pr. e 3 pr.); CI. 8.8. Cfr., in generale, Martini, *La « cognitio praetoria » in tema di tutela della « patria potestas »*, in *SDHI.* 39 (1973) 514 ss.

47.2.1. Sul *ius vitae ac necis*, in particolare: Albanese, *Note sull'evoluzione storica del « ius vitae ac necis »*, in *Scr. Ferrini Milano* 3 (1948) 343 ss., che sostiene la pratica scomparsa dell'istituto già in età classica; Selb, *Vom « ius vitae necisque » zum beschränkten Züchtigungsrecht und zur magistratischen Züchtigungshilfe*, in *The Irish Jurist* 1 (1966) 150 ss.; Rabello, *Il « ius occidendi iure patris » della « lex Iulia de adulteriis coercendis » e la « vitae necisque potestas » del « paterfamilias »*, in *Atti Sem. Perugia* (1972) 228 ss. Molto improbabile, a nostro avviso, che già le *XII tabulae* abbiano limitato l'esercizio del *ius vitae ac necis* alla ipotesi di « *iusta causa* »: lo si deduce da un passo mutilo, e comunque assai poco autorevole, di Fr. August. 4.86. La verità è che sino a tutta l'epoca classica l'istituto rimase (formalmente) intatto sul piano del *ius civile*, mentre fu (sostanzialmente) limitato dall'intervento del *ius novum* (Ulp. D. 48.8.2: *Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet*). Quanto alla implicita abolizione postclassica, il problema si incentra essenzialmente nella interpretazione della costituzione di Costantino del 333, della quale si hanno due redazioni divergenti in CTh. 4.8.6 e in CI. 8.46.10: *Libertati e maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas permissa est* (CI.: *olim erat permissa*), *eripere liber-*

dere, se lo ritenesse opportuno o necessario, i suoi *filii*. Tuttavia sin dai più antichi tempi il sentimento religioso e la coscienza sociale limitarono in pratica l'esercizio di questo potere. In età preclassica l'abuso di esso fu colpito da *nota censoria* e in età classica i *principes* adottarono anche misure *extra ordinem* per la sua repressione. I maltrattamenti al *filius* indussero Traiano ad ordinarne l'emancipazione; l'uccisione del *filius* fu colpita da Adriano con la pena della *deportatio*; e la giurisprudenza ritenne che, in ogni caso, il *filius* non potesse venire ucciso senza essersi prima giustificato col padre. Ma furono reazioni sporadiche. 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 homicidii* l'uccisione del *filius familias*.

47.2.2. Il « *ius noxae dandi* » era la facoltà del *pater* di effettuare la « *noxae deditio* », cioè l'abbandono riparatore, al soggetto giuridico offeso, del *filius* (oltre che di ogni altro sottoposto: *liber in mancipio, mulier in manu, servus*) che avesse commesso un illecito privato (« *noxa* »). Il *pater* dell'offensore, consegnando quest'ultimo al *pater* della vittima, respingeva da sé la responsabilità per l'illecito da lui commesso: per essere più sicuro di questo effetto, egli poteva addirittura effettuare un'alienazione mediante *mancipatio* del sottoposto stesso all'offeso. Anche questa facoltà del *pater familias* decadde però in età postclassica e fu infine abolita da Giustiniano.

---

tatem non liceret. Dato che già nel 318 Costantino (CTh. 9.15.1 = CI. 9.17.1) aveva comminato la *poena cullei* per il *pater* che avesse ucciso il *filius*, il dubbio è se, malgrado ciò, Costantino considerasse ancora vigente nel 333 il *ius vitae necisque*. — Con particolare riguardo al *ius necis*, si tenga presente che la « *nex* » (da cui *necare*) era la morte violenta (diversa dalla morte naturale, *mors*), ma provocata senza effusione di sangue, per esempio mediante annegamento o avvelenamento: Fest. sv. « *neci datus* »; Paul. D. 25.3.4. La morte con effusione di sangue era la *caedes*, da cui *occidere*. Ecco il motivo per cui il « *ius exponendi* » è, in buona sostanza, una manifestazione particolare del *ius necis*: *infra* n. 47.2.4.

47.2.2. Sul *ius noxae dandi* (relativo a tutti i sottoposti, servi compresi) e sulla « *noxae deditio* »: *infra* n. 95.3. — Il *filius noxae deditus* era ripudiato per sempre come figlio, e ciò allo scopo di permettere al *paterfamilias* offeso di esercitare nei suoi confronti, ove lo ritenesse opportuno, il *ius vitae et necis*; egli perciò non diventava *liber in mancipio*, ma *filius* dell'offeso. In età storica, quando la *noxae deditio* era solitamente effettuata mediante *mancipatio* (*nummo uno*), si discuteva tra Sabiniani e Proculiani se il *filius* (maschio), per poter uscire irreversibilmente dalla *potestas* del *pater* originario, dovesse essere mancipato tre volte. V., in proposito, Gai 4.79: *Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere, quia lege XII tabularum cautum sit ne aliter filius de potestate patris exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, et illas tres legis XII tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere.*

47.2.3. Il « *ius vendendi* » era la facoltà del *pater* di alienare il sottoposto mediante *mancipatio* ad un altro *pater familias*, il quale lo acquistava *in causa mancipii*. L'acquirente poteva a sua volta *mancipare* il sottoposto a terzi oppure poteva affrancarlo mediante *manumissio*: in questo secondo caso, peraltro, il figlio non acquistava la soggettività giuridica, ma tornava a soggiacere alla *patria potestas* del *pater* originario. La scandalosa frequenza con cui i *patres familiarum* del sec. V a.C. non solo vendevano e rivendevano i loro figli in caso di bisogno, ma tornavano a venderli dopo averli riacquistati in potestà, indusse le *XII tabulae* a stabilire che, quando un *filius familias* fosse stato alienato dal *pater* tre volte, il *filius* fosse liberato dalla *patria potestas* (« *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* »): per conseguenza, se l'acquirente lo affrancava, egli diveniva *sui iuris*. In età classica la *mancipatio filii* era desueta e vivamente avversata dal costume sociale, ma in età postclassica, a partire dal sec. IV d.C., le disagiate condizioni economiche dei tempi dettero in certo modo nuova vita all'istituto, perché si diffuse l'usanza della vendita dei figli appena nati (che altrimenti sarebbero stati esposti). Costantino, non potendo vietarla, stabilì che il *pater* potesse almeno sempre riscattare successivamente il figlio. Giustiniano confermò questa regola, ma limitò la possibilità della vendita ai soli casi di estrema povertà.

47.2.4. Il « *ius exponendi* » era la facoltà del *pater familias* di esporre i figli neonati, abbandonandoli al loro destino: sottospecie, a ben vedere, del *ius vitae et necis*. Giustiniano dispose che l'esposto non potesse essere schiavo di colui che l'avesse raccolto, contrariamente a quanto si era ritenuto sino ad allora.

47.3. La *potestas* sui *liberi in mancipio* era la situazione attiva di un rapporto assoluto intermedio tra la *patria po-*

47.2.3. Sul *ius vendendi*, particolarmente in età postclassica: Mayer-Maly, *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, in *ZSS*. 75 (1958) 116 ss., ivi la precedente letteratura. Per l'atteggiamento del diritto classico v. Diocl. Maxim. CI. 4.43.1 (a. 294): *Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est*. Per l'atteggiamento postclassico, v. invece Const. CTh. 5.10.1 = CI. 6.43.2 (con varianti che danno luogo a notevoli discussioni). Sulla norma decemvirale cfr. *FIRA*. 1.35.

47.2.4. Sul *ius exponendi* cfr.: Lanfranchi, « *Ius exponendi* » *e obbligo alimentare*, in *SDHI*. 6 (1940) 5 ss.; Volterra, *L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per le provincie e l'istituto dell'* « *expositio* », in *St. Besta* 1 (1937) 449 ss.; Solazzi, *Studi romanistici*, 2. - *CTh. 5.9.1 e l'esposizione degli infanti* (1949), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 166 ss. V.: CI. 8.51.

47.3. Sulle *personae in causa mancipii* cfr.: Nardi (D.), « *In causa mancipii* », in *ANA*. 1975. In astratto è ovviamente da ritenere (e lo fa intendere

testas, di cui ora si è detto, e la *dominica potestas* sui *servi*, della quale parleremo più in là. Il « *liber in mancipio* » (o « *mancipium* », o « *persona in causa mancipii* ») aveva la *civitas libertasque*, dunque era un cittadino libero, ma era « *servi loco* » rispetto all'avente potestà. Non essendo *adgnatus* di costui, egli probabilmente non acquistava, alla sua morte o *capitis deminutio*, l'autonomia familiare, sì che passava alle dipendenze del *successor*.

47.3.1. L'ipotesi tipica, se non addirittura esclusiva, dei *liberi in causa mancipii* era costituita dai *filii familiarum* o dalle *mulieres in manu* che un *pater* (il titolare della *patria potestas* o della *manus*) avesse mancipato ad un altro *pater familias* in esplicazione del suo *ius vendendi*. Oltre che allo scopo di effettuare una reale alienazione (a titolo oneroso o gratuito) del sottoposto, la *mancipatio filii* era spesso (anzi, in periodo preclassico e classico, quasi esclusivamente) operata al fine di impostare i procedimenti dell'*emancipatio* e dell'*adoptio*, dei quali parleremo tra poco. Quanto alla *mancipatio* della *mulier in manu*, si trattava solitamente, sempre in epoca storica, di un modo per estinguere la *manus* e per ritrasferire la *mulier* al suo *pater* originario.

---

particolarmente Gai 1.140) che tutti i liberi in condizione di « *servi loco* » fossero inquadrati tra i *liberi in mancipio*: quindi (*retro* n. 24.5) gli *addicti*, i *nexi*, gli *auctorati*, i *redempti ab hostibus*, oltre che i *filii familias* o le *mulieres in manu* che fossero stati venduti ad altri dall'avente potestà su di loro. Ma in realtà era ben diversa la condizione dei sottoposti aventi diritto al riscatto (quali erano gli *addicti*, i *nexi*, i *redempti* e forse gli stessi *auctorati*) e di quelli che questo diritto non avevano (cioè gli *alieni iuris* venduti a terzi): i primi erano *sui iuris* limitati (o, se si vuole, in stato di quiescenza), i secondi erano *alieni iuris*. Ed è probabile che, appunto in dipendenza di questa essenziale diversità, Gai 1.116-118 *a* abbia limitato il suo discorso ai soli *alieni iuris* che fossero stati mancipati dall'avente potestà ad un altro *paterfamilias*. — Della *manumissio* dei *liberi in causa mancipii* si occupa Gai 1.138-141 per mettere in rilievo le differenze tra essa e la *manumissio servorum* (sui glossemi di Gai 1.140: Grosso, *Di un glossema in Gaio 1.140* [1928]; Solazzi, « *Quodam modo* » *nelle Istituzioni di Gaio* [1953], ora in *Scr. dir. rom.* 5 [1972] 496 ss. Alla *manumissio* (*vindicta, censu, testamento*) non si applicavano le limitazioni della *lex Aelia Sentia* e della *lex Fufia Caninia*. In teoria, inoltre, il *liber in mancipio* poteva approfittare delle operazioni di censimento per farsi iscrivere, in quanto *civis liberque*, nelle liste censuali come *sui iuris*: con il che egli, pur contro la volontà del *pater*, veniva ad ottenere gli effetti della *manumissio censu*. Ma, se pure l'affermazione, come noi tendiamo a credere, è genuinamente di Gaio (il quale fa comunque eccezione per i figli dati a nossa e per quelli mancipati con patto di remancipazione), si trattò verosimilmente di una discettazione puramente scolastica. — Quanto alla *titolarità della potestas* sui *liberi in mancipio*, non vi è difficoltà ad ammettere che la *potestas* potesse spettare in astratto a *sui iuris* sia di sesso maschile che di sesso femminile.

47.3.1. Sulla *mancipatio* dei sottoposti liberi (*in potestate parentis* o *in manu*) v. Gai 1.117-118. Per lo scopo normale della *mancipatio* in età classica, Gai 1.118 *a*: *Plerumque vero tum solum et a parentibus et a coëmptionatoribus mancipantur, cum velint parentes coëmptionatoresque ex suo iure eas personas dimittere, sicut inferius evidentius apparebit*. Il riferimento è appunto all'*adoptio* e all'*emancipatio*.

47.3.2. Ipotesi anomale (e affievolite) di *personae in causa mancipii* (se addirittura non si trattò di ipotesi del tutto estranee alla categoria) furono quelle degli *addicti*, dei *nexi*, degli *auctorati*, dei *redempti ab hostibus*: ipotesi tutte che ammettevano, oltre la possibilità della *manumissio*, quella del riscatto ad opera ed iniziativa del sottoposto o di un terzo.

47.4. La *manus maritalis* era la situazione attiva di un rapporto assoluto analogo, ma non identico alla *patria potestas*, avente ad oggetto una *mulier* di provenienza estranea alla *familia* ed entrata a far parte della stessa, in condizione parificata a quella di una *filia* (« *filiae loco* »), per procreare figli al *paterfamilias* o ad un suo *filiusfamilias*. Dei collegamenti tra *manus* e *matrimonium* (e del cd. « *matrimonium cum manu* ») parleremo a suo tempo. Qui va solo precisato che in età classica l'istituto veniva largamente sfruttato, per frodare la legge sulla *tutela mulierum*, allo scopo di procurare alla *mulier* un finto marito di comodo (cd. « *conventio in manum extranei tutelae evitandae gratia* »).

47.3.2. Per fonti e letteratura sulle ipotesi anomale di *causa mancipii* v. *retro* n. 24.5, 47.3 e *infra* n. 71.

47.4. Sulla *manus maritalis*, nei suoi rapporti col *matrimonium* e con la *coëmptio tutelae vitandae causa* v. rispett. n. 49.2 e 54.6. V. *infra* n. 49.2.1-2. V. Gai 1.108-115 *b*, ove si afferma che « *in manum autem feminae tantum conveniunt* ». In argomento, per tutti cfr. Manigk, sv. « *Manus* », in *PW.*; Volterra, sv. « *Conventio in manum* », in *NNDI.*, con bibliografia. — Contro l'origine unica di *manus* e *patria potestas* si è sostenuto che gli istituti sarebbero sorti ben distinti e solo più tardi si sarebbe detto della *mulier in manu*, per sottolineare l'analogia con la condizione dei *filii*, ch'essa era « *filiae loco* » (ma cfr., *contra*: Bonfante, *Corso* cit. 1.78). Le fonti a noi pervenute non dicono mai che il marito ha la *manus* sulla moglie, ma dicono solo che la sposa « *in manu mariti est* », « *in manum convenit* », « *desinit in manu esse* », il che ha fatto dubitare taluni circa il significato di « *manus* » come « *potestas* »: Cfr. Coli, *Regnum* (1951), ora in *Scr.* (1973) 444 s.; Gaudemet, *Observations sur la* « *manus* », in *ARIDA.* 2 (1953) 330 ss. Ma l'espressione « *manumissio* » (o « *manumittere* ») per designare la liberazione dalla *manus* (o dal *mancipium*) dei sottoposti schiavi (o *liberi in mancipio*) rivela facilmente la scarsa fondatezza del dubbio. Molto più suggestiva la tesi del Volterra, *Nuove ricerche sulla* « *conventio in manum* », in *MAL.* 1966, secondo cui la *conventio in manum* importava l'attribuzione della *mulier* alla *manus* del marito (e non del suo *paterfamilias*) a titolo di discendente legittima fittizia di lui (« *filiae loco* ») e la *potestas* sulla *uxor in manu* spettava al *paterfamilias* unicamente come conseguenza di questa attribuzione alla *manus maritalis*. La teoria del Volterra spiega ingegnosamente i testi classici in cui il marito figura come titolare della *manus* pur non essendo *paterfamilias* (es., Gai 2.159: *Idem iuris est et in uxoris persona quae in manu est, et in nuru quae in manu filii est, quia neptis loco est*), ma non spiega perché la *potestas* del *paterfamilias mariti* sulla *nurus* sia anch'essa qualificata *manus*, e non sia invece una *patria potestas*. La soluzione più attendibile del problema ci sembra quella proposta dal Kaser (*Ruhende und verdrängende Hausgewalt*, in *ZSS.* 59 [1939] 31 ss., e ancora *Zur altrömischen Hausgewalt*, in *ZSS.* 67 [1950] 474 ss.), il quale ha sostenuto che la *manus* fosse una *potestas* (ben diversa dalla *patria potestas*) spettante al *paterfamilias* del marito e che di *manus* del *filius familias* sulla propria *uxor* si parlasse unicamente per indicare il diritto quiescente del *filius* (o meglio ancora, diremmo, la sua aspettativa giuridica).

47.4.1. La « *conventio in manum* » implicava che la *mulier*: se *alieni iuris*, perdesse ogni legame (anche ereditario) con la propria *familia* di origine; se *sui iuris*, apportasse al *maritus sui iuris* (o, se questi era *alieni iuris*, al suo *paterfamilias*) tutto il proprio *patrimonium*. Morto il *paterfamilias*: la *uxor in manu* di lui diveniva *sui iuris* e ne era erede *iure civili*; la *uxor* del *filius* passava *in manu* di questo ultimo.

47.4.2. Fatti costitutivi della « *manus maritalis* » erano la *confarreatio*, la *coëmptio* e l'*usus*. La « *confarreatio* » era una cerimonia religiosa e giuridica compiuta davanti al *flamen Dialis* (forse anche al *pontifex maximus*) e a dieci testimoni: il complesso rituale (nel corso del quale la moglie diceva al marito: « *ubi tu Caius, et ego*

47.4.1. Sulla *conventio in manum* della donna *sui iuris* e sulle conseguenze relative (identiche a quelle dell'*adrogatio*) v. *infra* n. 48.4. — Sulla *successio ab intestato* della *uxor in manu* v. *retro* n. 37.2.

47.4.2. Sui fatti costitutivi della *manus* cfr.: Brassloff, *Die Erneurung des Flaminates und die Reform der Konfarreationsehe*, in *St. Bonfante* 2 (1929) 363 ss.; Carrelli, « *Coëmptio matrimonii causa* », in *AUMA*. 1933; Bozza, « *Manus* » *e* « *matrimonium* », in *AUMA*. 1942; Westrup, *Recherches sur les formes antiques de mariage dans l'ancien droit romain* (1943); Scherillo, sv. « *Coëmptio* », in *NNDI*.; Gaudemet, *Observations sur la* « *manus* », in *RIDA*. 2 (1953) 323 ss.; Tomulescu, *Gaius 1.111 und die Ehe* « *usu* », in *Fs. von Lübtow* (1970) 401 ss., e *Les rapports entre le mariage et la* « *manus* », in *RIDA*. 18 (1971) 723 ss. La Cantarella, *Sui rapporti tra* « *matrimonium* » *e* « *conventio in manum* », in *RISG*. 10 (1959-62) 181 ss., vede nella *confarreatio* un modo originario di matrimonio, ma, poco attendibilmente, suppone che essa sia stata in origine l'unica causa di *conventio in manum*. Il Watson, « *Usu farre<o> coëmptione* », in *SDHI*. 29 (1963) 337 ss. ipotizza piuttosto arditamente l'esistenza di una norma delle *XII tabulae* sui tre modi di costituzione della *manus*. Ma fondamentali, in materia, restano gli studi del Volterra, *Ancora sulla* « *manus* » *e sul matrimonio*, in *St. Solazzi* (1949) 675 ss., *Nuove osservazioni sulla* « *conventio in manum* », in *ACIV*. 3 (1953) 27 ss., *Nuove ricerche sulla* « *conventio in manum* », in *MAL*. 1966, e *La* « *conventio in manum* » *e il matrimonio romano*, in *RISG*. 12 (1968) 205 ss. — Ai tempi di Gaio, l'*usus* (e il *trinoctium*) erano ormai un ricordo (Gai 1.111) e la *confarreatio* era utilizzata solo per occasioni speciali (Gai 1.112: *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt, quod ius etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines maiores, id est Diales Martiales Quirinales, item reges sacrorum nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt.*). Di più: Gai 1.136 precisa che, in base ad un senatoconsulto dell'11 d.C. (*Maximo et Tuberone consulibus*), la *manus* sulla *flaminica Dialis* (la quale doveva sposarsi col rito della *confarreatio*) era rilevante solo dal punto di vista del culto: per ogni altro riguardo la *flaminica Dialis* non era *in manu mariti*. — Sulla *coëmptio* Gai 1.113 precisa: *Coëmptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit.* Gai 1.114-115 *b* passa a distinguere tra « *coëmptio matrimonii causa* » e « *coëmptio fiduciae causa* » (*infra* n. 54.6). Solo la « *coëmptio cum viro* » (cioè fatta *matrimonii causa*, oppure anche *fiduciae causa* ma con chi fosse marito della *mulier* in virtù di *matrimonium sine manu*) faceva acquisire alla *mulier in manu* la posizione di *filiae loco* e le aspettative successorie connesse.

Caia ») implicava, tra l'altro, che i due nubendi spezzassero un pane di farro in onore di *Iupiter Farreus*. La « *coëmptio matrimonii causa* » era un'applicazione della *mancipatio* 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. L'« *usus* » consisteva nell'esercizio di fatto dei poteri domestici sulla *mulier* per la durata di almeno un anno.

47.4.3. Fatti estintivi della « *manus maritalis* » erano: la morte della donna, la morte del marito *paterfamilias* (per effetto della quale la *uxor* da *filiae loco* diventava *sui iuris*), la *mancipatio* della *uxor* ad un terzo (che la acquistava *in mancipio*). In caso di nozze confarreate, per la cessazione della *manus* occorreva l'*actus contrarius* alla *confarreatio* esplicantesi mediante la cerimonia (di cui, peraltro, nulla sappiamo) della « *diffarreatio* ».

47.5. L'autorità maritale, derivante al *maritus* o al suo *pater familias* dal cd. *matrimonium sine manu*, non fu, a differenza delle *potestates* sopra descritte, un vero e proprio potere giuridico a carattere assoluto. Fu piuttosto una situazione giuridica di preminenza rispetto alla *uxor*, la quale scaturiva, al tempo stesso, dall'*adfinitas* istituita dal *matrimonium* tra i coniugi e dalla situazione di *pater familias* del soggetto maschile *sui iuris*. Parleremo dunque più approfonditamente dell'istituto in sede di conseguenze del *matrimonium sine manu*.

47.4.3. Sui fatti estintivi della *manus maritalis* cfr. Schaub, *Der Zwang zur Entlassung aus der Ehegewalt und die « remancipatio » ohne « uxor »*, in *ZSS*. 82 (1965) 106 ss. V. Gai 1.137: *In manu autem esse mulieres desinunt isdem modis, quibus filiae familias potestate patris liberantur; sicut igitur filiae familias una mancipatione de potestate patris exeunt, ita eae, quae in manu sunt, una mancipatione desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur*. Gai 1.137 *a* specifica che la *uxor in manu*, a differenza della *filia familias*, poteva esigere, mediante il *repudium mariti*, che il titolare della *manus* la mancipasse a persona da lei indicata (che avrebbe provveduto a manometterla). Comunque, una liberazione diretta mediante *manumissio* non era prevista: occorreva che la *uxor* fosse prima ridotta in *causa mancipii* (segno evidente che la *manus maritalis* fu, nei confronti del *mancipium* originario, una specificazione ulteriore al servizio dello scopo particolare costituito dall'unione coniugale). Della *diffarreatio* fa cenno Fest. *shv.* (v. anche Plut. *Quaest. rom.* 50).

47.5. Sull'autorità maritale v. *infra* n. 50.2.1-3.

48. La « PATRIA POTESTAS ».

48.1. La *patria potestas*, istituto fondamentale di tutto il diritto familiare romano, esige un discorso più approfondito: un discorso che comporterà, del resto, numerosi riferimenti anche agli altri rapporti familiari. I punti da specificare sono tre: in primo luogo, quale fosse più di preciso la condizione giuridica delle *personae in potestate patris*, cioè dei *filii* e delle *filiae familias*; in secondo luogo, quali fossero i modi di costituzione della *patria potestas*; in terzo luogo, quali fossero i modi di estinzione della stessa.

48.1.1. In ordine alle vicende della *patria potestas*, cioè ai suoi modi di costituzione o di estinzione, il discorso può essere peraltro semplificato, tracciando sin d'ora il panorama relativo. Cause di costituzione della *patria potestas* erano: la procreazione *ex iustis nuptiis*, cioè da *matrimonium* giuridicamente valido, dei figli e discendenti ulteriori; l'*adrogatio*, atto di sussunzione alla propria *potestas* di un altro *pater familias*; la *adoptio*, atto di acquisto della *potestas* su un *filius familias* altrui. Cause di estinzione della *patria potestas* erano: la morte o la *capitis deminutio* del *pater*; la morte o la *capitis deminutio* (*maxima* o *media*) del *filius*; l'*adoptio* del *filius* da parte di terzi; la sua *emancipatio*. Perciò, rinviando a più oltre la trattazione del complesso istituto del *matrimonium* con tutte le sue molteplici implicazioni, gli istituti che dovremo qui particolarmente illustrare,

---

48.1. Le peculiarità della *patria potestas* nei confronti degli altri poteri assoluti familiari sono implicite, si ripete, nella diversa qualifica, rispetto alle *personae in potestate patris*, delle *personae in manu, mancipio, matrimonio* (v. *retro* n. 47.1.1): « *filiae loco* » le *mulieres in manu mariti* (non così quelle eccezionalmente *in manu extranei*); in posizione variamente intermedia tra i *filii* e i *servi* i *liberi in mancipio*; in posizione vagamente arieggiante quella di una *filia*, ma comunque non in condizioni di oggetto giuridico, le *uxores in matrimonio sine manu*.

48.1.1. Altre cause di estinzione della *patria potestas* (o di acquisto dell'autonomia familiare da parte del *filius*) erano: la perdita della *civitas* (per « *aqua et igni interdictio* ») da parte del *pater* o del figlio; la « *inauguratio* » del *filius* a *flamen Dialis* e la « *captio* » della *filia* tra le *Vestales*; il passaggio del *filius* da cittadino romano a *Latinus coloniarius*. Se il *pater* era *captus ab hostibus*, « *quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii* »; e così pure per la *captivitas* del figlio (Gai 1.129): v. *retro* 23.4.2. In età postclassica furono cause di perdita della *patria potestas*: la elevazione del figlio alla dignità di *patricius*, di vescovo, di console, di *praefectus praetorio*, di *praefectus urbi*, di *magister militum* (I. 1.12.4, Iust. CI. 12.3.5, Nov. I. 81). — In ordine alla morte del *paterfamilias*, va ricordato che acquistavano l'autonomia familiare i suoi immediati discendenti: i *nepotes* passavano sotto la *potestas* del capo-stirpe divenuto *sui iuris*. Se però, prima della morte del *paterfamilias*, erano venuti meno i gradi intermedi (per morte o per *capitis deminutio*), i *nepotes* passavano ad essere familiarmente autonomi.

subordinatamente all'esposizione relativa alla condizione dei *filii*, sono tre: l'*emancipatio*, l'*adrogatio* e l'*adoptio*.

48.2. La condizione dei *filii in potestate* era quella di oggetti giuridici, sui quali il *pater* ebbe per lungo tempo la facoltà di vita e di morte. Il *pater* era, per conseguenza, l'unico titolare del patrimonio familiare. Tuttavia, a prescindere dalla cd. « mera capacità di agire » sempre più largamente riconosciuta loro, una capacità giuridica patrimoniale dei *filii* si fece strada attraverso lo sviluppo dell'istituto del « *peculium* ».

48.2.1. Il primo tipo di *peculium* che si diffuse in Roma, già in età preclassica, fu il così detto « *peculium profecticium* », cioè il « *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 sua attività industriale o commerciale. Il *peculium profecticium* era però 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. Solo indirettamente il *ius honorarium* pervenne, attraverso l'istituzione dell'« *actio de peculio* », a far sì che il *pater* fosse impegnato verso i terzi, nei limiti del *peculium*, dalle iniziative autonomamente prese dal figlio: il quale ultimo veniva perciò ad essere trattato in certo qual modo come titolare del *peculium* stesso.

48.2.2. Agli inizi dell'età classica cominciò a diffondersi un altro tipo ancora più caratteristico di *peculium*, il « *peculium castrense* »,

---

48.2. Sul contenuto economico-patrimoniale della *patria potestas* è sempre utile Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht* (1871-76). Cfr. inoltre: Micolier, *Pecule et capacité patrimoniale* (1932); La Rosa, sv. « *Peculium* », in *NNDI.*; Zeber, « *Peculium* » *w terminologii wcześniejszgo prawa rzymskiego*, in *AUW*, 1971. — Sulla mera capacità di agire dei sottoposti v. *retro* n. 28.4.

48.2.1. Sul *peculium profecticium* cfr. per tutti: Longo (G.), *Il concetto classico e il concetto giustinianeo di « administratio peculii »*, in *BIDR*. 38 (1930) 29 ss. e *Appunti critici in tema di peculio*, in *SDHI*. 1 (1935) 392 ss.; García Garrido, « *Ius uxorium* » (1958) 5 ss. La definizione (peraltro parziale e insoddisfacente) del *peculium* come « *quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum* » si legge in Ulp. 15.1.3. — Il *peculium*, che poteva essere concesso dal *pater* anche al *servus*, era revocabile mediante *ademptio peculii*. — Sull'*actio de peculio* v. *retro* n. 34.3.5.

48.2.2. Sul *peculium castrense* e sugli altri *peculia* speciali cfr. Fitting, *Das « castrense peculium »* (1871); Guarino, *L'oggetto del « castrense peculium »*, in *BIDR*. 48 (1941) 41 ss.; La Rosa, *I peculi speciali in diritto romano* (1953), nonché *Ancora in tema di « peculium castrense »*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 393 ss.; Longo (G.), *Sulla capacità patrimoniale e processuale del « filiusfamilias » fornito di peculio castrense*, in *AUMA*. 1957. V. D. 49.17 e CI. 12.3. Secondo Macer D. 49.17.11: *Castrense peculium est, quod a parentibus [vel cognatis] in militia agenti (in militiam*

costituito essenzialmente dai beni acquistati dal *filius familias* durante il servizio militare (bottino di guerra), nonché dai cespiti a lui concessi dal *pater* al momento della partenza per il campo. In ordine al *peculium castrense* i *filii* vennero progressivamente ad essere ancora più liberi che rispetto al *peculium profecticium*. Anche quando il servizio militare fosse cessato (e si trovassero, quindi, nella condizione di *veterani*), essi potevano manomettere in proprio gli schiavi, effettuare *donationes mortis causa* delle *res peculiares*, disporre testamentariamente delle stesse come se fossero dei veri e propri soggetti giuridici. Solo se il *filius familias miles* morisse senza aver fatto testamento, il *peculium castrense* rientrava nel patrimonio del *pater*, « *iure peculii* » anziché a titolo di successione.

48.2.3. 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, venne in essere, forse 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 cd. « *militia civilis* », vale a dire degli impieghi di corte o statali.

48.2.4. Costantino apportò anche uno strappo ai poteri paterni, stabilendo che i beni lasciati dalla madre, sia testamentariamente che per 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 conseguito la

---

eunti?) donatum est, vel quod ipse filius familias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset (rell.). La pratica del *peculium* castrense e la sempre maggiore autonomia riconosciuta al *filius* in ordine ad esso sono, chiaramente, da riconnettere all'importanza assunta dal ceto militare in Roma a partire dal I sec. a.C.: cfr. Giuffrè, *Aspetti costituzionali del potere dei militari nella tarda « respublica »* (1973) 38 ss.

48.2.3. Sul *peculium quasi castrense*: Archi, *In tema di peculio quasi castrense*, in *St. Besta* 1 (1937) 117 ss.; Murga, *Sobre la anómala 'peculiaridad' de la constitución C. 1.3.33(34) del emperador León*, in *Iura* 19 (1968) 33 ss.; Biondo, *Il « peculium » dei « palatini » costantiniani*, in *Labeo* 19 (1973) 318 ss. Per le fonti v. I. 2.11.6: *Sciendum tamen est, quod ad exemplum castrensis peculii tam anteriores leges quam principales constitutiones quibusdam < quasi > castrensia dederunt peculia, atque eorum quibusdam permissum erat etiam in potestate degentibus testari. Quod nostra constitutio* (CI. 6.22.12) *latius extendens, permisit omnibus in his tantummodo peculiis testari quidem, sed iure communi (rell.)*.

48.2.4. Per i *bona materna* v.: CTh. 8.18.1 pr. e 1 (= CI. 6.60.1, a. 315, con modifiche); CTh. 8.18.7 (= CI. 6.60.2, a. 395); Iust. CI. 6.61.6.1 (a. 529) e 8 pr. (a. 531); I. 2.9.1: *...Sancitum etenim a nobis est ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquirat ..., quod autem ex alia causa sibi filius familias adquisivit, huius usumfructum quidem patri adquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accessit, hoc in alium perveniens luctuosum ei procedat*. Su queste fonti cfr. Kaser, *Privatrecht* 2.216 ss.

autonomia giuridica privata. Pertanto si ritenne successivamente 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, più tardi ancora, 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 progressivamente unificati nel concetto di « *peculium adventicium* » (o « *adventicium* », o « *bona adventicia* »).

48.2.5. Nel diritto giustinianeo la incapacità patrimoniale del *filius* era praticamente scomparsa. Il *pater* era solo formalmente il titolare del potere di disposizione sul *peculium profecticium*, ma l'amministrazione era attribuita (salvo intervento del *pater*) al figlio. Sugli *adventicia* la titolarità era riconosciuta al figlio, anche se al *pater* si riservava formalmente un diritto di supervisione e di usufrutto.

48.3. L'*emancipatio* era il negozio di liberazione del *filius* dalla potestà paterna, e quindi (salva l'ipotesi che sopravvenisse la *adoptio*) l'atto determinante l'acquisto da parte del *filius* della qualità di *persona sui iuris*.

48.3.1. L'istituto fu creato dalla giurisprudenza pontificale sulla base di una sottile interpretazione del versetto delle XII tavole: « *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* ». I pontefici suggerirono cioè la pratica di vendere per tre volte successive il *filius* ad una persona di fiducia proprio allo scopo di renderlo *sui iuris*. Più preci-

---

48.2.5. In diritto giustinianeo si profilò, a titolo eccezionale, anche una categoria di cd. *bona adventicia irregularia*, sui quali era negato al *paterfamilias* l'usufrutto ed era quindi riconosciuto al figlio il *dominium* pieno: v. CI. 6.61.8.1 (beni lasciati da terzi in eredità al padre con l'incarico di passarli al figlio); Nov. Iust. 117.1 (beni donati o legati al figlio da terzi con espressa esenzione dell'usufrutto paterno) ecc.

48.3. Sull'*emancipatio* cfr.: Volterra, sv. *Emancipazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Berruti, sv. *Emancipazione* (*dir. rom.*), in *ED.*, con bibliografia, a cui *adde*: Yaron, « *Si pater filium ter venum duit* », in *T.* 36 (1968) 57 ss.; Kelly, *A note on 'threefold mancipation'*, in *Daube noster* (1974) 183 ss. Per le fonti v.: Gai 1.132-135 *a*; I. 1.12; D. 1.7; CI. 8.48.

48.3.1. Il procedimento dell'*emancipatio* classica è descritto da Gai 1.132, testo peraltro mutilo, che si integra con EG. 1.6.3. — Può dubitarsi se la sufficienza di una *mancipatio* per la *filia* sia stata concordemente riconosciuta in età classica. Il discorso di Gaio a questo proposito (a differenza del discorso di EG. 1.6.3) non è perfettamente chiaro. D'altra parte, l'unico documento di emancipazione a noi pervenuto è il P. Lips. inv. n. 136, del sec. III d.C., ove si attesta l'emancipazione di una donna attraverso tre *mancipationes*: cfr. Lévy-Bruhl, *La vente de la fille de famille à Rome*, in *Fs. Lewald* (1953) 93 ss. — L'*emancipatio* era, di regola, un atto discrezionale del *pater*, ma in taluni casi il *ius novum* dispose l'*emancipatio* obbligatoria. Traiano la impose, ad esempio, nell'ipotesi di maltrattamenti (Pap. D. 37.12.5). Diversa dall'emancipazione obbligatoria era la liberazione *ipso iure* dei *filii*, di cui si è fatto cenno *retro* nt. 48.1.1.

samente, il procedimento era questo: mancipazione del *filius* dal *pater familias* al *fiduciarius* con promessa di *remancipatio*, oppure di *manumissio* della persona acquistata *in causa mancipii;* sia la *remancipatio* che la *manumissio* facevano tornare il figlio in potestà del *pater*, il quale lo mancipava al fiduciario altre due volte: dopo la terza *mancipatio*, la *manumissio* del *filius* da parte del fiduciario implicava per lui l'acquisto dell'autonomia familiare. Spesso, siccome la *manumissio* da parte del *pater fiduciarius* determinava il sorgere di un rapporto di *patronatus* tra questo e l'emancipato, si preferiva 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 poi del fatto che le XII tavole parlavano di « *filius* », la giurisprudenza preclassica ritenne, con interpretazione restrittiva, che per la emancipazione delle *filiae* e dei *nepotes* non occorressero tre *mancipationes*, ma ne fosse sufficiente una soltanto, sempre seguita, beninteso, da *manumissio* o da *remancipatio* al *pater* (più *manumissio* da parte di costui).

48.3.2. 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.

48.3.3. Per effetto della conseguita autonomia familiare, l'emancipato diventava capace di compiere acquisti patrimoniali per sé. Se, durante la sottoposizione alla *patria potestas*, egli aveva ricevuto un *peculium profecticium*, tale *peculium* diveniva di sua titolarità, salvo che il *pater* non lo reclamasse esplicitamente. Il *peculium castrense*, il *peculium quasi castrense* ed il *peculium adventicium* 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*

48.3.2. Per l'*emancipatio Anastasiana* v. CI. 8.48.5 (a. 502). — Per l'*emancipatio Iustiniana* v. CI. 8.48.6 (a. 531) e I. 1.12.6. — In base ad una costituzione di Valentiniano I (CI. 8.49 [50].1, a. 367), l'*emancipatio* poteva essere revocata se l'emancipato si macchiava di ingratitudine verso il *pater*.

48.3.3. Sul *praemium emancipationis* del *pater* v. Constant. CI. 6.60.1 (a. 319) e Iust. CI. 6.61.6.3 (a. 529).

stessi, avesse diritto ad un terzo; Giustiniano concesse al *pater*, come « *praemium emancipationis* », l'usufrutto della metà.

48.4. L'*adrogatio* era un procedimento di origine quiritaria, in virtù del quale un *paterfamilias* (« *adrogator* ») assumeva la *patria potestas* su un altro *pater familias* (« *adrogatus* »), che veniva pertanto a subire una *capitis deminutio minima*. Per effetto dell'*adrogatio*, l'*adrogatus* diventava insomma *filius familias* dell'*adrogator* e il suo patrimonio era assorbito da quello dell'*adrogator*, verificandosi una vicenda di « *successio in ius inter vivos* ». Ciò implicava, oltre l'estinzione di alcuni diritti intrasmissibili dell'*adrogatus* (es.: l'*usus-fructus*), l'estinzione dei suoi debiti. Per ovviare a questo grave inconveniente (che sorgeva anche dalla *conventio in manum* di una donna *sui iuris*), la giurisprudenza preclassica cominciò col dichiarare trasmissibili all'*adrogator* le *obligationes* che l'*adrogatus* avesse assunto *iure hereditatis*, cioè in quanto le avesse acquistate a titolo di *successio mortis causa* ad un terzo; quanto agli altri debiti dell'*adrogatus*, essa indusse il pretore a concedere ai creditori di quest'ultimo (e così pure ai creditori della *mulier sui iuris* che fosse passata sotto la *manus* di un marito o di un estraneo) un'« *actio utilis rescissa capitis deminutione* ». Il creditore esercitava l'azione contro l'*adrogatus* (o la *mulier*) come se la *capitis deminutio* fosse stata rescissa: se l'avente potestà non si faceva avanti a difendere il convenuto, il pretore passava a concedere al creditore una *missio in bona* contro l'avente potestà, nei limiti del *patrimonium* trasmessogli dall'*adrogatus* (o dalla *mulier in manu*).

48.4.1. Data la gravità degli effetti implicati dall'*adrogatio*, il procedimento doveva svolgersi in origine davanti ai *comitia curiata*,

---

48.4. Sull'*adrogatio* cfr.: Volterra, sv. « *Adrogatio* », in *NNDI.*, e part. *La nozione dell'« adoptio » e dell'« adrogatio» secondo i giuristi romani del II e del III sec. d.C.*, in *BIDR.* 69 (1966) 109 ss.; Torrent, *La « adrogatio » en el sistema de las sucesiones universales « inter vivos »*, in *RIDA.* 14 (1967) 447 ss.; Castello, *Il problema evolutivo dell'« adrogatio »*, in *SDHI.* 33 (1967) 129 ss.; Horvat, *Les aspects sociaux de l'adrogation et de l'adoption à Rome*, in *St. Grosso* 6 (1974) 45 ss. — Circa gli effetti dell'*adrogatio* v. Gai 3.83-84; v. anche Gai 1.107. — Il nome dell'*adrogatus* (e del *filius adoptivus*) diventava di regola quello del nuovo *pater*, generalmente con l'aggiunta, a mò di soprannome, del *nomen* di origine con la terminazione « *ianus* » (es.: *P. Cornelius Scipio Aemilianus*).

48.4.1. Il procedimento dell'*adrogatio per populum* (negozio a forma complessa) si desume, non senza qualche incertezza, da Cic. *de domo* 29.77 e da Gell. *n. A.* 5.19.9. Sui rapporti col *testamentum calatis comitiis* v. *retro* n. 36.2. È da ritenere che, nel sistema del *ius Quiritium*, per potersi procedere all'*adrogatio*, occorresse che arrogante e arrogando fossero *patricii* e sottoponessero la loro grave decisione (che implicava la estinzione dei *sacra* dell'*adrogatus*) ai *pontifices*. Se questi approvavano l'iniziativa, i due *patres* erano portati davanti ai *comitia curiata*, davanti

sotto la presidenza del *pontifex maximus*. Questa esigenza si mantenne sino a tutta l'epoca classica, salvo che alla tradizionale « *adrogatio per populum* » il *ius novum* aggiunse una forma *extra ordinem* di « *adrogatio per rescriptum principis* » (o « *imperatoria auctoritate* »), la quale finì per diventare la preferita, anche perché, non essendo richiesta l'assistenza dei *comitia curiata* (sia pur rappresentati simbolicamente dai littori), poteva effettuarsi sia a Roma che in provincia. Rimasero comunque sempre necessari due requisiti: il consenso delle due parti all'arrogazione e l'autorizzazione della stessa, previo esame della sua opportunità, da parte del *pontifex maximus* o rispettivamente del *princeps*.

48.4.2. L'autorizzazione (pontificale o imperatoria) non veniva elargita se l'*adrogator* fosse già dotato di *filii* (naturali o adottivi), se egli avesse meno di 60 anni (e fosse quindi in grado di aver figli da un *matrimonium*), se infine l'*adrogator* non desse prova e garanzia di non essersi indotto all'atto per speculazione. Ma si trattava, piuttosto che di norme giuridiche inderogabili, di criteri di massima formulati dal *collegium pontificum*, e quindi passibili di qualche strappo. Inoltre, mentre in origine poteva essere *adrogatus* solo un *pater familias* pubere e *ingenuus* oltreché maschio, nel corso dell'età classica si giunse ad ammettere l'*adrogatio* degli *impuberes* e dei

---

ai quali (« *ad* ») il *pontifex maximus* chiedeva loro conferma della decisione presa e l'*adrogatus* procedeva alla solenne *detestatio sacrorum*, cioè alla rinuncia al proprio culto familiare, che veniva per conseguenza ad essere estinto. In età storica, il *pontifex*, davanti ai littori, pronunciava (senza peraltro chiedere una espressa risposta) questa formula: « *Velitis iubeatis, uti L. Titius C. 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 è probabile che la formula non sia originaria, o sia stata quanto meno ritoccata in periodo repubblicano, non fosse altro, perché ai *comitia curiata* mancava probabilmente ogni potere deliberante (v. tuttavia Gai 1.109). — L'*adrogatio per rescriptum principis* fu introdotta da Diocleziano per le arrogazioni da farsi in provincia: CI. 8.47.2.1, CI. 8.47.6. Probabilmente interpolata la estensione di essa a Roma, dove l'*adrogatio per populum* dovette aver vigore ancora per qualche tempo. Cfr. Thomas, *Some notes on « adrogatio per rescriptum principis »*, in *RIDA*. 14 (1967) 413 ss.

48.4.2. Sui requisiti per l'*adrogatio*, nel loro sviluppo storico, cfr.: Lavaggi, *L'arrogazione dei libertini*, in *SDHI*. 12 (1946) 45 ss.; Belelli, *L'arrogazione attiva delle donne*, in *SDHI*. 3 (1937) 140 ss.; Castelli, *Intorno all'origine dell'arrogazione delle donne*, in *Scr*. 1 (1923) 165 ss.; Janeau, *Constantin et la prohibition d'adroger les « naturales »*, in *Conf. Ist. d. rom. Paris* (1950); Donatuti, *Contributi allo studio dell'« adrogatio impuberis » (La restituzione dei beni passati all'arrogatore per effetto dell'arrogazione)*, in *BIDR*. 64 (1961) 167 ss.; Molè, sv. « *Quarta divi Pii* », in *NNDI*.; Lara Sáenz, *La « adrogatio impuberis »*, in *Bol. Mexic. D. comp.* 1 (1968) 539 ss.

libertini, mentre in età postclassica si accolse addirittura la possibilità di *adrogatio* delle *mulieres*.

48.4.3. Priva di rilevanza giuridica fu la cd. « *adoptio testamento 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. È 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.

48.5. L'*adoptio* era un procedimento inteso a trasferire la *patria potestas* su un *filius* da un *pater* ad un altro *pater*. L'adottato, pertanto, passava dalla condizione di *filius* del suo *pater* originario (naturale o adottivo che fosse) a quella di *filius* del nuovo *pater*.

48.5.1. Ad ottenere questo risultato la giurisprudenza romana pervenne attraverso una combinazione delle formalità della *mancipatio* con quelle della *in iure cessio*. 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 un terzo soggetto, l'adottante, a *vindicare* il *filius* come proprio con l'esercizio di un'*actio in rem*. Il convenuto operava la *in iure cessio* e il *filius* (o la *filia*, o il *nepos*) veniva *addictus* dal magistrato all'adottante in quanto fittiziamente riconosciuto come suo *filius*.

48.4.3. Sull'adozione di Augusto cfr.: Lemosse, *L'adoption d'Octave et ses rapports avec les règles traditionnelles du droit civil*, in *St. Albertario* 1 (1953) 371 ss.; Schmitthenner, *Oktavian und das Testament Cäsars* (1952) 39 ss. Cfr. anche, ad altro proposito: Pieler, *L'aspect politique et juridique de l'adoption de Chosroès proposée par les Perses à Justin*, in *RIDA*. 19 (1972) 399 ss.

48.5. Sull'*adoptio* cfr. spec.: Volterra, sv. *Adozione (dir. rom.)*, in *NNDI*. Per le fonti v.: Gai 1.97-107; I. 1.11; D. 1.7; CI. 8.47.

48.5.1. Sulle formalità dell'*adoptio* cfr.: Wieacker, *Zur Ritual der « adoptio »*, in *Symb. Taubenschlag* 1 (1956) 579 ss.; Dell'Oro: « *Confirmatio adoptionis non iure factae* », in *Labeo* 5 (1959) 12 ss. Per le fonti v. D. 1.7.29, 38-39, ma particolarmente Gai 1.134: *Praeterea parentes in potestate liberos habere desinunt, quos aliis in adoptionem dederunt. Et in filio quidem, si in adoptionem datur, tres mancipationes et duae intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent, cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui iuris efficiatur. Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur; aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicat is qui adoptat, apud quem in tertia mancipatione est: sed sane commodius est patri remancipari. In ceteris vero liberorum personis seu masculini seu feminini sexus una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti aut non remancipantur. Eadem et in provinciis apud praesidem provinciae solent fieri.*

48.5.2. Già in età classica avanzata l'*adoptio* era stata avvicinata, in considerazione della sua funzione, all'*adrogatio*: sì che si era formulata una categoria generale dell'« *adoptio* », suddistinguendola in « *adoptio populi auctoritate* » (che era l'*adrogatio*) e « *adoptio imperio magistratus* » (che era l'*adoptio* vera e propria). In diritto giustinianeo, dopo un'oscura evoluzione postclassica, l'*adoptio* continuò ad essere distinta dall'*adrogatio* quanto a coloro che ne erano oggetto (*filii familiarum* per l'*adoptio*, *patres familiarum* per l'*adrogatio*), ma i due istituti si avvicinarono ulteriormente. L'*adoptio* propria si suddistinse inoltre in *plena* e *minus plena*. « *Adoptio plena* » era quella a favore dell'ascendente paterno o materno nei riguardi del *filius in potestate* di un proprio discendente emancipato o di un proprio discendente in linea femminile: 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 *filii* dell'adottante. « *Adoptio minus plena* » era l'*adoptio* in favore di un *extraneus* alla famiglia (o meglio, in favore di un non ascendente): essa non determinava l'acquisto della *patria potestas* sull'adottato, né determinava nell'adottato la perdita dei suoi vincoli anche successori con la *familia* di origine. Visto che non implicava l'acquisto della *patria potestas*, l'*adoptio minus plena* fu concessa anche alle donne, ma solo nel caso che queste volessero rimpiazzare figli defunti (« *ad solacium filiorum amissorum* »).

48.5.3. Giustiniano regolò la nuova « *adoptio* » anche relativamente alla forma ed ai requisiti. Quanto alla forma, egli stabilì che

---

48.5.2. Sui tipi dell'*adoptio* e sui relativi sviluppi cfr.: Lavaggi, *Una riforma ignorata di Giustiniano: « adrogatio plena » e « minus plena »*, in *SDHI*, 12 (1946) 45 ss.; Monier, *À propos de l'« adoptio plena » du droit de Justinien*, in *St. Albertoni* 1 (1935) 235 ss. — Per la distinzione giustinianea tra *adoptio plena* e *minus plena* v. I. 1.11.2: *Sed hodie ex nostra constitutione* (CI. 8.47.10.2), *cum filius familias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur nec quicquam ad patrem adoptivum transit nec in potestate eius est, licet ab intestato iura successionis ei a nobis tributa sunt. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo suo materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, manet stabile ius patris adoptivi, ... ut et in familia ei in potestate huiusmodi patris adoptivi sit.* — Un tipo orientale di adozione, ripudiato dal diritto ufficiale romano (Diocl. CI. 6.24.7), fu l'*adoptio in fratrem*, una sorta di convenzione di affratellamento. Sull'istituto: Nallino, *Intorno al divieto romano dell'affratellamento*, in *St. Riccobono* 3 (1936) 321 ss.; Koschaker, « *Adoptio in fratrem* », in *St. Riccobono* 3 (1936) 361 ss.

48.5.3. Sull'*adoptio* giustinianea v.: I. 1.11 e CI. 8.47.11. Cfr.: Ca-

l'adozione delle persone *sui iuris* (cioè l'*adrogatio*) si facesse con l'autorizzazione dell'imperatore, mentre per l'adozione degli *alieni iuris* fu sufficiente l'autorizzazione di un funzionario imperiale. Quanto ai requisiti, egli richiese in ogni caso 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 avesse almeno 18 anni più di lui.

49. IL « MATRIMONIUM ».

49.1. Il *matrimonium* (o « *nuptiae* ») consisteva nella seria, manifesta e continuata unione tra un uomo e una donna: « *viri et*

---

stello, *Sui principi ispiratori delle norme sull'età dell'adottante e dell'adottato in diritto romano*, in *St. Grosso* 6 (1974) 193 ss. Su tutto cfr. anche Kaser, *Privatrecht* 2.207 ss.

49.1. Sul *matrimonium*, in generale cfr.: Brini, *Matrimonio e divorzio in diritto romano* 3 voll. (1886-89); May, *Geschichte des Eherechts* (1893); Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano* 1 (1919); Corbett, *The roman law of marriage* (1930); Wahrmund, *Das Institut der Ehe im Altertum* (1933); Ehrardt, sv. « *Nuptiae* », in *PW.*; Wolff, *Written and unwritten marriages in hellenistic and postclassical roman law* (1939); Orestano, *La struttura del matrimonio romano dal diritto romano classico al diritto giustinianeo*, in *BIDR.* 47 (1940) 154 ss., e 48 (1941) 89 ss.; Volterra, *La conception du mariage d'après les juristes romains* (1940); Gaudemet, « *Iustum matrimonium* », in *RIDA.* 2 (1949) 309 ss.; Kaser, *Ehe und « conventio in manum »*, in *Iura* 1 (1950) 64 ss.; Wolff, *Doctrinal trends in postclassical roman marriage*, in *ZSS.* 67 (1950) 261 ss.; Lauria, *Matrimonio-dote in diritto romano* (1952); Gaudemet, *Originalité et destin du mariage romain*, in *L'Europa e il dir. rom.* 2 (1954) 511 ss.; Volterra, *La conception du mariage à Rome*, in *RIDA* 2 (1955) 365 ss., inoltre *Il matrimonio romano* (Lezioni, 1961), e sv. *Matrimonio* (*dir. rom.*), in *NNDI.* nonché in *ED.*; Arias Bonet, *El matrimonio en derecho romano*, in *An. Ac. Madr. Notariado* 1967; Robleda, *El matrimonio en derecho romano, Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad* (1970), *Sobre el matrimonio en derecho romano*, in *SDHI.* 37 (1971) 337 ss., *De iure matrimoniali responsiones*, in *Per. de re mor. can. liturg.* 61 (1972) 447 ss., e *Matrimonio inexistente o nulo en derecho romano*, in *St. Donatuti* 3 (1973) 1131 ss. Per le fonti, v.: I. 1.10; D. 23.2 (*De ritu nuptiarum*); CI. 5.4. Una trattazione *ad hoc* manca nelle *Institutiones* di Gaio. La qualifica del *matrimonium* come « *seminarium rei publicae* » è di Cic. *de off.* 1.12.54. — Quanto alle definizioni, le fonti giuridiche ce ne offrono due. La prima (e sostanzialmente più genuina, più classica) si legge in I. 1.9.1: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens.* La seconda (a nostro avviso, parzialmente rifatta in età postclassica) è data da Mod. D. 23.2.1: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.* Su questo testo, in senso critico, Solazzi, « *Consortium omnis vitae* » (1929), ora in *Scr. dir. rom.* 3 (1960) 313 ss. ma in senso contrario è la maggioranza della dottrina (cfr.: Ehrhardt, « *Consortium omnis vitae* », in *ZSS.* 57 [1937] 537 ss.). — Sull'esogamia e monogamia cfr.: Watson, « *Emptio gentis* », in *Daube noster* (1974) 331 ss.; Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche, Contributo alla storia della famiglia romana* 1 (1975). Alcuni autori (ad es., il Volterra) ritengono che nei primissimi tempi della *civitas*, stante la forte autonomia delle *familiae*, il ma-

mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens ». Esso si inquadrava entro due principi fondamentali della civiltà romana: il « principio esogamico », in forza del quale l'unione tra due persone di sesso diverso e la conseguente eventuale procreazione erano concepibili solo tra soggetti appartenenti a gruppi familiari diversi, sia dal punto di vista agnatizio che da quello cognatizio; e il « principio monogamico », in forza del quale era da escludersi che la stessa persona potesse avere contemporaneamente due relazioni coniugali. La importanza del « *coniugium* » era altissima perché, come meglio vedremo in seguito, da esso derivava, indipendentemente dalla *conventio in manum,* la sottomissione della moglie al marito, quindi la subordinazione dei *filii* alla *potestas* del padre, quindi, in definitiva, la strutturazione di base di tutto lo stato romano. In questo senso si disse: « *est matrimonium seminarium reipublicae* ». Ma la concezione romana del matrimonio non fu, dal punto di vista giuridico, né unica né sempre identica col trascorrere dei tempi. Valutazioni di carattere sociale, religioso e strettamente giuridico confluirono prepotentemente nella determinazione dell'istituto, che si presenta pertanto come uno dei più complessi, e in certo senso contraddittorî, della storia giuridica romana.

49.2. La storia del *matrimonium* romano, peraltro disputatissima, può essere sinteticamente ricostruita, a nostro avviso, come segue.

49.2.1. Nel periodo arcaico, il *matrimonium* fu istituto certamente fiorentissimo dal punto di vista sociale e da quello religioso,

---

trimonio fosse un fatto interno di ciascuna famiglia. Senonché tutta la tradizione romana depone nel senso che le mogli non fossero cercate nel seno della propria *familia* anche quando questa era, indubbiamente, fortemente chiusa in sé stessa.

49.2. È necessario segnalare che la storia del *matrimonium* romano è troppo strettamente e variamente legata ad elementi di carattere sociale, religioso e morale, perché sia possibile (e in un certo senso, perché sia lecita) una rigorosa e pienamente attendibile ricostruzione dell'istituto dal punto di vista giuridico. I giureconsulti romani non videro e non si preoccuparono mai di « vedere » l'istituto nella sua struttura complessiva, ma ne isolarono solo singoli aspetti (per esempio, il *ritus nuptiarum,* le prescrizioni della *lex Iulia et Papia* ecc.), sottacendo la visione generale cui si riferivano o anzi, più probabilmente, sottraendosi all'impegno di una visione generale; né le cose mutarono di molto in periodo postclassico, anche a voler limitare il discorso al cd. « diritto romano-cristiano ». Di qui l'estrema varietà delle visuali storiografiche moderne, di cui i principali orientamenti (spesso radicalmente diversi tra loro) si ritroveranno nella consultazione della bibliografia insolitamente ampia che abbiamo indicato.

49.2.1. Sul *matrimonium cum manu* e sulle origini dell'istituto matrimoniale in Roma v. già *retro* n. 47.4. Il Volterra, in una serie di studi molto acuti (*retro* nt. 47.4.2), ha già sostenuto, contro l'opinione prima dominante, la tesi (che condividiamo), secondo cui alle origini il *matrimonium* non aveva nulla a che fare con

ma fu istituto completamente estraneo al sistema del *ius Quiritium*. Dal punto di vista sociale e religioso, esso poteva aver luogo solo tra persone cui fosse riconosciuta la reciproca capacità di « *connubium* » (non quindi tra Romani e stranieri, né tra patrizi e plebei, né, tanto meno, tra *cognati*), era celebrato in modi solenni e tradizionali (principalmente, con la cerimonia religiosa della « *confarreatio* » e con la successiva « *deductio uxoris in domum mariti* »), persisteva per tutto il tempo in cui i due coniugi si onorassero manifestamente come tali e non intervenisse la « *diffarreatio* », o comunque l'allontanamento della *uxor* dalla *domus mariti*). Ma *iure Quiritium* tutto questo non rilevava. Affinché i figli della *uxor* potessero essere giuridicamente *in potestate mariti vel patris familias*, occorreva che la *uxor* si sottoponesse essa stessa alla *manus* del marito (o del suo *pater familias*), divenendo *filiae* (o *neptis*) *loco* nella *familia* del marito: occorreva, in altri termini, una « *conventio in manum* », che si realizzava o con la « *coëmptio* » o mediante l'« *usus* ». Solo attraverso una lunga evoluzione, che pare fosse ormai conclusa nell'età delle *XII tabulae*, *matrimonium* e *manus* si fusero nell'istituto, che conosciamo, della « *manus maritalis* », di cui fu considerato presupposto essenziale il *connubium* e di cui furono riconosciuti come atti costitutivi tanto la *coëmptio* e l'*usus*, quanto la *confarreatio*. Ma accanto a questo cd. « *matrimonium cum manu* » rimase sempre aperta la possibilità di una « *manus sine matrimonio* », cioè di quella forma potestativa che derivava dalla « *coëmptio cum extraneo* » (o « *coëmptio fiduciaria* », come fu più tardi chiamata).

---

la *manus*. Meno persuasivo è che il *matrimonium* si sia sempre mantenuto distinto dalla *manus* e che il « *matrimonium cum manu* » sia una escogitazione della storiografia post-romana. Secondo noi dopo la dissoluzione del *mancipium* quiritario è evidente che la *manus* (diversa dalla *potestas patria* e da quella *in mancipio*) sia stata intesa come potere relativo alla *uxor* in quanto tale: se, infatti, una *mulier* di altra famiglia non era assunta in potestà dal *pater* « *matrimonii causa* », essa non era « *in manu* », ma « *in mancipio* ». D'altra parte, sempre a nostro avviso, non si capisce come la *confarreatio* (cerimonia nuziale di carattere religioso) possa essere stata produttiva di *conventio in manum*, se non si ritiene che, ad un certo momento della storia arcaica, il *matrimonium* si sia fuso con la *manus*. Vero è che la terminologia « *matrimonium cum manu (sine manu)* » sembra estranea alle fonti giuridiche, ma le fonti di cui disponiamo sono relative ad un'epoca in cui effettivamente il *matrimonium* per antonomasia era quello indipendente dalla *manus*, e la *conventio in manum* (salvo casi eccezionali) era utilizzata solo « *fiduciae causa* ». Quanto agli indizi testuali portati dal Volterra, il più impressionante è dato da Gai 2.139, ove si legge che « *testamentum rumpitur* » se « *post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in manu fuit nubat* »: ma, dato che al tempo di Gaio la *uxor* per antonomasia era sicuramente quella *sine manu*, mentre la *conventio in manum* era utilizzata (si ripete) « *fiduciae causa* », il modo di esprimersi di Gai 2.139 può essere spiegato e scusato senza necessità di ipotizzare che il *matrimonium cum manu* non sia mai esistito.

49.2.2. Sullo scorcio dell'età arcaica e agli albori del periodo preclassico, si pose il problema di fare del *matrimonium* un istituto produttivo di *potestas* sui *filii*, ma non di *manus* sulla *uxor*: ciò ad evitare che costei perdesse i suoi legami (e le aspettative successorie) con la *familia* di origine, oppure ad evitare che essa, se *sui iuris*, fosse privata dell'autonomia giuridica. A questo scopo, la giurisprudenza sfruttò in sede interpretativa una norma decemvirale, la quale probabilmente si limitava a precisare che l'*usus maritalis* dovesse ritenersi interrotto se, prima della scadenza dell'anno, la moglie si fosse allontanata di casa per almeno tre giorni di seguito. Il marito e la moglie furono consigliati di evitare la *confarreatio* e la *coëmptio*, prescegliendo il sistema dell'*usus*, e di praticare annualmente la « *trinoctii usurpatio* » decemvirale. Con questo sistema la *manus* non si sarebbe realizzata, ma i *filii* sarebbero spettati, man mano che nascessero, al marito (o al *paterfamilias*) in virtù di un'altra antica regola: che i frutti naturali di un oggetto giuridico sono attribuiti al soggetto che ha operato la semina (« chi semina raccoglie »). Si formò, in tal modo, il cd. « *matrimonium sine manu* », in ordine al quale, ovviamente, la *trinoctii usurpatio* divenne con l'andar del tempo una mera finzione. La convivenza dei coniugi, cementata dalla volontà di vivere

---

49.2.2. Sulle origini del *matrimonium sine manu* cfr., ampiamente, Lévy-Bruhl, *Les origines du mariage « sine manu »*, in *T.* 14 (1936) 453 ss., 16 (1937) 545 ss., e 24-25 (1946-47) 132 ss. V. Gai 1.111: *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cuiusque anni interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.* Sul testo, cfr. anche: Villers, *À propos de la disparition de l'« usus »*, in *RH.* 28 (1950) 538 ss.; Tomulescu, *Gaius 1.111* cit. Non è attendibile la tesi di chi (Westrup, *Quelques observations sur les origines du mariage par « usus » et du mariage sans « manus » dans l'ancien droit romain* [1926] e *Recherches sur les formes antiques du mariage* cit.; Kunkel, sv. « *Matrimonium* », in *PW.*) suppone che alle origini il *matrimonium sine manu* fosse improduttivo di *patria potestas* sui figli (oltre che di *manus* sulla *uxor*). Se il figlio nato prima del compimento dell'*annuus usus* era *in potestate patris* (cosa di cui nessuno dubita), è chiaro che la *potestas* su di lui non poteva essere fatta dipendere dall'acquisto successivo della *manus*, ma derivava dalla procreazione da parte del *pater*; analogamente dalla procreazione dovette dunque derivare *ab origine* la *potestas* del *pater* sul figlio nato da *matrimonium sine manu*. — Sulla *trinoctii usurpatio* cfr.: Wolff, « *Trinoctium* », in *T.* 16 (1939) 145 ss.; Mayer-Maly, *Studien zur Frühgeschichte der « usucapio »* 2, in *ZSS.* 78 (1961) 259 ss.; Albanese, *Il « trinoctium » del « flamen Dialis »*, in *SDHI.* 35 (1969) 73 ss. — In ordine alla regola originaria del chi semina raccoglie (« *fructus percipiendo suos facit, quos suis operis adquisierit* »: Muc. Pomp. D. 22.1.45), non si obietti che il *partus ancillae* non era considerato *fructus*. Si tratta di affermazione non antica e comunque in gran parte contraddetta dal regime reale del *partus ancillae*: Kaser, « *Partus ancillae* », in *ZSS.* 75 (1958) 156 ss.

insieme, era quanto bastava acché il *matrimonium* fosse produttivo delle volute conseguenze giuridiche.

49.2.3. Nel periodo classico, la *manus maritalis* aveva ormai applicazioni ridottissime, mentre il « *matrimonium* » per antonomasia era quello *sine manu*. Ma il *matrimonium*, si badi, non era considerato dalla giurisprudenza come un rapporto o un insieme di rapporti giuridici. Esso era considerato invece come un atto negoziale a struttura bilaterale ed a carattere continuativo: atto consistente nella voluta convivenza tra i coniugi e perdurante dall'inizio di questa convivenza sino alla fine della stessa per morte di un coniuge o per il venir meno (in uno o in ambedue) della reciproca *affectio*. La massima « *consensus facit nuptias* » stava, nella visione della giurisprudenza classica, a significare la essenzialità di un ininterrotto *consensus* dei coniugi per l'esistenza delle *nuptiae*.

49.2.4. Nel diritto postclassico la concezione classica del *matrimonium* fondamentalmente non cambiò. Tuttavia, sopra tutto per la

---

49.2.3. Il fatto che le *nuptiae* non ammettessero termine o condizione (v. *retro* n. 33.3) è la riprova, a nostro avviso, della concezione del *matrimonium* come negozio in corso di esplicazione. — Occorre aggiungere che la *communis opinio* insiste (sulle tracce del Manenti, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici, ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio* [1889]) su taluni evidenti e innegabili analogie tra *matrimonium* e *possessio*. Effettivamente, al « *corpore possidere* » può essere ragguagliata la convivenza coniugale e all'« *animus possidendi* » molto rassomiglia il *consensus* continuativo. Altra analogia degna di rilievo scaturisce dal fatto che il *ius postliminii* non faceva riacquistare né le situazioni possessorie, né quelle matrimoniali (v. Pomp. D. 49.15.14.1: *Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium*. Sul testo cfr.: Arias Bonet, *Entorno a la reintegración « iure postliminii » del matrimonio romano*, in *AHDE*. 25 [1955] 567 ss.; Volterra, *Sulla D. 23.2.45.6*, in *BIDR*. 75 [1972] 319 ss.). Ma, si badi, l'analogia non autorizza a ritenere che la « *consuetudo vitae* » dei coniugi fosse un rapporto extragiuridico, una *res facti*, alla stessa guisa del rapporto possessorio. L'analogia deriva esclusivamente da ciò, che le conseguenze del *matrimonium*, esattamente come quelle di carattere possessorio, erano determinate da un fatto giuridico per sua natura continuativo: dal momento in cui il fatto costitutivo del rapporto veniva meno, veniva meno il rapporto.

49.2.4. Sul *matrimonium* postclassico, oltre alla bibliografia già citata: Orestano, *Alcune considerazioni sui rapporti tra matrimonio cristiano e matrimonio romano nell'età postclassica*, in *Scr. Ferrini Pavia* (1946) 343 ss., e *Consenso e solennità nella legislazione romana*, in *Scr. Ferrini Milano* 2 (1947) 160 ss.; Gaudemet, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage*, in *St. Albertario* 2 (1952) 173 ss.; Biondi, *Diritto romano cristiano* 3 (1952) 69 ss.; Le Bras, *Observations sur le mariage dans le Corpus Justinien et dans le droit classique de l'Église*, in *Ét. Macqueron* (1970) 425 ss. Cfr. anche Rasi, « *Consensus facit nuptias* » (1946). È bene ribadire che la concezione postclassica del *matrimonium* non risulta da affermazioni esplicite, ma da tutta una serie di indizi e di alterazioni testuali. Ed è bene ribadire altresì che la dottrina della chiesa cattolica in materia di matrimonio (ancora in fase di imperfetta elaborazione durante l'età postclassica), se anche fu formalmente accettata e solennemente proclamata dagli imperatori cd. cristiani, nella realtà delle cose

influenza del cristianesimo, essa si corruppe e modificò in molteplici impostazioni particolari, avviandosi ad una radicale trasformazione che si sarebbe poi compiuta in epoca post-romana. L'avversione al *divortium* indusse a conferire un valore determinante al consenso iniziale dei coniugi ed a ritenere che il matrimonio dovesse continuare necessariamente a sussistere, volenti o nolenti i coniugi, sin quando non intervenisse a estinguerlo la morte o una nuova e specifica volontà contraria alla sua sussistenza. La massima « *consensus facit nuptias* » acquistò pertanto, progressivamente, il senso di un principio secondo cui le *nuptiae* erano la conseguenza indeclinabile (quanto meno sino al *divortium*) di un iniziale « *consensus in idem placitum* ». Il *matrimonium* passò insensibilmente ad essere concepito come un rapporto giuridico, o meglio come un insieme di rapporti giuridici, assoluti e relativi (sui figli, tra i coniugi e via dicendo), scaturenti da quell'incontro di volontà.

49.2.5. Tanto premesso, limiteremo il discorso che seguirà alla descrizione del « *matrimonium* (*sine manu*) *iustum* », cioè vitale secondo il *ius privatum*, determinandone, con particolare riguardo alla concezione classica, i presupposti, gli elementi essenziali e, finalmente, le cause di talune limitazioni della sua efficacia.

49.3. I presupposti di un « *matrimonium iustum* » (valevoli, del resto, anche per il *matrimonium cum manu*) furono quattro: la capacità di unione sessuale dei coniugi, l'esoga-

---

subì un duplice ordine di forti rèmore: sia per il persistere di una tradizione secolare che non si ebbe il coraggio e la capacità di togliere di mezzo e di dichiarare illecita, sia per il coesistere di costumanze e di impostazioni postclassiche, soprattutto orientali, *toto coelo* divergenti da essa. La materia del matrimonio e del divorzio, se esaminata spassionatamente, è tra quelle che meglio pongono in luce il carattere eminentemente di « tesi » del cd. « diritto romano-cristiano ».

49.2.5. Per la terminologia (prevalente, non esclusiva) di *matrimonium iustum* v. in particolare Gai 1.55, 76, 87 e Ulp. 5.1-2. Ulp. 5.2: *Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculas pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.* Cfr.: Volterra, « *Iniustum matrimonium* », in *St. Scherillo* (1972) 441 ss. Cfr. anche *infra* nt. 49.3.1 e 49.5.1.

49.3. I romani (come può dedursi dalla riportata definizione del pseudo-Ulpiano) non si preoccupavano gran che, secondo il loro solito, di mettere ordine nella definizione della struttura del *matrimonium*. Su questa strada essi sono stati seguiti dalla romanistica passata e presente, la quale usa presentare, a nostro avviso, un po' troppo alla rinfusa gli elementi ricostruttivi del *matrimonium* romano, senza sceverare gli elementi essenziali dai presupposti. Si aggiunga che i requisiti del *matrimonium* vengono solitamente, per influenza della dottrina canonistica, rappresentati sotto specie di « *impedimenta* », taluni inderogabili (« *impedimenta dirimentia* ») e talaltri derogabili (« *impedimenta impedientia* », che importano tuttavia penalità per la loro violazione), alla effettuazione del matrimonio.

mia, la monogamia e il *connubium*. Un matrimonio che, pur completo dei suoi elementi essenziali, non rispettasse questi presupposti era inconcepibile per la civiltà romana, e dunque da considerarsi giuridicamente inesistente.

49.3.1. La « capacità di unione sessuale dei coniugi » era data dalla loro differenza di sesso, dall'età pubere e dalla loro attitudine al congiungimento. La ovvia necessità della differenza di sesso implicava qualche difficoltà in ordine agli « *hermaphroditi* », cioè alle persone di sesso ambiguo, i quali erano considerati atti al matrimonio solo se fossero approssimativamente inquadrabili, per la prevalenza dei caratteri relativi, in uno dei due sessi. L'esigenza, altrettanto ovvia, dell'età pubere faceva ripresentare, in tema di capacità matrimoniale, i problemi di accertamento della *pubertas* agitati in tema di capacità di agire: problemi ch'erano, presumibilmente, risolti allo stesso modo. Quanto all'attitudine al congiungimento, la si intendeva nel senso più largheggiante, nel senso cioè che dovevano esservi tutti gli organi essenziali della riproduzione, a prescindere da ogni rilevanza circa la loro funzionalità. Capace di unirsi era pertanto lo « *spado* », cioè la persona sterile, mentre incapace era considerato il « *castratus* », cioè la persona privata di organi riproduttivi.

49.3.2. L'« esogamia » era data dal fatto che i coniugi non provenissero dalla stessa *familia*, non fossero tra loro *cognati*, né fossero

---

49.3.1. Ovviamente, un *matrimonium iniustum*, intercorrente tra impuberi, si convertiva in *matrimonium iustum* col raggiungimento della pubertà da parte di ambedue (circa i criteri di accertamento v. *retro* nt. 28.3.1). Sul punto (con particolare riguardo alle donne di età inferiore ai dodici anni) cfr.: Durry, *Le mariage des filles impubères dans la Rome antique*, in *RIDA*. 2 (1955) 263 ss., e *Sur le mariage romain (Autocritique et mise au point)*, in *RIDA*. 3 (1956) 227 ss.; Reinach, *Puberté feminine et mariage romain*, in *RH*. 34 (1956) 268 ss.; García Garrido, « *Minor annis XII nupta* », in *Labeo* 3 (1957) 76 ss.; Tomulescu, *Virsta minima ceruta în dreptul roman pentru casatoria fetelor*, in *An. Univ. Bucaresti, St. Jur.* 18.1 (1969) 133 ss. — In ordine agli *spadones* il *matrimonium* era ritenuto possibile, a meno che il loro stato non derivasse da *castratio*: Ulp. D. 23.3.39.1; Iul. Ulp. D. 28.2.6 pr.-1; Marcian. D. 40.2.14.1. La dottrina dominante attribuisce la limitazione al diritto postclassico.

49.3.2. Sull'esogamia v. *retro* nt. 49.1. — Sui divieti di nozze tra *cognati* v.: Gai 1.59-63; I. 1.10.1-5; CTh. 3.12.1.3; CI. 5.4.26.2; Ulp. 5.6; Tac. *ann.* 15.5; Suet. *Claud.* 26.3. In argomento cfr. Castello, *Osservazioni sui divieti di matrimonio tra parenti ed affini*, in *RIL*. 1938-39; Modrzejewski, *Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis und nach römischem Recht*, in *ZSS*. 81 (1964) 52 ss.; Bonini, *Considerazioni in tema di impedimenti matrimoniali nel diritto postclassico e giustinianeo*, in *St. Biondi* 1 (1965) 485 ss. — Un senatoconsulto del 49 d.C. ammise eccezionalmente le nozze tra zio (*patruus*, zio paterno) e *neptis ex fratre* per permettere a Claudio di sposare Agrippina, figlia di suo fratello Germanico. Il divieto fu però ripristinato dalla legislazione cristiana, la quale ampliò il numero dei divieti di nozze tra *cognati* e introdusse anche gravi pene per i trasgressori. — Sui divieti di nozze tra *adfines* v.: Gai 1.63; D. 12.7.5.1; D. 23.2.14.4; CTh. 3.12.2; CI. 5.5.5.

tra loro correlati da preesistente *adfinitas*. La prima esigenza valeva anche in relazione agli *adrogati* e agli *adoptivi*: anzi, se un figlio adottivo veniva emancipato, sussisteva sempre l'impossibilità delle nozze con i parenti in linea retta (non con quelli in linea collaterale) della famiglia di adozione. Quanto alla *cognatio*: tra cognati in linea retta l'inammissibilità delle nozze valeva per tutti, tra *cognati* in linea collaterale essa valeva invece solo tra fratelli e tra zii e nipoti. Infine, in diritto preclassico si fece strada l'idea che un *matrimonium iustum* non potesse aver luogo, dopo lo scioglimento del primo matrimonio, nemmeno tra ciascuno degli ex-coniugi e gli ascendenti o discendenti immediati (genitori, figli) dell'altro coniuge: regola che in età postclassica fu, come vedremo, notevolmente allentata.

49.3.3. La « monogamia » implicava l'impossibilità di un *matrimonium* tra persone (una o ambedue) già sposate. Se una unione del genere si verificava, i casi erano due: o la nuova unione si surrogava al *matrimonium* precedente, implicando per fatti concludenti il suo scioglimento per *divortium*, e allora si trattava di nuovo *matrimonium*; oppure, non potendosi ritenere sciolto il primo matrimonio per *divortium*, la nuova unione aveva carattere di *adulterium*, cioè di unione extramatrimoniale. Comunque, l'editto pretorio trattò come *infames*, con tutte le conseguenze relative, coloro che avessero pubblicamente contratto *sponsalia* o *matrimonium* con due persone contemporaneamente. In diritto postclassico, sia perché il *matrimonium* era visto come un rapporto giuridico conseguenziale al negozio di *consensus* iniziale e sia perché la poligamia era una consuetudine di certe province che si voleva assolutamente sradicare, la « *bigamia* » fu punita addirittura come *crimen*.

49.3.4. Il « *connubium* » derivava dall'esigenza antichissima che i matrimoni avessero luogo solo tra persone appartenenti alla stessa

---

49.3.3. Sull'*adulterium* v. *infra* nt. 49.11.1 e 50.2.2. In tema cfr.: Guarino, *In difesa di Messalina*, in *Labeo* 20 (1974) 12 ss. — Sulla *bigamia* cfr.: Volterra, *Per la storia del reato di bigamia*, in *St. Ratti* (1933) 390 ss., e *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I*, in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1953) 139 ss.; Gualandi, *Intorno ad una legge attribuita a Valentiniano I*, in *St. De Francisci* 3 (1956) 175 ss.; Goria, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustinianeo e bizantino* (1975). — Sull'*infamia* per i bigami (e per coloro che avessero contratto doppi *sponsalia*) v. Iul. D. 3.2.1 (*retro* n. 24.6.1): *... quive suo nomine, non iussu eius, in cuius potestate esset, eiusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.*

49.3.4. Sul *connubium* e sui complessi problemi delle unioni con *peregrini* cfr.: Volterra, *La nozione giuridica del « connubium »*, in *St. Albertario* 3 (1953) 347 ss., *L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino*, in *St. Redenti* 2 (1951) 403 ss., e sv. « *Connubium* », in *NNDI*, V.: Ulp. 5.3.4; Gai 1.57. —

κοινή culturale. Alle origini l'ambito delle persone ammesse al *connubium* era tanto gelosamente limitato, che i *plebeii* ottennero la possibilità di unirsi matrimonialmente con i *patricii* solo dalla leggendaria *lex Canuleia* del 445 a.C. Ma col passare dei secoli le limitazioni furono sempre più ridotte. Comunque, in età classica, prima della *constitutio Antoniniana* del 212 d.C., la reciproca capacità matrimoniale era riconosciuta, di regola, solo tra *cives Romani* e tra *cives* e *Latini*: in casi di volta in volta determinati la si concedeva altresì tra *cives* e *peregrini* di certe categorie e particolarmente larghi furono i *principes* nei confronti dei militari, cui spesso concessero, a titolo di privilegio, il *connubium* con donne peregrine. L'estensione della *civitas Romana* a quasi tutti i cittadini dell'impero ridusse di molto, ovviamente, l'importanza del *connubium*.

49.4. La forma del *matrimonium* (primo tra gli elementi essenziali di questo comportamento negoziale) era libera. Non erano richiesti, dal punto di vista giuridico (anche se si trattava di esigenze fortemente sentite dal punto di vista sociale), né riti particolari di celebrazione, né modi peculiari di estrinsecazione dell'*affectio maritalis*. Tuttavia una forma normale del *matrimonium* vi era, pur se non obbligatoria. Essa era costituita dalla iniziale « *deductio uxoris in domum mariti* », dalla successiva abituale convivenza dei due oggetti sotto lo stesso tetto e, soprattutto, da quel complesso di reciproci riguardi e di manifestazioni di intimità cui si dava il nome di « *honor matrimonii* ». Il diritto postclassico, giusta la tendenza sua caratteristica a conferire importanza prevalente al *consensus* iniziale, svalutò fortemente il valore dell'*honor matrimonii*, anche sotto l'aspetto probatorio, ed attribuì molto rilievo alle forme di ini-

---

In ordine alle unioni non fondate sul *connubium* era particolarmente frequente la terminologia di « *matrimonium iniustum* »: D. 38.11.1 pr. Non romana invece, la denominazione di « *matrimonium iuris gentium* »: Corbett, « *Matrimonium iuris gentium* », in *LQR*. 44 (1928) 305 ss.

49.4. La *deductio in domum mariti* era un uso sociale, che poteva anche non essere realizzato, a cui si ricorreva come prova dell'inizio della convivenza matrimoniale. Tuttavia la prova del matrimonio si poteva raggiungere anche in altro modo: per es., mediante una *testatio* (v. Ulp. 3.3 ... *testatione interposita, quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit* [*rell.*]), o mediante un giuramento davanti ai *censores* (v. Gell. 4.20.3). Tuttavia, che la *deductio* fosse considerata praticamente indispensabile, è dimostrato dalla terminologia « *uxorem ducere* » per indicare l'andata a nozze del marito e « *nubere marito* » (coprirsi il capo di un velo nell'entrare in casa del marito) per l'andata a nozze della moglie. Alla *deductio* si ricorreva, pertanto, anche in assenza del marito (v. Pomp. D. 23.2.5: *Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii*).

zio della vita coniugale: la benedizione del sacerdote nei matrimoni tra cristiani e, specialmente, la redazione scritta di « *pacta nuptialia* », intesi al regolamento del regime patrimoniale del *matrimonium*.

49.5. La causa del *matrimonium* (altro elemento essenziale del negozio) consisteva nella funzione di stabilire tra i due coniugi (appartenenti, si ricordi, a due *familiae* diverse) una « *adfinitas* », una propinquità così stretta, da potersi ritenere formata, durante la loro convivenza, una nuova *familia*, di cui fosse capo il marito. Data la grande importanza del fenomeno, vari provvedimenti di governo intervennero, in vari tempi, a delimitare l'ambito di liceità della causa matrimoniale, vietando (con conseguenze di nullità) certe unioni contrarie ad esigenze ritenute di particolare importanza.

49.5.1. *Matrimonia* « *iniusta* » sotto il profilo della causa furono i seguenti: quello tra la moglie colpevole di *adulterium* ed il suo complice (vietato dalla *lex Iulia et Papia*); quello tra il tutore (nonché i suoi ascendenti e discendenti) e la pupilla, almeno sino alla resa del conto (ritenuto nullo per interpretazione giurisprudenziale); quello tra funzionario di governo in provincia e donne oriunde di quella provincia o ivi domiciliate, almeno sino alla cessazione dalla carica (vietato da *mandata* imperiali classici); quello tra *senatores* (nonché loro discendenti) e donne di condizione libertina o comunque umile (vietato in diritto classico e progressivamente ammesso in diritto postclassico); quello tra rapitore e rapita (vietato da costituzioni postclassiche); quello tra padrino e figlioccia (vietato da costituzioni postclassiche, in considerazione della parentela spirituale istituitasi

---

49.5. Sulla causa del *matrimonium* si vedano le definizioni riportate *retro* nt. 49.1. Lo scopo di generare figli non era compreso nella causa del *matrimonium*, particolarmente secondo la genuina concezione classica: Bonfante, *Corso* cit. 193.

49.5.1. In ordine ai *matrimonia iniusta* sotto il profilo della causa, si vedano: *a)* D. 23.2.43.12 e 13, Ulp. 13.2 (matrimonio dell'adultera su cui cfr.: Vitali, *Premesse romanistiche ad uno studio sull'« impedimentum criminis »* [*« adulterium » e divieti matrimoniali*], in *St. Scherillo* 1 [1972] 279 ss.; Goria, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustinianeo e bizantino* cit.); *b)* D. 32.2.59 e 60 (matrimonio con il tutore); *c)* D. 23.2.38 pr. e 65.1 (matrimonio del funzionario provinciale: cfr. Orestano, *La dote nei matrimoni « contra mandata »*, in *St. Bonolis* [1942] 100 ss.); *d)* Ulp. 13.2, D. 23.2.23, CI. 5.4.28 (matrimonio con senatorii su cui cfr.: De Robertis, *La condizione sociale e gli impedimenti del matrimonio nel Basso Impero*, in *AUBA*. 1939; Cardascia, *La distinction entre « honestiores » et « humiliores » et le droit matrimonial*, in *St. Albertario* 2 [1953] 653 ss.; da ultimo, Falcao, *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social en el Imperio Romano* [1973]); *e)* CTh. 9.24.1 (matrimonio col rapitore); *f)* CI. 5.4.26.2 (matrimonio col padrino); *g)* NovI. 5.8, 6.1.7, 22.42 (voto di castità); *h)* CTh. 3.7.2 = CI. 1.9.6 (cristiani ed ebrei; cfr. Solazzi, *Le unioni di cristiani ed ebrei nelle leggi del Basso Impero* [1939], ora in *Scr. dir. rom.* 4 [1962] 49 ss.).

tra i due); quello con persone che avessero pronunciato il voto di castità o preso gli ordini ecclesiastici maggiori (vietato da costituzioni postclassiche); quello tra cristiani ed ebrei (vietato, per considerazioni di carattere religioso, da costituzioni postclassiche).

49.6. La volontà coniugale (terzo elemento essenziale del *matrimonium*) era denominata in vario modo: « *consensus* », « *mens coeuntium* » o, più specificamente (con riguardo alla caratteristica impostazione dell'istituto *sub specie mariti*), « *affectio maritalis* ». Il *matrimonium* non era dato soltanto dalla materiale convivenza, ma anche e soprattutto dal concorso della volontà dei coniugi: « *nuptias non concubitus, sed consensus facit* ».

49.6.1. Come per gli altri atti di autonomia, il diritto classico deduceva, sino a prova contraria, l'esistenza della volontà dal comportamento esteriore: quindi, nella specie, dall'*honor matrimonii*. Diversa tendenza manifestò, come sempre, il diritto postclassico, tanto più che il *consensus* (quello iniziale) era da esso ritenuto impegnativo non solo per il presente, ma anche per il futuro, sino alla manifestazione della volontà di divorziare. Di qui una assai maggiore cura verso la individuazione della volontà vera dei soggetti, nonché verso i problemi, prima quasi del tutto trascurati, della simulazione di matrimonio e della formazione viziosa della volontà matrimoniale a causa di errore, di dolo, ma particolarmente di violenza morale.

49.6.2. Una peculiarità del negozio matrimoniale era di poter essere posto in atto non soltanto da persone *sui iuris*, ma anche da

---

49.6. Sull'*affectio maritalis* cfr.: Albertario, « *Honor matrimonii* » *e* « *affectio maritalis* » (1929), e *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustinianeo* (1931), ora in *St. dir. rom.* 1 (1933) 197 ss., 213 ss.; Longo (G.), « *Affectio maritalis* » (1939), ora in *Ric. rom.* (1966) 301 ss. V. Ulp. D. 24.1.32.13: *Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii (sibi) habebant..., puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae; non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio (rell.)*. Tuttavia, di fronte ad una consuetudine di vita di due persone di sesso diverso, si soleva presumere sino a prova contraria l'esistenza del *matrimonium* (v. Mod. D. 23.2.24, su cui: Orestano, *Sul matrimonio presunto in diritto romano*, in *ACIV.* 3 [1953] 47 ss.).

49.6.1. L'*affectio maritalis* presupponeva nei soggetti la capacità di intendere e di volere. Pertanto non era ammissibile la costituzione (o la prosecuzione) di un *matrimonium* quando fosse stata esercitata *vis compulsiva* o il coniuge fosse *furiosus*. Su questi temi (e sull'evoluzione postclassica): D'Ercole, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, in *SDHI.* 5 (1939) 18 ss.; Wyszynski, *De matrimonio romano ob metum contractum* (1962). V.: D. 23.2.22; D. 1.6.8; D. 23.2.16.2.

49.6.2. Sul cd. consenso del *pater familias* al *matrimonium* v. D. 23.2.35; D. 23.2.2; I. 1.10 pr. In argomento cfr.: Solazzi, *Le nozze della minorenne* (1916), *Dispute romanistiche* (1935), *P. Mich. inv. 508 e il matrimonio della « filia familias »* (1939), nonché *Per il matrimonio del « filius familias »* (1948), ora rispett.

persone *alieni iuris* in età pubere. Se i soggetti erano *sui iuris*, non sorgeva alcun problema circa la efficacia del loro *consensus*; solo si richiedeva la capacità di agire, il che implicava la impossibilità di andare a nozze per il *furiosus* e la necessità dell'*auctoritas tutoris* per la *mulier*. Se invece i soggetti erano (uno o ambedue) *alieni iuris*, non bastava il concorso della loro volontà (espressa a titolo di « mera capacità di agire »), ma era indispensabile, ai fini della istituzione di una valida convivenza coniugale, il concorso della volontà del *paterfamilias*. Una convivenza matrimoniale tra coniugi *alieni iuris* istituitasi contro il volere degli aventi potestà sarebbe stata una contraddizione in termini, perché il *pater* sarebbe potuto intervenire ad ogni momento a sciogliere la. La volontà dei coniugi doveva, dunque, essere confortata, almeno nel momento iniziale della vita coniugale, dal *consensus* del *paterfamilias*, forse di tutti gli ascendenti di sesso maschile che sarebbero potuti diventare, alla morte del *paterfamilias*, capi della famiglia essi stessi. Solo per il *pater* assente o prigioniero dei nemici si prescindeva dal *consensus*: ma il diritto giustinianeo stabilì che, in questa ipotesi, occorresse il decorso di almeno tre anni dall'allontanamento del *pater familias* da Roma. Ad evitare poi che il *consensus* fosse ingiustificatamente rifiutato, la *lex Iulia de maritandis ordinibus* ammise, per *favor matrimonii*, che gli aspiranti coniugi facessero ricorso al magistrato.

49.7. Una notevolissima importanza per la storia del matrimonio romano rivestì la cd. *lex Iulia et Papia*, termine con il quale

---

in *Scr. dir. rom.* 1 (1957) 147 ss., 3 (1960) 403 ss., 6 (1972) 523 ss., 105 ss.; Volterra, *Quelques observations sur le mariage des « filiifamilias »*, in *RIDA*. 1 (1948) 213 ss.; Matringe, *La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (sous l'Empire et en Occident)*, in *St. Volterra* 5 (1971) 191 ss. — Se il *paterfamilias* era *furiosus*, la *filia* poteva *nubere* senza il suo gradimento, mentre il *filius* non poteva *uxorem ducere*. Dopo molti dubbi insorti già in età classica, Giustiniano ammise a contrarre matrimonio anche il *filius familias*, purché intervenisse un'autorizzazione magistratuale: I. 1.10 pr. e Iust. CI. 5.4.25. — Per la *mulier sui iuris* era necessaria, in diritto classico, l'*auctoritas tutoris*. Il diritto postclassico richiese per la minorenne il *consensus* del padre (in mancanza, della madre o degli altri parenti): CI. 5.4.18 e 20.

49.7. Sulla legislazione matrimoniale augustea, in generale, cfr.: Longo (G.), sv. « *Lex Iulia de maritandis ordinibus* », e « *Lex Papia Poppaea* », in *NNDI*.; Astolfi, *La « lex Iulia et Papia »* (1970), con bibliografia, a cui *adde*, dello stesso a., *Note per una valutazione storica della « lex Iulia et Papia »* 39 (1973) 187 ss. V. *retro* n. 39.4. — Sui divieti matrimoniali delle leggi augustee, in particolare, v.: D. 23.3.23, 32, 44, 49; Ulp. 13.2; CI. 5.4; Novl. 78.3; Novl. 117.6. Cfr.: Volterra, *Il divorzio della liberta*, in *St. Riccobono* 3 (1936) 203 ss.; Dell'Oro, *Il divieto del matrimonio fra funzionario romano e donna della provincia*, in *St. Biondi* 2 (1965) 523 ss. Cfr. anche: Samper, *Sobre el destino del « ius liberorum » en el tardo derecho romano occidental* (1972).

la giurisprudenza classica soleva designare due *leges publicae* promosse da Augusto e tra loro complementari: la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (17 a.C.) e la *lex Papia Poppaea nuptialis* (9 d.C.). Salvo che in alcuni particolari di cui già si è detto, le due leggi non modificarono la struttura giuridica del *matrimonium iustum*. Il loro fine fu solo quello di indurre i Romani (più precisamente: gli uomini tra i 25 e i 60 anni e le donne tra i 20 e i 50 anni) a sposarsi e ad avere un numero minimo di figli (tre per gli *ingenui*, quattro per i *libertini*). Pertanto, a carico dei « *coelibes* », degli « *orbi* » e del « *pater solitarius* » furono stabiliti dei pesanti svantaggi, concretantisi soprattutto nella « *incapacitas* » successoria, di cui si è già parlato a suo luogo. Viceversa, a favore di coloro che avessero contratto « *matrimonium iustum ac legitimum* » furono concessi numerosi vantaggi di carattere personale ed economico: possibilità di ottenere le magistrature con anticipo sui tempi normalmente prescritti, esenzione dai « *munera publica* », esenzione delle donne dalla *tutela mulierum* e via dicendo. Un sistema, come si vede, assai severo, che era però mitigato dalla potestà attribuita al *senatus* e al *princeps* di concedere a titolo di beneficio il « *ius trium vel quattuor liberorum* » a coloro che non si trovassero in regola con la *lex Iulia et Papia*.

49.8. Lo scioglimento del matrimonio poteva dipendere: in primo luogo, dalla morte o dalla *capitis deminutio maxima* di uno dei coniugi; in secondo luogo, dal venir meno di un presupposto del negozio; in terzo luogo, dal venir meno di un elemento essenziale.

49.8.1. In ordine allo scioglimento per morte o *capitis deminutio maxima*, vi è solo da notare che il *ius postliminii* non si applicava al *matrimonium*. Il *captivus* che tornasse a Roma riacquistava la *patria potestas* sui figli concepiti prima della sua cattura, ma non riacquistava (né *ex tunc*, né *ex nunc*) lo stato di coniuge. Volendo riunirsi con la moglie, egli doveva dar vita a un nuovo matrimonio, ma i figli concepiti nel frattempo non ricadevano sotto la sua *pote-*

49.8. Sullo scioglimento del matrimonio in generale: Bonfante, *Corso* cit. 240 ss.

49.8.1. Sullo scioglimento per *captivitas* v.: D. 24.2.1: « *Dirimitur matrimonium... captivitate... utrius eorum* »; D. 24.2.6; D. 49.15.8 (itp.); Novl. 2.7.8. Cfr.: Ratti, *Studi sulla « captivitas »*, in *BIDR*. 35 (1927) 150 ss.; Levy, *Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten*, in *Gedächtnisschr. Seckel* (1927) 145 ss.; Kreller, *Die Ehe des römischen Kriegsgefangenen*, in *Juristische Blätter* 70 (1948) 284 ss.; Di Marzo, « *Dirimitur matrimonium captivitate* », in *St. Solazzi* (1948) 1 ss.; Watson, « *Captivitas* » *and* « *matrimonium* », in *T.* 29 (1961) 243 ss. — Sul *postliminium*: *retro* n. 23.4.2, e nt. 49.2.3.

stas: o erano *vulgo concepti* o erano *in potestate* dell'altro uomo con cui la moglie avesse frattanto, siccome le era lecito, convissuto matrimonialmente.

49.8.2. In ordine allo scioglimento per deficienza sopravvenuta di un presupposto, le ipotesi pratiche di cui occorre far parola sono due: l'*incestum superveniens* e il venir meno del *connubium*. Si aveva « *incestum superveniens* » quando uno dei due coniugi divenisse per adozione *filius familias* dell'altro (o del *paterfamilias* di costui): come non sarebbe stato possibile istituire il *matrimonium* tra i due, così non era possibile continuarlo. Veniva meno il *connubium* quando uno dei coniugi perdesse la *civitas Romana* e divenisse *peregrinus* (*sine iure connubii*). Ma già in età tardo-classica, causa lo scadimento del *connubium*, l'esigenza di considerare rotto il *matrimonium* per sopravvenuta mancanza di quel presupposto fu poco sentita; in età post-classica, man mano che si consolidò la concezione del matrimonio come rapporto derivante dal consenso iniziale, si ritenne sufficiente che il *connubium* vi fosse stato nel momento del *consensus* e pertanto si escluse lo scioglimento del vincolo nella maggior parte dei casi.

49.8.3. In ordine allo scioglimento per deficienza sopravvenuta di un elemento essenziale, le possibilità da considerare sono: quella della sopraggiunta illiceità della causa matrimoniale (che si verificava, ad esempio, quando il marito di una liberta diventava senatore) e quella del venir meno nei coniugi, o in uno di essi, dell'*affectio* coniugale. Nella prima ipotesi il *matrimonium* veniva meno *ipso iure*; nella seconda ipotesi si verificava il « *divortium* ».

49.9. Il *divortium* fu concepito in maniera, almeno tendenzialmente, diversa nel periodo classico e in quello postclassico.

49.8.2. Sull'*incestum superveniens* v. I. 1.10.2: *...Sed si qua per adoptionem soror tibi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiae consistere non possunt: cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, poteris eam uxorem ducere: sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum ante filiam suam emancipare: et si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium emancipare.* — Sulla perdita del *connubium* per perdita della *civitas Romana* v. *retro* n. 23.5.2. L'*aqua et igni interdictio* (venuta praticamente meno in periodo classico) sicuramente comportava l'invalidazione del *matrimonium*. Dubbio è se l'invalidazione fosse comportata anche dalla *deportatio in insulam*, che pure sembra implicasse l'*amissio civitatis*: per lo meno a partire da Costantino (Novl. 22.13) fu stabilito espressamente che il matrimonio non si sciogliesse per *deportatio*. Sul punto, Schiavone, « *Matrimonium* » *et* « *deportatio* », *Storia di un principio*, in *ANA*. 1967, con bibliografia. V. anche *retro*, n. 49.3.4.

49.8.3. Sulla illiceità sopravveniente della causa matrimoniale (che fu negata da Giustiniano) v. Iust. CI. 5.4.28.

49.9. Sul *divortium* v.: D. 24.2; CTh. 3.16; CI. 5.17; Novl. 22, 117, 123,

49.9.1. Nella concezione classica, il *divortium* (da « *divertere* ») era il fatto giuridico della cessazione, in uno o in ambedue i coniugi, dell'*affectio*: non rilevava cioè che vi fosse una volontà specifica di divorziare, purché esistesse e fosse certo il dato di fatto della cessazione della volontà matrimoniale. Tuttavia, data la rilevanza del *divortium* particolarmente riguardo allo stato dei figli, la prassi sociale e la giurisprudenza concorsero nel far sì che il *divortium* si effettuasse di solito, a scanso di equivoci e di conseguenze svantaggiose, mediante una manifestazione di volontà *ad hoc*, cioè mediante un negozio giuridico di accertamento della cessazione del *consensus*. Il *divortium*, pertanto, si desumeva: o da comportamenti incompatibili con l'*affectio* coniugale (es.: la separazione di letto e di mensa, la sottrazione furtiva di cose del marito da parte della moglie), o da una dichiarazione unilaterale recettizia (generalmente trasmessa « *per nuntium* » o « *per litteras* ») di « *repudium* ». In genere, se si ricorreva alla dichiarazione di *repudium*, questa era fatta da un sol coniuge all'altro (il più delle volte, per uso sociale, dal marito) ed era sufficiente ad accertare la fine del *consensus*. La legislazione augustea favorì indirettamente questa prassi, comminando svantaggi a carico della liberta che avesse divorziato *invito patrono* e a carico del coniuge che non avesse comunicato il *repudium* con certe particolari modalità.

49.9.2. Nella concezione postclassica, conforme alla tendenza di ravvisare nel *matrimonium* un effetto giuridico del *consensus* iniziale, il *divortium* fu progressivamente identificato con il *repudium* espli-

---

127, 134, 140. Cfr.: Volterra, sv. « *Divortium* », in *NNDI.*, con bibliografia; Biondi, *Diritto romano cristiano* cit., 3, 151 ss.; Andréev, *Divorce et adultère dans le droit romain classique*, in *RH.* 35 (1957) 1 ss.; Meira, *A legislação romana do divorcio*, in *Romanitas* 3 (1961) 119 ss.

49.9.1. Sulla terminologia del *divortium* cfr.: Caes, *La terminologie du divorce dans les textes juridiques latins et les constitutions grecques de Justinien*, in *Scrinium Lovaniense* 1961. Si v. Gai D. 24.2.2 pr. e 1: *Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium. In repudiis autem... comprobata sunt haec verba « tuas res tibi habeto », item haec « tuas res tibi agito »*. Altre formule di *repudium* sono attestate dalle fonti: all'istituto si soleva ricorrere, oltre che per comunicare la desistenza dalla volontà matrimoniale, anche per comunicare la rottura degli *sponsalia*. — Sulle limitazioni imposte dalla legislazione augustea cfr.: Volterra, *Intorno a D. 48.5.44(43)*, in *St. Biondi* 2 (1965) 123 ss., e *Sul divorzio dalla liberta* cit.; Solazzi, *La legge augustea sul divorzio della liberta e il diritto civile* (1948), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1971) 85 ss. — Su talune conseguenze del divorzio cfr.: Bonini, *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, in *AG.* 181 (1971) 24 ss.

49.9.2. Sul *divortium* postclassico cfr.: Biondi, *Diritto romano cristiano* cit. 3. 151 ss.; Bonini, *Il divorzio consensuale dalla Novella Iustiniani 117.10 alla Novella Iustini 140*, in *BIDR.* 75 (1972) 41 ss.; Kaser, *Privatrecht* 2.174 ss.

cito, e il negozio giuridico relativo non fu più ritenuto un negozio di accertamento della fine del *matrimonium*, ma fu considerato un negozio costitutivo di quell'effetto. Inoltre, per influsso delle idee cristiane, il *divortium*, senza essere vietato, fu fortemente ostacolato dalla legislazione imperiale. I predecessori di Giustiniano ammisero la piena libertà del *divortium* solo quando si trattasse di « *divortium communi consensu* », cioè consensualmente deliberato dai coniugi, mentre limitarono il *divortium* unilaterale ai soli casi in cui esso fosse richiesto in base ad una « *iusta causa* », cioè in base ad una colpa commessa dall'altro coniuge. Più rigoroso fu Giustiniano, il quale concesse libertà di divorzio solo in alcune ipotesi eccezionali di « *divortium bona gratia* » (obiettivamente giustificato da un voto di castità, dalla prigionia di guerra dell'altro coniuge, dalla sopravvenuta impotenza di lui), limitò il « *divortium ex iusta causa* » a pochissimi casi di colpa coniugale e sanzionò con la perdita dei diritti sulla dote (o sulla *donatio propter nuptias*) sia la richiesta di « *divortium sine causa* » che la stessa richiesta di « *divortium communi consensu* »; la medesima sanzione fu comminata per il coniuge riconosciuto colpevole « *ex iusta causa* ».

49.10. Fino al termine dell'età classica il *ius privatum* non fu contrario, anzi si mostrò sempre più favorevole alle *secundae nuptiae*. Unica limitazione, antichissima, fu costituita dal cd. « *tempus lugendi* », cioè da un periodo di dieci mesi di lutto imposto dal costume sociale alla vedova. Le *leges Iulia et Papia*, per agevolare le seconde nozze, addirittura comminarono la *incapacitas* al marito sin quando si risposasse ed alla moglie che non provvedesse a rimaritarsi nei due anni dalla morte del marito o nei diciotto mesi dal *divortium*. Ma il diritto postclassico, per influenza delle idee cristiane, mutò orientamento. Il *tempus lugendi*, portato a dodici mesi, fu esteso

---

49.10. Sulle *secundae nuptiae* cfr.: Yaron, « *Ad secundas nuptias convolare* », in *Symb. David* 1 (1968) 263 ss.; Humbert, *Le remariage à Rome, Étude d'histoire juridique et sociale* (1972). — Sul *tempus lugendi* v.: D. 3.2.11.1-2; CI. 5.9.2; CI. 5.17.8.4 e 9. Cfr.: Kübler, sv. « *Luctus* », in *PW.*; Volterra, *Osservazione sull'obbligo del lutto nell'editto perpetuo*, in *RISG.* 8 (1933) 171 ss., e *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*, in *St. Albertoni* 1 (1935) 339 ss.; Rasi, « *Tempus lugendi* », in *Scr. Ferrini Milano* 1 (1947) 393 ss. — Due *Sc. de partu adgnoscendo*, il *Plancianum* dell'età di Vespasiano e un altro di proponente ignoto dell'età di Adriano, regolarono l'ipotesi dell'accertamento del parto, sia tra divorziati che tra gli stessi coniugi, ad evitare il pericolo dell'abbandono o della supposizione di parto. V. D. 25.3.3.1. Cfr.: Lanfranchi, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, 1. - *L'« agere ex Senatusconsultis de partu adgnoscendo »* (1953); da ultimo, Sciascia, *Il senatoconsulto Planciano sui figli nati dopo il divorzio*, in *Atti Sem. Perugia* (1972) 243 ss.

anche alla donna divorziata e le seconde nozze furono contrastate, soprattutto nei confronti di chi venisse a trovarsi in condizione di « *parens binubus* », avendo avuto figli dal primo matrimonio. Il colmo del rigore fu raggiunto da Giustiniano, che fissò a carico dei binubi un sistema severo di « *poenae secundarum nuptiarum* ».

49.11. Unione paramatrimoniale era il *concubinatus*, cioè l'unione manifesta e continuata tra due persone di sesso diverso, che fosse priva del carattere di *matrimonium*. In astratto, il concubinato poteva aversi quando due soggetti convivessero *more uxorio*, ma facesse difetto qualche presupposto o qualche elemento essenziale del negozio matrimoniale. Ma il *concubinatus* giuridicamente rilevante postulava la presenza di tutti i presupposti del *matrimonium* e differiva da quest'ultimo solo nell'elemento della causa o in quello della volontà: nell'elemento della causa, quando la convivenza si realizzasse tra persone cui fosse vietata, con conseguenze di nullità, l'unione matrimoniale; nell'elemento della volontà, quando la convivenza fosse cementata da un'*affectio* diversa (e meno intensa) da quella coniugale.

49.11.1. Rilevanza giuridica, nei limiti ora indicati, acquistò il *concubinatus* solo in relazione alla *lex Iulia et Papia* ed alla *lex Iulia de adulteriis* del 18 a.C. La legislazione *de maritandis ordinibus* vietò, come sappiamo, determinate unioni (es.: tra senatori e *libertinae*). La legge *de adulteriis*, riordinando dal punto di vista penalistico tutta la materia dei rapporti extramatrimoniali, qualificò come *crimina*, perseguibili davanti ad un'apposita *quaestio de adulteriis*, tre tipi di unioni sessuali: l'« *adulterium* », cioè l'unione con donna maritata; l'« *incestum* », cioè l'unione tra parenti e affini; lo « *stuprum* », cioè l'unione con donna nubile o vedova (« *virgo vel vidua* »), salvo che si trattasse di una *libertina*, di una donna di facili costumi o di una donna « *obscuro loco nata* ». L'ovvia reazione fu che, quando una unione (non incestuosa) a carattere stabile intervenisse in ipotesi di *matrimonia* nulli o con donne « *in quas stuprum non committitur* », nel primo caso non si potesse parlare (per difetto di causa matrimo-

---

49.11. Sul *concubinatus* cfr.: Castello, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo antico* (1940); Gaudemet, *La decision de Callixte en matière de mariage*, in *St. Paoli* (1955) 339 ss.; Tomulescu, *Justinien et le concubinat*, in *St. Scherillo* (1972) 299 ss.; Volterra, sv. *Concubinato* (*dir. rom.*), in *NNDI.* con altra bibliografia. Per le fonti v.: D. 25.7; CI. 5.26.

49.11.1. Sulla concezione classica del *concubinatus*, v. Ulp. D. 25.7.1.1: *Cum Atilicino sentio et puto solas eas in concubinatu* [*habere*] < *haberi* > *posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur.* — Per la letteratura sull'*adulterium* (e l'*incestum* e lo *stuprum*): *infra* nt. 50.2.2.

niale) e nel secondo caso solitamente non si parlasse (per difetto di *affectio maritalis*) che di mero « *concubinatus* ». E a questo spunto seguirono, anche in relazione ai successivi divieti matrimoniali, ulteriori sviluppi, sin che il *concubinatus* fu concepito, in età classica avanzata, come una sorta di surrogato del *matrimonium*, al quale talora si ricorse per evitare le seconde nozze o per aggirare il principio monogamico, quindi per evitare la bigamia.

49.11.2. Più lontano di questa generica qualificazione del *concubinatus*, come unione paramatrimoniale non incriminabile, il diritto classico probabilmente non andò. In diritto postclassico l'istituto ottenne invece, per motivi diversi, un progressivo riconoscimento giuridico. In primo luogo, esso fu esteso sino a ricomprendere ogni unione durevole, senza carattere matrimoniale, anche con donne *ingenuae et honestae*, senza cioè più tener conto, in considerazione della durevolezza del legame, dello *stuprum* implicato da siffatte situazioni. In secondo luogo, i figli dei concubini furono differenziati dagli altri prodotti di unioni extramatrimoniali (che erano « *vulgo concepti* », e perciò attribuiti esclusivamente alla madre). Essi vennero qualificati come « *liberi naturales* » di ambo i concubini e il loro riconoscimento da parte del *pater* venne reso possibile attraverso il nuovo istituto della « *legitimatio* »: o « *per subsequens matrimonium* » tra i genitori, o « *per rescriptum principis* » impetrato particolarmente dal padre, o « *per oblationem curiae* » (la quale ultima si verificava quando il padre presentasse il figlio come decurione alle curie municipali, assegnandogli anche un certo patrimonio, oppure facesse sposare la figlia con un decurione, assegnandole una dote).

49.12. Non unione (*coniunctio maris et feminae*), ma pur sempre costituzione di un vincolo tra persone di sesso diverso, furono gli

---

49.11.2. Sulla concezione postclassica del *concubinatus* v. D. 25.7.3 pr. (itp.): *In concubinatu potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. Alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. Sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.* — Sui *liberi naturales* e sulla *legitimatio* cfr.: Lanfranchi, *Premesse terminologiche a ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, in *SUC.* 1946; Janeau, *De l'adrogation des « liberi naturales » à la légitimation par rescript du prince* (1947); Biondi, *Diritto romano cristiano* cit. 3. 189 ss.; Schers, sv. « *Legitimatio* », in *PW.*; Niziolek, *Meaning of the phrase « liberi naturales » in Roman law up to Constantine's reign*, in *RIDA.* 30 (1975) 317 ss.

49.12. Sugli *sponsalia* cfr.: Gaudemet, *La conclusion des fiançailles à l'époque préclassique*, in *RIDA.* 1 (1948) 79 ss., e *L'originalité des fiançailles romaines*, in *Iura* 6 (1955) 47 ss.; Kupiszewski, *Das Verlöbnis im altrömischen Recht*, in *ZSS.* 77 (1960) 125 ss., e *Studien zum Verlöbnis im klassischen römischen Recht* 1, in *ZSS.* 84 (1967) 70 ss.; Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR.* 40

sponsalia. È 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. « *arrhae sponsaliciae* », 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*.

50. Gli effetti del « matrimonium ».

50.1. Nel discorrere di effetti del *matrimonium* (*sine manu*) *iustum*, occorre ancora una volta tener ben distinta la concezione classica dalla tendenziale configurazione postclassica dell'istituto.

50.1.1. Nella concezione classica (del resto, si ripete, fondamentalmente rispettata anche nell'età successiva), il *matrimonium* era

---

(1932) 87 ss., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, in *St. Jemolo* (1962) 639 ss., e sv. *Sponsali* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Biondi, *Diritto romano cristiano* cit., 3. 107 ss.; Astolfi, *Il fidanzamento nella « lex Iulia et Papia »*, in *St. Volterra* 3 (1971) 671 ss. Per le fonti v.: D. 23.1; CI. 5.1. Definizione in Flor. D. 23.1.1: *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*. — Sulle *arrhae sponsaliciae*: Volterra, sv. « *Arrha sponsalicia* », in *NNDI.*, con l'altra letteratura su questo specifico tema.

50.1. Sugli effetti del *matrimonium*, oltre alla letteratura già citata *retro* nt. 49.1, cfr. spec.: Bonfante, *Corso* cit. 207 ss.

50.1.1. Sull'*adfinitas* cfr., in generale: Galeno, sv. *Parentela e affinità* (*dir. rom.*), in *NNDI.* Per la nostra ricostruzione cfr. Guarino, « *Adfinitas* » (1939), ove si dimostra che in diritto classico (e ancora ai tempi della compilazione dei *Vaticana fragmenta*) l'*adfinitas* era ritenuta intercorrente tra i coniugi e, *manente matrimonio*, tra ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati dell'altro (Vat. 218 e 262). Contro la sussistenza dell'*adfinitas* tra i coniugi, cfr., da ultimo: Branca, sv. *Affinità* (*dir. rom.*), in *ED.* Le difficoltà che tuttora si sollevano contro la nostra ricostruzione dell'*adfinitas* classica dipendono non solo da valutazione critica a nostro avviso inaccettabile delle fonti, ma sopra tutto dall'errore di credere che il *matrimonium* (*sine manu*) fosse in diritto classico un negozio produttivo di un « vincolo » tra i coniugi. Nulla di tutto questo. Il rapporto tra i coniugi era strettamente correlato alla conti-

un negozio consistente nel vivere consensualmente insieme, nei modi usualmente caratteristici dell'*honor matrimonii*. Ma vi erano, importantissimi, anche effetti riflessi del negozio: relativamente alle persone dei coniugi, relativamente ai *cognati* dei coniugi, relativamente al destino giuridico dei figli. Erano effetti « riflessi » perché non derivavano (né sarebbero potuti derivare) direttamente dall'accordo dei coniugi, ma dipendevano da un fatto giuridico inevitabilmente connesso alle *nuptiae*: il fatto dell'« *adfinitas* », cioè della propinquità venuta a determinarsi tra i coniugi e tra ciascun coniuge e i parenti dell'altro. Dato che il *matrimonium* (*sine manu*) non implicava una *potestas* nel senso proprio del termine, era l'*adfinitas*, e in primissimo luogo la « familiarità » tra i coniugi, a giustificare, tra l'altro, la regola per cui i figli concepiti in costanza di matrimonio andavano sotto la *potestas* del loro padre (o del *paterfamilias* di lui). E fu concezione indubbiamente piuttosto approssimativa, ma altrettanto indubbiamente assai meno rudimentale di quella del « chi semina raccoglie » che aveva giustificato questo effetto giuridico alle origini del *matrimonium sine manu*.

50.1.2. Nella tendenziale concezione del diritto postclassico, il *matrimonium* era un complesso di rapporti giuridici scaturenti dal *consensus* iniziale. Pertanto, quelli che classicamente erano effetti riflessi furono concepiti come effetti diretti del *consensus*, come espressione caratteristica del *matrimonium*. E siccome il *matrimonium* era oramai considerato come non risolubile, almeno di regola, per volontà dei coniugi, l'*adfinitas* passò ad essere intesa come una sorta di stabile parentela, oltre e più che tra i coniugi (legati questi dal « *consortium omnis vitae* » e dalla « *humani et divini iuris communicatio* », in cui si risolveva il *matrimonium*), tra ciascun coniuge e i *cognati* dell'altro. L'*adfinitas* con i parenti dell'altro coniuge, che per diritto classico veniva meno (salvo talune eccezioni) con lo scioglimento del *matrimonium*, fu anzi ritenuta dal diritto postclassico perdurante fino alla morte.

---

nuità della fattispecie giuridica del *matrimonium*: la moglie, anche se entrava *in domum mariti*, rimaneva giuridicamente partecipe della sua propria *familia*. Si spiega dunque che anche tra i *coniuges*, e solo *manente matrimonio*, altro non vi fosse e non potesse esservi che la generica *adfinitas*.

50.1.2. Per la concezione postclassica dell'*adfinitas* v. Mod. D. 38.10.4.3: *Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniugendae adfinitatis causa fit ex nuptiis.* Il testo non è itp., ma nel discorso originario di Modestino non aveva la portata generale che ha assunto nei *Digesta*: Guarino, « *Adfinitas* » cit. 33 ss.

50.2. Gli effetti del *matrimonium* nei riguardi delle persone dei coniugi si concentravano in un certo novero di diritti e doveri reciproci e in qualche divieto riconnesso all'*adfinitas*. Il quadro non mutò di molto in diritto postclassico, salvo che per una serie di ritocchi ispirati al principio secondo cui i coniugi si dovevano mutua « *reverentia* ».

50.2.1. Per effetto del matrimonio insorgeva, anzitutto, liberamente accettata dalla moglie, una sorta di « autorità maritale » del coniuge maschio o, per suo conto e nel suo interesse, del *paterfamilias* di lui. La moglie, infatti, assumeva la condizione sociale del marito, doveva necessariamente adattarsi a vivere nel suo *domicilium* e in casa sua, non poteva allontanarsi ingiustificatamente dal tetto domestico, sempre che non fosse per *divortium*. A tutela di questa sua autorità nei confronti dei terzi, il marito usufruiva, per concessione del *ius honorarium*, degli *interdicta* « *de exhibenda ac ducenda uxore* »: il primo per ottenergli che gli fosse esibita la moglie da chi la ospitasse contro il suo volere (e ciò anche se costui fosse il *pater* della *uxor*), il secondo per vietare che gli fosse portata violentemente via la moglie dal domicilio domestico da chi fosse sospetto di volerlo fare.

50.2.2. Nei confronti del marito la moglie era inoltre tenuta alla fedeltà. Quest'obbligo era consuetudinariamente sanzionato, dai più

50.2. Sugli effetti del *matrimonium* tra i coniugi, le fonti rilevano che la donna acquistava la posizione sociale del marito specialmente per il rango senatorio: D. 1.9.1.1; CI. 5.4.10. Cfr. in generale: Gaudemet, *Aspetti comunitari del regime matrimoniale romano*, in *Ius* 12 (1961) 1 ss. — Sulla *reverentia* coniugale cfr.: Zanzucchi, *Il divieto delle azioni famose e la « reverentia » tra coniugi in dir. romano*, in *RISG.* 42 (1906) 1 ss., 47 (1910) 3 ss. Nella concezione postclassica, l'esercizio di azioni infamanti tra i coniugi era proibito; nella concezione classica, esso era indice di *divortium* (cfr. tuttavia: Kretschmar, *Kritik der Interpolationenkritik*, in *ZSS.* 59 [1939] 189 ss.).

50.2.1. Sull'autorità maritale (*sine manu*) cenni già *retro* n. 47.5. — Per gli *interdicta de uxore exhibenda item ducenda* v. Herm. D. 43.30.2: *Immo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater, etiam qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.* I due interdetti erano strettamente analoghi a quelli *de liberis exhibendis ac ducendis* (cfr. *retro* nt. 47.2): il primo esibitorio, il secondo proibitorio (*vim fieri veto*). V. anche: CI. 5.4.11; PS. 5.6.15.

50.2.2. Sulla repressione dell'*adulterium* cfr.: Ferrini, *Diritto penale romano* (1909) 306 ss.; Volterra, *Per la storia dell'« accusatio adulterii iure mariti vel patris »*, in *SUC.* 1928; Corsanego, *La repressione romana dell'adulterio* (1936); De Dominicis (M.A.), *Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare « constante matrimonio » la moglie adultera*, in *SDHI.* 16 (1950) 211 ss.; da ultimi, Chiazzese, sv. « *Adulterium* » (*dir. rom.*), in *NNDI.* e Branca, sv. *Adulterio* (*dir. rom.*), in *ED.* con altra letteratura, a cui *adde* Goria, *La Nov. 134.10.12 di Giustiniano e l'assunzione coattiva dell'abito monastico*, in *St. Grosso* 6 (1974) 55 ss. La donna non poteva intentare accusa di adulterio contro il marito: CI. 9.9.1. — Sulla *lex Iulia de adul-*

antichi tempi, con la reazione familiare dello stesso marito: reazione ammessa, sino agli estremi dell'uccisione, non solo nel *matrimonium cum manu*, ma anche in quello *sine manu*. La *lex Iulia de adulteriis*, nel conferire la qualifica di *crimen* (perseguibile con la « *quaestio de adulteriis* ») all'infedeltà della moglie, fece espressamente salvo l'antico diritto di repressione familiare. Quanto al marito, la sua infedeltà non fu mai considerata giuridicamente rilevante: venne solo considerata, in taluni casi, come esimente o come attenuante dell'*adulterium* della moglie.

50.2.3. Addentellato patrimoniale di questa sottoposizione, sia pur larvata, della moglie al marito era la « *praesumptio Muciana* », così detta perché formulata da Q. Mucio Scevola. Tutti gli incrementi patrimoniali ottenuti dalla moglie *constante matrimonio* si presumevano fatti, sino a prova contraria, a favore e per conto del marito: regola chiaramente imitativa, nei limiti del possibile, di quella valevole *ab antiquo* per i sottoposti del *paterfamilias*.

50.2.4. Per antichissima tradizione, era considerata inammissibile, in costanza di matrimonio, la « *donatio inter virum et uxorem* ». La vecchia regola fu ripresa e riversata in un espresso divieto (la cui violazione importava la nullità del negozio) dalle *leges Iulia et Papia*, le quali si preoccupavano di evitare che i coniugi privi di figli o sposati *contra legem* potessero aggirare l'ostacolo dell'*incapacitas*, facendosi donazioni in vita. Nell'interpretazione della giurisprudenza classica, erano eccettuate dal divieto le liberalità di modico valore ed erano considerate solo provvisoriamente invalide le donazioni reali fatte « *divortii causa* » (in previsione di scioglimento del *matrimonium* per divorzio) o « *mortis causa* » (in previsione della premorienza del

---

teriis coërcendis v.: D. 48.5; CI. 9.9. Per la letteratura, cfr.: Longo (G.), sv. « *Lex Julia de adulteriis coërcendis* », in *NNDI.*, a cui *adde* Thomas, « *Lex Julia de adulteriis coërcendis* », in *Ét. Macqueron* (1970) 637 ss. — Sullo *stuprum* cfr.: Pfaff, sv. « *Stuprum* », in *PW.*; Molè, sv. « *Stuprum* », in *NNDI.* — Sull'*incestum* cfr.: Guarino, *Studi sull'« incestum »*, in *ZSS.* 63 (1943) 175 ss.

50.2.3. Sulla *praesumptio Muciana* cfr.: Donatuti, *Le « praesumptiones iuris » in diritto romano* (1930) 15 ss.; Kaser, « *Praesumptio Muciana* », in *St. De Francisci* 1 (1956) 215 ss. D. 24.1.51 è itp. nel finale.

50.2.4. Sul cd. divieto delle donazioni fra i coniugi v.: D. 24.1; CI. 5.16. Cfr.: Dumont, *Les donations entre époux* (1928); Lauria, *Il divieto delle donazioni fra coniugi*, in *St. Albertoni* 2 (1937) 511 ss.; Aru, *Le donazioni fra coniugi* (1938); Scherillo, *Sulle origini del divieto delle donazioni tra coniugi*, in *St. Solmi* 1 (1941) 171 ss.; Giuffrè, *Vicende del divieto di « donatio inter virum et uxorem »*, in *ANA.* 1972; D'Ors, « *Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita* », in *St. Scherillo* (1972) 471 ss. — Sull'*oratio Severi* (*de donationibus inter virum et uxorem*) cfr.: Giuffrè, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante « conversione » in diritto romano* (1965) 240 ss.

donante). Una *oratio Severi* del 206 d.C. giunse a dichiarare convalidate alla premorienza del donante anche le donazioni prive della clausola « *mortis causa* », a meno che il donante le avesse espressamente revocate prima di morire.

50.2.5. Se un coniuge rubava all'altro, il derubato non aveva a sua disposizione l'*actio furti*, ma solo una *condictio* (*reipersecutoria*) da esercitarsi comunque *soluto matrimonio*. L'azione in parola era denominata, quando fosse promossa dal marito contro la moglie, « *actio rerum amotarum* ». Si trattava di un mezzo giudiziario introdotto dal *ius honorarium*, in periodo preclassico, relativamente, in origine, all'ipotesi di scioglimento di un *matrimonium cum manu* (in ordine al quale il *furtum* del marito alla moglie, che non era *sui iuris*, era evidentemente impensabile). Giustiniano riformò il regime, nel senso di ammettere l'esercizio dell'*actio reipersecutoria* in costanza di matrimonio e di ammettere altresì che *soluto matrimonio* l'*actio furti* fosse liberamente esperibile.

50.2.6. A partire da Antonino Pio, se la moglie agiva in giudizio contro il marito, la eventuale *condemnatio* di quest'ultimo era limitata, ad evitare l'*infamia*, all'« *id quod reus facere potest* ». Il beneficio fu poi esteso, in età postclassica, anche alla *uxor* convenuta in giudizio dal marito.

50.3. Nei riguardi dei figli, dal fatto che questi fossero stati concepiti in costanza di *matrimonium iustum* derivava la

---

50.2.5. Sull'*actio rerum amotarum* cfr., da ultimi: Wacke, « *Actio rerum amotarum* » (1963); Guarino, « *Res amotae* », in *ANA*. 1966.

50.2.6. Sulla *condemnatio* limitata tra coniugi v. D. 42.1.20 (itp.): *... Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus in quantum facere potest condemnandus est ex divi Pii constitutione:* [*quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio*]. Sul punto cfr.: Levet, *Le bénéfice de compétence* (1927) 22 ss., 36 ss.; Guarino, *La condanna nei limiti del possibile* (1975) 55 ss.

50.3. Sulla filiazione cfr.: Lanfranchi, *Premesse terminologiche a ricerche sulle azioni di stato nella filiazione* cit., *Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione*, in *St. Albertario* 1 (1951) 739 ss.; Volterra, sv. *Filiazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Pecorella, sv. *Filiazione* (*parte storica*), in *ED.* — Conseguenza della presunzione di nascita in costanza di matrimonio era che, se il figlio fosse nato prima della decorrenza dei 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. A titolo eccezionale gli imperatori concessero talvolta delle esenzioni dal termine dei 300 giorni. Si narra che Adriano abbia riconosciuto la legittimità di un figlio nato ad una donna di costumi notoriamente onesti 11 mesi dopo la morte del marito. Comunque, queste regole erano di natura presuntiva e potevano essere smentite mediante la prova contraria. Si ammise, pertanto, che si potesse sostenere la non legittimità di un figlio mediante la prova della lunga assenza o incapacità coniugale del padre. In argomento, v. spec. Ulp. D. 38.16.3.11-12.

conseguenza importantissima ch'essi fossero «*filii iusti*», quindi appartenenti alla *familia* del padre e sottoposti alla *potestas* di lui o del suo *paterfamilias*. Si presumeva concepito *constante matrimonio* il figlio nato almeno 182 giorni dopo l'inizio della convivenza coniugale e non oltre i 300 giorni dallo scioglimento del *matrimonium*.

50.3.1. L'attribuzione del figlio al padre era implicata dalla convivenza coniugale di costui con la madre: «*pater is est quem nuptiae demonstrant*». Non era conosciuta né un'azione del padre per il disconoscimento del figlio, né un'azione del figlio per l'accertamento della sua legittimità. Il padre infatti, in virtù della *potestas* (sua o del suo *pater familias*), avrebbe potuto, almeno teoricamente, anche uccidere il figlio che non intendesse riconoscere. Nell'uso sociale invalse la pratica che il *pater* manifestasse la sua conferma della legittimità del figlio, raccogliendo il neonato da terra, ove esso era stato disteso ai suoi piedi («*tollere liberum*»): l'astensione da questo atto (se ed in quanto lo si fosse concretamente preparato) valeva come disconoscimento della paternità.

50.4. L'*adfinitas* tra ciascun coniuge ed i *cognati* dell'altro sussisteva, in età classica, 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 eccezionalmente una ultraattività del vincolo di *adfinitas* dopo lo scioglimento del *matrimonium*, al fine di impedire, come si è visto, le nozze tra il coniuge superstite e i parenti prossimi dell'altro coniuge.

50.3.1. Sulla presunzione di paternità, cfr.: Solazzi, «*Pater is est quem nuptiae demonstrant*» (1956), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 651 ss.; Lanfranchi, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, 2. - *La cd. presunzione di paternità*, in *PUMO.* 1964, *D. 2.4.5* «*Pater is est...*»: «*regula*» o «*definitio*»?, in *AG.* 175 (1968) 272 ss., e *Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico*, in *St. Volterra* 4 (1971) 105 ss. La regola «*pater is est (rell.)*» si legge appunto in Paul. D. 2.4.5. — Sul *tollere liberum* e sulla «*nominis impositio*», oltre i citati scritti del Lanfranchi cfr.: Perozzi, «*Tollere liberum*» (1915), ora in *Scr. giur.* 3 (1948) 95 ss.; Volterra, *Un'osservazione in tema di «tollere liberos»*, in *Fs. Schulz* 1 (1951) 388 ss., e *Ancora in tema di «tollere liberos»*, in *Iura* 3 (1952) 216 s.; Lanfranchi, «*Lustratio*» *e* «*nominis impositio*», in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 384 ss.

50.4. Sugli effetti dell'*adfinitas* tra il coniuge ed i *cognati* dell'altro v. *retro* n. 50.1.1 e 50.1.2, e cfr. Guarino, *La condanna* cit. 63 ss. — Sui divieti di nozze tra *adfines* *retro* n. 49.3.2.

51. Il regime patrimoniale del « matrimonium ».

51.1. Principio fondamentale del *matrimonium* romano fu che gli *onera matrimonii*, cioè gli oneri patrimoniali da esso derivanti, 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 *uxor* (generalmente una *filia in potestate patris*) 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 (o essendo già divenuta al tempo delle *nuptiae*), in caso di scioglimento della famiglia d'origine, soggetto giuridico 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.

51.2. Per agevolare il marito nella sopportazione degli *onera matrimonii*, sorse sin da epoca molto risalente la consuetudine sociale di attribuirgli a questo scopo la *dos*, cioè un piccolo capitale 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,

---

51.1. La regola della spettanza integrale degli *onera matrimonii* al marito era connessa con l'autorità maritale ed appunto perciò non risulta espressamente formulata. Il principio è presupposto da Paul. D. 23.3.56.1: *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* (su cui: Wolff [H.], *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, in *ZSS.* 53 [1933] 360 ss.). In generale cfr.: Csillag, *I rapporti patrimoniali fra coniugi all'epoca di Augusto*, in *St. Volterra* 4 (1971) 303 ss.

51.2. Sul concetto e sull'evoluzione della *dos* in generale cfr.: Lauria, *La dote romana*, in *ANA.* 1937, e *Matrimonio-Dote* cit.; Sontis, *Die Digestensumme des Anonymos*, 1. - *Zum Dotalrecht* (1937); Sanfilippo, *La dote* (corso, 1959); le recenti sintesi di Nicoletti, in *NNDI.*, e di Cannata, in *ED.*, con altre analitiche indicazioni bibliografiche, a cui *adde*: Astolfi, *Costituzione di dote « in fraudem legis Papiae » durante l'età classica*, in *St. Grosso* 1 (1968) 135 ss.; Cosentini, *La dote di Paolino*, in *St. Volterra* 3 (1971) 715 ss.; Luzzatto, *A proposito di Pap. Michigan VII, 422 (inv. 4703)*, in *St. Donatuti* 2 (1973) 557 ss. Principali fonti sono: D. 23.3 (*de iure dotium*), 4 (*de pactis dotalibus*), 5 (*de fundo dotali*), CI. 5.11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 22, 23. — Il termine *dos* è etimologicamente connesso con « *do* », « *dono* » (Varro *l.L.* 5.175; Fest. sv. « *dotem* »). Alla espressione *dos* si affiancò, in epoca recente, quella di « *res uxoria* », che indicava specialmente la dote in quanto oggetto di un obbligo di restituzione da parte del marito. — La destinazione della dote « *ad onera matrimonii ferenda* » è stata attribuita alla tarda giurisprudenza classica dal Gradenwitz (*Zur Natur der « dos »*, in *Mél. Gerardin* [1907] 1 ss.), e a Giustiniano dall'Albertario (*La connessione della dote con gli « onera matrimonii »*, in *RIL.* 1925). Ma *contra* è la rigorosa trattazione del Bonfante, *Corso* cit. 385 ss.

con la *conventio in manum*, parte integrante del patrimonio maritale: dato che lo stesso effetto era escluso dal *matrimonium sine manu*, la *dos* valse a determinarne il surrogato.

51.2.1. La *dos* poteva essere costituita dal *pater familias* della donna *alieni iuris*, onde si diceva « *dos profecticia* » (cioè « *a patre profecta* »); poteva essere costituita dalla moglie *sui iuris*; poteva esserlo 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, quando fosse concretamente possibile, un dovere sociale e morale. L'obbligo diventò giuridico, almeno in linea di principio astratto, solo in diritto postclassico, onde si parlò di « *dos necessaria* ».

51.2.2. La costituzione della dote poteva avvenire: o mediante « *dotis dictio* », dichiarazione solenne costitutiva di un credito del

---

51.2.1. È stato sostenuto (cfr. Albertario, « *Dos profecticia* » e « *dos adventicia* », ora in *St. dir. rom.* 1 [1933] 281 ss.) che la distinzione fra *dos profecticia* e *dos adventicia* (Ulp. 6.3; Iul.-Ulp. D. 23.3.5 pr., 6-11) non sia classica. — Sull'obbligo di costituzione della dote, che gravava, in taluni casi, anche sulla madre (CI. 5.11.7.2; CI. 1.5.19.3; Novl. 97.5; CI. 5.12.14 itp.; D. 23.2.19 e D. 37.6.6 itpp.), cfr. per tutti: Stella Maranca, « *Dos necessaria* », in *AUBA*, 1928-29, che si oppone alla *communis opinio* secondo cui il dovere di dotare fu prima morale e poi giuridico. Si noti, peraltro, che dopo la *lex Iulia et Papia*, la quale fece divieto al *pater familias* di opporsi al matrimonio della *filia*, Severo e Caracalla proclamarono che il non costituire la dote implicasse opposizione al matrimonio, con ciò obbligando già praticamente il *pater* a dotare la figlia. Bisogna peraltro ribadire che tutto il sistema dotale riflette l'assetto economico di uno strato sociale certamente molto ristretto: quello delle famiglie aventi la possibilità concreta di dotare le proprie figlie.

51.2.2. La *dotis dictio* era il modo tipico di costituzione. Problemi molto discussi sono quelli della asserita sua maggiore antichità rispetto alle altre forme, quello della sua eventuale connessione originaria con il matrimonio *cum manu*, nonché la questione circa l'effetto obbligatorio o meno dell'atto (per le diverse concezioni in proposito cfr. spec.: Kaser, *Die Wirkungen der « dotis dictio »*, in *SDHI*. 17 [1951] 169 ss.). L'atto formale era attuato *uno loquente*: ed il costituente, almeno in epoca più recente, poteva essere tanto il *pater familias*, quanto la donna *nuptura* se *sui iuris*, quanto un debitore di questa se compiva l'atto con il suo *iussus* (Ulp. 6.1-2, su cui Daube, « *Tres personae possunt dictione dotis obligari* », in *Jur. Rev.* 51 [1939] 11 ss.; sull'*extraneus* costituente la dote cfr., *amplius*, Guarino, « *Extraneus* », in *ZSS*. 61 [1941] 378 ss.). La formula si desume da Gai 3.95*a*-96 (lacunosi), e da Iul. D. 23.3.46.1: Berger, « *Dotis dictio* » *im römischen Recht*, in *Anz. Ak. Wiss. Krakau* 1909, e *Pap. Mich. inv. 4703 and « dotis dictio » in roman law*, in *JJP*. 1 (1945) 1 ss. — Per taluni modi di *dotis datio* v.: D. 23.3.5; D. 23.3.43 pr.-1. — Nella *dotis promissio* « *promittit* » il costituente, « *stipulatur* » il marito: la costituzione di dote aveva effetto obbligatorio. Lo stesso effetto poteva raggiungersi mediante *legatum per damnationem*: Iul. D. 23.3.48.1; Gai. D. 30.69.2; Pap. D. 35.1.71.3. La *datio* e la *promissio dotis* potevano essere compiute da chiunque (Ulp. 6.2; per la problematica concernente la dote costituita da un terzo cfr.: Archi, *Dote e donazione nel diritto romano*, in *St. Albertario* 2 [1953] 233 ss.). — Sul cd. *pactum dotis* (CTh. 3.13.4 [a. 428]: *ad exactionem dotis ... qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit secuta*) cfr. spec.

marito sul patrimonio dotale (« *dotem tibi dico sestertium milia tot* », oppure « *doti tibi erunt sestertium milia tot* »); o 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.); o mediante « *dotis promissio* », cioè mediante *stipulatio* costitutiva di un credito del marito relativamente ai cespiti dotali (« *spondesne mihi dari centum dotis causa? spondeo* »). In età classica la *dotis dictio* era già decaduta. In età postclassica divenne atto tipicamente costitutivo di dote il « *pactum dotis* » privo di forme.

51.3. La *dos* rientrava, come si è detto, nel patrimonio del marito o del suo *pater familias*. A rigor di *ius civile*, il marito non era tenuto ad impiegarla effettivamente *ad onera matrimonii ferenda*, né era tenuto a restituirla in caso di scioglimento del matrimonio, a meno che si fosse esplicitamente impegnato alla restituzione mediante una « *cautio* (*stipulatio*) *de dote restituenda* » (nel qual caso si parlava di « *dos recepticia* »).

51.3.1. Contro questo regime originario e contro la sua eccessiva rigidità reagì, sin dall'età preclassica, il pretore romano, introducendo

---

Levy, *Weströmisches Vulgarrecht*, 2. - *Das Obligationenrecht* (1956) 38 s. Sui relativi « *instrumenta dotalia* », con valore probatorio: Kübler, sv. « *Tabulae nuptiales* », in *PW*.; Castello, *Lo strumento dotale come prova del matrimonio*, in *SDHI*. 4 (1938) 208 ss. In argomento cfr. anche: Aru, *Osservazioni sulla promessa generica di dote in diritto romano*, in *SSA*. 1938; Solazzi, *Il « debitor parentis » nella « dotis dictio »* (1940), e « *Favor dotis* » (1955), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 536 ss., 684 ss.; Gallo, *Nuovi spunti nell'interpretazione di C. 5.11.1*, in *St. Volterra* 4 (1971) 573 ss.; Streicher, « *Periculum dotis* » (1973).

51.3. L'efficacia della costituzione della dote era subordinata alla validità *iure civili* del matrimonio (Serv.-Nerat. D. 12.4.8; Ulp. D. 23.3.3). Si parlò anche di *condicio iuris* « *si nuptiae fuerint secutae* » (D. 23.3.21). Nell'ipotesi che il matrimonio non venisse concluso, le cose dotali già trasferite al marito (per *datio dotis*) potevano essere reclamate con *condictio*; il costituente poteva rivendicarle solo se il matrimonio fosse stato esplicitamente previsto come condizione sospensiva (Ulp. D. 23.3.73 e D. 12.4.6: itp. in modo da non nascondere, però, il regime classico). — L'espressione *dos recepticia* (Ulp. 6.5; Gai. D. 39.6.31.2) è stata ritenuta non classica dal Solazzi, « *Servus recepticius* » *e* « *dos recepticia* » (1939), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 511 ss.

51.3.1. Deve essere ricordato in primo luogo l'uso che il marito disponesse a favore della moglie un legato di entità corrispondente a quella della dote: *legatum pro dote*: *retro* n. 41.2. — Quando (dalla fine del III sec. a.C.: Gell. 4.3.1-2) i divorzi senza colpa della moglie cominciarono a moltiplicarsi, si provvide di norma ad imporre al marito l'obbligo di restituzione con *cautiones* all'atto della costituzione (Alf. D. 23.4.19: Solazzi, *La restituzione della dote in diritto romano* [1899] 169 ss.). — All'inizio del II sec. a.C. fu introdotta, finalmente, un'apposita *actio rei uxoriae* (da ultimo, Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der « actio rei uxoriae »* [1969], su cui però v. Guarino, *rc.* in *Iura* 20 [1969] 688 ss.) nella cui formula

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*, ovvero, nell'ipotesi di moglie *alieni iuris*, dal *pater familias* di lei, ma con il suo specifico assenso (*pater* « *adiuncta filiae persona* »). Se il matrimonio si era sciolto per morte del marito, valevano le stesse regole, ma con questa limitazione: che, se il marito avesse lasciato alcunché alla moglie nel testamento, la moglie non poteva ottenere 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 fosse 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.

51.3.2. 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*. Il giudice aveva quindi il potere di stabilire volta per volta ciò che fosse meglio e più equo restituisse il marito della dote ricevuta.

---

ricorrevano le parole « *quod eius melius aequius erit* », ma la cui natura di *iudicium bonae fidei* è contestata (Gai 4.62, e cfr.: Lenel, *EP.*[3] 305 ss.; Magdelain, *Le consensualisme dans l'Édit du préteur* [1958] 90 ss.). Per le regole che la giurisprudenza venne stabilendo intorno all'*actio rei uxoriae* v. spec.: Ulp. 6.6, 7. Cfr.: Solazzi, *Sul consenso della « filia familias » all'« actio rei uxoriae » esercitata dal padre*, in *RIL.* 1937; Burdese, « *Dos patris et filiae communis* », in *Labeo* 5 (1959) 284 ss., e *In tema di convenzioni dotali*, in *BIDR.* 62 (1959) 157 ss. — Circa l'*edictum de alterutro*, contenuto nell'editto (CI. 5.13.1.3*a*: Lenel, *EP.*[3] 308), si deve precisare che il problema della scelta non si poneva, ovviamente, allorché la disposizione testamentaria fosse proprio un *legatum dotis* (avente ad oggetto cioè i beni dotali, e perciò da non confondere con il *legatum pro dote* di cui sopra: Solazzi, *La restituzione* cit. 374 ss.).

51.3.2. La ricostruzione della formula dell'*actio rei uxoriae* non è pacifica. Secondo il Lenel, *EP.*[3] 305, il *iudicium* era formulato su questo schema: « *Si paret N.m N.m A.ae A.ae dotem partemve eius reddere oportere, quod aequius melius erit, eius, iudex, N.m N.m A.ae A.ae condemnato; s.n.p.a.* » (così anche Kaser, *Die Rechtsgrundlage der « actio rei uxoriae »*, in *RIDA.* 2 [1949] 511 ss.; Söllner, cit. 137 ss.). A noi non sembra che potesse parlarsi di un « *oportere reddi* », perché il marito non era soltanto tenuto a rendere (« *reddere* ») alla moglie i cespiti ricevuti in dote da costei, ma era tenuto, più in generale, a far pervenire alla moglie tutti i cespiti dotali, ricevuti anche da altri. Riteniamo pertanto che il *iudicium rei uxoriae* invitasse il giudice a condannare il marito al « *quod eius* (della *res uxoria*) *melius aequius erit dare facere* » (o « *dare repromittere* »). — Il marito convenuto con l'*actio rei uxoriae* aveva il beneficio della *condemnatio in id quod facere potest*: cfr. Guarino, *La condanna* cit. 55 ss.

51.4. La giurisprudenza preclassica e classica formulò, in sede di applicazione pratica dell'*actio rei uxoriae*, un vero e proprio stabile regime della restituzione della dote, concretantesi essenzialmente in quattro principi. Le *res* infungibili ricevute in dote erano da restituirsi all'atto dello scioglimento del matrimonio. Le *res* fungibili potevano essere, invece, restituite in tre rate annuali (« *annua, bima, trima die* »). 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*), anziché per la loro individualità: nel qual caso egli era tenuto a restituire l'« *aestimatio dotis* » in luogo delle *res dotales* distrutte o deteriorate. 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 sinché non gli fosse stato dato quando dovutogli. Le ipotesi della cd. « *retentio dotis* » furono le seguenti.

51.4.1. « *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 della *res dotales* per ciascun figlio. Naturalmente, il diritto di *retentio* andava esercitato entro il limite massimo della dote.

51.4.2. « *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 graviores* »),

---

51.4. Per i principi giurisprudenziali e magistratuali in ordine alla restituzione della dote, su esposti, v. rispettivamente: Ulp. 6.8; Iavol. D. 24.3.66 pr. — Sull'*aestimatio dotis* cfr.: Volterra, *In tema di « aestimatio dotis »*, in *RIL.* 1933; Burdese, *« Aestimatio dotis »*, in *St. Betti* 2 (1962) 167 ss.; Calonge, *« Aestimatio dotis »*, in *AHDE.* 35 (1965) 5 ss.; Ayiter, *D. 20.4.9.3 und einige Bemerkungen über Sextus Caecilius Africanus*, in *St. Grosso* 2 (1968) 13 ss. V.: Ulp. D. 23.3.14; Pomp. D. 23.3.15; Ulp. D. 23.3.16; Paul. D. 23.3.17.1; CI. 5.12.10 (Diocl.); D. 23.3.18 e 19; D. 41.9.2. — Sul fenomeno, in generale, della *retentio* cfr.: Nardi, sv. *Ritenzione (dir. rom.)*, in *NNDI.*

51.4.1. Per la *retentio propter liberos* v. Ulp. 6.4-5 e 10, su cui: Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* 1 (1947) spec. 146 ss.

51.4.2. Per la *retentio propter mores* v. Ulp. 6.12, su cui: Wolff (H.), *Das « iudicium de moribus » und sein Verhältnis zur « actio rei uxoriae »*, in *ZSS.* 54 (1934) 315 ss.

di un ottavo nell'ipotesi di comportamento leggero ma non grave (« *mores leviores* »).

51.4.3. « *Retentio propter impensas* ». Il marito aveva la *retentio* di quanto occorresse a ripagarlo per tutte le spese utili da lui compiute *ad onera matrimonii ferenda*, purché 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* »).

51.4.4. « *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.

51.4.5. « *Retentio propter res amotas* ». La sottrazione di cose mobili al marito da parte della moglie legittimava, come si è detto, il marito all'esercizio contro la moglie dell'*actio rerum amotarum*, 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*.

51.5. In diritto postclassico il regime della *dos* subì progressivamente una radicale evoluzione, soprattutto in sviluppo del

---

51.4.3. Per la *retentio propter impensas* v. D. 25.1 e Ulp. 6.15, 16, 17, su cui: Lévy (J. Ph.), *Les impenses dotales en droit romain classique* (1937); Latorre, « *Voluntas mulieris* » *y reembolso de las impensas útiles dotales*, in *Iura* 5 (1954) 209 ss.; Guizzi, *La restituzione della dote e le spese utili*, in *Labeo* 3 (1957) 245 ss. Per le spese necessarie cfr. spec.: Schulz, « *Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt* », in *ZSS*. 34 (1914) 57 ss.

51.4.4. Per la *retentio propter res donatas* v. Ulp. 6.9 e D. 24.3.15.1, su cui: Siber, « *Retentio propter res donatas* », in *St. Riccobono* 3 (1936) 243 ss.

51.4.5. Sulla *retentio propter res amotas* cfr.: Wacke, « *Actio rerum amotarum* » cit.; Guarino, « *Res amotae* » cit.

51.5. Di contro alla *communis opinio*, secondo cui il principio « *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* » espresso in D. 23.3.75 sarebbe spurio, si è espresso l'Iglesias, *Derecho romano* 542 nt. 138 (cfr. anche Lauria, *Matrimonio-Dote* cit. 158), che richiama Boezio *Comm. ad Cic. top.* 17.65: *Dos enim licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris iure et post divortium velut res uxoria peti potest.* Ma è contestabile che Boezio « se inspira en un antiguo jurista ». — La concezione postclassico-giustinianea, in forza della quale il marito aveva una sorta di usufrutto sui beni dotali, che sarebbero appartenuti alla moglie, è espressa chiaramente in una costituzione del 529 in CI. 5.12.30 pr.: *In rebus dotalibus ... si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt*

principio che la *dos* dovesse essere trasferita alla *mulier* in caso di scioglimento del matrimonio. Per conseguenza di questo principio, il marito passò ad essere considerato semplice amministratore ed usufruttuario dei beni dotali, di cui la titolarità fu riconosciuta alla *mulier*.

51.5.1. 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: 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; abolì anche le *retentiones*, sostituendo ad alcune di esse delle *actiones* e sancendo in tal caso il principio della *compensatio*.

51.6. Altro tipo di regolamento patrimoniale del *matrimonium* era quello della donazione obnuziale, un istituto che prese cittadinanza nel diritto romano solo in età postclassica. In tale epoca andò infatti diffondendosi l'usanza, di provenienza orientale, che il

---

dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Tali principi hanno come precedenti e presupposti una serie di norme imperiali, buona parte di Teodosio II (cfr.: Amelotti, *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*, in *St. De Francisci* 2 [1956] 297 ss.): v. spec. la NovTh. di Valentiniano 35.9 del 452 (su cui: Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* [1891] 248 s.).

51.5.1. Per le riforme di Giustiniano in tema di dote, alle quali si è accennato nel testo, v. spec.: CI. 5.13.1.2; CI 5.13.1.7*a*; CI. 8.17.12; CI. 5.12.30; D. 50.16.79 itp.; NovI. 117.8, 13; NovI. 98.1. Giustiniano dispose anche 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. Cfr. in generale: Tripiccione, *L'« actio rei uxoriae » e l'« actio ex stipulatu » nella restituzione della dote secondo il diritto di Giustiniano* (1920).

51.6. Sulla donazione obnuziale cfr.: Vaccari, *Dote e donazione nuziale nell'ultima età romana*, in *Per il XIV Cent. delle Pandette* (1933) 251 ss.; Anne, *Les rites de fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire* (1941); Caes, *Le statut juridique de la « sponsalicia largitas »* (1949); García Garrido, *« Ius uxorium »* cit. 100 ss.; Misera, *Gebrauchsüberlassung und Schenkungsverbot unter Ehegatten*, in *Index* 3 (1972) 396 ss. Sulle origini orientali dell'istituto, v. spec.: Vismara, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, in *Cristianesimo e dir. rom.* (1925) 295 ss. Circa la natura della donazione obnuziale, si legge in CI. 5.3.20.3 che *nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio*. Le fonti principali sono: I. 2.7.3; CI. 5.3.19; CI. 5.3.20; NovI. 2.1; NovI. 61; NovI. 119.1; NovI. 127.2.

fidanzato donasse alla fidanzata, prima del matrimonio, un *quid* che essa aveva il diritto di tenere per sé tanto nel caso che lo *sponsus* non mantenesse il suo impegno, quanto nel caso che il successivo matrimonio si sciogliesse per premorienza del marito o per divorzio causato da colpa di lui. L'istituto della « *donatio ante nuptias* » fu favorito sino al punto da divenire, nel diritto giustinianeo, una sorta di controdote. Giustiniano obbligò, pertanto, il *pater familias* non solo a costituire la dote per la figlia, ma anche a fare la donazione nuziale per il figlio. Inoltre egli ammise che la donazione potesse essere fatta anche in costanza di matrimonio: ragione per cui la donazione obnuziale passò ad essere genericamente qualificata come « *donatio propter nuptias* ».

51.7. 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 *parapherna* (da παρὰ 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 confronti del marito la *rei vindicatio* o, in caso di furto, l'*actio furti* o, in caso di custodia infedele, l'*actio depositi*; se aveva trasferito i suoi beni parafernali in proprietà del marito, le si riconosceva una *condictio*.

51.7.1. 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 *parapherna*, sebbene questa non gli competesse in qualità di marito, ma a titolo di rappresentante della moglie. Tuttavia, lo stesso

---

51.7. Per la terminologia di *bona extra dotem* v. D. 39.5.31 e Vat. 254. — Per il sostantivo *parapherna* v. CI. 5.14.8: *in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt.* Il termine παράφερνα appare soltanto in Ulp. D. 23.3.9.3, in un contesto che sembra genuino. Sui varî problemi che presenta l'istituto cfr.: Castelli, *I παράφερνα nei papiri greco-egizi e nelle fonti romane*, ora in *Scr.* (1923) 1 ss.; García Garrido, « *Ius uxorium* » cit. 31 ss.; Gerner, *Beiträge zum Recht der Parapherna* (1954); Modrzejewski, *Zum hellenistischen Ehegüterrecht im griechischen und römischen Ägypten*, in *ZSS.* 87 (1970) 50 ss.; Talamanca, *Gli apporti patrimoniali della moglie nell'Egitto greco e romano*, in *Index* 2 (1971) 240 ss.

51.7.1. Circa l'amministrazione dei beni parafernali v. la costituzione di Teodosio e Valentiniano in CI. 5.14.8 cit. (a. 450). Il regime giusti-

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 partecipare sempre e in ogni caso al peso della vita matrimoniale, almeno in ordine all'eventualità che le sostanze del marito non fossero sufficienti.

---

nianeo si legge in CI. 5.14.11: esso è espressione della tendenza del nuovo diritto ad attuare una sorta di comunione di beni tra i coniugi, per i fini della vita coniugale.

CAPITOLO IX

I RAPPORTI ASSOLUTI PARAFAMILIARI

SOMMARIO: 52. I rapporti assoluti parafamiliari. — 53. La *tutela impuberum*. — 54. La *tutela mulierum*. — 55. La curatele. — 56. La *cura minorum*.

52. I RAPPORTI ASSOLUTI PARAFAMILIARI.

52.1. I rapporti assoluti parafamiliari del *ius privatum* furono quelli aventi ad oggetto le persone *sui iuris* che fossero tuttavia incapaci di agire: *impuberes, mulieres, furiosi, prodigi, minores* e via dicendo. Si trattò di « rapporti assoluti » perché, sopra tutto nella struttura originaria, si traducevano in vere e proprie *potestates*, non diverse, almeno in linea di massima, dalle altre situazioni potestative derivate dall'antichissimo *mancipium*. Si trattò inoltre di « rapporti parafamiliari », perché anch'essi, sebbene in modo non identico a quello dei rapporti familiari veri e propri, erano ambientati nella *familia* agnatizia, della quale servivano ad agevolare il funzionamento. Queste caratteristiche impallidirono attraverso i secoli molto più rapidamente di quanto non sia avvenuto per i rapporti assoluti familiari. Esse tuttavia non sparirono mai del tutto. Per rendersene conto è particolarmente necessaria una breve rimeditazione della complessa evoluzione storica vissuta dagli istituti in esame.

52.2. Nel sistema del *ius Quiritium*, l'incapacità di agire era sicuramente ravvisata negli *impuberes*, nelle *mulieres* e nei *furiosi*,

---

52.1. Sulle persone *sui iuris* incapaci di agire v. *retro* n. 28.2-3. Anche se la dottrina non usa ravvisare (o sottolineare) l'inquadramento della *tutela* e della *cura* tra i rapporti giuridici assoluti, essa però è pressocché unanime nell'includere la trattazione relativa nel cd. « diritto di famiglia » e nel parlare di « poteri » (anche se assai più fievoli della *patria potestas*) in ordine a *impuberes, mulieres* e via dicendo (sopra tutto per le origini).

52.2. La ricostruzione del regime quiritario è, ovviamente, del tutto indiziaria. A prescindere dai cenni di dimostrazione contenuti nel testo, v. per mag-

ma non aveva rilevanza giuridica autonoma. Gli incapaci di agire, anche se provvisti del requisito dell'autonomia familiare, erano parificati, nelle valutazioni semplicistiche di quell'età primitiva, ai giuridicamente incapaci, ed erano pertanto sottoposti al *mancipium* di un soggetto capace di agire: soggetto che, in mancanza di specifica designazione del *paterfamilias* defunto, era un *adgnatus*, o subordinatamente un *gentilis*. Porta a ritenerlo l'induzione evoluzionistica. Ed infatti: quanto agli *impuberes*, si sa che in tempi storici il *substitutus pupillaris* era tuttora considerato erede del *testator*, il che fa pensare che gli *impuberes* fossero anticamente incapaci di succedere al loro *pater familias*; quanto alle *mulieres*, si sa che esse erano in antico carenti della capacità di testare, il che parimenti può spiegarsi solo pensando ad una loro originaria incapacità giuridica; quanto ai *furiosi*, l'incapacità di testare sussisteva ancora in tempi storici. Tutte queste indicazioni indiziarie collimano poi, a loro volta, con la ricostruzione del *mancipium* quiritario: istituto che non postulava soltanto un *pater familias*, ma postulava altresì l'esistenza di un *pater familias* valido, maturo di anni, nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, e insomma effettivamente in grado di dirigere ed amministrare quella *familia*, di cui era non solo l'esponente, ma il capo responsabile nei confronti degli altri *Quirites*.

52.3. Nel sistema del *ius legitimum vetus*, le caratteristiche ora accennate si mantennero e si precisarono, non soltanto in ordine agli *impuberes*, alle *mulieres*, ai *furiosi*, ma anche in ordine ai *prodigi*. Le *XII tabulae* offrono al proposito elementi preziosi di valutazione.

52.3.1. È probabile che la legislazione decemvirale non contenesse prescrizioni specifiche relativamente alle *potestates* sugli « *im-*

---

giori approfondimenti: Guarino, *Notazioni romanistiche*, 2. - *La « Lex XII tabularum » e la « tutela »* (1948), 4. - *Il « furiosus » e il « prodigus » nelle « XII tabulae »* (1949), ora in *Le origini quiritarie* (1973) 237 ss., 244 ss. — Sulla *substitutio pupillaris*: *retro* n. 36.5.

52.3. Della incapacità giuridica della *mulier* nel diritto delle origini rimane una significativa traccia, tra l'altro, in Gai 1.115 *a*, là dove Gaio parla della *tutela fiduciaria* (*infra* n. 54.6): *Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coëmptio; tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coëmptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent. Sed hanc necessitatem coëmptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.* Il testo rievoca un'epoca successiva a quella della assoluta incapacità di testare delle *mulieres*: epoca in cui la giurisprudenza pervenne a porre le donne in condizione di fare testamento, giocando sulla loro riduzione a *liberi in mancipio* e sulla forza liberatoria connessa alla *manumissio vindicta*.

52.3.1. La nostra tesi relativamente a *impuberes* e *mulieres* è col-

puberes » e sulle « *mulieres* ». La condizione di queste persone, dopo la morte del loro *pater familias*, era coinvolta nelle sorti di tutta la *familia pecuniaque* del defunto: o la *potestas* era assegnata alla persona designata dal defunto, giusta il precetto « *uti legassit* »; oppure essa passava agli *adgnati gentilesque*, giusta il precetto « *si intestato moritur* ». Dunque, *impuberes* e *mulieres* non uscivano, con la morte del *pater*, dallo stato di soggezione familiare, ma passavano sotto la *potestas* di un altro soggetto, che era generalmente un membro della stessa *familia* agnatizia. Probabilmente la soggezione degli *impuberes* maschi aveva fine con il raggiungimento dell'età pubere, mentre le *mulieres* restavano *in potestate* vita natural durante.

52.3.2. Relativamente ai *patres familiarum* usciti vistosamente di senno (« *furiosi* »), la legge decemvirale, per quanto è dato di supporre, non riformò l'antico principio quiritario, secondo cui essi erano da considerare alla stregua dei *patres* defunti o *capite deminuti*, con l'effetto che in ordine alla loro *familia* si apriva la successione. Le *XII tabulae* si preoccuparono soltanto della condizione personale del *furiosus* e delle sorti della sua eventuale *pecunia*, cioè di quel patrimonio aggiuntivo che non rientrava nel *mancipium* quiritario. Di qui il precetto: « *si pater familias furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto* ». Mentre i *sui heredes* del *furiosus* (o, in mancanza, gli *adgnati gentilesque*) se ne dividevano la *familia*, sempre ed in ogni caso la *pecunia* di lui era affidata agli *adgnati* o ai *gentiles*, in forza dell'assegnazione agli stessi di una « *potestas in eo* ».

52.3.3. Delle sorti del « *prodigus* » non si hanno notizie precise, tuttavia è certo che il *pater familias prodigus*, riconosciuto pubblicamente tale mediante la solenne *interdictio*, fu sottoposto dai *decemviri* ad una *potestas adgnatum gentiliumque* analoga a quella del

---

legata con le nostre vedute circa il regime decemvirale della *successio: retro* n. 35.3.1-2. A nostro avviso, infatti, i versetti delle *XII tabulae* erano: « *(Paterfamilias) uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto. Si (paterfamilias) intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto* ». Della tutela non si faceva menzione specifica, anche se è esatto che l'istituto si ricollega proprio alla *potestas* sulla « *familia pecuniaque* » delle *XII tabulae*.

52.3.2. Diversamente dalla nostra tesi circa il *furiosus* cfr. soprattutto: Kaser, *Das altrömische « ius »* (1949) 169 ss. e citazioni ivi. Contro il riferimento al *furiosus* del frammento decemvirale « *ast ei custos nec escit* »: Guarino, « *Ast ei custos nec escit* » (1944), ora in *Le origini quiritarie* (1973) 258 ss.

52.3.3. Contro la nostra tesi relativa al *prodigus* cfr. soprattutto: Kaser, *Vom Begriff des « commercium »*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 154 ss. Ma v. ancora: Guarino, « *Commercium* » *e* « *ius commercii* », in *Le origini quiritarie* (1973) 266 ss. — Sulla *interdictio prodigi*: *infra* n. 63.3.1.

furiosus. Dunque, per quanto è dato supporre, anche in ordine alla *familia* del *prodigus* si apriva la *successio*, mentre « *in eo pecuniaque eius* » la *potestas* spettava ai collaterali (*adgnati* o *gentiles*), con esclusione in ogni caso degli eventuali *sui heredes*.

52.4. Furono la giurisprudenza pontificale prima, la giurisprudenza laica preclassica dopo, a determinare una svolta decisiva di queste situazioni originarie nel sistema del *ius civile vetus*. I passaggi di questa evoluzione non sono sicuramente ravvisabili, ma fatto sta che, in età preclassica, essendosi frattanto formato il concetto della incapacità di agire dei soggetti giuridici, *impuberes* e *mulieres*, *furiosi* e *prodigi* erano ritenuti giuridicamente capaci. La *potestas* su di essi, pur rimanendo formalmente espressione di un rapporto giuridico assoluto di cui essi erano oggetto, perse tuttavia molto della sua originaria intensità e fu concepita come una *potestas* esercitata esclusivamente allo scopo di agevolarli nel compimento degli atti giuridici, anzi da esercitarsi scrupolosamente nei limiti in cui essi abbisognassero di essere agevolati: « *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa* ». Per gli *impuberes* e per le *mulieres* si parlò quindi di « *tutela* », per i *furiosi* e per i *prodigi* si parlò di « *cura* ». Con l'andar del tempo, un nuovo tipo di *cura* si costituì in ordine ai *minores XXV annorum*, e sopra tutto si precisarono le funzioni assistenziali dei *tutores* e dei *curatores* a seconda delle varie specie di incapacità di agire dei loro sottoposti.

52.5. In diritto classico, la *tutela* e la *cura* avevano ormai acquistato fisionomie e discipline giuridiche ben precise, differenziate l'una dall'altra (e differenziate inoltre anche internamente) sulla base delle funzioni da assolvere. Negli istituti tutelari l'interesse prevalente era quello della *familia*: le *potestates* del tutore erano essenzialmente da esercitarsi allo scopo di assicurare una retta ammi-

---

52.4. In ordine al regime civilistico, cfr. anche: De Visscher, « *Potestas* » *et* « *cura* », in *Ét. de dr. rom.* (1931) 1 ss., ove si dimostra che i romani hanno parlato di « *cura* » (o, più tecnicamente, di « *curatio* »: D. 3.1.3 pr.) nel senso di *potestas*, ma per mettere in risalto che si trattava di una *potestas* a carattere eccezionale. Il senso di « *cura* » come assistenza, e così pure la denominazione della *potestas* sull'*impuber* e sulla *mulier* come « *tutela* », rimontano ad epoca relativamente recente. — La definizione « *vis ac potestas in capite libero* (*rell.*) », nella quale si fondono l'antico carattere potestativo e il più moderno carattere assistenziale dell'istituto, si legge in Serv.-Paul. D. 26.1.1 pr., con riferimento alla sola *tutela* (*impuberum*).

52.5. Fu solo in epoca tardo-classica e postclassica che si diffuse la massima « *tutor datur personae, curator rei* »: D. 26.2.12-14; D. 40.1.13.

nistrazione del *patrimonium* dell'incapace di agire. L'interesse prevalente negli istituti di curatela era invece quello della *respublica*: attraverso la sua gestione il *curator* era impegnato ad evitare che il suo assistito portasse nocumento all'ordine sociale, particolarmente sul piano economico. Ma in realtà una netta discriminazione tra *tutela* e *cura* non è possibile, come non è del resto possibile nemmeno tra le varie figure interne dell'uno o dell'altro istituto.

52.6. Il processo si concluse nel periodo postclassico. Mentre alcune forme ormai meno sentite accentuarono una decadenza già iniziatasi nel periodo classico (il che è a dirsi sopra tutto per la *tutela mulierum* e per la *cura* dei giovani tra i venti ed i venticinque anni), gli altri istituti si riaccostarono sempre più nella concezione di base, con conseguenti promiscuità delle terminologie di *tutela* e di *cura*, essendo tutti ormai considerati, più che come *potestates*, come « *munera* », come espressioni di una funzione sociale di assistenza agli incapaci di agire. Una funzione sociale che implicava l'uso di un'autorità sugli incapaci, non come espressione di una facoltà giuridica, ma a titolo di onere, di mezzo indispensabile per il raggiungimento dello scopo prefisso.

53. La « TUTELA IMPUBERUM ».

53.1. La *tutela impuberum* dei tempi storici, a partire dall'avanzato periodo preclassico, era ormai universalmente conside-

---

52.6. In ordine al regime postclassico: Crifò, *Rapporti tutelari nelle Novelle giustinianee* (1965). — La riduzione della *cura minorum* agli *adulescentes* fino ai venti anni fu determinata sul piano pratico, in età postclassica, dalla diffusione della « *venia aetatis* »: v. *retro* n. 28.3.3.

53.1. Sulla *tutela* (*impuberum* e *mulierum*) cfr.: Bonfante, *Corso di diritto romano*, 1. - *Diritto di famiglia* (rist. 1963) 551 ss.; Longo (G.), *Diritto di famiglia*[2] (1953) 249 ss.; Sachers, sv. « *Tutela* », in *PW.*; Solazzi (e Piattelli, Sitzia), sv. *Tutela e curatela* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, con bibliografia aggiornata. Il rinnovamento degli studi sulla tutela in sede critica fu operato dal Solazzi, in numerosissime monografie oggi raccolte nei volumi dei suoi *Scritti di diritto romano*. Manca, però, oggi un'opera d'insieme, che tenga conto dei risultati raggiunti dalla romanistica contemporanea. Per l'analisi della definizione contenuta in Serv.-Paul. D. 26.1.1 pr. (v. *retro* nt. 52.4) cfr. partic.: Kübler, "Εργῳ καὶ δυνάμει, *vi ac potestate*, in *ZSS.* 59 (1939) 3 ss., e *Die vormundschaftliche Gewalt im römischen Recht*, in *St. Besta* 1 (1939) 73 ss.; Beseler, « *Fruges et paleae* », in *Scr. Ferrini Milano* 3 (1948) 284 ss.; Biondi, *Aspetti morali della tutela*, in *Fs. Schulz* 1 (1951) 57 s. Per le fonti v.: Gai I.143 ss.; I. 1.13; D. 26 e 27; CI. 5.28. — Singolare la definizione dei *tutores*, se genuina, data da Paolo nel seguito del brano sulla definizione della *tutela*. Paul. D. 26.1.1.1: *Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt.* Il termine « *tutela* » non ha riguardo alla struttura potestativa dell'istituto, ma alla

rata come un istituto di assistenza per le persone *sui iuris* che fossero incapaci di agire a causa dell'*impubertas*. In particolare, mentre è supponibile che alle origini le *mulieres* fossero sin dalla nascita sottoposte sempre allo stesso tipo di *potestas* (cioè a quella che più tardi passò a prendere il nome di *tutela mulierum*), la *tutela impuberum* dei tempi storici concerneva anche le *mulieres*: le quali, dunque, passavano con la pubertà dalla *tutela impuberum* a quella *mulierum*, proprio perché nella prima si ravvisava il comune denominatore della assistenza a chi, maschio o femmina che fosse, ancora soffrisse di quella particolare incapacità di intendere e di volere che deriva dall'immaturità degli anni.

53.1.1. Se questa era la nuova funzione dell'istituto, tuttavia la vecchia struttura potestativa di esso, per quanto fortemente alterata, resistette fino a Giustiniano. Lo dimostra principalmente il fatto che, riguardo al patrimonio dell'assistito (« *pupillus* »), il *tutor* non era un puro e semplice amministratore, ma aveva facoltà di vero e proprio *dominus*. In altri termini, il *patrimonium* pupillare era una sorta di « patrimonio separato » del *tutor*, di cui questi poteva disporre « *domini loco* », salvo a rendere conto del suo operato al pupillo, cui in definitiva il patrimonio stesso era riservato. D'altra parte, siccome le responsabilità del *tutor* per la diminuzione o la cattiva amministrazione del patrimonio pupillare erano molto pesanti e il patrimonio stesso era riservato al *pupillus* per l'epoca in cui avesse raggiunto la *pubertas*, è ovvio che di esso fosse considerato titolare anche il *pupillus*, e per certi aspetti prevalentemente o esclusivamente il *pupillus*, in una visione giuridica che, se non fa onore alla logica, riflette tuttavia l'ambivalenza determinatasi, nei tempi storici, per l'incontro delle vecchie strutture con la funzione nuova dell'istituto tutelare.

53.2. I fatti costitutivi della *tutela impuberum*, furono tre: in primo luogo, la « *datio tutoris testamentaria* », cioè la nomina

---

funzione protettiva (« *tueri* ») da esso assolta in tempi storici. — Sulla *impubertas* e sulle sue gradazioni: *retro* n. 28.3.1.

53.1.1. Per il regime giuridico della *tutela* classica e postclassica v. *infra* n. 53.7-9. Problemi particolari presenti nelle opere della giurisprudenza sono esaminati da: Vandebossche, *Questions rélatives à la tutelle des impubères dans l'œuvre de Cervidius Scaevola*, in *Ann. Bordeaux* 1955; Voci, *I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, in *Iura* 20 (1969) 313 ss., e *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini, Contributo allo studio della mutua garanzia*, in *St. Donatuti* 3 (1973) 1305 ss.; Maschi, *Tutela, Fedecommessi, Contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, in *St. Volterra* 4 (1971) 667 ss.

53.2. La tripartizione dei fatti costitutivi della *tutela impuberum* ordinaria risulta chiaramente da Gai. 1.144 ss. Una diversa tripartizione,

di un « *tutor testamentarius* » fatta generalmente dal *pater familias* nel *testamentum* per il tempo successivo alla sua morte; in secondo luogo, e subordinatamente alla mancanza di un *tutor testamentarius*, la designazione *ex lege XII tabularum* del « *tutor legitimus* »; in terzo luogo, e subordinatamente alla mancanza di *tutores testamento dati* e di *tutores legitimi*, la « *datio magistratus* », cioè la nomina di un *tutor* (cd. « *tutor Atilianus* ») fatta in applicazione della *lex Atilia de tutore dando* e di leggi successive. Tuttavia in varie ipotesi particolari, allo scopo di surrogare o di coadiuvare in tutto o in parte i tutori ordinari, furono previste, da specifici provvedimenti di governo, anche talune figure di « tutori speciali »: tutori che, peraltro, il diritto postclassico fu generalmente orientato a qualificare piuttosto come « *curatores* ».

53.2.1. A seconda del tipo di *tutela*, erano richiesti, almeno in origine, particolari « qualifiche » nei singoli *tutores*. Ma col tempo

---

a carattere scolastico e probabilmente di marca postclassica, si legge in Ulp. 11.2: *Tutores aut legitimi sunt aut senatus consultis constituti aut moribus introducti*. In questa tripartizione i « *tutores legitimi* » sono tanto quelli *ex lege XII tabularum* e quelli *dativi* (*ex lege Atilia* ecc.), quanto quelli *testamento dati* (in quanto autorizzati dalle *XII tabulae*). Quanto ai « *tutores moribus introducti* », si legga Ulp. 11.24: *Moribus tutor datur mulieribus pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult ... qui praetorius tutor dicitur* (*rell.*). I *tituli Ulpiani* hanno insomma unificato in una sola categoria i tutori ordinari e quelli speciali. — Il *tutor praetorius* (nominato per le controversie tra pupillo o *mulier* e *tutor*), di cui in Ulp. 11.24, è ricordato anche da Gai 1.184 come istituto pressoché desueto. I. 1.21.3 ed altri testi (interpolati) parlano invece di *curator*. — Le ipotesi di tutori speciali ricordate dalle fonti sono varie (e sono tutte ricondotte a *leges* o ad altri provvedimenti di governo). Cfr., ad esempio, Gai 1.186-187 (*tutor* sostitutivo, *ex lege Atilia et Iulia et Titia*, del tutore testamentario in pendenza del termine o della *condicio*, o in attesa dell'accettazione dell'eredità, o sostitutivo del tutore in carica durante la prigionia di guerra di quest'ultimo), Gai I. 173-180, Paul. D. 26.1.12, Ulp. D. 26.10.3.10, Tryph. D. 26.6.4.2. Il principio del diritto giustinianeo è che « *habenti tutorem tutor dari non potest* » (cfr. I. 1.23.5): di qui la frequente interpolazione del *curator* al posto del tutore speciale (cfr. Solazzi, *Sulla regola « tutorem habenti tutor dari non potest »* [1919], ora in *Scr. dir. rom.* 2 [1957] 249 ss.).

53.2.1. Relativamente alle qualifiche richieste per la carica di *tutor*, va segnalato che, trattandosi di *tutor testamentarius* o di *tutor Atilianus*, poteva darsi che la *datio tutoris* investisse un latino, un *filius familias*, un *impuber* o un *furiosus*. In questi casi la giurisprudenza classica tendeva a ritenere l'entrata in carica rinviata al giorno in cui il designato avesse acquistato la pienezza della capacità giuridica e di agire. Nel frattempo la tutela era esercitata dall'avente *potestas* sul *tutor* incapace. Su questi problemi cfr. spec.: Philippin, *Le fils de famille tuteur*, in *Mél. Cornil* 2 (1926) 221 ss. — L'ammissione delle donne alla tutela è generalmente ritenuta una innovazione postclassica, sebbene si ammetta che già in diritto classico alla madre dell'*impuber* potesse essere conferito a titolo di fedecommesso il compito di amministrare i beni riservati al pupillo (ma formalmente trasmessi ereditariamente a lei: Ulp. D. 38.17.2.46; Paul. D. 36.1.76.1). In particolare, sulla tutela della madre vedova (la quale doveva impegnarsi a non contrarre nuovo matrimonio e perdeva quindi l'ufficio tutorio in caso di seconde nozze), v. Diocl. Maxim. CTh. 3.17.4 = CI. 5.37.2. Sul tema, disputatissimo, v. da ultimo (in senso favorevole alla classicità dell'eccezione): Crifò, *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, in

le differenze, almeno sotto questo profilo, vennero meno quasi del tutto, sì che in diritto classico le qualifiche richieste per tutti i tipi di *tutor* erano, oltre la soggettività giuridica, la piena capacità di agire, ivi compreso il sesso maschile. Solo in età postclassica si cominciò a fare qualche eccezione a favore delle donne, e in particolare, con singole concessioni imperiali, a favore della madre vedova nei riguardi dei figli.

53.3. 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 *ipso iure*, nel momento in cui si verificava l'acquisizione successoria da parte dell'*heres institutus*. Il *tutor* poteva peraltro esimersi dalla carica mediante un successivo e solenne rifiuto (« *abdicatio tutelae* »).

53.3.1. La giurisprudenza e il *ius novum* dell'età classica allentarono in numerosi punti la rigidità dell'istituto, avvicinandolo sempre più alla *tutela Atiliana*. Purché intervenisse una « *confirmatio ex inquisitione* » magistratuale a titolo di sanatoria: furono ammesse an-

---

BIDR. 67 (1964) 87 ss., *Ancora sulla donna tutrice in diritto romano classico*, in *BIDR*. 68 (1965) 337 ss., e « *Ius iurandum in litem* » *e tutela materna* (*Ulp. D. 12.3.4 pr.*), in *Scr. Giuffrè* 1 (1967) 171 ss. con bibliografia. Il principio probabilmente postclassico si legge in Ner. D. 26.1.18 (itp.): *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est* [*nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent*]. — L'età minima del tutore era in diritto classico la *pubertas*, ma i minori di 25 anni potevano fruire dell'*excusatio*. Giustiniano (v. CI. 5.30.5) portò il minimo a 25 anni. V. anche I. 1.25.13.

53.3. Sul *tutor testamentarius* v.: Gai 1.144-154; Ulp. 11.15; I. 1.13.3. Si noti che Gaio non parla di *tutor testamentarius*, ma di « *tutor dativus* » (Gai 1.154: *Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi, qui ex optione sumuntur, optivi*). — Sull'*abdicatio tutelae* cfr. spec.: Solazzi, *Di una nuova dottrina sull'* « *abdicatio tutelae* » (1918), e *Fantasie e riflessioni sulla storia della tutela* (1921), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1957) 239 ss., 421 ss. V. Ulp. 11.17: *... abdicare autem est dicere nolle se tutorem esse*. — Oggetto della *datio tutoris testamentaria* erano, ovviamente, i soli discendenti che alla morte del *pater familias* sarebbero divenuti *sui iuris*, e non sarebbero caduti *in potestatem* di un *filius* del testatore. V. Gai 1.146: *Nepotibus autem neptibusque ita demum possumus testamento tutores dare, si post mortem nostram in partis sui potestatem iure recasuri non sint. Itaque si filius meus mortis meae tempore in potestate mea sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento meo habere tutorem, quamvis in potestate mea fuerint; scilicet quia mortuo me in patris sui potestate futuri sunt*. — Rispetto alla *heredis institutio* la *datio tutoris* doveva essere scritta, almeno secondo i Sabiniani, dopo (alla stessa stregua dei *legata* e delle *manumissiones testamento*), ma Labeone e Proculo si opposero, giustamente osservando che la *datio tutoris* non implicava una diminuzione del patrimonio attribuito all'erede: cfr. Gai 2.231.

53.3.1. Sulla *confirmatio ex inquisitione* cfr. spec.: Solazzi, *La conferma del tutore nel diritto romano* (1920), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1957) 297 ss. V. D. 26.3 e, in particolare, Mod. D. 26.3.1.

che 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 (con prevalenza sulla *tutela legitima*) le nomine fatte (in mancanza di quella del *pater*) dalla *mater familias*, da altri parenti, dal *patronus*. In tutte queste ipotesi il *tutor testamentarius* acquistava il suo titolo nel momento della *confirmatio*, anziché in quello (precedente) dell'acquisizione successoria.

53.3.2. Un altro allontanamento della *tutela testamentaria* dalle sue origini si ebbe, sempre in diritto classico, quando, a partire dall'imperatore Claudio, si negò al *tutor testamento datus* la libertà di esercitare a suo piacimento l'*abdicatio tutelae* e si condizionò la sua esenzione dall'ufficio al fatto che egli adducesse valide « *excusationes* », così come era stabilito per il *tutor Atilianus*. Nel sec. II d.C. l'*abdicatio* fu addirittura abolita.

53.4. Il *tutor legitimus* era ricollegato dai giuristi classici ad una disposizione, peraltro non conosciuta testualmente, delle

---

53.3.2. Sui limiti all'*abdicatio tutelae* v. Suet. *Claud.* 23: *... sanxit ut pupillis extra ordinem tutores a consulibus darentur, utque ii, qui a magistratibus provinciae interdicerentur, urbe quoque et Italia summoverentur.*

53.4. Sul *tutor legitimus* v. Gai 1.155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.* — Diversamente che nella *successio ab intestato*, non era esclusa, quanto alla *tutela legitima*, la *successio graduum* (cfr. *retro* n. 37.2.1). Negli scritti citati *retro* nt. 52.2. e 52.3.2 abbiamo ammesso, stante la identificazione della *tutela* con l'*hereditas*, che in origine la *tutela legitima*, al pari dell'*hereditas*, spettasse all'*adgnatus proximus* e subordinatamente ai *gentiles*. È possibile anche che le cose siano andate, invece, esattamente all'opposto: la generica assegnazione della *familia pecuniaque* agli *adgnati* e ai *gentiles*, quale la si leggeva nelle *XII tabulae*, subì, limitatamente alla successione ereditaria, la riduzione all'*adgnatus proximus* esclusivamente ad opera dell'*interpretatio* pontificale successiva. — Sulla *tutela libertorum* è molto significativo lo squarcio di Gai 1.165: *Ex eadem lege XII tabularum libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet. Quae et ipsa tutela legitima vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat.* Questo brano descrive, in ordine alla *tutela legitima libertorum*, l'identico processo di enucleazione dell'istituto *ex interpretatione prudentium*, che noi sosteniamo essersi verificato per tutto quanto l'istituto della tutela cd. decemvirale. Esso rappresenta, pertanto, un'importante conferma della nostra tesi. — Sulla *tutela fiduciaria* (e su tutta la gamma delle sue applicazioni) v. Gai 1.166-167: (*De fiduciaria tutela*). *Exemplo patronorum receptae sunt et aliae tutelae, quae et ipsae legitimae vocantur. Nam si quis filium nepotemve ex filio et ceteros deinceps impuberes, aut filiam neptemve ex filio et ceteras deinceps tam puberes quam impuberes alteri ea lege mancipio dederit, ut sibi remanciparentur, remancipatosque manumiserit, legitimus eorum tutor erit. Sunt et aliae tutelae, quae fiduciariae vocantur, id est quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coëmp-*

XII tabulae: una disposizione che doveva essere, a nostro avviso, quella stessa sugli *adgnati gentilesque* in quanto *heredes ab intestato*, ma che i giuristi classici si figuravano nel senso che assegnasse la *tutela* dell'impubere ai suoi *adgnati* (non a quelli del padre defunto, si badi) e subordinatamente ai *gentiles*. Per « *adgnati* » chiamati alla tutela si intendevano dunque, in epoca storica, i parenti agnatizi maschi del pupillo in ordine di prossimità: prima i fratelli *ex patre*, poi i fratelli del padre e così via. Venendo a mancare gli *adgnati* più vicini, il titolo passava (contrariamente a quanto avveniva per la *successio*) a quelli meno stretti. Se vi erano più *vocati* dello stesso grado, essi erano « *contutores* » *dell'impubere*. La vocazione dei *gentiles* era praticamente desueta già in età preclassica. Si aggiunga che, se l'impubere era un *libertus*, la tutela (« *tutela libertorum* ») ne spettava al *patronus* o, in subordinata, ai discendenti di costui. La tutela dell'*impuber emancipatus* era, infine, tradizionalmente attribuita a titolo di « *tutela fiduciaria* », sull'esempio della tutela del *libertus*, a chi avesse compiuto, attraverso il procedimento dell'*emancipatio*, l'ultima sua *manumissio* (quindi, di solito, al *parens manumissor*).

53.4.1. È probabile che in antico il *tutor legitimus*, alla stregua di tutti gli *adgnati gentilesque*, potesse non accettare la *tutela* e potesse altresì operare la *in iure cessio* ad altri della *tutela* accettata. In età preclassica e classica, invece, l'investitura del *tutor legitimus* aveva luogo *ipso iure*, non era ammessa *abdicatio* e (diversamente che per la *tutela mulierum*) non era valida la *in iure cessio tutelae* ad altre persone: se il *tutor legitimus* effettuava la *cessio*, egli restava titolare dell'ufficio, pur se esso era esercitato vicariamente dal cessionario. Solo in periodo postclassico fu esteso al *tutor legitimus* il regime delle *excusationes*.

53.4.2. In periodo postclassico, data la connessione esistente tra *tutela legitima* e *successio ab intestato*, avvenne che, pur rimanendo

---

tionatore manumiserimus. Sed Latinarum et Latinorum impuberum tutela non omni modo ad manumissores eorum pertinet, sed ad eos quorum ante manumissionem ex iure Quiritium fuerunt; unde si ancilla ex iure Quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te manumissa, Latina fieri potest, et bona eius ad me pertinent, sed eius tutela tibi competit; nam ita lege Iunia cavetur. Itaque si ab eo cuius et in bonis et ex iure Quiritium ancilla fuerit, facta sit Latina, ad eundem et bona et tutela pertinent. In diritto giustinianeo i soli *fiduciarii tutores* erano i figli del *parens manumissor*, che succedevano al *pater* nella tutela sui discendenti che questi avesse liberato: v. I. 1.19.

53.4.1. Sull'*in iure cessio tutelae* v. *infra* n. 54.4. V. frattanto Gai 1.168: *... pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.*

53.4.2. Anticipazioni del sistema giustinianeo soprattutto in Anast.

fermo in linea di principio il sistema classico, il *ius novum* imperiale mostrò una certa propensione ad ammettere deroghe che portassero all'incarico di tutore i cognati e la madre del pupillo. Giustiniano, in armonia con il suo riordinamento della successione intestata, stabilì per esplicito che la *tutela legitima* andasse conferita secondo i nuovi criteri.

53.5. 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 originariamente 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*. In età classica, nel sec. I d.C., competenti alla nomina in Roma divennero anche i *consules* e più tardi, sul finire del II sec. d.C., fu creato un apposito « *praetor tutelaris* ». In età postclassica il *praetor tutelaris* fu degradato ad assistente, unitamente a 10 *senatores*, dal *praefectus urbi*, in cui si accentrò la competenza della nomina del *tutor dativus*.

53.5.1. La *tutela Atiliana* ebbe, sin dall'inizio, caratteri evidentissimi di *munus publicum*, che progressivamente si estesero, tra l'epoca classica e quella postclassica, agli altri due tipi di *tutela*. Al *munus* il designato alla *tutela* poteva sottrarsi solo ottenendo dal magistrato tutelare il riconoscimento di comprovate « *excusationes* »: età avan-

---

CI. 5.30.4 (a. 498). Per Giustiniano, si vedano particolarmente CI. 6.58.15.4 (a. 534) e Nov. 118.5. V. *retro* n. 37.4 e 5.

53.5. Sulla *lex Atilia* e sul *praetor tutelarius*: Solazzi, *La « lex Atilia » nel Digesto* (1925), ora in *Scr. dir. rom.* 3 (1960) 103 ss.; Schneider, sv. « *Tutelarius* », in *PW*. — Controverso è se la *lex Iulia* fosse diversa dalla *lex Titia* (alcuni parlano di *lex Iulia Titia*), come pure controverse sono la data e la sfera di applicazione. — Sul regime postclassico e giustinianeo v.: I. 1.20.4-5; CTh. 3.17.3 (a. 389) = CI. 5.33.1; CTh. 3.17.4.4 (a. 390) = CI. 5.35.2. Su tutto: Grelle, « *Datio tutoris* » *e organi cittadini nel Basso Impero*, in *Labeo* 6 (1950) 216 ss.

53.5.1. Sulle *excusationes* cfr., da ultimo: Debbash, « *Excusatio tutoris* », in *Varia* (1956) 55 ss. Le trasformazioni della tutela in età di Marco Aurelio, con particolare riguardo alle norme sull'*excusatio* ed a Gai 1.182, sono esaminate da: Solazzi, *Sul Sc. di Gai 1.182* (1918-19), e *La dispensa del « tutor » dopo M. Aurelio* (1927), nonché *Il momento finale della tutela e il senatoconsulto di Gai 1.182* (1949), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1957) 275 ss., 3 (1960) 157 ss., 5 (1972) 149 ss. V.: I. 1.25, Vat. 123-247, D. 27.1, CI. 5.62-69. — Sulla *potioris nominatio* v. Vat. 117, 157, 207, 209, 215. Sul tema: Solazzi, *Tutele e curatele* 2 (1913), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1957) 23 ss.

zata, altre tutele da esercitare, numero elevato di figli da mantenere, uffici pubblici rivestiti e così via. In età postclassica il *tutor* designato poteva anche sottrarsi alla tutela, indicando una persona di lui più adatta (« *potioris nominatio* »), ma l'istituto fu tacitamente posto da parte da Giustiniano.

53.6. A prescindere dal raggiungimento della *pubertas* da parte del *pupillus* o della *pupilla*, che era « fatto estintivo » della *tutela*, furono conosciuti e disciplinati, in età storica, i seguenti fatti modificativi della *tutela impuberum* (fatti cioè implicanti la surrogazione del *tutor* originario con un nuovo tutore): la morte o *capitis deminutio* del *tutor*; la solenne « *abdicatio tutelae* » del *tutor testamentarius*, abolita peraltro nel sec. II d.C.; la « *remotio* » del *tutor Atilianus* (e dei *tutores* equiparati) fatta dal magistrato in considerazione della sua inettitudine o indegnità. Nel sec. II d.C. la *remotio* fu estesa al *tutor testamento datus* condannato nell'*accusatio suspecti tutoris*: al suo posto era designato *imperio magistratus* altro tutore (dunque, non subentrava il *tutor legitimus*). Probabilmente, solo in periodo postclassico l'istituto della *remotio* fu esteso anche al *tutor legitimus*.

53.7. Le responsabilità dei *tutores* per l'ipotesi di mancata restituzione o di cattiva amministrazione del *patrimonium* pupillare si andarono affermando molto lentamente. Nel sistema del *ius civile*, a carico del *tutor testamento datus* e del *tutor legitimus* non esistevano che due imperfetti mezzi di reazione giudiziaria: l'*accusatio suspecti tutoris* e l'*actio rationibus distrahendis*. Il *ius honorarium* introdusse invece, in età preclassica, due mezzi assai più efficaci e di applicazione divenuta sempre più larga: la *satisdatio rem pupilli salvam fore* e l'*actio tutelae*.

53.6. L'estinzione della *tutela impuberis* per raggiunta età pubere implicava per la *pupilla* (lo si ricordi) il passaggio alla *tutela mulierum*. — La modificazione della *tutela impuberis* per venir meno del tutore originario comportava il ricorso al *tutor legitimus*, o ad altro *tutor legitimus*, oppure, non essendovi altri *tutores legitimi* disponibili, al *tutor Atilianus*. — Sulla *remotio* del condannato nell'*accusatio suspecti tutoris* v. Gai 1.182 e Ulp. 11.23. Sul tema cfr.: Solazzi, *La minore età* (1913) 259 ss. Il tutore rimosso usciva di carica nel momento in cui era nominato il nuovo tutore. In luogo della *remotio* il magistrato poteva anche adottare il ricorso ad un « *tutor* (poi *curator*) *adiunctus* »: cfr. Mod. D. 26.10.3.18.

53.7. Sulla responsabilità dei *tutores* manca una affidante trattazione complessiva esauriente. Del resto, specie l'attività negoziale del tutore che agisce come *negotiorum gestor* non consente valutazioni sintetiche (v. la letteratura cit. *retro* nei n. 20 e 34.2.1). Cfr. tuttavia gli studi del Solazzi, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conchiusi dal tutore*, pubblicati il 1910 ed il 1913, ed oggi negli *Scr. dir. rom.* 1 (1955) 371 ss. Per il diritto giustinianeo cfr.: De Robertis, *La responsabilità del tutore nel diritto giustinianeo* (1954), e *La responsabilità del tutore* (1960).

53.7.1. L'« *accusatio suspecti tutoris* », attribuita forse falsamente già alla *lex XII tabularum*, era un'azione criminale esercitabile contro il *tutor testamentarius* da chiunque ritenesse di poterlo accusare del *crimen* di malversazione dolosa o gravemente colposa del patrimonio del pupillo. Il *tutor* malversatore era condannato ad una pena pubblica. Probabilmente, solo in periodo postclassico l'istituto dell'*accusatio* fu esteso anche ai tutori non testamentari.

53.7.2. L'« *actio rationibus distrahendis* », prevista dalla *lex XII tabularum*, era un'*actio poenalis* privata esercitabile contro il *tutor legitimus* dal *pupillus*, al termine della *tutela*, per ottenere che i conti relativi al patrimonio pupillare fossero distinti da quelli relativi al patrimonio del tutore e che quest'ultimo fosse conseguentemente punito, ove risultasse aver distratto attività del pupillo. Il *tutor* malversatore era condannato alla pena del *duplum* dei valori sottratti. Probabilmente l'istituto fu esteso, già nell'età classica, anche agli altri tutori.

53.7.3. La « *satisdatio rem pupilli salvam fore* » era una *stipulatio praetoria*, con la quale il *tutor* prima di assumere la *tutela* prometteva al *pupillus* di far tutto ciò che competesse al suo ufficio (« *quod ex tutela dari fieri oportet* »). In caso di inadempimento, il *pupillus* esercitava l'*actio ex stipulatu* al termine della *tutela*. Ma la *satisdatio* non era imposta in ogni caso. La si soleva imporre in due ipotesi: quando il *tutor* fosse *legitimus* o fosse nominato da un ma-

---

53.7.1. Sull'*accusatio suspecti tutoris* cfr. spec.: Laprat, *Le « crimen suspecti tutoris »* (1926). Per le fonti: I. 1.26; D. 26.10.1.2 = I. 1.26 pr. Cfr. XII tab. 8.20 *a* (in *FIRA*. 1), a nostro avviso assai poco credibilmente ricostruito. — La condanna del *tutor suspectus*, ove l'accusa risultasse fondata, era produttiva di *infamia*, ma spesso il magistrato si limitava alla *remotio*.

53.7.2. Sull'*actio rationibus distrahendis* v. Triph. D. 26.7.55.1: *Si ... tutores rem pupilli furati sunt, videamus an ea actione, quae proponitur ex lege XII tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur* (*rell.*). Sul tema cfr. spec.: De Robertis, « *Tutor* » e « *actio furti* », in *Labeo* 1 (1955) 259 ss.

53.7.3. Sulla *satisdatio (cautio) rem pupilli salvam fore* cfr.: Rotondi, *Appunti sulla « stipulatio rem pupilli salvam fore »* (1908), ora in *Scr.* 2 (1922) 268 ss.; Lauria, « *Periculum tutoris* », in *St. Riccobono* 3 (1936) spec. 304 nt. 67 e 305 nt. 95; Solazzi, *Su Gai I.199-200* (1956), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 695 ss., con riguardo anche ai tormentati frammenti di Pomp. e Nerat. D. 46.6.9 e 11; da ultimo, Guzmán, *Caución tutelar en derecho romano* (1974). Se il *pupillus* era *infans*, la *satisdatio* si prestava ad un suo *servus* o, in mancanza, ad un *servus publicus* o al magistrato: Ulp. D. 27.8.1.15, D. 46.6.2. — La formula della *satisdatio* è così ricostruita da Lenel, *EP*.[3] § 288: « *Quidquid, quod tu tutelam meam gesseris, te mihi dare facere oportebit ex fide bona, ob id rem meam salvam fore spondesne? Spondeo* ». — A maggior garanzia del pupillo, il diritto classico riconobbe ai suoi crediti verso il tutore un privilegio in caso di procedura concorsuale. Il diritto postclassico giunse, sulla base di spunti classici, ad attribuire al pupillo addirittura un diritto di ipoteca generale sul patrimonio del *tutor*: cfr. CI. 5.37.20 (a. 314).

gistrato municipale (cioè non da un magistrato della *respublica*); e quando vi fossero più *tutores* di uno stesso pupillo, tra i quali ad uno soltanto si volesse affidare la gestione effettiva.

53.7.4. L'« *actio tutelae* » era un *iudicium bonae fidei*, infamante, concesso al *pupillus* dopo l'esaurimento della *tutela*, contro il *tutor Atilianus* e contro il *tutor testamento datus*, affinché fossero condannati a prestare « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* ». L'azione fu esercitabile, in età classica, contro ogni sorta di *tutores*, ma fu riconosciuta altresì (come « *actio contraria tutelae* ») al tutore contro il pupillo per il rimborso degli oneri economici da lui incontrati. Quanto alla misura della responsabilità del *tutor*, essa fu variamente determinata col procedere dei secoli: in età classica il *tutor* era responsabile, di regola, per le anomalie di gestione dipese da *dolus malus*; in età postclassica egli fu ritenuto responsabile per *dolus* e per *culpa*; in diritto giustinianeo la sua responsabilità si estese alla *culpa in concreto*, cioè al mancato impiego nella gestione tutoria della « *diligentia quam suis rebus adhiberi solet* ».

53.8. La funzione del *tutor impuberis*, rivelata per una parte del costume sociale e per l'altra parte dalle responsabilità giuridiche poste a suo carico, era di assistere con onestà e diligenza il *pupillus* sino al raggiungimento della *pubertas*, facendo in modo che egli non avesse a soffrire pregiudizi personali o patrimoniali a causa della sua incapacità di agire. Questa funzione si traduceva in tre ordini di doveri: la sorveglianza sulla condotta personale del *pupillus*; l'integrazione delle sue iniziative patrimoniali utili; la sostituzione al *pupillus* nelle operazioni patrimoniali utili che il pupillo non fosse in grado di compiere personalmente.

53.8.1. La « sorveglianza sulla condotta personale del *pupillus* » era ridotta dal costume ai minimi termini. Non solo non si usava

---

53.7.4. La formula dell'*actio* (o *arbitrium*) *tutelae* è così ricostruita dal Lenel, *EP.*[5] § 124: « *Quod N.s N.s A.i A.i tutelam gessit 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; s.n.p.a.* ». — Sulla misura della responsabilità del tutore esiste una vastissima problematica: cfr., per tutti, Sachers, sv. « *Tutela* » cit. 1573 ss. — Se il *tutor* si asteneva da ogni attività (cd. *tutor cessans*), l'*actio tutelae*, che presupponeva un « *tutelam gerere* », non poteva essere esercitata, ma il pretore riparò con la concessione di un'« *actio tutelae utilis* »: Pap. D. 26.7.39.11. — Nell'ipotesi di pluralità di *tutores* (tutti gerenti), la responsabilità era *in solidum*. Sul tema: Lecomte, *La pluralité des tuteurs en droit romain* (1928).

53.8. Sulle funzioni del *tutor* cfr. la panoramica esposizione del Sachers, sv. « *Tutela* » cit. 1544 ss., con bibliografia, a cui *adde* Labruna, « *Rescriptum divi Pii* », *Gli atti del pupillo « sine tutoris auctoritate »* (1962).

53.8.1. Per la sorveglianza sulla condotta personale del

ammettere una disciplina potestativa del *tutor* sul *pupillus*, ma non si riteneva il *tutor* nemmeno tenuto all'educazione o all'istruzione dell'impubere. All'allevamento del *pupillus* il costume sociale designava la madre, e subordinatamente i *cognati* di linea ascendente, riconoscendo agli stessi la possibilità di esercitare le modiche attività disciplinari necessarie a questo scopo. Il *tutor impuberis* aveva, sotto questo profilo, soltanto un residuale onere giuridico della sua antica *potestas*: quello di provvedere alle spese di mantenimento del *pupillus*.

53.8.2. L'« integrazione delle iniziative patrimoniali utili del *pupillus* » si effettuava con l'« *auctoritatis interpositio* », cioè mediante l'approvazione ufficiale (con i termini « *auctor fio* » o equivalenti) degli atti negoziali posti in essere dal *pupillus*. In mancanza di *auctoritas* tutoria, il negozio del pupillo era una « *negotium claudicans* », inutilizzabile nei confronti suoi o del tutore e produttivo, in periodo classico, solo di un'*actio utilis* contro il *pupillus* nei limiti dell'arricchimento.

53.8.3. La « sostituzione al *pupillus* nelle operazioni patrimoniali utili » si designava col termine generico di « *negotiorum gestio* », ma doveva essere operata dal *tutor* nei soli casi in cui il *pupillus* fosse impossibilitato, in linea di fatto o in linea di diritto, a porre in essere personalmente l'attività negoziale. Quindi: quando il *pupillus* fosse *infans* (o talora anche *infantiae proximus*), quando egli fosse *absens* e vi fosse urgenza di provvedere, quando *iure civili* o *iure honorario* l'atto dovesse o potesse essere compiuto personalmente (in nome proprio o a nome del *pupillus*) dal *tutor*.

---

pupillus v.: Paul. D. 26.7.12.3; D. 27.2; CI. 5.49 e 50. In argomento cfr.: Biondi, *Aspetti morali della tutela* cit.; Solazzi, *L'istruzione del pupillo* (1951), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 605 ss. Illuminante è un rescritto del 223, Alex. CI. 5.49.1 pr.-2: *Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est. Quando autem inter eam et cognatos et tutorem super hoc oria fuerit dubitatio, aditus praeses provinciae inspecta personarum et qualitate et coniunctione perpendet, ubi puer educari debeat. Sin autem aestimaverit, apud quem educari debeat, is necessitatem habebit hoc facere, quod praeses iusserit.*

53.8.2. Sull'*auctoritas tutoris* v. Gai 2.80-81: *Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem mancipi alienare posse; nec mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse. Ideoque si quando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, quia facit eam accipientis cum scilicet pecunia res nec mancipi sit, contrahit obligationem.* — Sulla forma dell'*auctoritas* cfr. spec.: Solazzi, *La forma della « tutoris auctoritas » e della « patris auctoritas »* (1951), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 335 ss. — In ordine agli atti compiuti dal *pupillus sine tutoris auctoritate* il Labruna, « *Rescriptum divi Pii* » cit. sostiene la classicità dell'azione nei limiti dell'arricchimento, riconosciuta da un rescritto di Antonino Pio. Cfr. anche: Thomas, « *Naturalis obligatio pupilli* », in *Fs. von Lübtow* (1970) 457 ss.

53.8.3. Sulla *negotiorum gestio* del *tutor* v. *retro* n. 34.2.1.

53.8.4. I criteri in base ai quali le operazioni patrimoniali fossero da considerare « utili » erano, ovviamente, vari ed elastici. In generale, si riteneva che fosse utile l'investimento del patrimonio del *pupillus* in beni immobili o almeno in operazioni fruttifere di interessi, che fosse utile l'alienazione di cose deperibili o il pagamento sollecito di debiti scaduti, che fosse inutile l'acquisto di beni superflui o la concessione di crediti non garantiti. Una « *oratio Severi* » (di Settimio Severo, del 195 d.C.) addirittura vietò, di regola, l'alienazione o la sottoposizione ad ipoteca dei fondi rustici o siti nell'immediato suburbio (« *praedia rustica vel suburbana* »); Costantino estese il divieto a tutti i beni del *pupillus*, fatta eccezione per quelli deperibili; ulteriori divieti furono posti da Giustiniano. In diritto giustinianeo, il *tutor impuberis* era ormai obbligato a tenere in regola un « *inventarium* » di tutte le attività e passività del *pupillus* ed a chiedere l'autorizzazione giudiziale per il compimento di quasi tutte le operazioni eccedenti l'ordinaria amministrazione.

53.9. Il *patrimonium* pupillare era, come si è avvertito, un « patrimonio separato », di cui il *tutor* era il titolare attuale, ma il *pupillus* era il titolare potenziale, con diritto alla restituzione e alla resa dei conti al termine della tutela. Perciò, mentre le iniziative patrimoniali dovevano essere assunte possibilmente dal *pupillus* (con l'*auctoritatis interpositio* del *tutor*), di regola le vicende relative al patrimonio pupillare ricadevano sul *tutor*: il quale era *possessor* dei beni pupillari, ne aveva il *dominium* e ne acquistava *possessio* e *dominium* per mezzo dei sottoposti (principalmente, i *servi*)

53.8.4. Sulle operazioni patrimoniali del *tutor* v.: D. 26.7; CI. 5.37 e 38. — Con riguardo alla cd. *oratio Severi* (da non confondere con quella in tema di donazioni fra coniugi: *retro* n. 51.2.4) cfr.: Brasiello, « *Auctoritas praetoris* », I. - « *Auctoritas praetoris* » *e alienazione dei beni dei pupilli*, in *St. Solazzi* (1948) 180 ss., e *Pegno e « mancipatio fiduciae causa » nella alienazione degli incapaci*, in *Mél. De Visscher* 3 (1950) 203 ss. Il testo dell'*oratio Severi*, in versione che molti sostengono alterata nella estensione ai *curatores minorum*, è riportato da Ulp. D. 27.9.1.2: « *Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienare obligarive debeant, manente pupilli actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori* ». I *curatores* cui si riferiva l'*oratio* non erano i *curatores minorum*, ma i *curatores impuberis* (v. *infra* n. 55.4.2 e 56.5): in tema cfr. Biscardi, *L'« oratio Severi » e il divieto di « obligare »*, in *St. Grosso* 3 (1968) 247 ss.

53.9. Sulla posizione del *tutor*, rispetto al patrimonio pupillare, v. Paul. D. 26.7.27: *Tutor, qui tutelam gerit,* [*quantum ad providentiam pupillarem*] *domini loco haberi debet.* V. anche: Iul. D. 41.4.7.3 e D. 47.2.57.4; Ulp. D. 43.24.11.7 = D. 50.17.157 pr. In materia cfr.: Kübler, *Die vormundschaftliche Gewalt* cit. 81 ss.; Bund, *Zur Veräusserungsbefugnis des Tutors*, in *St. Betti* 2 (1962) 157 ss.

rientranti nel patrimonio del pupillo. Per far sì che anche i crediti fossero iscritti nel patrimonio pupillare, si usava ricorrere all'intervento di un *servus pupillaris* che ricevesse l'impegno per conto del suo (potenziale) *dominus*: altrimenti i crediti erano acquistati (salvo rendiconto a fine tutela) dal tutore.

53.9.1. Talune attività giuridiche relative al patrimonio pupillare potevano (e talvolta dovevano) essere compiute esclusivamente dal *tutor*. *Iure civili*, il *tutor* non poteva assumere o far assumere debiti sul patrimonio pupillare, ma li doveva assumere in nome proprio, salvo a farne ricadere gli effetti sul patrimonio pupillare in sede di rendiconto finale e sempre che risultassero assunti utilmente: il *ius honorarium* ammise, peraltro, i creditori ad agire in molti casi contro il *pupillus*, al termine della tutela, con *actiones utiles*. Inoltre, *iure civili* il *tutor* non poteva agire od essere convenuto, sia pure con riferimento al patrimonio pupillare, che in nome proprio: ma il *ius honorarium* concesse che egli agisse o fosse convenuto come rappresentante del *pupillus*, purché prestasse le *cautiones* disposte per i *procuratores*.

54. La « TUTELA MULIERUM ».

54.1. La *tutela mulierum* dei tempi storici, ben diversamente dalla *tutela impuberum*, era un istituto di assistenza solo di nome, mentre di fatto era una parvenza residuale dell'antichissima, e ormai largamente superata, *potestas* sulle *mulieres*. Gli stessi giuristi romani stentavano a conferire all'istituto una giustificazione razionale, tanto più che le *mulieres viripotentes*, a differenza dei *pupilli*, erano

---

53.9.1. Sulle azioni utili contro il pupillo cfr.: Solazzi, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* (1910-1913), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1955) 453 ss. — Sul *procurator*: *retro* n. 34.2. — Sulla *cautio de rato* del tutore cfr.: Bonini, *Note sulla remissione della « cautio de rato » ai tutori e ai curatori*, in *BIDR.* 71 (1968) 175 ss.

54.1. Sulla *tutela mulierum* cfr.: Bonfante, *Corso* cit. 557 ss.; Sachers, sv. « *Tutela* » cit. 1588 ss., con letteratura. La decadenza dell'istituto è illustrata dal Solazzi, *Le nozze della minorenne* (1916) e, più ampiamente, in « *Ius liberorum* » *e analfabetismo* (1918), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1957) 147 ss., 229 ss., con letteratura. — Sul *sexus muliebris* e le limitazioni ad esso connesse: *retro* n. 24.4 e 28.3.2. — Le ragioni della *tutela mulierum* sfuggivano quasi completamente alla giurisprudenza classica. Evidente l'imbarazzo di Gai I.190: *Feminas ... perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.* Questo testo mette anche in evidenza la minima importanza pratica del ruolo del *tutor mulieris* in età classica.

unanimemente ritenute titolari esclusive del loro *patrimonium*. Malgrado ciò, la *tutela mulierum* rimase formalmente in vigore, sia pure con applicazioni sempre più limitate, per tutto il periodo classico, cadendo in desuetudine solo nel periodo successivo.

54.1.1. Sottoposte a *tutela mulierum* erano, più precisamente, le donne, sia *ingenuae* che *libertinae*, le quali fossero *sui iuris* (quindi non *in potestate manu mancipiove* di un soggetto giuridico) e puberi (quindi non assoggettate a *tutela impuberum*). Erano ammesse due sole eccezioni: per le sacerdotesse *Vestales*, che erano esenti per antichissima consuetudine anche dalla *patria potestas*; e, sulla base di una disposizione della *lex Iulia et Papia Poppaea*, per le donne che avessero conseguito il *ius* (*trium vel quattuor*) *liberorum*.

54.2. Le vicende della *tutela mulierum* obbedivano alle stesse regole valevoli per la *tutela impuberum*, ma con qualche variante legata alle peculiarità dell'istituto. In particolare, le *mulieres* avevano larga possibilità di scegliersi un tutore di loro gradimento e potevano ottenere l'estinzione del rapporto tutelare, non solo attraverso l'assunzione tra le Vestali o il conseguimento del *ius liberorum*, ma anche rinunciando alla soggettività giuridica e divenendo *mulieres in manu* di un altro soggetto.

54.3. Il *tutor testamento datus* era designato dal *testator* negli stessi modi della *tutela impuberum*, ma poteva sottrarsi con maggiore facilità alla carica. Per lui l'« *abdicatio tutelae* » rimase disponibile sino a quando la *tutela mulierum* scomparve.

54.3.1. Se il *tutor testamentarius* era dato alla *mulier* da chi avesse avuto su di essa la *manus* (non quindi dal titolare della *patria potestas*),

---

54.1.1. Sulle *mulieres* soggette a tutela v. Gai 1.144-145: ... *Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilo minus in tutela permanet; tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt, itaque etiam lege XII tabularum cautum est.* Su questo testo e sui problemi di ricostruzione storica da esso implicati cfr. Guizzi, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano, Il sacerdozio di Vesta* (1968) spec. 5 ss. — Sul *ius liberorum*: *retro* n. 23.2. V. Gai 1.194.

54.2. Per le vicende della *tutela mulierum* v. *retro* nt. 52.4 e 53.4. Data la limitatissima importanza delle funzioni del *tutor mulieris*, non sorgeva praticamente quasi mai il problema di sostituirlo con altro tutore (o con un *curator*) ove egli fosse *impuber* o *furiosus*. Comunque, se proprio necessario, si ricorreva al *tutor praetorius* ed ai tutori speciali così come per la *tutela impuberum*: v. *retro* n. 53.2.

54.3. Sul *tutor testamentarius* v. *retro* n. 53.3.

54.3.1. Sull'*optio tutoris* v. Gai 1.150-153: *In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est ut liceat ei permittere quem velit*

il testatore poteva anche concedere alla *filia* di scegliersi essa stessa il tutore (cd. « *tutor optivus* »). Si distingueva, al riguardo, tra: una « *optio tutoris angusta* », quando la *mulier* otteneva il diritto di scegliersi il tutore non più di una volta o di un certo numero determinato di volte; e una « *optio tutoris plena* », quando la *mulier* otteneva il diritto di scegliersi quanti tutori volesse, l'un dopo l'altro o separatamente per singoli affari diversi.

54.4. Il *tutor legitimus* era, per la *mulier ingenua*, l'*adgnatus* più stretto (quindi, per la donna che fosse stata *uxor in manu*, in primo luogo il suo figlio), subordinatamente un *gentilis*; per la *liberta*, il *patronus* (subordinatamente i suoi discendenti); per la *mulier* emancipata, il *parens manumissor*. L'esercizio (non la titolarità, si badi) della *tutela legitima* poteva essere trasferito ad altri mediante l'« *in iure cessio tutelae* »: il cessionario veniva denominato « *tutor cessicius* ». La *tutela legitima* delle *ingenuae* (non così quella delle *libertinae*) fu comunque abolita, sin dal sec. I d.C., da una *lex Claudia*.

54.5. Il *tutor Atilianus* era nominato negli stessi modi e con gli stessi criteri valevoli per la *tutela impuberum*. Ma in pratica

---

ipsa tutorem sibi optare, hoc modo: « Titiae uxori meae tutoris optionem do ». ... Ceterum aut plena optio datur aut angusta. Plena ita dari solet, ut proxime supra diximus. Angusta ita dari solet: « Titiae uxori meae tutoris optionem dumtaxat semel do », aut « dumtaxat bis do ». Quae optiones plurimum inter se differunt. Nam quae plenam optionem habet, potest semel et bis et ter et saepius tutorem optare; quae vero angustam habet optionem, si dumtaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest; si dumtaxat bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet. La pratica dell'*optio tutoris* concessa dal titolare della *manus* era chiaramente connessa con la decadenza di questo istituto e con l'utilizzazione di esso al fine di alleggerire il peso della *tutela* per le sottoposte. V. *infra* n. 54.6.

54.4. Sull'*in iure cessio tutelae* (*retro* n. 53.4.1) v. Gai 1.169-171: *Is autem, cui ceditur tutela, cessicius tutor vocatur. Quo mortuo aut capite deminuto revertitur ad eum tutorem tutela, qui cessit; ipse quoque qui cessit si mortuus aut capite deminutus sit, a cessicio tutela discedit et revertitur ad eum, qui post eum qui cesserat secundum gradum in ea tutela habuerit. Sed quantum ad agnatos pertinet, nihil hoc tempore de cessicia tutela quaeritur, cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint.* Si deduce da questo frammento che l'*in iure cessio tutelae legitimae* era in qualche modo analoga all'*in iure cessio hereditatis* impropria (n. 39.6.3): il *cedens*, avendo acquistato il suo titolo di *tutor* a seguito dell'acquisizione successoria, non poteva del tutto e definitivamente liberarsene. Per conseguenza, pur operando il *tutor cessicius* in nome proprio (e non come vicario del cedente), la sua *potestas* si estingueva con la morte del *cedens* e, a maggior ragione, si estingueva con la sua morte. — Sulla *lex Claudia de tutela mulierum* (44-49 d.C.) v. Gai 1.157. Si trattò probabilmente di un *plebiscitum* rogato dall'imperatore Claudio (Rotondi, 467 s.).

54.5. Sulla *datio tutoris mulieris* cfr. spec.: Luzzatto, *A proposito di una « datio tutoris mulieris » da parte del « praefectus Aegypti »*, in *St. Arangio-Ruiz* 4 (1953) 377 ss.; Arangio-Ruiz, *Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina dei tutori muliebri* (1956), ora in *St. epigr. e papir.* (1974) 450 ss.; Solazzi, *La « datio tutoris » nelle tavolette di Ercolano* (1956), e *Magistrati municipali alla ricerca di tutori idonei* (1958), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 639 ss., 6 (1972) 67 ss.; Grelle, « *Datio*

alla sua designazione si procedeva solo se la *mulier* ne facesse richiesta. Di solito, la *mulier*, per evitare l'incombenza su di lei di un *tutor Atilianus*, scelto dal magistrato, si provvedeva di un *tutor fiduciarius*.

54.6. La scelta del *tutor* da parte della *mulier* era possibile infatti, anche in difetto della *tutoris optio*, mediante il ricorso a procedimenti *in fraudem legis*, che erano peraltro entrati largamente nell'uso e nell'apprezzamento sociale. Anzitutto la donna, per sottrarsi a un tutore non gradito, poteva farsi *coëmere* da persona di sua fiducia (generalmente, un vecchio povero in canna e privo di eredi: il cd. « *senex coëmptionalis* »), che le desse affidamento di esercitare la *manus maritalis* secondo i suoi voleri (« *coëmptio tutelae evitandae causa* »). In un secondo momento, per ridiventare *sui iuris*, essa si faceva *mancipare* alla persona desiderata come tutore (divenendone *liber in mancipio*) e questa, provvedendo alla sua *manumissio*, ne diventava appunto il tutore legittimo (inattaccabile *ex lege Claudia* perché tutore di una *libertina*): tutore denominato usualmente anche « *tutor fiduciarius* ».

54.7. Le funzioni del *tutor mulieris* si riducevano alla *auctoritatis interpositio* in alcuni atti di particolare importanza

---

tutoris » *e organi cittadini nel Basso Impero*, in *Labeo* 6 (1960) 216 ss. — Il *tutor mulieris dativus* risulta anche denominato « *iustus* » o « *legitimus* »: García Garrido, « *Iustus tutor* » *y* « *legitimus tutor* », in *AHDE*. 25 (1955) 839 ss. — Sul problema particolare dell'età del *tutor*, cfr. spec.: Solazzi, *L'età del tutore* (1924), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1957) 313 ss.

54.6. Sulla *coëmptio tutelae evitandae causa* v. Gai 1.114-115 *b*: *Potest autem coëmptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coëmptio dicitur aut fiduciae: quae enim cum marito suo facit coëmptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coëmptionem; quae vero alterius rei causa facit coëmptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, veluti tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coëmptionem. Quod est tale: si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coëmptionem facit; deinde a coëmptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit. Femina autem, quae cum extraneo fiduciae causa coëmptionem fecerit, filiae locum non optinet: quae tamen fiduciae causa cum viro suo fecerit coëmptionem, nihilo minus filiae loco incipit esse; nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci.* V. *retro* nt. 47.4.2 e n. 49.2.1. — Sul *tutor fiduciarius* cfr. spec.: Erbe, *Die Fiduzia im römischen Recht* (1940) 145 ss.

54.7. Atti per i quali risulta richiesta l'*auctoritatis interpositio* sono i seguenti: alienazioni di *res mancipi* (Gai 1.92 e 2.80; Ulp. 11.27; v. però la cd. *constitutio Rutiliana* in Vat. 1); *in iure cessio* (Vat. 45); *acceptilatio* (Gai 2.85); *aditio hereditatis* (Gai 1.176; Ulp. 11.22); *testamentum* (Gai 1.192); *manumissiones* (D. 26.8.16; Ulp. 1.17); costituzione di dote (Gai 1.178 e 180); assunzione di qualsivoglia obbligazione (Ulp. 11.27); esperimento di *legis actiones* e di *iudicia legitima* (Ulp. 11.27); *conventio in manum* mediante *coëmptio* (Gai 1.115 e 195 *a*); autorizzazione alla libertà di istituire contubernio con schiavo altrui (ancora Ulp. 11.27). In particolare, sulla « *constitutio Rutiliana* » cfr.: Kaser, *Fragmentum Vaticanum I*, in *Labeo* 7 (1961)

(alienazione di *res mancipi*, assunzione di *obligationes*, *litiscontestatio* in un *iudicium legitimum* ecc.). Dato che, in periodo preclassico e classico, si era riconosciuta sempre più largamente la piena responsabilità della donna *sui iuris* nella disposizione del suo patrimonio, l'*auctoritas tutoris* era anche in queste ipotesi una formalità priva di contenuto: e ciò spiega perché contro il *tutor mulieris* non era esercitabile nessuna delle azioni esercitabili contro il *tutor impuberis*, ivi compresa l'*actio tutelae*.

55. Le curatele.

55.1. A prescindere dalle ipotesi pubblicistiche, che qui non interessano, i tipi più importanti di *cura* del *ius privatum* furono, nei tempi storici: la « *cura furiosi* », la « *cura prodigi* » e la « *cura minorum* ». Vi furono, inoltre, numerosi altri tipi di *cura* aventi ambito di applicazione più limitato. La caratteristica comune di questi istituti, ove si prescinda dall'originario carattere potestativo della *cura furiosi* e della *cura prodigi*, fu di essere destinati a sovvenire a specifiche anormalità fisiche e psichiche di soggetti giuridici (la pazzia, la prodigalità, la leggerezza giovanile, la sordità e così via), nei limiti della estensione e della durata delle anormalità stesse. Ma siccome la *cura minorum* progressivamente passò ad essere considerata, alla stregua della tutela, un rimedio caratteristico di uno stato normale di incapacità di agire, tornerà opportuno farne un discorso a parte.

55.2. La *cura furiosi* dei tempi storici (e in particolare dei periodi preclassico e classico) si ricollegava alla « *potestas in furioso pecuniaque eius* » della *lex XII tabularum*, ma con radicali

---

291 ss. — L'inammissibilità dell'*actio tutelae* contro il *tutor mulieris* è affermata da Gai 1.191.

55.1. Manca una trattazione di insieme della *cura* romana. Cfr. tuttavia: Grelle, sv. « *Cura* », in *NNDI.*, nonché Archi, sv. *Curatela* (*dir. rom.*), in *ED.*, con la più recente bibliografia. — Per la *cura debilium personarum* e per la *cura impuberis* o *mulieris*, v. *infra* n. 55.4. — Sulla *cura ventris*: *retro* n. 23.3.1 e 37.3.1. — Sulla *cura* sostitutiva della *tutela*: *retro* nt. 53.2. — Si tenga presente che, nella sistematica giustinianea, il paradigma della *cura* era costituito dalla *cura minorum*: cfr., ad esempio, I. 1.25.3 (*Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege XII tabularum* [*rell.*]). Ciò non significava che la *cura furiosi* e la *cura prodigi* avessero inizio dopo la minore età, ma significava che sopra tutto allora si poneva il problema pratico dell'assistenza al *furiosus* e al *prodigus*.

55.2. Sulla *cura furiosi* dei tempi storici cfr. la letteratura riportata *retro* nt. 28.2.1, 52.2 e 52.3.1. Per le fonti v.: I. 1.23; D. 27.10 (*De curatoribus furioso et aliis extra minores dandis*); CI. 5.70.

differenze implicate dal carattere assistenziale che l'istituto era venuto ad assumere. Per « *furiosus* » non si intendeva più il pazzo agitato e inguaribile, ma qualunque malato di mente, del quale si ammetteva in ogni caso la possibilità di guarigione. Ciò posto, sin che il *furiosus* fosse in vita non era pensabile né una *successio* nel suo *patrimonium*, né la perdita da parte sua delle *potestates* familiari e parafamiliari (in particolare, la *patria potestas* e la *tutela mulierum*). La giurisprudenza preclassica, interpretando la « *pecunia* » della *lex XII tabularum* nel senso di « patrimonio economico » (con esclusione delle *potestates* familiari e parafamiliari), raffigurò la *cura furiosi* come un potere assoluto del *curator* in ordine al patrimonio economico del *furiosus*, con in più un *munus* di sorveglianza sulla persona del *furiosus* e sull'esercizio da parte di quest'ultimo delle *potestates* familiari e parafamiliari che indeclinabilmente gli spettavano. In altri termini: il *furiosus* rimaneva titolare delle *potestates* familiari e parafamiliari, mentre il suo patrimonio economico era nella titolarità (fiduciaria) del *curator*, a titolo di « patrimonio separato » in attesa di restituzione. Costruzione ambigua, che rimase sostanzialmente invariata in età postclassica, pur con una sempre più accentuata tendenza a considerare il *curator* come amministratore piuttosto che come titolare del patrimonio del *furiosus*.

55.2.1. La nuova concezione del « *furiosus* » come « pazzo guaribile » implicò un ampliamento dei casi e delle varietà di pazzia. In primo luogo, la *cura* fu ritenuta applicabile a tutti i casi evidenti di follia: da quello estremo del *furiosus* vero e proprio (cioè del pazzo agitato) a quelli meno gravi del « *demens* », del « *mentecaptus* », dell'« *insanus* » e via dicendo. In secondo luogo, si ammise che il folle potesse avere intervalli più o meno lunghi di normalità (« *intervalla insaniae* »), durante i quali la *cura* veniva meno, salvo a riprendere in caso di ricaduta. La giurisprudenza postclassica, esasperando que-

---

55.2.1. Sulla concezione del *furiosus* cfr. spec.: De Francisci, *Intorno alla c. 6 C. 5.70 « de curatore furiosi vel prodigi »*, in *BIDR.* 30 (1921) 154 ss.; Lenel, *« Intervalla insaniae »*, in *BIDR.* 33 (1923) 227 ss.; Solazzi, *I lucidi intervalli del furioso* (1923), e *« Furiosus vel demens »* (1952), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1957) 545 ss., 5 (1972) 351 ss.; Renier, *Observations sur la terminologie de l'aliénation mentale*, in *RIDA.* 5 (1950) 429 ss. Sulla condizione della donna *furiosa*, in particolare: Frigione, *Sulla condizione della « mulier furiosa »*, in *Labeo* 3 (1957) 359 ss. — Degli *intervalla insaniae* ci ragguaglia Giustiniano, in una costituzione del 530 riferita in CI. 5.70.6 + CI. 6.22.9, che riporta le controversie relative agli *« antiqui »*. Anche se non è da escludere che le dispute si siano avute, per le ipotesi più clamorose (in particolare, per i lunghi intervalli di lucidità, quindi per i periodi di guarigione), già nella giurisprudenza classica, è difficile riferire all'età classica la minuziosa casistica che appare in numerosi testi sospetti riportati dai *Digesta*.

sta tendenza, giunse addirittura a sostenere che, pur rimanendo stabile la *cura*, il pazzo potesse compiere atti negoziali utili in tutti i suoi, anche momentanei, *intervalla insaniae*, che è quanto dire in tutti i momenti in cui fosse concretamente capace di intendere e di volere.

55.2.2. « *Curator furiosi* » era, per la *lex XII tabularum*, l'*adgnatus* collaterale più vicino e, subordinatamente, il *gentilis*. In mancanza di « *curator legitimus* », provvedevano alla nomina di un « *curator honorarius* » il *praetor* e nelle provincie il *praeses*. Ma il *ius novum* classico e postclassico modificò progressivamente il sistema, attribuendo anche ai funzionari imperiali (per Roma, al *praefectus urbi*) la scelta del *curator furiosi*: scelta che, peraltro, soleva adeguarsi alle indicazioni testamentarie eventualmente fornite dal *pater* del folle e, subordinatamente, alle relazioni di parentela agnatizia e cognatizia.

55.2.3. Le funzioni del « *curator furiosi* » erano di sorvegliare la persona del *furiosus*, provvedendo alla sua cura e al suo mantenimento, e di amministrare per conto di lui il patrimonio separato di cui era titolare: una situazione, quanto all'amministrazione patrimoniale, approssimativamente corrispondente a quella del *tutor* di un *infans*. Al termine della gestione (che era dato dalla guarigione o dalla morte del *furiosus*), il *curator* doveva renderne il conto e poteva essere convenuto, per la cattiva gestione, con un'*actio negotiorum gestorum*. Le *potestates* familiari spettanti al *furiosus* (sui *filii*, le *mulieres in manu*, i *liberi in mancipio*) rimanevano praticamente inesercitate o erano di fatto (ma non di diritto) esercitate dal *curator*. L'unica *potestas* parafamiliare che il *furiosus* poteva validamente esercitare, malgrado la malattia, era quella, eminentemente nominale, di *tutor mulieris*.

55.3. La *cura prodigi* dei tempi storici aveva anch'essa subito, non meno della *cura furiosi*, una sensibile evoluzione rispetto

---

55.2.2. Al diritto classico era ignoto il *curator testamentarius*, ma da Mod. D. 26.3.1.3 (v. anche D. 27.10.16 pr.) risulta che, se il padre designava un *curator* al figlio nel testamento, la designazione era solitamente confermata dal magistrato. In diritto postclassico-giustinianeo, la *cura legitima* decadde e la conferma dell'eventuale *curator testamento datus* divenne prassi universale. Sul tema: Solazzi, *Interpolazioni in Ulp. XII* (1922), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1957) 537 ss.

55.2.3. Le funzioni del *curator furiosi* risultano da Iul. D. 27.10.7 pr. (testo ingiustamente sospettato): *Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi.* Quanto al patrimonio economico, v. Cic. *tusc.* 3.5.11: *eum dominum rerum suarum vetant XII tabulae.* Sugli sviluppi postclassici (in particolare, sulla estensione dell'*oratio Severi* alla *cura furiosi*): Solazzi, *L'estensione dell'« oratio Severi » al curatore del furioso* (1950), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 586 ss.

55.3. Sulla *cura prodigi* cfr.: Bove, sv. « *Prodigus* », in *NNDI.*, con letteratura. Per le fonti v.: I. 1.23; D. 27.10; CI. 5.70.

all'assetto fissato nella *lex XII tabularum*. Il *curator* era privo di ogni *potestas* sulla persona del *pater familias prodigus*, il quale conservava pienamente il diritto all'esercizio delle *potestates* familiari e parafamiliari. Egli era invece titolare del patrimonio economico del *prodigus* e aveva il *munus* di amministrarlo nell'interesse di costui e di restituirlo a lui od ai suoi eredi.

55.3.1. Il « *prodigus* » assoggettato a cura era tuttora, come nella *lex XII tabularum*, non un qualsiasi dilapidatore, ma colui che, avendo ereditato *ab intestato* i « *bona paterna avitaque* », li amministrasse rovinosamente con danno della propria *familia* e, indirettamente, di tutta la *civitas*. La *cura* trovava applicazione, dunque, solo nei confronti dell'*heres suus ab intestato* ed era inoltre subordinata ad una « *interdictio* » del *praetor*: « *quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad aegestatem perducis, ob eam rem tibi aere commercioque interdico* ». La formalità dell'*interdictio*, a partire dal tardo periodo classico, non fu sempre ritenuta indispensabile, purché risultasse chiaramente la prodigalità del soggetto. È dubbio che il *prodigus* fosse considerato guaribile da quella che era più una debolezza del carattere che una vera e propria malattia dello spirito: comunque l'eventualità della guarigione doveva essere considerata praticamente rarissima.

55.3.2. Per quanto riguardava la persona del *curator*, i modi della sua designazione, i suoi poteri sul patrimonio separato da restituire al *prodigus* o ai suoi successori e, finalmente, i suoi doveri di amministrazione, l'istituto della « *cura prodigi* » ebbe strutturazioni e sviluppi paralleli a quelli della *cura furiosi*, con la sola accennata differenza che il *curator* non aveva *potestas* sulla persona del prodigo. Coerentemente alla funzione assistenziale da essa acquisita, la *cura prodigi* si estese però, in età postclassica, dai « *bona paterna avitaque* » all'intero patrimonio economico del *prodigus*, ma a quest'ultimo venne riconosciuta una capacità di agire paragonabile a quella dell'*infantia maior* o, per certi risvolti, del *minor*.

55.3.1. L'*interdictio prodigi* fu, in casi determinati, ritenuta non necessaria a partire da Antonino Pio: Ulp. D. 26.5.12.2. Secondo I. 1.23.3 erano competenti a pronunciarla, oltre al *praetor*, il *praefectus urbi* e il *praeses provinciae*.

55.3.2. Quanto vi sia di classico e quanto di postclassico nella estensione dei poteri del *curator* (poteri affievolitisi, peraltro, via via) sull'intero patrimonio del *prodigus*, è controverso. Non è da escludere che l'estensione, per quanto attiene al dilapidatore dei beni ricevuti per testamento, abbia avuto il suo inizio già in periodo classico. V. Diocl. CI. 2.21.3 (itp.?).

55.4. Tra le curatele minori del *ius privatum* possono indicarsi: le *curae debilium personarum* e le *curae* tutelari.

55.4.1. I « *curatores debilium personarum* » erano nominati alla occasione dal *praetor* o da altri magistrati (o funzionari imperiali) per prestare la necessaria assistenza, nel compimento di atti giuridici, ai muti, ai sordi, agli altrimenti minorati.

55.4.2. Il « *curator impuberis* » e il « *curator mulieris* », ambedue di nomina magistratuale, avevano il compito di prestare aiuto come « *curatores adiuncti* » al *tutor* inidoneo all'esercizio delle sue funzioni o materialmente impedito dall'esercitarle. In età postclassica essi potevano anche sostituire integralmente il *tutor*.

56. La « cura minorum ».

56.1. Il caso più importante di *cura* nel *ius privatum* romano fu proprio quello di più recente istituzione, la *cura minorum*: un istituto di assistenza delle persone *sui iuris* che avessero raggiunto la *pubertas*, ma fossero di età inferiore ai venticinque anni o, in età postclassica, ai venti anni.

56.2. L'evoluzione storica dell'istituto, peraltro non poco controversa, può essere così ricostruita.

55.4.1. Sui *curatores debilium personarum* v.: D. 3.1.3.3; D. 3.1.5; I. 1.23.4: *Sed et mente captis et surdis et mutis et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt* (si noti che I. 1.23.3 parla di *furiosi*, senza aggiungere i dementi). — Ai ciechi non occorreva un *curator* (Paul. 4.12.9: *Caeco curator dari non potest, quia ipse sibi procuratorem instituere potest*).

55.4.2. Sul *curator impuberis* (o « *curator pupilli* ») cfr. spec.: Solazzi, « *Curator impuberis* » (1917). — Sul *curator mulieris* cfr. spec.: Solazzi, *La minore età* cit. 133 ss. — In diritto giustinianeo, scomparsa la *tutela mulierum*, sussisteva il solo *curator pupilli*. V. I. 1.23.5-6: *Interdum autem et pupilli curatorem accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quia habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor vel a praetore vel a praeside idoneus non sit ad administrationem nec tamen frandulenter negotia administrat, solet ei curator adiungi. Item in locum tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus tutela excusantur, solent curatores dari. Quod si tutor adversa valetudine vel alia necessitate impeditur, quo minus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit vel infans sit, quem velit actorem periculo ipsius (tutoris) praetor vel qui provinciae praeerit decreto constituet.*

56.1. Sulla *cura minorum* cfr. spec.: Solazzi, *La minore età* cit.; Berger, sv. « *Minores* », in *PW.*; Wesener, sv. « *Pubertas* », in *PW.*; Kränzlein, *Zur « cura minorum » in klassischer Zeit*, in *Gedschr. Schmidt* (1966) ... ss., e *Obligatorische « cura minorum » im justinianischen Recht?*, in *St. Grosso* 4 (1971) 317 ss.; Cervenca, *Studi sulla « cura minorum »*, I. - *« Cura minorum » e « restitutio in integrum »*, in *BIDR.* 75 (1972) 235 ss. — Sulla tendenziale riduzione postclassica della *cura* ai *minores XX annorum*: *retro* n. 28.3.3 e 52.6. — Per le fonti: I. 1.23; D. 4.4, CI. 2.22(23); Gai 1.197-198; Ulp. 12.4.

56.2.1. Intorno al 200 a.C. una *lex Laetoria* (o *Plaetoria*) « *de circumscriptione adulescentium* » affrontò il problema dei troppi vantaggi che, in quei tempi di forte risveglio commerciale, affaristi di pochi scrupoli traevano dai rapporti con i *minores XXV annorum* (gli « *adulescentes* »), anche senza mettere in opera veri e propri raggiri, e cioè per il solo fatto di disporre di una maggiore esperienza e oculatezza. La legge, pertanto, introdusse un'*actio popularis* a carattere penale, da esercitarsi contro chiunque avesse operato fruttuosamente una « *circumscriptio* » di un minore di età (maschio o femmina, *sui iuris* o *alieni iuris*). Da questa legge trasse successivamente spunto il *praetor* per concedere ai *minores XXV annis*, che fossero *sui iuris* (e, almeno di regola, maschi), due rimedi contro l'autore della *circumscriptio*, o comunque contro colui che utilizzasse nei suoi confronti il negozio ottenuto mediante *circumscriptio*: una « *exceptio legis Laetoriae* », per paralizzare l'azione intesa a far valere il negozio; e una « *in integrum restitutio ex lege Laetoria* », intesa al ripristino dello *status quo ante*, in caso di avvenuta esecuzione del negozio.

56.2.2. È pensabile che, di fronte a questa situazione, coloro che entravano in rapporti di affari con un *adulescens*, specie se maschio (e quindi non assistito da un *tutor*), abbiano cominciato ad esigere, per ridurre il rischio di una futura *exceptio* o *in integrum restitutio*, che l'*adulescens* si facesse confortare nella contrattazione dal parere favorevole di una persona maggiorenne. Di qui derivò probabilmente l'uso che i *minores* si rivolgessero al *praetor* per la nomina, di volta in volta che avessero bisogno di indurre qualcuno a commerciare con loro, di un « *curator ad certam causam* ». Il *curator*, assistendo al compimento del negozio, esprimeva il suo « *consensus* », nel senso di un « parere di conformità » in ordine all'utilità dell'affare.

56.2.1. Sulla *lex Laetoria* cfr. spec.: Ferrara, *La « lex Plaetoria » e la « cura minorum »*, in *Fil.* 24 (1899) 416 ss.; Weiss, sv. « *Lex Plaetoria* », in *PW.* — Cic. *nat. deor.* 3.30.74 definisce l'*actio ex lege Laetoria* come « *iudicium publicum rei privatae* ». — L'*exceptio legis Laetoriae* era formulata probabilmente in questi termini: « *si in ea re nihil contra legem Laetoriam factum est* ». Cfr. Lenel, *EP.*[3] 513. — L'*in integrum restitutio* costituì oggetto di un *edictum* riportato da Ulp. D. 4.4.1.1: « *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam* ». Cfr. Lenel, *EP.*[3] 116, che attribuisce a Giustiniano l'eliminazione del termine di un anno, entro il quale doveva operarsi la *restitutio*. Ma è probabile che il termine non fosse esplicitamente stabilito e che il pretore si riservasse caso per caso di concedere la *restitutio* « *intra annum quo experiundi potestas erit* », oppure oltre l'anno: v. *infra* n. 56.2.3.

56.2.2. La presenza del *curator ad certam causam*, pur non eliminando la possibilità della *exceptio* e della *in integrum restitutio*, diminuiva fortemente il rischio che il negozio risultasse in prosieguo squilibrato a danno del *minor*.

56.2.3. L'utilità obbiettiva, ormai largamente riconosciuta, dell'intervento del *curator* suggerì al *praetor*, tra la fine del periodo preclassico e l'inizio del periodo classico, di costringere indirettamente gli *adulescentes* a non farne mai a meno: e ciò egli ottenne col sistema di mostrarsi molto restio a concedere l'*in integrum restitutio*, sopra tutto dopo il decorso di un anno dai fatti, quando gli risultasse che il minore avesse agito senza il *consensus* del *curator*. Mentre la sussistenza dell'*exceptio* manteneva elevato l'interesse alla nomina del curatore da parte di coloro che entravano in affari con i minori, il pericolo di perdere o di vedersi ridotta la copertura dell'*in integrum restitutio* convinse largamente i *minores XXV annorum* a chiedere in ogni caso di essere assistiti da un *curator*. La richiesta del *curator* divenne, pertanto, un fatto normale, ed anzi sempre più spesso il *curator* non fu più nominato per singoli affari, ma assunse una posizione stabile di amministratore e consigliere dell'*adulescens*.

56.2.4. Marco Aurelio generalizzò la figura del *curator minoris*, come curatore stabile del minorenne, anche nell'ipotesi dei maschi *adulescentes* (civili o militari che fossero). E fu questo l'inizio di uno sviluppo, per gran parte postclassico, in forza del quale il « *curator minoris* », senza essere un avente potestà sull'*adulescens* e senza esercitare una integrazione della sua volontà del tipo dell'*auctoritatis interpositio*, fu tuttavia considerato, per maschi e per femmine al di sotto dei venticinque anni, una sorta di continuatore del *tutor impuberis*, con funzioni e responsabilità di amministrazione del patrimonio economico del minorenne. Dal che è ovvio che facilmente derivò, nel corso del periodo postclassico, una reazione reciproca tra *tutela impuberis* e *cura minorum* ed una sorta di fusione (che talvolta fu piuttosto confusione) dei due istituti.

56.2.3. Le prime ipotesi di *curator minoris* a titolo stabile furono quella della *mulier minoris aetatis*, in considerazione della scarsa importanza ormai rivestita dal *tutor mulieris*, e quella dell'*adulescens miles*, in considerazione del poco impegno che i militari portavano e potevano portare alla gestione dei propri affari. Ma è assai probabile che il *curator* stabile si sia diffuso largamente per gli *adulescentes* maschi anche prima di Marco Aurelio.

56.2.4. Sulla riforma di Marco Aurelio v. SHA. *Vita Marci* 10: *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Laetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* Prima di Marco Aurelio i *curatores*, quando non erano dati ai puberi (*adulti*) *propter lasciviam* (prodigalità) o *propter dementiam*, erano dati *redditis causis* (per ragioni specifiche e in relazione ad esigenze determinate). Ma il testo, oltremodo vago, è di interpretazione contestatissima.

56.3. Fatto costitutivo della *cura minorum* fu esclusivamente la nomina magistratuale o, nel periodo postclassico, la nomina da parte degli stessi funzionari che provvedevano alla scelta del *tutor impuberis*. Di regola era però necessaria la richiesta dell'interessato: « *inviti adulescentes curatorem non accipiunt* ». Quanto ai requisiti di capacità ed alle eventuali *excusationes*, si estesero al *curator minoris* le stesse regole valevoli per il *tutor impuberis*.

56.4. La funzione caratteristica del *curator* (fosse egli *curator ad certam causam*, o fosse *curator* stabile) era la manifestazione (contemporanea o successiva) del *consensus* nei confronti del negozio posto in essere dal minore. Ma il *consensus*, almeno in diritto classico, non integrava la volontà del minorenne: era, come si è detto, un mero « parere di conformità » che, se ed in quanto emesso da un maggiorenne risultante dotato di buon criterio, costituiva una ragionevole garanzia di correttezza dell'affare trattato dall'*adulescens*. Fu per questa via che il *consensus* curatorio giunse, tra l'età classica e l'età postclassica, ad essere progressivamente identificato, quanto agli effetti, con l'*auctoritas tutoris*.

56.5. Nei confronti del *minor* il *curator* aveva la posizione di un *negotiorum gestor*, cioè di un soggetto che, senza averne ricevuto mandato, geriva un'attività utile al *minor*. Perciò sin dall'età classica i rapporti tra *curator* e *minor* vennero tutelati col ricorso all'« *actio negotiorum gestorum* ».

56.5.1. Man mano che il *curator* assunse carattere stabile, fu praticamente indispensabile attribuirgli le funzioni di amministratore di tutto il patrimonio del *minor*: solo in tal modo egli poteva essere in grado di decidere responsabilmente se dare o non dare il *consensus*

56.3. Sulla scelta del *curator* v. I. 2.23.2: *Item inviti adulescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest.* Per la designazione, il magistrato si adeguava di regola a quella del minore, ma era d'uso (come per il *furiosus*) rispettare l'eventuale designazione del *pater*: Solazzi, *La minore età* cit. 19 ss.

56.4. Sul *consensus curatoris* cfr., per tutti: Bonfante, *Corso* cit. 686 ss. Probabilmente alterato, Mod. D. 1.7.8, parla già di « *curatoris auctoritas* ».

56.5. Sulla *negotiorum gestio* del *curator* e sulla progressiva trasformazione di quest'ultimo in amministratore del *minor*, esistono vive controversie. Cfr. per tutti: Bonfante, *Corso* cit. 673 ss.

56.5.1. La trasformazione del *curator* in amministratore è stata ritenuta postclassica dal Solazzi, *La minore età* cit., e dal Partsch, *Studien zur « negotiorum gestio »* 1 (1913) 72 ss.; in senso contrario, Lenel, *Die « cura minorum »* cit. In realtà, l'argomento (che andrebbe riesaminato a fondo) è di quelli in cui è meno che mai possibile praticare un taglio netto tra regime classico e regime postclassico.

ai singoli negozi. L'*actio negotiorum gestorum* fu, pertanto, progressivamente estesa alla tutela di tutto il complesso di diritti e di obblighi connesso con l'amministrazione ed acquistò, per questa via, altre denominazioni: « *actio negotiorum gestorum utilis* », « *iudicium utile* », « *iudicium curationis* ».

56.5.2. L'acquisto della veste di amministratore da parte del *curator* favorì ulteriormente l'identificazione del *curator* col *tutor*. In età postclassica, il *curator* aveva addirittura la rappresentanza processuale del minore e l'*actio negotiorum gestorum* veniva anche denominata « *iudicium tutelae* ».

56.5.2. Sul regime giustinianeo cfr. spec.: Bonfante, *Corso* cit. 678 ss.; Albertario, *Di alcune innovazioni postclassiche giustinianee riguardanti la « cura minorum »*, ora in *St.* 1 (1933) 409 ss.; Kaser, *Privatrecht* 2. 234 ss. Per le influenze provinciali in tema di *cura minorum*, Taubenschlag, *The law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri*[2] (1955) 178 ss.

CAPITOLO X

I RAPPORTI ASSOLUTI DOMINICALI

SOMMARIO: 57. I rapporti assoluti dominicali. — 58. Le vicende del *dominium ex iure Quiritium*. — 59. La tutela del *dominium ex iure Quiritium*. — 60. La *dominica potestas* sui *servi*. — 61. I rapporti affini al *dominium ex iure Quiritium*. — 62. Il *dominium* unificato.

57. I RAPPORTI ASSOLUTI DOMINICALI.

57.1. I rapporti assoluti dominicali del *ius privatum* furono: il *dominium ex iure Quiritium*, l'*in bonis habere* pretorio, la cd. *possessio vel ususfructus* dei *fundi provinciales*. Essi ebbero tutti come loro paradigma l'istituto civilistico del «*dominium ex iure Quiritium*» ed appunto perciò giunsero, in età postclassica, a fondersi tra loro. La trattazione relativa deve essere, dunque, necessariamente incentrata sulla struttura e sulle vicende storiche del *dominium ex iure Quiritium*, rispetto al quale gli altri istituti sopra indicati vanno considerati come «rapporti affini».

57.1. Sui rapporti assoluti dominicali (denominati usualmente come «*dominium*» o «proprietà»), in generale: Scialoja, *Teoria della proprietà* 1 (1928) 2 (1931); Bonfante, *Corso di diritto romano* 2.1 (rist. 1966) e 2.2 (rist. 1968), nonché gli *Scritti* 2 (1918) e 3 (1921); Longo (G.), *I diritti reali* (1962). Tra le monografie: Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*[2] (1956); Grosso, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (1944); Watson, *The Law of property in the later Roman Republic* (1968); Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana* 1 (1969); Pugsley, *The roman law of property and obligations* (1972); Brasiello, sv. *Proprietà* (*dir. rom.*), in *NNDI*. Per la contrapposizione «rapporti assoluti - rapporti relativi» cfr. spec. Scherillo, *Il concetto di diritti reali (considerazioni storico-dogmatiche)*, in *St. Betti* 4 (1962) 81 ss. V. anche *retro* nt. 22.2.1. La materia del *dominium* è trattata a vari propositi nelle fonti giuridiche romane: v., soprattutto, Gai 2; D. 6.1 (*de rei vindicatione*), D. 10.3 (*communi dividundo*), D. 10.4 (*ad exhibendum*), D. 41.1 (*de adquirendo rerum dominio*); I. 2.1 (*de rerum divisione*), e 2.9 (*per quas personas nobis adquiritur*).

57.2. Il *dominium ex iure Quiritium* fu così detto, come ben sappiamo, per la sua derivazione dal *mancipium* quiritario. Nel sistema del *ius civile*, va ribadito, esso fu un rapporto giuridico assoluto in senso proprio, 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 formavano oggetto soltanto le « *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*.

57.3. 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 le persone ad essi equiparate, cioè i soli soggetti del *ius civile*.

57.4. Quanto all'oggetto, mentre per le « *res mobiles* » (*mancipi* o *nec mancipi* che fossero) non vi fu limitazione alcuna, per le

---

57.2. Sulla derivazione *ex iure Quiritium* del *dominium*: *retro* n. 42.3.1 e 42.4.3. — Sulla distinzione *res mancipi* - *nec mancipi*, v. *retro* n. 27.8. — Sui rapporti fra i termini *proprietas* e *dominium*, e sulla età di apparizione della terminologia: Monier, *La date d'apparition du « dominium » et de la distinction des « res » in « corporales » et « incorporales »*, in *St. Solazzi* (1948) 357 ss.; Solazzi, *Alfeno Varo e il termine « dominium »* (1952), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 628 ss.; De Visscher, *Quelques observations sur les origines du « dominium » romain*, in *Bull. Acad. Royal Belgique* 1958; Feenstra, *« Duplex dominium »*, in *Symb. David* I (1968) 55 ss.; Molcut, *Terminologia juridica româna în materia proprietatii*, in *An. Univ. Bucaresti St. Jur.* 1972. — Il termine *mancipium*, per indicare il *dominium* o il suo oggetto (specialmente per indicare i *servi*), si mantenne piuttosto a lungo nella lingua letteraria.

57.3. Sui soggetti attivi del *dominium ex iure Quiritium* v. XII tab. 6.4: *adversus hostem aeterna auctoritas*, che, per la comune dottrina, sta ad indicare l'impossibilità da parte dello straniero di acquisire il *dominium*, e la conseguente esigenza di perpetua garanzia all'acquirente straniero (della semplice *possessio rerum*) da parte del dante causa. Sul tema esiste ampia letteratura: cfr., da ultimi, D'Ors, *« Adversus hostem aeterna auctoritas »*, in *AHDE.* 29 (1959) 597 ss.; Sargenti, *Per una revisione della nozione dell'« auctoritas » come effetto della « mancipatio »*, in *St. Betti* 4 (1962) 17 ss.; Gintowt, *Edictale « auctoritas » des Verkaufers und die « Sententia Pauli »*, in *St. Volterra* 5 (1971) 561 ss. V. anche *infra* n. 58.10.3.

57.4. La distinzione tra *res mobiles* e *immobiles* ai fini del *dominium ex iure Quiritium* è agevolmente spiegata dal rilievo che le cose mobili, una volta acquisite da un cittadino romano, restavano stabilmente nella sua sfera di potere,

« *res immobiles* » (tutte *mancipi*) 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* ». Tuttavia, là dove fossero insediate, fuori del territorio della *respublica, coloniae civium Romanorum,* egualmente era ammesso il *dominium ex iure Quiritium* sui territori relativi, in quanto fossero stati *divisi et adsignati* ai coloni.

57.5. Il *dominium ex iure Quiritium,* essendo un rapporto assoluto in senso proprio, comportava la illimitatezza delle facoltà del *dominus* sulle *res* che ne costituissero 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

---

contrariamente ai fondi che si trovassero al di fuori dell'immediata sovranità di Roma. È da ricordare, tuttavia, che la distinzione tra cose mobili e immobili (*res soli* e *ceterae res*: *retro* n. 27.7) fu chiaramente enucleata solo nel periodo del principato. Sul regime della proprietà fondiaria cfr., in particolare, la ricostruzione del De Martino, *Storia della costituzione romana* 2² (1973) 284 ss., 331 ss., 502 ss. con bibliografia. — Sull'esistenza del *dominium* nei territori a cui era stato esteso il *ius Italicum*: Paoli, *Marsyas et le « ius Italicum »*, in *Mél. d'archéol. et d'hist.* (1938) 96 ss. (in rapporto al fatto che la statua di Marsia, o la sua immagine sulle monete, simboleggiava la presenza del *ius Italicum*). — Sulle *coloniae civium Romanorum*: *retro* n. 25.2.1. — Controverso è il *dominium* su suolo provinciale. Per Mommsen, *Staatsrecht* 2 (1887) 734 ss., accanto alla proprietà dello stato sulla terra dichiarata *ager publicus*, sussisteva una vera proprietà privata. Per altri (cfr. Levi [M.A.], *La Sicilia e il « dominium in solo provinciali »*, in *ATH.* 17 [1929] 514 ss.), se lo stato è *dominus* dell'agro demaniale, ha tuttavia anche sulle terre dei privati un diritto di proprietà preminente da cui i privati ripeterebbero il loro diritto di godimento. Questa tesi è stata contestata dal Frank, « *Dominium in solo provinciali* » *and* « *ager publicus* », in *JRS.* 17 (1927) 141 ss., con la conseguenza dell'ammissibilità nelle provincie di una proprietà peregrina regolata dai vari diritti nazionali (così anche Kaser, *Typen der römischen Bodenrechte in der späteren Republik*, in *ZSS.* 62 [1942], 1 ss.). V. anche *infra* n. 61.6 e 61.6.1.

57.5. Sulle caratteristiche dommatiche dei rapporti assoluti in senso proprio: *supra* n. 2.5.1. — Quando si parla dell'inesistenza di limitazioni al *dominium* per il periodo classico, non si esclude perciò l'esistenza di limitazioni reciproche tra proprietari. In questo campo, anzi, non mancano esempi molto risalenti, quali il « *limes* » e l'« *ambitus* », già previsti nella legge delle XII tavole (v. *infra* nt. 57.6). Sul punto cfr. spec.: Berger, *Le XII tavole e la codificazione giustinianea*, in *ACIR.* 1 (1934) 57 ss.; Rodger, *Owners and neighbours in Roman law* (1972), non immune da esagerazioni e generalizzazioni. Tipiche anche le limitazioni derivanti, secondo la *ratio* dell'accessione, dalla prevalenza economica di una *res* rispetto ad un'altra, con la quale si trovi in rapporto organico: Voci, *Modi di acquisto della proprietà* (1952) 253 ss.; Melillo, *Il regime della « inaedificatio » in Italia durante il periodo ostrogoto*, in *St. Volterra* 4 (1971) 155 ss. — La definizione del *dominium* come *ius abutendi*, oltre che *utendi* e *fruendi*, è di conio medievale, derivata da una sforzata interpretazione di Ulp. D. 5.3.25.11: Stella Maranca, « *Ius utendi et abutendi* », in *Riv. giur. abruzzese* 1915.

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*.

57.5.1. 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, né era addirittura concepibile l'istituto della « espropriazione per pubblica utilità ». Pertanto, il fondo che, inoltre, fosse anche esente da limitazioni dipendenti da *iura in re aliena* (*ususfructus, servitutes*, ecc.) era usualmente denominato, nei formulari, « *fundus optimus maximus* ».

57.6. Tuttavia, esigenze di ordine collettivo determinarono *ab antiquo* le limitazioni *iure civili* del *limes* e dell'*ambitus*. Il

---

57.5.1. Sui caratteri del *dominium* immobiliare cfr. spec.: Kaser, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in *ZSS*. 68 (1951) 131 ss.; Brasiello, *La proprietà nella sua estensione* (1954). — Sulla concezione classica dell'imposizione tributaria, e sulla sua inapplicabilità al *dominium* quiritario: Grelle, « *Stipendium vel tributum* » (1963). Cfr. anche: Luzzatto, *La riscossione tributaria in Roma e l'ipotesi della proprietà-sovranità*, in *ACIV*. 4 (1953) 181 ss. — Sui problemi attinenti all'espropriazione per pubblica utilità v. *infra* n. 62.1.2. — La massima « *usque ad coelum* (*rell.*) » è stata forgiata dalla Glossa (« *usque ad coelum et usque ad inferos* », « *usque ad sidera et usque ad profundum* ») sulla base di buone interpretazioni delle fonti (partic. Paul. D. 8.2.1 pr., Pomp. D. 43.24.21.2, Venul. D. 43.24.22.4): Bonfante, *Corso* 2.1 cit. 259 ss. Naturalmente non bisogna intenderla con rigore dogmatico e portarla a conseguenze estreme, che non hanno nulla a che fare con la limitata esperienza romana e col buon senso dei giuristi classici. Per esempio, Ulp. D. 9.2.29.1, mentre ammette che il proprietario di un fondo abbia il diritto di recidere l'acquedotto che il vicino abbia fatto passare per il fondo stesso, esclude che il proprietario possa distruggere lo sporto (*protectus*) che il vicino abbia costruito in modo da invadere il suo fondo: il proprietario del fondo ha in questo caso solo un'azione di danneggiamento contro il vicino (il quale, del resto, lo sporto lo ha costruito *in suo* e non *in alieno*). — Sulla terminologia di *fundus optimus maximus* cfr., da ultimo: Magdelain, « *Praetor maximus* » *et* « *comitiatus maximus* », in *Iura* 20 (1969) 272.

57.6. *Limes* è il confine del fondo (v. I. 1.12.5: *... dictum est autem postliminium a limine ... nam limina sicut in domibus finem quendam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc et limes dictus est quasi finis quidam et terminus*). *Ambitus* è lo spazio che permette di muoversi, nella città, tra le case. — Quanto alle finalità per cui sorsero i due istituti, la spiegazione prevalente è che il *limes*, e quindi l'« *iter limitare* », sia stato istituito per circoscrivere l'*ager divisus et adsignatus* e sia poi passato a permettere la circolazione della collettività tra gli *agri* (Hygin. *de lim. constituendis*, Lachman p. 41: *... omnis limes itineri publico servire debet*) e che l'*ambitus*, avente *ab initio* più evidenti in sé le esigenze della circolazione pubblica, sia stato anch'esso originariamente concepito come un mezzo per circoscrivere il « *tutissimum cuique refugium* » della *domus*. Sul tema: Scarlata Fazio, sv. *Distanze legali* (*dir. rom.*), in *ED.*, con bibliografia.

« *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. È 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* e dell'*ambitus*.

57.6.1. Una limitazione soltanto apparente fu invece 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 delle 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 per pura emulazione con altri proprietari e quindi esclusivamente allo scopo di danneggiarli.

57.7. Due limitazioni *iure honorario* del *dominium ex iure Quiritium* furono implicate dall'*interdictum de arboribus caedendis* e dall'*interdictum de glande legenda*.

57.7.1. L'« *interdictum de arboribus caedendis* » fu concesso a favore del proprietario di un fondo nell'ipotesi che gli alberi del fondo

---

57.6.1. Sulle limitazioni alla proprietà cfr.: Riccobono, *La teoria dell'abuso di diritto nella dottrina romana*, in *BIDR*. 46 (1939) 1 ss.; Branca, *La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei « veteres »*, in *St. Albertario* 1 (1952) 335 ss.; Sargenti, *Sulla responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza*, in *St. De Francisci* 3 (1956) 349 ss.; Villers, *Les limitations au droit de propriété dans la législation romaine*, in *Travaux et rech. Inst. dr. comparé Un. Paris* 1963. Cfr. pure *infra* nt. 59.9, in rapporto all'*actio aquae pluviae arcendae*. — Il divieto (meglio: l'inammissibilità) delle *immissiones in alienum* è confermato più volte dalle fonti: *in suo hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat* (Ulp. D. 8.5.8.5). I casi accennati nel testo si leggono appunto in D. 8.5.8.5-7. — Sulle interpolazioni giustinianee intese a vietare gli atti emulativi: Perozzi, *Il divieto degli atti « ad aemulationem » e il regime giustinianeo delle acque private* (1894), in *Scr. giur.* 1 (1948) 369 ss.

57.7.1. Sul problema dell'estensione dell'*interdictum de arboribus*

vicino sporgessero sul suo ad una altezza inferiore ai 15 piedi, oppure che gli alberi di un giardino pensile sovrastante 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.

57.7.2. L'« *interdictum de glande legenda* », sviluppando una norma delle *XII tabulae*, proibiva al proprietario del terreno, su cui fossero andati a cadere frutti del fondo vicino, di impedire al proprietario di quest'ultimo la raccolta sul suo terreno di tali frutti. Tuttavia il proprietario delle *glandes* 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 in tanto 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.

58. Le vicende del « dominium ex iure Quiritium ».

58.1. Le vicende del *dominium ex iure Quiritium* (cioè la costituzione o l'estinzione di esso) potevano dipen-

---

caedendis al caso di proiezione di ombre sul terreno del vicino: Ceglia, *Sull'interdictum de arboribus caedendis*, in *Labeo* 3 (1957) 363 ss. Le formule dell'*interdictum* sono in Ulp. D. 43.27.1 pr. e 7 (= Lenel, *EP*.[3] 487): « *Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat quo minus eam adimas, tunc quo minus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto* »; « *Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quo minus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto* ».

57.7.2. Il riferimento, non testuale, del precetto decemvirale *de glande legenda* è in Plin. *n. h.* 16.5.15. = XII tb. 7.10: *Cautum est ... lege XII tabularum, ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere*. Il testo edittale (riportato in D. 43.28.1 pr.) era: « *Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto* ». Per la letteratura, a parte le trattazioni generali, cfr.: Brasiello, sv. « *Interdictum de glande legenda* », in *NNDI*.

58.1. Le vicende del *dominium* vengono usualmente inquadrate dai manuali sotto l'angolo visuale dell'acquisto della titolarità attiva, distinguendosi tra modi di acquisto « a titolo originario » e modi di acquisto « a titolo derivativo ». Diversamente Gai 2.65, che distingue tra modi di acquisto *iure civili* (la *mancipatio*, la *in iure cessio*, l'*usucapio*) e modi di acquisto *iure gentium*, comuni a tutti gli ordinamenti giuridici (*occupatio, accessio, specificatio, traditio*). V. anche I 2.1.11.

dere 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 » della titolarità attiva da un precedente ad un successivo *dominus*.

58.1.1. I « fatti costitutivi » o « estintivi » (o costitutivi ed estintivi insieme) del *dominium ex iure Quiritium* possono essere classificati in: fatti di incremento fluviale; fatti di fruttificazione; fatti di confusione; fatti di accessione; fatti di specificazione; fatti di assegnazione; fatti di occupazione; fatti di usucapione.

58.1.2. 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*.

58.2. 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

---

58.1.1. Per un quadro generale dei fatti costitutivi ed estintivi (nei limiti determinati dall'adozione di criteri classificatori diversi da quelli qui adottati): Kaser, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in *ZSS*. 65 (1947) 219 ss.; Voci, *Modi di acquisto della proprietà* cit.

58.1.2. In ordine al trasferimento del *dominium ex iure Quiritium* (e del successivo *dominium* unificato), fu sempre di valore fondamentale il principio « *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* »: principio che si legge in Diocl.-Maxim. CI. 2.3.20 con riferimento a situazioni specifiche, e che deve essere inteso nel senso che il *dominium* non può essere trasferito da un soggetto all'altro se non mediante un atto traslativo *ad hoc* (la *mancipatio*, l'*in iure cessio* o la *traditio*) oppure (per chi consideri gli aspetti traslativi dell'istituto) mediante *usucapio*. Qualunque altro negozio giuridico (non solo i *pacta*, ma anche i *contractus*) era costitutivo solo di *obligationes*. Sul tema: Sanfilippo, *L'efficacia traslativa della volontà nel diritto romano*, in *St. Zingali* 3 (1965) 603 ss.

58.2. La dottrina non è concorde sull'inquadramento dommatico degli incrementi fluviali: per alcuni autori si tratterebbe infatti di casi collegati alla dottrina dell'accessione, per altri invece non vi sarebbe alcun rapporto con essa. Il problema è, d'altra parte, legato alle diverse teorie sulla proprietà dell'alveo, secondo alcuni oggetto, nei fiumi pubblici, di proprietà pubblica, e, in quelli di proprietà privata, *res nullius*. Per altri, al contrario, sull'alveo esisteva una proprietà latente da parte dei proprietari rivieraschi. Esauriente revisione della materia in: Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica* (1968), con bibliografia, a cui *adde*, dello stesso a., *A proposito di incrementi fluviali*, in *Labeo* 20 (1974) 224 ss.

terzo, avevano diritto ad avvantaggiarsi di ogni incremento che il corso d'acqua avesse naturalmente arrecato ai loro fondi. In diritto classico era necessario, pertanto, il concorso di due presupposti: primo, 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; secondo, 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. Il diritto postclassico, tuttavia, mostrò la tendenza a considerare, ai fini degli incrementi fluviali, tutti i fondi rivieraschi come *arcifinii*.

58.2.1. 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 ritrarsi 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 durevolmente al suo campo per l'azione naturale del fiume.

58.2.2. 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 dalla corrente 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 im-

---

58.2.1. Sull'*alluvio* v. in particolare: D. 41.1.56 (Proc. 8 *epist.*); D. 7.1.9.4 (Ulp. 17 *ad Sab.*); D. 41.1.7.1 (Gai 2 *rer. cott.*); I. 2.1.20; Gai 2.70: *... per adluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim flumen agro nostro adicit, ut aestimare non possimus, quantum quoquo momento temporis adiciatur* (*rell.*).

58.2.2. Sull'*avulsio* v. in particolare: Gai 2.71; I. 2.1.21; Gai D. 41.1.7.2: *plane si longiore tempore fundo meo haeserit (pars ex tuo praedio) arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse.* — L'ipotesi della *crusta lapsa*, per molti aspetti ancora insufficientemente chiarita, è in D. 39.2.9.2 (Ulp. 53 *ad ed.*): *Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto ... ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit ... sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est.*

missione delle radici arboree), si ritenne che il proprietario dell'altro fondo acquistasse *ipso iure* la proprietà della porzione avulsa. Identica conclusione fu formulata 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.

58.2.3. Nel caso che un fiume, cambiando letto o prosciugandosi, lasciasse durevolmente 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 fosse da dividersi 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.

58.2.4. 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.

58.3. La f r u t t i f i c a z i o n e si verificava rispetto alle cose fruttifere, cioè capaci di produrre più o meno periodicamente altre cose economicamente autonome (« *fructus* »): 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

---

58.2.3. Sull' *a l v e u s d e r e l i c t u s* cfr. spec.: Sargenti, *Osservazioni su D. 41.1.38 in rapporto alla teoria dell'alveo abbandonato*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 359 ss., e *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, in *BIDR.* 68 (1965) 195 ss. Per le fonti v.: Gai D. 41.1.7.5 e I. 2.1. 23: *Quod si naturali alveo in universum derelicto alia parte (flumen) fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam eius praedia possident, pro modo scilicet latitudinis, cuiusque agri, quae latitudo prope ripam sit; novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus. Quodsi post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident.*

58.2.4. Per l' *i n s u l a i n f l u m i n e n a t a* cfr. spec.: Mazzacane, sv. *Isola nata nel fiume*, in *ED.* V. Gai D. 41.1.7.5: *Insula quae in mari nascitur (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur in flumine nata (quod frequenter accidit), si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit (rell.).* Per i dubbi che il testo solleva cfr. già Guarneri-Citati, *Il ripristino della proprietà sull'alveo derelitto in diritto romano*, in *AUMA.* 1927, 120.

58.3. Sulla f r u t t i f i c a z i o n e come modo di acquisto, e sui vari problemi legati alla figura del possessore in particolare cfr.: Aru, *Sull'acquisto dei frutti naturali da parte del possessore di buona fede*, in *BIDR.* 45 (1938) 191 ss.; De Martino, *Sull'acquisto dei frutti naturali nel possesso di buona fede*, in *AUCA.* 1942-44; Fabi, *Osservazioni circa il momento dell'acquisto dei frutti da parte del possessore* (1945); Kaser, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten* cit. 253 ss. Per le fonti v.: D. 22.1; CI. 7.5; e, in particolare, Iul. D. 22.1.25 e I. 2.1.35-38. — Sulla nozione di *f r u c t u s*: *retro* n. 27.4.

del *dominus* della cosa fruttifera, al momento della « *separatio* » del prodotto dalla *res* produttiva, purché ovviamente si trattasse di separazione non anticipata o forzata, tale cioè da prevenire la formazione della *res* autonoma costituente il *fructus*.

58.3.1. Se, in luogo del *dominus*, aveva 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 in tre gruppi di casi. Anzitutto, il possessore di buona fede e il *possessor* dell'*ager vectigalis* acquistavano il *dominium* sui frutti al momento della *separatio*. Secondariamente, il detentore della cosa a titolo di *ususfructus* e il possessore di essa a titolo di *pignus* ne acquistavano il *dominium* mediante la « *perceptio* » della *res separanda*: sicché anche dopo la separazione la proprietà poteva spettarne al *dominus* della cosa fruttifera (ammesso di conseguenza, fino al momento della raccolta, ad esercitare la *condictio furtiva* contro l'eventuale ladro). Infine, l'*inquilinus* 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 questo 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.

58.4. Fatti di c o n f u s i o n e (« *confusio* ») si verificavano tutte le volte in cui venissero a mescolanza inseparabile (cioè tale da non

---

58.3.1. Anche nei casi indicati a titolo di eccezione rispetto ai normali principi dell'acquisto dei frutti da parte del *dominus*, i *f r u c t u s p e n d e n t e s* appartenevano di diritto al *dominus* del fondo, in base al principio esposto in D. 6.1.44 (Gai. 29 *ad ed. prov.*): *Fructus pendentes pars fundi videntur*. V. pure: Pomp. D. 19.1.40; Ven. D. 42.8.25.6; Paul. D. 41.1.48.1. — Sul caso del *p o s s e s s o r b o n a e f i d e i* v.: Iul. D. 22.1.25.1 (... *bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est*...); Ulp. D. 41.1.48 pr. (... *quod ad fructus attinet, loco domini paene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt*); I. 2.1.35 (... *et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest*...). — Sul v e t t i g a l i s t a v. Iul. D. 22.1.25.1 (... *ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simulatque solo separati sunt*). — Sull' *u s u s f r u c t u a r i u s* v.: Paul. D. 7.4.13 (... *Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit*...). — Sull' *i n q u i l i n u s* v.: I. 2.1.36 (... *eadem fere de colono dicuntur*).

58.4. Sulla *c o n f u s i o* cfr. spec.: Guizzi, sv. *Confusione nella proprietà* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, con bibliografia. Le fonti in argomento sono poche e piuttosto vaghe: v., ad ogni modo, I. 2.1.27-28. La nostra tesi si rifà alla vecchia teoria dell'Ascoli, *Contributo alla teoria della confusione*, in *RISG.* 4 (1887) 9 ss. — Di estremo

permettere, quanto meno in pratica, individuazione degli elementi componenti) cose fungibili solide o liquide. In tale ipotesi, al *dominium* di ciascuno sulle proprie *res* si sostituiva, di regola, la *communio* di tutti sul coacervo risultante, sicché ciascun *dominus* poteva esercitare, contro il possessore del tutto, una « *rei vindicatio incertae partis* », diretta all'ottenimento di « *quantam partem paret ex illo acervo actoris esse* ». Ma se le *res*, anziché formare un coacervo ben distinto, erano *res* fungibili e quindi inevitabilmente si confondevano con l'intero *patrimonium* di un soggetto, era giocoforza ammettere che quest'ultimo ne acquistasse il *dominium* e fosse tenuto a restituire ai proprietari originari solo il « *tantundem eiusdem generis* ».

58.5. Fatti di accessione (« *accessio* ») furono ritenuti i casi di incorporazione di una cosa in un'altra. Il principio generale che regolò questi casi fu: « *accessorium sequitur principale* ». Si ritenne cioè che il proprietario della cosa più importante acquistasse il *dominium* della cosa economicamente accessoria. Possono distinguersi varie ipotesi: di accessione di cose mobili a cose immobili (*satio, implantatio, inaedificatio*); e di accessione di cose mobili a cose mobili (*ferruminatio, textura, tinctura, scriptura, pictura*).

---

interesse è il caso della *commixtio nummorum*, trattato da Iavol. D. 46.3.78: *Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris Gaii (Cassii Longini) scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret.* (Se Tizio paga un debito a Caio, utilizzando danaro di Mevio ad insaputa di costui o contro la sua volontà, il danaro rimane di Mevio; ma se i *nummi* di Mevio si sono confusi col patrimonio dell'accipiente Caio, sì da non poter essere più identificati, la proprietà dei *nummi* viene acquistata da Caio; a Mevio non rimane altro, in tal caso, che esercitare l'*actio furti* contro Tizio). Cfr.: Burdese, *In tema di « commixtio nummorum »*, in *RDCo.* 51 (1953) 269 ss.; Fuchs, *« Iusta causa traditionis »* (1952) 166 ss.; Kaser, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, in *T.* 29 (1961) 183 ss.

58.5. Sui fatti di accessione, sotto il profilo dei vari problemi che essi comportano, la letteratura è estremamente ampia. Rinviando alle note seguenti per le singole ipotesi, cfr., per problemi di indole generale: Roddi, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano* (1936); Maddalena, *« Accedere » e « cedere » nelle fonti classiche*, in *Labeo* 17 (1971) 169 ss.; per i possibili rapporti originari con la categoria del *furtum*, Melillo, *« Tignum iunctum »* (1964) spec. 132. — Nei casi non infrequenti, in cui, spezzatosi il rapporto tra *res* principale e *res* accessoria, il *dominus* di quest'ultima riassuma la pienezza del diritto, si pone il problema della natura della situazione giuridica verificatasi nel periodo intermedio. Da parte di alcuni si parla di pendenza del diritto, da parte di altri di estinzione del diritto con successiva rinascita. Sul tema: Guarneri-Citati, *La così detta accessione separabile e i suoi effetti*, in *AUPA*, 1930; Ratti, *La rinascita della proprietà in tema di accessione*, in *St. Bonfante* 1 (1930) 265 ss.; il discorso è stato ripreso dal Gioffredi, *Pendenza e sospensione dalle fonti romane alla dommatica odierna*, in *SDHI.* 22 (1956) 113 ss. — Sulla mancanza di una sistematica romana dell'accessione, o meglio sulla sua natura tardo-classica, cfr.: Voci, *Modi di acquisto della proprietà* 253 ss. Un accenno di sistemazione è comunque nella trattazione unitaria delle varie fattispecie in D. 41.1 (*de adquirendo rerum dominio*) e nelle I. 2.1.29-34.

58.5.1. Si aveva la « *satio* » quando in un *fundus* fosse operata la semina con sementi altrui. In tal caso il proprietario del fondo, *res principalis* rispetto alle sementi, diveniva proprietario delle stesse e dei conseguenti germogli.

58.5.2. La « *implantatio* » era la messa a coltura di una pianta nel fondo altrui. Di essa, dal momento in cui le radici avessero fatto presa nel terreno, il proprietario del fondo acquistava il *dominium ex iure Quiritium*. 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.

58.5.3. 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 né proprietario dei materiali né 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.

58.5.1. Il tema della *satio* è trattato in: Gai 2.75; GE. 2.1.4; I. 2.1.32; Gai. D. 41.1.9 pr.; CI. 3.32.11 (a. 293). Cfr. spec.: Daube, « *Implantatio* » *and* « *satio* », in *AI.* 1958; Holthöfer, *Sachteil und Sachzubehör im römischen und Gemeinen Recht* (1972).

58.5.2. Sulla *implantatio* v.: Gai 2.74; GE. 2.1.4; I. 2.1.31-32; Gai. D. 41.1.9 pr.; Ulp. D. 6.1.5.3; Gai. D. 41.1.7.13; Paul. D. 41.1.26.1 (*Arbor radicibus eruta et in alio posita priusquam coaluerit prioris domini est, ubi coaluit agro cedit, et si rursus eruta si non ad priorem dominum revertit* [*rell.*]). Cfr.: Daube, « *Implantatio* » *and* « *satio* » cit. spec. 181 ss.; Holthöfer, *Sachteil* cit.

58.5.3. Quanto all'*inaedificatio*, l'opinione esposta nel testo s'inserisce nella dottrina dominante, cui ha largamente contribuito la monografia del Monier, « *Tignum iunctum* » (1922), basata sul riconoscimento di vaste interpolazioni giustinianee nei testi relativi all'istituto. In senso contrario all'indirizzo ed alle conclusioni del Monier, cfr., invece, Melillo, « *Tignum iunctum* » cit., che accetta per buona parte il dettato del tit. 3 del l. 47 dei Digesti (*de tigno iuncto*): v. tuttavia Quadrato, « *Tignum iunctum ne solvito* » *(Dalle XII Tavole a Giustiniano)*, in *AUBA.* 1966-67, e, da ultimo, Watson, « *Tignum iunctum, the XII Tables and the lost word*, in *RIDA.* 21 (1974) 337 ss. Testi fondamentali: Ulp. D. 47.3.1-2; Paul. D. 6.1.23.6; I. 2.1.29; tra le fonti letterarie, Fest. sv. « *Tignum* ». Utile, per l'identificazione della fattispecie, la lettura di Gai. D. 41.1.7.10 e 12: *Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedifici, quia omne quod inaedificatur solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desiit eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur ... Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est, et, si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur: itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit.* (*rell.*). — L'istituto, per via dell'inseparabilità della trave dell'immobile, è strettamente legato al tema del *ius tollendi*: *infra* n. 59.2.7. — Per i rapporti dell'istituto con la più antica configurazione del dolo: Kaser, *Typisierter dolus im altrömischen Recht*, in *BIDR.* 65 (1962) 79 ss.

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 recuperarli con una *rei vindicatio* sinché l'edificio rimanesse in piedi: solo quando, per un qualunque motivo, l'edificio andasse in rovina e si perdesse come cosa unitaria, egli riacquistava la possibilità di esercitare la *rei vindicatio*. 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 (« *tignum iunctum* ») potesse distaccare il trave o il palo. Secondo il *ius civile* il proprietario dei materiali non aveva, a rigore, diritto ad alcun indennizzo per il godimento (a volte di lunghissima durata) che del materiale veniva a trarre il proprietario dell'edificio: solo se il materiale era stato rubato si accordava al suo proprietario un'azione penale, *in duplum*, denominata « *actio de tigno iuncto* » proprio in ricordo della norma decemvirale sul *tignum iunctum*.

58.5.4. 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 il *dominium ex iure Quiritium* della parte accessoria (come, ad esempio, nel caso del braccio saldato con procedimento autogeno ad una statua). Ben diversa era l'ipotesi della « *adplumbatio* », cioè della congiunzione di due parti metalliche mediante uno strato intermedio di piombo, rispetto alla quale non si aveva acquisto per accessione, e quindi era ben possibile esercitare l'*actio ad exhibendum* e la *rei vindicatio*.

58.5.5. L'ipotesi della « *textura* » era quella dei fili trapunti 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

58.5.4. Scarse le fonti relative alla *ferruminatio*: Paul. D. 6.1.23.5; Ulp. D. 47.12.2; Pomp. D. 41.1.27 pr. Tra l'altro, esse nulla riferiscono di esplicito circa il regime ed in particolare circa la disciplina risarcitoria, se si eccettua il vago D. 6.1.23.5, che reca il parere di Cassio. In particolare, sembra che la distinzione fra *ferruminatio* ed *adplumbatio* sia appunto da far risalire al parere di quel giurista. In dottrina: Pampaloni, *Sopra il significato delle parole « ferruminare » ed « adplumbare » nelle Pandette* (1879), ora in *Scr.* 1 (1941) 9 ss.

58.5.5. L'ipotesi della *textura* fu probabilmente soggetta a contrasti dottrinali per tutto il periodo classico. Stando infatti a D. 10.4.7.2 (Ulp. 24 *ad ed.*) il *dominus* del tessuto non acquistava senz'altro la proprietà dei fili, poiché era esperibile nei suoi confronti l'*actio ad exhibendum*, come nei casi di accessione separabile. In senso contrario, D. 41.1.26.2 (Paul. 14 *ad Sab.*) ed I. 2.1.26. Sul problema, e sui possibili interventi postclassici: Arnò, « *Textura* », in *Mél. Girard* 1 (1912) 311 ss.; Longo (G.), *Le cose* (corso, 1946) 117.

dei fili, ma non è escluso che viceversa al proprietario dei fili fosse concessa l'*actio ad exhibendum* per l'enucleazione dei filamenti di sua proprietà dal tessuto altrui.

58.5.6. La « *tinctura* » non è espressamente ricordata dalle fonti, ma è probabile che costituisse anch'essa 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.

58.5.7. Nel caso della « *scriptura* » non si dubitò che il proprietario del materiale scrittorio (pergamena, tavoletta cerata, papiro), cosa principale, acquistasse la proprietà delle materie altrui (inchiostro, cera ecc.) utilizzate per scrivervi. Ne conseguiva che l'autore dello scritto non poteva reclamare il suo prodotto intellettuale presso il proprietario del materiale scrittorio, e che questi aveva tutto il diritto di distruggere lo scritto oppure di diffonderlo, in una col materiale scrittorio, fra i terzi.

58.5.8. 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 essa sussista indipendentemente dal materiale, in quanto è bastato pensarla per realizzarla, per il dipinto 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 far conseguire al pittore (in

---

58.5.6. Sulla *tinctura* cfr. spec.: Voci, *Modi di acquisto* cit. 265 ss.

58.5.7. Sulla *scriptura* v.: Gai 2.77; D. 10.4.3.14 (Ulp. 24 *ad. ed.*); D. 41.1.9.1 (Gai. 2 *rer. cott.*); D. 6.1.23.3 (Paul. 21 *ad ed.*); I. 2.1.23. — Sul cd. diritto d'autore, assolutamente ignorato dal *ius privatum*, v. già *retro* nt. 26.2.

58.5.8. Sulla *pictura* v.: Gai 2.78; I. 2.1.34; D. 6.1.23.3. I giuristi classici, e Gaio in particolare, appaiono perplessi in rapporto alla diversità di regime rispetto alla *scriptura*, soprattutto considerando il caso in cui la *scriptura* sia operata con materiale prezioso, per es. con lettere in oro. Sul punto, e sugli altri problemi, con letteratura: Maddalena, « *Tabula picta* » *(ritorno a Jhering)*, in *Labeo* 13 (1967) 68 ss.; Kaser, « *Tabula picta* », in *T.* 36 (1968) 31 ss.; Visky, *Sulla qualifica della pittura e della scultura nelle fonti del diritto romano*, in *St. Grosso* 4 (1971) 333 ss. Interessante la giustificazione della scelta dell'opinione proculiana in I. 2.1.34: ... *sed nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere* (*rell.*).

caso di attribuzione del dipinto al *dominus tabulae*) una adeguata « *impensa picturae* ».

58.6. Fatti di specificazione (« *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 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 preferenza 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 si formò una curiosa *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 *dominus* 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 avesse agito 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

---

58.6. Il termine *specificatio* fu introdotto dai Glossatori: varie invece sono le espressioni delle fonti romane, quale ad es. « *ex aliena materia speciem aliquam facere* » di D. 41.1.7.7 (Gai. 2 *rer. cott.*). Altri testi relativi al tema: Gai 2.79; I. 2.1.25 e 26. Vasta la dottrina sull'istituto. Fra i lavori più recenti cfr.: De Martino, *Appunti in tema di « specificatio »*, in *Scr. Jovene* (1954) 297 ss.; Mozzillo, *Note in tema di specificazione*, ivi 711 ss.; Albanese, *Esegesi minime in tema di specificazione*, in *Labeo* 1 (1955) 166 ss.; Wieacker, *Spezifikation: Schulprobleme und Sachprobleme*, in *Fs. Rabel* 2 (1954) 263 ss.; Mayer Maly, *Spezifikation: Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut*, in *ZSS.* 73 (1956) 120 ss.; Calonge, *Breve exegesis en materia de especification*, in *St. Grosso* 2 (1968) 195 ss.; Santalucia, *Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede*, in *BIDR.* 73 (1969) 89 ss. Ragguaglio generale, con altra bibliografia, in Balzarini, sv. *Specificazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.* A titolo riepilogativo, si legga I. 2.1.25: *... et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest* (*rell.*).

era di origine furtiva, il derubato poteva esercitare le azioni di furto, ove la cosa specificata non venisse attribuita al suo *dominium*.

58.7. Fatti di assegnazione sono da qualificare i casi di attribuzione (diretta o indiretta) del *dominium ex iure Quiritium* da parte del giudice. Tali furono la *adiudicatio* e la *litis aestimatio*.

58.7.1. La « *adiudicatio* » era il provvedimento del giudice in un'azione divisoria, mediante il quale, in adesione alla *pars iudicii* denominata anch'essa *adiudicatio*, si assegnava in proprietà singola ad un soggetto una cosa comune o parte di una cosa comune. Essa era costitutiva di diritto, nel senso che per effetto della pronuncia del giudice automaticamente il *dominium ex iure Quiritium* veniva ad esistenza in ordine alla *res* individuata e aggiudicata. Doveva trattarsi, peraltro, di *adiudicatio* emessa sulla base di un *iudicium legitimum*: se emessa in base a un *iudicium imperio continens*, l'*adiudicatio* faceva acquisire solo l'*in bonis habere*. La diversità degli effetti venne ovviamente a cadere quando il *dominium* fu, come vedremo, unificato.

58.7.2. La « *litis aestimatio* » determinava forse un acquisto del *dominium ex iure Quiritium*, nelle *actiones in rem*, per effetto indiretto della pronuncia del giudice. Sembra, infatti, che quando il giudice privato pronunciava la *condemnatio pecuniaria* del possessore nel valore della cosa in lite (cioè nella « *aestimatio litis* »), automaticamente il convenuto acquistasse il *dominium* della stessa. Ma è difficile credere che l'acquisto si verificasse anche in ordine alle *res mancipi*: almeno per queste sembra da ritenere, dunque, che la *litis aestimatio* altro non fosse che una *iusta causa usucapionis*. Comunque, in diritto giustinianeo la *litis aestimatio* come causa di acquisto della proprietà decadde, visto che ormai la condanna nella *rei vindicatio* portava alla *condemnatio in ipsam rem*.

58.8. Fatti di occupazione furono considerati tutti i casi in cui l'acquisto del *dominium ex iure Quiritium* si operasse mediante

---

58.7. Sui fenomeni di assegnazione da parte del giudice v. già *retro* n. 18.52 (in relazione al *iudicium*) e 19.4.2 nonché 19.7 (in relazione alla *sententia*).

58.7.1. Sugli effetti dell'*adiudicatio* v.: D. 10.2.44.1; Vat. 47*a*. Per la letteratura cfr. spec.: Kaser, « *Adiudicare* » *bei der* « *actio finium regundorum* » *und bei der Vindikation*, in *Symb. David* 1 (1968) 85 ss.

58.7.2. Sulla *litis aestimatio* i testi più importanti sono: D. 6.1.46; D. 16.3.30 (acquisto del *dominium*); D. 41.4.1; D. 41.3.27 (*iusta causa usucapionis*). Per la letteratura cfr. spec.: Betti, *Studi sulla* « *litis aestimatio* » 1 (1915); Carrelli, *L'acquisto della proprietà per* « *litis aestimatio* » *nel processo civile romano* (1934); Erhardt, « *Litis aestimatio* » *im römischen Formularprozess* (1934); Chiazzese, « *Iusiurandum in litem* » (1937) 54 ss.; Voci, *Risarcimento del danno e procedura formulare* (1938) *passim*.

58.8. Sull'*occupatio* v.: Gai 2.67-69; I. 2.1.12. Cfr. in generale: Kaser, sv. « *Occupatio* », in *PW*.; Franciosi, « *Res nullius* » *e* « *occupatio* », in *ANA*. 1964; Heck,

volontaria presa di possesso (« *occupatio* ») della *res corporalis*. Di per sé sola l'*occupatio* non implicava l'acquisto del *dominium*, ma era un atto (non negoziale) acquisitivo di *possessio*: l'acquisto del *dominium* si verificava a favore dell'occupante solo in relazione ad una « *res nullius* », cioè non appartenente (o non più appartenente) a nessuno. Erano considerate *nullius*: l'« *insula in mari nata* », la quale era ritenuta occupabile da chi per primo vi ponesse piede; le « *res communes omnium* », di cui si acquistava il *dominium* se ed in quanto se ne occupassero parti limitate; le « *ferae bestiae* » (animali selvatici), di cui si acquistava il *dominium* mediante *aucupium* (caccia) o *piscatio* (pesca); le « *res inventae in litore maris* » (pietre, conchiglie, gemme), sempre che non si trattasse, ovviamente, di cose derivanti da naufragio; le « *res hostium* », che erano di chi se ne impadronisse per primo, salvo che non fossero dichiarate bottino dello stato.

58.8.1. In ordine all'« *aucupium* » e alla « *piscatio* », alcuni giuristi pensavano che l'acquisto si operasse solo mediante la materiale presa di possesso dell'animale, mentre altri sostenevano che viceversa bastasse il fatto di averlo ferito e di essere in atto di inseguirlo per raccoglierlo. 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 *mansue-*

« *Occupatio* », in *ZSS*. 84 (1967) 355 ss.; Arnaud, *Réflexions sur l'occupation du droit romain classique au droit moderne*, in *RH*. 46 (1968) 183 ss.; Longo (G.), sv. *Occupazione* (*dir. rom.*), in *NNDI*. — Sull'*animus occupandi* cfr. spec.: Weiss, *Das Willensmoment bei der « occupatio »* (1956); van der Merwe, « *Animus occupandi* », in *Tijdsk. Hedendaagse Rom. Holl. Reg.* 1967. — Sulle *res nullius* (in commercio): *retro* n. 27.10. — Sull'*insula in mari nata*: *retro* nt. 58.2.4. — Sulle *res communes omnium*: *retro* n. 27.9.3.

58.8.1. Sulla definizione delle *ferae bestiae*, e sui limiti conseguenti all'occupazione a proposito degli animali che « *ex consuetudine abire et redire solent* », v.: Gai 2.67 e 68. V. pure: Gai. D. 41.1.5.1; Iul. D. 22.1.26; sulla caccia come reddito normale del fondo, D. 7.1.9.5. In dottrina, cfr. spec.: Lombardi, *Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano*, in *BIDR*. 53-54 (1948) 275 ss. — La *fera bestia* evasa dalla custodia del cacciatore che l'aveva catturata tornava ad essere *res nullius* (pur non essendosene effettuata la *derelictio*). Così Gai. D. 41.1.3.2: *Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.* Le *ferae bestiae* (e i *pisces* e le *volucres*) costituivano, insomma, una sorta di categoria speciale delle *res nullius*: quella di *res nullius* per loro natura.

facti, cioè addomesticati (come i colombi), non potevano tuttavia essere cacciati, né comunque acquistati in *dominium* dal cacciatore, salvo che avessero perduto, allontanatisi dal fondo, l'istinto del ritorno (cd. « *animus revertendi* »).

58.8.2. 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, il *dominium* 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. D'altra parte, è da tenere presente che, per quanto si sa, il diritto classico pretese, senza eccezione alcuna, che le *res mancipi* già appartenenti a qualcuno fossero acquistabili solo mediante *mancipatio, in iure cessio* o *usucapio*. Quindi, finché ebbe rilievo la categoria delle *res mancipi*, le cose abbandonate si poterono acquisire con l'*occupatio* solo se si trattasse di *res nec mancipi*: in ordine alle *res mancipi*, l'*occupatio* altro non era che il primo momento del *tempus ad usucapionem*.

58.8.2. Sulla *derelictio* la dottrina proculiana è riferita in D. 41.7.2.1 (Paul. 54 *ad ed.*), l'opposta opinione di Sabino e di Cassio in D. 47.2.43.5 (Ulp. 41 *ad Sab.*). La tesi sabiniana appare gradita alla tarda classicità, come dimostra l'adesione ad essa da parte di Ulpiano nel passo citato. I problemi della *derelictio* hanno suscitato un'ampia letteratura. In generale cfr.: Romano, *Studi sulla derelizione nel diritto romano* (1933). Per i rapporti con la *traditio* e la *usucapio*: Daube, « *Derelictio* », « *occupatio* » *and* « *traditio* », in *LQR*. 77 (1961) 79 ss., e Krüger, « *Derelictio* » *und* « *usucapio* », in *Mn. Pappulias* (1934) 121 ss. — Molto discusso è se, ad integrare la *derelictio*, fosse necessario l'*animus derelinquendi*. Il requisito è stato spesso negato in ordine al diritto romano classico, e bisogna dare atto che l'*animus derelinquendi* figura in luoghi sospetti di alterazione. Ma, se si ammette che l'*animus derelinquendi*, giusta la tendenza classica in ordine alla *voluntas* (*retro* n. 32.1), era solitamente identificata dai classici nel comportamento esteriore (salvo a dimostrarsi di volta in volta che esso non vi fosse), deve ritenersi che la *derelictio* non era tale (alla stessa guisa dell'*occupatio*) se non era voluta. V., ad esempio, Paul. D. 41.7.2 pr.: *Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere*. Cfr., da ultimo: Mandic, « *Scientia in derelictione-adprehensione* », in *St. Horvat* (1968) 408 ss. — Nell'ipotesi di *iactus mercium navis levandae gratia* (su cui *infra* n. 87.8), le *res iactae* rimanevano dei loro proprietari proprio perché non vi era stato (e non era obiettivamente presumibile che vi fosse stato) l'*animus derelinquendi*: Arnò, « *Derelictio* » *e* « *iactus mercium* », in *ATO*, 1940-41. V. Gai. D. 41.1.9.8: *Alia causa est earum rerum, quae in tempestate levandae navis causa eiciuntur: hae enim dominorum permanent, quia non eo animo eiciuntur, quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navis periculum effugiat. Qua de causa si quis eas fluctibus expulsas ... abstulerit, furtum committit.*

58.8.3. Fatto di occupazione era l'« *inventio* », cioè la scoperta di un « *thesaurus* », inteso come una « *vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominus non habeat* ». Doveva trattarsi quindi di somme di danaro (o di cose pregiate: « *monilia* ») depositate in luogo segreto da tempo immemorabile, sicché non ne fosse reperibile il proprietario. È 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 almeno in parte a colui che lo avesse rinvenuto. Il regime dell'istituto fu regolato da Adriano con una costituzione di tipo imprecisato (forse un *edictum*) e secondo criteri non del tutto chiari. A nostro avviso, Adriano probabilmente stabilì che, se il tesoro fosse stato fortuitamente trovato in territorio (italico o provinciale) appartenente al *princeps* (« *locus Caesaris* »), all'*inventor* ne spettasse una metà e solo l'altra metà fosse reclamabile dal *fiscus Caesaris*. Il resto lo fece l'*interpretatio prudentium*, giungendo progressivamente a queste conclusioni, accolte dal diritto giustinianeo: che il *thesaurus* scoperto in fondo proprio o non proprio, ma a seguito di specifiche ricerche, appartenesse integralmente all'*inventor*; e che invece il *thesaurus* scoperto *in alieno* per caso (« *non data opera* ») andasse per una metà all'*inventor* e per l'altra metà al privato o alla autorità pubblica o religiosa cui appartenesse il fondo.

58.9. Fatti di usucapione furono quelli per cui la proprietà si acquistava mediante la *possessio civilis* della cosa per un certo

---

58.8.3. Per la definizione di *thesaurus* richiamata nel testo, v. D. 41.1.31.1 (Paul. 31 *ad ed.*). Per la giurisprudenza più antica, e in particolare per Bruto e Manilio (secondo i quali il tesoro costituiva un'accessione del fondo), v. D. 41.2.3.3 (Paul. 54 *ad ed.*). Per la discussa costituzione di Adriano v. I. 2.1.39, che ne riferisce il tenore. La letteratura in Azara, sv. *Tesoro* (*cenni stor.*), in *NNDI*. Cfr. spec. Hichter, *Le fouiller et le trésor*, in *Mél. De Visscher* 1 (1949) 425 ss.; Lauria, *Dal possessore del tesoro all'« inventor »*, in *Labeo* 1 (1955) 21 ss. — L'interesse della giurisprudenza (e degli imperatori) per le sorti del tesoro è da riconnettersi alla frequenza e alla rilevanza economica del fenomeno, sia in Italia che nelle provincie, in tempi che, a partire dalle guerre civili del sec. I a.C., furono densi di invasioni, di scorrerie e di eccidi.

58.9. Sull'*usucapio*: già *retro* n. 43.3.1, 43.3.2, e *infra* n. 62.4, ove si trova la descrizione completa dell'istituto. — Buona definizione in Mod. D. 41.3.3: *Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* — L'utilità dell'istituto, in un'economia che si rifiutava al ristagno e in un ordinamento giuridico che tendeva ad evitare complesse questioni di prova in ordine alla proprietà (la cd. « *probatio diabolica dominii* » delle fonti medievali), è evidente. Cfr. Gai. D. 41.3.1: *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.* Sul tema: Yaron, *Reflections on « usucapio »*, in *T.* 35 (1967) 191 ss.

periodo di tempo e col concorso di altri requisiti. L'acquisto per *usucapio*, ammesso già dalle XII tavole, 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*.

58.9.1. 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 stabilì che l'usucapione non potesse 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 chicchessia: a meno che si verificasse, sia pure per un solo attimo, la « *reversio ad dominum* », la quale sanava il vizio e rimetteva la cosa « infetta » in grado di formare oggetto di usucapione. Si profilò, per questa via, un nuovo requisito dell'*usucapio*: quello della « *res habilis ad usucapionem* ».

58.10. La *mancipatio*, il più antico negozio di trasferimento, originariamente relativo al *mancipium*, valeva per l'alienazione del

---

58.9.1. Sui limiti all'*usucapio* v.: Gai 2.45 = XII tb. 8.17; Gell. *n.A.* 17.7.1. In letteratura cfr.: Solazzi, *Sulla « lex Atinia de rebus subreptis »* (1953), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 477 ss.; De Visscher, *De la défense d'usucaper les choses volées*, in *RIDA.* 5 (1958) 469 ss.; Pugsley, *The misinterpretation of the « lex Atinia »*, in *RIDA.* 17 (1970) 259 ss.; Thomas, *« Furtum pignoris »*, in *T.* 38 (1970) 135 ss., e *The theftuos pledgor and the « lex Atinia »*, in *St. Scherillo* (1972) 395 ss.

58.10. Una minuziosa descrizione delle formalità della *mancipatio* (v. già *retro* n. 30.3) è in Gai 1.119-120 e, sotto il profilo dei requisiti soggettivi, in Ulp. 19.3-6; di particolare interesse nei frammenti ulpianei il par. 6, relativo alla *mancipatio* delle cose mobili. Per la formula della *mancipatio*, in particolare, v. Gai 1.119. Estremamente ampia la letteratura sul tema. Oltre a quella segnalata *retro* n. 42.2 a proposito del *mancipium*, cfr. spec.: Schlossmann, *« In iure cessio » und « mancipatio »* (1904); Stintzing, *Über die « mancipatio »* (1904), e *« Nexum mancipiumque » und « mancipatio »* (1907); De Francisci, *Il trasferimento della proprietà* (1924); Husserl, *« Mancipatio »*, in *ZSS.* 50 (1930) 478 ss.; Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht* (1937); Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 107 ss.; von Lübtow, *Studien zum altrömischen Kaufrecht*, in *Fs. Koschaker* 2 (1938); Gallo, *Il principio « emptione dominium transfertur »* (1960) 26 ss.; Reinach, *Ebauche d'une mancipation* (1960); Talamanca, *Ancora sul principio « emptione dominium transfertur »*, in *SUC.* 1962-1963; Volterra, sv. *« Mancipatio »*, in *NNDI.*; Arangio-Ruiz, *« Mancipatio » e documenti contabili (da Ercolano a Piacenza)* (1956), ora in *St. epigr. e pap.* (1974) 486 ss.; Thormann, *Der doppelte ursprung der « mancipatio », Ein Beitrag zur Erfoschung des frührömischen Rechtes unter Mitberücksichtingung des « nexum »*[2] (1969); Tomulescu, *Autour de l'expression « apochatum pro uncis duabus »*, in *RIDA.* 16 (1969) 337 ss., *Les rapports de la « mancipatio » et de la monnaie dans l'ancient droit romain*, ivi 345 ss., *Le droit romain dans les triptyques de Transylvanie*, in *RIDA.* 18 (1971) 691 ss., *Paul. D. 18.1.1 pr. et la « mancipatio »*, ivi 711 ss., e infine *La « mancipatio » nelle commedie di Plauto*, in *Labeo* 17 (1972) 284 ss. — Tra i soggetti dell'atto, molto oscura è la figura dell'*antestatus*, di cui è fatto cenno in GE. 1.6.4:

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*), l'alienante (« *mancipio dans* ») e l'acquirente (« *mancipio accipiens* ») si ponevano davanti all'oggetto da trasferire. L'acquirente, tenendo in mano un pezzo di rame (« *rauducculum* »), faceva la solenne « *vindicatio* » dell'oggetto, aggiungendo peraltro che l'affermazione del *dominium* era connessa con lo scopo di una alienazione: « *aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libra* ». A questo punto il *libripens* o l'alienante diceva al *mancipio accipiens*: « *rauducculo libram ferito* » e l'acquirente effettivamente toccava la bilancia col *rauducculum* 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*.

58.10.1. 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 fosse richiesta solo per le *res mobiles*. Del resto, in età storica la *mancipatio* non era più un autentico atto di alienazione, ma era un negozio astratto (« *imaginaria venditio* »), che poteva essere utilizzato tanto a fini di trasferimento della *res* a titolo oneroso, nel qual caso l'acquirente procedeva contemporaneamente alla *numeratio pecuniae* e comunque al trasferimento di una cosa in corrispettivo all'alienante, quanto a fini di attribuzione gratuita di una cosa in *dominium ex iure Quiritium* (« *donationis causa* »), nel quale caso si faceva « *nummo uno* », e cioè l'acquirente versava all'alienante una somma del tutto irrisoria. A cominciare dalla fine del periodo preclassico si determinò, inoltre, l'usanza di redigere

---

probabilmente si tratta di testimone. — Su altre applicazioni dell'istituto: Ambrosino, *Le applicazioni innovative della « mancipatio »*, in *St. Albertario* 2 (1953) 573 ss.

58.10.1. Sulla presenza dell'oggetto v. Gai 1.121: *In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, nisi in praesentia sint mancipari non possunt ...; praedia vero absentia solent mancipari.* — Sulla *mancipatio* come *imaginaria venditio* (v. già *retro* nt. 30.3) cfr. *FIRA*, 3, 281 ss.: ove si riportano *mancipationes fiduciae causa* e *donationis causa*.

a scopo probatorio un documento scritto attestante il compimento dell'atto: *instrumentum* sigillato da tutti i personaggi che vi avessero partecipato.

58.10.2. 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 del *dominium ex iure Quiritium* su una *res*.

58.10.3. Dalla *mancipatio* derivava *ipso iure*, a carico del *mancipio dans*, l'« *obligatio auctoritatis* »: 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 non fosse stato acquistato dal *mancipio accipiens* mediante *usucapio*. Quindi, se il terzo conveniva l'acquirente 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 cd. « *evictio* », cioè la privazione della cosa, a lui spettava, contro il *mancipio dans*, l'*actio auctoritatis in duplum*, per il doppio del prezzo pagato (o del valore della *res*).

58.11. La *in iure cessio* fu un negozio traslativo del *dominium ex iure Quiritium*, valevole sia per le *res mancipi* che per le *res*

58.10.2. L'appartenenza della *mancipatio* alla categoria degli *actus legitimi* è testimoniata da Pap. D. 50.17.77 (*retro* n. 33.3). — Per quanto riguarda le *leges mancipii*, furono ammesse solo quelle che non contraddicessero la intrinseca natura dell'atto come negozio inteso all'alienazione di un diritto (o alla costituzione di un *ius in re aliena*): cfr., ad es. D. 8.4.6 pr.

58.10.3. Sull'*auctoritas* nella *mancipatio* v. già *retro* nt. 57.3, e cfr.: Meylan, *La mancipation et la garantie d'éviction dans les actes de vente de Transylvanie et d'Herculanum*, in *Fs. von Lübtow* (1970) 417 ss. — Sulla *evictio* e sui problemi ad essa connessi, v. anche, in tema di *emptio venditio*, *infra* n. 85.7.1.

58.11. Le fonti sono alquanto povere di notizie sulla *in iure cessio*, anche perché (come già per il II sec. testimonia Gai 2.25) essa era meno comoda della *mancipatio* e della *traditio*: nella compilazione di Giustiniano non ve n'è traccia, e l'ultimo riferimento, in ordine cronologico, è in Cons. 6.10, in rapporto ad una costituzione di Diocl. e Maxim. del 293. In ogni caso, una minuziosa descrizione di essa ci è conservata da Gai 2.24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit: « Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio »; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. Hoc fieri potest etiam in*

nec mancipi. Si trattò, più precisamente, di una utilizzazione della *rei vindicatio*. Alienante e acquirente si recavano davanti ad un *magistratus*; ivi l'acquirente rivendicava simulatamente come suo l'oggetto che intendeva acquistare (« *aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium* ») e l'alienante, anziché *contravindicare*, taceva: se, sollecitato dal magistrato a *contravindicare*, egli continuava a tacere o si rifiutava, al magistrato non restava altro che ritenere solennemente accertata l'appartenenza della cosa all'acquirente ed effettuare quindi l'*addictio* della cosa stessa a costui. Come la *mancipatio*, anche la *in iure cessio* era, in tempi storici, un negozio astratto, che produceva cioè l'effetto traslativo indipendentemente dalla rilevazione in concreto di una ragione pratica od economica per realizzarlo. Da notare che, dato il carattere fittizio del processo, il *magistratus* poteva anche non essere il *praetor* (o altro giusdicente) e poteva anche essere adito *extra ius*, fuori del *tribunal*.

58.12. La *traditio* (« *ex iusta causa* ») era il trasferimento della detenzione della cosa da una persona ad un'altra. Tale atto era

---

provinciis apud praesides earum. A sua volta, Ulp. 19.9,11 esplicitamente afferma l'applicabilità del negozio alle *res mancipi* ed a quelle *nec mancipi*. — Circa l'origine dell'istituto, non vi è dubbio che esso risale alle XII tab., secondo il dettato di Vat. 50 = tb. 6.6*b*. Secondo la comune dottrina, la *in iure cessio* sarebbe comunque posteriore alla *mancipatio* (*contra* però Eisele, « *Res mancipi* » [1896] 256 ss., e Schlossmann, « *In iure cessio* » *und* « *mancipatio* » cit.). Sulla derivazione dell'istituto dal processo per *legis actiones* cfr.: Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im Gesetzspruchverfahren*, in *ZSS*. 28 (1907) 1 ss.; Naber, *De* « *in iure cessione et confessione* », in *St. Perozzi* (1925) 341 ss. (*contra* però Lévy-Bruhl, *Quelques problèmes du très ancien droit romain* [1934] 114 ss.). — Sulla *in iure cessio* come espressione della cd. *iurisdictio voluntaria*: *retro* n. 16.1.2. — Ovviamente la *in iure cessio* non ledeva i diritti del terzo, cioè del vero proprietario della *res*, se questi non era il *cedens in iure*: v. *retro* n. 19.8.2.

58.12. Sulla *traditio* in generale cfr.: Voci, *Modi di acquisto della proprietà* cit. 67 ss.; Gallo, *Studi sul trasferimento della proprietà* cit. 81 ss.; Gordon, *Studies in the transfer of property by* « *traditio* » (1970); Aru, sv. « *Traditio* », in *NNDI*. — Sulla *iusta causa traditionis*: Lange, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition* (1936); Ehrardt, « *Iusta causa traditionis* » (1930); Betti, *Il dogma bizantino* φύσις τῆς παραδοσέως *e la irrilevanza del dissenso nella causa della tradizione*, in *St. Bonfante* 1 (1930) 305 ss.; Fuchs, « *Iusta causa traditionis* » (1952); Miquel, *La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos*, in *AHDE*. 31 (1961) 515 ss. — Una parte della dottrina ha sostenuto la irrilevanza della volontà della *traditio* e la interpolazione di Gai. D. 41.1.9.3, che ne fa menzione. Sul problema, in linea di massima a favore della classicità del contenuto del passo: Hupka, *Der* « *dissensus in causa* » *und die moderne Textkritik*, in *ZSS*. 52 (1932) 1 ss.; Monier, *Le malentendu sur la* « *iusta causa traditionis* », in *St. Bonfante* 3 (1930) 21 ss.; van Oven, *Die Antinomie D. 41.1.36 - D. 12.1.18 pr.*, in *T*. 1 (1952) 89 ss.; Kaser, *Zur* « *iusta causa traditionis* », in *BIDR*. 64 (1961) 61 ss. — Per i rapporti con la compravendita, in particolare: Schönbauer, *Zum römischen Kaufrechte*, in *ZSS*. 54 (1934) 335 ss.; Levy (E.), *Verkauf und Übereignung*, in *Iura* 14 (1963) 1 ss.; Wubbe, *Die Interessenlage bei* « *traditio* » *und* « *usucapio* », in *T*. 32 (1964) 558 ss.

ritenuto determinativo del trasferimento del *dominium* sulla cosa se ed in quanto concorressero quattro requisiti: che si trattasse di *res nec mancipi*; che la cosa fosse nel *dominium ex iure Quiritium* del tradente; che il tradente volesse effettivamente trasferirla all'accipiente e che questi effettivamente manifestasse la volontà di accettarla; 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 consegna era effettuata a fine di *datio dotis*; la *causa donationis*, se la consegna era effettuata 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 e il commodato (essendo traslativi della sola *detentio*), il *pignus* e la *depositio in sequestrem* (costitutivi solo di *possessio ad interdicta*) ed altre.

58.12.1. 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 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

---

58.12.1. I giuristi medievali raggrupparono i vari casi di *traditio* caratterizzati dal venire meno dell'elemento materiale nella figura della *traditio ficta*: cfr. Riccobono, « *Traditio ficta* », in *ZSS.* 33 (1912) 259 ss., 34 (1913) 159 ss.; da ultimo, Lokin, « *Traditio* », *de Verschaffing van het Besit*, in *Fl. leg. Scheltema* (1971) 121 ss. — La *traditio symbolica*, a parte l'ipotesi principale della consegna delle chiavi, poteva spesso realizzarsi in modo diverso: per es., attraverso la consegna del documento redatto a prova del negozio traslativo della proprietà (cd. *traditio instrumenti*: CI. 8.53[54].1 [a. 210]) o la nomina di un custode da parte del compratore della merce acquistata, ma non trasferita materialmente. Per questi casi v. pure *infra* n. 62.3.1-3, ivi bibliografia.

quale furono espressioni caratteristiche, come si vedrà, la *traditio brevi manu* e il *constitutum possessorium*.

59. La tutela del « dominium ex iure Quiritium ».

59.1. I mezzi processuali fondamentali a tutela della situazione di *dominus ex iure Quiritium* furono, in primo luogo, quelli intesi a salvaguardare il *dominium* dalle altrui « aggressioni », cioè dall'impossessamento della cosa operato da terzi, oppure dalla asserzione di terze persone di essere i veri titolari del *dominium*: la *rei vindicatio* (con i connessi *interdictum quem fundum* e *actio ad exhibendum*) e l'*actio negatoria*, nonché in subordinata l'*exceptio iusti dominii*. A parte questi mezzi, altri ne furono contemplati dal *ius civile* o dal *ius honorarium* per difendere il *dominium ex iure Quiritium* dalle altrui « insidie », cioè da attività esplicate da terzi le quali ponessero in pericolo il pacifico e completo godimento della cosa: la *cautio damni infecti*, l'*operis novi nunciatio*, l'*interdictum quod vi aut clam* e l'*actio aquae pluviae arcendae*.

59.2. Con la *rei vindicatio* il *dominus* agiva contro colui che si fosse impossessato della cosa, allo scopo di riottenerla, o, quanto meno, di essere ripagato del valore della stessa, sulla base dell'accertamento della sua situazione giuridica di *dominus ex iure Quiritium*.

59.2.1. L'azione si esercitava, nei tempi più antichi, mediante la « *legis actio sacramenti in rem* ». 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

---

59.1. Altri mezzi processuali a tutela del *dominium* furono l'*interdictum de arboribus caedendis* e l'*interdictum de glande legenda*, su cui *retro* n. 57.7.1-2. — Per la tutela penale dei confini cfr.: van Warmelo, « *Crimen termini moti* », in *Ét. Macqueron* (1970) 671 ss.

59.2. Sulla *rei vindicatio* cfr.: Astolfi, sv. « *Reivindicatio* », in *NNDI*. Essendo l'azione diretta, nel diritto classico, al riottenimento della cosa, l'esercizio da parte del possessore non avrebbe avuto senso. Il medesimo principio è riaffermato per il diritto della compilazione da I. 4.6.2, dove tuttavia si parla oscuramente di un « *unus casus* », di un caso unico in cui sarebbe possibile la *rei vindicatio* da parte del possessore. Ma il caso non è identificabile con certezza: Henle, « *Unus casus* » (1925); da ultimo, Chloros, « *Unus casus* » *und die Digesten*, in *ZSS*. 74 (1957) 373 ss. Per le fonti: D. 6.1 (*De rei vindicatione*); CI. 3.32. — Sulla prova nella *rei vindicatio* e nelle altre azioni a tutela della proprietà: Kiefner, *Klassizität der « probatio diabolica »?*, in *ZSS*. 81 (1964) 212 ss.

59.2.1. Per il più antico profilo della *rei vindicatio* cfr.: Betti, *La « vindicatio » romana primitiva ed il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, in *Fil*. 40 (1915) 321 ss.; Kaser, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in *ZSS*. 68 (1951) 131 ss.

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 risolvere le controversie di proprietà mediante la utilizzazione della *sponsio* e della conseguente *legis actio per iudicis postulationem*: sistema della cd. « *legis actio per sponsionem* ». 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 somma simbolica 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 (vale a dire sull'accertamento del *dominium ex iure Quiritium* in ordine alla *res*), passava ad essere risolta dall'*iudex* senza la necessità di pagare la dispendiosa *summa sacramenti*.

59.2.2. Nel sistema formulare la *rei vindicatio* poteva ancora esperirsi attraverso un parallelo della antica « *legis actio per sponsionem* ». Ma il procedimento di gran lunga prevalente fu quello della « *formula petitoria* ». 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. Il *iudicium* veniva pertanto ad essere così concepito: « *Si paret fundum Capenatem, de quo 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, absolvito* ». All'*iudex privatus* spettava di decidere se il convenuto avesse torto e di condannarlo, conseguentemente, al « *quanti ea res erit* ».

59.2.3. Convenuto nella *rei vindicatio* poteva essere, oltre il possessore della cosa, anche: « *qui liti se optulit* », cioè colui che, per

---

59.2.2. Per la formula della *rei vindicatio* nella procedura *per formulas*: Lenel, *EP.*[3] 185 s. — Sulla *condemnatio pecuniaria*, con particolare riguardo al suo rapporto con l'oggetto della lite: Kaser, « *Quanti ea res erit* » (1935); Medicus, « *Id quod interest* » (1962). — La procedura (formulare) *per sponsionem* è descritta da Gai 4.93-94: *Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: « si homo de quo agitur ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? » deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere: qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse. Non tamen haec summa sponsionis exigitur. Non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur. Unde etiam is cum quo agitur non restipulatur* (*rell.*).

59.2.3. Sui vari soggetti legittimati passivamente alla *rei*

proteggere il vero possessore della *res*, avesse maliziosamente evitato di dimostrare sin dall'inizio di non possedere *pro suo* la cosa e di non essere quindi legittimato passivo; nonché « *qui dolo desiit possidere* », cioè colui che avesse maliziosamente trasferito ad altri il possesso della cosa all'unico scopo di sottrarsi alla *rei vindicatio*. Questi casi si dissero di « *ficta possessio* », ma sulla loro classicità si accendono tuttora vive discussioni.

59.2.4. 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 nello stato in cui l'aveva presa e, restituendo la cosa, era assolto. Solo se non effettuava la *restitutio rei* il convenuto 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 (« *lis* »), era operata solitamente mediante un « *iusiurandum in litem* », che il giudice deferiva all'attore: ed era questo un motivo di più acché il convenuto fosse spinto ad evitare, mediante la restituzione della *res*, la condanna pecuniaria (basata su una valutazione soggettiva dell'attore, che sarebbe stata presumibilmente assai alta).

59.2.5. Nella *legis actio sacramenti in rem* il convenuto era tenuto a offrire dei *praedes* della restituzione della cosa o del pagamento del

---

vindicatio cfr.: Siber, *Die Passivlegitimation bei der « rei vindicatio »* (1907); Lenel, *« Rei vindicatio » und « actio ad exhibendum »*, in *Zs. f. priv. und öffentl. Recht der Gegenwart* 37 (1910) 515 ss.; Kaser, *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, in *ZSS.* 51 (1931) 92 ss.; Marrone, *La legittimazione passiva alla « rei vindicatio »* (corso, 1970), *Contributi in tema di legittimazione passiva alla « rei vindicatio »*, in *St. Scherillo* 1 (1972) 341 ss., nonché *La rivindica contro i « filiifamilias »*, in *St. Grosso* 6 (1974) 173 ss. Tra le fonti relative alla legittimazione passiva nella *rei vindicatio*, di particolare importanza è Ulp. D. 6.1.9: tra l'altro, il testo riferisce i dubbi degli stessi giuristi classici in rapporto alla natura del possesso giustificante la legittimazione passiva (ma secondo alcuni autori, questa parte del frammento sarebbe interpolata: Betti, *Ist.* 1.416 nt. 73).

59.2.4. Sulla struttura formulare dell'*arbitrium de restituendo*: Lenel, *EP.*[3] 185 s. e *retro* n. 17.6.3. Per la valutazione della *res restituenda* v. Ulp. D. 6.1.13: ... *non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debebit* (*rell.*). — Sulla *condemnatio* al *quanti ea res erit*: *retro* n. 18.4.2. — Per i rapporti tra *litis aestimatio* e giuramento: Amirante, *Dubbi e riflessioni in tema di « iusiurandum in iudicio »*, in *St. Betti* 3 (1962) 17 ss. V. anche *retro* n. 19.6.2

59.2.5. Sulla *cautio iudicatum solvi* cfr., in particolare: La Rosa, *La struttura della « cautio iudicatum solvi »*, in *Labeo* 2 (1956) 160 ss. — La *translatio possessionis* dal convenuto all'attore metteva in difficoltà il convenuto solo se questi era intenzionato a *rem defendere*, cioè ad addivenire alla *litis contestatio*. Se il convenuto, effettuata la *translatio possessionis*, si sottraeva al processo, l'attore

suo valore in caso di soccombenza. Nel processo formulare egli doveva prestare una « *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* », nel caso di *actio per sponsionem*, o una « *satisdatio 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 (cd. « *translatio possessionis* ») sicché il convenuto, divenuto attore, era tenuto, volendo riottenerne il possesso, a provare il fondamento del suo titolo di proprietà. D'altra parte, essendo le due *cautiones* in parola delle *satisdationes*, non era sempre facile al convenuto trovare chi si prestasse ad aggiungere la propria garanzia alla sua *promissio*.

59.2.6. Nella procedura « *per formulam petitoriam* » il possessore era tenuto a restituire all'attore anche i *fructus* che la cosa avesse prodotto: se il possesso era stato iniziato in buona fede, i frutti da restituire erano quelli percetti *post litem contestatam*; se il possesso era stato iniziato in mala fede, erano da restituire anche i frutti percepiti *ante litem contestatam*, sin dal momento dell'impossessamento. Nel diritto giustinianeo, in cui la procedura formulare aveva ceduto il posto alla procedura straordinaria, il possessore di mala fede era tenuto a restituire 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 a restituire i frutti *percepti* dopo l'inizio della lite ed era inoltre tenuto a restituire i frutti venuti in essere *ante litem contestatam*, solo se erano ancora nella sua disponibilità (« *fructus extantes* »).

59.2.7. Per ciò che riguarda le spese (« *impensae* ») incontrate dal convenuto durante il possesso della cosa, il diritto pretorio ammise che gli si dovessero risarcire quelle necessarie ed utili, (ma in nessun caso

---

veniva ad essere privo di un accertamento giudiziale della sua proprietà e, come semplice possessore della cosa, era esposto al pericolo di una *rei vindicatio* esercitata successivamente nei suoi confronti da terzi. C. *infra* n. 59.3.

59.2.6. Sui *fructus* cfr. Bonfante, *Corso* cit. 2.2.411 ss. V. anche *retro* n. 27.4.

59.2.7. Sul tema delle *impensae* cfr.: Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno* (1917), ora *Scr.* 2 (1964) spec. 247 ss., e *Il compenso delle spese fatte da possessori su cose altrui*, in *BIDR.* 47 (1940) 1 ss.; Levy (J.P.), *Les impenses dotales en droit romain classique* (1937) 230 ss., e *D. 6.1.27.5, le droit de rétention et les « ius tollendi »*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 97 ss.; Maschi, *Lo stato attuale della storia delle fonti del diritto bizantino*, in *Atti del IX Congr. di St. Biz.* 2 (1956); Melillo, « *Tignum iunctum* » cit. 78 ss. — L'*exceptio doli*, determinando il diritto di ritenzione a favore del possessore, era di enorme efficacia, in quanto rendeva impossibile per il *dominus* il riottenimento della cosa: Ulp. 6.17; Paul. D. 50.16.79.2. — In diritto giustinianeo la tutela predisposta dal pretore fu ampliata, istituendosi un organico rapporto tra *ius retentionis* e le *impensae*: Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* 1 (1947), 2 (1957), e, sintesi, sv. *Ritenzione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*

quelle voluttuarie) purché fosse possessore in buona fede, ed a questo fine gli accordò una *exceptio doli* da opporre all'attore. Nel diritto giustinianeo il risarcimento delle spese era operato dal giudice mediante la sentenza, la cui condanna era diminuita in relazione alle *impensae* da rimborsare. Al possessore, sia di buona che di mala fede, si riconobbe il diritto al recupero, 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 un « *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.

59.3. Il punto debole del processo revindicatorio era costituito, quanto meno nella procedura formulare, dalla *indefensio* del convenuto, cioè dal fatto che il convenuto si rifiutasse di addivenire alla *litis contestatio* in ordine al *iudicium* proposto dall'attore e avallato dal magistrato giusdicente. Per costringere indirettamente il convenuto a *rem defendere* (o, quanto meno, ad effettuare la « *translatio possessionis* » della *res* all'attore), furono escogitati due mezzi processuali complementari: l'*interdictum* « *quem fundum* » e l'*actio ad exhibendum*.

59.3.1. L'*interdictum* « *quem fundum* » era relativo alle *res immobiles*. Con esso il magistrato ordinava al convenuto di *restituere rem*, cioè di effettuare la *translatio possessionis* del bene all'attore. Se il convenuto non possedeva la cosa, né aveva fatto dolosamente in modo di perderne il possesso, gli bastava resistere all'ordine interdittale, sicuro di essere assolto nel procedimento di cognizione ad esso conseguente. In caso contrario, il suo interesse era (potendo ancora farlo) di *restituere rem* (riservandosi di agire in rivendicazione contro l'avversario in un secondo tempo), oppure di decidersi a *rem defendere*, così ad *accipere* il *iudicium* della *rei vindicatio*: altrimenti sarebbe stato condannato nel processo interdittale.

59.3. A proposito dell'*indefensio* del convenuto nella *rei vindicatio*, si ricordi che in ordine alle *actiones in rem* vigeva il principio, nel sistema formulare, « *invitus nemo rem cogitur defendere* » (Ulp. D. 50.17.156 pr.; cfr. anche Fur. Anth. D. 6.1.80). Sul punto v. già *retro* n. 19.3.5: ivi si precisa che, se il convenuto aveva portato *in iure* la *res* (*mobilis*) contestata, il magistrato aveva a sua disposizione, per reprimere la sua *indefensio*, il « *duci vel ferri iubere* » a favore dell'attore. — Sulla *translatio possessionis*: *retro* n. 59.2.5.

59.3.1. Sull'*interdictum* « *quem fundum* »: Lenel, *EP.*[3] 474 s. La formula era: « *Quem fundum ille a te vindicare vult, quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres, si rem nolis defendere eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur, eum illi restituas* ». — La *restitutio rei*, ovviamente, non era fattibile da *qui dolo desiit possidere*.

59.3.2. L'« *actio ad exhibendum* » era relativa alle *res mobiles* (schiavi compresi) ed offriva al revindicante una garanzia anche maggiore dell'interdetto. Di fronte all'*indefensio* del convenuto, l'attore, se la cosa contestata non era già stata portata *in iure*, passava ad esercitare nei suoi confronti un'*actio in personam arbitraria* intesa ad ottenere la consegna della *res* o la condanna della controparte al *quanti ea res erit*: « *Si paret N.m N.m A.o A.o Stichum hominem exhibere oportere, quem N.s N.s possidet dolove malo fecit quo minus possideret, neque ea res arbitrio tuo exhibebitur, quanti ea res erit tantam pecuniam, iudex, N.m N.m A.o A.o condemnato; s. n. p. a.* ». Se il convenuto non possedeva la cosa, né aveva fatto dolosamente in modo di perderne il possesso, egli non aveva che da resistere alla nuova azione. In caso contrario, gli conveniva (potendo ancora farlo) di *restituere rem* già nella fase *in iure*, oppure di decidersi a *rem defendere*. E finalmente, ove egli, non avendo scelto una di queste vie di uscita, si rifiutasse di contestare la lite in ordine al *iudicium in personam*, scattavano a suo danno le conseguenze spiacevoli dell'incarcerazione (« *duci iubere* ») o della *missio in bona*.

59.4. L'*actio negatoria* era promossa dal *dominus* contro colui che proclamasse illecitamente sulla *res* la titolarità di un *ius*

59.3.2. Sull'*actio ad exhibendum* cfr.: Marrone, « *Actio ad exhibendum* », in *AUPA*. 1957; Burillo, *Contribuciones al estudio de la « actio ad exhibendum » en derecho clasico*, in *SDHI*. 26 (1960) 190 ss.; Sachers, sv. « *Exhibere* », in *PW*. Suppl. Alla dottrina tradizionale, che identifica la funzione principale dell'*actio ad exhibendum* nella preparazione della *rei vindicatio*, si contrappone la tesi del Marrone, secondo il quale il diritto classico assegnò all'azione soprattutto la funzione di rimediare alla *indefensio* del convenuto, obbligandolo al *tollere pati* da parte dell'attore. Sul tema cfr. anche Kaser, *Die « formula » der « actio ad exibendum »* (1967), poi anche in *St. Volterra* 3 (1969) 545 ss., che seguiamo nella ricostruzione della formula. — Molto discusso è il problema dell'età dell'*actio ad exhibendum*. In proposito non manca chi ne ha ipotizzato l'esistenza già in epoca anteriore alla procedura formulare, naturalmente con forme e procedure diverse. Per le varie opinioni cfr.: Kunkel, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Fs. Koschaker* 2 (1939) 4 nt. 4; Magdelain, *Les actions civiles* (1954); Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 40 ss. — Un profilo particolare, di natura risarcitoria, ebbe l'*actio ad exhibendum*, già in diritto classico, nelle ipotesi in cui la reale *exhibitio* della *res* non fosse possibile, essendone intervenuta la distruzione, o mancandone comunque la disponibilità: cfr. Marrone, « *Actio ad exhibendum* » cit. 403 ss.

59.4. In materia di *actio negatoria*, le fonti non osservano una terminologia uniforme: mentre Ulp. in D. 8.5.4.2 e D. 8.5.2 parla appunto di *actio negatoria*, Gai 4.3, I. 4.6.2 e D. 7.6.5 pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*) parlano invece di « *actio negativa* ». Non v'è dubbio che si tratti del medesimo istituto. In dottrina cfr.: Arangio-Ruiz, *Sulle azioni confessorie e negatorie* (1908), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1974) 113 ss.; Biondi, « *Actio negativa* » *ed* « *actio prohibitoria* » *come azioni a difesa delle servitù e dell'usufrutto*, in *AUME*. 1929; Bohácek, *L'* « *actio negativa* » *nell'ambito dell'usufrutto*, in *BIDR*. 44 (1937) 19 ss., e *Nuovi studi sulle* « *actiones negativae* », in *BIDR*. 46 (1939) 142 ss.; Rodger, « *Actio confessoria* » *and* « *actio negatoria* », in *ZSS*. 88 (1971) 184 ss. Per la formula: Lenel, *EP*.[3] 190.

praedii o di un *ususfructus*. Essa mirava a contestare l'esistenza di questo diritto e ad affermare la piena libertà della cosa da ogni vincolo estraneo al potere assorbente del proprietario. L'azione si chiamava « *negatoria* » appunto perché caratterizzata dalla negazione di un diritto reale sulla cosa. La formula era la seguente: « *Si paret Numerio Negidio ius non esse eo fundo, de quo agitur, utendi fruendi* (oppure: *per eum fundum d. q. a. eundi agendi* ecc.) *invito Aulo Agerio, neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam N.m N.m A.o A.o, iudex, condemnato; s. n. p. a.* ». Alla condanna nel *quanti ea res erit* il convenuto poteva, dunque, sottrarsi con la *restitutio rei*. Nell'ipotesi di *indefensio* del convenuto, erano a disposizione dell'attore, come per la *rei vindicatio*, l'*interdictum* « *quem fundum* » o l'*actio ad exhibendum*.

59.5. Il *dominus* poteva anche opporre una *exceptio iusti dominii* a chi, ritenendo il suo *dominium* infondato e ritenendosi *dominus* in vece sua, gli contestasse la disponibilità della *res* mediante una *rei vindicatio*. Generalmente egli seguiva questa via, sobbarcandosi all'onere della prova (e rinunciando alla comoda posizione processuale del convenuto, che si limitava 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*).

59.6. La *cautio damni infecti* era una *satisdatio 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

---

59.5. Sull'*exceptio iusti dominii*: *infra* n. 61.3 ss.

59.6. Sul *damnum infectum* v.: D. 39.2 (*De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*). Per la letteratura cfr.: Masi, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto* (*premessa stor.*), in *ED*. — L'esistenza dell'antica *legis actio damni infecti* si suol desumere da Gai 4.31: *Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est. ... Damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium suum, idque et commodius ius et plenius est* ... Così il testo gaiano è interpretato, tra gli altri, dal Branca, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano* (1937) 6 ss., ove ulteriore bibliografia; *contra* Mozzillo, *Contributi allo studio delle « stipulationes praetoriae »* (1960) 55 ss.; da ultimo cfr. MacCormack, *The « cautio damni infecti »: buyer and seller*, in *ZSS*. 88 (1971) 300 ss. — La formula della *cautio* (*retro* n. 20.4) variava a seconda delle diverse possibilità di *damnum infectum*. Sul punto: Lenel, *EP*.[3] § 292.

o dell'edificio vicino di risarcirgli il danno che sarebbe potuto derivare al suo fondo o al suo edificio da eventuali crolli. Verificatasi l'ipotesi del danno, 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. Ma, passato un anno, se 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 questi era immesso nel possesso esclusivo (e *ad usucapionem*) dell'immobile. Un precedente antichissimo della *cautio damni infecti* fu la « *legis actio damni infecti* », che la *lex Iulia iudiciaria* lasciò eccezionalmente in vita, ma che andò in desuetudine nel corso dell'età classica.

59.7. L'*operis novi nunciatio* (risalente al diritto arcaico e disciplinata già dalle XII tavole) consisteva, nel sistema del *ius honorarium*, in un'esplicita diffida fatta *in iure* a chi avesse intrapreso (ma non ancora portato a compimento) una costruzione su suolo pubblico o privato, affinché si astenesse dal continuarla e la distrug-

---

59.7. Sull'*operis novi nunciatio* v.: D. 39.1 (*de operis novi nuntiatione*), cui *adde* Ulp. D. 2.14.7.14, D. 43.25.1.3. L'istituto è indubbiamente molto antico, con ogni probabilità anteriore alla procedura formulare, anche se giunge a completa maturità solo nel corso del periodo classico, come dimostra l'accurata trattazione che ad esso riservano i tardi giuristi classici, in particolare Ulpiano e Paolo. — Di fondamentale importanza la *triplex causa* di cui in D. 39.1.1.16: *Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi gratia*. La distinzione è ritenuta postclassica, soprattutto in riferimento alla *operis novi nunciatio iuris publici tuendi gratia*: in questo senso, Lombardi, « *Novi operis nuntiatio iuris publici tuendi gratia* », in *SPA*. 1951; Solazzi, *La « triplex causa » della « nuntiatio novi operis » in D. 39.1.59* (1952), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 400 ss.; *contra*, con soluzioni tuttavia diverse, Cosentini, *Appunti sull'« operis novi nuntiatio »*, in *AUCT*. 1950, *In tema di « operis novi nuntiatio » (problemi di origine)*, in *Miscellanea romanistica* (1956) 117 ss.; Mozzillo, *Contributi* cit. 143 ss.; Melillo, « *Interdicta* » *e* « *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia* », in *Labeo* 12 (1966) 178 ss. Per gli altri aspetti dell'istituto, cfr. soprattutto: Branca, *Danno temuto* cit., e *La « prohibitio » e la denuncia di nuova opera come forma di autotutela cautelare*, in *SDHI*. 7 (1941) 313 ss.; Berger, *L'« operis novi nuntiatio » ed il concetto di « ius publicum » in Ulpiano*, in *Iura* 1 (1950) 102 ss.; Arias Bouet, *Sobre la denuncia de obra nueva en el derecho romano clasico*, in *AHDE*. 42 (1972) 291 ss. — Per la procedura e per i rapporti con gli *interdicta* predisposti a tutela della proprietà pubblica e privata, cfr.: Biscardi, *La tutela interdittale ed il relativo processo* (corso 1956) 239 ss.; Luzzatto, *Il problema d'origine del processo « extra ordinem »* (1965) 173 ss., 343 ss.; Melillo, « *Interdicta* » *e* « *operis novi nuntiatio* » cit. La ricostruzione delle formule è in: Lenel, *EP*.[3] § 174 (editto *de operis novi nunciatione*), 257 (*interdicta*), 291 (*cautio ex operis novi nunciatione*).

gesse. Il « *nuncians* », autore della diffida, si limitava ad identificare, nel sito e nelle caratteristiche, l'*opus novum* e ad asserire (senza provarlo) di essere titolare al riguardo di un « *ius (operis novi) prohibendi* », cioè di un interesse giuridicamente rilevante derivantegli, ad esempio, dall'omessa osservanza delle prescrizioni sulle modalità e i limiti di quel certo tipo di costruzione, dalla mancata prestazione della *cautio damni infecti* da parte del costruttore, e via dicendo. Il costruttore « *nunciatus* », se non intendeva interrompere l'*opus novum*, asseriva a sua volta (senza provarlo) l'inesistenza del *ius prohibendi* del *nuncians*, facendosi dare dal magistrato un *decretum* di « *remissio* », cioè di autorizzazione a proseguire provvisoriamente (e a tutto suo rischio) i lavori. Di fronte a questo atteggiamento, il *nuncians* poteva chiedere un cd. « *interdictum demolitorium* », che ordinasse espressamente al *nunciatus* la restituzione allo stato pristino, e quindi la demolizione del già costruito. Il susseguente procedimento interdittale accertava se il *nuncians* avesse ragione (ed eventualmente, ove egli avesse torto, quale risarcimento fosse tenuto a pagare per la sua incauta e ritardatrice *nunciatio*). Per poter proseguire i lavori in attesa della definizione del procedimento interdittale, il *nunciatus* doveva prestare una « *cautio ex operis novi nunciatione* ».

59.8. L'*interdictum quod vi aut clam* era pronunciato, su richiesta di chiunque dimostrasse di avervi un interesse giuridicamente rilevante, contro chi avesse già compiuto (forse 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*.

59.9. L'*actio aquae pluviae arcendae*, regolata già dalle XII tavole, era concessa al proprietario di un fondo contro il

---

59.8. Sull'*interdictum quod vi aut clam* v.: D. 43.24 (« *quod vi aut clam* »). Incerti sono i limiti che separano l'*interdictum* in questione dalla *operis novi nunciatio*, ma sembra che esso si riferisse ad attività già svolte, non sul fondo proprio, ma sull'altrui. Di sicuro vi è anche che la denuncia poteva essere compiuta per attività svolte non direttamente dal *dominus*, ma anche dal *servus* o dal *procurator* (cfr. D. 43.24.3 pr. [Ulp. 71 *ad ed.*]). Per quanto intorbidato nelle testimonianze pervenute, l'istituto è indubbiamente molto antico, come si ricava tra l'altro dalla citazione di un parere in proposito di Quinto Mucio in Ulp. D. 43.24.1.5. Dalla sua natura risulta con chiarezza l'inquadramento tra gli *interdicta restitutoria*, secondo il dettato di D. 43.24.1.1., e la sua esperibilità da parte di chiunque vi abbia interesse, e non solo da parte del *dominus*: Paul. D. 43.24.16 pr. e Ulp. D. 43.24.19. Sul tema cfr.: David, *Études sur l'interdit « quod vi aut clam »* (1947); Branca, *Carattere penale dell'interdetto « quod vi aut clam »*, in *Scr. Scialoja* 4 (1953) 111 ss.; Peters (F.), *Das « patientiam praestare » im klassischen römischen Nachbarrecht*, in *SDHI.* 35 (1969) 135 ss. V. anche *retro* nt. 20.2, ivi altra letteratura.

59.9. La risalenza alle norme decemvirali di un'azione a tutela del regime

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.

60. La « DOMINICA POTESTAS » SUI « SERVI ».

60.1. Manifestazione particolare del *dominium ex iure Quiritium* fu la cd. *dominica potestas* (più spesso, peraltro, denominata « *dominium* » o « *potestas* ») sui *servi*. I « *servi* », anche se erano in linea di massima equiparati alle *res*, erano pur sempre *personae*, e di qui derivò qualche anomalia del potere dominicale spettante su di essi al *paterfamilias*: anomalia che faceva pensare piuttosto alla *potestas* familiare, che non al vero e proprio *dominium*. Del che non è possibile rendersi pienamente conto, se non attraverso un breve riepilogo della storia della schiavitù in Roma.

60.2. L'evoluzione storica della schiavitù in Roma può essere approssimativamente tratteggiata in tre fasi: quella

---

delle acque si argomenta con sicurezza da D. 40.7.21 pr. (Pomp. 7 *ex Plautio*) = tb. 7.8 *a* e da D. 43.8.5 (Paul. 16 *ad Sab.*) = tb. 7.8 *b*. Il secondo passo è in realtà assai discusso, sia per quanto riguarda l'identificazione dell'azione richiamata, sia per i rapporti che possono dedursene tra i vari rimedi di natura cautelare: *Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privata ex lege XII tabularum, ut noxa domino caveatur*. Di questo testo paulino, mentre la dottrina tradizionale (per tutti, Bonfante, *Corso* 2.1 cit. 423 ss.) riferisce il contenuto all'*actio aquae pluviae arcendae*, altri autori, recenti e meno recenti, suggeriscono interpretazioni diverse: l'Huschke, *Gaius* (1855) 210, ritiene che il frammento riguardi la *legis actio damni infecti*; per altra via il Branca, *Danno temuto* cit. 18 ss., ha sostenuto che esso ricordi la tutela decemvirale degli acquedotti pubblici; in senso ancora diverso, il Mozzillo, *Contributi* cit. 67 ss., 76 ss., prospetta l'ipotesi che il brano di Paolo originariamente esponesse, per alcuni casi, il concorso alternativo tra *actio aquae pluviae arcendae* e *legis actio damni infecti*. Per gli altri problemi segnalati nel testo, alla bibliografia cit. *adde*: Schönbauer, *Die « actio aquae pluviae arcendae »*, in *ZSS*. 54 (1934) 233 ss.; Sargenti, *L'« actio aquae pluviae arcendae »* (1940); Rodger, *Roman rain-water*, in *T*. 38 (1970) 417 ss. Cfr.: Lenel, *EP*.[3] § 177.

60.1. Nella vasta bibliografia sulla schiavitù in Roma cfr. spec.: Buckland, *The Roman law of slavery* (1908, r. 1970); Westermann, sv. *Sklaverei*, in *PW*. Suppl., e *The slave system of Greek and Roman antiquity* (1955); Westrup, *Notes on the Roman slave in early times* (1956); Vogt, *Sklaverei und Humanität, Studien zur antiken Sklaverei und ihre Erforschung* (1965) (= tr. it. *L'uomo e lo schiavo nel mondo antico* [1969]). — La qualificazione del potere sugli schiavi come *dominica potestas* si incontra in Ulp. D. 21.1.17.10 (itp.). Frequentissima, soprattutto in Gaio, la qualificazione come « *potestas* ». V. *retro* n. 23.4.

60.2. La concezione della schiavitù come istituto contro natura, anche se necessario, fu assolutamente estranea al mondo antico, ed a quello romano in specie, pur se nelle fonti letterarie e giuridiche dell'età storica abbondano,

originaria, corrispondente al periodo arcaico; quella del massimo sfruttamento economico, corrispondente ai periodi preclassico e classico; quella della decadenza, corrispondente al periodo postclassico.

60.2.1. Nel periodo arcaico ed anche oltre, cioè sino a che si realizzò il primo assestamento della *respublica* nazionale romana (fine del sec. IV a.C.), la schiavitù fu in Roma un istituto pacificamente accettato in astratto, ma un fenomeno praticamente assai poco diffuso. Ciò principalmente per due ragioni. In primo luogo, era ben magra la fonte principale dello schiavismo, costituita dalle guerre vittoriose: gli scontri con Latini, Etruschi e talune popolazioni campane si erano svolti con molta fortuna per Roma, ma su scala limitata dal punto di vista delle masse impiegate e, sopra tutto, nel quadro di una politica essenzialmente distensiva, che implicava scambi di prigionieri e concessioni di cittadinanza, sia pure *sine suffragio*, alle popolazioni debellate (specialmente a quelle del ceppo latino). In secondo luogo, ed in concomitanza con la prima causa ora accennata, mancava in Roma una precisa esigenza di lavoro schiavistico: ai limitati impieghi della pasto-

---

principalmente per influenza della filosofia stoica prima e dell'ideologia cristiana poi, le dichiarazioni puramente astratte in questo senso. Sono quindi da prendere come affermazioni teoretiche quelle che proclamano un originario e naturale stato libero degli uomini. V., ad es., Flor. D. 1.5.4.1 (trascritto *retro* n. 23.4); Ulp. D. 1.1.4 pr.: *... quae res (i.e.: manumissio) a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita (rell.)*; I. 1.2.2: *...usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae: iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebatur (rell.)*. V. anche *retro* n. 13.4.

60.2.1. Le origini della schiavitù in Roma (si intenda: origini della schiavitù, nel senso di ricorso originario alla pratica della schiavitù) è probabile che non possano essere fatte risalire al di là della fase etrusco-latina della *civitas* quiritaria: il che sembra confermato dal fatto che gli Etruschi hanno praticato la schiavitù sin dai tempi più antichi (cfr. Diod. 5.40) e che il termine « *servus* » sembra di derivazione etrusca (cfr. Benveniste, *Le nom de l'esclave à Rome*, in *REL.* 10 [1932] 429 ss.). Tuttavia, se anche la pratica della schiavitù fu importata a Roma dai dominatori etruschi, è da ritenere che essa decadde notevolmente dopo la cacciata dei Tarquinii, perché è certo che il periodo di crisi della *civitas* quiritaria (sec. V - metà sec. IV a.C.) fu tale non solo dal punto di vista politico, ma anche dal punto di vista economico (*retro* n. 42.3). — Sui *clientes*: *retro* n. 24.2. — Dato che non riteniamo che gli antichissimi *clientes* fossero in condizioni servili nel confronti dei loro *patroni*, escludiamo che le singolari caratteristiche della *manumissio iure civili* (ché faceva acquistare ad un tempo la *libertas civitasque*) siano da riconnettere ad una del tutto improbabile *manumissio* dei *clientes*. La verità è che anche i *servi* altro non erano, in età arcaica, che *mancipia* provenienti dalla stessa κοινή culturale italica di cui faceva parte Roma: la loro affrancazione, generalmente eseguita dopo un congruo periodo di lavoro e coesistenza nelle *familiae*, non era intesa a farli tornare (almeno di regola) nei loro paesi di origine, ma era predisposta, di solito, per farli rimanere come *liberi* in Roma; e siccome l'affinità culturale con i Romani era, sempre in età arcaica, assai stretta, non rilevava che essa comportasse automaticamente anche l'acquisto della cittadinanza da parte del *manumissus*.

rizia, dell'agricoltura di tipo elementare, della semplice vita delle *familiae* erano generalmente sufficienti i *filii familiarum* e i *clientes*, nonché, a titolo complementare, le masse ancora consistenti dei *plebeii* non abbienti, sempre disponibili questi ultimi, soprattutto in città, per le prestazioni più varie (particolarmente per quelle artigianali) in cambio di modeste remunerazioni. Fu in quest'epoca appunto che prese piede l'istituto della *manumissio iure civili* (quella poi detta *iusta ac legitima*) come atto di liberazione dal *mancipium* di coloro che, già liberi e cittadini (o quanto meno di stirpe strettamente affine a quella romana, come i *Latini*), avessero per qualche tempo servito in una *familia* che non era la propria per integrarne le forze di lavoro. Nulla di straordinario che, nei limitati casi in cui questi *mancipia* non fossero già *cives*, la *manumissio* li rendesse tuttavia, oltre che liberi, cittadini.

60.2.2. Sul piano pratico, il fenomeno della schiavitù esplose, nel periodo della *respublica* nazionale, solo nella fase delle conquiste: prima della Campania e dell'Italia centrale (ca. 327-283 a.C.), poi dell'Italia meridionale (ca. 282-270 a.C.), poi ancora della Sicilia, del Mediterraneo occidentale, di quello orientale, e insomma di tutto il mondo conosciuto che valesse la pena di assoggettare. In questo riscontro storico: da un lato, venne ulteriormente meno, sin quasi ad esaurirsi, la disponibilità delle forze di lavoro familiari e di quelle libere, essendo esse assorbite nelle continue guerre e nelle necessità di colonizzare o di presidiare i territori di conquista; dall'altro lato, l'afflusso degli schiavi di guerra (e per di più appartenenti a popoli considerati in ogni senso estranei alla romanità) fu così ingente, da rendere addirittura antieconomico il ricorso al lavoro libero. L'economia romana

---

60.2.2. Sulla fioritura della schiavitù in Roma (e sulla cd. «economia schiavistica» romana), oltre alla letteratura cit. *retro* nt. 60.1 cfr.: Staerman, Trofimova, *La schiavitù nell'Italia imperiale* (tr. it. 1975, con pref. di Mazza: ampio ragguaglio sugli studi dedicati al tema dalla storiografia sovietica). Buone osservazioni, intese a dimensionare la riduzione della lotta di classe alla dialettica tra padroni e schiavi, si leggono, da ultimo, in Bartosek, *Le classi sociali della Roma antica*, in *Ét. Macqueron* (1970) 43 ss. — Sul commercio degli schiavi, nei suoi molteplici aspetti, la Staerman mette in luce come gli stessi prigionieri di guerra fossero diffusi in tutto il mondo romano attraverso alienazioni e sub-alienazioni. — Sull'impiego degli schiavi nell'economia la Staerman opportunamente distingue tra impieghi presso le *familiae urbanae*, impieghi nell'agricoltura (specialmente, ma non solo, nei *latifundia*) e impieghi nell'artigianato e nell'industria. — Sulla *libertinitas* e la sua genesi: *retro* n. 24.2 e 24.2.1. Utili precisazioni, al proposito, in: Kiechle, *Sklavenarbeit und technischer Fortschritt im römischen Reich* (1969). — Sulle *manumissiones* e sui provvedimenti limitativi delle stesse: *infra* n. 60.4-6. — Sulla politica dei *principes* in ordine a schiavi e *liberti*, oltre alla letteratura generale cfr.: Chantraine, *Freigelassene und Sklaven im Dienst der römischen Kaiser, Studien zu ihren Nomenklatur* (1967) V. anche *infra* nt. 60.3.

fu pertanto impostata sulla base del lavoro schiavistico in tutte le sue manifestazioni (sia in città che in campagna e nei latifondi, sia nelle attività agricole che in quelle commerciali marittime e terrestri, sia infine nelle prestazioni intellettuali dei pedagoghi, dei medici, degli amministratori di azienda e via dicendo). Se e quando le richieste di *servi* non fossero momentaneamente soddisfatte, sul piano della quantità o su quello della qualità, sovvenne su larga scala il ricorso al mercato degli schiavi, largamente alimentato dalla pirateria non romana, e il lavoro libero si svalutò al punto, da essere impiegato, per il suo minimo costo, solo là dove particolari condizioni di pericolo o di disagio rendessero poco conveniente rischiare il capitale rappresentato dai *servi*. A questa situazione così diversa da quella dei tempi più antichi il *ius civile*, peraltro, non seppe adeguarsi: l'istituto tradizionale della *manumissio*, con quel suo caratteristico effetto di rendere l'affrancato libero e (ove già non lo fosse) cittadino, non fu abolito. Il *ius publicum* preclassico intervenne, a tutela della nazionalità romana, solo a ridurre il danno di *manumissiones* troppo larghe mediante le numerose limitazioni imposte alla categoria dei *liberti*. Solo nel periodo del principato numerosi provvedimenti di vario tipo, tutti ispirati dai *principes*, operarono più incisivamente nel frenare le affrancazioni inconsulte, negando la cittadinanza romana agli schiavi che non fossero stati liberati nei modi solenni del *ius civile*; ma fu un rimedio di scarsa portata, ampiamente neutralizzato dalle concessioni fatte ai *liberti* (sopra tutto a quelli imperiali) e dallo scadimento progressivo dei valori della nazionalità romana.

60.2.3. Il periodo postclassico (ma già in parte la fase tarda del periodo classico) registrò, in concomitanza con l'esaurirsi delle grandi conquiste, la decadenza del fenomeno della schiavitù. Gli apporti di

---

60.2.3. Sulla decadenza della schiavitù nel mondo romano cfr. la letteratura cit. *retro* nt. 60.1 e 60.2.2, e v. nt. 23.4. — Sui soggetti limitati per motivi economici generali: *retro* n. 24.7. Le ragioni sociali ed economiche dell'affermarsi e diffondersi della « semi-libertà », in tutta la vastissima gamma delle sue manifestazioni, sono troppo complesse per essere trattate in questa sede. Gli elementi più vistosi sono costituiti dall'impoverimento pauroso di larghissimi ceti sociali (gli *humiliores*) a causa dei privilegi goduti dai cd. « *potentiores* », ma soprattutto (e anzitutto) da un sistema di produzione fortemente arretrato, e ancora sostanzialmente ancorato alle impostazioni dell'economia schiavistica, che non contemplava e non sapeva contemplare tra le spese della produzione una giusta remunerazione delle forze di lavoro. In un ambiente siffatto, cieco (per non dire restio) alle esigenze più elementari di un rinnovamento della struttura della produzione, si spiega facilmente come sia potuto avvenire che, mancando ormai l'apporto degli schiavi, si siano ridotti in condizione di pratica schiavitù (o, se si preferiscono gli eufemismi, di semi-libertà) vaste masse di cittadini: precisamente, le masse dei non abbienti e non privilegiati o, come si suol dire, dei *proletarii*.

schiavi si ridussero notevolmente, elevandosi con ciò il prezzo della merce-schiavo sui mercati; d'altro canto, si moltiplicarono le istanze dei *servi* sia ad una certa remunerazione del loro lavoro (con la conseguente formazione dei *peculia servorum*), sia all'affrancazione, spesso da loro stessi pagata coi *peculia*, dopo un certo periodo di soggezione. Il cristianesimo indubbiamente favorì questo processo, pur essendo ben lontano, quanto meno nei fatti, dal combattere l'istituto della schiavitù in quanto tale. Fu giocoforza pertanto che l'economia romana tornasse ad orientarsi sul lavoro libero come surrogato di quello schiavistico, e su questa strada cercarono di porsi gli imperatori con le loro illusorie, e comunque effimere, politiche di dirigismo economico. Di qui sorse e si propagò, nel mondo postclassico, quel largo e vario ceto dei « semi-liberi », vincolati alla terra o ai mestieri, che, in luogo degli schiavi mancanti, furono largamente sfruttati, nella decadenza economica generale, per dare, in qualche modo, alla produzione l'alimento di lavoro di cui essa aveva bisogno.

60.3. La condizione giuridica dei *servi* (lo « *status servorum* ») era, come si è detto a suo tempo, quella delle *res mancipi*.

60.3. Sui *servi* come *res mancipi*: *retro* n. 27.8. Sulle conseguenze in ordine alle vicende del *dominium*: *retro* n. 59. Per le analogie col trattamento dei *filii* e delle *personae in mancipio* v. i luoghi relativi a questi ultimi. — Sul *contubernium servorum*, e sulla sua irrilevanza giuridica, v. Ulp. 5.5: *Cum servis nullum est connubium*; PS. 2.19.6: *Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest.* « *Contubernium* » (da *cum* e *taberna*) stava ad indicare, in generale, ogni fatto di coabitazione materiale o di cameratismo. Ma nell'uso sociale, specialmente riguardo alle unioni tra schiavi delle *familiae urbanae* o tra liberi e schiavi, la convivenza contubernale era riguardata come *matrimonium* o addirittura denominata come tale: v., ad esempio, Paul. D. 16.3.27, e cfr. Pólay, *Il matrimonio degli schiavi nella Roma repubblicana*, in *St. Grosso* 3 (1968) 79 ss. Di qui anche l'uso di concetti come « *servilis cognatio* » e « *servilis adfinitas* »: Guarino, « *Adfinitas* » (1939) 89 s. I primi e parziali riflessi giuridici si ebbero solo in età postclassica: divieti di nozze tra *cognati* e *adfines*, rilievo della *cognatio servilis* a taluni effetti successori *ab intestato*, divieto di scindere senza stretta necessità i gruppi familiari servili (cfr. Constant. CTh. 2.25.1 = CI. 3.38.11, a. 325). — In condizioni di privilegio erano i *servi publici populi Romani*, cioè gli schiavi di stato (e ancor più quelli del *princeps*). V., ad esempio, Ulp. 2.20.16: *Servus publicus populi Romani partis dimidiae* (del suo *peculium*) *testamenti faciendi habet ius*. Per un quadro completo del rilievo giuridico accordato via via, soprattutto *iure publico*, ai *servi* cfr.: Boulvert, *Esclaves et affranchis imperiaux sous le Haute-Empire romain, Rôle politique et administratif* (1970), e *Domestique et fonctionnaire sous le Haut-Empire romain* (1974). — Il *peculium servile* (analogo al *peculium* dei *filii familias*) era amministrato, di regola, dallo stesso *servus* e costituiva la fonte principale della cd. « *redemptio servi suis nummis* ». Per farsi liberare dal *dominus* lo schiavo aveva infatti due sistemi a disposizione: o promettergli mediante giuramento (pienamente valido dal punto di vista religioso) di pagarlo dopo la liberazione (v. *infra* n. 78.4, sulla « *promissio iurata liberti* »), oppure farsi acquistare presso il padrone da un amico libero, con danaro fornito da lui o da altre persone amiche, per essere da lui manomesso. Una *epistula* dei *divi Fratres* (Marco Aurelio e Lucio Vero) chiarì

Ma si trattava, per molteplici riguardi, di oggetti giuridici *sui generis*. Durante la schiavitù i servi erano, all'interno della *familia*, su un piano non diverso da quello dei *filii*, delle *uxores in manu* e dei *liberi in mancipio*, tanto vero che con i *filii* erano accomunati nella dizione di *personae in potestate patris*: al *pater* spettava quindi su di essi il *ius vitae ac necis*, il *ius vendendi* e il *ius noxae dandi*. Se utilizzati nella *domus*, cioè prevalentemente in città (o nella sede della *colonia civium Romanorum*) e alle dirette dipendenze del *pater*, essi costituivano la cd. « *familia urbana servorum* », godendo anche in pratica di un trattamento identico a quello dei sottoposti liberi: possibilità di essere utilizzati come sostituti del *pater* (con connessa attribuzione di una « mera capacità di agire »); impieghi di fiducia (e spesso di speciale delicatezza) nell'amministrazione domestica; facilità di crearsi un « *peculium servile* » (del quale potevano far parte persino altri schiavi); conseguente facilità di essere affrancati (eventualmente riscattandosi col *peculium*) dopo un certo periodo di tempo e di passare allo stato di *liberti*, spesso *procuratores omnium bonorum* dei loro antichi *domini*. Se utilizzati, dai *patres familiarum* più ricchi, a distanza, particolarmente nei *latifundia*, essi integravano una « *familia rustica servorum* » (tra le poche o molte di cui i loro *domini* disponessero) e si trovavano alle dirette dipendenze dell'amministratore relativo, che era spesso un liberto: in tal caso, il trattamento cui i servi venivano sottoposti era, il più delle volte, assai più crudo, determinando in essi stimoli di astensione dal lavoro o addirittura di rivolta e, per controreazione, repressioni severissime, sino alla morte. In ogni caso era preclusa ai *servi*, sul piano giuridico, la possibilità del *matrimonium* e della potestà sui *filii*: la loro unione era detta « *contubernium* », cioè mera coabitazione, ed era in astratto (anzi, nelle *familiae rusticae*, anche talvolta in concreto) trattata, sopra tutto quanto ai « frutti », alla stessa stregua delle unioni tra animali subumani.

60.3.1. A dirimere i casi dubbi si provvedeva mediante uno speciale procedimento di accertamento, la cd. « *causa liberalis* », risalente

---

che l'acquirente non avrebbe potuto, in tal caso, sottrarsi all'impegno di *manumittere* il *servus*. V. Ulp. D. 40.1.4 pr.: *Is qui suis nummis emitur epistula divorum fratrum ad Urbium Maximum in ea condicione redigitur, ut libertatem adipiscatur*. Sulla ipotesi particolare della *emptio suis nummis* v. tutto il fr. Ulp. D. 40.1.4. — Sul *partus ancillae* v. *retro* nt. 27.4.

60.3.1. Sulla *causa liberalis* (o « *status quaestio* ») v.: D. 40.12 (*De liberali causa*); CI. 7.16. Per la letteratura cfr.: Franciosi, *Il processo di libertà in diritto romano* (1961); Cosentini, sv. « *Vindicatio in libertatem* », in *NNDI.*; Tomulescu, *Sur la maxime « vindiciae < sunt > secundum libertatem »*, in *Iura* 22 (1971) 141 ss.; Ferenczy, *L'« adsertor libertatis » nell'età della repubblica romana arcaica*, in *St.*

ai tempi più antichi. Chi volesse sostenere che una persona apparentemente libera era in realtà un proprio servo, esercitava contro di lei una « *vindicatio in servitutem* », accollandosi ovviamente il difficile onere della prova. Viceversa chi (solitamente un amico dell'interessato) volesse sostenere che una persona apparentemente schiava era in realtà libera, esercitava contro il *dominus* una « *vindicatio in libertatem* », assumendo la veste (e l'onere della prova) del cd. « *adsertor libertatis* ». Augusto affidò le delicate questioni della *causa liberalis* ad un « *praetor liberalium causarum* » e la procedura si svolse sin dal periodo classico prevalentemente *extra ordinem*.

60.3.2. Lo *status* di *servus* si costituiva in forza dei seguenti fatti: la « *captivitas* », cioè la prigionia di guerra (od ogni altra prigionia ad essa equiparata) del *peregrinus* o dell'ex-*civis* che avesse subito l'« *amissio civitatis* »; la nascita « *ex ancilla* », cioè da donna che fosse schiava al momento del parto; la riduzione in schiavitù del cittadino per provvedimento di governo (es.: per condanna implicante la cd. « *servitus poenae* »); in diritto post-classico, la « *revocatio in servitutem* » del libero ingrato nei confronti del *patronus*. Essendo la *servitus* uno *status hominis*, non vi era possibilità di sottrarvisi, *de iure*, con la fuga.

60.3.3. Lo *status* di *servus* si estingueva: in forza di speciali provvedimenti di governo a carattere di concessione e, in periodo post-

---

Donatuti 1 (1973) 387 ss.; Reggi, *La « vindicatio in libertatem » e l'« adsertor libertatis »*, in *St. Donatuti* 2 (1973) 1005 ss.

60.3.2. Sulla *captivitas*: *retro* n. 23.4.2. L'« *amissio civitatis* » era comportata dall'*aqua et igni interdictio* (ormai disusata in periodo classico) e (forse) dalla pena *extra ordinem* della *deportatio in insulam*. — Sulla nascita *ex ancilla* e sugli stretti limiti del principio, dettati *favore libertatis*: *retro* n. 23.4.1. Se l'*ancilla* era *in bonis*, e non *in dominio ex iure Quiritium*, egualmente il figlio nasceva schiavo: Ulp. 5.9 *Partus sequitur matrem*. — Uno dei casi di riduzione in schiavitù del *civis Romanus* è quello della cittadina romana che avesse avuto un figlio da uno schiavo contro l'esplicito divieto del padrone di costui (così un *Sc. Claudianum de contubernio* del 52 d.C.). Numerose e discusse le variazioni e attenuazioni di questa e di altre ipotesi. Si tenga presente che erano inoltre ridotti in schiavitù i *dediticii Aeliani* (*infra* n. 60.5.4) che avessero violato il divieto di abitare nel raggio di cento miglia da Roma (così la *lex Aelia Sentia* del 4 a.C.: Gai 1.27). Sul condannato a morte, *ad bestias, ad metalla*, che diventava « *servus poenae* » cfr.: Zilletti, *In tema di « servitus poenae », Note di diritto penale tardoclassico*, in *SDHI*. 34 (1968) 32 ss. — Sulla *revocatio in servitutem* v. già *retro* n. 24.2.2, e, cfr. Wilinski, *Intorno all'« accusatio » e « revocatio in servitutem » del liberto ingrato*, in *St. Volterra* 2 (1971) 559 ss.

60.3.3. Provvedimenti di governo portanti la concessione della *libertas* (*civitasque*) furono, innanzi tutto, quelli *ad personam* (per meriti speciali) decretati dagli alti magistrati o dal *princeps*: cfr. D'Ippolito, *Concessioni pubbliche di libertà*, in *Labeo* 10 (1964) 38 ss. È discusso se il *SC. Silanianum de servis* del 10 d.C. (relativo alle torture da infliggere ai *servi* coabitanti per indurli a denunciare l'uccisore del loro padrone) abbia disposto la libertà per i *servi* che avessero cooperato alla scoperta

classico, anche in forza di *longi temporis praescriptio*; ma sopra tutto in forza di « *manumissio* » operata dal *dominus*. È su questo istituto che occorrerà ora fermarsi, per illustrarlo nei suoi vari aspetti, di *manumissiones iure civili* a effetti pieni e di *manumissiones* a effetti limitati.

60.4. 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.*

60.4.1. La « *manumissio vindicta* » si operava mediante una finta « *vindicatio in libertatem* » e con forme ancorate alla procedura della *legis actio sacramenti in rem*. Davanti ad un magistrato (anche non giusdicente) un amico del *dominus* in veste di « *adsertor in libertatem* » toccava lo schiavo con una festuca (« *vindicta* ») e proclamava che esso

---

dell'omicida: cfr. D'Ippolito, *Una presunta disposizione del Sc. Silaniano*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 717 ss. — Sulla *praescriptio longi temporis* v.: Diocl. CI. 7.22.1-2; Constant. CTh. 4.8.7. — Particolarmente interessante il caso della cd. *libertas Claudiana*, su cui cfr.: Fratto, *L'editto di Claudio sulla libertà degli schiavi*, in *ANA*. 81 (1970) 167 ss. Lo schiavo abbandonato dal padrone non perdeva lo *status* di schiavo: era soltanto un *servus derelictus* appropriabile da parte di terzi secondo i principi relativi alla *derelictio*. Ma se il *dominus* abbandonava il suo *servus* gravemente ammalato presso un tempio (per esempio, presso il tempio di Esculapio sull'isola tiberina) o altrove, prevedendone la morte e non volendolo curare, un *edictum* di Claudio dispose che il *servus* diventasse libero, e più precisamente *Latinus Iunianus*, nell'ipotesi che guarisse. V.: Suet. *Claud.* 25.2; Iust. CI. 7.6.1.3 (a. 531); Mod. D. 40.8.2: *Servo, quem pro derelicto dominus ob gravem infirmitatem habuit, ex edicto divi Claudii competit libertas <Iuniana>*.

60.4. Sulle *manumissiones iustae ac legitimae* e sulla produzione di effetti che non riguardavano il singolo *dominus*, ma si estendevano a tutta la collettività cittadina, cfr. per tutti: De Visscher, *De l'acquisition de droit de cité romain par l'affranchissement*, in *SDHI*. 12 (1946) 69 ss.; Daube, *Two early patterns of manumission*, in *JRS*. 36 (1946) 57 ss.; Cosentini, *A proposito di una recente ipotesi sull'origine delle forme civili di manomissione*, in *AUCT*. 1948; Lemosse, *Affranchissement, clientèle, droit de cité*, in *RIDA*. 3 (1949) 37 ss.; Danieli, *Contributi alla storia delle manomissioni romane* 1. - *Origine ed efficacia delle forme di manomissione*, in *SU*. 1952-53, e *A proposito della « Lex Manlia de vicesima manumissionum »*, in *SDHI*. 19 (1953) 342 ss.; Volterra, *Manomissione e cittadinanza*, in *St. Paoli* (1956) 11 ss. Per le fonti v.: D. 40.1 (*De manumissionibus*); CI. 7.15. V. *retro* n. 60.2.1.

60.4.1. Sulla *manumissio vindicata* cfr. part.: Appleton, *L'affranchissement « vindicta » ne s'appliquait anciennement qu'aux esclaves pour dettes*, in *Mél. Fournier* (1929) 1 ss.; Aru, *Breve nota sulla « manumissio vindicta »*, in *St. Solmi* 2 (1940) 301 ss.; Monier, *Contribution à l'étude des rites de la « manumissio vindicta »*, in *St. Albertario* 1 (1952) 195 ss.; Kaser, *Über Verfügungsakte Gewaltunterworfener, mit Studien zur Natur der « manumissio vindicta »*, in *SDHI*. 16 (1950) 59 ss.; Meylan, *L'individualité de la « manumissio vindicta »*, in *St. Arangio-Ruiz* 4 (1953) 469 ss.; Charvet, *Alapa*, in *SDHI*. 19 (1953) 334 ss.; Tondo, *Aspetti simbolici e magici nella struttura della « manumissio vindicta »* (1966). Per le fonti v.: D. 40.2 (*De manumissis vindicta*); CI. 7.1. — È molto probabile, secondo quanto esposto nel testo, che la *manumissio vindicta* abbia avuto origine dal processo reale. Cfr. Franciosi, *Il processo di libertà* cit., e v. *retro* n. 58.11.

era libero (« *hunc ego hominem liberum esse aio* »). Il magistrato, nel silenzio del *dominus*, che rinunciava alla *contravindicatio*, pronunziava 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.

60.4.2. 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.

60.4.3. La « *manumissio testamento* » conseguiva ad una apposita disposizione testamentaria del *dominus* (« *Stichum servum meum liberum esse volo* »). 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* »), il manomesso era considerato, *favore libertatis*, in una situazione di provvisoria libertà (« *statuliber* ») sino al momento del verificarsi della condizione.

60.5. *Manumissiones* a effetti limitati furono: le cd. *manumissiones iure praetorio* e le *manumissiones* limitate dal

---

60.4.2. Non è chiaro il procedimento amministrativo attraverso il quale l'iscrizione nelle liste censuali determinava l'acquisto della libertà e della cittadinanza: cfr. Cosentini, *Studi sui liberti* 1 (1948) 14 ss.; Lemosse, *L'affranchissement par le cens*, in *RH.* 27 (1949) 161 ss.; Danieli, *In margine ad un recente studio sulla « manumissio censu »*, in *SDHI.* 15 (1949) 198 ss.; Frezza, *Note esegetiche di diritto pubblico romano*, in *St. De Francisci* 1 (1956) 199 ss.

60.4.3. Sulla manomissione testamentaria cfr. da ultimo, ampiamente, Impallomeni, *Le manomissioni « mortis causa »* (1963). Cfr. anche, per aspetti particolari: Castello, *D. 40.5.26.7, In tema di senatoconsulto Rubriano*, in *St. Scherillo* 1 (1972) 201 ss.; Bonini, *Note sul primo libro delle Istituzioni di Giustiniano (I. 1, 6, 7 e 1, 8, 2)* (1971), ora in *St. Donatuti* 1 (1971) 143 ss.; Masiello, *Libertà e vantaggio patrimoniale in un rescritto di Marco Aurelio*, in *Labeo* 21 (1975) 10 ss. — In particolare, sullo *statuliber*: Donatuti, *Lo statulibero* (1940), con ampia disamina di fonti (specialmente Ulp. 2.1 ss.; Gai 2.220); per una sintesi, Bretone, sv. « *Statuliber* », in *NNDI.* — La *manumissio* poteva anche conseguire ad un fedecommesso, nel qual caso si parlava di *fideicommissaria libertas*. V.: Gai 2.263-266; Ulp. 2.7-12; D. 40.5. *Manumissor* (e conseguentemente *patronus*) era ovviamente il fedecommissario.

60.5. Uno studio esauriente sulle *manumissiones* ad effetti limitati, sulla loro giustificazione sociale ed economica e sulla loro interdipendenza, manca, se non erriamo, alla nostra letteratura. Questa è ancora ferma, sempre se non erriamo, alla superficiale e ingenua rappresentazione (sia pur suggerita dalle fonti) dei ricchi romani che liberavano a frotte gli schiavi per pura ragione di lusso. Le cause del fenomeno furono invece, a nostro parere, di gran lunga più varie, sostanziose e sottili.

ius publicum o dal *ius novum*. Le seconde furono determinate proprio dalla diffusione delle prime, che costituivano un grave strappo ai criteri di rigore formalistico delle *manumissiones iure civili*, nonché dall'usanza, dilagante nel periodo della crisi della *respublica* nazionale, di liberare *iure civili* larghe masse di schiavi rendendoli con ciò *cives Romani*.

60.5.1. Le cd. « *manumissiones iure praetorio* » erano affrancazioni 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 con dichiarazioni non solenni rese alla presenza di testimoni) o « *per epistulam* » (cioè con documenti di comunicazione a forma libera); 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 nella pratica condizione di *liberti*.

60.5.2. Gli affrancati *iure praetorio*, anche se più o meno largamente equiparati ai *cives* dal punto di vista privatistico, erano ovviamente privi del *ius suffragii* e del *ius honorum*. Ma altrettanto ovviamente essi premevano, oltre che verso l'equiparazione piena *iure privato*, anche verso il conseguimento di questi obiettivi pubblicistici, tanto più che non meno ingenti masse di schiavi, delle più varie e lontane provenienze, alla *civitas* di pieno diritto pervenivano attraverso larghe *manumissiones iure civili*: praticate dai padroni o per arricchirsi dei *peculia* degli schiavi, o per manifestazioni di lusso, o anche e non di rado per

---

60.5.1. Sulle cd. *manumissiones praetoriae* è sempre valido, quanto alla tecnica del fenomeno, lo studio di Wlassak, *Die prätorischen Freilassungen*, in *ZSS*. 26 (1905) 367 ss. — Scarsamente testimoniate nelle fonti giuridiche le modalità e gli effetti della *manumissio inter amicos*: v. però, Gai 1.41 e Fr. Dosith. 4.15. Alla dottrina tradizionale, per la quale la *manumissio inter amicos* si compiva senza particolari formalità, si è opposto di recente l'Albanese, *La struttura della « manumissio inter amicos »*, in *AUPA*. 1962, e di nuovo *Ancora sulla struttura della « manumissio inter amicos »*, in *St. Ambrosini* (1970) 19 ss., sostenendo che sin dall'età classica l'atto era strutturato in un *iussus* al *servus* di essere libero e in una comunicazione integrativa di questo *iussus* ad almeno cinque amici. *Contra*: Biscardi, Μεταξὺ φίλων, *Clausola di stile nei documenti di manomissione dell'Egitto romano*, in *St. Volterra* 3 (1971) 515 ss. V. anche *infra* n. 60.6. — Sulla *manumissio per epistulam*: Albanese, *La struttura* cit. 13 ss., ivi altra letteratura e fonti. — Il *manumissus iure praetorio* rimaneva, rispetto al *dominus*, in una condizione comunque di gran lunga meno favorevole di quella del *libertus*. Il che aveva la sua grande rilevanza soprattutto agli effetti successori e contribuisce a spiegare la diffusione della pratica.

60.5.2. Sulle leggi limitative delle *manumissiones*, cardine di tutta l'evoluzione classica dell'istituto (specie per gli interventi del *ius novum* imperiale), oltre alla letteratura generale, cfr.: Biondi, *La legislazione augustea*, in *Conf. augustee* (1939) 139 ss.; Sumner, « *Lex Aelia* », « *Lex Fufia* », in *Am. J. Philol.* 84 (1963) 337 ss.; Weinrib, « *Obnuntiatio* »: *two problems*, in *ZSS*. 87 (1970) 395 ss.

liberarsi degli oneri di mantenimento di una *familia* schiavistica sovrabbondante. Non tanto per salvaguardare gli ormai scaduti valori della nazionalità romana, quanto per evitare che il privilegio dello *status* di *civis Romanus* fosse distribuito fra troppi detentori, Augusto e Tiberio, in ciò seguiti ampiamente da tutto il *ius novum* imperiale, promossero l'emanazione di tre fondamentali leggi limitative: la *Fufia Caninia*, la *Aelia Sentia* e la *Iuna Norbana*.

60.5.3. 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. Le analogie di questa legge con la legislazione limitativa dei *legata* sono comunque evidenti.

60.5.4. La *lex Aelia Sentia* (4 d.C.): vietò rigorosamente (dichiarandole nulle) le *manumissiones* operate allo scopo di rendersi insolventi e di pregiudicare i propri creditori (« *in fraudem creditorum* »); 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* »); assegnò la qualifica di semplici *dediticii* (« *dediticii Aeliani* ») ai *servi* che fossero *manumissi* dopo aver compiuto in istato di schiavitù alcuni *crimina* particolarmente gravi.

60.5.5. La *lex Iunia Norbana* (19 d.C.) disciplinò l'ipotesi delle affrancazioni non solenni (*inter amicos* o *per epistulam*), assegnando

---

60.5.3. La *lex Fufia Caninia* fissò un'articolata casistica, di cui è notizia in Gai 1.42 ss. I dubbi sugli effetti della inadempienza derivano dallo stesso dettato di Gai 1.46, che prima sembra accennare alla nullità delle manomissioni come prevista dalla medesima *lex*, e successivamente attribuisce ad alcuni senatoconsulti le sanzioni contro gli inadempienti. V. pure: I. 1.7, e CI. 7.3 (a. 528). — Sulle leggi limitative dei *legata*: *retro* n. 41.5.

60.5.4. La *lex Aelia Sentia* (per la quale v. Gai 1.18 ss., e Ulp. 1.12) introdusse anche il requisito della « *iusta causa manumissionis* ». In tema, resta un'elencazione di ipotesi in Gai 1.19 (cfr. pure Gai 1.37). In dottrina, sui vari aspetti della *lex* cfr.: Guarneri-Citati, *En matière d'affranchissement fraudoleux*, in *Mél. Cornil* 1 (1926) 425 ss.; Schulz, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, in *ZSS.* 48 (1928) 197 ss.; Beseler, *Romanistische Studien*, in *ZSS.* 50 (1930) 18 ss.; De Dominicis, *Il requisito dell'età per l'efficacia delle manomissioni*, in *AUPE.* 1939, e *Sulla « probatio causae »*, in *AUPE.* 1949; Metro, *La lex Aelia Sentia e le manomissioni fraudolente*, in *Labeo* 7 (1961) 147 ss.; Wilinski, *Zur Frage von Latinern « ex Lege Aelia Sentia »*, in *ZSS.* 80 (1963) 378 ss.; Impallomeni, *In tema di manomissioni fraudolente*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 922 ss., e *Nota minima in tema di manomissioni fraudolenti*, in *St. Grosso* 4 (1971) 459 ss.; Di Paola, « *Leges perfectae* », in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 1075 ss.; De Dominicis, *La « latinitas Juniana » e la legge Elia Senzia*, in *Mél. Piganiol* 3 (1966) 1419 ss.; Wagner, *Zur Freiheitserteilung an dem einem Generalpfandnexus unterliegenden Sklaven*, in *SDHI.* 33 (1967) 163 ss.; D'Ors (X.), *La ley « Aelia Sentia » y las manumisiones testamentarios*, in *SDHI.* 40 (1974) 425 ss. V. anche *retro* n. 24.3.2.

60.5.5. Sugli effetti della *lex Iunia Norbana* v. già *retro* n. 24.3.1.

agli affrancati la qualifica di *Latini* (« *Latini Iuniani* »), con limitazioni particolarmente gravi anche rispetto a quelle dei cd. *Latini prisci*.

60.6. In periodo postclassico, le affrancazioni non solenni (« *inter amicos* », « *per epistulam* ») 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 tutti i tipi di *manumissi* la *civitas Romana*.

61. I RAPPORTI AFFINI AL « DOMINIUM EX IURE QUIRITIUM ».

61.1. Rapporti affini al *dominium ex iure Quiritium*, venutisi a configurare tra l'età preclassica e quella classica, furono due istituti del *ius honorarium*: l'« *in bonis habere* » (o « *in bonis esse* ») e la « *possessio vel ususfructus* » provinciale. Ambedue le denominazioni sono circonlocuzioni di comodo, che i giuristi romani usarono a preferenza del termine « *dominium* »: termine comunque non assente in fonti genuine, privo peraltro, e ovviamente, della specificazione « *ex iure Quiritium* ».

60.6. Della *manumissio per mensam* è stata ipotizzata l'origine in Oriente, dove il banchetto aveva carattere sacrale, e l'assidersi del *servus* alla mensa dei liberi poteva significarne la equiparazione. Sul problema cfr.: Paoli, « *De manumissione per mensam* », in *SDHI.* 2 (1936) 369 ss.; Biscardi, *La « manumissio per mensam » e lo svolgimento storico delle affrancazioni pretorie*, in *SSE.* 1939. Il silenzio della Compilazione sull'istituto lascia supporre che, prima dell'età di Giustiniano, esso sia stato assorbito dalla *manumissio inter amicos*. — Sulla *manumissio in ecclesia* varie ipotesi furono avanzate, in tempi recenti, a proposito della derivazione dell'istituto dalla civiltà orientale e greca in particolare: cfr. Calderini, *Le manomissioni e la condizione dei liberti in Grecia* (1908); De Francisci, *Intorno alle origini della « manumissio in ecclesia »*, in *RIL.* 1911; Mor, *La « manumissio in ecclesia »*, in *RSDI.* 1 (1928) 80 ss. Il Fabbrini, « *Manumissio in ecclesia* » (1964) ha posto, al contrario, in risalto la derivazione dell'istituto dalle pressioni degli ambienti cristiani presso l'imperatore Costantino. Da ultimi cfr.: Nörr, *Bemerkungen zur sakralen Freilassung in der späten Prinzipatszeit*, in *St. Volterra* 2 (1971) 619 ss.; Calderone, *Intorno ai problemi della « manumissio in Ecclesia »*, in *St. Grosso* 4 (1971) 379 ss. — Le affrancazioni non solenni (*per epistulam, inter amicos*) dovevano essere provate, in diritto giustinianeo, con la testimonianza di cinque persone: Iust. CI. 7.6.1. 1 *c* e 2.

61.1. Circa i rapporti affini al *dominium ex iure Quiritium*, va avvertito che non romane, anche se correnti, sono le denominazioni di « proprietà pretoria » (o « dominio bonitario ») e di « proprietà provinciale ».

61.2. L'*in bonis habere*, derivante da una tutela processuale concessa dal *praetor* nel corso dell'ultimo secolo del periodo preclassico, si configurò in età classica, nella sistemazione dei giuristi dell'epoca, come situazione attiva di un rapporto assoluto reale in senso proprio a carattere « sostitutivo » del *dominium ex iure Quiritium* e « prevalente » su quest'ultimo in caso di conflitto tra *in bonis habens* e *dominus iure civili*. Fu riconosciuto dal pretore, in casi determinati, a chi avesse correttamente acquistato a titolo definitivo una *res* dal punto di vista sociale ed economico, ma non ne fosse divenuto *dominus* dal punto di vista delle esigenze dello stretto *ius civile*. Sino a che non si fosse verificata (in uno o due anni) l'*usucapio* della *res*, e cioè sin tanto che l'*in bonis habens* non si fosse trasformato per questa via in *dominus ex iure Quiritium*, l'*in bonis habens* era tutelato dall'editto, anche contro il *dominus ex iure Quiritium*, come il vero proprietario della *res*.

61.2.1. L'ipotesi tipica e originaria dell'*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 fatta con semplice *traditio*. Il fenomeno era frequente (soprattutto per le *res mobiles*) 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* o 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 pressoché vana, l'accipiente della *res mancipi* fosse, sino al compimento dell'*usucapio*, esposto al gravissimo rischio

---

61.2. I Digesti, che pure dedicano all'*actio Publiciana* l'intero tit. D. 6.2, nulla o ben poco riferiscono di esplicito circa l'origine dell'*in bonis habere*, ed estremamente vaghi sono anche i cenni di Ulp. 1.16 e Teoph. Parl. 1.5.4. Anche in questo caso è stato di fondamentale importanza il ritrovamento delle Istituzioni gaiane, che (2.41) precisano con una certa chiarezza l'origine dell'istituto, escludendo che esso produca effetti *ex iure Quiritium*, ma affermando la possibilità dell'*usucapio* come effetto della *possessio*. Da quel testo parte sostanzialmente la dottrina moderna, che in prevalenza parla di « proprietà pretoria »: cfr. Ribereau, *Théorie de l'« in bonis habere »* (1867); Lanéry d'Arc, *Histoire de la propriété pretorienne à Rome* (1888), e, soprattutto, Appleton, *Histoire de la propriété pretorienne et de l'actio Publicienne* (2 voll. 1889). Prima della scoperta del palinsesto veronese, molto diverse furono le ipotesi: da alcuni si riteneva che l'*in bonis* fosse una forma di proprietà plebea, contrapposta al *dominium ex iure Quiritium* (teoria del Niehbur); da altri, particolarmente i Pandettisti, si sostenne trattarsi di un tipo di proprietà *iuris gentium*.

61.2.1. La configurazione probabilmente più antica è riferita da Gai 2.41: *Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit donec tu eam possidendo usucapias* (*rell.*), che si riferisce appunto all'ipotesi della *traditio di res mancipi*.

di 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.

61.2.2. Per l'ipotesi che il *dominus* esperisse la *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 una convenzione avente la finalità della sua alienazione) ed era stata inoltre liberamente consegnata (*tradita*) al compratore dal venditore, venendo perciò a far parte in modo socialmente ed economicamente corretto del patrimonio del primo.

61.2.3. Nel caso che l'acquirente, dopo aver ricevuto la cosa dall'alienante, ne fosse stato spossessato o da lui o da altri, non potendoglisi riconoscere la legittimazione attiva alla *rei vindicatio*, gli si concesse dal pretore un'*actio ficticia*, denominata « *actio Publiciana* ». La formula era perfettamente identica a quella della *rei vindicatio*, salvo l'invito all'*iudex privatus* di fingere che il consegnatario della

---

61.2.2. Dubbia è l'età d'introduzione dell'*exceptio rei venditae et traditae*, al punto che H. Krüger, *Beiträge zur Lehre von der « exceptio doli »* (1892), sostenne che in un primo tempo essa non ebbe un'autonoma collocazione edittale, ma fu solo un'applicazione della *exceptio doli*: con Paolo e Ulpiano la *exceptio* avrebbe acquistato una sua fisionomia. *Contra*: Ferrini, *Intorno al « concursus causarum lucrativarum »*, in *RIL.* 1891 [= *Opere* 3 (1929)]; Erman, *Wie weit war die « exceptio rei venditae et traditae » decretal?*, in *ZSS.* 14 (1893) 237 ss. — Sulla indipendenza dalla *exceptio doli*: Bonfante, in *Comm. alle Pandette* di Glück 1.21, tit. 3 p. 360 ss. [= *Sulla « exceptio rei venditae et traditae »*, in *Scr.* 2 (1918) 450 ss.]; Gonvers, *L'« exceptio rei venditae et traditae »* (1939). — Per la ricostruzione della formula: Lenel, *EP.*[3] 511 s.

61.2.3. La formula dell'*actio Publiciana* è ricostruita dal Lenel, *EP.*[3] 169 ss., sulla scorta di Gai 4.36. Cfr. pure: Garcia Garrido, *Sobre los verdaderos limites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE.* 27-28 (1957-58) 305 ss.; Kaser, *« In bonis esse »*, in *ZSS.* 78 (1961) 173 ss.; Wubbe, *Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne*, in *RIDA.* 8 (1961) 417 ss., e *Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?*, in *ZSS.* 80 (1963) 175 ss.; Lombardi, *Dalla « fides » alla « bona fides »* cit. 237 ss. — Molto si è discusso circa la natura dell'*actio*, che, secondo l'esplicito riferimento di Ulp. D. 1.2.7.8, trovava applicazione in completa analogia con la *rei vindicatio*. Per questa ragione la dottrina dominante parla di *actio in rem*: Segré, *Sulla distinzione delle « actiones in rem » e « in personam » per rapporti estranei al « ius civile » nel diritto romano classico*, in *BIDR.* 41 (1933) 17 ss.; De Sarlo, *La definizione dell'« actio Publiciana » nel diritto dei classici*, in *St. Solazzi* (1948) 203 ss. In quest'ultimo lavoro ampia dimostrazione della realità dell'azione, contro la opposta opinione del De Visscher, *Les « formules in factum »*, in *RH.* 4 (1923) 193 ss. Da ultimo sul tema: Sturm, *Zur ursprünglichen Funktion der « actio Publiciana »*, in *RIDA.* 9 (1962) 357 ss.

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*: « *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, iudex, (rell.)* ».

61.2.4. 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*.

61.2.5. 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* anche ad altre ipotesi analoghe: *traditio* a titolo di donazione, di costituzione di dote, e così via. Con successivi e più audaci estendimenti, un regime analogo a quello della *Publiciana* fu esteso anche all'ipotesi 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 si determinasse una situazione giudicata degna di tutela soltanto *iure praetorio*: come quando un'*adiudicatio* fosse stata operata mediante *iudicium imperio continens* (anziché mediante *iudicium legitimum*), o un *bonorum possessor* chiedesse la consegna dei beni ereditari prima di averli usucapiti.

61.2.6. In età classica giunse, sia pure piuttosto tardi e molto nebulosamente, a prendere forma l'idea che il *dominium* fosse una

---

61.2.4. Sulla *replicatio* dell'*in bonis habens* v.: D. 6.2.17 (Ner. 3 *membr.*) e D. 17.1.57 (Pap. 10 *resp.*).

61.2.5. Per l'acquisto a seguito di donazione *mortis causa* v.: D. 6.2.2 (Paul. 19 *ad ed.*), e D. 6.2.12 pr. (Paul. 19 *ad ed.*). — Per la costituzione di dote: D. 6.2.3.1 (Ulp. 16 *ad ed.*). — Per l'acquisto *a non domino*: D. 6.2.1 (Ulp. 16 *ad ed.*), e D. 6.2.7.17 (Ulp. 16 *ad ed.*).

61.2.6. Non v'è dubbio che, dal punto di vista sostanziale, la giurisprudenza romana abbia considerato strettamente analoghi i due tipi di proprietà. È invece discussa la genuinità dei testi in cui, a proposito dell'« *in bonis* », si parla, *sic et simpliciter*, di « *dominium* »; di particolare importanza in materia Gai 2.40 e 1.54, il quale ultimo esplicitamente parla di « *duplex dominium* ». Sulla asserita interpolazione dei due passi: Ciapessoni, « *Duplex dominium* », in *St. su Gaio* (1943); Riccobono, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione del diritto romano*, in *Scr. Ferrini Pavia* (1946) 17 ss.; La Rosa, *In tema di « duplex dominium »*, in

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 cd. « *duplex dominium* », quello ufficiale del *dominus ex iure Quiritium* e quello pratico, ufficioso del così detto proprietario pretorio. Il « *plenum ius* » si verificava quando i due *dominia* si unificassero, per via di *usucapio*, nella stessa persona.

61.3. La *possessio vel ususfructus* degli *agri provinciales*, derivante da una tutela processuale concessa dagli *edicta provincialia* sullo scorcio del periodo preclassico o agli inizi del periodo classico, si configurò in età classica, sebbene in modo sporadico e non del tutto chiaro, come situazione attiva di un rapporto assoluto reale in senso proprio a carattere « parallelo » al *dominium ex iure Quiritium* e su *res* che non potevano costituire oggetto di quest'ultimo: i *fundi stipendiarii vel tributarii*. Questi *fundi* erano ritenuti essi stessi oggetto di un potere pubblicistico dello stato (o dei suoi magistrati e *principes*), e quindi *res extra commercium* (« *res publicae* »). Lo stato peraltro, salvo eccezioni, non li amministrava direttamente, ma usava darli in utilizzazione indefinita ai privati contro il pagamento di un tributo, che si diceva *stipendium* nelle province senatorie e *tributum* nelle province imperiali. La concessione era ovviamente revocabile, almeno in astratto, se il tributo non era pagato. Questo sistema altro non era, in età storica, che la riproduzione dell'antichissimo sistema della *possessio* dell'*ager publicus*, con questa 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*

AUCT. 1948-49; Solazzi, *In tema di « duplex dominium »* (1950), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 602 ss.; Feenstra, *« Duplex dominium »* cit.; Molcut, *Aspecte a le proprietatii pretorienne*, in *An. Univ. Bucaresti, St. Jur.* 18.1 (1969) 137 ss.; Diósdi, *« In bonis esse » und « nudum ius Quiritium »*, in *St. Volterra* 2 (1971) 125 ss. Di *dominium* a proposito dell'*in bonis habere* parlano anche, tra gli altri testi: D. 9.4.26.6 (Paul. 18 *ad ed.*), D. 10.3.5 (Iul. 2 ad *Urs. Fer.*), e D. 39.2.15.16, 17 (Ulp. 53 *ad ed.*). È interessante riportare Gai 2.40: *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos unum esse dominium; nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur... sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*

61.3. Sulla proprietà provinciale v. già *retro* n. 14.2.3 e *infra* nt. 69.3. — La distinzione tra *fundi stipendiarii* e *tributarii*, in riferimento alla diversa sfera di appartenenza delle province, affermata dal Mommsen, è condivisa dalla dottrina dominante sulla base di Gai 2.21 (cfr. Luzzatto, sv. *« Stipendium »*, in *NNDI.*). Di tenore opposto D. 50.16.27.1 (Ulp. 17 *ad ed.*), su cui Grelle, *« Stipendium vel tributum »* cit. 16 ss., secondo il quale non vi sarebbe distinzione tra le due categorie di *fundi*. Cfr. anche: Grelle, *La signoria sul suolo provinciale nella Parafrasi di Teofilo*, in *Labeo* 12 (1966) 209 ss.

stipendiarii vel tributarii un'idea sostanzialmente analoga a quella del *dominium ex iure Quiritium*, salvo la importante limitazione del tributo da pagare. Pertanto la giurisprudenza classica, evitando di parlare di *dominium*, parlò di « *possessio* », probabilmente per derivazione dalla terminologia adoperata in antico rispetto all'*ager publicus*, e parlò inoltre di « *ususfructus* », atecnicamente, allo scopo di porre in rilievo l'analogia esistente tra il concessionario di un fondo provinciale e lo usufruttuario.

61.3.1. Al titolare della *possessio vel ususfructus* l'*edictum* provinciale concedeva un'*actio utilis, ad exemplum rei vindicationis*, per reclamare la restituzione del fondo da chi lo avesse spossessato. L'*intentio* del *iudicium* era, presumibilmente: « *Si paret A.o A.o fundum de quo agitur habere possidere frui licere, neque ea res arbitrio tuo restituatur, (rell.)* ».

61.3.2. 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. Dato che i *fundi stipendiarii vel tributarii*, non costituendo 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

---

61.3.1. La formula vindicatoria della *possessio vel ususfructus* è ricostruita congetturalmente dal Lenel, *EP.*[3] § 71. È possibile che, più semplicemente ancora, essa si iniziasse con le parole: « *Si paret fundum d. q. a. A.i A.i esse* ». Su questo e altri problemi: Bozza, *Gai 2.7 e la proprietà provinciale*, in *ATh.* 30 (1942) 66 ss. Contro l'esistenza di una previsione edittale, quanto meno nell'*edictum provinciale* (di cui nega l'esistenza in età classica), è il Martini, *Ricerche in tema di editto provinciale* (1969) 76 ss. Ma cfr. *contra*: Guarino, *Gaio e l'« edictum provinciale »*, in *Iura* 20 (1969) 154 ss.

61.3.2. Sull'origine e sulla natura della praescriptio longi temporis cfr.: Partsch, « *Longi temporis praescriptio* » (1906); Levy, *West roman vulgar law*. 1. - *The law of property* (1951) 176 ss.; Taubenschlag, *Römisches Privatrecht zur Zeit Diokletians* (1932) 172 s.; Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano* (1958); Nörr, *Die Entstehung der « longi temporis praescriptio »*, *Studien zum Einfluss der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit* (1969); Sergène, *Tertullien « de Praesc. Haer » XXXVII, 4 et la « longi temporis praescriptio »*, in *Ét. Macqueron* (1970) 605 ss.; Cornioley, *De l'origine de la « longi temporis praescriptio »*, in *T.* 41 (1973) 119 ss. V. anche *retro* n. 58.9 e *infra* n. 62.4. Tra le fonti che menzionano la *praescriptio longi temporis* v.: P. Col. 181, 82 (= *FIRA.* 3. 318: Arangio-Ruiz, *Parerga* 9, in *ANA.* 1942). — Sulla παραγραφή cfr. in particolare: Wolff, *Die attische Paragraphe* (1966).

degli stessi ad opporre un'*exceptio* a chi si risolvesse tardivamente ad agire contro di essi con la *rei vindicatio utilis*. Con il che, in realtà, non si veniva ad acquistare né il *dominium*, né il titolo alla *possessio vel ususfructus*, ma si veniva comunque a disporre di un mezzo atto a tutelare stabilmente la propria disposizione del fondo.

62. IL « DOMINIUM » UNIFICATO.

62.1. 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 andarono attenuandosi e andò formandosi il concetto unitario di *imperium* romano. Si costituì pertanto una proprietà unitaria, denominata genericamente « *dominium* ». In essa si fusero i tre tipi di rapporti giuridici assoluti reali dell'età classica, con prevalenza su tutti del *dominium ex iure Quiritium*, ma con larghe influenze esercitate dagli altri due tipi.

62.1.1. In particolare, esercitarono influenza determinante sul processo di unificazione dei tre tipi genuinamente romani di rapporti

---

62.1. Il processo di unificazione del *dominium* fu per larga parte dovuto all'influenza della prassi e dei diritti locali: cfr. Levy, *West roman vulgar law* cit., 19 ss.; Biscardi, *Studi sulla legislazione del Basso Impero, Diritti reali e possesso* (1942); Kaser, *Wesen und Wirkungen der Detention*, in *Deutsch. Landesref. z. III intern. Kongress f. Rechtvergl.* (1950) 27 ss. Per un'indagine particolareggiata sui vari significati di *possessio*, ed in rapporto con il *dominium* in senso classico: Cannata, « *Possessio* », « *possessor* », « *possidere* » *nelle fonti giuridiche del Basso Impero romano* (1962) 6 ss.; Bretone, *Volgarismo e proprietà postclassica*, in *Labeo* 11 (1965) 193 ss.; Faure, *Possession et propriété dans le droit romain post-classique*, in *Rév. belge phil. et hist.* 1964. La fusione dei vari tipi di *dominia* diviene definitiva nella codificazione di Giustiniano: esplicitamente CI. 7.31.1 (a. 531) (*De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*) e I. 2.1.40: *Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo, cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienantur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur... inter quae nec non Italica praedia ex nostra constitutione nulla differentia est.* Cfr. anche: Thür, *Justinians « Publiciana » und « directa in rem »*, in *ZSS.* 89 (1972) 362 ss.

62.1.1. L'imposizione del tributo sui *fundi in agro Italico*, disposta da Aureliano, trova poi la sua conferma nella riforma di Diocleziano, che abolì la distinzione tra province senatoriali ed imperiali. Sul tema: Levy, *West roman vulgar law* cit. 101; Hirschfeld, *Verwaltungsbeamte* (1953) 17 nt. 3. Sul fondamento e sulle forme del tributo cfr.: Schwahn, sv. « *Tributum* », in *PW.*; Deléage, *La « capitatio » du Bas Empire* (1945). Per la posizione di Giustiniano, che consolidò l'assetto

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 in origine 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 giungere a dichiarare esplicitamente: « *nullam esse differentiam... inter dominos... sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sive suarum aliarum rerum ad se pertinentium* ».

62.1.2. 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, soprattutto 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 « *servitutes legis* » (con uso improprio di un termine che in età classica era rigorosamente applicato ai soli *iura praediorum*).

62.2. *Servitutes legis* furono, in particolare, disposte, in età postclassica, attraverso minuziose prescrizioni delle costituzioni im-

---

descritto, v. CI. 7.25.1 (a. 530-531), su cui Biscardi, *Studi sulla legislazione del Basso Impero* cit. 287 ss.

62.1.2. Sull'espropriazione per pubblica utilità, per tutti cfr.: De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità* (1936) part. 179 ss., « *Emptio ab invito* », in *AUBA*. 1945-46, e *Sulla espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, in *St. Zanobini* 5 (1965) 141 ss.

62.2. La terminologia di *servitus legis* e la determinazione di un ragguardevole novero di ipotesi tipiche risale ad una costituzione di Zenone di data incerta, in CI. 8.10.12.3, redatta in lingua greca, che, testualmente, parla di δουλεία. Al medesimo proposito si parla invece di *servitus* in una costituzione di Giustiniano (CI. 8.10.13 [a. 531]). Sulla formazione della categoria cfr.: Ciapessoni, *Spunti critici in tema di servitù legali* (1937); Biondi, *La categoria romana delle « servitutes »* (1938); Levy, *West roman vulgar law* cit. 77 ss., 100 ss. — Su luci e prospetti, in particolare: Riccobono, « *Prospectus montium* » (1906), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1957) 351 ss., e Biondi, *La categoria* cit. 97 ss. — Sul regime delle acque v.: D. 39.3.22 (Pomp. 10 *ex var. lect.*); D. 39.3.23 (Paul. 16 *ad Sab.*). In letteratura: Schönbauer, *Die « actio aquae pluviae arcendae »*, in *ZSS*. 54 (1934) 253 ss.; Sargenti, *L'« actio aquae pluviae arcendae »* (1940) 61 ss.; Derine, *À propos du nouveau régime des eaux privées*

periali, 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; *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 nocumento 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 su questi ultimi; *e)* « edilizia », per cui molteplici limitazioni furono apportate alle costruzioni: in particolare, Giustiniano vietò nell'interesse dell'agricoltura che si costruisse in modo da togliere il vento e l'aria al vicino; *f)* « miniere », relativamente alle quali si consentì di scavare al di sotto del fondo altrui, purché si 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 nebu-

---

crée par Justinien, in *RIDA*. 5 (1958) 449 ss. — Sull'*iter ad sepulchrum*: da ultimo, De Visscher, *Le droit des tombeaux romains* (1963) 89 ss., con ampio esame delle riforme severiane. — Per il diritto delle miniere: Schönbauer, *Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts* (1929), e *Vom Bodenrecht zum Bergrecht*, in *ZSS*. 55 (1935) 183 ss. — Sulla dottrina romana degli atti di emulazione: Scialoja, *In tema di divieto della « aemulatio »*, in *St. Albertoni* 2 (1935) 1 ss.; Riccobono, *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, in *BIDR*. 46 (1939) 1 ss. — Sul divieto di immissioni e sui suoi limiti: Bonfante, *Criterio fondamentale nei rapporti di vicinanza*, ora in *Scr*. 2 (1918) 179 ss. — Giustiniano vietò che si approfittasse della ricostruzione di un edificio per modificarne le 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. 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 dell'impeto della corrente, i proprietari rivieraschi erano tenuti a concedere temporaneamente il passaggio al pubblico finché la via non fosse riparata. Su tutta questa materia si consulti la trattazione dettagliata di: Kaser, *Privatrecht* 2.298 ss.

loso 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).

62.3. La *traditio*, divenuta in età postclassica il mezzo fondamentale di trasferimento negoziale della proprietà, sin dagli ultimi tempi del periodo classico fu 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 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 astrattizzata, 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.

62.3.1. 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 il consenso (espresso o tacito) del *dominus*, a possederla come propria, acquisendola quindi al suo *dominium*.

62.3.2. 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 *dominium*, volendola trasferire ad altri, ma volendo d'altronde conservare a se stesso il diritto di utilizzazione della cosa, continuasse a detenerla *mutato animo* (come usufruttuario, affittuario, comodatario, ecc.).

62.3. Sulla *traditio* cfr. la bibliografia cit. *retro* nt. 58.12 e 58.12.1. Per le fonti v. Diocl. CI. 2.3.20: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur.*

62.3.1. Sulla *traditio brevi manu* cfr.: Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten* (1916) 6 s.; Arnò, « *Fictio brevis manus* » (1930), e ora anche sv., in *NNDI*.

62.3.2. Sul *constitutum possessorium* v. D. 41.2.18 pr. (Cels. 23 *dig.*), e cfr. in letteratura: Pflüger, *Erwerb des Eigentums* (1937) 65 ss.; Schulz, *Einführung* cit. 73 ss.; Buckland, *Le constitut possessoire*, « *Animus et corpus* », in *RH.* 4 (1925) 355 ss.; Luzzatto, « *Constitutum possessorium* », in *AG.* 108 (1932) 244 ss.; Wesenberg, *Fr. 18 D. 41.2*, in *St. Albertario* 2 (1953) 43 ss.; Gordon, « *Constitutum possessorium* », in *St. Biondi* 1 (1965) 301 ss.

62.3.3. Dopo la concessione della cittadinanza romana ai provinciali, 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.

62.3.4. 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 giustinianeo, 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 da funzionari imperiali o da giudici in sede di cd. « giurisdizione volontaria ».

62.4. La « *usucapio* » in età postclassica si fuse con la « *praescriptio longi temporis* ». 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 chiaramente 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*

62.3.3. Sulla *traditio per chartam* cfr.: Steinacker, « *Traditio cartae* » *und* « *traditio per cartam* », *ein Kontinuitätsproblem*, in *Arch. f. Diplomatik* 1959-60.

62.3.4. Sulla *insinuatio* cfr.: Colorni, *Per la storia della pubblicità* (1954) 103 ss. Si badi che la competenza a ricevere le dichiarazioni fu estesa ai *curatores rerum publicarum* e ad altri magistrati municipali: tuttavia il funzionario solitamente adibito allo scopo fu il *defensor civitatis*. Cfr. anche: Amelotti, Costamagna, *Alle origini del notariato italiano* (1975).

62.4. Sulle trasformazioni dell'*usucapio* cfr.: in generale, Fabbrini, sv. *Usucapione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; in particolare, Partsch, *Die* « *longi temporis praescriptio* » cit.; Levy, *Die nachklassische Ersitzung*, in *BIDR*. 51-52 (1948) 352 ss., e *West roman vulgar law* cit. 180 ss., 362 ss. Fondamentale la lettura di Iust. CI. 7.31.1 (a. 531), che riassume anche (non del tutto obiettivamente) la storia dell'istituto. V. anche *retro* n. 58.9 e 61.3.2.

bona) una *res habilis* per la durata di 3 anni (se mobile) o di 10 (o 20) anni (se immobile).

62.4.1. Si richiese anzitutto la «*res habilis ad usucapionem*», nel senso che alcune categorie di cose non potevano essere, a causa di loro caratteristiche obiettive, usucapite: le *res extra commercium*, 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.

62.4.2. In secondo luogo si richiese che l'usucapiente esercitasse sulla *res habilis* la «*possessio civilis*» (o «*ad usucapionem*») e che questo esercizio fosse ininterrotto, quanto meno nell'*animus*. Non costituiva interruzione («*usurpatio*») dell'usucapione la contestazione giudiziaria della legittimità del possesso promossa da un terzo. In diritto classico si ritenne che anche la morte del possessore non desse 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*

62.4.1. Quanto al requisito della *res habilis*, si noti che i divieti originari riguardarono le *res* furtive: Gai 2.45 = tb. 8.17, e Gell. *noct. Att.* 17.7.1. In dottrina cfr.: De Visscher, *La défense d'usucaper les choses volées*, in *RIDA*. 5 (1958) 469 ss.; Albanese, *La nozione del «furtum» fino a Nerazio*, in *AUPA*. 1953, spec. 8 ss. Per i divieti aggiuntisi durante il principato, cfr. in generale: Bonfante, *Le singole «iustae causae usucapionis» e il titolo putativo*, ora in *Scr.* 2 (1918) 279 ss.; Voci, «*Iusta causa traditionis*» *e* «*iusta causa usucapionis*», in *SDHI*. 15 (1949) 141 ss. — Per i donativi al funzionario provinciale v. la *Lex Iulia repetundarum*, in D. 48.11.8 pr. (Paul. 54 *ad ed.*): *Quod contra legem repetundarum proconsuli vel praetori donatum est, non poterit usu capi*. — Per le *res fisci* v. I. 2.6.9; per quelle del *princeps* CI. 7.38.3.1 (a. 395), su cui Meyers, *Usucapione e prescrizione contro lo Stato*, in *Scr. Ferrini Milano* 4 (1950) 202 ss. — Altri divieti di usucapione furono fissati per i beni della Chiesa e delle opere pie: Novl. 111.1 (a. 541), e 131.6 (a. 545).

62.4.2. Sul requisito della *possessio ad usucapionem* cfr.: Levy, *West roman vulgar law* cit. 176 ss.; Amelotti, *La prescrizione delle azioni* cit. 197 ss.; Taubenschlag, *The law of Greco-Roman Egypt* cit. 245 nt. 4. — Sulla *usurpatio* cfr.: Yaron, *De usurpationibus*, in *St. Grosso* 2 (1968) 553 ss. Si noti che, mentre sino al diritto postclassico l'esercizio dell'azione giudiziaria non determinava l'interruzione dell'usucapione, la contraria soluzione fu adottata da Giustiniano, che nel 531, con la costituzione riportata in CI. 7.40.1, stabilì che l'usucapione fosse interrotta non solo dal promovimento dell'azione, ma addirittura dalla protesta davanti alla pubblica autorità. — Sulla *successio* ed *accessio possessionis* cfr.: Zanzucchi, *La «successio» e l'«accessio possessionis»*, in *AG*. 72 (1904) 177 ss., 353 ss., e *Sulla storia dell'«accessio possessionis» nell'usucapione*, in *AG*. 76 (1906) 3 ss.; Krüger (P.), *Beitrag zur «accessio temporis» bei der Ersitzung*, in *ZSS*. 26 (1905) 144 ss.

vivos) e si ammise che al tempo maturato dal primo usucapiente si aggiungesse quello maturato dall'acquirente (cd. « *accessio possessionis* »).

62.4.3. La *possessio* ininterrotta della *res habilis* doveva essere giustificata da un « *titulus* », cioè da una situazione obiettiva che l'ordinamento (e prima ancora, la coscienza sociale) ritenesse atta a liceizzare 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 di per sé l'effetto di determinare il trasferimento del *dominium* dal *venditor* all'*emptor*); 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*); ed ancora il *titulus* « *pro legato* », quello « *pro derelicto* », quello « *pro soluto* », quello « *pro herede* » ecc. Vi era poi anche il cd. *titulus* « *pro suo* », che stava ad indicare, a quanto sembra, ogni altra situazione (atipica) 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*. Per essere operante, la *iusta causa usucapionis* doveva essere « iniziale », cioè esistere sin dal primo momento della *possessio* e dove-

---

62.4.3. Sul *titulus ad usucapionem* cfr.: Bonfante, *Le singole « iustae causae »* cit. — Sul titolo *pro emptore* v.: D. 41.4, e CI. 7.26. — Sul titolo *pro donato* v. D. 41.6, e cfr. Nicosia, *Donazioni fra coniugi e « usucapio pro donato »*, in *AG*. 151 (1956) 67 ss. — Sul titolo *pro dote* v.: D. 41.9, e CI. 7.28. — Sul titolo *pro legato* v. D. 41.8, e cfr. Bammate, *Le titre « pro legato »*, in *RIDA*. 1 (1948) 27 ss. — Sul titolo *pro derelicto*, consistente nella occupazione di una cosa abbandonata, cfr. Wubbe, *Pomp. D. 41.7.5 pr. et l'« usucapio pro derelicto »*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 435 ss. — Sulla *causa pro suo* cfr.: Albertario, *« Possessio pro suo » e la contrapposizione « possessio pro suo - possessio pro alieno »*, ora in *St*. 2 (1941) 185 ss. — Sul *titulus putativus* cfr. Mayer-Maly, *Das Putativtitel bei der « usucapio »* (1962). Quanto al *titulus putativus*, il diritto postclassico fu, peraltro, meno rigoroso e lo ritenne operante se la falsa supposizione dell'usucapiente fosse giustificata da un *« error tolerabilis »*. Cfr. anche: Wolodkiewicz, *Alcune osservazioni sull'applicazione del principio « iuris ignorantiam in usucapionem negatur prodesse »*, in *St. Volterra* 1 (1971) 589 ss.

va essere « reale », cioè non supposta (sia pure in buona fede): il diritto classico affermò, pertanto, la regola « *nemo sibi 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).

62.4.4. La *possessio* della *res habilis*, oltre che ininterrotta e titolata, doveva essere sorretta dalla « *bona fides* » subbiettiva 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.

62.4.5. La ininterrotta *possessio ad usucapionem* della *res habilis* doveva, infine, protrarsi per un « *tempus* » minimo, che Giustiniano portò a: 3 anni per la *usucapio* delle *res mobiles*; 10 anni per la *praescriptio longi temporis* di *res immobiles*, quando usucapiente e proprietario della *res* risiedessero nella stessa città (*praescriptio* « *inter praesentes* »); 20 anni per la *praescriptio longi temporis* di *res immobiles*, quando usucapiente e proprietario risiedessero in due città diverse (*praescriptio* « *inter absentes* »).

62.5. In diritto postclassico, da Costantino a Giustiniano, il *ius novum* forgiò l'istituto della *longissimi temporis prae-*

62.4.4. Sul requisito della *bona fides* cfr.: Collinet, « *Iusta causa* » *et* « *bona fides* » *dans l'usucapion*, in *Mél. Fournier* (1929) 71 ss.; Hausmaninger, *Die* « *bona fides* » *des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht* (1964). Sul rapporto tra *bona fides* ed errore cfr. per tutti: Voci, *Errore e buona fede nell'usucapione romana*, in *Scr. Ratti* (1934) 11 ss., e *L'errore nel diritto romano* (1937) 164 ss.; Wolodkiewicz, *Alcune osservazioni* cit. Le ipotesi in cui non era richiesta la *bona fides* erano: il caso di chi si fosse impossessato di *res hereditariae* durante la giacenza dell'eredità, pur sapendo di non essere erede (*usucapio pro herede*); il caso di chi si fosse impossessato della *res* mancipata, pur sapendo che la *mancipatio* era invalida; il 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*; e via dicendo.

62.4.5. Sul requisito del *tempus* v. soprattutto CI. 7.31.1 (a. 531), e I. 2.6 pr.: ...*Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio inter absentes viginti annis usucapientur* (*rell.*). In dottrina cfr.: De Francisci, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustinianea durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR.* 27 (1914) 5 ss.; Levy, *West roman vulgar law* cit. 371.

62.5. Quanto alla *longissimi temporis praescriptio*, il riferimento

scriptio, 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.

---

a Costantino è in CI. 7.39.2 (a. 365), in una costituzione di Valentiniano e Valente: cfr. *FIRA*. 1. 464 (*rescr. Constantini de quadrag. ann. praescr.*) e P. Col. 181 cit. In letteratura cfr. spec.: Amelotti, *La prescrizione delle azioni* cit. 205 ss.

CAPITOLO XI

I RAPPORTI ASSOLUTI « IN RE ALIENA »

SOMMARIO: 63. Le *servitutes praediorum*. — 64. I tipi di *iura praediorum*. — 65. Il regime dei *iura praediorum*. — 66. L'*ususfructus*. — 67. I rapporti affini all'*ususfructus*. — 68. La *superficies*. — 69. L'*emphyteusis*. — 70. I rapporti assoluti di garanzia.

63. LE « SERVITUTES PRAEDIORUM ».

63.1. Tra i rapporti assoluti *in re aliena*, quelli di origine più risalente furono le cd. *servitutes praediorum* o « *iura praediorum* », relativi solo a *res immobiles*. Il termine di « *servitus praedii* » stette, letteralmente, ad indicare la situazione di subordinazione in cui venisse a trovarsi un immobile, e in particolare un « *praedium* » (cd. « fondo servente ») rispetto ad un immobile vicino (cd. « fondo dominante »), quando esso fosse destinato ad assicurare una certa *utilitas* obbiettiva all'altro fondo. Tuttavia il rapporto giuridico di *servitus* non correva, ovviamente, tra i fondi, ma tra le persone dei loro proprietari: nel senso che il *dominus* del fondo dominante aveva diritto *erga omnes* a che il fondo servente, senza opposizione da

---

63.1. Intorno alla problematica dei *iura praediorum* (I. 2.3; D. 8.1 ss.), che coinvolge, per molti aspetti storici e dogmatici, gran parte dei diritti assoluti *in re aliena*, esiste una vastissima, ma disuguale letteratura: e ciò impone, ancor più che in altri campi, una vasta selezione. Si leggano soprattutto i corsi del Bonfante, *Corso di diritto romano* 3. - *Diritti reali* (r. 1972), e del Solazzi, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (1947); *Specie ed estinzione delle servitù prediali* (1949); nonché, fra i contributi più recenti: Biondi, *Le servitù prediali*[2] (1954); Longo (G.), *Corso di diritto romano, I diritti reali* (1962); Grosso e Dejana, *Le servitù prediali*[3] (1963); Franciosi, *Studi sulle servitù prediali* (1967); Grosso, *Le servitù prediali nel diritto romano* (corso, 1969); Caravale, *Ricerche sulle servitù prediali nel medio evo* 1. - *L'età romano-barbarica* (1969). Sintesi e ampia bibliografia in: Burdese, sv. *Servitù prediali (dir. rom.)*, in *NNDI*. Non può tralasciarsi comunque di ricordare, per la letteratura più antica, la trattazione fondamentale di Elvers, *Die römische Servitutenlehre* (1856), nonché le osservazioni dell'Arangio-Ruiz, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano* (1908-9), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1974) 137 ss.

parte del suo *dominus*, subisse una determinata limitazione per il vantaggio del fondo dominante. Data la inerenza del rapporto alla *utilitas* obiettiva del fondo dominante, esso non si estingueva con il mutamento dei soggetti, cioè dei proprietari dei due fondi posti da loro in correlazione di *servitus*.

63.1.1. Le *servitutes praediorum* furono, in un certo senso, il paradigma cui 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 assoluti su cosa altrui » e poterono addirittura assumere la parvenza di regole generali, almeno per i cd. « diritti reali di godimento ».

63.1.2. In periodo postclassico e in diritto giustinianeo avvenne qualcosa di più. Avvenne che la terminologia di « *servitus* » e la categoria sistematica delle *servitutes* furono applicate anche ad altri rapporti assoluti di godimento, ed in particolare al rapporto di *ususfructus* e ai rapporti giuridici assoluti reali in senso improprio affini all'*ususfructus*. Pertanto, nel *Corpus iuris* si trova adombrata, in molti passi, una categoria generale delle « *servitutes* », la quale viene distinta in

---

63.1.1. A proposito del carattere paradigmatico dei *iura praediorum*, può dirsi che, al di là del sistema della tipicità, taluni principi forse « più intuiti che esplicitamente enunciati » dai giuristi romani, trovarono applicazione generale, e non soltanto nell'ambito delle servitù. Sul punto cfr. in tal senso Biondi, *Istituzioni* 295 e, *contra*, Betti, *Istituzioni* I. 438. Cfr., per le implicazioni generali e per più specifiche connessioni: Bretone, *La nozione romana di usufrutto*, 1. *Dalle origini a Diocleziano* (1962) 26 ss.

63.1.2. Sulla generalizzazione del termine « *servitus* » v., esplicito in tal senso, D. 4.1.1 (Marcian. 3 *reg.*): *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.* Ampiamente sospetto (cfr. *Index itp. ahl.* e, in particolare, Longo [C.], *La categoria delle « servitutes » nel diritto romano classico*, in *BIDR.* 11 (1898) 330 s., cui *adde* Biondi, *La categoria romana delle « servitutes »* [1938] 675 ss.), questo frammento è in parte difeso da Buckland, *Marcian*, in *St. Riccobono* 1 (1936) 277 s., quando considera Marciano autore della distinzione, nonostante il forte tradizionalismo dei classici in ordine alle questioni di terminologia e sistematica. Atteggiamento non dissimile, sia pure nei limiti d'un accenno, manifesta il Bretone, *La nozione* cit. 2 nt. 3. Ma *contra*, con argomenti convincenti: Bund, *Begriff und Einteilung den Servituten in römischen Rechts*, in *ZSS.* 73 (1956) 171 s., e Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*[3] (1958) 4 ss. — La terminologia specifica dell'istituto può essere approssimativamente così ricostruita: « *Iura praediorum* », o « *servitutes* », nel linguaggio classico; « *servitutes praediorum* » in quello giustinianeo. Così chiaramente, le fonti: GE. 2.3; I. 2.2.3; Gai D. 1.8.1.1. Intorno all'analogia, seppur mediata, con lo *status personarum*: Biondi, *La struttura giuridica della servitù prediale*, in *St. A. Scialoja* I (1952) 95 ss. — La terminologia di *servitutes personarum*, invalsa in periodo postclassico, non va confusa con la terminologia di « *servitus personae* », intesa ad indicare talune servitù (prediali) irregolari: v. *infra* n. 64.4.1.

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.

63.2. La configurazione come rapporti assoluti dei *iura praediorum*, anziché come rapporti relativi (intercorrenti cioè tra i due proprietari dei fondi interessati), trova la sua spiegazione più plausibile nella storia dell'istituto e nella già segnalata antica origine dello stesso. È importante metterlo in rilievo perché ciò permette di ravvisare, sempre sul metro della probabilità, lo spunto concreto, di carattere essenzialmente storico, da cui è derivata, successivamente, non solo la costruzione come rapporti assoluti (in senso improprio) degli altri *iura praediorum*, ma anche la costruzione come rapporti assoluti, e non come rapporti relativi, di tutti i *iura in re aliena* diversi dalle servitù prediali.

63.2.1. Già abbiamo detto che taluni *iura praediorum* (cioè l'*iter*, l'*actus*, la *via* e l'*aquaeductus*) sono sorti in epoca risalente, anche se non antichissima, presumibilmente tra la fine del sec. VI e gli inizi del sec. V a.C., come manifestazioni complementari del *mancipium* immobiliare nel suo aspetto più evoluto: di un *mancipium* che, avendo superato gli stretti confini ed i connessi orizzonti dell'*heredium*, si esplicava sul *fundus in agro Romano* a titolo di sfruttamento econo-

---

63.2. Sul carattere alogico dei rapporti assoluti impropri, e sulla necessità di trovare per ciascuno di essi una motivazione concreta, quindi essenzialmente storica, del rifiuto di configurarli come rapporti relativi: *retro* n. 2.5.3. — In particolare, sulla storia dei *iura praediorum* (anche se con considerazioni non sempre corrispondenti alle nostre): Grosso, *Le servitù prediali* cit. 11 ss., con bibliografia, a cui *adde* Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei « iura praediorum » nell'età repubblicana*, 2 voll. (1969-76).

63.2.1. Sul *mancipium* immobiliare evoluto: *retro* n. 42.3.2. — Sulle *servitutes mancipi*, nel loro assetto dell'età storica: *infra* n. 64.1.1. A sostegno della tesi da noi accolta milita anche la terminologia più antica: « *iter* », « *actus* », « *via* », « *rivus* » (termine che ha probabilmente preceduto quello di « *aquae ductus* ») erano le terminologie concretamente usate: terminologie dunque indicative non del « diritto » del proprietario del fondo dominante, ma dell'« oggetto » su cui quel diritto si esplicava. Si tenga altresì presente che in origine le servitù potevano essere acquistate mediante *usucapio* (v. *infra* n. 65.1.8); il che conferma la stretta parentela originaria (se non addirittura l'identità) tra *mancipium* come appartenenza e *iura praediorum*. Su questi temi incisive le argomentazioni di Franciosi, *Studi sulle servitù prediali* cit. — Sul riconoscimento giuridico delle *obligationes*: *retro* n. 8.6.1 e, più ampiamente, *infra* n. 71.3. Si badi bene, peraltro, che il *ius legitimum vetus* non riconobbe d'un tratto la « categoria » dell'*obligatio*, ma si limitò a dare cittadinanza giuridica a singoli tipi di *obligationes*. Nulla di strano quindi che, successivamente alle XII tavole, mentre le *obligationes* iniziavano il loro lungo cammino verso la unificazione in categoria (la categoria dei « rapporti relativi »), i *iura praediorum* si siano ancora e persistentemente sviluppati in aderenza al *mancipium* prima, al *dominium ex iure Quiritium* dopo.

mico dello stesso. Qui possiamo aggiungere che l'identificazione di queste origini dell'istituto non è suggerita soltanto dalla storia economica di Roma, ma è suffragata da un indizio di notevole importanza. A differenza di tutte le altre, le quattro servitù sopra indicate erano qualificate, in età storica, « *servitutes mancipi* » ed erano costituite non solo mediante *in iure cessio*, ma anche ed essenzialmente mediante *mancipatio*. Si può ritenere pertanto, con sufficiente sicurezza, che la loro formazione sia proprio avvenuta in un'epoca primordiale, in cui la sfera del *ius privatum* era tuttora limitata al *mancipium* e i rapporti relativi (le *obligationes*) ancora non avevano conseguito quella rilevanza giuridica che fu loro riconosciuta soltanto dalle XII tavole (451-450 a.C.). L'unica forma giuridica disponibile era, a quell'epoca, il *mancipium*, e fu perciò in quella forma che si riversarono le prime *servitutes mancipi*.

63.2.2. Il *mancipium* del titolare del fondo dominante sulla zona di fondo servente necessaria al passaggio o all'acquedotto non ebbe mai, probabilmente, carattere esclusivo: sarebbe stato irragionevole

---

63.2.2. La questione circa il concorso tra i due titolari sul fondo servente, oltre che obiettivamente difficile, è molto controversa. La dottrina dominante tuttora si acquieta nella convinzione che il concetto di *iura praediorum* (nel senso di *iura in re aliena*) sia un concetto originario: ma cfr., per le citazioni relative e per la critica degli argomenti, Grosso, *Servitù* cit. 36 ss.; Burdese, *Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servtiù (a proposito di taluni recenti studi)*, in *St. Grosso* 1 (1968) 499 ss. Una teoria ingegnosa, ma per nulla affatto convincente, è quella dell'originario concorso sul fondo servente di due proprietà funzionalmente diverse: la proprietà in funzione del solo passaggio (o acquedotto) e la proprietà in funzione di ogni altro sfruttamento del fondo. Questa teoria (per la quale cfr. soprattutto: Kaser, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Fs. Goschaker* 1 [1939] 445 ss.) è stata vivacemente criticata, oltre tutto perché rappresenta una formulazione diversa e meno felice della dottrina tradizionale: Grosso, *Servitù* cit. 32 ss. (cfr. anche lo stesso Kaser, *La nozione romana di usufrutto*, in *Labeo* 9 [1963] 366 ss.). La tesi dell'appartenenza esclusiva del passaggio o dell'acquedotto al proprietario del fondo dominante è stata avanzata dal Voigt, nello scritto cit. *infra* nt. 64.1.1, ed è oggi sostenuta, con riferimento al *mancipium*, da vari autori, tra cui, da ultimo ampiamente, il Franciosi, *Studi* cit. 84 ss.; ma è una tesi, a ben vedere, che si limita a respingere verso un'epoca più tarda (successiva all'estinzione del *mancipium*) la genesi dei *iura in re aliena*, senza spiegare perché e come questi ultimi sorsero come rapporti assoluti e non come rapporti relativi, e senza valutare a sufficienza l'antieconomicità del frazionamento delle unità fondiarie da essa postulato. Resta quindi la tesi del *consortium ercto non cito*, acutamente avanzata dal Grosso, *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, in *BIDR.* 70 (1967) 105 ss., e *Servitù prediali* cit. 30 ss. A questa ipotesi si obietta che le *servitutes mancipi* si costituivano mediante *mancipatio*, mentre il *consortium ad exemplum fratrum suorum* si costituiva, stando a Gai 3.154 *b*, mediante una *legis actio*, che era forse la *in iure cessio*. Ma è facile replicare che Gaio non ci parla di tutte le applicazioni dell'antico consorzio, ma solo del *consortium fratrum suorum* (3. 154 *a*) e di quello imitativo dello stesso (3.154 *b*): nulla esclude che il *consortium* speciale (non universale) relativo all'*iter*, all'*actus*, alla *via*, all'*aquaeductus* fosse costituito mediante *mancipatio* (*itineris, actus, viae* ecc.). Sul punto v. anche *infra* n. 65.1.1.

escludere radicalmente dal godimento di quella zona il titolare del fondo servente e sarebbe stato antieconomico spezzettare quest'ultimo. È presumibile che il problema del concorso dei due titolari sulla stessa zona di fondo servente fosse risolto ricorrendo al *consortium ercto non cito*, cioè alla comunione solidaristica in una sua applicazione specifica. In prosieguo di tempo, man mano che si affermò e prese consistenza, sovrapponendosi agli originari istituti del *mancipium* e della *possessio* extragiuridica, il *dominium ex iure Quiritium*, la soluzione del *consortium* fu però accantonata in omaggio al principio « *duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest* ». Fu giocoforza, pertanto, che il *dominium* del titolare del fondo dominante si affievolisse e si trasfigurasse progressivamente al punto da essere concepito come un semplice *ius in re aliena*, che limitava sì, ma non contrastava o escludeva il *dominium*, formalmente unico e solo, del titolare del fondo servente.

63.2.3. Le ragioni per cui, giunte le cose a questo punto, non si effettuò il trapasso ad una concezione del rapporto tra i due *domini* come rapporto relativo, ed anzi molte altre *servitutes praedii* sopravvenute a quelle originarie (quelle *nec mancipi*) vennero anche esse trattate come rapporti assoluti, furono due: in primo luogo, il tradizionalismo (o, se si preferisce, la forza di inerzia) connesso con un istituto di alta antichità e di vasta diffusione; in secondo luogo, il vantaggio notevole offerto al soggetto attivo dalla disponibilità di un'*actio in rem*, esperibile *erga omnes*, in luogo di un'*actio in personam*, che sarebbe stata esperibile solo nei confronti del proprietario del fondo servente. Soprattutto questa seconda considerazione spinse i Romani a creare, anche fuori del campo delle *servitutes praediorum*, altri *iura in re aliena* in ipotesi in cui la situazione del non proprietario della *res* fu ritenuta degna di particolare tutela.

63.3. Caratteristica dei *iura praediorum*, almeno fino all'esaurimento dell'età classica, fu la cd. tipicità delle esplicazioni.

63.2.3. I motivi determinanti degli altri *iura in re aliena* saranno indicati nei luoghi opportuni. La scelta tra il regime dell'*actio in personam* e quello dell'*actio in rem* fu, di volta in volta, causata da specifici orientamenti verso una maggior garanzia degli interessi del soggetto attivo.

63.3. La cd. tipicità delle *servitutes praediorum* viene riconosciuta dalla dottrina dominante come una sorta di canone del diritto romano classico superato dal diritto postclassico mediante il riconoscimento della categoria generale delle *servitutes praediorum*; radicale in proposito (e in ogni caso ammirevole per potenza ricostruttiva) la dimostrazione del Perozzi, *Struttura delle servitù prediali nel diritto romano* (1888), ora in *Scr.* 2 (1948) 175 ss. La tesi è stata contrastata (forse con altrettanto radicalismo) dall'Arangio-Ruiz, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri*

I soggetti giuridici, nella concezione corrente, non avevano a loro disposizione la possibilità di porre in essere tutte le figure di servitù che gli piacesse di escogitare: essi avevano solo la scelta tra vari « tipi » già affermatisi nella prassi ed avallati dalla giurisprudenza in base a considerazioni di opportunità e di funzionalità obiettive. Ciò non impediva la formazione di nuovi tipi di *iura praediorum*, ma la rendeva praticamente assai lenta e laboriosa, condizionandola comunque al riconoscimento da parte della comunità, e per essa principalmente della giurisprudenza, della effettiva e rilevante *utilitas* economica di ogni nuovo tipo di rapporto. Anche quando si diffuse una visione unitaria delle *servitutes praediorum* in generale, la « categoria » relativa non fu posta a disposizione dei privati affinché la utilizzassero, con specifici negozi costitutivi, a loro discrezione. La categoria delle *servitutes praediorum*, e più in generale quella delle *servitutes* (*praediorum* e *personarum*), e più in generale ancora quella dei *iura in re aliena*, furono concepite a fini esclusivamente classificatori delle preesistenti figure tipiche.

63.3.1. Per individualizzare il tipo di *ius praedii* (o, più in generale, di *ius in re aliena*) prescelto, e cioè per determinarne concretamente il contenuto, le parti avevano la possibilità di inserire nell'atto costitutivo (oppure, ovviamente, di aggiungere ad esso con separato negozio) il cd. « *modus* » (da non confondere con le clausole modali

---

della giurisprudenza romana (1934), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1974) 485 ss., mentre è stata notevolmente e opportunamente ridimensionata dal Grosso, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, in *SDHI.* 3 (1937) 265 ss., e *Servitù* cit. 61 ss., con bibliografia. A noi il problema sembra, per verità, piuttosto un pseudo-problema. Dato che alla radice non solo di qualunque servitù prediale, ma di qualunque *ius in re aliena* doveva esservi una *utilitas* obiettiva da soddisfare, cioè una precisa funzione economica da assolvere compatibilmente con le possibilità offerte dalla *res* (v. *infra* n. 63.4.2), è chiaro che il novero dei *iura praediorum*, o più in generale dei *iura in re aliena*, non poteva essere né arbitrario, né illimitato. Nulla di strano, dunque, che i *iura praediorum* siano stati visti, sia in età classica che in età postclassica, ciascuno per se stesso, ciascuno in rapporto alla tipica *utilitas* da soddisfare. Nulla di strano, inoltre, che, data l'alta antichità dell'istituto, il catalogo dei vari tipi di *servitutes* si sia praticamente completato, traverso la individuazione di tutte le possibili *utilitates*, agli albori del periodo classico e che la giurisprudenza romana (specie quella preclassica), per aver esercitato il controllo delle varie *utilitates* e per aver conseguentemente proceduto al rilievo dei vari tipi di *iura praediorum*, sembri *a posteriori* quasi la creatrice delle singole esplicazioni.

63.3.1. Di *modus* del *ius in re aliena* le fonti parlano, per verità, solo in ordine alle servitù prediali (cd. « *modus servitutis* »). V. Pap. D. 8.1.4.1-2: *Modum adici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur (veluti ut equo dumtaxat) vel ut certum pondus vehatur vel grex ille transducatur aut carbo portetur. Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam sed ad modum pertinent iure constitutae servitutis.* Sull'istituto, per tutti: Grosso, *Servitù* cit. 159 ss. Sul concetto di *modus* e sulla clausola modale v. *retro* n. 33.2.

in senso tecnico): un insieme appunto di specificazioni relative ad orari da osservare, a percorsi da seguire, a ritmi da rispettare, a quantità da non superare e così via dicendo. Se ed in quanto il *modus servitutis* (o di qualunque altro *ius in re aliena*) non alterasse il tipo di rapporto prescelto (*ius itineris* piuttosto che *ius viae, ius aquaeductus* piuttosto che *ius cloacae, ususfructus* piuttosto che *usus* ecc.), esso era ritenuto valido. Ma è evidente che l'affermazione di nuovi tipi di *servitutes praediorum* o di altri *iura in re aliena* derivò proprio dal riconoscimento di *modi* cautamente innovativi creati lentamente dalla prassi.

63.4. Ai fini della individuazione delle *servitutes praediorum* nei loro tratti generali, la giurisprudenza classica elaborò tuttavia 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 di fondo e permettono, quindi, la formulazione di alcuni principi qui appresso elencati. Principi, si aggiunga, taluni dei quali sono comuni a tutti i *iura in re aliena*.

63.4.1. « *Nemini res sua servit* ». Questa regola esprime la inconcepibilità che una servitù potesse esistere o continuare ad esistere tra due fondi appartenenti allo stesso proprietario. Occorreva, in altri

---

63.4. La coerenza dei cd. principi delle servitù si spiega poiché la giurisprudenza romana, in questa cospicua attività di casistica, rimase sempre aderente alla natura dell'istituto, che concepì autonomamente, negli ultimi secoli della repubblica, come rapporto di soggezione (permanente, vedremo) di un fondo ad un altro. Sì che, analogamente ad altri istituti del *ius civile*, pure le servitù presentano una struttura « rigorosamente logica ed organica » e subiscono quelle trasformazioni, o semplici adattamenti, che la mutevole realtà della pratica, con le nuove esigenze della vita agricola o della edilizia cittadina, suggerisce, sollecita, impone. Di qui, i diversi sviluppi ad opera della giurisprudenza, o del pretore, o della cancelleria imperiale; ma di qui, soprattutto, quelle « disarmonie o contraddizioni » che, talvolta frettolosamente, la moderna romanistica suole attribuire a Giustiniano. Un'ampia esemplificazione di questi principi è in D. 8.1; ma per una indicazione puntuale delle fonti (oltre che di problemi e bibliografia) v. *infra* nelle nt. che seguono.

63.4.1. Della regola « *nemini res sua servit* » è testimonianza sicura e precisa in D. 8.2.26 (Paul. 15 *Sab.*): *In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit.* La conferma è in D. 8.3.33.1 (Afr. 9 *quaest.*): ... *nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest*; o, ancora, in un passo in materia di usufrutto, Ulp. D. 1.6.5 pr., su cui Bretone, *La nozione* cit. 192 nt. 122, con bibliografia. Specificamente sul tema: Solazzi, *Sul principio « nemini res sua servit »* (1952), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 634 ss., il quale esamina pure D. 8.4.10 (Ulp. 10 *Sab.*), ov'è la formula « *nemo ipsi sibi servitutem debet* » che l'a., con i più, ritiene non genuina, mentre accetta quella « *nullum praedium ipsum sibi servire potest* » di D. 8.3.31 (Iul. 2 *Min.*) e di D. 8.3.33 (Afr. 9 *quaest.*), concludendo che, sebbene l'espressione « *nulli res sua servit* » sia poco felice e probabilmente non dettata dai giuristi classici, la regola è tuttavia da considerarsi classica. — Sulla confusione e sulla consolidazione v. *infra* n. 65.2.1, e 66.6.

termini, acché una servitù prediale fosse configurabile, che i fondi tra i quali il rapporto di servitù si istituiva appartenessero a proprietari diversi. Principio valevole per tutti i *iura in re aliena*.

63.4.2. « *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 officiatur*, la quale importava l'obbligo (del proprietario del fondo servente) 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 risolversi in una qualche dote o in una qualche utilità, che 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. Principio, entro certi limiti, non estraneo agli altri *iura in re aliena*.

63.4.3. « Possibilità ». L'esercizio della servitù doveva essere materialmente 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

---

63.4.2. Se è vero che l'*utilitas* va intesa in senso ampio, com'è nel caso della *servitus ne prospectui officiatur* (per la quale D. 8.2.15 [Ulp. 29 *Sab.*] stabilisce: *quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum*), la servitù doveva in ogni caso arrecare una utilità oggettiva al fondo dominante, contribuendo all'aumento della produttività per i fondi agricoli e della funzionalità per i fondi edificati. Sì che le servitù di pascolo o di abbeveraggio, ad esempio, si possono costituire (come testimoniano D. 8.3.3. pr. [Ulp. 17 *ed.*], D. 8.3.5.1 [Ulp. 17 *ed.*] e D. 8.3.6 pr. [Paul. 15 *Plaut.*]) soltanto per quel bestiame che venga adoperato per la coltivazione del fondo dominante. Circa l'esclusione dell'utilità meramente personale per il proprietario del fondo dominante, è esplicito D. 8.1.8 pr. (Paul. 15 *Plaut.*): *Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest*. Ciò perché non si tratterebbe di servitù, ma d'un rapporto di obbligazione, che non può farsi valere, quindi, se non esclusivamente fra le parti e i loro eredi: ipotesi che Giustiniano non ignorò, come mostra l'itp. D. 8.3.4 (Pap. 2 *resp.*) e che i moderni definiscono servitù irregolare. Sul punto cfr.: Biondi, *La categoria* cit. 346 ss., 419 ss.; Solazzi, *Requisiti* cit. 25 ss.; e, soprattutto, Ciapessoni, « *Servitus personae* » e « *usus personae* », in *Per il XIV cent. della codif. giust.* (1934) 877 ss.

63.4.3. Per l'accertamento della natura e dei limiti del principio della possibilità diremo, *e contrario*, che non deve sussistere impossibilità materiale o giuridica: cioè, un qualunque ostacolo costituito da una situazione di fatto o da una regola di diritto. Tale requisito appare connesso a quello della vicinanza: ciò che sostiene Nerazio in D. 8.3.5.1 (Ulp. 17 *ed.*). Tuttavia, per la sua indeterminatezza, la vicinanza non si pone come requisito autonomo, poiché non mancano, per vero, alcune servitù in cui non è richiesta: la *servitus aquaeductus* o *pascendi*, ad esempio, o l'*altius non tollendi*, per la quale anzi è indifferente, come si legge in D. 8.4.6 pr. (Ulp. 28 *Sab.*): ... *parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non*.

costituiva il fondamento pratico della *servitus*. Principio, quello della possibilità, valevole per qualunque *ius in re aliena*.

63.4.4. « Perpetuità della causa ». Affinché 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, la servitù di acquedotto si poteva 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 esse fossero costituite con la predisposizione *ab initio* della loro estinzione. Invece in diritto postclassico si ammise che fosse valida anche una costituzione non indefinita, ed al proprietario del fondo servente si riconobbero 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.

63.4.5. « Indivisibilità ». La servitù, essendo una « *qualitas fundi* », non poteva che sorgere od estinguersi per intero. Pertanto si escludeva

---

63.4.4. Il requisito della perpetuità della causa è espresso dal sospettato, e sospettabile, D. 8.2.28 (Paul. 15 *Sab.*): *Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet quod manu fit): at quod ex coelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.* Riguardo a quanto diciamo intorno alla servitù di acquedotto, v. D. 43.22.1.4 (Ulp. 70 *ed.*) e, massime, D. 8.3.9 (Paul. 1 *sent.*), ove è possibile cogliere la regola classica e, nell'itp. « *hodie tamen - solet* », anche quella postclassica: *Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.* Sul testo cfr.: De Robertis, *Costituzione « ex capite » e costituzione « aliunde » nella « servitus aquae ducendae »*, in *AUBA*. 1938, 61 ss. Il principio (che si ritrova testualmente in PS. 1.17.3) è, comunque, diversamente inteso nella dottrina romanistica: cfr. Solazzi, *Requisiti* cit. 35 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 182 ss. — Sulla *servitus ad tempus* da ultimo: Grosso, *Servitù « ad tempus » e concezione economica liberistica della proprietà*, in *Iura* 20 (1969) 148 ss.

63.4.5. Il principio dell'indivisibilità, frequentemente ribadito nelle opere della giurisprudenza classica, risulta da D. 8.1.17 (Pomp. *l.s. reg.*): *Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.* È ancor più esplicitamente enunciato in *FIRA*. 2.449, un antico frammento pergamenaceo pubblicato nel 1531, che suole (ma forse azzardatamente) attribuirsi pure a Pomponio: *Et servitutes dividi non possunt: nam eorum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat.* Tale regola s'incontra, inoltre, in D. 35.2.1.9 (Paul. *l.s. ad l. Falcidiam*): *Si usus fructus legatus sit (qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt), veteres (rell.)*, ove però sembra chiaramente itp. il richiamo alle « *ceterae servitutes* », come dimostra il parallelo Vat. 68 (cfr. Wieacker,

che un solo condomino potesse costituire una servitù, e si richiedeva, 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 fosse riducibile in omaggio alla *lex Falcidia*, la quale, quindi, non poteva essere applicata direttamente alla servitù, ma doveva esserlo in relazione a tutta la consistenza patrimoniale. Se il fondo dominante o il fondo servente veniva diviso, la servitù, in forza della sua caratteristica di indivisibilità, persisteva per intero, sempre che la situazione del fondo servente non fosse resa più gravosa: a parte ciò, dunque, ciascuna frazione del fondo dominante dava diritto all'intera servitù, così come ciascuna parte del fondo servente determinava il dovere di sopportare la servitù per intero.

63.4.6. « Inalienabilità ». La servitù, essendo un diritto inerente al fondo, una sua *qualitas* obiettiva, doveva seguirne le sorti. Non era ammessa una alienazione della servitù: questa poteva essere trasmessa solo mediante il trasferimento del fondo. Dicono in proposito le fonti che la servitù « *neque ex bonis neque extra bona sit* »: non è *ex bonis* perché il titolare non può disporre della servitù indipendentemente dal fondo, non è *extra bona* perché costituisce tuttavia un cespite patrimoniale.

Textstufen 423 s.), che parla soltanto dell'*iter*: *Usu fructu legato (nam ius praediorum velut iter non recipit hanc quaestionem, quia et dividi nequit), quaeritur* (*rell.*) (su ciò cfr. Bretone, *La nozione* cit. 55 e nt. 1, che seguiamo anche nell'accogliere la ricostruzione proposta dal Buchholtz e accettata da Seckel-Kübler, *Iurisp. anteiust.* 2.2[6] [1927] 227). Interessanti, infine, per conoscere i limiti e la natura della indivisibilità, appaiono D. 8.1.8.1 (Paul. 15 *Plaut.*), D. 8.3.11 (Cels. 27 *dig.*), D. 8.3.23.3 (Paul. 15 *Sab.*), D. 8.3.32 (Afr. 6 *quaest.*), D. 8.3.34 pr. (Pap. 7 *quaest.*), D. 8.4.6.1 (Ulp. 28 *Sab.*), D. 8.4.18 (Paul. 1 *manual.*), D. 35.2.80.1 (Gai. 3 *de leg. ad ed. p.*), sui quali cfr.: Maschi, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, in *BIDR.* 46 (1939) 274 ss.; Solazzi, *Requisiti* cit. 66 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 162 ss. In ordine agli svolgimenti postclassici e giustinianei cfr. Solazzi, « *Servitus divisa* » (1951), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 612 ss. ove si sottolinea come questa regola abbia subìto graduali attenuazioni, sino a scomparire, in qualche caso (è l'ipotesi di Ulp. 70 *ed.*, D. 43.20.1.3), in età giustinianea. — Sulla *lex Falcidia de legatis*: *retro* n. 41.5.

63.4.6. A proposito della inalienabilità, la servitù « *tacite sequi* », informa D. 21.2.75 (Ven. 16 *stip.*). Ma le fonti pongono, accanto al divieto (e diremmo, più correttamente, impossibilità) di alienazione, anche quello di locazione, di usufrutto e di pegno: D. 19.2.44 (Ulp. 7 *ed.*), D. 8.3.33.1 (Afr. 6 *quaest.*) e l'itp. D. 33.2.1 (Paul. 3 *Sab.*), ove si riporta l'adagio giustinianeo « *servitus servitutis esse non potest* ». Per spiegare questa regola, e soprattutto la sostituzione da parte dei compilatori del termine originario (*usus fructus*), si è pensato anche ad un errore di copista. Senonché tale ipotesi sembra poco probabile, poiché è legittimo credere a un intervento di Giustiniano, che, traverso la sostituzione del termine « *servitus* » a « *fructus* », forse mirò (rendendola più generale) al superamento della regola. Sul punto, cfr., da ultimo: Metro, « *Fructus servitutis esse non potest* »? in *Iura* 23 (1972) 104 ss. — Le *servitutes rusticae* erano, però, pignorabili: v. *infra* n. 64.1.4, 64.2, 70.5.

63.4.7. « *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 o pilastro 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 considerare un dovere accessorio del proprietario del fondo servente, un obbligo assolutamente in sottordine rispetto a quello caratteristico e fondamentale dell'« *onus ferre* ».

63.4.8. Sempre a proposito del principio « *servitus in faciendo consistere nequit* », si tenga presente, peraltro, che esso non riguardava il proprietario del fondo dominante. Dal punto di vista di questi, la *servitus* poteva essere, infatti, « positiva », se implicava un suo diritto

---

63.4.7. Il principio *servitus in faciendo consistere nequit* è espresso in D. 8.1.15.1 (Pomp. 33 *Sab.*), in cui si legge: *Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis ... sed ut aliquid patiatur aut non faciat.* Criticato (anzi, addirittura negato) dal Bonfante, *La regola « servitus in faciendo consistere nequit »*, in *St. Ascoli* (1931) 3 ss. e *Corso* 3 cit. 24 ss., tale principio, tuttavia, non può non essere ammesso, come prova anche D. 33.1.12 (Paul. 13 *resp.*). Sul punto, cfr. Solazzi, *Requisiti* cit. 20; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 113 ss. — In ordine all'apparente eccezione costituita dalla *servitus oneris ferendi*, essa appare problematicamente prospettata dalla giurisprudenza preclassica e classica, a quanto si apprende da D. 8.5.6.2 (Ulp. 17 *ed.*): *Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit. Sed evaluit Servi sententia, in proposita specie, ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.* Ma il contenuto della *servitus*, a ben vedere, è soltanto in apparenza anomalo, poiché l'obbligo del proprietario del fondo servente consiste essenzialmente in un « *pati* », cioè, nel sopportare un appoggio, mentre l'obbligo della riparazione è, certo, un dovere accessorio: cfr., da ultimo, Meffert, *Ulp. D. 8.5.6.4, Die Beteiligung mehrerer Personen an der « servitus oneris ferendi »*, in *St. Kaser* (1973) 83 ss.

63.4.8. Le servitù positive e le servitù negative implicavano, per il proprietario del fondo dominante, i cd. *adminicula servitutis*, cioè ogni facoltà di intervento sul fondo servente che fosse necessario allo scopo di assicurare o conservare l'esercizio della servitù: es., eseguire i lavori di riparazione dell'acquedotto ed utilizzare a questo fine anche lo spazio collaterale all'impianto (cfr. Pomp. D. 8.4.11.1).

di *facere* al quale il proprietario del fondo servente non poteva opporsi (es.: il diritto di passaggio su fondo altrui), oppure « negativa », se implicava un suo diritto di pretendere che il proprietario del fondo servente non compisse una certa attività (es.: *servitus altius non tollendi*).

64. I TIPI DI « IURA PRAEDIORUM ».

64.1. Prima di elencare sommariamente i tipi di *servitutes praediorum* affermatisi nel diritto romano, è opportuno far cenno ad alcune classificazioni dei *iura praediorum* che si rinvengono nelle fonti romane. Esse sono quelle delle *servitutes mancipi* e *nec mancipi*, delle *servitutes in solo* e *in superficie*, delle *servitutes rusticae* e *urbanae*.

64.1.1. 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, come abbiamo detto, si formarono in un'epoca in cui il *mancipium* era l'unico rapporto assoluto riconosciuto dal diritto romano. Rispetto ad esse tutte le altre servitù, venute in essere posteriormente, furono considerate « *servitutes nec mancipi* », con la conseguenza che non era richiesta la *mancipatio* per la loro costituzione, tuttavia nemmeno bastava la *traditio*: a tutela della pubblicità del rapporto, era richiesta la *in iure cessio*. *Servitutes mancipi* erano, in particolare, 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

---

64.1. Problemi di origine, modi e forme propri allo sviluppo evolutivo dei più antichi istituti, ragioni di dogmatica e casistica incidono (direttamente o soltanto di riflesso, come si vedrà) sulle classificazioni che delle servitù si facevano: cfr. in generale, Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 6 ss. e *passim*. V. anche *retro* n. 6.3.3.

64.1.1. In ordine alla classificazione delle *servitutes* in *mancipi* e *nec mancipi* ed alla concezione originariamente materialistica delle prime: *retro* n. 63.2.1. Il Bretone, *La nozione* cit. 26 ss., ha precisato che questa concezione materialistica delle servitù « è ancora viva nei *Digesta* di Alfeno », come mostrerebbe D. 8.3.30 (Paul. 4 *ep. Alf. dig.*), mentre appare superata nel pensiero labeoniano, a quanto testimoniano D. 8.1.20 (Iav. 5 *post Lab.*) e D. 8.6.17 (Pomp. 11 *var. lect.*). — Sui rapporti fra le servitù di passaggio e sulla loro evoluzione storica cfr.: Arangio-Ruiz, *Per la classificazione delle servitù di passaggio* (1910), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1974) 301 ss.; Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 28 ss. — Per la *servitus aquae ductus* v.: D. 43.20.1.5 (Ulp. 70 *ed.*); e D. 43.22.1.4 (Ulp. 70 *ed.*).

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 l'utilizzazione del fondo dominante.

64.1.2. La distinzione tra « *servitutes in solo* » e « *servitutes in superficie* » fu di origine piuttosto tarda e 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. Se ed in quanto il concedente di un diritto di superficie sul proprio suolo fosse tenuto verso il *superficiarius* a subire qualcosa di più della normale e generica disposizione del soprasuolo da parte di quest'ultimo (per esempio, fosse impegnato a subire l'inserzione o l'appoggio di fondazioni di uno stabile edificio), si disse talvolta che il superficiario, pur non essendo proprietario ma solo *possessor* anomalo del soprasuolo, aveva un *ius praedii* nei confronti del concedente.

64.1.3. In età storica la distinzione di maggiore, se non di fondamentale, importanza fu quella tra *servitutes rusticae* e *servitutes urbanae*. La differenza era fondata sulla struttura economica del rapporto e consisteva, più precisamente, in ciò: che « *servitutes praediorum rusticorum* » erano ritenute quelle che soddisfacessero ad esigenze

---

64.1.2. Estranea al *ius civile*, la distinzione tra *servitutes in solo* e *in superficie* venne delineandosi nel diritto pretorio, che favorì il superamento (attuatosi compiutamente in età giustinianea) del concetto di inscindibilità giuridica della *superficies* dal suolo. Posta da D. 8.1.3 (Paul. 21 *ed.*), ove si legge che « *servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt* », rappresenterebbe, secondo il Bonfante, *Corso* 3 cit. 373, una categoria particolare delle servitù urbane. Sul punto, cfr.: Riccobono, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (fr. 4, D. 8.1)*, in *T.* 3 (1921-22) 333 ss.; Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 22 ss., nonché *Sulla superficie come servitù* (1947-48), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 567 ss., Biondi, *Le servitù prediali* cit. 213 ss. — In ordine alle *servitutes in superficie* giova ricordare D. 8.2.20 pr. (Paul. 15 *Sab.*): *Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem (rell.)*. — Sulla *superficies* v. spec. *infra* n. 68.4.

64.1.3. La distinzione tra *servitutes rusticae* e *urbanae* s'incontra in Gai 2.17, purtroppo mutilo nella parte che riguarda l'elenco esemplificativo e comunque carente, al pari delle altre fonti, poiché mancano, pure in questa sede, i criteri su cui si fonda. Di qui i diversi tentativi formulati dalla più recente romanistica: Bonfante, *Corso* 3 cit. 36 ss. e *Note in tema di servitù*, in *St. Riccobono* 4 (1936) 147 ss.; Guarneri Citati, *Note critiche ed esegetiche sulle servitù prediali in diritto romano*, in *BIDR.* 43 (1935) 19 ss.; Grosso, *Appunti storici e « de iure condendo » sulla distinzione fra servitù rustiche e urbane*, in *Riv. dir. agr.* (1938) 1 ss.; Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 2 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 200 ss.

tipiche dell'agricoltura, mentre « *servitutes praediorum urbanorum* » erano intese quelle soddisfacenti ad esigenze tipiche dei centri urbani (in quanto miravano, in particolare, a procurare sostegno, prospetto, luce e scarico ad edifici). È da sottolineare che la distinzione non aveva rapporto, secondo la giurisprudenza classica, con la effettiva situazione dei fondi in territorio urbano o in territorio extraurbano: una servitù urbana (così definita perché tipicamente urbana) poteva costituirsi anche in territorio non urbano, e viceversa una servitù rustica poteva essere costituita anche in territorio urbano.

64.2. *Servitutes praediorum rusticorum* erano anzitutto 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 (*nec mancipi*) furono: la « *servitus aquae haustus* », implicante il diritto di attingere acqua nel fondo servente, e quindi anche di entrarvi a questo scopo; la « *servitus pecoris ad aquam adpulsus* », consistente nel diritto di portare il proprio bestiame nel fondo servente per l'abbeverata; la « *servitus pecoris pascendi* », consistente nel diritto di portare il proprio bestiame nel fondo servente per farlo pascolare ivi; la « *servitus calcis coquendae* », 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.

64.3. *Servitutes praediorum urbanorum* (tutte *nec mancipi*) furono le seguenti: le « *servitutes stillicidii* » e « *fluminis* »,

---

64.2. Le servitù rustiche (cfr. D. 8.3) vengono di solito raggruppate, dagli interpreti, in due classi: *iura itinerum* e *iura aquarum*. Ma v'è ancora da aggiungere a quanto già detto alla nt. 64.1.3, che, fondandosi codesta classificazione sulla funzione della servitù e non sulla qualifica del fondo, una servitù è sempre rustica o urbana, e non soggetta, quindi, a variazioni. Un'affermazione, questa, che, se non è proprio contraddetta, incontra quanto meno delle difficoltà in D. 6.2.11.1 (Ulp. 16 *ed.*), ove è considerata servitù urbana (e non rustica come tradizionalmente ritengono le fonti) il passaggio di un acquedotto attraverso la casa altrui, e nell'inquadramento proposto in D. 8.3.2 pr. (Ner. 4 *reg.*), sui quali cfr., rispettivamente: Perozzi, *L'editto Publiciano* (1895), ora in *Scr.* 2 (1948) 399 ss.; Bonfante, *Note* cit. 136 ss. In ordine alle varie servitù rustiche cui accenniamo nel testo, cfr. Arangio-Ruiz, *Per la classificazione* cit.; Meylan, « *Fructus sine usu* », in *St. Albertoni* 1 (1934) 95 ss.: Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 27 ss. In particolare, sui *iura aquarum*: Capogrossi Colognesi, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano* (1966). — Sulle servitutes mancipi: *retro* n. 64.1.1.

64.3. Le servitù urbane (cfr. D. 8.2) si raggruppano dalle fonti nell'ambito di tre classi, secondo l'ordine storico di formazione: *iura stillicidiorum, iura parietum, iura luminum*. Raggruppamenti che non sembrano classici, se non nel senso che le servitù urbane sorgono dal regolamento degli *stillicidia*, dei *parietes* e dei *lumina*: così Grosso, *Evoluzione storica della servitù e il problema della tipicità* cit. 265. Sui singoli tipi: cfr. Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 27 ss. e, in particolare sulla « *servitus ne luminibus officiatur* », 80 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 200 ss.

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 a proposito del principio « *servitus in faciendo consistere nequit* »; la « *servitus protegendi* » e la « *servitus proiciendi* », consistenti nel diritto di far sporgere il tetto, oppure i propri balconi, o altre strutture di un edificio, 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 le costruzioni erette su quest'ultimo non oscurassero le « luci » delle costruzioni erette sul fondo dominante, cioè le aperture destinate a portare la luce naturale al loro interno; 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.

64.4. 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.

64.4.1. Le cd. « *servitutes praetoriae* » furono rapporti analoghi, ma non identici alle *servitutes* del *ius civile*: principalmente quelli costituiti mediante semplice *traditio* e quelli in cui l'*utilitas* non fosse

---

64.4. Le *servitutes* irregolari non sono soltanto, a nostro avviso, le servitù anomale, ma tutte le manifestazioni di *iura praediorum* che si ritrovano nelle fonti e che non sono riconducibili ai canoni civilistici delle *servitutes praediorum*.

64.4.1. Sulle *servitutes praetoriae* cfr.: Perozzi, *I modi pretori d'acquisto delle servitù* (1897), ora in *Scr.* 2 (1948) 197 ss.; Krüger, *Die prätorische Servitut* (1911); Rabel, *Zu der sogenannten prätorischen Servitut* (1911); Rabel, *Zu den sogenannten prätorischen Servituten* (1912), ora in *Ges. Aufsätze* 4 (1971) 247 ss.; Frezza, *Appunti esegetici in tema di modi pretori di costituzione di usufrutto e delle servitù prediali*, in *SUC.* 1934; Maschi, *Contributo allo studio delle servitù pretorie*, in *BIDR.* 46 (1939) 274 ss. V. Ulp. D. 43.18.1.9: *Servitutes quoque praetorio iure constituentur* (*rell.*), che continua parlando di una tutela consistente in *actiones utiles*. — Le *servitutes personae* sono generalmente attribuite al diritto postclassico (nel senso che il diritto classico avrebbe negato loro il carattere di *servitus*): Biondi, *Le servitù prediali* cit. 133 ss. Per noi la *tuitio praetoris* del diritto classico si trasformò in *vindicatio servitutis* nel diritto giustinianeo. Cfr. specialm. Pap. D. 8.3.4 (... *si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestabitur servitus*) con l'aggiunta giustinianea di Ulp. D. 8.3.5 (*Ergo secundum eum et vindicari poterit*).

rapportata al fondo dominante, ma piuttosto alla persona del suo attuale proprietario (cd. « *servitutes personae* »). A questi rapporti dette talvolta tutela, quando fosse equo farlo, il *ius honorarium* con mezzi che lo stato delle nostre conoscenze non permette di identificare.

64.4.2. Le cd. « *servitutes* provinciali » furono rapporti identici alle *servitutes* civilistiche, ma aventi ad oggetto fondi delle *provinciae*, in ordine ai quali, non potendo esservi il *dominium ex iure Quiritium*, non potevano esservi nemmeno vere e proprie *servitutes*. Esse si costituivano « *pactionibus et stipulationibus* » (cioè con atti creativi di mere *obligationes*) e ricevevano una tutela « utile » (cioè con *actiones utiles*) approssimativamente corrispondente a quella delle *servitutes* civilistiche.

64.4.3. « Servitù anomale » furono, a quanto risulta, le seguenti: la « *servitus altius tollendi* », la quale implicava il diritto di fabbricare

---

64.4.2. Fondamentale per la configurazione della categoria delle servitù provinciali è Gai 2.31, un passo che è, forse quant'altri mai, variamente interpretato: *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut < in > iure cessionem recipiunt.* Ma non meno discussi appaiono D. 7.1.3 pr. (Gai 2 *r. cott.*); D. 7.4.1 pr. (Ulp. 17 *Sab.*), ampiamente lacunoso ma integrabile con Vat. 61; D. 7.1.25.7 (Ulp. 18 *Sab.*); D. 8.3.33 pr. (Afr. 9 *quaest.*). Sì che la più recente romanistica è non solo profondamente, ma addirittura polemicamente divisa: infatti, mentre la maggioranza considera possibile la costituzione mediante *pactio* e *stipulatio*, sui fondi provinciali, di rapporti reali aventi il contenuto di usufrutto e di servitù (cfr. in tal senso Maschi, *Contributi* cit.; Grosso, *I problemi dei diritti reali* cit. 293 ss., *Usufrutto*[2] cit. 355 ss., *Servitù* cit. 192 ss., e, da ultimo, *Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto « pactionibus et stipulationibus » sui fondi provinciali*, in *Fs. von Lübtow* [1970] 411 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 246 ss. e *Contratto e « stipulatio »* [1953] 16, 367 ss.), viceversa un gruppo di studiosi è di parere radicalmente contrario, poiché ritiene che — di là dalla fisionomia o dalla struttura — *pactio* e *stipulatio* non possono produrre altro che una *obligatio*: cfr. Frezza, *Appunti* cit., 84 ss., 100 ss.; Solazzi, *Requisiti* cit. 109 s. Un interessante tentativo di spiegazione sul piano storico, cui non è estraneo l'influsso della prassi, è compiuto dal Bretone, *La nozione* cit. 227 ss., che esamina pure CI. 3.34.5 (a. 246) e CI. 3.34.10 (a. 294), e giunge alla conclusione che, « almeno a partire dalla metà del terzo secolo d.C., la cancelleria imperiale riconobbe ai concessionari di un fondo stipendiario o tributario la possibilità di costituirvi un rapporto di natura analogo all'usufrutto o alle servitù ». Sul tema v. anche *infra* nt. 65.1.6.

64.4.3. Per le servitù anomale, cfr. Gai 2.14, 2.31 e 4.3; D. 8.2.2 (Gai 7 *ed. pr.*); I. 2.3.1 e D. 8.2.2, che offrono testimonianza, rispettivamente, intorno alla « *servitus altius tollendi* », alla « *servitus luminibus officiendi* » e alla « *servitus stillicidii non avertendi* »: servitù che implicano, tutte, l'esercizio di facoltà ricomprese nel *dominium*. Tentativi di spiegazione, sul piano generale, in: Biondi, *La categoria* cit. 67 ss., attento anche al fenomeno del tardo assorbimento nel concetto di « *servitus* » dei limiti legali del *dominium*; Levy, *West roman vulgar law, The law of property* (1951) 115 ss. Seppure non del tutto accettabile, sul punto cfr. inoltre Grosso, *Sulle servitù « altius tollendi » e « stillicidii non avertendi »*, in *St. Alber-*

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 vincolati a non oscurare quelle luci dall'esistenza di una qualche servitù a proprio carico); la « *servitus stillicidii non avertendi* », che consisteva nel diritto di non ricacciare le acque piovane che si riversassero dal tetto altrui. 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 la possibilità spettante al proprietario di un fondo, quando non sia gravato da servitù nei riguardi dei proprietari dei fondi vicini, di esercitare ogni facoltà compresa nel suo diritto: cosa ovvia sino ad un certo punto, se si ricordano le numerose limitazioni circa l'altezza e le luci degli edifici introdotte dalla legislazione postclassica. Le cd. servitù anomale sono, in questa prospettiva, le espressioni di deroghe che vennero apportate, a favore di questo o quel proprietario, a quei limiti legali.

65. Il regime dei « iura praediorum ».

65.1. Affinché si potesse procedere a valida costituzione di una *servitus* regolare, occorreva il concorso dei seguenti requisiti: che i due fondi in correlazione fossero fondi situati *in solo Italico*; che i proprietari dei due fondi fossero *domini ex iure Quiritium* e quindi *cives Romani*; 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, scomparse la *mancipatio* e la *in iure cessio*, i primi due modi di costituzione delle *servitutes* vennero meno, mentre ai rimanenti se ne aggiunsero altri quattro: la *pactio et stipulatio*, la *traditio servitutis*, la *praerogativa temporis* e la *destinatio patris familias*.

---

toni 1 (1934) 453 ss., per il quale queste due anomale figure si pongono soltanto qualora si tenti di superare il limite di tolleranza nei rapporti di vicinato. Noi qui aderiamo (di là da talune riserve di dettaglio) alle conclusioni cui giunge il Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 80 ss., che vede i presupposti già in epoca classica. Interessante e non priva di suggestioni ci sembra, infine, l'ipotesi suggerita dal Branca, *Considerazioni sulla « servitus altius tollendi »*, in *St. Cicu* 1 (1951) 105 ss., allorché individua la genesi di questa servitù nell'ambiente provinciale. Azzardate, invece, talune illazioni e generalizzazioni di Rodger, *Owners and neighbours in roman law* (1972). — Sulle cd. *servitutes legis*: *retro* n. 62.2.

65.1. Sulla costituzione delle servitù, in generale, cfr.: Solazzi, *Requisiti* cit. 85 ss. Biondi, *Le servitù prediali* cit. 221 ss.; Grosso, *Servitù* cit. 187 ss.

65.1.1. La « *mancipatio servitutis* » era riservata in età classica (in alternativa alla *in iure cessio*) per le *servitutes mancipi*. Non sappiamo però quali ritocchi si fossero apportati alla formula di *mancipatio* traslativa del *dominium* e in che modo fosse soddisfatta la esigenza della presenza della cosa nel cerimoniale della *mancipatio*.

65.1.2. Tutte le altre *servitutes nec mancipi* si costituivano, in diritto classico, solo mediante « *in iure cessio servitutis* », cioè mediante un processo fittizio di *vindicatio servitutis* esercitata dall'acquirente e di *cessio in iure* da parte dell'alienante.

65.1.3. 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 del *dominium ex iure Quiritium* di un fondo: *mancipatio, in iure cessio, legatum*. Il negozio di alienazione del fondo, in altri termini, era compiuto « *deducta servitute* » a favore dell'alienante (o, nel caso del *legatum*, a favore dell'erede).

65.1.4. Mediante un « *legatum per vindicationem* » il testatore poteva costituire a favore del legatario il diritto reale di servitù.

65.1.1. In ordine alla *mancipatio servitutis* Gai 2.29, mantenendosi coerente con quanto già indicato in 2.17, afferma: *Sed iura praedorium urbanorum in iure cedi < tantum > possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt.* Per la letteratura e, massime, i problemi v. *retro* nt. 64.1.1, cui *adde* Solazzi, « *Servitutis mentio in mancipatione* » (1952), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 630 ss., ove, fondandosi su D. 12.6.22.1 (Pomp. 22 *Sab.*) e D. 19.1.8 pr. (Paul. 5 *Sab.*), l'a. afferma che tocca al *mancipio accipiens* dichiarare che sul fondo acquistato viene imposta una servitù. Ciò perché, nella *mancipatio*, è sempre il *mancipio accipiens* a parlare: itp. appaiono, dunque, D. 4.3.7.3 (Ulp. 11 *ed.*), D. 8.2.35 (Marc. 3 *reg.*) e D. 8.4.6 (Ulp. 28 *Sab.*), nei quali la servitù è menzionata dal *mancipio dans*. Tuttavia D. 21.2.69.5 (Scaev. 2 *quaest.*) i.f. e, forse, D. 19.1.13.6 (Ulp. 32 *ed.*) lasciano credere che, al momento di iniziare il rituale della *mancipatio*, l'alienante potesse pronunciare qualche proposizione vòlta a limitare la sua responsabilità « *auctoritatis nomine* ». Con tutte le cautele del caso, noi riteniamo che, già in origine, da queste *nuncupationes* dei due proprietari abbia potuto prender vita il loro *consortium* in ordine alla *pars fundi* interessata. V. *retro* n. 63.2.2.

65.1.2. Il riferimento dell'*in iure cessio servitutis* alle *servitutes nec mancipi* risulta (specialmente con l'integrazione del « *tantum* ») da Gai 2.29, cui *adde* D. 8.2.39 (Paul. 1 *manual.*), sebbene generico sotto questo profilo.

65.1.3. La *deductio servitutis* altro non era che una riserva in forma di *lex suae rei dicta*, che l'alienante operava a proprio favore nell'ambito d'una *mancipatio*, o d'una *in iure cessio*, o d'un *legatum*. E in proposito si legga, in part., D. 8.4.7 pr. (Paul 5 *Sab.*): *In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, species servitutis exprimenda est, ne, si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, quae servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat.* Probabilmente itp. è, sull'argomento, D. 8.4.6 pr. (Ulp. 28 *Sab.*).

65.1.4. In diritto postclassico la costituzione mediante *legatum* avveniva con legato ad effetti reali. Sull'argomento, per aspetti particolari, cfr.: Grosso, *Miscellanea critica*, in *St. Albertario* 1 (1953) 587 ss.

65.1.5. Fu anche ammesso, come modo di costituzione delle servitù, la « *adiudicatio* » della *servitus* da parte del *iudex* in un giudizio divisorio, allorché egli, trovandosi a dividere un *dominium ex iure Quiritium* collettivo su una determinata cosa, ritenesse opportuno o necessario assegnare ad uno dei condividenti la servitù su una cosa o su parte della cosa. Questo modo di costituzione rimase fermo in diritto postclassico.

65.1.6. In età postclassica, il modo regolare e fondamentale di costituzione delle servitù divenne la « *pactio et stipulatio* », vale a dire l'accordo in qualunque forma (ma completato da *clausola stipulationis*) tra proprietario del fondo dominante e proprietario del fondo servente: modo di costituzione che era usato in diritto classico, come abbiamo visto, per le cd. servitù provinciali.

65.1.7. 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

---

65.1.5. Forse l'*adiudicatio servitutis* era ammessa esclusivamente nei *iudicia legitima*. Cfr. D. 10.2.22.3 (Ulp. 19 *ed.*: ipotesi di un'*actio familiae erciscundae*): *Sed etiam cum adiudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis quo adiudicat: sed si pure alii adiudicaverit fundum, alium adiudicando amplius servitutem imponere non poterit.* Ma si legga, inoltre, D. 10.3.7.1 (Ulp. 20 *ed.*), che riguarda un'*actio communi dividundo*: *Neratium scribit arbitrum, si regionibus fundum non vectigalem divisum duobus adiudicaverit, posse quasi in duobus fundis servitutem imponere.*

65.1.6. Sulle *pactiones et stipulationes* v. I. 2.3.4: *Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet* (*rell.*). *Adde* I. 2.4.1 e il sospettato D. 8.3.33 (Afr. 9 *quaest.*). Sul punto il Solazzi, *Stipulazioni di servitù prediali* (1954), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 551 ss., sottolinea come la *stipulatio servitutis* (di solito rafforzata con la promessa di una penale) potesse surrogare la costituzione del diritto reale di servitù o soltanto accompagnarla. È nota, altresì, che, nella « quasi totalità dei testi », oggetto di stipulazione sono esclusivamente le servitù di passaggio, sì che considera non genuini i sette luoghi in cui sarebbero stipulate servitù diverse da quelle di passaggio: D. 7.1.19 pr. (Pomp. 5 *Sab.*), D. 8.1.17 (Pomp. *l. s. reg.*), D. 8.2.33 (Paul 5 *ep. Alf. dig.*), D. 13.3.1 pr. (Ulp. 27 *ed.*), D. 19.1.3.2 (Pomp. 9 *Sab.*), D. 35.1.72 pr. (Pap. 18 *quaest.*), D. 46.4.13.1 (Ulp. 50 *Sab.*).

65.1.7. Sulla *patientia* v.: D. 6.2.11.1 (Ulp. 16 *ed.*) e D. 8.3.1.2 (Ulp. 2 *inst.*), chiaramente, il primo, circa la concessione dell'*actio Publiciana*; genericamente, il secondo, a proposito d'una tutela pretoria. Ma prezioso sembra pure D. 8.1.20 (Iav. 5 *post. Lab.*), ove si ammette una equivalenza fra *usus servitutis* e *traditio*: sul punto, cfr. Solazzi, *Requisiti* cit. 149 ss., che nega i precedenti classici; *contra* Biondi, *Le servitù prediali* cit. 265 ss., che esclude ogni sospetto in ordine a questi passi, poiché non risulterebbe spiegabile il ricorso da parte di Giustiniano all'*actio Publiciana*. — Sulle cd. servitù positive: *retro* n. 63.4.8.

il proprietario di un altro fondo compisse atti di servitù positiva (passaggio, abbeverata ecc.).

65.1.8. In origine le *servitutes* si potevano acquistare mediante *usucapio*, probabilmente col decorso di due anni. Tuttavia una *lex Scribonia*, di data incerta, ma comunque della fine dell'epoca repubblicana, vietò l'« *usucapio servitutis* ». Senonché, in diritto postclassico si tornò 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 » (o meglio, appariscente) da opere costruite sul fondo servente *ab immemorabili*, 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.

65.1.9. Un modo tipicamente postclassico di costituzione delle servitù prediali fu la così detta « *destinatio patris familias* », la quale presupponeva una preesistente correlazione di « servitù di fatto » 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 econo-

---

65.1.8. La *lex Scribonia de usucapione servitutium* ci è nota attraverso un accenno di Paul. D. 41.3.4.28(29): *Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute (rell.)*. Assai discussa è la data della legge: si va dal 216 a.C. (anno del tribunato plebeo di L. Scribonio Libone) alla fine del sec. I a.C. (e precisamente dopo Cic. *Caec.* 26.74, che sembra ancora ritenere, nel 69 a.C., usucapibili le servitù rustiche). Dubbio è anche, nella quasi completa mancanza di indizi testuali creata da Giustiniano con la rilevanza data alla *praescriptio longi temporis*, se fossero usucapibili, prima della *lex Scribonia* (presumibilmente un *plebiscitum*), le sole servitù rustiche o anche quelle urbane, le sole servitù positive o anche quelle negative. Sul tema, da ultimo: Tomulescu, *Sur la loi Scribonia « de usucapione servitutium »*, in *RIDA*. 17 (1970) 329 ss., con bibliografia. Per la data della legge, l'opinione da noi accolta è quella dominante: forse si trattò di un *plebiscitum* fatto votare nel 50 a.C. dal tribuno della plebe C. Scribonio Curione. — Per la *vetustas* o « *praerogativa temporis* », si possono indicare: D. 39.2.26 (Ulp. 81 *ed.*); D. 43.20.3.4 (Pomp. 34 *Sab.*); CI. 3.34.1 (a. 211); CI. 3.34.7 (a. 286). — Per la *longi temporis praescriptio*: CI. 7.33.12.4 (a. 531) e gli itp. D. 8.2.28 (Paul. 15 *Sab.*), D. 8.5.10 pr. (Ulp. 53 *ed.*), D. 39.3.1.23 (Ulp 53 *ed.*). Cfr.: Solazzi, *Requisiti* cit. 164 s.; Alonso y Lambare, *Anotaciones sobre el diuturno « usus » y la « vetustas » de la adquisición de servidumbres*, in *Est. Sanchez del Rio* (1967) 197 ss.

65.1.9. In ordine alla *destinatio patris familias*, se non proprio ambigui, certo non chiari appaiono gli itp. D. 8.2.10 (Marcell. 4 *dig.*), D. 8.2.41 pr. (Scaev. 1 *resp.*), D. 8.5.20 pr. (Scaev. 4 *dig.*), D. 33.2.15.1 (Marcell. 13 *dig.*). Sul punto cfr.: Crifò, sv. *Destinazione del padre di famiglia (dir. rom. e interm.)*, in *ED.*, con bibliografia, a cui *adde* Astolfi, *Costituzione di servitù e destinazione del padre di famiglia*, in *BIDR*. 72 (1969) 121 ss.

mico 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.

65.2. Modi di estinzione delle *servitutes praediorum* furono: la confusione, la rinuncia, il *non usus* e l'*usucapio libertatis*, il mutamento dello stato dei luoghi.

65.2.1. La « *confusio* » aveva luogo allorché i due fondi in correlazione di *servitus* venissero per un qualunque motivo 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* », che impediva la esistenza di una servitù tra due fondi appartenenti allo stesso soggetto. Questo modo di estinzione si mantenne in età postclassica.

65.2.2. La rinuncia, o più propriamente, la « *remissio servitutis* », si aveva allorché il proprietario del fondo dominante rinunziasse alla servitù a lui spettante. Ma la rinuncia, per poter essere giuridicamente operante, 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 *in iure cessio*. Il diritto postclassico ritenne sufficiente una « *concessio* » non formale da parte del proprietario del fondo dominante.

65.2.3. Il « *non usus* », come causa di estinzione delle servitù positive (e quindi, principalmente, delle servitù rustiche), aveva luogo

---

65.2. Sull'estinzione delle servitù, in generale, cfr.: Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 125 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 305 ss.; Grosso, *Servitù* cit. 241 ss.

65.2.1. Sulla *confusio* cfr.: Guizzi, sv. *Confusione nella proprietà (dir. rom.)*, in *NNDI*. Si legga, a proposito delle servitù, la definizione contenuta in D. 8.6.1 (Gai 7 *ed. pr.*): *Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit*. Sul punto: Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 155 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 305 s. — Sul principio *nemini res sua servit*: *retro* n. 63.4.1.

65.2.2. Criticando un'opinione isolata del Perozzi, *Istituzioni* 1.774 nt. 1, secondo cui la *remissio servitutis* poteva attuarsi soltanto per *confusio* (cioè, con il trasferimento di uno dei fondi al proprietario dell'altro con il patto di ritrasferirlo), il Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 125 ss., ritiene che tale rinuncia si attuasse, nel diritto classico, mediante *in iure cessio*. Conclusione respinta da Biondi, *Le servitù prediali* cit. 306 ss., che, ribadendo la sua precedente impostazione (*La categoria* cit. 354 ss.), nega l'esistenza d'un atto di rinuncia alla servitù. Ma un ritorno all'insegnamento tradizionale è proposto, con interessante esegesi e convincenti argomentazioni, dal Treves, *Sulla estinzione delle servitù per rinuncia*, in *Labeo* 2 (1956) 222 ss., ove si sottolinea il valore di alcune testimonianze, e massime D. 8.2.21 (Pomp. 33 *Sab.*) e D. 8.3.20 (Pomp. 33 *Sab.*).

65.2.3. Del *non usus* informa, tra l'altro, PS. 1.17.1-2: *Viam iter actum*

quando la servitù prediale non fosse stata esercitata per due anni. Il termine dei due anni, caratteristico del diritto classico, nell'età post-classica 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*. 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.

65.2.4. 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, perché 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 aperta tolleranza, da parte del proprietario del fondo dominante, di una attività che il proprietario del fondo servente non avrebbe potuto compiere, se avesse voluto assolvere i doveri che gli incombevano in forza della costituzione di *servitus*: per esempio, trattandosi di una *servitus altius non tollendi*, era richiesto che il

---

aquae ductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur: nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur. Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit et biennio usurpata recipitur. Cfr.: Longo (G.), sv. « *Non usus* », in *NNDI.* — Sulla *praescriptio longi temporis*: *retro* n. 61.3.2 e 62.4.

65.2.4. Sulla *usucapio libertatis* v. Gai. D. 8.2.6, ove si legge che il *non usus* si realizza diversamente, a seconda che si tratti di servitù rustiche o urbane: *Haec autem iura similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem* (*rell.*). Sì che, per le servitù urbane, i giuristi classici parlarono in questi casi di « *usucapio libertatis* », determinando, nelle connessioni e nelle divergenze, apparenti o reali, molteplici ragioni di discussione nella romanistica contemporanea: cfr. Bucci, sv. « *Usucapio libertatis* », in *NNDI.* Infatti, in questo aspetto del regime giuridico delle servitù prediali non si tralascia di scorgere il riflesso della loro formazione come *iura in re aliena*. Tale profilo è particolarmente approfondito dal Grosso, *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù per « non usus » e della « usucapio libertatis »*, in *FI.* 62,4 (1937) 266 ss., mentre il Branca, *Non uso e prescrizione*, in *Scr. Ferrini Milano* 1 (1947) 169 ss., si limita ad esaminare il *non usus*, collegando la sua introduzione con la *lex Scribonia* (v. *retro* nt. 65.1.8). In ordine ai rapporti fra *non usus* e *usucapio libertatis*, infine, il Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 159 ss., ne afferma la sostanziale differenza; ma (più esattamente, a noi pare) il Biondi, *Le servitù prediali* cit. 311 ss., li riconduce entrambi al fatto comune dell'acquisto del fondo come libero, scorgendo nell'*usucapio* la necessaria conseguenza del *non usus*: cioè, due diverse manifestazioni di un unico modo di estinzione, come mostra chiaramente D. 41.3.4.28(29) (Paul. 54 *ed.*).

proprietario del fondo servente avesse effettivamente fabbricato, contravvenendo ai suoi obblighi, e che il proprietario del fondo dominante per tutto il periodo relativo non avesse fatto opposizione a questa edificazione, facendo con ciò intendere la sua tolleranza. Fu questo il motivo per cui, relativamente alle servitù negative, anziché di *non usus*, si preferì parlare di « *usucapio libertatis* », realizzantesi a favore del proprietario del fondo servente.

65.2.5. 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 allorché l'edificio dominante o l'edificio servente fosse stato demolito, salvo che la demolizione 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.

65.3. 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 ponesse ostacoli all'esercizio della servitù. In diritto giustinianeo la *vindicatio servitutis* era anche qualificata « *actio confessoria* », in base

---

65.2.5. A proposito del mutamento dello stato dei luoghi, varie sono le ipotesi, a seconda dei diversi tipi di servitù: D. 7.4.24.1,2 (Iav. 3 *post. Lab.*); D. 8.1.14.1 (Paul. 15 *Sab.*); D. 8.2.20.2 (Paul. 15 *Sab.*); D. 8.6.14 pr. (Iav. 10 *Cass.*). Sul punto, cfr.: Guarneri Citati, *Note critiche ed esegetiche sulle servitù prediali in diritto romano*, in *BIDR*. 43 (1935) 19 ss. e, *contra*, in ordine all'estinzione delle servitù rustiche, Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 170 ss., che non considera la distruzione materiale, bensì quella giuridica. Intorno alle servitù urbane, cfr. pure Biondi, *Le servitù prediali* cit. 323 ss.

65.3. Azione civile vòlta ad affermare l'esistenza del diritto di servitù, la *vindicatio servitutis* (v. D. 8.5, cui *adde* gli interessanti D. 39.1.9 [Gai. *ed. urb.*] e D. 43.27.1.5 [Ulp. 71 *ed.*], solo parzialmente sospettati) trova la sua matrice nella *rei vindicatio* con cui si faceva valere il *mancipium* su *iter, via, actus* e *aquae ductus*. Sul punto, cfr.: Segré, *La denominazione d'« actio confessoria » per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in *Mél. Girard* 2 (1912) 511 ss., che per primo dimostrò l'opera dei compilatori nel qualificare la *vindicatio servitutis* come « *actio confessoria* ». Conclusione, questa, ormai ampiamente acquisita, sì che cfr. per tutti: Solazzi, *La tutela e il possesso* cit. 1 ss., 5 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 343 ss.; Grosso, *Servitù* cit. 241 ss.

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* del proprietario del fondo servente, 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 in via utile un'« *actio in rem* », che forse era la stessa che serviva alla *vindicatio* del fondo. Nel diritto giustinianeo l'*actio confessoria*, data l'unificazione dei vari tipi di servitù, divenne l'azione generale a tutela di ogni servitù.

65.3.1. La formula della *vindicatio servitutis* era redatta in modo da invitare il *iudex 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 (similiave)* », e continuava nel modo solito della *vindicatio rei*.

65.3.2. La *vindicatio servitutis* spettava al *dominus* del fondo dominante non solo contro il *dominus* del fondo servente, ma anche contro chiunque gli impedisse l'esercizio della servitù stessa, pur se non fosse il proprietario del fondo servente: quindi anche contro il semplice possessore del fondo servente che impedisse l'esercizio della servitù.

65.4. Il proprietario del fondo, che dal proprietario vicino si sostenesse gravato di servitù, poteva, come già sappiamo, contestare la

---

65.3.1. Per la ricostruzione della formula della *vindicatio servitutis* cfr. Lenel, *EP.*[3] 191 ss. Ivi, particolarmente 193 s., i problemi inerenti alla struttura. — Sulla *rei vindicatio*: *retro* n. 59.2.

65.3.2. Riguardo alla legittimazione attiva e passiva, la regola generale s'incontra in D. 8.5.6.3 (Ulp. 17 *ed.*): *Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio.* Ma l'azione può essere esperita, secondo alcuni giuristi, fra i quali in special modo Ulpiano, pure dall'usufruttuario (Ulp. 18 *Sab.*, D. 7.6.1 pr.; Ulp. 17 *ed.*, D. 7.6.5.1; Ulp. 71 *ed.*, D. 43.25.1.4) e in via utile; secondo il diritto giustinianeo, persino dal creditore pignoratizio, dall'enfiteuta e dal superficiario: D. 8.1.16 (Iul. 49 *dig.*) e D. 39.1.3.3 (Ulp. 52 *ed.*). — Controversie sulla legittimazione passiva in: Biondi, « *Actio negativa* » *e* « *actio prohibitoria* » *come azioni a difesa delle servitù e dell'usufrutto*, in *AUME.* 1929, che la nega al possessore del fondo servente; al contrario la riconoscono il Buckland, *The protection of* « *servitutes* » *in roman law*, in *LQR.* 46 (1930) 447 ss.; Grosso, *I diritti reali nell'impostazione* cit. 124 ss.; Solazzi, *La tutela e il possesso* cit. 14 ss. e *L'azione dell'usufruttuario per le servitù in favore del fondo* (1951), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 615 ss. Conclusione cui sembra legittimo aderire, poiché testimonia chiaramente in tal senso D. 8.5.10.1 (Ulp. 53 *ed.*): *Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. Et generaliter quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero.*

65.4. Sull'*actio negatoria servitutis* cfr. Solazzi, *La tutela e il pos-*

esistenza della servitù mediante un'*actio negatoria* (*servitutis*), intesa ad ottenere l'accertamento che il preteso fondo servente era invece « *optimus maximus* ».

65.5. La procedura della *vindicatio* e dell'*actio negatoria*, salva la differente formulazione dei due *iudicia*, 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 arbitrariae*, 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-giustinianea, dato il sopravvento del principio della *condemnatio in ipsam rem*, 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.

65.6. 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*, soprattutto 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 di fatto in una condizione analoga a quella del titolare di un fondo dominante rispetto al fondo servente, non erano, in epoca

---

sesso cit. 40 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 353 s.; Grosso, *Servitù* cit. 301 ss. V. *retro* n. 59.4.

65.5. Per la procedura v. *retro* n. 59.2 ss. — Circa l'esistenza nella formula d'una *clausula arbitraria*, « *nisi ea res arbitrio tuo restituetur* », mette conto notare ch'essa fu negata dal Lenel, *EP.*[3] 193 e nt. 6, ma in seguito affermata, con argomentazioni convincenti, dal Segré, *La clausola restitutoria nelle azioni « de servitutibus »*, in *BIDR.* 41 (1933) 17 ss., cui aderì il Solazzi, *La tutela e il possesso* cit. 36 ss.: ivi altra bibliografia.

65.6. Sulla protezione interdittale cfr.: Fabi, *La protezione interdittale delle servitù prediali*, in *AUCA.* 1941; Solazzi, *La tutela e il possesso* cit. 51 ss., e « *Interdictum quam servitutem?* », (1950), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 215 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 355 ss.; Grosso, *Servitù* cit. 304 ss. V. *retro* n. 44.3.

classica, considerati come veri interdetti possessori e davano luogo a *possessio ad interdicta* anomala, cioè a quella che in età postclassica si passò a denominare *possessio iuris*.

65.6.1. Gli *interdicta de servitutibus* furono, più precisamente, i seguenti: l'*interdictum* « *de itinere actuque privato* », che proibiva di impedire con la violenza l'esercizio di una servitù di passaggio a chi da almeno un anno la esercitasse di fatto (purché *nec vi nec clam nec precario* rispetto al *prohibitus*); l'*interdictum* « *de itinere actuque reficiendo* », che proibiva di impedire con la violenza la riparazione della *via* o del tracciato dell'*actus* fatta nel fondo servente da chi esercitasse di fatto da almeno un anno (sempre *nec vi nec clam nec precario* rispetto al *prohibitus*) il passaggio; l'*interdictum* « *de aqua cottidiana* », che proibiva di impedire con la violenza la deduzione di acqua dal fondo servente a chi da almeno un anno la deducesse di fatto (purché *nec vi nec clam nec precario* rispetto al *prohibitus*); l'*interdictum* « *de aqua aestiva* » che poneva la stessa proibizione e allo stesso modo a favore di chi deducesse di fatto acqua per la stagione estiva dal fondo servente e lo avesse già fatto almeno nell'estate precedente; l'*interdictum* « *de rivis* », che proibiva di impedire con la violenza la riparazione o lo spurgo di canali e chiuse a chi già avesse utilizzato di fatto quegli impianti nell'estate precedente (*nec vi nec clam nec precario* rispetto al *prohibitus*); l'*interdictum* « *de fonte* », che tutelava in modo analogo chi utilizzasse di fatto da almeno un anno una fonte, un lago, un pozzo o una piscina, o chi volesse procedere alla relativa riparazione; l'*interdictum* « *de cloacis* », che proibiva di impedire con la violenza la riparazione o lo spurgo di condotte cloacali passanti per il fondo servente a chi utilizzasse di fatto (anche da meno di un anno ed anche *vi clam precario*) quelle condotte.

66. L'« USUSFRUCTUS ».

66.1. L'*usufructus* era un rapporto assoluto reale in senso improprio avente ad oggetto una *res* fruttifera (mobile o immobile) e

---

65.6.1. Sulle singole figure di *interdicta de servitutibus* fonti in: D. 43.19 (*De itinere actuque privato*); D. 43.20 (*De aqua cottidiana et aestiva*); D. 43.21 (*De rivis*); D. 43.22 (*De fonte*); D. 43.23 (*De cloacis*). Cfr.: Lenel, *EP*,[3] § 250-254, con ulteriori ipotesi nell'ambito d'una ampia indicazione di fonti.

66.1. Sull'*usufructus* cfr. Di Marzo, *Sulla definizione romana dell'usufrutto*, in *St. Fadda* 1 (1905) 139 ss.; Pampaloni, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in *BIDR*. 22 (1910) 109 ss.; De Ruggiero, *Usufrutto e diritti affini (c.d. servitù perso-*

inconsumabile. In forza di esso l'« *ususfructuarius* » aveva *erga omnes* il diritto (temporaneo e, tutt'al più, vitalizio) di usare della cosa di un altro soggetto e di percepirne i *fructus* (« *ius utenti fruendi* »), purché non ne mutasse la destinazione economica (« *salva rerum substantia* »). Tra gli *omnes* tenuti al rispetto della situazione attiva dell'*ususfructuarius* vi era in particolare, ed è ovvio, il « *dominus proprietatis* » della *res aliena* (cd. « *proprietarius* » o « nudo proprietario »). In sintesi il diritto dell'*ususfructuarius* era definito come « *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* ».

66.1.1. La concezione dell'*ususfructus*, caratteristica del *ius civile vetus*, fu largamente sfruttata per analogia in materia di *fundi* provinciali. Il diritto postclassico inquadrò, come sappiamo, l'istituto nella categoria generale delle *servitutes*, a titolo di « *servitus personarum* ».

66.2. La configurazione dell'*ususfructus* come rapporto assoluto anziché come rapporto relativo (intercorrente

---

nali) (lezioni, 1913); Masson, *Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain*, in *RH.* 13 (1934) 1 ss., 161 ss.; Vaucher, *Usufruit et « pars dominii », Étude sur la notion romaine de l'usufruit considéré par rapport à la propriété* (1940); Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*[2] (1958); Marrone, *La posizione possessoria del nudo proprietario*, in *AUPA.* 1961; Bretone, *La nozione di usufrutto* 1 cit., 2 (1967); Pugliese, *On roman usufruct*, in *Tulane L. R.* (1965) 7 ss.; Wesener, *Zur Frage der Ersitzbarkeit des « ususfructus »*, in *St. Grosso* 1 (1968) 203 ss.; Kaser, *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars*, in *St. Scherillo* (1971) 405 ss.; Pugliese, sv. *Usufrutto (dir. rom.)*, in *NNDI.* Per le fonti v.: D. 7.1 (*De usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur*); D. 7.2-4; D. 7.6; D. 7.9; CI. 3.33; I. 2.4. La definizione riportata nel testo si legge in D. 7.1.1 (Paul. 3 *Vitell.*) = I. 2.4 pr.

66.1.1. La dimostrazione più convincente e organica in ordine alla generalizzazione del concetto di *servitus* comprensivo anche dell'usufrutto, risale al Longo, *La categoria delle « servitutes »* cit. 281 ss., cui *adde*, da ultimo, Sanfilippo, *Servitutes personarum* I[3] (1960), con un esauriente panorama dei diversi problemi. V. *retro* n. 63.1.2.

66.2. La comparsa dell'usufrutto, che ormai generalmente si colloca fra il III secolo e la prima metà del II secolo a.C., si spiega storicamente con la situazione dei più antichi istituti del *ius privatum*: in un'epoca in cui il disgregarsi dell'antica compagine familiare e il diffondersi dei matrimoni *sine manu* determinarono, fra gli altri, il problema pratico di provvedere ai bisogni alimentari, e al mantenimento in genere, della vedova (cfr. Masson, *Essai sur la conception* cit. 3 ss.), che non faceva parte della *familia* del marito e, quindi, non poteva succedergli *ab intestato*: in tal senso Marrone, *La posizione* cit. 19 nt. 8, 21 s. e, massime, Bretone, *La nozione* cit. 1. 20 ss. Quest'ultimo, fondandosi su D. 7.1.68 pr. (Ulp. 17 *Sab.*) e *Cic. de fin.* 1.4.12, considera l'*usus fructus* un istituto già pienamente affermato alla metà del II secolo e, inoltre, respinge l'ipotesi d'una datazione anteriore al III secolo, per le origini, poiché ritiene un serio ostacolo non soltanto «il problema che ne sta alla base», ma soprattutto le « più antiche e rilevanti applicazioni » (Cic. *pro Caec.* 4.11, 7.19; *top.* 3.17, 4.21; Treb. Lab. 2 *post. Iav.*, D. 33.2.31) e la « costante connessione sistematica con il legato »: cfr. Voci, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano* (1936) 81 ss. Che all'*ususfructus* come diritto reale si sia pervenuti attraverso il *legatum sinendi modo* dei *fructus*, è un'ipotesi acutamente avanzata dal Kniep, *Gai inst. Comm.* 2.1 (1912) 151 ss., 2 (1913) 359 ss., e validamente difesa, di recente, dal Gallo, *rc.* a Bretone, in *BIDR.* 1963, 196 ss. —

cioè tra l'*ususfructuarius* e il *dominus proprietatis*) fu il portato di uno sviluppo storico indirettamente influenzato da quello dei *iura praediorum*. L'istituto si profilò nel corso del sec. III a.C. come mezzo per la realizzazione di uno scopo sociale ed economico caratteristico: quello di assicurare testamentariamente i mezzi di sussistenza, per un certo periodo di tempo o addirittura a vita, a certe persone che non avessero diritto alla successione *ab intestato* e che comunque non si volesse nominare eredi. Destinare in legato a tali soggetti il *dominium ex iure Quiritium* di un bene o di un complesso di beni sarebbe stato eccessivo perché avrebbe depauperato a titolo definitivo, una volta per sempre, il patrimonio familiare: fu preferito pertanto, in un primo momento, il sistema di imporre all'erede, mediante *legatum sinendi modo*, di lasciar percepire periodicamente i frutti di una cosa fruttifera al beneficiario (« *Titius heres meus damnas esto sinere Caium fructus fundi Corneliani percipere sibique habere* »). Ma neanche questo espediente fu ritenuto alla lunga soddisfacente. Visto che al beneficiario erano assegnati tutti i redditi della cosa, era giusto che alla custodia e allo sfruttamento della cosa (per esempio, alla coltivazione del *fundus*) provvedesse egli stesso. Se la *locatio conductio rei* o, meglio ancora, il *commodatum* fossero stati, a quei tempi, già saldamente affermati nel *ius civile Romanorum*, può anche darsi che si sarebbe fatto ricorso dai testatori ai rapporti puramente relativi da essi scaturenti: siccome invece ciò non era, la giurisprudenza suggerì la via del lascito al beneficiario del diritto di « *uti frui* » della cosa fruttifera, con obbligo di puntuale restituzione della stessa alla scadenza del rapporto. Si trattava, in altri termini, di dare allo usufruttuario un potere giuridico analogo a quello riconosciuto al titolare di un *ius praedii*, quindi un diritto *erga omnes*. Di qui la conseguenza per cui il *ius utendi fruendi* poté essere costituito non solo *inter vivos* dall'erede (gravato a questo fine da *legatum sinendi modo* o *per damnationem*), ma anche *mortis causa* dallo stesso testatore mediante *legatum per vindicationem*.

66.2.1. Posto che, essendosi riconosciuto ad un soggetto il diritto di percepire i frutti di una cosa, si passò ad attribuirgli il diritto di

---

Sul *commodatum* e la *locatio conductio*, in riferimento all'epoca in cui acquistarono rilevanza giuridica, v., rispettivamente, n. 83, e n. 87.

66.2.1. Per un'analisi semantica del termine « *usus fructus* », ma in connessione con la struttura e gli svolgimenti dell'istituto, cfr. Biondi, « *Ususfructus* », in *Iura* 4 (1953) 214 ss., nonché, sotto un profilo particolare, *La terminologia romana come prima dogmatica giuridica*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 86 ss. — *Vexata quaestio* è, nella romanistica contemporanea, la natura dell'usufrutto. Infatti, seb-

usare della cosa produttiva (dal che poi la regola del diritto romano classico: « *fructus sine usu esse non potest* »), si può capire per quale motivo ed in quale senso l'usufrutto sia stato concepito, in antico, come una « *pars dominii* », oppure anche come una « *pars rei* ». 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 sorgere un vero e proprio diritto assoluto sui frutti di una cosa

---

bene le fonti parlino di un « *dominus usus fructus* » al pari d'un *dominus proprietatis*, e i giuristi classici talvolta configurino chiaramente questo istituto come « *pars dominii* » sia pur nella prospettiva alquanto limitante contenuta in D. 7.1.4 (Paul. 2 *ed.*, ove si legge: *Usus fructus in multis casibus pars dominii est, et extat* [*rell.*]. Cfr. la esegesi di Bretone, *La nozione* cit. 1.184 ss., che uncina « *est et* »), non mancano tuttavia critiche a una siffatta concezione. Essa, nella formulazione proposta dal Pampaloni, *Il concetto classico* cit., è decisamente respinta, giacché nella costruzione dell'usufrutto quale « *pars rei* » i più scorgono soltanto un residuo d'una concezione risalente, secondo cui tale istituto comportò, alle origini, la proprietà dei frutti. Ipotesi, questa, che suggerita dal Riccobono, *Istituzioni* (1907-1908) 714 ss., ripresa in seguito dal Biondi, *La categoria* cit. 665, e dallo stesso Riccobono, *Le mie colpe*, in *BIDR.* 49-50 (1948) 30 ss., è stata poi sviluppata dal Kaser, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Fs. Koschaker* 1 (1939) 458 ss. e *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*[2] (1956) 19 s., 28, 302 ss. (nonché in numerosi altri luoghi). Il Kaser, servendosi dello schema della proprietà funzionalmente divisa, presenta l'usufruttuario, da un lato, come esclusivo proprietario dei frutti, e, dall'altro, come titolare sulla *res* d'un diritto di proprietà che coesiste con quello del *dominus* ed è limitato dallo scopo, che è quello di rendere possibile l'acquisto dei frutti. La tesi ha avuto successo presso molti romanisti: cfr. in tal senso Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA.* 1949, 257 ss.; Levy, *West roman vulgar law* cit. 71 s.; *Wesener, sv.* « *Usus fructus* », in *PW.*; Marrone, *La posizione* cit. 12 s., 34, 113 s. (ma v., altresì, la « lettura » del Kaser a Bretone, in *Labeo* 1963, ove, raccogliendo le critiche del Bretone, il Kaser rivede le proprie opinioni). E nella medesima prospettiva si colloca, per molti aspetti, Ambrosino, « *Usus fructus* » *e* « *communio* », in *SDHI.* 16 (1950) 18 ss. in quanto ipotizza fra usufruttuario e proprietario, alle origini, un rapporto strutturalmente analogo alla « *communio* »: ipotesi isolata, per vero (è accolta peraltro dal Reggi, *Alluvione e usufrutto*, in *AG.* 142 [1952] 90 ss.). Priva di seri appigli testuali e legata ad un equivoco è la concezione del Masson, *Essai* cit. 30 ss., che, pur intuendo rettamente la sostanza di rapporto relativo dell'usufrutto, delinea l'usufrutto, in età repubblicana, come una *obligatio*. Migliore per il rigore dell'impostazione e la fedeltà alle fonti è quella del Grosso, *I problemi dei diritti reali* cit. 18 ss., *Usufrutto*[2] cit., ove si indicano altri contributi dell'a., e, sotto un profilo particolare, *Forma e contenuto nella teoria romana dell'usufrutto*, in *St. Betti* 2 (1962) 533 ss., che configura l'istituto come *ius in re aliena*. In questo ricco e vario panorama il Bretone, *La nozione* cit., appare una voce interessante e nuova impegnata in un tentativo di mediazione, quando osserva che l'idea della *pars dominii* « riflette un momento di incertezza e perplessità dogmatica ». Esaminando, accanto alle riflessioni della giurisprudenza classica, anche la prassi giuridica del II e III secolo d.C., ove si nota largamente diffusa, egli propone la valutazione dell'*usus fructus* come « proprietà temporanea »: conclusione che l'a. verifica in una breve nota: *Proprietà e usufrutto in Vat. 54*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 507 ss., ove nella esegesi di D. 8.5.2.2 (Ulp. 17 *ed.*) scorge l'intervento di « un lettore abituato a considerare l'*usus fructus* in termini di proprietà ». V. anche: Wesener, *Julians Lehre vom* « *ususfructus* », in *ZSS.* 81 (1964) 83 ss.; Tafaro, « *Pars rei* » *e* « *proprium quiddam* », in *Labeo* 18 (1972) 192 ss. Ma v. anche le osservazioni di: Gallo, « *Usus fructus* » *e* « *pars dominii* », in *Jus* 14 (1963) 567 ss. — Sul principio *fructus servitutis esse non potest*: *retro* 63.4.6.

solo dal momento in cui questi frutti fossero effettivamente percepiti: di modo che sino a quel momento vi era stretta subordinazione del diritto dell'usufruttuario al *dominium* del proprietario della cosa fruttifera.

66.2.2. È 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, si profilò soltanto nel Medioevo sulla base di alcuni frammenti indubbiamente interpolati.

66.3. L'*usus* della cosa, riconosciuto all'usufruttuario allo scopo di garantire pienamente il suo diritto alla percezione dei frutti,

---

66.2.2. In ordine all'usufrutto di cosa propria cfr. Solazzi, *L'usufrutto di cosa propria* (1952), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 639 ss. — In merito alla distinzione, medievale, tra usufrutto formale e causale, ai problemi che pone, cfr.: Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)* (1937) 108 s., che esamina analiticamente l'opera dei Commentatori. — Sul principio *nemini res sua servit*: *retro* 63.4.1.

66.3. Le fonti escludono la *possessio* dell'*ususfructuarius* (*ad interdicta*) sulla *res*: Gai 2.93, 94; Vat. 89 = D. 4.1.12.3 (Ulp. 17 *Sab.*); Vat. 90; D. 10.4.5.1 (Ulp. 24 *ed.*); D. 41.2.1.8 (Paul. 54 *ed.*); D. 41.2.52 pr. (Ven. 1 *int.*); D. 43.26.6.2 (Ulp. 71 *ed.*). Ma interessanti appaiono, inoltre, D. 7.1.60.1 (Paul. 5 *sent.*) e D. 10.4.3.12 (Ulp. 24 *ed.*), pur se rispecchiano situazioni in cui manca, eccezionalmente, il possesso da parte del nudo proprietario. Comunque, alla romanistica contemporanea non sono sfuggite quelle testimonianze che riferiscono la *possessio* all'usufruttuario: testimonianze che si collocano, tuttavia, in una ben precisa prospettiva, poiché si tratta in gran parte di tarde fonti post-classiche (soprattutto brani dell'*interpretatio* visigotica al CTh.) o di passi della Compilazione profondamente rimaneggiati, secondo la *communis opinio*: D. 7.6.3 (Iul. 7 *dig.*); D. 7.6.5 pr., 6 (Ulp. 17 *ed.*); D. 33.2.27 (Scaev. 1 resp.). Sul punto, cfr.: Marrone, *La posizione* cit. 47 ss., e *Osservazioni su Vat. Fragm. 90*, in *St. Biondi* 2 (1965) 269 ss. ma v. soprattutto, con ampia letteratura, Nicosia, « *Propter usum fructum possidere?* », *Osservazioni su Cic. Pro Caec. 32.94*, in *St. Zingali* 3 (1965) 497 ss. ove si sottolinea l'esistenza di una duplice componente nella spiegazione di tale fenomeno: da un lato, le impurità della terminologia e dei concetti classici e, ancor più, l'affiorare (sotto la spinta delle correnti volgaristiche postclassiche) di concezioni « confuse e approssimative »; dall'altro, la tendenza giustinianea « ad ampliare i poteri dell'usufruttuario e a rafforzarne la posizione mediante la concessione della tutela interdittale diretta, che veniva praticamente a parificarlo al possessore » (p. 501). Questo orientamento troverebbe conferma, secondo alcuni studiosi, nella concezione originaria, poiché nell'estrema fase dell'età repubblicana, a quanto testimonia Cic. *pro Caec.* 32.94, era invalso il principio di considerare l'usufruttuario « compossessore » con il *dominus*. Avanzata da Keller, *Semestria ad M. Tullium Ciceronem* 1 (1843) 343 ss., e *Pandekten* (1861) 221 s., tale ipotesi è stata ripresa dal Lauria, *Possessiones, Età repubblicana*[2] (1957) 199 ss., che ha suggerito nuovi argomenti, tanto da poter affermare che l'« usufruttuario tutela il possesso che i giuristi repubblicani gli riconoscono *suo*

essendo esercitato con pieno riconoscimento del *dominium* di altri sulla cosa stessa, altro non era che una *possessio naturalis*. L'*ususfructuarius* altri non era, cioè, che un detentore della cosa fruttifera.

66.3.1. 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. Al di là di questi limiti il nudo proprietario non poteva andare, per non ledere il diritto da lui stesso concesso o riconosciuto all'usufruttuario. È dubbio quindi che lo si ritenesse vero *possessor ad interdicta*, sia pur limitato dalla *detentio* dell'usufruttuario.

66.4. Caratteristiche essenziali dell'*ususfructus* furono: la correlazione con la destinazione economica della *res*, la personalità, la temporaneità.

66.4.1. La « correlazione con la destinazione economica della *res* », espressa nell'inciso « *salva rerum substantia* » della definizione citata,

---

nomine con gli *interdicta* », mentre « i giuristi imperiali, sebbene lo ritengano *possessor alieno nomine* » e sebbene quindi « gli disconoscano il possesso », ciononostante gli conservano la tutela interdittale. Ma si tratta di conclusioni che le fonti invitano a negare decisamente; come dimostra il Nicosia, il quale innanzi tutto indica nel passo ciceroniano l'unico testo su cui tale ipotesi potrebbe basarsi e pone in evidenza, quindi, che l'affermazione contenuta in *pro Caec.* 32.94, inserita nel contesto dell'orazione, non può consentire opinione diversa da quella tradizionale.

66.3.1. Rimasta singolarmente in ombra, fra i tanti aspetti dell'istituto che la scienza romanistica ha approfondito, la posizione possessoria del nudo proprietario è stata poi affrontata in una convincente monografia dal Marrone, *La posizione* cit., che ha posto in luce come nel corso dell'età repubblicana e, poi, nell'età classica l'usufruttuario detenesse, sì, la cosa (p. 17 ss., 47 ss.), ma non in maniera esclusiva: ciò che non impedì il contemporaneo possesso diretto, e non mediato, del *dominus* (p. 54 ss.). Ma, come notano i più (v., per tutti, Levy, *West Roman vulgar law* cit. 34 ss.; Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 72 s.), già in età pregiustinianea, a partire dal IV secolo, il concetto classico dell'usufrutto si intorbida notevolmente. Sì che all'usufruttuario si attribuirono non soltanto poteri più ampi, ma una autonomia di gran lunga maggiore che in età classica nei confronti del *dominus proprietatis* (v. pure *retro* nt. 66.3).

66.4. Intorno alle caratteristiche fisionomiche e strutturali dell'usufrutto v. le giuste osservazioni del Gallo, *rc.* cit., ove si pone in luce che esse (non meno del principio per cui l'usufruttuario acquistava i frutti con la *perceptio*, e non con la *separatio*) si giustificano con l'ipotesi di una prefigurazione obbligatoria (v. *retro* n. 66.2) dell'istituto.

66.4.1. Già si è visto (*retro* nt. 66.1) come l'espressione « *salva rerum substantia* », contenuta in D. 7.1.1 (Paul. 3 *Vitell.*), indichi l'ambito oggettivo dell'istituto. Ciò significa che il diritto dell'usufruttuario è limitato alla *species rei*, vale a dire all'attuale configurazione della *res*, che è, di necessità, inconsumabile (come provano Ulp. 24.26 e I. 2.4.2) e non deve risultare distrutta, alterata, danneggiata e, tanto meno, addirittura mutata nella destinazione economica. E in questo senso non potrebbe desiderarsi più esplicito, nel suo lineare dettato, D. 7.1.44 (Ner. 3 *membr.*): *Ususfructuarius novum tectorium parietibus qui rudes fuissent, imponere non potest, quia tametsi meliorem excolendo aedificium domini causam facturus esset,*

implicò che l'usufruttuario non potesse mutare la struttura e la destinazione attuale della cosa, neanche se ne derivasse una valorizzazione della cosa stessa; ma in età postclassica si diffuse una larga tolleranza nelle ipotesi in cui la cosa fosse stata dall'usufruttuario obbiettivamente migliorata. Per essere immesso nell'esercizio effettivo del diritto, l'usufruttuario era tenuto a garantire specificamente, nei riguardi del *dominus proprietatis*, la conservazione della cosa e la sua restituzione alla scadenza: ciò si faceva di solito mediante una *stipulatio praetoria*, detta « *cautio ususfructuaria* », con la quale inoltre si assumeva il sostenimento delle spese necessarie per la manutenzione della cosa fruttifera.

66.4.2. 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, lo usufrutto fu anzi strettamente limitato alle persone fisiche, non ritenendosi concepibile un usufrutto a favore di enti incorporali. Dal principio di personalità conseguiva: che solo l'usufruttuario potesse godere dell'usufrutto, la cui titolarità non poteva dunque essere trasferita ad altri; e che cause di estinzione dell'usufrutto erano, anche se non ne fosse scaduto il termine, la morte e la *capitis deminutio*, anche *minima*, dell'usufruttuario.

---

non tamen id iure suo facere potest, aliudque est tueri quod accepisset an novum faceret. — Di qui, l'estinzione dell'*usus fructus* per *mutatio rei*; e di qui le ragioni della *cautio ususfructuaria*, che fu introdotta per il legato di usufrutto e consisteva in una promessa, nelle forme della *stipulatio*, volta a garantire, da parte dell'usufruttuario, un uso della cosa *boni viri arbitratu* (assumendo le iniziative di un buon amministratore) e la restituzione della cosa stessa alla scadenza del termine, evitando, pertanto, ogni comportamento doloso (Ulp. 79 *ed.*, D. 7.9.1 pr.; Ulp. 79 *ed.*, D. 7.9.5 pr.): cfr. De Ruggiero, *Sulla « cautio ususfructuaria »*, in *St. Scialoja* 1 (1905) 71 ss.; Grosso, *In tema di « cautio ususfructuaria »*, in *ATO*. 1936-37, *Problemi costruttivi* cit. e, per un aspetto particolare in ordine ai poteri dell'usufruttuario, *I poteri dell'usufruttuario in rapporto alle cave e miniere nel diritto romano*, in *RIDA*. 2 (1953) 355 ss. — Solo il diritto giustinianeo consentì all'usufruttuario di effettuare modifiche alla destinazione economica, purché si risolvessero in oggettivi miglioramenti. È quanto testimonia D. 7.1.13.4 (Ulp. 18 *Sab.*), ove si legge: *Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet,* [*meliorem facere potest*].

66.4.2. La qualifica di *servitus personarum* adottata nella compilazione giustinianea (v. *retro* n. 66.1.1) e, sull'esempio di questa, dai teorici e pratici posteriori fino ai giorni nostri (così il Pugliese, *Usufrutto uso e abitazione* [r. 1956] 64) « si fonda, appunto, sull'inerenza dell'usufrutto alla persona del titolare e sul conseguente parallelo che si è creduto di poter istituire con le *servitutes praediorum* »: e ciò spiega come l'usufrutto risentisse delle vicende che occorrevano al soggetto (morte e *capitis deminutio*, anche se nel diritto giustinianeo quest'ultimo non appare tassativamente un modo di estinzione: CI. 3.33.16.2, a. 530) e come non potesse venir trasferito né con atti *inter vivos* né con atti *mortis causa*. Sul punto cfr.: Buckland, *The conception of usufruct in classical law*, in *LQR*. 1927; Kaser, *Geteiltes Eigentum* cit. 460.

66.4.3. Il principio della « temporaneità » dell'usufrutto importava che questo dovesse essere costituito a termine e che, fosse o non costituito a termine, esso 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 allorché la persona giuridica fosse venuta ad estinzione. Il diritto postclassico-giustinianeo fissò il termine massimo dell'usufrutto a favore di enti associativi in cento anni (« *finis vitae longaevi hominis* »).

66.5. Modi di costituzione *iure civili* dell'*ususfructus* furono, in analogia con i modi di costituzione delle servitù prediali: la « *in iure cessio ususfructus* » (ma non la *mancipatio*, non essendo l'*ususfructus* mai stato *res mancipi*); la « *deductio ususfructus* »; la « *adiudicatio* »; e, usatissimo, il « *legatum* (*per vindicationem*) *usus-*

66.4.3. Per il requisito della temporaneità v. Paul. 3.6.33: *Finitur ususfructus aut morte aut tempore: morte, cum ususfructuarius moritur: tempore, quotiens ad certum tempus ususfructus legatur* (*rell.*). Per quanto riguarda la soluzione giustinianea di 100 anni, avanzata negli itp. D. 7.1.56 (Gai 17 *ed. pr.*) e D. 33.2.8 (Gai 3 *leg. ed. praet.*), resta dubbio se sia stato introdotto, dai compilatori, soltanto tale limite o se, piuttosto, sia stata riconosciuta addirittura la possibilità dell'usufrutto ai *municipia*. Sul punto cfr.: Di Marzo, *Sull'usufrutto delle persone giuridiche*, in *BIDR*. 14 (1901) 122 ss.; Fadda, *Il limite di tempo all'usufrutto delle persone giuridiche*, in *ANA*. 1902; Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 324.

66.5. In ordine ai modi di costituzione dell'*ususfructus* a noi sembra utile soprattutto fare diretto riferimento alle fonti. Gai 2.33: *Quod autem diximus usumfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest; non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit*; Vat. 47-47*a*, *Paul 2 man.*: *Per mancipationem deduci usus fructus potest, non etiam transferri, per do lego legatum et per in iure cessionem et deduci et dari potest. Potest constitui et familiae erciscundae vel communi dividundo iudicio legitimo. In re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur; civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est*; I. 2.4.1: *Usus fructus a proprietate separationem recipit idque plurimis modis accidit. Ut ecce si quis alicui usum fructum legaverit: nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usum fructum: et contra si fundum legaverit deducto usu fructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usum fructum: item alii usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet* (*rell.*). — Gai 2.31, analogamente alle servitù prediali, testimonia la costituzione dell'*ususfructus* sui fondi provinciali mediante *pactiones* e *stipulationes*, che divennero in diritto giustinianeo, con la scomparsa delle forme solenni, modo generale di costituzione, come informa I. 2.4.1 nell'ultima parte trascritta. Sul punto cfr.: Guarino, *In tema di costituzione dell'« usus fructus »*, in *Labeo* 10 (1964) 46 ss., ivi bibliografia, a cui *adde* Grosso, *Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto « pactionibus et stipulationibus »* cit. — Sui modi di costituzione delle *servitutes praediorum*: *retro* 65.1.

fructus » (« *Titio usum fructum fundi Corneliani do lego* »). In età postclassica, venuta meno l'*in iure cessio*, si aggiunsero, sempre in analogia con le *servitutes praediorum*, la « *pactio et stipulatio* » e la « *quasi traditio* ».

66.5.1. È discusso se il diritto classico ammettesse anche la « *usucapio ususfructus* », che peraltro 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*.

66.5.2. L'*ususfructus* era intrasferibile come diritto, ma poteva formare oggetto di *locatio* da parte dell'*ususfructuarius* a un *conductor*. Anzi, le fonti prevedono, oltre la « *locatio ususfructus* », anche una « *venditio ususfructus* », che però aveva per sola conseguenza che il cessionario acquistasse l'« esercizio » del diritto. Ciò 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.

66.6. Modi di estinzione dell'usufrutto furono: la riunione in una sola persona delle situazioni di proprietario e di usufruttuario

---

66.5.1. In ordine alla *longi temporis praescriptio* v. CI. 7.33.12.4 (a. 531). In ordine alla *traditio* o *patientia* v. l'itp. D. 6.2.11.1 (Ulp. 16 ed.).

66.5.2. Sulla *locatio* e sulla *venditio ususfructus* cfr.: De Francisci, *Note esegetiche intorno all'alienazione dell'usufrutto*, in *St. Ascoli* (1931) 53 ss.; Grosso, « *In iure cessio* » *dell'usufrutto ad un terzo*, in *Archid.* 16 (1953) 77 ss.; Amirante, « *Locare usum fructum* », in *Labeo* 8 (1962) 206 ss. Quest'ultimo dimostra che la giurisprudenza classica non parlò mai di « *locare* » o « *conducere* » *usum fructum*, « ma sempre e soltanto di *locare* o *conducere* il fondo, la *domus*, la veste o, più generalmente, la *res* sulla quale il locatore ha il diritto di usufrutto ». Ciò perché, come in qualsiasi altra locazione, anche quando a contenuto della *locatio-conductio* si assume il diritto di usufrutto, « l'obbligazione del locatore è pur sempre quella di consegnare la *res* al conduttore e questi deve egualmente obbligarsi a restituire la *res* alla scadenza del contratto di locazione ».

66.6. I modi di estinzione dell'*ususfructus* sono largamente attestati dalle fonti. — V. I. 2.4.3, per la *consolidatio* (... *vel ex contrario si fructuarius proprietatem rei adquisierit: quae res consolidatio appellatur* [*rell.*]) o, ancora, D. 23.3.78.2 (Tryph. 11 *disp.*) e D. 7.2.6.1 (Ulp. 17 *Sab.*) ove s'incontra l'espressione « *reverti ad dominum* » per definirne la natura. — Per la *remissio* apprendiamo, a seconda delle testimonianze, ch'essa veniva effettuata in diritto classico (e in quello pregiustinianeo) nella forma della *in iure cessio* al proprietario e liberamente in diritto giustinianeo. Ciò che riferisce per l'età classica Gai 2.30: ... *Ipse ususfructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem* (*rell.*), e per quella postclassico-pregiustinianea PS. 3.6.32: *In iure cessione amittitur ususfructus, quotiens domino proprietatis eum fructuarius in iure cesserit.* I. 2.4.3 riferisce il mutamento (o, più esattamente, la generalizzazione) che posero in essere i compilatori: ... *item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur* (*rell.*). — Per le diverse norme sul *non usus* è interessante leggere PS. 3.6.30: *Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno*; CI. 3.34.13 (a. 531): *Sicut usum fructum, qui non utendo per*

(« *consolidatio* »), la « *remissio* » e il « *non usus* ». A questi modi di estinzione, sostanzialmente corrispondenti a quelli relativi alle *servitutes*, vanno aggiunti la morte e la *capitis deminutio* (in età post-classica era esclusa però quella *minima*) dell'*ususfructuarius*.

66.6.1. Nel *legatum* costitutivo dell'*ususfructus* (non così nell'*in iure cessio* e nella *mancipatio cum deductione*, che erano *actus legitimi*) si poteva inserire la clausola di « *repetitio ususfructus* » per l'ipotesi

---

biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus deminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tantummodo soli rebus adnexae sunt, sed decennio contra praesentes vel viginti annorum spatio contra absentes (*rell.*). — A parte il decorso del tempo (Paul. 3.6.33, già esaminato *retro* nt. 66.4.3), merita un accenno anche l'estinzione per *mutatio rei* (distruzione, sottrazione al commercio o trasformazione della *res* in una *nova species*) così com'è configurata da PS. 3.6.31: *Rei mutatione amittitur ususfructus, si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restituatur*, o da D. 7.4.3.3 (Ulp. 17 *Sab.*) e D. 7.4.10 pr. ss. (Ulp. 17 *Sab.*): cfr. Cavin, *L'extinction de l'usufruit « rei mutatione »* (t. 1933); Roddi, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano*, in *MT*. 1936; Grosso, *Usufrutto e mutamenti della cosa*, in *RDCo* 39,2 (1941) 53 ss. — In quanto legato alla persona (v. *retro* nt. 66.4.2), la morte fu il modo di estinzione più frequente e naturale dell'usufrutto: D. 7.4.3.3 (Ulp. 17 *Sab.*): *Morte quoque amitti usum fructum non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret*. Modo di estinzione cui viene equiparato la *capitis deminutio*, che è comprensiva delle tre forme nella testimonianza di PS. 3.6.29: *Capitis minutione amittitur, si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus poenae efficiatur, et si statum ex adrogatione vel adoptione mutaverit*, ma viene limitata alla *maxima* e alla *media* dalla legislazione giustinianea, come esplicitamente si ricava da I. 2.4.3: *Finitur autem usus fructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media*. In generale, sui diversi argomenti di questa nota v. Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 379 ss. — Sui modi di estinzione delle *servitutes praediorum*: *retro* n. 65.2.

66.6.1. La regola che vietava la *repetitio* dell'*usus fructus legatus* estintosi per la morte del titolare si trova enunciata in D. 7.4.5 pr. (Ulp. 17 *Sab.*): *Repeti potest legatus usus fructus amissus qualicumque ratione, dummodo non morte* [: *nisi forte heredibus legaverit*]. E fu una regola inderogabile, certo, poiché l'eccezione posta nell'ultima parte non soltanto è in palese contraddizione con il principio generale esposto all'inizio del passo (cfr. in Bretone, *La nozione* cit. 200 nt. 15, la letteratura critica sul frammento), ma lo è con la tendenza della giurisprudenza classica che escludeva la possibilità di « legare » l'usufrutto con la disposizione che la *res* si trasmettesse all'erede. Che il divieto della *repetitio* per morte si applicasse al fedecommesso di usufrutto, è, almeno secondo il Bretone, opinione non dimostrata dallo Schulz, *Überlieferungsgeschichte der « responsa » des Cervidius Scaevola*, in *Symb. frib. Lenel* (1931) 186: e ciò perché l'a. osserva che il ragionare per analogia è, in questa materia, assai pericoloso, se si pensa ad alcune particolarità, che, proprio in rapporto al *fideicommissum*, vennero introdotte nella disciplina dell'*usus fructus*. V.: D. 33.2.29 (Gai 1 *fid.*); D. 7.4.29.2 (Ulp. 17 *Sab.*), ove si riporta una *quaestio* di Pomponio e un'osservazione di Marcello; D. 7.4.4 (Marcian. 3 *inst.*); D. 7.6.3 (Iul. 7 *dig.*); D. 7.9.9 pr. (Ulp. 51 *ed.*); D. 31.17 pr. (Marcell. 10 *dig.*). Alla *repetitio legati usus fructus capite deminutione amissi* (l'unica consentita, si è visto) si riferiscono D. 7.4.3 pr., 1 (Ulp. 17 *Sab.*) = Vat. 64, ov'è ricordato Meciano; D. 33.2.23 (Mauric. 2 *leg. Iul. Pap.*). Sul punto cfr.: Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 321 s., attento anche agli svolgimenti giustinianei.

che l'*ususfructuarius* soffrisse una *capitis deminutio*: in forza di essa l'usufrutto passava, verificandosi la *capitis deminutio*, ad altra persona designata dal testatore. In diritto postclassico la *repetitio ususfructus* fu ammessa anche a favore degli eredi dell'usufruttuario in caso di morte di quest'ultimo.

66.7. A tutela dell'*ususfructus* il mezzo processuale di base fu la « *vindicatio ususfructus* », analoga alla *vindicatio servitutis*, con formula « *si paret Aulo Agerio ius esse fundo Capenate utendi fruendi (rell.)* ». Inoltre furono riconosciuti all'usufruttuario la « *actio negatoria* », in analogia con l'*actio negatoria* riconosciuta in tema di servitù, e un « *interdictum quem usumfructum* », restitutorio, a tutela della situazione di detentore della cosa a fini di usufrutto.

67. I RAPPORTI AFFINI ALL'« USUSFRUCTUS ».

67.1. Rapporti affini all'*ususfructus*, venuti via via e per diverse ragioni a fargli corona, furono: il *quasi ususfructus*, l'*usus*, il *fructus sine usu*, l'*habitatio*, le *operae servorum*.

67.2. Il *quasi ususfructus* acquistò rilevanza autonoma agli albori dell'età classica, in deroga al principio per cui l'usufrutto

---

66.7. La *vindicatio* o *petitio usus fructus* (che, analogamente alla *vindicatio servitutis* fu detta dai giustinianei « *actio confessoria* » [cfr. l'itp. Ulp. 17 *ed.* D. 7.6.5.6]) si rivolgeva in origine nei confronti del proprietario, ma in seguito (già nel corso dell'età classica) fu ammessa contro qualsiasi possessore. In tal senso è esplicito D. 7.6.5.1 (Ulp. 17 *ed.*): *Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio ususfructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. Et Iulianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere: nam et si fundi fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutem sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.* — E sempre al pari della servitù (v. *retro* nt. 65.4), l'*actio negatoria* (chiamata in prevalenza « *negativa* », ma preferita decisamente dai postclassici, come hanno sostenuto il Solazzi, *La tutela e il possesso* cit. 40 ss. e, da ultimo, il Pezzana, sv. *Azione confessoria e negatoria*, in *ED.*), era in linea generale concessa al proprietario nei confronti dell'usufruttuario per far cessare l'*uti frui* di quest'ultimo e riammettere, conseguentemente, l'attore (cioè il nudo proprietario) nell'esercizio della piena proprietà. Secondo il Biondi, « *Actio negativa* » *e* « *actio prohibitoria* » *come azioni a difesa delle servitù e dell'usufrutto*, in *AUME.* 1929, essa spettava anche all'usufruttuario (cfr. in proposito l'esegesi di Marcian, *l.s. ad form. hypoth.*, D. 20.1.11.2; cfr., tuttavia, *contra* Marrone, *La posizione* cit. 121 s. nt. 2, ivi bibliografia). — Sull'*interdictum* « *quem usumfructum* » (« *q. u. vindicare vult, restituas* »): Lenel, *EP.*[3] 475. Su tutta la materia possessoria in tema di *ususfructus*: Marrone, *La posizione* cit. 103 ss.

67.1. Sui rapporti affini all'usufrutto, in generale, cfr.: Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 411 ss. Fonti in: D. 7.5 (*De usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur*); I. 2.5; D. 7.8 (*De usu et habitatione*); CI. 3.33; D. 7.7 (*De operis servorum*).

67.2. L'evoluzione storica del *quasi ususfructus* fu delineata dal Pampa-

era limitato alle cose inconsumabili. Esso era, infatti, l'usufrutto avente ad oggetto cose consumabili, tra cui principalmente il 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.

67.2.1. Sin dall'età preclassica era avvenuto che, per inavvertenza, si assegnasse talvolta in legato l'usufrutto di cose consumabili: il che poteva succedere, più precisamente, quanto il lascito avesse ad oggetto l'usufrutto di un patrimonio o di una frazione di patrimonio, entro il quale era assai facile che rientrassero anche cose consumabili. Questo sistema divenne cosciente e diffuso nel sec. I a.C., allorché intervenne la legislazione matrimoniale di Augusto a limitare la capacità di acquisto del *dominium* a titolo successorio per i *coelibes* e gli *orbi*: il legato di usufrutto del patrimonio o di quote di esso servì almeno a garantire a costoro lo sfruttamento vitalizio del patrimonio del testatore, senza che essi ne acquistassero il *dominium*. Ma l'usufrutto di cose consumabili, implicando per il suo esercizio la consumazione delle cose stesse, altro non era, nella sua sostanza, che proprietà di queste cose, perché solo il *dominium* comportava la facoltà di distruggere la cosa che ne costituisse oggetto. Nel caso degli *incapaces* la giurisprudenza non mancò di rilevarlo e perciò si divise tra chi denunciava questa *fraus legi* (e sosteneva pertanto la nullità del lascito) e chi, viceversa, era orientato verso una certa tolleranza.

67.2.2. A risolvere la questione nel senso più favorevole agli *incapaces*, intervenne nel sec. I d.C. un *senatusconsultum* normativo,

---

loni, *Sull'oggetto del quasi usufrutto*, in *BIDR*. 19 (1907) 85 ss., che sostenne la limitazione del *senatus consultum* (*infra* n. 67.2.2) all'*ususfructus pecuniae*. E, per vero, D. 7.5.2.1 (Gai 7 *ed. pr.*), ove peraltro si fa cenno delle ragioni oggettive che ne provocarono la introduzione (ché un senatoconsulto non poteva mutare la natura dell'usufrutto), sembra consentire una siffatta limitazione: *Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi*. Ma il riferimento alla *pecunia* è, certo, una esemplificazione, perché, come ha sottolineato il Grosso, *Sul quasi usufrutto*, in *BIDR*. 43 (1935) 237 ss., fu l'ipotesi più frequente, ma non l'unica, disponendo il *SC*., in forma generale, che si potesse legare l'usufrutto di tutte le cose « *quae in cuiusque patrimonio* (o *in bonis*) *essent* »: D. 7.5.1 (Ulp. 18 *Sab.*); D. 33.2.1 (Paul. 3 *Sab.*); D. 35.2.69 (Pomp. 5 *Sab.*).

67.2.1. In ordine alle limitazioni per i *coelibes* e gli *orbi* contenute nella legislazione augustea: *retro* n. 39.4.1, e 49.7. — Per quanto riguarda i problemi dogmatici che pongono, in generale, le *res* consumabili in rapporto all'usufrutto, cfr. Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 411 ss. V. anche *retro* n. 27.5 e 27.5.1.

67.2.2. Di data incerta, il *senatusconsultum* sul *quasi usus-fructus* è, verosimilmente, del I sec. d.C.: cfr. Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 411. E del resto, appare chiaro nelle fonti che, dopo la statuizione generale, il *SC*. conteneva una disposizione particolare per quelle cose in ordine alle quali non poteva

che riconobbe implicitamente la liceità dell'usufrutto di cose consumabili, stabilendo che il così detto usufruttuario dovesse garantire all'erede, mediante una speciale *cautio*, la restituzione di altrettante cose della stessa qualità di quelle da lui consumate (il « *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, anziché essere obbligato alla restituzione del *tantundem*, il quasi usufruttuario fosse tenuto al pagamento del controvalore in danaro della cosa assegnatagli in quasi usufrutto.

67.2.3. A parte le denominazioni formali, sta di fatto che il quasi usufruttuario, acquistando la proprietà delle cose consumabili lasciategli in godimento, si trovava nella stessa situazione di un mutuatario, ed era obbligato come il mutuatario a restituire il « *tantundem* ». Pertanto, se in qualche caso egli non prestava la *cautio* (per la restituzione del *tantundem* o del controvalore in danaro), non lo si poteva certo convenire in giudizio, dall'erede, con la *rei vindicatio*: occorreva ricorrere all'*actio certae creditae pecuniae* o *alla condictio certae rei*, cioè alle azioni a tutela del mutuo di danaro o di derrate.

67.3. L'*usus* (*sine fructu*) di una cosa fruttifera o anche infruttifera, fu riconosciuto sin dal diritto classico e consistette ap-

---

sussistere usufrutto; disposizione che adattava la *cautio fructuaria*, trasformandola in promessa di restituzione del *tantundem*: D. 7.5.11 (Ulp. 18 *Sab.*); D. 7.9.12 (Ulp. 18 *Sab.*); CI. 3.33.1 (a. 199); I. 2.4.2. L'applicazione riguardò, innanzitutto, cose materiali (cfr. Ulp. 24.27; Gai 7 *ed. pr.*, D. 7.5.7; I. 2.4.2), ma in seguito fu estesa anche alle *res incorporales*: in primo luogo i crediti (cfr. Ulp. 18 *Sab.*, D. 7.5.3; Paul. 1 *Nerat.*, D. 7.5.4) e, poi, tutte le altre *res incorporales*, come si desume da D. 33.2.1 (Paul. 3 *Sab.*). Infine, il diritto giustinianeo ricomprese pure le *res* « *quae usus minuuntur* », che nell'itp. D. 7.5.1 (Ulp. 18 *Sab.*) sono equiparate alle *res* « *quae usu consumuntur* ». Sul punto cfr. Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 413 ss. Contro l'attribuzione del *senatusconsultum* al I sec. d.C. ed a favore di un'attribuzione di esso all'età di Cesare: Crifò, *Studi sul quasi-usufrutto in diritto romano* (1969), di cui cfr. anche *Il suicidio di Cocceio Nerva « pater » e i suoi riflessi sui problemi del quasi usufrutto*, in *St. Scherillo* 1 (1972) 427 ss.

67.2.3. Sul regime del *quasi usus fructus* cfr. ancora: Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 416 ss. V.: I. 2.4.2.: *... ergo senatus non fecit quidem earum rerum usum fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit.* — Sul *tantundem eiusdem generis* del mutuatario: *infra* n. 82.

67.3. Sorto in età posteriore (ma di poco, sembra) all'usufrutto (cfr. Pugliese, *Usufrutto* cit. 176; Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 431), l'*usus* fu probabilmente limitato, in origine, soltanto alle cose infruttifere, se è lecito seguire, con il Pugliese, D. 7.8.4.1 (Ulp. 17 *Sab.*), che riporta l'opinione di Quinto Mucio riguardo all'uso della *domus*: *Mulieri autem si usus relictus sit, posse eam et cum marito habitare Quintus Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo, nam per contrarium quin uxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum. Quid ergo si viduae legatus sit, an nuptiis contractis post constitutum usum mulier habitare cum marito possit? Et est verum, ut et Pomponius libro quinto et Papinianus libro nono decimo quaestionum probat, posse eam cum viro et postea nubentem habitare. Hoc*

punto nel potere di usare una cosa altrui entro i limiti dei propri bisogni o dei bisogni della propria famiglia.

67.3.1. L'« *usus* », pur essendo *sine fructu*, non poteva essere completamente esente dalla possibilità di appropriarsi dei frutti della cosa, se questi frutti fossero abitualmente necessari per l'utilizzazione della cosa stessa. In altri termini, l'usuario differiva dall'usufruttuario perché non aveva diritto a tutti i frutti normali della cosa, ma non perché fosse completamente esclusa la percezione da parte sua dei frutti della cosa stessa. Ad esempio, l'*usus* di un fondo rustico implicava la possibilità per l'usuario, non soltanto di intrattenervisi, ma anche di cogliervi qualche fiore e qualche frutto, nei limiti delle sue

---

amplius Pomponius ait et cum socero habitaturam. Cfr.: Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 434 ss.; Longo (G.), *Note minime sull'« usus »* (1962), ora in *Ricerche romanistiche* (1966) 501 ss.; Scapini, « *Usus domus* » e « *habitatio* » *nel diritto romano*, in *St. Grosso* 5 (1972) 23 ss.

67.3.1. Se inizialmente il regime dell'*usus* comportava per il titolare il diritto di usare la *res* senza farne propri i frutti (cfr. Gai 7 *ed. pr.* D. 7.8.1.1, che sottolinea: *nudus usus, id est sine fructu*; Ulp. 17 *Sab.* D. 7.8.2 pr., ove si legge: *Cui usus relictus est, uti potest, fruit non potest*; e, infine, Ulp. 17 *Sab.* D. 7.8.14.1, ancor più incisivo: ... *usui fructus deest* ...), in età classica, procedendo in via casistica alla determinazione delle facoltà spettanti all'usuario, la giurisprudenza si mostrò propensa a riconoscergli, nei limiti d'una diretta utilizzazione e consumazione dei frutti, il godimento della cosa: prospettiva certo profondamente innovatrice, ma circoscritta in un ambito ben preciso, cui si adeguò sempre la disciplina dei classici. Così questi stabilirono, ad esempio, che l'usuario non ha la gestione agraria del fondo (semine, raccolti, piantagioni) né può impedire in alcun modo le opere dei campi (Ulp. 17 *Sab.* D. 7.8.10.4; Gai. 2 *r. cott.* D. 7.8.11). Potrà villeggiarvi e, durante il soggiorno, usare, « *ad usum cottidianum* », acqua, legna e i prodotti della terra (cfr., a proposito dell'olio, l'itp. Ulp. 17 *Sab.* D. 7.8.12.1, ove si riferisce, in ordine a diverse ipotesi, il pensiero di Nerva, Sabino, Cassio, Labeone, Proculo e Celso). A differenza dell'usufrutto, ma al pari delle servitù l'uso è indivisibile, nel senso che la contitolarità implica spettanza in solido e non la divisione in quote (v. Paul. 3 *Vitell.* D. 7.8.19: *Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus*). Rigorosamente vietata la cessione del diritto d'uso (Gai. 2 *r. cott.* D. 7.8.11: ... *nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest*), non soltanto perché « contraria al carattere personale del bisogno e del diritto corrispondente, ma soprattutto (ha osservato il Betti, *Istituzioni* 1.468) perché ogni sostituzione o trasformazione economica è contraria a quell'immediatezza che è nello spirito e nell'essenza dell'*usus* in antitesi col *fructus* ». Solo in diritto giustinianeo si attua il sostanziale superamento d'una siffatta concezione (e massime della contrapposizione fra *usus* e *fructus*), sì che i poteri dell'usuario risultano notevolmente allargati, presentandosi snaturato in conseguenza l'istituto, che si accosta ancor più all'usufrutto. Su questi temi cfr.: Riccobono, *Sull'« usus »*, in *St. Scialoja* 1 (1905) 3 ss., Albertario, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustinianeo e nelle legislazioni moderne* (1922), ora in *St.* 5 (1937) 291 ss., che riconducono al diritto giustinianeo il riconoscimento all'usuario della facoltà di percepire taluni frutti per soddisfare i propri bisogni. Uno sviluppo progressivo individuano, viceversa, Pampaloni, *Questioni di diritto giustinianeo*, « *Fructus sine usu* », in *RISG.* 49 (1911) 201 ss.; Grosso, *Valutazioni quantitative nel regime giustinianeo*, in *SDHI.* 5 (1939) 133 ss., ed *Usufrutto*[2] cit. 430 ss. Sul punto, in una indagine comparata con il diritto vigente, cfr. anche: Papa, *Uso di cosa fruttifera*, in *Synt. Arangio-Ruiz* (1964) 684 ss.

necessità personali ai fini dell'ornamento della casa o dell'imbandigione della tavola, e così pure il diritto di attingervi acqua sempre per usi domestici. La giurisprudenza classica e quella postclassica favorirono sempre più largamente questa interpretazione tollerante e Giustiniano stabilì, in termini generali, che l'usuario potesse cogliere tutto ciò « *quod ad victum sibi suisque sufficiat* ».

67.4. Il *fructus sine usu* fu una costruzione prevalentemente scolastica. Esso implicava, come si rileva dalla denominazione, il potere del fruttuario di raccogliere i frutti di una cosa fruttifera senza peraltro utilizzarla.

67.5. L'*habitatio* era, in età giustinianea, un rapporto assoluto *in re aliena*, in forza del quale il soggetto attivo (« *habitator* ») aveva il diritto di abitare una casa altrui ed eventualmente anche di darla in locazione a terzi.

67.4. Sul *fructus sine usu* v. PS. 3.6.24,25: *Fructu legato si usus non adscribatur, magis placuit usumfructum videri adscriptum. Fructus enim sine usu esse non possunt. Si alteri usus, alteri fructus legatus sit, fructuarius in usu concurrit, quod in fructu usuarius facere non potest*; D. 7.1.42 pr. (Flor. 11 *inst.*): *Si alii usus, alii fructus eiusdem rei legetur, id percipiet fructurius, quod usuario supererit: nec minus et ipse fruendi causa et usum habebit*; D. 7.8.14.1 (Ulp. 17 *Sab.*): *Usus fructus an fructus legetur, nihil interest, nam fructui et usus inest, usui fructus deest: et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest* (*rell.*). Nella letteratura romanistica, il Pampaloni, *Questioni* cit., ritiene che i romani configurassero il *fructus sine usu* come un diritto reale autonomo, distinto dall'usufrutto e dall'uso: ciò che spiega la sopravvivenza dell'istituto nel diritto giustinianeo, nonostante le numerose interpolazioni da parte dei compilatori, ch'erano pienamente convinti (ossessionati, si è persino detto) del principio « *fructus sine usu esse non potest* ». Ma conclusioni storicamente e dogmaticamente più accettabili sono quelle avanzate dal Meylan, « *Fructus sine usu* » cit., cui aderisce, in parte, il Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 87 ss., che ha mostrato in maniera convincente la « posizione negativa romana ». Cfr. anche, da ultimi: Crifò, *Lo schema dialettico « uti frui » ed una congettura sul « fructus sine usu »*, in *Ét. Macqueron* (1970) 209 ss.; Kaser, *Privatrecht* 2.302 ss.

67.5. Testimonia la disciplina giustinianea dell'*habitatio*, come distinta figura di servitù personale, CI. 3.33.13 (a. 530), che pose termine a una lunga serie di contrasti giurisprudenziali: *Cum antiquitas dubitabat usu fructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumve usui vel usui fructui an neutri eorum, sed ius proprium et specialem naturam sortita est habitatio, postea autem si possit is cui habitatio legata est eandem locare vel dominium sibi vindicare, auctorum iurgium decidentes compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus. Et si quidem habitationem reliquierit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat sive alii cedat ut mercedem accipiat? Et multo magis, si habitationis usum fructum reliquerit, cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur etiam nomine usus fructus addito. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usum fructum nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere et dominium ei domus esse relictum: tunc enim voluntati testatoris per omnia oboediendum est. Quam decisionem locum habere censemus in omnibus modis, quibus habitatio constitui potest.* A differenza delle altre servitù personali, in diritto giustinianeo l'*habitatio* non si estingueva né per *capitis deminutio* né per *non usus*: D. 7.8.10 pr. (Ulp. 17 *Sab.*). Cfr.: Scapini, « *Usus domus* » e « *habitatio* » cit.

67.5.1. È incerto se l'« *habitatio* », pur essendo stata sicuramente 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* determinassero un semplice diritto di credito del legatario verso l'erede o costituissero un diritto reale del legatario relativamente alla casa abitativa. 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'*habitator* il diritto di dare in locazione anche tutta la casa.

67.6. Le *operae servorum* comportavano, in diritto giustinianeo, la facoltà di valersi dell'attività degli schiavi altrui. Anche questo istituto ebbe certamente radici classiche, ma è probabilmente da escludere che in diritto classico il rapporto fosse concepito come un rapporto giuridico reale relativo alle *operae servorum*, e in parti-

---

67.5.1. Il ricordo della disputa fra i giuristi classici in tema di *legatum habitationis* è ancor vivo in D. 7.8.10.2 (Ulp. 17 *Sab.*): *Sed si sic relictus sit: illi domus usus fructus habitandi causa, utrum habitationem solam an vero et usum fructum habeat, videndum, et Proculus et Neratius putant solam habitationem legatam, quod est verum. Plane si dixisset testator usum habitandi causa, non dubitaremus, quin valeret*; e in I. 2.5.5: *Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur neque usus fructus, sed quasi proprium aliquod ius, quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.* Sull'istituto cfr.: l'indagine, per molti aspetti tuttora valida, compiuta dal Pampaloni, *Questioni di diritto giustinianeo*, in *RISG.* 52 (1912) 131 ss.; Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 494 ss.; Amirante, « *Locare habitationem* », in *St. Biondi* 2 (1965) 455 ss.

67.6. Quanto alle *operae servorum*, si tratterebbe di usufrutto per Gaio e Papiniano: D. 7.7.3 (Gai. 7 *ed. pr.*) *In hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes*; D. 33.2.24.1 (Pap. 7 *resp.*) *Scorpum servum meum Semproniae concubinae meae servire volo. Non videtur proprietas servi relicta, sed usus fructus.* Ma per Terenzio Clemente e per Giuliano si tratterebbe di uso: D. 7.7.5 (Ter. Clem. 18 *l. Iul. Pap.*) *Operis servi legatis usum datum intellegi et ego didici et Iulianus existimat.* Pur non risolvendo esplicitamente la questione, come per l'*habitatio*, Giustiniano sembra considerare le *operae servorum* come qualcosa di distinto ma di analogo all'*usus*: il che si desume dall'esistenza d'un apposito titolo nei *Digesta* (D. 7.7.), che si colloca fra l'usufrutto e l'uso, e dalla testimonianza di D. 7.9.5.3 (Ulp. 79 *ed.*), ove si parla delle *operae servorum* accanto all'*habitatio* (ma sintomatica è, ancora, l'itp. in Paul. *l.s.l. Falc.*, D. 35.2.1.9, evidente dal confronto con Vat. 68). Sull'istituto, cfr. ancora: Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 504 ss.

colare come istituto affine, nel regolamento e nella struttura, all'*usus-fructus* e all'*usus*. Soltanto Giustiniano, attraverso interpolazioni e risistemazioni dei testi accolti nei Digesti, avvicinò chiaramente le *operae servorum* all'uso.

67.6.1. Giustiniano, sempre su questa strada, ammise pure che potessero costituire oggetto di diritto assoluto autonomo le « *operae animalium* » accanto alle opere degli schiavi.

68. La « SUPERFICIES ».

68.1. La *superficies* era, in diritto giustinianeo, 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 giustinianea dell'istituto, come rapporto giuridico reale in senso improprio, il *ius privatum* romano giunse peraltro, non senza incertezze e contraddizioni, da una configurazione originaria della fattispecie come rapporto relativo tra *superficiarius* e *dominus soli*.

68.2. La formazione storica del *ius in re aliena* di *superficies*, può, a nostro avviso, così sintetizzarsi.

67.6.1. Sulle *operae animalium* cfr.: Grosso, *Usufrutto*[2] cit. 510. Si legga l'itp. D. 7.9.5.3 (Ultp. 79 *ed.*): ... *Et si habitatio vel operae hominis vel cuius alterius animalis relictae fuerint, stipulatio locum habebit, licet per omnia haec usum fructum non imitantur.*

68.1. Sulla *superficies* cfr.: Pugliese, *La superficie nel diritto giustinianeo*, in *St. Segrè* (1943) 100 ss.; Braga da Cruz, *O direito de superficie no direito romano* (1950); Vogt, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts* (1950); Solazzi, *La « superficies » nel diritto giustinianeo* (1954), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 533 ss., con riferimento a precedenti studi dello stesso autore; Pastori, *La superficie nel diritto romano* (1965), *Superficie e negozio costitutivo*, in *St. Biondi* 2 (1965) 383 ss., e *Prospettiva storica del diritto di superficie*, in *St. Donatuti* 2 (1973) 871 ss.; Meincke, « *Superficies solo cedit* », in *ZSS.* 88 (1971) 136 ss.; sintesi in Paladini, sv. *Superficie* (*dir. rom.*), in *NNDI.* Per le fonti v.: D. 43.18 (*De superficiebus*). — La terminologia « *superficies* » (o « *superficium* ») è generica e accresce la difficoltà di interpretazione delle fonti. Letteralmente il termine sta per « *super faciem* » e indica ciò che esiste al di sopra della faccia esterna di una cosa mobile o immobile. Rapportata al fondo, la *superficies* indica, in primo luogo, ciò che è sovrapposto al fondo, cioè tutto quanto è infisso o inedificato (non semplicemente appoggiato) sul suolo che del fondo costituisce la *facies* esterna: in particolare, l'edificio (cfr., in proposito, Vogt, *Erbbaurecht* cit. 3 s., ma anche le osservazioni del Solazzi, *rc.* a Vogt, in *Iura* 2 [1951] 224 ss.). I dubbi di interpretazione nascono dal fatto che non sempre le fonti alludono alla *superficies* come ad una parte del fondo, ma talvolta sembrano implicare che la costruzione superficiaria sia una cosa diversa dal fondo, cioè una cosa su cui possa avere un diritto autonomo chi non sia proprietario. V. *infra* n. 68.4.

68.2. Le vivaci controversie sulla formazione storica del diritto di superficie sono riassunte dal Pastori, *La superficie* cit. 5 ss., 15 ss.

68.2.1. In età preclassica e classica aveva vigore incontrastato il principio civilistico « *superficies solo cedit* », per cui il proprietario di un fondo 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 concetto, già ricordato, secondo cui la proprietà si estendeva « *usque ad coelum et usque ad Inferos* ». Ciò posto, se avveniva che taluno costruisse con materiali propri od altrui una *domus* (o, più comunemente, un chiosco) sul suolo in *dominium* di un altro soggetto, sia senza l'autorizzazione di questi 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* o per un *commodatum* del suolo in oggetto: nel qual caso il superficiario era, comunque, titolare solo di un diritto di credito verso di lui.

68.2.2. Tuttavia, già in età preclassica 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, contro 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 i concessionari godevano di un *interdictum prohibitorium*, 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 turbarlo violentemente senza avere un titolo proveniente del pari dalla comunità concedente.

68.2.1. Applicazioni della regola civilistica *superficies solo cedit* si trovano, ad es., in Gai. D. 43.18.2 (il *dominium* delle *aedes superficiariae* « *civili et naturali iure eius est, cuius et solum* »), in Ulp. D. 9.2.50 (*naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet*), Paul. D. 44.7.44.1 (*sic et in* [*tradendo*] <*mancipando*> *si quis dixerit se solum sine superficie* [*tradere*] <*mancipare*>, *nihil proficit quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret*). Cfr.: Meincke, « *Superficies solo cedit* » cit. V. anche *retro* n. 57.5.1, e 58.5.3.

68.2.2. Le fonti sulle concessioni pubbliche di suolo superficiario sono indicate in: Pastori, *La superficie* cit. 33 ss. — Per il *solarium* cfr.: Orestano, sv. « *Solarium* », in *NNDI*. — La formula dell'*interdictum de loco publico fruendo* (Lenel, *EP.*[3] § 239) è riportata da Ulp. D. 43.9.1 pr.: *Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto*. Come si vede, la terminologia della concessione era quella della *locatio conductio* (« *ad fruendum* »).

68.2.3. Probabilmente, nel corso del periodo classico, l'uso delle concessioni superficiarie si estese anche ai rapporti fra privati ed 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 solo più tardi si sarebbe qualificato *superficiarius*) fu 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, elargì, a tutela della sua *quasi possessio*, un « *interdictum de superficiebus* », mediante cui egli poteva respingere ogni attacco violento che si operasse da altri al suo godimento, quando tale godimento non fosse stato da lui ottenuto, nei riguardi dell'attaccante, *vi, clam, precario*.

68.2.4. Il punto dubbio è se il pretore si sia anche riservato di concedere, subordinatamente a *causae cognitio*, un'*actio in factum* a carattere di *actio in rem* al superficiario nei confronti di chi gli avesse tolto il godimento della superficie, impossessandosi dell'edificio. Tutto sommato, nei limiti di una concessione fatta a ragion veduta e caso per caso, noi pensiamo che quest'« *actio in rem superficiaria* » sia proprio una creazione del diritto classico. Certo è che essa in età postclassica si generalizzò, dando fondamento stabile alla concezione della

---

68.2.3. L'inserimento delle concessioni superficiarie private nello schema della « *locatio conductio* » è contestato, per tutto il diritto classico, dal Vogt, *Das Erbbaurecht* cit. 5 ss., il quale, più precisamente, non crede alla classicità delle concessioni superficiarie private. — L'*edictum* sull'*interdictum de superficiebus* (Lenel, *EP*[3] § 249) è riferito da Ulp. D. 43.18.1 pr.: *Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus <ita> fruemini, vim fieri veto. Si qua [alia] actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.* Decisamente contrari alla classicità dell'interdetto (e, a maggior ragione, dell'*actio de superficie*), tra gli altri: Baviera, *La legittimazione passiva nell'« actio aquae pluviae arcendae »*, ora in *Scr.* 1 (1909) 19 ss.; Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1 (1910) 100 ss.; Krüger, *Die prätorischen Servituten* (1911) 81 ss. La critica non ha avuto successo: cfr. Pastori, *La superficie* cit. 74 ss. Nemmeno convince l'opinione del Vogt, *Das Erbbaurecht* cit. 86 s., che riferisce l'*interdictum de superficiebus* esclusivamente alle concessioni pubblicistiche.

68.2.4. La classicità dell'*actio in rem superficiaria* (per cui v. D. 43.18.1 pr., riportato *retro* nt. 68.2.3) è stata vigorosamente e vivacemente contestata dal Baviera e dal Beseler, già citati, nonché dall'Albertario, *Il pegno della superficie*, ora in *St.* 2 (1941) 79. In senso contrario: Lenel, *EP*[3] 476 ss. e, da ultimo, Pastori, *La superficie* cit. 79 ss., 95 ss., con citazione di altra bibliografia. A nostro avviso, è azzardato supporre che la clausola edittale sia il frutto di una falsificazione postclassica o giustinianea: se è vero che molti testi della giurisprudenza classica sembrano non tenerne conto (o addirittura ignorarla), è pur vero che il pretore non promise l'*actio in rem* in termini generali e che, molto probabilmente, l'applicazione che di essa si fece in età classica fu assai limitata.

superficies come rapporto giuridico assoluto in senso improprio avente ad oggetto il soprasuolo.

68.3. Il regime classico dell'istituto fu dunque, fondamentalmente, quello di un rapporto giuridico relativo tra *superficiarius* e *dominus soli* derivante da una *locatio conductio* del suolo (o *superficies* che dir si voglia) dal secondo al primo: il corrispettivo del godimento era costituito dal *solarium*. L'*interdictum de superficiebus* faceva del superficiario un *possessor ad interdicta* (sia pure *pro alieno*), anziché un semplice *detentor*. L'*actio in rem* era forse concessa sopra tutto nelle ipotesi di *locatio in perpetuum* (cioè di locazione indefinita del suolo, purché fosse regolarmente pagato il *solarium*): casi in ordine ai quali le fonti classiche parlano anche, talvolta, di *emptio venditio* della *superficies*.

68.4. Quanto al regime postclassico-giustinianeo, esso subì, probabilmente, molte variazioni non pienamente coerenti tra loro: variazioni che non furono tutte eliminate o superate dalla Compilazione giustinianea. Il più delle volte, la *superficies* appare considerata come un *ius in re aliena* a sé stante, tutelato da « *actio in rem superficiaria* ». Altre volte essa viene presentata come *servitus* (*in superficie*). Altre volte ancora essa (soprattutto trattandosi di concessioni superficiarie perpetue) ha tutte le apparenze di una sottospecie, tipicamente urbana, dell'*emphyteusis*. Particolarmente 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 esservi una vera e propria « proprietà del soprasuolo », eventualmente divisa per piani: sì che il rapporto di *servitus praedii* veniva a profilarsi come un rapporto tra l'avente diritto al soprasuolo (inteso questo come fondo dominante) e il proprietario del suolo (inteso questo come fondo servente).

68.3. Sul regime classico dell'istituto, per tutti: Pastori, *La superficie* cit. (in partic., 179 ss.), che non seguiamo nella tesi radicale dell'*actio superficiaria* come mezzo di tutela « tipico » dell'avente diritto. — Sulla *venditio superficiei* v.: Ulp. D. 43.18.1.1. Si ricordi, a proposito del *ius in agro vectigali*, Gai 3.145, su cui *infra* n. 69.2.

68.4. Sulla superficie in diritto giustinianeo cfr. spec.: Solazzi, *La « superficies » nel diritto giustinianeo* (1945), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 533 ss.; Maschi, *Fonti giustinianee e fonti bizantine in tema di proprietà superficiaria*, in *Atti VIII Congr. st. bizantini* (1953), e *Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio « superfcies solo cedit »*, in *St. Arangio-Ruiz* 4 (1953) 135 ss.; Kaser, *Privatrecht* 2.307 ss.

69. L'« EMPHYTEUSIS ».

69.1. L'*emphyteusis* era, in diritto giustinianeo, un rapporto assoluto reale in senso improprio, in forza del quale un soggetto (« *emphyteuta* ») 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, salvo a perdere il fondo in certi casi di inadempimento (« devoluzione »). In questa configurazione postclassico-giustinianea l'istituto implicava la concessione all'enfiteuta di un potere talmente intenso, per cui può persino dubitarsi se il vero proprietario del fondo fosse l'enfiteuta, anziché il concedente. Ma le cose stavano alquanto diversamente in diritto classico ed in età preclassica.

69.2. L'istituto dell'enfiteusi si ricollega al precedente classico noto come *ius in agro vectigali*: diritto spettante a coloro che avessero ottenuto in godimento, a titolo analogo ma non identico alla *locatio conductio, agri publici*, di solito appartenenti a *municipia* o *coloniae*, impegnandosi in cambio a pagare un canone annuo denominato « *vectigal* ». Lo scopo di queste concessioni era, essenzialmente, di fare sì che la terra pubblica potesse essere sfruttata dai privati in modo tale che non sarebbe stato possibile agli enti pubblici concedenti. Secondo le attestazioni dei giuristi classici, era fortemente

---

69.1. Sull'*emphyteusis*, in generale, cfr.: Mitteis, *Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum*, in *ASW*. 1901, con bibliografia precedente, e *Privatrecht* 1.361 ss.; Rostovzeff, *Studien zur Geschichte des römischen Kolonates* (1910); Schilling, *Studien aus der römischen Agrargeschichte* (1926); Haije, *Étude sur les locations à long terme et perpétuelles dans l'empire romain* (1926); Levy, *West roman vulgar law* cit. 43 ss., 90 ss.; Burdeau, *L'administration des fonds patrimoniaux et emphytéotique au Bas-Empire romain*, in *RIDA*. 20 (1973) 285 ss.; Vaccari, sv. *Enfiteusi (parte stor.)*, in *ED*. Gli studi sul complesso istituto, in tutte le sue vastissime implicazioni sociali ed economiche, sono ancora aperti, a nostro avviso, a molti approfondimenti e collegamenti, di cui si avverte la mancanza.

69.2. Sul *ius in agro vectigali* cfr.: Branca, sv. « *Ager vectigalis* », in *NNDI*.; Lanfranchi, *Studi sull'« ager vectigalis »* 1. - *La classicità dell'« actio in rem vectigalis »* (1938), 2. - *Il problema della usucapibilità degli « agri vectigales »* (in *AUCA*. 1939), 3. - *La trasmissibilità a titolo singolare del « ius in agro vectigali »* (in *ATRI*. 1940); Bove, *Ricerche sugli « agri vectigales »* (1960); Levi (M. A.), *Genesi della « centuriatio » e dell'« ager vectigalis »*, in *PP*. 23 (1968) 409 ss. Per le fonti v.: D. 6,3 (*Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur*, itp.). — La controversia sugli effetti della concessione si legge in Gai 3.145: *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio. Veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut quamdiu ... vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur. Sed magis placuit locationem conductionemque esse.*

discusso se il diritto del concessionario verso gli enti concedenti, relativamente agli *agri vectigales*, derivasse piuttosto che da una *locatio conductio*, da una *emptio venditio*: cioè se il vettigalista fosse sempre e soltanto un mero creditore (*conductor*) nei riguardi del concedente o fosse invece un creditore destinato (in quanto *emptor* usucapiente col tempo *pro emptione*) a diventare il *dominus ex iure Quiritium* del fondo. L'opinione prevalente era tuttavia, e giustamente, nel primo senso.

69.2.1. Il « *ius in agro vectigali* », pur se era un diritto di credito, presentava notevoli singolarità. Il pretore, infatti, non solo riconobbe al vettigalista la *possessio ad interdicta* (peraltro *pro alieno*), ma stabilì anche che al concessionario dell'*ager vectigalis* fosse accordata un'« *actio in rem* », analoga alla *rei vindicatio* 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* era limitata forse alle sole concessioni *in perpetuum*. Essa accostò comunque la situazione del titolare del *ius in agro vectigali* a quella del titolare di un *ius in re aliena*.

69.3. Il sistema della concessione di fondi pubblici a privati coltivatori fu adottato su larga scala, in età postclassica, an-

---

69.2.1. Sull'*actio in rem vectigalis*, oltre alla letteratura citata *retro* nt. 69.2, cfr.: Lenel, *EP*.[3] § 70. V. Paul. D. 6.3.1.1: *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem* (*rell.*). Probabilmente è alterato Paul. D. 6.3.3, ove si dice che l'*actio in rem* spetta anche per le locazioni a termine, se il « *tempus conductionis* » non sia ancora esaurito. — La formula dell'*actio in rem vectigalis*, nella ricostruzione del Lenel, era la seguente: « *Si paret A.m A.m agrum, quo de agitur, a municipibus municipii Venusini in perpetuum fruendum conduxisse, neque ea res arbitrio iudicis A.o A.o restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.* ». — Sulla tutela possessoria (piena) del vettigalista: *retro* n. 44.2.

69.3. Sulla complessa evoluzione postclassica cfr. spec.: Kaser, *Privatrecht* 2.308 ss. Al riguardo è da tenere presente che lo stato romano, che si considerava proprietario diretto dei territori provinciali, non era mai stato incline alle concessioni in *possessio vel ususfructus*, preferendo limitare queste concessioni a piccoli appezzamenti di terreno a coltura intensiva, soprattutto giardini e frutteti. In ordine alle vaste estensioni di terreno coltivabili a grano o destinate a pastorizia (ma soprattutto 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 seguì inizialmente il criterio di concederle a « *servi publici* » (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 dovette giungere sino all'assurdo di rendere coattiva la concessione di questi terreni e di costringere i cittadini di determinati villaggi a non

che dallo stato, in relazione a quei *fundi provinciales* che un tempo erano concessi ai privati in mera *possessio vel ususfructus*, ma che, essendosi oramai la *possessio vel ususfructus* trasformata in vero e proprio *dominium* irrevocabile, lo stato non intendeva, nella nuova situazione economico-giuridica, concedere ai privati a titolo, appunto, esclusivo e irrevocabile. I fondi interessati si distinsero in due categorie: i « *fundi rei privatae* », di pertinenza del *fiscus Caesaris* (che aveva ormai completamente assorbito l'*aerarium populi Romani*), e i « *fundi patrimoniales* », di pertinenza diretta dell'imperatore (rientranti cioè nel cd. « *patrimonium principis* »). Ma le concessioni relative, pur essendo analoghe a quelle municipali, non furono inquadrate nello schema formale del *ius in agro vectigali*. E a questo proposito bisogna differenziare il sistema prevalente nel sec. IV da quello prevalente nel sec. V d.C.

69.3.1. Nel sec. IV d.C. si distingueva, generalmente, tra « *ius perpetuum* », relativo ai *fundi rei privatae*, e « *ius emphyteuticarium* », relativo ai *fundi patrimoniales* e ricalcato sul modello greco della 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 la concessione in *ius perpetuum* non era revocabile e non era più ritoccabile nelle sue modalità, mentre la concessione in *ius emphyteuticarium* era, almeno formalmente, soggetta a essere periodicamente rinnovata e ritoccata nelle clausole. 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 riequilibrato il rapporto tra concedente e concessionario al fine del mantenimento dell'equilibrio economico tra i due.

---

abbandonare la propria zona ed a coltivare i terreni in essa siti, malgrado le pessime condizioni di vita: sistema che si disse dell'ἴδια χώμη. Fu allora che parve conveniente a potenti famiglie provinciali, dotate dei 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 cittadini della circoscrizione, affinché li coltivassero per loro conto, salvo trattenuta del necessario al proprio sostentamento. V. anche *retro* n. 61.3.

69.3.1. Sul *ius emphyteuticarium* (distinto dal *ius perpetuum*) v.: CI. 11.62.1 (a. 315); CTh. 11.16.2 (a. 323); CTh. 2.25.1 = 3.38.11 (a. 334?).

69.3.2. Nel sec. V d.C. i due cennati istituti finirono per fondersi in un istituto unitario, il quale aveva la denominazione prevalente di « *ius emphyteuticarium* ». L'istituto composito mantenne la peculiarità dell'*ius perpetuum*, cioè la perpetuità e la invariabilità del canone, ma dell'antico *ius emphyteuticarium* in senso proprio conservò la caratteristica della possibilità da parte del concedente di reagire alla cattiva amministrazione del fondo revocando la concessione. Inoltre non più soltanto il *princeps* era concedente di questo diritto, ma lo erano anche i *potentiores*, divenuti frattanto, attraverso usurpazioni e concessioni di favore dell'imperatore, latifondisti, cioè proprietari di vastissime estensioni terriere, che non avrebbero potuto amministrare direttamente. Pertanto l'*emphyteusis* divenne, nel corso del V ed agli albori del VI sec. d.C., un istituto della massima importanza, in ordine al quale si riprodusse la discussione, già sorta in tema di *ius in agro vectigali*, se si trattasse di una concessione a titolo locatizio oppure di una concessione a titolo di proprietà. La discussione fu chiusa, verso il 680 d.C., dall'imperatore Zenone, che parlò di μισθοπρασία, cioè di locazione mista a vendita, con la conseguenza che il *periculum* afferente al fondo fosse ripartito, salvo patto contrario, in questo modo: se il fondo era sconvolto 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.

69.4. Giustiniano accolse nella Compilazione il *ius emphyteuticarium*, ma cercò di raccordare il recente istituto con l'an-

---

69.3.2. La costituzione di Zenone sul *contractus emphyteuticarius* si legge in CI. 4.66.1 (a. 476-484). V. anche I. 3.24.3 (a proposito della *familiaritas* tra locazione e vendita): *Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere, ac si natura talis esset contractus: si autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. Quo iure utimur.*

69.4. Il *regime giustinianeo* dell'*emphyteusis* risulta, oltre che dal citato I. 3.24.3, da CI. 4.66 (« *de emphyteutico iure* ») e dai testi interpolati di D. 6.3, cit. *retro* nt. 69.2. Nel diritto giustinianeo, dunque, « *ius emphyteuticarium* » era sinonimo di « *ius in agro vectigali* ».

tico *ius in agro vectigali*, di cui imponenti tracce rimanevano attraverso i resti della giurisprudenza classica. Le caratteristiche dell'istituto giustinianeo vennero ad essere, per effetto di questa ricucitura, le seguenti.

69.4.1. Sull'enfiteuta incombeva l'obbligo di pagare il « *canon* » o « *vectigal* » stabilito, nonché (di regola) l'obbligo di pagare direttamente allo stato l'imposta fondiaria. Ma, a prescindere da ciò, l'enfiteuta non era tenuto ad altro, ed in particolare non era tenuto (salvo specifico patto in proposito) a migliorare il fondo, anzi nemmeno a coltivarlo, sempre però che non lo deteriorasse.

69.4.2. L'*emphyteusis* era trasmissibile agli eredi e poteva essere anche alienata dall'enfiteuta a persona patrimonialmente solvibile, purché l'enfiteuta curasse di denunciare al concedente l'alienazione. Al concedente, infatti, si riconosceva un diritto di opzione (cd. « *ius protimeseos* »), per cui, offrendo pari condizioni, doveva essere preferito nel riscatto del fondo al terzo che si offrisse di acquistare dall'enfiteuta il suo diritto. Se il concedente non esercitava il potere di opzione, egli aveva diritto a ricevere dall'enfiteuta il cd. « *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.

69.4.3. Il concedente poteva, con la cd. « devoluzione », far valere l'avvenuta risoluzione del rapporto, se l'enfiteuta per tre anni consecutivi (o due anni, nei casi di enfiteusi concessa da enti ecclesiastici) non avesse pagato il canone dovuto o le imposte gravanti sul fondo. Così pure poteva esser fatta valere la risoluzione del 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.

69.4.1. Le *meliorationes* (ἐμπονήματα) del fondo potevano essere liberamente alienate, purché se ne offrisse l'opzione al *dominus fundi*: CI. 4.66.3 (a. 530), su cui *infra* nt. 69.4.2.

69.4.2. Sul cd. *ius protimeseos* (da προτίμησις) v. CI. 4.66.3.1 (a. 530): *... disposuimus attestationem domino transmitti et praedicere, quantum pretium ab alio re vera accipit.* Dalla lettura di tutta la costituzione, assai confusa, si trae l'impressione che essa sia stata rimaneggiata da Giustiniano in occasione del *Codex repetitae praelectionis*: forse, nella sua redazione originaria, la costituzione si riferiva alle sole *meliorationes*. — Sul cd. *laudemium*: CI. 4.66.3.4-5. Sull'istituto: Silveira, *O latin « laudemium »*, in *Humanitas* (1948-49) 3 ss.

69.4.3. Sull'estinzione del *ius emphyteuticarium*: CI. 4.66.2 e CI. 4.66.3.6. La cd. « devoluzione » non era la causa dell'estinzione, ma il diritto di far valere l'effetto estintivo, che si verificava *ipso iure*.

70. I RAPPORTI ASSOLUTI DI GARANZIA.

70.1. Il fine di offrire ai creditori una garanzia reale dei loro crediti (cioè una garanzia risolventesi nel diritto, in caso di inadempimento del debitore, di soddisfarsi direttamente 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* ».

70.2. È da premettere che in età preclassica e ancora in età classica la funzione di garanzia reale delle obbligazioni era anche attuata mediante un istituto tipicamente romano, denominato usualmente *fiducia*, ma che andrebbe qualificato, più appropriatamente, « *dominium fiduciarium* ». La garanzia derivava infatti dalla fattispecie negoziale della « *fiducia cum creditore* », di cui parleremo più oltre, e consisteva in ciò: che il garante (debitore o terzo che fosse) trasferiva al creditore garantito il *dominium ex iure Quiritium* di una *res mancipi*, col patto fiduciario che la cosa gli fosse ritrasferita al momento dell'adempimento, mentre in caso diverso sarebbe rimasta al

---

70.1. Sulle garanzie reali delle obbligazioni cfr.: Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen* 1. - *Geschichte der römischen Hypothek* (1904), e sv. « *Hypotheca* », nonché sv. « *Pignus* », in *PW.*; Weiss, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 2 voll. (1909-1910); Frezza, *Le garanzie reali* (1963); Palmieri, sv. *Ipoteca (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Bove, sv. *Pegno (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Kunkel, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandsrecht*, in *ZSS.* 90 (1973) 150 ss. — *Pignus* ed *hypotheca* sono stati sempre considerati unitariamente, ma, pur senza voler aderire alla tesi di coloro che ritengono la seconda di origine greca e postclassica e ne qualificano le attestazioni intruse ed interpolate (così, ad es., Ebrard, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam* [1917]), il *pignus* è certamente più antico: cfr. già Erman, *Pignus hypothecave*, in *Mél. Girard* 1 (1912). Cfr. in argomento anche: Biscardi, *Die mehrfache Verpfändung einer Sache vom attische bis zum spätrömischen Recht*, in *ZSS.* 86 (1969) 146 ss.

70.2. Sulla *fiducia* cfr.: Erbe, *Die Fiduzia im römischen Recht* (1940); Burdese, sv. « *Fiducia* », in *NNDI.*; Bellocci, *La tutela della « fiducia » nell'epoca repubblicana* (1974). — Per la *fiducia cum creditore*: *infra* n. 82.3. — Sulla *usureceptio* v. Gai 2.59-60: *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. Nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet <etiam> soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint; siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret: quo casu lucrativa usus capio competit.* L'integrazione « *etiam (soli si sit)* » è quella generalmente accolta: non va taciuto, peraltro, che il Beseler ha proposto l'integrazione « *anno scilicet si mobilis sit, biennio soli si sit* ». Cfr.: Franciosi, sv. « *Usureceptio* », in *NNDI.* — Sulla *usucapio* ordinaria: *retro* n. 58.9, e 62.4.

creditore insoddisfatto. Proprio perché il *dominium* del garantito sulla *res* fiduciata *aveva* questa connotazione particolare, si ammise che, ove fosse stata adempiuta o estinta l'obbligazione e il garantito non tenesse fede al *pactum fiduciae* di ritrasferimento, il garante avesse diritto di impossessarsi della cosa fiduciata e di acquistarne il *dominium* mediante « *usureceptio* », cioè mediante una usucapione di favore (una cd. « *usucapio lucrativa* ») per la realizzazione della quale non era necessario che egli avesse la *bona* fides e bastava (anche per le *res immobiles*) il possesso di un solo anno.

70.3. Anche se opportunamente corretto dall'*usureceptio*, l'istituto della *fiducia*, facendo venire meno la proprietà sulla cosa data in garanzia, costituiva un sacrificio (e un pericolo) eccessivo per il garante. Appunto perciò il *ius honorarium* preclassico accordò tutela giuridica ad un altro tipo di garanzia reale, già da tempo diffuso nella prassi: il *pignus*. Si trattava, più esattamente, di un rapporto giuridico assoluto improprio, in forza del quale il creditore aveva la *possessio ad interdicta* su una *res* del debitore o di un terzo garante (« *pignus* »), con diritto, in caso di inadempimento, di alienare la cosa e di soddisfarsi sul ricavato. Il diritto del creditore pignoratizio derivava appunto dai mezzi giurisdizionali apprestati a tutela di lui dal *ius honorarium*.

70.3.1. Nel corso del periodo classico, il sistema del *pignus*, pur senza escludere quello del *dominium* fiduciario (che era ovviamente preferito da certi *creditores*), assunse una schiacciante prevalenza. In età postclassica, la *fiducia* praticamente scomparve, via via che la *possessio* acquistò sempre maggiori caratteristiche di vero e proprio diritto. Giustiniano, tirando le somme di questo processo evolutivo, abolì anche formalmente la vecchia *fiducia*, sì che l'unico rapporto assoluto di garanzia rimase quello del *pignus*.

70.4. Il *pignus* si distingueva in *datum* e *conventum* sulla base di due modi di costituzione del rapporto: la *datio pignoris*

70.3. Un esame completo e approfondito della terminologia del « *pignus* » si trova in Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen* cit. Cfr. anche *infra* n. 83.2. Per le fonti v.: D. 20.1 (*De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum*); D. 13.7 (*De pigneraticia actione vel contra*); CI. 8.13.

70.3.1. L'abolizione della *fiducia* implicò, da parte di Giustiniano, numerosi interventi interpolazionistici su testi relativi a questo istituto, testi che furono invece riferiti al *pignus*: cfr. Lenel, *EP*.3 § 99 e 107.

70.4. *Pignus datum* e *pignus conventum* differivano per il modo di costituzione, non anche per l'oggetto. La limitazione (di massima) del *pignus* alle *res mobiles* e dell'*hypotheca* alle *res immobiles* fu una escogitazione scolastica dell'età postclassica. V. Gai. D. 50.16.238.2 (*infra* nt. 83.2) e I. 4.6.7: *Pignoris appella-*

e la *conventio pignoris*. Ma occorre subito precisare che, accanto alla forma normale del « pegno volontario » (cioè acconsentito dal garante), il *ius privatum* riconobbe anche taluni casi eccezionali di « pegno necessario » (cioè costituito ad onta della diversa volontà del garante): il pegno giurisdizionale ed il pegno legale.

70.4.1. Il « *pignus datum* », che fu il primo ad affermarsi, era quello basato su una « *datio pignoris* », cioè su una effettiva dazione della cosa dal garante al creditore, che di quella *res*, mobile o immobile che fosse, diveniva pertanto il *possessor ad interdicta* (pur se *pro alieno*). La *res pignerata* doveva essere restituita in caso di *satisfactio*, poteva essere alienata (per soddisfarsi sul ricavato) nel caso opposto.

70.4.2. Il « *pignus conventum* », anche detto alla greca « *hypotheca* », si affermò agli inizi dell'epoca classica, e derivava, nella sua struttura tipica, da una « *conventio pignoris* », cioè da un patto tra garante e creditore, in virtù del quale il primo era obbligato a tenere una certa *res*, mobile o immobile, a disposizione del secondo, con l'intesa che quest'ultimo ne acquistasse il possesso solo in caso di inadempimento, sì da poterla poi alienare a soddisfazione del credito. Il caso originario di applicazione di questo schema (che permetteva al garante di utilizzare egli stesso la *res* fino al momento dell'inadempimento) fu costituito da un patto che solitamente interveniva tra locatore e con-

---

tione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus. La nozione delle Istituzioni giustinianee è una deformazione postclassica di quella espressa genuinamente da Ulp. D. 13.7.9.2: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit* [*nec*] *possessio ad creditorem.* V. anche (sebbene radicale e semplicistico) Marcian. D. 20.1.5.1: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.*

70.4.1. Sulla *datio pignoris*, in quanto determinativa di *obligatio*, v. *infra* n. 83.2 ss. — Sulla *satisfactio*: *infra* n. 75.1.1.

70.4.2. Sull'*hypotheca* v. anzitutto Gai. D. 20.1.4: *Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae* (*rell.*). In età postclassica il termine è stato spesso interpolato in luogo di *pignus conventum*, ma esagerata sembra la tesi (cfr. Ebrard, *Die Digestenfragmente* cit.), che ne esclude radicalmente la classicità: cfr., infatti, Erman, *Pignus hypothecave* cit. — Sull'ὑποθήκη greca: Pappoulias, *Das Pfandrecht nach dem griechischen und römischen Recht* 1 (1909), con bibliografia. — Sulle applicazioni originarie dell'istituto, oltre alla bibliografia cit. *retro* nt. 70.1: Sargenti, *Il « de agricultura » di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in *SDHI*. 22 (1956) 158 ss. V., ad es., Gai. D. 30.4.11 pr.-4. — La forma della *conventio pignoris* fu sempre libera, anche se ovviamente si preferì che essa fosse riversata *ad probationem* in una *scriptura*. V. Gai. 20.1.4: ... *nec ad res pertinet quibus fit verbis, sicuti et in his obligationibus quae consensu contrahuntur. Et ideo et sine scriptura si convenit ut hypotheca sit et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari possit: et sine his autem valet quod actum est.* Cfr. tuttavia *infra* n. 90.6.2.

duttore di un fondo rustico: a garanzia del pagamento del canone, l'affittuario si impegnava a non asportare dal fondo ed a tenere a disposizione del locatore, per l'ipotesi di un inadempimento, gli oggetti, attrezzi ed animali che avesse portato sul fondo per la coltivazione dello stesso (« *invecta et illata* »).

70.4.3. Le ipotesi più sicure di « pegno (necessario) giurisdizionale », cioè basato su un provvedimento giurisdizionale, furono, a prescindere dal modello antico della « *pignoris capio* »: quella della « *missio in possessionem* », disposta dal pretore per costringere a determinati adempimenti una persona riottosa; e quella del « *pignus ex causa iudicati captum* » della procedura *extra ordinem*, disposta dal giudicante ed eseguito dai suoi *apparitores* a garanzia dell'esecuzione della sentenza da parte del soccombente. Non in tutti i casi ora indicati il creditore conseguiva la *possessio* piena (*ad interdicta*).

70.4.4. Le ipotesi di « pegno (necessario) legale », cioè basato su norme dell'ordinamento giuridico, vanno anzi tutto distinte in ipotesi di « *pignus speciale* », su singoli e determinati beni del debitore, ed in ipotesi di « *pignus generale* », vincolante l'intero patrimonio del debitore. Lo schema entro cui queste ipotesi solitamente si riversavano era quello dell'*hypotheca*, e la mancanza di una *conventio pignoris* era generalmente supplita, nelle costruzioni giurisprudenziali, dalla presunzione di una implicita accettazione del *pignus* da parte di chi si sottoponesse al sistema normativo che lo implicava: onde si parlava spesso anche di « *pignus tacitum* », basato su *tacita conventio*. Fattispecie di « *pignus speciale* » furono, ad esempio: quella del pegno riservato al locatore di un immobile urbano sui mobili dell'inquilino (denominati anche essi, secondo la terminologia tradizionale, « *invecta et illata* »); quella del pegno riservato sugli edifici a coloro che avessero prestato le somme occorrenti per la loro ricostruzione; quella del pegno riservato al pupillo sulle cose che il tutore o un terzo avessero

---

70.4.3. Sulla *pignoris capio*: *retro* n. 16.7. — Sulla *missio in possessionem*: *retro* n. 20.5. — Sul *pignus ex causa iudicati captum*: *retro* n. 21.6.1. — Non sembra classico il cd. *pignus praetorium* in tema di *missio in possessionem*: cfr. Solazzi, *Il concorso dei creditori in diritto romano* 1 (1937) 208 ss., e *Il « pignus praetorium »* in D. 41.4.12 (1956), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 710 ss.; Lepri, *Note sulla natura giuridica della « missio in possessionem »* (1939) 3 ss. Cfr. anche: Wagner, *Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diocletians)* (1974).

70.4.4. — Sul *pignus tacitum* (terminologia di classicità contestata) cfr. spec.: Schuller, *Zum « pignus tacitum »*, in *Labeo* 15 (1969) 267 ss. Le esplicazioni dell'istituto non ebbero inizio prima del periodo tardo-classico e furono diffusissime in età postclassica: cfr. D. 20.2. — Sul *pignus generale*: Wagner, *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung* (1968).

acquistato con suo danaro; quella (introdotta da Giustiniano) del pegno riservato al legatario e al fedecommissario particolare sulle cose loro destinate dal testatore. Fattispecie di « *pignus generale* » (tutte postclassiche) furono, ad esempio: quella del pegno riservato al fisco sul patrimonio del debitore di imposta; quella del pegno riservato al pupillo, al *furiosus*, al minore sul patrimonio del loro tutore o curatore; quella del pegno riservato alla moglie sul patrimonio del marito, a garanzia della restituzione della dote, del pagamento della *donatio propter nuptias*, della buona amministrazione dei beni parafernali affidati al marito stesso; quella del pegno riservato ai figli sul patrimonio del padre, a garanzia dei beni loro spettanti per successione dalla madre o dagli ascendenti materni.

70.5 Oggetto del *pignus* poteva essere, a rigore, solo una *res corporalis* che fosse suscettibile di alienazione, quindi di soddisfacimento, attraverso l'alienazione, per il creditore che non avesse ottenuto l'adempimento o comunque la *satisfactio*. Ma già (parzialmente) in diritto classico la concezione dell'oggetto del *pignus*, in omaggio alla funzione di garanzia dell'istituto, progressivamente si allargò. Si ritenne, pertanto, che potessero essere vincolati in pegno anche i *iura in re aliena* (servitù rustiche, usufrutto, superficie, enfiteusi), anche i crediti (cd. « *pignus nominis* »), anche i diritti scaturenti da un *pignus* (cd. « *subpignus* », o « *pignus pignori datum* »), anche le cose future, i frutti non ancora venuti ad esistenza, le quote di una *communio*.

70.5.1. Di regola, nessun cespite poteva costituire oggetto di *pignus*, se il costituente (cioè il garante) non lo avesse nel suo *patrimonium*: come *dominus ex iure Quiritium*, o come *in bonis habens*, o come titolare (quanto meno *iure honorario*) del diritto oppignorato, o come titolare di un'aspettativa giuridica al suo ottenimento. Comunque, per l'ipotesi che si fossero costituiti in *pignus* oggetti privi di

---

70.5. Sull'oggetto del *pignus* v. Gai. D. 20.1.9.1: *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.* — Assai contestata la classicità di alcune ipotesi di *pignus* su *iura in re aliena*: ad es., cfr. Albertario, *Il pegno della superficie*, ora in *St.* 2 (1941). — Sul *subpignus*: Wubbe, *Eine Lehre vom « subpignus » im CIC.?*, in *T.* 26 (1958) 133 ss. — Sul *pignus nominis*: Kaser, *Zum « pignus nominis »*, in *Ét. Macqueron* (1970) 399 ss. — Sul *pignus* di *res aliena*: Wubbe, *« Res aliena pignori data »* (1960). — Sul *pignus fructuum*: Romano, *Appunti sul pegno di frutti nel diritto romano* (1931); De Robertis, *Sul problema dell'estensibilità del pegno ai prodotti della cosa nel diritto romano*, in *AUBA*. 1948. — Sul *pignus* di cose future: Carcaterra, *Il pegno delle cose future*, in *AUBA*. 1940.

70.5.1. Sulla convalida del *pignus* cfr.: Tondo, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi* (1959), con bibliografia.

siffatte qualificazioni, si ammise con una certa larghezza, sopra tutto in diritto postclassico, la possibilità della « convalidazione » successiva.

70.6. 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 l'attribuzione a lui sin dall'inizio del possesso dell'oggetto pignorato, mentre la *conventio pignoris* poteva essere anche operata a favore di più soggetti. Era indispensabile, comunque, che il soggetto attivo fosse effettivamente titolare di un diritto di credito: senza di che la garanzia non avrebbe avuto ragione di sussistere e sarebbe stata invalida (cd. principio dell'« accessorietà » del pegno).

70.6.1. 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 poziorità 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 munito di ipoteca anteriore, se ed in quanto lo rimborsasse dell'importo della obbligazione.

70.6.2. In età postclassica vennero stabilite alcune eccezioni a questi principi sulla contitolarità del *pignus conventum*. Una prima

---

70.6. La qualità di creditore della persona garantita non era, probabilmente, richiesta in età arcaica: Erbe, *Fiduzia* cit. 37 ss., con altra bibliografia. — Sull'accessorietà del *pignus*: Carrelli, *Sull'accessorietà del pegno* (1934). V. Marcian. D. 20.1.5 pr.: *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione..., et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione...: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali.* — Ovviamente il *pignus* poteva essere costituito anche *pro aliena obligatione*, cioè dal non debitore a garanzia dell'*obligatio* altrui. V. Marcian. D. 20.1.5.2: *Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena.*

70.6.1. Sul tema della pluralità dei creditori pignoratizi e del loro eventuale conflitto cfr.: Biscardi, *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano* (1935) 58 ss., e *Ancora in tema di collisione*, in *SDHI.* 4 (1938) 488 ss.; Miquel, *El rango hipotecario en el derecho clásico*, in *AHDE.* 29 (1959) 229 ss.; Tondo, *Convalida* cit. V.: D. 20.4, CI. 8.18-19. — In particolare, sul *ius offerendi* v.: D. 20.4.11.4; D. 20.5.5 pr.

70.6.2. Sui crediti privilegiati nel diritto postclassico v. CI 5.13.1 *b*; D. 20.4.3.1; D. 20.4.5-7; CI. 8.18(17).7; Novl. 97.3. — Di fronte ai crediti assistiti da privilegio o da ipoteca, i crediti non protetti da garanzia reale furono denominati, soprattutto in periodo postclassico, crediti chirografari (« *nomina chirographaria* »): ciò perché si limitavano al semplice *chirographum* di costituzione (sul quale v. *infra* n. 81.4). — Sul *pignus publicum* v. CI. 8.17.11.1 (Leo, a. 472): *Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius*

eccezione fu relativa ai cd. « crediti privilegiati », (« *nomina privilegiaria* »), cioè ad una massa sempre più vasta di crediti che, per considerazioni di favore attinenti alla loro natura o alle caratteristiche della persona del creditore, avevano diritto di precedenza, nell'aggressione dei beni del garante, sugli stessi crediti ipotecari ed erano inoltre anche fra loro graduati: tali, ad esempio, i crediti del fisco per le imposte, o quelli della moglie per la restituzione della dote. Una seconda eccezione (introdotta dall'imperatore Leone nel 472) fu relativa al « *pignus publicum* » (risultante da atto pubblico) e al « *pignus quasi publicum* » (risultante da atto scritto privato, ma corredato della firma di almeno tre testimoni), nel senso che questi tipi di *pignus conventum*, essendo confortati da peculiari elementi di certezza, erano da preferirsi ad ogni altra *hypotheca*, anche se di data anteriore.

70.7. Il diritto del creditore pignoratizio si scindeva, più esattamente, in due poteri: il *ius possidendi* e il *ius distrahendi*. Carattere del tutto eccezionale aveva un terzo potere: il cd. *ius retentionis*.

70.7.1. Il « *ius possidendi* » era il diritto (*erga omnes*) all'ottenimento della *possessio* dell'oggetto del *pignus*. Nell'ipotesi di *pignus datum*, il diritto era inteso al mantenimento della *possessio* già conseguita (quindi, al riottenimento della stessa ove la si fosse perduta ad onta della difesa possessoria costituita dagli *interdicta*) e sussisteva sino al momento della *satisfactio* del creditore. Nell'ipotesi di *pignus conventum*, il diritto era inteso al conseguimento della *possessio* (dal garante o da chiunque altro avesse ricevuto *in bonis* l'oggetto) in caso di inadempimento. Anche quando si sostanziava nella *possessio* attuale, il *ius possidendi* non comportava tuttavia, salvo patto contrario, la facoltà di usufruire dell'oggetto: ad usare della *res pignerata* si com-

---

virorum subscriptiones isdem idiochiris (= sottoscrizioni autografe) *contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur*. V. anche *retro* n. 30.5.

70.7. Sui poteri del creditore pignoratizio in generale cfr. la letteratura cit. *retro* nt. 70.1. Per le fonti v. D. 20.5.

70.7.1. A proposito del *ius possidendi* nel *pignus datum*, va precisato che non sempre gli *interdicta possessoria* valevano a garantire al creditore pignoratizio il mantenimento del possesso dell'oggetto pignorato: di qui l'introduzione dell'*actio pigneraticia in rem* (*infra* n. 70.9.4). — Sul possesso dei frutti, e sul patto di *antichresis*, v. Marcian. D. 20.1.11.1 e 13 (naturalmente, se il valore dei frutti superava l'importo degli interessi, il *superfluum* andava a scomputo del capitale; Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung* [1910]). A prescindere dal patto di *antichresis*, assai diffuso era, nei formulari di *datio pignoris*, il patto di attribuzione dei frutti al creditore: patto che spesso fu considerato tacito. V. CI. 4.24.3 (Alex., a. 222): *Creditor, qui praedium pignori sibi nexum detinuit, fructus quos percepit vel percipere debuit in rationem exonerandi debiti computare necesse habet* (*rell.*). — Sul *furtum usus* in ordine a *res pignori datae* (o anche *conventae*): *infra* n. 96.4.1.

metteva *furtum usus*, ad appropriarsi dei suoi frutti (sempre che non vi fosse patto contrario) si commetteva *furtum rei*. Tra i patti derogativi di questa regola, piuttosto diffuso era il patto cd. di « *antichresis* », in forza del quale i frutti della *res* erano riservati al creditore a titolo di interessi.

70.7.2. Il « *ius distrahendi* » era il diritto di alienare, in caso di inadempimento, l'oggetto ottenuto in possesso e di soddisfarsi sul ricavato, restituendo al garante l'eventuale *superfluum* (anche detto la « *hyperocha* »). Probabilmente, nei tempi più antichi il *ius distrahendi* sussisteva solo se tra garante e creditore fosse intervenuto uno specifico « *pactum de distrahendo pignore* »; ma in età classica il *pactum de distrahendo* si presumeva insito in ogni *pignus*, sì che per escludere la *distractio* occorreva un espresso « *pactum de non distrahendo pignore* ».

70.7.3. Il cd. « *ius retentionis* », cioè il diritto di appropriarsi dell'oggetto in caso di inadempimento, era di regola rigorosamente escluso. In diritto classico, alla regola si poteva però portare eccezione dalle parti mediante il cd. « *pactum commissorium* » (o « *lex commissoria* »), in forza del quale la proprietà della *res pignerata* era attribuita al creditore nell'ipotesi di mancato adempimento; ma il patto, troppo gravoso per il garante, fu vietato da Costantino. In diritto postclassico, tuttavia, si ammise che il creditore, ove non riuscisse a vendere la cosa pignorata, ne facesse la « *impetratio dominii* » all'imperatore per poterla acquistare egli stesso al suo giusto valore. Peraltro, anche se l'*impetratio* era accolta, affinché il *dominium* acquistasse

---

70.7.2. Sul *ius distrahendi* cfr.: Messina-Vitrano, *Per la storia del « ius distrahendi » nel pegno* (1910); Ratti, *Sul « ius vendendi » del creditore pignoratizio*, in *SU*. 1927; De Villa, *L'« ius distrahendi » nella fiducia e nel pegno* (1937); Verdam, *D. 13.7.13 pr., A case of furtum?*, in *Fl. leg. Scheltema* (1971) 193 ss.; Wacke, *Ungeteilte Pfandhaftung*, in *Index* 3 (1972) 454 ss.; Schlichting, *Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht* (1973). Va rilevato che il creditore pignoratizio, pur non essendo *dominus ex iure Quiritium* della *res pignerata*, poteva trasferirla in proprietà dell'acquirente. Sul punto (anche per la probabile spiegazione del fenomeno) v. Gai 2.64: *... item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit rem alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegetur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.* — Sull'*hyperocha* v. Triph. D. 20.4.20 (itp.?). — Sul *pactum de non distrahendo pignore* v. D. 13.7.4 (l'alienazione della *res pignerata* era concessa solo dopo aver fatto una triplice « *denuntiatio* » al debitore, per invitarlo a pagare).

70.7.3. Sul *pactum commissorium* (o « *lex commissoria* ») cfr.: Burdese, « *Lex commissoria* » *e* « *ius vendendi* » *nella* « *fiducia* » *e nel* « *pignus* » (1949); Biscardi, *La* « *lex commissoria* » *nel sistema delle garanzie reali*, in *St. Betti* 2 (1962) 575 ss. — Sulla *impetratio dominii* v.: CI. 8.33.1, e CI. 8.33.3.4.

carattere definitivo occorreva il trascorrere di due anni, durante i quali il garante poteva riscattare la *res pignerata*.

70.8. Fatti estintivi del *pignus* furono, in primo luogo, quelli caratteristici di ogni altro rapporto *in re aliena*. Quindi: la distruzione della *res* o la sua cancellazione dal novero delle *res in commercio*; la *confusio* tra la situazione di creditore pignoratizio e quella di oppignorante; l'acquisto del *dominium* sulla *res* da parte di un terzo in buona fede per effetto di *praescriptio longi temporis*; la rinuncia al pegno (« *remissio pignoris* ») da parte del creditore. Se la *remissio* non era espressa, ma tacitamente implicata da un fatto concludente (per es., dalla riconsegna della *res* al garante), il *pignus* rimaneva in vita, ma il garante aveva un'*exceptio doli* o un'*exceptio pacti* contro l'azione del creditore pignoratizio.

70.8.1. In considerazione del carattere di accessorietà del *pignus* rispetto alla *obligatio* garantita, l'estinzione del *pignus* poteva essere inoltre implicata dall'estinzione per qualunque causa (adempimento, *confusio, datio in solutum, novatio* e via dicendo) del credito: faceva eccezione la sola *litis contestatio* del processo formulare, la quale era priva di un vero e proprio carattere « *novativo* » del rapporto in contestazione. Ma affinché l'estinzione del *pignus* si verificasse, occorreva che l'*obligatio* fosse estinta completamente: una riduzione del *pignus* per riduzione del debito non era ammissibile (« *pignoris causa indivisa est* »). Anzi, Gordiano III introdusse, nel sec. III d.C., una regola ancora più favorevole al creditore pignoratizio: pur dopo la completa estinzione del debito garantito, il *pignus* rimaneva in vita (cd. « *pignus Gordianum* ») sin tanto che fossero state estinte le altre obbligazioni, anche se non coperte da pegno, intercorrenti tra creditore pignoratizio e garante.

70.9. I mezzi di tutela giurisdizionale del creditore pignoratizio furono: l'*interdictum Salvianum*, l'*interdictum de migrando*, l'*actio Serviana* e l'*actio pigneraticia in rem*.

70.8. Sui modi di estinzione del *pignus* v. D. 20.6. V. anche: D. 20.6.7.2, 8.1 s., 13.7.3; CI. 8.25.2. — Sulla *remissio pignoris* cfr.: Grosso, *Remissione di pegno e « satisfactio »*, in *ATO*. 1930.

70.8.1. Sull'estinzione del *pignus* per estinzione dell'*obligatio* garantita, v. già *retro* nt. 70.4.1. — Sul *pignus Gordianum* (inesattamente ritenuto da molti come un caso di ritenzione): Nardi, *Ritenzione e pegno gordiano* (1939). V. CI. 8.26(27).1, che sembra però richiamarsi ad un principio giuridico già noto e sembra porre a fondamento della sopravvivenza del *pignus* un *pactum* intercorso tra creditore e oppignorante. — Sui modi di estinzione delle obbligazioni: *infra* n. 76. — Sulla *litis contestatio* e i suoi effetti: *retro* n. 19.4.1.

70.9. Per la classicità della protezione del *pignus* a titolo di *ius in*

70.9.1. L'« *interdictum Salvianum* » era un *interdictum restitutorium*, di cui poteva valersi il locatore di un fondo rustico per ottenere, in caso di inadempimento dell'*obligatio* garantita (e cioè in caso di mancato pagamento del canone), la consegna della *res pignerata* (quindi, degli *invecta et illata*) dal locatario o comunque dall'occupatore del fondo.

70.9.2. L'« *interdictum de migrando* » era un *interdictum prohibitorium*, di cui poteva valersi il conduttore di un immobile urbano contro il locatore, nell'ipotesi che costui gli impedisse l'asporto degli *invecta et illata* pur essendo stato saldato il canone. Questo interdetto, pertanto, presupponeva che il locatore, nell'allontanare il conduttore dall'immobile, potesse opporsi con la forza a che il conduttore inadempiente se ne andasse con gli *invecta et illata*.

70.9.3. L'« *actio Serviana* (*pigneraticia*) » era un'*actio arbitraria* concessa al locatore di un fondo rustico per ottenere la condanna di chiunque (affittuario o terzo) risultasse essersi impossessato, avvenuto l'inadempimento, della *res pignori conventa*, cioè della cosa vincolata a garanzia del canone mediante *conventio pignoris*.

70.9.4. L'« *actio pigneraticia in rem* » (o « *vindicatio pignoris* », o « *actio quasi Serviana* ») era null'altro che un'estensione in via utile

---

re aliena: Grosso, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (1944) 54 ss.; Koschaker, *Contributo alla storia e alla dottrina della convalida*, in *Iura* 4 (1953) 73 ss. Diversamente: La Pira, *La struttura classica del « pignus »*, in *St. Cammeo* (1932) 1 ss., e *La struttura classica della « conventio pignoris »*, in *St. Ratti* (1934) 1 ss.

70.9.1. Sull'*interdictum Salvianum* v.: Gai 4.147; D. 43.33. L'*interdictum* va attribuito alla seconda metà del sec. I a.C. Sul carattere restitutorio (non proibitorio) dell'*interdictum*: Daube, *Concerning the classifications of interdicts*, in *RIDA*. 6 (1951) 46 ss. Cfr. anche: Lenel, *EP.*[3] § 266.

70.9.2. Sull'*interdictum de migrando* (Lenel, *EP.*[3] § 265) v. D. 43.32. L'editto è riportato da Ulp. 73 *ed.* D. 43.32.1 pr.: « *Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et* [*actorem*] <*illum*> *convenit, ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factave essent, ea pignoris tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eoque nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur: ita, quo minus* [*ei, qui eum pignoris nomine induxit,*] <*illi eum*> *inde abducere liceat, vim fieri veto* ».

70.9.3. Sulla cd. *formula Serviana* cfr.: Lenel, *EP.*[3] 493 ss. (§ 267); Kreller, *Pfandrechtliche Interdikte und « formula Serviana »*, in *ZSS.* 64 (1944) 306 ss. Non si confonda l'*actio Serviana pigneraticia* con l'*actio Serviana ex bonorum emptione*: *retro* nt. 20.6.1.

70.9.4. Sull'*actio pigneraticia in rem* (estensione della *formula Serviana*) cfr. spec.: Kaser, *Die Interessenberechnung bei der « vindicatio pignoris »*, in *Iura* 18 (1967) 1 ss. Dubbia la classicità del nome « *actio quasi Serviana* »: Kreller, *Pfandrechtliche Interdikte* cit. 310. — La formula dell'azione (nella ricostruzione del Lenel), può essere stata la seguente: « *Si paret inter A.m A.m et L. Titium convenisse ut ea res qua de agitur A.o A.o pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis L. Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A.m A.m stare quo minus solvatur, nisi*

dell'*actio Serviana* (con la quale risulta spesso terminologicamente confusa) concessa a tutti i creditori pignoratizi contro chiunque s'impossessasse della *res pignerata* loro spettante. L'azione era data, in età classica, solo al titolare di un *pignus conventum* che avesse diritto, stante l'inadempimento dell'*obligatio*, ad impossessarsi della cosa. In età postclassica essa fu concessa anche al titolare di un *pignus datum*, che fosse comunque privato del possesso della *res pignerata*.

---

ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea re erit, tantam pecuniam, iudex, N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a. ». Che la distinzione tra *actio Serviana* e *quasi Serviana* sia stata operata in età postclassica (Lenel, *EP.*[3] 495) è poco credibile. Essa fu nella sostanza (terminologie a parte) classica: Giustiniano (o altri prima di lui) si limitò ad estendere l'*actio hypotecaria* al *pignus datum*: I. 4.6.7: *Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypotecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem* [*qua*] *creditores pignora hypothecasve percequuntur* (*rell.*). — L'*interdictum* « *quem fundum* » (*retro* n. 59.3.1) era concesso anche a tutela di chi agisse, in ordine a beni immobili, con le azioni *Serviana* e *quasi Serviana*: cfr. Lenel, *E.P.*[3] 474 s.

SEZIONE TERZA

I RAPPORTI RELATIVI DEL « IUS PRIVATUM »

CAPITOLO XII

I RAPPORTI RELATIVI DEL « IUS PRIVATUM »

SOMMARIO: 71. I rapporti relativi del *ius privatum*. — 72. I tipi delle *obligationes*. — 73. I soggetti delle *obligationes*. — 74. L'oggetto delle *obligationes*. — 75. L'adempimento delle *obligationes*. — 76. Le vicende delle *obligationes*. — 77. I fatti modificativi delle *obligationes*.

71. I RAPPORTI RELATIVI DEL « IUS PRIVATUM ».

71.1. L'esperienza romana conobbe una vasta gamma di rapporti giuridici relativi, ma non pervenne mai a ricomprenderla sotto una denominazione univoca e costante. Il termine più

71.1. Sulle *obligationes* in generale cfr.: Perozzi, *Le obbligazioni romane* (1903), e *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, in *MAB.* 1915-1916; Savigny, *Das Obligationenrecht* (2 voll. 1851-53; tr. con app. di Pacchioni, 1912); Marchi, *Storia e concetto della obbligazione romana* 1 (1912); Arangio-Ruiz, *Le genti e la città* (1914), ora in *Scr. Jovene* (1954) 109 ss.; Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung* 1 (1927), 2 (1941); Betti, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* (1920), e *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi*[2] (1955); Albertario, *Studi* 3. - *Obbligazioni* (1936); Luzzatto, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane* (1934); De Martino, *L'origine delle garanzie personali ed il concetto dell'« obligatio »*, in *SDHI.* 6 (1940) 132 ss.; Pugliese, *« Actio » e diritto subiettivo* (1938); Fabi, *Il problema della originaria obbligazione romana*, in *AUCA.* 1951; Pastori, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione* (1951); Guarino, *Il diritto e l'azione nella esperienza romana* (1953), ora in *Le origini quiritarie* (1973) 314 ss.; Longo (G.), *Diritto romano, Diritto delle obbligazioni.* 1. - *Parte generale*, 2. - *Parte speciale* (1954); Levy, *Weströmisches Vulgarrecht* 2. - *Das Obligationenrecht* (1956); Dumont, *« Obligatio »*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 77 ss.; Brasiello, sv. *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Watson, *The law of obligations in the later Roman Republic* (1965); Voci, *Le obbligazioni romane* 1.1. - *Il contenuto dell'« obligatio »* (corso, 1969); Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni* (corso, 1970); Macqueron, *Histoire des obligations, Le droit romain* (corso lit., 1971). — Per l'uso terminologico di *« obligare »*, *« obligatio »*, si rinvia ai vocabolari generici ed a quelli specializzati. Da questi ultimi risulta chiaramente che i due termini: non erano sempre impiegati, soprattutto in età classica, per indicare tutti i rapporti giuridici relativi (e ne avremo la conferma nel seguito di questo numero); erano invece spesso utilizzati al di fuori del campo dei rapporti relativi, per indicare il vincolamento di un oggetto

diffuso, soprattutto in diritto giustinianeo, fu quello di « *obligatio* », ma, a parte il fatto che esso non fu esclusivo dei rapporti giuridici relativi, è assai dubbio che si sia mai giunti dai Romani alla costruzione, o anche soltanto all'intuizione di una categoria generale delle obbligazioni, comprensiva sia dei rapporti relativi di debito che dei rapporti relativi di responsabilità. Di fronte all'incertezza della terminologia e degli stessi concetti cui sembrano rifarsi le opere dei giuristi romani, è opportuno ricorrere pertanto (beninteso, senza lasciarsene dominare) al criterio di classificazione della teoria generale. E la prima cosa da farsi, per la comprensione della realtà dei rapporti giuridici relativi nell'esperienza romana, sta, così come si è fatto a suo tempo per la comprensione del sistema dei rapporti assoluti, nel rintracciarne le cause nella storia generale, e in particolare nella storia economica, di Roma.

71.2. Il sistema arcaico del *ius Quiritium* non ebbe riguardo al fenomeno economico del credito, ma si concentrò, come abbiamo detto a suo tempo, nel regolamento dell'istituto cd. del *mancipium*. Ciò non vuol dire che Roma, quanto meno a partire dalla fase etrusco-latina della *civitas* quiritaria (sec. VI a.C.), abbia ignorato la vita degli scambi di merci e delle prestazioni artigiane. Il fatto

---

giuridico ad una certa utilizzazione (es.: « *res obligata hypothecae nomine* », « *fundus obligatus alicui* », « *ager in alimenta obligatus* », « *obligatio generalis rerum, quae quis habuit habiturusve sit* » ecc.). Cfr.: Lantella, *Note semantiche sulle definizioni di « obligatio »*, in *St. Grosso* 4 (1971) 167 ss.; Scherillo, *Le definizioni romane delle obbligazioni*, in *St. Grosso* 4 (1971) 97 ss. — Sui rapporti relativi del *ius privatum* nel loro assetto classico: *retro* n. 14.4.

71.2. Sul *ius Quiritium* v. *retro* n. 8.4, 42.2. — La fioritura dell'economia di scambio nella Roma del sec. VI a.C., cioè nella Roma etrusco-latina, è ormai comunemente ammessa. A tacer d'altro, lo dimostrano due ordini di prove. In primo luogo, lo sviluppo della città intorno al foro (punto evidente di incontro per ragioni di mercato), la costituzione del « foro boario » (sede del mercato dei bovini), la creazione delle prime vie di comunicazione tra Roma e i centri etruschi e campani viciniori, la notizia di una molteplice attività artigiana esercitata in città dai *plebeii* (cfr. Plut. *Numa* 17.13). In secondo luogo, la progressiva formazione di un *exercitus centuriatus*, cioè di una organizzazione militare costituita non solo dai *cives patricii* ma anche (e più largamente) dai sudditi *plebeii*, con graduazioni, relativamente a questi ultimi, rapportate alle graduazioni della ricchezza di ciascuna famiglia. Se i *plebeii* parteciparono all'*exercitus centuriatus* pur essendo esclusi dai vantaggi della cittadinanza, è segno che dovette spingerli la molla dell'interesse economico, dell'interesse cioè alla salvaguardia dell'indipendenza di un centro urbano che era sede e ragione anche del loro benessere: Guarino, *La rivoluzione della plebe* (1975) spec. 76 ss., 300 ss., 310 ss., ivi lett. — Il fenomeno economico del credito, al quale qui ci riferiamo, non va confuso col fenomeno tecnico-giuridico del « *creditum* », solo in parte con esso coincidente. Sul punto, da ultimo: Albanese, *Per la storia del « creditum »*, in *AUPA*. 1971. — Sulla *fides*, per tutti: Lombardi (L.), *Dalla « fides » alla « bona fides »* (1961). — Sulla *sponsio*: *infra* n. 80. Cfr.: Westrup, *Notes sur la « sponsio » et le « nexum » dans l'ancien droit romain* (1947).

è che questa economia di scambio, interessante soprattutto la *pecunia* extrafamiliare, si esauriva quasi del tutto nel baratto di cose (o di prodotti o di risultati artigianali) contro altre cose, aiutandosi col mezzo di intermediazione costituito dal bronzo non coniato (l'*aes rude*) o, subordinatamente, dalle monete etrusche e greche giunte sull'onda dei traffici al mercato di Roma. Era raro, malgrado tutto, che intervenisse a dinamizzare, a potenziare gli scambi la tecnica del credito, cioè del ricevere oggi con l'impegno di restituire domani o del promettere subito prestazioni di dare o di fare da eseguire dopo qualche tempo. Alla creazione dei rapporti relativi di debito presiedevano pertanto: o la semplice « *fides* », cioè la fiducia reciproca tra le parti; oppure, nei casi di maggior rilievo, in cui gli impegni erano assunti mediante il rito antichissimo della *sponsio*, l'autorità intimidatrice del « *fas* ». Quanto ai rapporti relativi « di responsabilità », essi erano ancora ben lontani dall'aver raggiunto una qualche consistenza. Agli atti lesivi degli interessi personali o economici del *paterfamilias* non conseguiva una vera e propria responsabilità primaria dell'offensore, ma la reazione vendicativa dell'offeso, autorizzata dal *fas*; ed all'inadempimento dei debiti non corrispondeva una precisa responsabilità secondaria dell'inadempiente, ma anche stavolta una reazione vendicativa, più o meno intensa a seconda della gravità del caso, da parte del creditore insoddisfatto.

71.2.1. Sin che il bisogno di credito fu esiguo e l'ambiente economico fu sano, questo sistema rudimentale poté essere sufficiente.

71.2.1. In ordine al *n e x u m*, va detto che fu intuizione vichiana (*Prima scienza nuova* Lib. 2 cap. 43) che il vincolo obbligatorio arcaico significasse l'effettiva soggezione fisica del debitore nel carcere del creditore. Per il Perozzi (*Le obbligazioni* cit.) il *nexum* indicava invece un assoggettamento ideale, un mero *vinculum iuris*, una condizione personale straordinaria simile a quella condizione reale di anormalità che è la servitù su un fondo. Cfr. su ciò spec.: De Martino, *L'origine delle garanzie personali* cit., e Betti, *La struttura* cit. 79 ss. Che il *nexum* nella sua forma primitiva si costruisse come negozio di auto-pignoramento a garanzia di debito è tesi di Mitteis, *Über das « nexum »*, in *ZSS.* 22 (1901) 96 ss., e 25 (1904) 282 s., che si può ricollegare a quella del Niebuhr, *Römische Geschichte* 1.356 ss. Nello stesso senso: Mommsen, *« Nexum »*, in *ZSS.* 23 (1902) 348 ss.; Kleineidam, *Die Personalexecution der Zwölftafeln* (1904), e *Beiträge zur Kenntnis der « lex Poetelia »*, in *Fs. Dahn* (1905) 1 ss. *Contra*: Huschke, *Über das Recht des « nexum » und das alte römische Schuldrecht* (1846); Bekker, *Über die Objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse*, in *ZSS.* 23 (1902) 1 ss.; Kübler, *Kritische Bemerkungen zum « nexum »*, in *ZSS.* 25 (1904) 254 ss.; Senn, *Le « nexum » contrat de prêt du tres ancien droit romain*, in *RH.* 29 (1905) 49 ss.; Eisele, *Zum Streit um das « nexum »*, ora in *St.* (1912) 1 ss. Cfr. anche: von Lübtow, *Zum Nexumproblem*, in *ZSS.* 67 (1950) 112 ss.; Schönbauer, *« Mancipium » und « nexus »*, in *Iura* 1 (1950) 300 ss.; Dulckeit, *Zur Rekonstruktion der Nexumformel*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 75 ss.; Imbert, *« Fides » et « nexum »*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 339 ss.; Gioffredi, *Religione e diritto nella più antica esperienza romana*, in

Ma quando, sul declino del sec. VI e nei primi decenni del sec. V a.C., la crisi economica dilagò in Roma, affliggendo in modo particolare larga parte del ceto plebeo, la richiesta di credito si moltiplicò e, per converso, si accrebbe la riluttanza dei più abbienti a concedere credito senza adeguate garanzie di adempimento. La soluzione fu trovata nell'espediente del « *nexum* », che era un modo per assicurare al creditore insoddisfatto la tutela del *ius Quiritium*. In mancanza di altro, 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 »). E ciò durava sino al giorno in cui altri riscattasse il *nexus*, o questi giungesse, a titolo di compenso del lavoro prestato, ad ottenere la sua liberazione (« *nexi liberatio* »), cioè lo scioglimento dei

---

SDHI 20 (1954 259 ss.; Puhan, *L'histoire de l'ancien « nexum »*, in *Ann. Fac. Droit et Scien. écon. Skopie* 1954; Günther, *Die Entstehung der Schuldsklaverei im alten Rom*, in *AA*. 1959; Behrends, *Das « nexum » im Mancipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens*, in *RIDA*. 21 (1974) 137 ss. — La concezione del *nexum* cui noi aderiamo è strettamente collegata con l'ipotesi della crisi economica nella Roma del sec. V a.C. La caduta della monarchia etrusca (*retro* n. 8.6) segnò la fine di una vantaggiosa rete di relazioni commerciali (con le città etrusche e campane, appunto), la necessità di guerre sanguinose rinnovantisi ogni anno, il forte indebolimento di quella economia di scambio, particolarmente giovevole ai *plebeii*, che si era affermata nel secolo precedente: gli indizi sono forniti in buon numero dall'annalistica e dall'archeologia (cfr. Cracco-Ruggini, *Esperienze economiche e sociali nel mondo romano*, in *Nuove questioni di storia antica* [1968] 694 ss.). Mentre le *familiae* più ricche, sia dei *patricii* che di un certo numero di *plebeii*, poterono in qualche modo far fronte alle crisi ricorrendo alle riserve accumulate in passato (o sfruttando, i *patricii*, l'*ager publicus* per la pastorizia e la coltura estensiva), la massa dei *plebeii*, che aveva vissuto in passato sui piccoli traffici e sull'attività artigiana, si trovò in breve stretta dal bisogno. Fu alienato, per tirare avanti, tutto quello che fu possibile alienare (*filii* compresi), ma quando ciò non bastò o non bastò più, le vie di uscita furono quelle della richiesta di credito agli abbienti e della contropretesa, da parte di questi ultimi, dell'autoasservimento dei debitori. Una misura così grave come quella del *nexum* non si spiega, insomma, col generico richiamo a costumanze antiche e rozze: si spiega solo con una situazione di duro disagio sul piano economico, quale fu quella profilatasi sullo scorcio del sec. VI e nei primi decenni del sec. V a.C. — Sulla *solutio per aes et libram*: *infra* n. 76.2. — È discusso se le *XII tabulae* si siano occupate espressamente del *nexum*. Certo è che ad esse è attribuito (tab. 6.1, in *FIRA*. 1.43) il versetto « *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* », ove è chiaro che *nexum* e *mancipium* sono molto vicini, ma non vi è ragione di sostenere che siano necessariamente sinonimi: se la *nuncupatio* vale a qualificare la funzione del *gestum per aes et libram* (cfr. *retro* n. 30.3), è ammissibile che la legge decemvirale abbia voluto accennare alle due diverse funzioni della *nexi datio* e della *mancipatio* vera e propria. Bisogna tuttavia aggiungere che nell'uso linguistico, anche tecnico, « *nexum* » fu spesso adoperato per indicare qualunque *gestum per aes et libram*, quanto meno sino a Quinto Mucio. Cfr. Fest. sv. « *nexum* »: *Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, id quod 'necti' dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio* (*rell.*); Varr. *l.L.* 7.105: *Nexum Manilius scribit omne, quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius quae per aes et libram fiunt, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur* (*rell.*).

suoi vincoli (« *solutio obligati* ») mediante l'*actus contrarius* di quel negozio librale che era la *nexi datio*: mediante la cd. « *solutio per aes et libram* ».

71.3. Il sistema del *ius legitimum vetus*, concludendo una evoluzione sulla quale molto influì la riluttanza della *plebs* all'espediente del *nexum*, riconobbe e regolò nei suoi termini essenziali il fenomeno del credito, ma sia detto subito che si trattò, ovviamente, di regolamenti ancora frammentari e rudimentali. Al suo intervento, e in particolare alle *XII tabulae*, vanno ascritte tre importanti innovazioni. La prima consisté nel conferire piena rilevanza giuridica all'istituto sacrale della *sponsio*. La seconda si tradusse nel disciplinare separatamente l'*actio sacramenti in rem*, a tutela dei rapporti assoluti, e la nuova *actio sacramenti in personam*, a tutela dei rapporti relativi. La terza si sostanziò nel porre freno alla vendetta privata contro le attività illecite (illecite perché *nefas* o illecite perché riprovate dalla più evoluta coscienza sociale) e nello stabilire che contro gli autori di queste ultime si dovesse procedere per le vie dell'*actio in personam* almeno in certe ipotesi di minor gravità dell'illecito (per esempio, quella della cd. *iniuria* semplice, cioè della lesione personale lieve) o di non evidente colpevolezza dell'indiziato (per esempio, quella del *furtum nec manifestum*, cioè del ladro non colto in flagranza). In tutti questi casi la figura del soggetto passivo si atteggiava ben diversamente da quella di un *nexus*, cioè di una persona ridotta *in mancipio* della controparte e in attesa del riscatto: il suo vincolamento materiale era solo « in potenza », perché sospensivamente condizionato all'inadempimento e più in generale all'affer-

---

71.3. L'origine del concetto di *obligatio* come « *vinculum iuris* » è tra le più oscure, e quindi tra le più contestate dagli storiografi del diritto romano. La nostra ipotesi si inquadra in quella, più generale, da noi formulata in ordine al cd. *ius legitimum vetus* ed ai suoi rapporti con il *ius Quiritium* da un lato, con il *ius civile* dall'altro. — Sul *ius legitimum vetus*: *retro* n. 8.7. — Sulla *legis actio sacramenti in personam*, riconosciuta dalle *XII tabulae*: *retro* n. 16.3.2. Sul tema v. ora: Behrends, *Der Zwölftafelprozess, Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts* (1974). — Il processo di enucleazione e precisazione del concetto di *obligatio*, tutt'altro che compiuto nel sistema del *ius legitimum vetus*, si svolse in parallelo, e in certo senso anche in concomitanza, col processo di transizione dal *mancipium* indifferenziato del *ius Quiritium* alla triplice categoria dei rapporti assoluti (familiari, parafamiliari, dominicali), di cui abbiamo detto *retro* n. 42.3. Man mano che si consolidarono questi tre ordini di rapporti, e in particolare il cd. *dominium ex iure Quiritium* con gli istituti connessi, fu giocoforza per i rapporti puramente economici e strettamente relativi agli interessi di due soggetti giuridici (tanto strettamente relativi a quegli interessi da non essere concepiti, inizialmente, come trasferibili agli eredi) trovarsi una collocazione ed una dimensione giuridica autonoma.

mazione della sua responsabilità a seguito della condanna provocata dall'*actio in personam* e a seguito dell'esperimento della *manus iniectio* conseguente. In ciò dunque il germe (ma soltanto il germe) di una concezione nuova: la concezione del soggetto passivo come solo idealmente, non più materialmente « *obligatus* », in relazione ad una certa ragione di credito, nei confronti del soggetto attivo (colui che in prosieguo di tempo sarebbe stato denominato solitamente « *creditor* »). La concezione cioè di un rapporto giuridico puramente relativo tra il *creditor* e l'*obligatus*, tenuto quest'ultimo ad una prestazione di *dare*, di *facere*, oppure talvolta di *non facere*.

71.4. Il sistema del *ius civile vetus*, integrato dal *ius publicum* e attivamente alimentato dalla riflessione giurisprudenziale, progressivamente precisò, pur senza mai giungere a visuali sistematiche generali, la configurazione dell'*obligatio* come vincolo ideale, e cioè come obbligo del soggetto passivo di mettersi a disposizione del soggetto attivo per il compimento della cd. « prestazione »: come « *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* ». In ciò esso fu aiutato dalla pratica abolizione del *nexum* comportata dalla *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C. (?). La esecuzione coatta in persona del soggetto passivo (e comunque in termini non più di vincolamento personale, ma di costringimento puramente economico) fu solo l'*extrema ratio* del rapporto, e sua premessa furono l'affermazione del debito o della responsabilità (o della responsabilità conseguente all'inesecuzione del debito) del soggetto passivo verso il soggetto attivo.

71.4.1. L'elenco dei fatti costitutivi di *obligationes* (« *causae obligationum* »), nel senso più evoluto di rapporti giuridici relativi, si

---

71.4. Sulla *lex Poetelia Papiria* v.: Liv. 8.28.8; Varr. *l.L.* 5.107. Cfr. spec.: De Visscher, *La « lex Poetelia Papiria » et le régime des delits privés au Ve siècle de Rome*, ora in *Ét.* (1931) 313 ss. La legge non abolì formalmente l'istituto, ma vietò (salvo che per i casi di *noxa*) l'uso dei ceppi e ogni trattamento inumano, aprendo con ciò la via all'affermazione del principio « *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse* ». — Per l'uso originariamente estensivo (poi divenuto atecnico) di *obligatio*, si cfr. Paul. D. 44.2.30.1 (*dare* [*rem*] *in obligationem*), Pap. D. 46.3.96.3 (*obligare pignus*), Afr. D. 39.2.44.1 (*obligare aedes*), Iul. D. 18.1.41 pr. (*obligare fundum*).

71.4.1. Sulle fonti delle obbligazioni (*causae*) cfr. Perozzi, *Le obbligazioni* cit. 56 ss., secondo cui il delitto quale atto di guerra, nell'età precivica, sarebbe stata la fonte più antica di *obligatio*, dato che l'elenco delle obbligazioni da contratto si sarebbe perfezionato e concluso solo in avanzata età (v. anche dell'a., *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto* cit., e *Ist.*[2] 2.1 ss.). In contrario, Bonfante, *Le obbligazioni* (1911-12), e Betti, *La struttura* cit., e *Le fonti d'obbligazione e problemi storici della loro classificazione*, in *AG.* 93 (1925) 267 ss., ritengono l'*obligatio* nata non dal delitto, ma dalla composizione volontaria delle sue

arricchì via via notevolmente, avviandosi (ma mai pervenendovi pienamente e in modi precisi) verso alcune importanti classificazioni. Lasciando da parte i casi (pochi e dubbi) di obblighi relativi determinati da fatti involontari, in ordine alla gran massa dei rapporti relativi scaturenti da atti giuridici (del soggetto passivo o di ambedue i soggetti) l'uso corrente fu di rappresentare il fenomeno con tre concetti più o meno equivalenti: quello dell'« *actum* » (participio da *agere*), quello del « *gestum* » (da *gerere*) e quello del « *contractum* » (da *contrahere*). Il concetto che ebbe maggior fortuna fu il terzo: « *contrahere*) (da *cum* e *trahere*, nel senso dunque di « contrazione ») rappresentava infatti nel modo più evidente il fatto della riunione, del

---

conseguenze, e perciò configurabile come prigionia redimibile: a fini di garanzia, e di natura, dunque, contrattuale. Cfr. su ciò anche Luzzatto, *Per un'ipotesi* cit. 7 ss. Sullo sviluppo delle fonti di obbligazione, cfr. poi, in vario senso: Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno* (1917), ora *Scr.* 2 (1964); Arangio-Ruiz, *D. 44.7.25.1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione* (1926), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1974) 143 ss., e *Ancora sulle « Res cottidianae »*, in *St. Bonfante* 1 (1930) 493 ss.; Betti, *Sul significato di « contrahere » in Gaio e sulla non classicità della denominazione « quasi ex contractu obligatio »*, in *BIDR.* 25 (1912) 65 ss.; Rotondi, *Fonti delle obbligazioni*, ora in *Scr.* 3 (1922) 489 ss.; Albertario, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile* (1923), ora in *St.* 3 (1936) 1 ss., e *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*[3] (1937); Segré, *Le obbligazioni e le azioni « ex delicto »* 1 (1924-25), 2 (1925-26), e *« Obligatio »*, *« obligare »*, *« obligari »*, in *St. Bonfante* 3 (1930) 499 ss., nonché *Sulla classificazione delle « causae » delle « obligationes » nelle Istituzioni di Gaio*, in *RAL.* 1929; Lauria, *« Contractus »*, *« delictum »*, *« obligatio »*, in *SDHI.* 4 (1938) 163 ss.; Voci, *La dottrina romana del contratto* (1946); Gioffredi, *« Ius »* *« lex »* *« praetor »*, in *SDHI.* 13-14 (1947-48) 7 ss.; Lavaggi, *« Iniuria » e « obligatio ex delicto »* in *SDHI.* 13-14 (1947-48) 141 ss.; von Lübtow, *Betrachtungen zum gaianischen Obligationenschema*, in *ACIV.* 1 (1951) 239 ss.; De la Chevalerie, *Observations sur la classification des obligations chez Gaius*, in *RIDA.* 1 (1952) 379 ss.; van Oven, *Le sens des mots « obligatio » et « obligare » chez Gaius*, in *Fs. Lewald* (1953) 121 ss.; Mayer-Maly, *« Divisio obligationum »*, in *Irish Jurist* (1967) 375 ss.; Melillo, *« In solutum dare », Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto* (1970) 39 ss.; Wolodkiewicz, *« Obligationes ex variis causarum figuris »*, *Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, in *RISG.* 14 (1970) 77 ss.; Cannata, *Sulla « divisio obligationum » nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura* 21 (1970) 52 ss., e *La « distinctio re-verbis-litteris-consensu » et les problèmes de la pratique*, in *Fs. von Lübtow* (1970) 431 ss. Dato che questo non è il luogo per una minuziosa discussione di testi e dottrine, ci limiteremo a qualche cenno giustificativo del nostro punto di vista. — Della possibilità di *obligationes* non da atto giuridico ci fa fede (tra l'altro) un passo famoso di Mod. D. 44.7.52 pr.: *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut peccato.* Si tratta di una *regula* tarda (in cui manca il riferimento alla *obligatio litteris*), ma riassuntiva, secondo noi, di una tradizione antica. Su di essa: Mayer-Maly, *« Divisio »* cit. — L'uso pregnante di *contrahere obligationem* nel senso di creare un vincolo giuridico (o di porre in essere una fattispecie determinativa di vincolamento giuridico) è pienamente documentato da Wunner, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht* (1966) 1 ss. (del quale peraltro non condividiamo tutte le illazioni). — L'uso di *« actum »* e *« gestum »* (oltre che di *« contractum »*) per designare le *cause obligationum* è attestato da Lab. Ulp. D. 50.16.18, su cui *infra* n. 71.5.

collegamento, del vincolamento tra le parti. E il termine fu adoperato, con lunghi strascichi anche nell'uso linguistico posteriore, per qualunque tipo di debito o di responsabilità da atto giuridico: sia che si dicesse « *contrahere obligationem* », sia che, più concretamente (e frequentemente), il « *contrahere* » fosse correlato ad un accusativo esprimente lo specifico obbligo o la specifica responsabilità o la specifica fattispecie determinativa di un obbligo o di una responsabilità (« *contrahere negotium, nuptias, aes alienum, causam pecuniae, dotis causam, damnum, fraudem, delictum* » ecc.). Ma, sebbene sempre in maniera imperfetta e mai del tutto coerente, il *ius civile vetus*, una volta che si fu concentrato nella preferenza del concetto di « *contrahere* » relativamente alla costituzione volontaria dei rapporti relativi, pose le premesse di una sua più ristretta delimitazione tecnica, rapportando quel concetto alla costituzione di *obligationes* mediante atti (leciti) di autonomia privata, cioè mediante negozi giuridici. Ne conseguì il profilarsi di una distinzione tra *obligationes contractae* in senso proprio e rapporti giuridici relativi di altro tipo.

71.4.2. Per « *obligationes contractae* » furono intesi tutti i rapporti giuridici relativi scaturenti da certi negozi giuridici (unilaterali o bilaterali) a carattere « tipico »: negozi verbali, come la *dotis dictio* o, sopra tutto, la *sponsio* o *stipulatio*; negozi documentali, e fu il caso dell'*expensilatio*; negozi infine cd. « reali » perché consistenti in una *datio rei* cui era implicitamente connesso l'obbligo della restituzione da parte dell'accipiente, e fu il caso del *mutuum* di danaro o di altre cose fungibili. In seguito la giurisprudenza parlò di « *obligationes verbis, litteris, re contractae* »; ma quel che importa è che per il *ius civile vetus* non tutti i negozi verbali, letterali o reali conosciuti furono ritenuti produttivi di *obligatio*, ma lo furono solo taluni negozi (verbali, letterali o reali) consistenti in certi « *actus* » o « *gesta* » tipici, consacrati dalla tradizione. E importa aggiungere che, essendo la categoria delle *obligationes contractae* l'unica che avesse una sua con-

---

71.4.2. Per l'elenco delle *obligationes contractae* v. *infra* cap. XIII, ove si indicano anche quelle non scaturenti da negozio giuridico bilaterale. Si noti, a questo proposito, che non tutte le *obligationes* scaturenti da negozi unilaterali « tipici » furono considerate *obligationes contractae*. Sul punto v. *infra* n. 92 e cfr. Ulp. D. 50.12.1 (a proposito della *pollicitatio*). — Il carattere di *obligationes* per antonomasia delle *obligationes contractae* è dimostrato, tra l'altro, dalla sistematica delle *institutiones* gaiane: *infra* n. 71.7.1. Impostazione parzialmente coincidente con la nostra ci sembra sia alla radice dello studio del Cannata, *La « distinctio »* cit., ove si attribuisce alla giurisprudenza preclassica la distinzione « *re verbis litteris* » ed a successiva elaborazione giurisprudenziale l'introduzione dell'elemento innovativo delle *obligationes consensu contractae*.

sistenza e compattezza concettuale, essa fu assunta dalla giurisprudenza come categoria eminentemente rappresentativa di tutti i rapporti giuridici relativi. Fu cioè essenzialmente intorno alle *obligationes contractae* che ebbe inizio l'elaborazione giurisprudenziale dei modi di estinzione e di modificazione dei rapporti relativi in genere.

71.4.3. Al di fuori delle *obligationes contractae*, tutti gli altri rapporti relativi, e in particolare quelli di responsabilità primaria e di responsabilità secondaria, fruirono di un'elaborazione concettuale assai meno intensa. Essi non furono, probabilmente, né unificati in categorie né addirittura, in gran parte, concepiti tecnicamente come vere e proprie *obligationes*. Le ipotesi di responsabilità secondaria (per inadempimento) furono in genere considerate come ipotesi complementari e conseguenziali rispetto alle singole *obligationes contractae* rimaste inadempiute: più che altro, sotto il profilo processuale dell'*actio in personam* esercitata dal creditore insoddisfatto contro l'*obligatus* inadempiente. Le ipotesi di responsabilità primaria si condensarono intorno a tre tipici « *delicta* » (l'*iniuria*, il *furtum*, il *damnum iniuria datum*) ma, anche per certe caratteristiche peculiari della responsabilità primaria da illecito (la penalità, la cumulatività, la nossalità, l'individualità), non pervennero ancora, pur essendovi indubbiamente avviate, alla configurazione unitaria di « *obligationes ex delicto* », ed appunto perciò furono essenzialmente considerate come qualcosa di diverso, anche se affine, rispetto alle vere e proprie *obligationes* (*contractae*).

71.5. Il *ius civile novum*, sorto e affermatosi in funzione di una concezione più aperta e moderna del fenomeno economico del

---

71.4.3. Sulla responsabilità per inadempimento, e sul modo imperfetto in cui essa fu inquadrata nel concetto di *obligatio*, v. *infra* n. 99. — Sulla responsabilità *ex delicto*: *infra* n. 95. La difficoltà con cui tale tipo di responsabilità fu inquadrata nel concetto di *obligatio* è dimostrata, a tacer d'altro, ancora una volta dalla sistematica delle *institutiones* gaiane (*infra* n. 71.7.1).

71.5. Sulle *obligationes* del *ius civile novum* v. *infra* cap. XIV. — Lo spunto della concezione autonoma del *contractus* è ravvisabile a nostro avviso in un testo tanto famoso quanto discusso (anche sotto il profilo interpolazionistico. v., per tutti, Wunner, *Contractus* cit. 33 ss.; Melillo, « *In solutum dare* » cit. 49 ss.; Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, « *Nova negotia* » *e* « *transactio* » *da Labeone ad Ulpiano* [1971] 37 ss.), Lab. - Ulp. D. 50.16.19. *Labeo libro primo* <*ad edictum*> *praetoris urbani definit, quod quaedam* « *agantur* », *quaedam* « *gerantur* » *quaedam* « *contrahantur* »: *et actum quidem generale verbum esse, sive verbis* <*sive litteris*> *sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem* <*significare*>, *quod Graeci* συνάλλαγμα *vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem* <, *mandatum*>: *gestum rem significare sine verbis factam.* Il testo riecheggia la più antica riflessione scientifica (almeno a nostra conoscenza) sulle fonti delle obbligazioni, la riflessione cioè di Labeone, ma non si dimentichi che l'originale di Labeone è passato

credito, integrò il novero delle *obligationes contractae* con quattro importanti gruppi tipici di nuove *obligationes*: da *emptio-venditio*, da *locatio-conductio*, da *societas*, da *mandatum*. Ma il suo contributo alla evoluzione del regolamento romano dei rapporti relativi non fu tanto interessante sotto il profilo quantitativo, quanto lo fu sotto il profilo qualitativo. I negozi da esso introdotti avevano la caratteristica di non essere subordinati ad esigenze di forma o di *datio rei*, ma di essere caratteristicamente, tipicamente bilaterali e di derivare, in quanto tali, esclusivamente dall'incontro di volontà, comunque manifestato, delle parti. Fu principalmente guardando a quei negozi che i Romani, e particolarmente i giuristi, parlarono di « *contractus* », nel senso nuovo di negozio obbligatorio a struttura bi- o plurilaterale. Denominare le *obligationes consensu contractae* del *ius civile novum* come « *obligationes ex contractu* » significa dunque porne doverosamente in rilievo l'originalità rispetto alle *obligationes contractae* del *ius civile vetus*, e significa a un tempo porre in risalto quello che fu il punto di partenza di tutto l'ulteriore sviluppo delle *obligationes* romane.

71.6. All'ulteriore sviluppo delle *obligationes* romane il *ius honorarium* contribuì notevolmente e in vari modi. A prescin-

---

per le mani di Ulpiano, un giurista di due secoli dopo, e ci è pervenuto traverso i *Digesta* di Giustiniano. Che abbia subito interpolazioni postclassiche (salva forse l'eliminazione dell'accenno al contratto letterale, v. *infra* n. 81), anche se è stato sostenuto da molti e in modo vario, è poco verosimile, perché non si riesce a vedere l'interesse che avrebbe spinto all'intervento interpolatorio: sola questione da farsi è quanto spetti di esso a Labeone e quanto spetti invece a Ulpiano. Non è dato sapere a quale proposito Labeone abbia svolto il suo discorso nel primo libro *ad edictum praetoris urbani*, ma siccome il discorso è riferito da Ulpiano nel libro 11 del suo commentario edittale, a proposito dell'editto « *quod metus causa gestum erit* », una prima congettura si impone: Ulpiano volendo porre l'accento sul significato di « *gestum* », ha alterato l'ordine delle *definitiones* labeoniane, il quale doveva presumibilmente essere (come fa intuire il primo periodo) « *actum, gestum, contractum* », con progressione dal generale allo speciale. Quanto al senso specifico di « *contractum* » (o « *contractus* »), la spiegazione più plausibile è che Labeone si riferisse esclusivamente ai contratti del *ius civile novum*, ponendo esattamente in rilievo che essi (*mandatum* compreso) avevano la caratteristica di essere una (maniera di) *ultro citroque obligatio*, di vincolamento reciproco tra le parti. La generalizzazione « *quod Graeci* συνάλλαγμα *vocant* » (e forse l'eliminazione dell'esempio del *mandatum*) va ascritta, secondo noi, ad Ulpiano, il quale ha inteso adeguare l'insegnamento di Labeone a quello successivo (e più evoluto) di Aristone, da lui stesso riferito nel libro 4 *ad edictum*, D. 2.14.7.2. V. anche *infra* nt. 71.7.

71.6. Le ipotesi onorarie di obbligazioni paracivilistiche furono, principalmente, quelle delle *obligationes* da *depositum* (scaturente dal titolo « *de bonae fidei iudiciis* »: Lenel, *EP.*[3] § 106), da *commodatum* e da *pignus* (scaturenti dal titolo « *de rebus creditis* »: Lenel, *EP.*[3] § 98 e 99), da *rapina* (Lenel, *EP.*[3] § 187). — Per l'importanza del titolo edittale *de rebus creditis*, ai fini della riflessione giurisprudenziale classica, v. *infra* n. 71.7. Il rilievo dell'apporto del *ius honorarium* non va visto nel limitato numero di ipotesi regolate in questo titolo, ma nell'adozione per definirle del concetto di « *res credita* ». — Sulla discussa categoria delle cd. *obligationes honorariae* v. *infra* n. 72.2.

dere dalle molteplici nuove ipotesi di rapporti relativi (di debito o di responsabilità) cui esso, come vedremo di volta in volta, concesse la tutela di *actiones honorariae*, i profili più rilevanti del suo intervento furono due. In primo luogo, furono riconosciute talune ipotesi di atti leciti o illeciti così strettamente affini a quelle già riconosciute dal *ius civile*, che la giurisprudenza classica non esitò ad inserirle sistematicamente nel quadro delle *obligationes contractae* o delle *obligationes ex delicto*, sia pure ovviamente segnalando il carattere onorario e non civilistico delle azioni relative. In secondo luogo, attraverso la regolamentazione dedicata in un apposito titolo alle ipotesi delle « *res creditae* » (*mutuum, commodatum, pecunia constituta, datio pignoris* e figure affini) fu offerto alla riflessione giurisprudenziale classica un ragguardevole spunto per avviarsi verso una concezione generale dell'*obligatio*, cioè verso il superamento delle distinzioni tra i vari tipi di *obligationes* e di rapporti relativi in genere e verso l'identificazione dell'*obligatio* con ogni rapporto giuridico relativo (di debito o di responsabilità, civilistico o non civilistico). Il valore del *ius honorarium* fu, in altri termini, costituito dall'arricchimento del novero delle ipotesi obbligatorie tipiche e, al di là di esso, dall'impulso a ritenere che il ricorso all'*actio in personam* fosse ammissibile anche in casi non previsti dal *ius civile*, dagli editti onorari, dal *ius novum*, sempre che questi casi fossero ragionevoli manifestazioni, secondo le valutazioni sociali correnti, del fenomeno economico del credito.

71.7. Messa di fronte a così vasto e vario materiale di norme e di spunti, al cui incremento non mancò ovviamente di contribuire a

---

71.7. L'opera sistematrice della giurisprudenza preclassica e classica è tra gli argomenti più contrastati della scienza romanistica (si rimanda alla bibliografia cit. *retro* n. 71.1). A nostro parere non vi è ragione di far leva sulle numerose imprecisioni e contraddizioni per negarne la genuinità ed attribuirla ad alterazioni postclassiche e giustinianee, ma è egualmente esagerato e poco credibile lo sforzo di chi, in senso opposto, si ingegna di individuare raffinate significazioni e di divinare singolari impostazioni culturali e complesse influenze alla radice di ogni testo a nostra disposizione. La giurisprudenza preclassica e classica ha indubbiamente intravisto molte figure generali, ma, non essendo oltre tutto il « sistema » in senso scientifico tra i suoi propositi, non si è soverchiamente preoccupata di portare alle ultime conseguenze i suoi vari, e spesso diversi, spunti. — Per un tentativo di studio sistematico del *ius novum* in tema di obbligazioni, cfr.: Schnebelt, *Reskripte der Soldatenkaiser, Ein Beitrag zur römischen Rechtsgeschichte des dritten nachchristlichen Jahrhunderts* (1974). — La generalizzazione del concetto di *obligatio*, sino a ricomprendere tutti i rapporti giuridici relativi, prese probabilmente spunto, come abbiamo detto (*retro* n. 71.6), dal titolo edittale « *de rebus creditis* ». Cfr.: Cels. - Ulp. D. 12.1.1.1 (... *ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit* [*rell.*]); Gai. D. 50.16.11 (*creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debeatur*);

suo tempo il *ius novum*, la giurisprudenza preclassica e classica non si pose il preciso compito di elaborarlo in un sistema unitario, ma nemmeno si sottrasse all'impegno di sottoporlo, quando fosse necessario od opportuno, a riordinamenti e svolgimenti di carattere sistematico. I suoi risultati non furono né univoci né esaurienti, e sarebbe illusorio voler connettere ad ogni costo tra loro le affermazioni spesso divergenti dei vari giuristi. Tuttavia qualche orientamento generale (mai però unanime e concettualmente perfetto) può essere verosimilmente colto. Primo: la configurazione dei rapporti di responsabilità primaria come vere e proprie *obligationes* (le *obligationes ex delicto* e da *causae* assimilate). Secondo: la generalizzazione del concetto (se non sempre della terminologia) di *obligatio* in ordine a tutti i rapporti relativi (di debito e di responsabilità), compresi quelli non disciplinati dal *ius civile vetus* e *novum*. Terzo: l'inquadramento

---

Ulp. D. 50.16.10 e 12. Su questi frammenti e sui molti problemi relativi al primo tra essi: Albanese, *Per la storia del « creditum »* cit. e lett. ivi. — Per l'inquadramento del *contractus* nella *conventio*, e per l'identificazione delle *conventiones sine nomine*, è di fondamentale importanza la lettura di una « catena » di frammenti (di Ulpiano, Paolo e Modestino) riportata in D. 2.14.1-7, a proposito del titolo edittale « *de pactis* » (cfr. Lenel, *EP.*[3] § 10). Avendo il pretore statuito « *pacta conventa... servabo* » (v. *infra* n. 90), Ulpiano (4 *ad ed.* D. 2.14.1.3) riporta la *species* « *pactum* » al *genus* « *conventio* » e scrive: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt... adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re <sive litteris> sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* Questa concezione generale (che Ulpiano fa risalire quando meno a Sesto Pedio, primo cinquantennio del sec. I d.C., e che Paul. D. 2.14.2 sembra attribuire già a Labeone, contemporaneo di Augusto), viene poi articolata come segue: le *conventiones* possono essere *ex publica causa* (come gli armistizi e i trattati di pace: Ulp. D. 2.14.5) o *ex privata causa* (che sono, in altri termini, i negozi giuridici bi- o plurilaterali); le *conventiones ex privata causa*, a loro volta, o sono *conventiones legitimae* (le quali *lege aliqua confirmantur* e ricevono da questo provvedimento di governo la tutela di un'*actio*: cfr. Paul. D. 2.14.6) o sono *iuris gentium*. Venendo alle *conventiones ex privata causa iuris gentium*, Ulpiano (D. 2.14.7 pr. - 4) distingue tra quelle che sono tutelate soltanto da *exceptio*, e sono i *pacta* (i cd. *nuda pacta*) di cui all'editto *de pactis*, e quelle che *pariunt actiones*. Sono produttive di *actiones*: in primo luogo, le *conventiones, quae in suo nomine non stant* (che non si fermano al tipo generico della *conventio*), *sed transeunt in proprium nomen contractus* (come la *emptio venditio*, la *locatio conductio*, il *commodatum* e via dicendo); in secondo luogo, secondo un'elegante tesi di Aristone, quelle che, pur non avendo un *proprium nomen contractus*, presentano elementi strutturali affini a quelli di un *contractus* civilistico (convenzioni che Aristone chiama συναλλάγματα). Per maggiori precisazioni sulle *conventiones sine nomine*: *infra* n. 91. Qui sia detto solo che, almeno a nostro parere, la tesi della estensione della tutela civilistica anche alle *conventiones sine nomine*, in quanto aventi la stessa natura di συνάλλαγμα dei contratti del *ius civile*, fu avanzata per primo da Aristone (ed è dubbio sino a che punto abbia fatto presa sulla giurisprudenza classica): v. *retro* n. 71.5. Da ultimi, cfr.: Giffard, *La doctrine d'Ariston en matière de contrats innommés* (1947), ora in *Ét.* (1972) 189 ss.; Grosso, *Da Pedio ai Bizantini in D. 2.14.3-4*, in *St. Volterra* 1 (1969) 55 ss.

della figura del *contractus* entro la categoria generale della « *conventio* », cioè del negozio giuridico bi- o plurilaterale, con la conseguente esclusione dal novero delle *obligationes ex contractu* del *ius civile* di quelle che (come, ad esempio, per la *dotis dictio*) non scaturivano da *contractus-conventio*. Quarto: la identificazione, entro la disparata schiera delle *causae obligationum* che non avessero struttura di *contractus-conventio* o di *delictum* in senso *stretto* (le cd. « *variae causarum figurae* »), dell'importante categoria contrattuale delle cd. « *conventiones sine nomine* » a carattere sinallagmatico.

71.7.1. Sintomatica la posizione di Gaio, che riflette senza volerlo gran parte di questo lavorio incompiuto e non sempre coerente di sistemazione giurisprudenziale. Nelle sue *institutiones* egli premette che « *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* », ma, parlando delle *obligationes ex contractu*, egli in realtà si occupa, in aderenza alla tradizione, delle *obligationes contractae* (anche cioè derivanti da negozio unilaterale), distinguendole in quattro sottocategorie: *re, verbis, litteris, consensu contractae*. La persistenza di impostazioni più antiche al di sotto della classificazione più moderna è confermata, sempre nelle *institutiones*, dal fatto che dei modi di estinzione dell'*obligatio* vi si discorre in appendice alla trattazione delle *obligationes contractae* e (si badi) prima dei paragrafi dedicati alle *obligationes ex delicto*: il che costituisce traccia rilevante di quel primitivo modo di vedere per cui la responsabilità da illecito non integrava una vera e propria *obligatio*. Nei *libri rerum cottidianarum*, invece, il giurista adotta uno schema più aggiornato e afferma che « *obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* ».

71.7.1. Per la sistematica delle *institutiones* gaiane v. Gai 3.88: *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* Segue la suddistinzione delle *obligationes, quae ex contractu nascuntur*, in *re, verbis, litteris, consensu contractae*. A nostro avviso, è glossato, in Gai 3.90, il periodo « *sed haec species obligationis* (*rell.*) » (ma *contra*, da ultimo, Melillo, « *In solutum dare* » cit. 67 ss., che vede nel passo un significativo accenno ad una *causa obligationis* che non deriva né da contratto né da delitto: affermazione, peraltro, secondo noi in contrasto con le parole iniziali di Gai 3.91, « *is quoque qui non debitum accepit... re obligatur* », e che perciò ci conferma nell'opinione, già sostenuta dall'Albertario e dal Solazzi, del glossema). Quanto ai modi di estinzione delle obbligazioni, essi si leggono in Gai 3.168 ss., mentre è nel 3.182 che Gaio inizia il discorso sulle *obligationes ex delicto* (« *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur* [*rell.*] »). — Per la sistematica delle *res cottidianae*, cfr. Lenel, *Pal.* Gaius n. 498-506, e v. Gai D. 44.7.1: *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* (*rell.*).

71.8. Il diritto postclassico portò ulteriormente avanti gli orientamenti della giurisprudenza tardo-classica, senza peraltro pervenire neanche esso a sistematiche definitive e complete, anzi spesso deviando in concezioni abnormi. Il concetto di *obligatio* fu comunque tendenzialmente riconnesso anche sul piano terminologico a tutti i rapporti giuridici relativi, sia da atti leciti che da atti illeciti o da fatti giuridici involontari. Per *contractus* e per *delicta* si intesero però sempre quelli tipici del *ius civile vetus* e *novum* (con le integrazioni del *ius honorarium*). Tutte le altre *causae obligationum* non furono puntualmente identificate, ma furono solo equiparate ai *contractus* (se lecite) e ai *delicta* (se illecite). Giustiniano, in un tentativo non del tutto felice di razionalizzazione, affermò alla fine che le *obligationes* si distinguono in quattro *species*: « *ex contractu* », « *quasi ex contractu* », « *ex maleficio* », « *quasi ex maleficio* ».

71.8. Le definizioni postclassico-giustinianee dell'*obligatio* ricalcano presumibilmente dettati classici genuini, ma hanno un carattere generalizzante che, altrettanto presumibilmente, i dettati genuini non ebbero. V. I. 3.13 pr.: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* (in questa definizione l'intento definitorio generale è evidentissimo, e basta pensare al generico « *secundum nostrae civitatis iura* », ma la derivazione da un originale classico di più ristretta portata è facilmente intuibile, e basta a farlo intendere la limitazione alla sola prestazione di *dare*, all'« *alicuius solvendae rei* »). V. ancora D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 *inst.*): *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.* Su queste definizioni, da ultimi: Scherillo, *Le definizioni* cit., e Lantella, *Note semantiche* cit. — Sugli sviluppi postclassici della materia delle obbligazioni, con riguardo all'Occidente e all'Oriente, al pregiustinianeo ed al giustinianeo, ricchissimo è il quadro offerto da: Kaser, *Privatrecht* 2.322 ss. — La quadripartizione delle *causae obligationum* non si incontra nei *Digesta*, che mantengono la tripartizione dei *libri rerum cottidianarum* di Gaio (*retro* n. 71.7.1), ma si legge, in evidente applicazione di un criterio sistematico elementare, in I. 3.13.2, Cfr. anche I. 3.27 (« *de obligationibus quasi ex contractu* ») e I. 4.5 (« *de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* »). Si tenga presente che i *Digesta* riproducono anche talune altre classificazioni più composite (e meno coerenti), fra cui quella (chiaramente rielaborata da lettori postclassici) di Mod. 2 *reg.* D. 44.7.52 pr.-9: *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.* « *Re* » *obligamur cum res ipsa intercedit.* « *Verbis* », *cum praecedit interrogatio et sequitur congruens responsio.* « *Re et verbis* » *pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem.* « *Ex consensu* » *obligari necessario ex voluntate nostra videmur.* « *Lege* » *obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus.* « *Iure honorario* » *obligamur et his, quae edicto perpetuo vel a magistratu fieri praecipiuntur vel fieri prohibentur.* « *Necessitate* » *obligantur, quibus non licet aliquid facere quam quod praeceptum est: quod evenit in necessario herede.* « *Ex peccato* » *obligamur, cum in facto quaestionis summa consistit. Etiam* « *nudus consensus* » *sufficit obligationi, quam et verbis hoc exprimi possit.*

72. I TIPI DELLE « OBLIGATIONES ».

72.1. Anche se in astratto il concetto di *obligatio* integra una categoria unitaria, quella dei rapporti giuridici relativi, ed anche se l'orientamento dei Romani (dalla giurisprudenza classica a Giustiniano) fu, come abbiamo visto, nel senso dell'unificazione progressiva dei rapporti relativi nella categoria generale dell'*obligatio*, sul terreno concreto della storia un discorso unico per tutte le specie delle *obligationes* romane non si può seriamente fare, né sotto il profilo terminologico né sotto quello concettuale. Il dato della concessione al « *creditor* » di un'*actio in personam* contro l'« *obligatus* » è troppo poco a questo fine ricostruttivo, tanto più che vi furono rapporti giuridici relativi ai quali mancò anche la tutela piena dell'*actio in personam* per il soggetto attivo. Pertanto, pur se è possibile, entro certi limiti, parlare unitariamente (come appunto faremo) dei soggetti, degli oggetti, dell'adempimento e di alcune principali vicende delle *obligationes*, per il resto sarà opportuno trattare dei vari tipi di *obligationes* in relazione ai fatti tipicamente causativi delle stesse. Sì che distingueremo, in aderenza alle linee più caratteristiche dello sviluppo storico tra: *obligationes contractae* (*verbis, litteris, re*), *obligationes ex contractu, obligationes* non *contractae* (*ex pacto, ex conventione sine nomine*, da cause non convenzionali) e *obligationes* di responsabilità (sia primaria che secondaria).

72.1.1. Qualche parola di chiarimento meritano sin d'ora due distinzioni tra le *obligationes*: quella tra *obligationes civiles* e *obliga-*

72.1. Il criterio della *distinctio obligationum ex causis* da noi adottato coincide con quello seguito nelle esposizioni manualistiche correnti solo sino ad un certo punto. Mentre qui noi diamo la preferenza, almeno entro certi limiti, alle risultanze della ricostruzione storica (svolta *retro* n. 71), i manuali correnti si adeguano generalmente alla tripartizione delle *res cottidianae* (*retro* n. 71.7.1) o alla quadripartizione delle *Institutiones* di Giustiniano (*retro* n. 71.8). Ma sarebbe controproducente utilizzare sistematiche così approssimative e superficiali. Per la peregrina giustificazione delle « *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur* » si legga I. 3.27 pr., riportato *infra* nt. 92.1. Quanto alle « *obligationes quasi ex delicto* », la lettura di I. 4.5 dimostra che si tratta di un numero ridottissimo di ipotesi messe insieme per giustificare, a fini di simmetria con la specie dei « quasi contratti », la specie dei « quasi delitti ».

72.1.1. La distinzione tra *obligationes civiles* e *honorariae* si richiama a quella tra *actiones civiles* e *actiones honorariae* illustrata *retro* n. 17.3. Essa è formulata in I. 3.13.1 (che in ciò si differenzia da Gai 3.88: *retro* nt. 71.7.1) come « *summa divisio* » di tutte le *obligationes*: *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur: namque aut civiles sunt aut honorariae* (*rell.*). — La distinzione tra *obligationes civiles* e *naturales* non è esplicitata dalle fonti, che parlano solo di « *obligationes naturales* » diversificandole da quelle a pieni effetti giuridici del *ius privatum*.

tiones honorariae e quella tra *obligationes civiles* e *obligationes naturales*. Due distinzioni alle quali il diritto postclassico-giustinianeo conferì assai più importanza di quanta ne ebbero in periodo preclassico e classico.

72.2. Le *obligationes honorariae* (o « *praetoriae* ») si contrapponevano, in diritto giustinianeo, alle *obligationes civiles* in considerazione del diverso sistema giuridico da cui erano state anticamente riconosciute. Per « *obligationes civiles* » si intendevano quelle riconosciute dal *ius civile* (*vetus* o *novum*) e in più quelle introdotte da *leges* nel senso postclassico del termine (quindi anche da *constitutiones* imperiali); per « *obligationes honorariae* » si intendevano invece le obbligazioni introdotte nell'ordinamento giuridico dalla *iurisdictio* dei magistrati repubblicani, e in primo luogo da quella del *praetor*. È assai dubbio che la giurisprudenza preclassica e classica abbia dato molto rilievo alla distinzione: certo è però che essa, sotto il profilo terminologico, tendeva a qualificare gli obblighi riconosciuti dal *ius honorarium* piuttosto che con l'etichetta tradizionalmente civilistica di « *obligatio* » mediante la circonlocuzione « *teneri honoraria actione* ». La ragione per cui proprio il diritto postclassico-giustinianeo conferì tanta rilevanza alle cd. *obligationes honorariae* sta probabilmente in ciò: che esso volle sottolineare che quei rapporti erano pur sempre *obligationes* alla pari di quelle civilistiche. Con il che si cercò di superare, propro sottolineandola, una distinzione di carattere storico tra i rapporti relativi.

72.2. La dubbia classicità delle *obligationes honorariae* fu affermata per primo dal Perozzi (*Istituzioni* 2.46 s.) senza peraltro darne una dimostrazione. Più tardi l'Arangio-Ruiz (*Le genti e la città* cit. 35 ss., e *D. 44.7.25.1* cit.) sostenne il riferimento, in diritto classico, della nozione di « *obligatio* » al *ius civile*. È dovuta però essenzialmente all'Albertario (*Le fonti* cit. 493 ss., *Ancora sulle fonti delle obbligazioni romane*, in *RIL*. 1926, *La così detta « obligatio ex causa fideicommissi »*, in *RIL*. 1927, e *Le definizioni dell'obbligazione romana* [1927], ora in *St*. 3 [1936] 391 ss.) la formulazione e la difesa della tesi per cui la *obligatio* era riferita al *ius civile*, sempre in diritto classico, in linea esclusiva. Si v. tuttavia: Segrè, « *Obligatio* » cit. 499 ss., e *Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra diritto civile e pretorio*, in *Scr. Ferrini Pavia* (1946) 729 ss.; Lauria, « *Contractus* » cit. 181 ss.; Pastori, *Profilo* cit. 266 ss.; van Oven, *Le sens* cit. 121 ss. Ormai la critica più avveduta, pur dando atto che i rapporti relativi di origine onoraria furono preferibilmente designati dalle fonti con un « *teneri honoraria actione* » o con altre circonlocuzioni del genere, respinge giustamente la tesi critica radicale della interpolazione di « *obligatio* » e « *obligari* » in tutti i passi in cui appaiono con riferimento a rapporti relativi riconosciuti dal *ius honorarium*. — La rievocazione della vecchia distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium* in tema di obbligazioni è forse anche dipesa, nel caso di Giustiniano (cfr. I. 3.13.1: *retro* nt. 72.1.1), dal suo cd. « classicismo » (su cui v. *retro* nt. 11.4).

72.3. Le *obligationes naturales* si contrapponevano alle cd. « *obligationes civiles* », cioè alle *obligationes* pienamente riconosciute dall'ordinamento giuridico e perciò tutelate mediante *actio in personam* o quanto meno mediante *exceptio*. Ma questa categoria di « rapporti relativi di debito », in parte connessa all'evanescente concetto del *ius naturale*, è una categoria singolarmente sfuggente ad ogni tentativo di sicura ricostruzione storica: il che non dipende tanto dalla scarsezza delle fonti di cui disponiamo, quanto dall'incertezza delle concezioni in materia degli stessi Romani. La nozione si profilò già nella giurisprudenza preclassica e classica, la quale piuttosto che al termine *obligatio naturalis* preferì ricorrere a circonlocuzioni del tipo di « *natura debere* », volendo con ciò indicare certe ipotesi di debito ritenute vincolanti dalla coscienza sociale, ma prive di rilevanza giuridica. Pur riconoscendo che queste ipotesi di debito non implicavano l'obbligo giuridico dell'adempimento, la giurisprudenza ritenne che, se il debitore « naturale » avesse proceduto ad una *satisfactio* spontanea del creditore, non potesse poi chiedere la restituzione dell'*indebitum solutum*, cioè di quanto avesse (sia pure indebitamente sul piano giuridico) pagato. In altri termini si ammise che la spontaneità dell'adempimento, compiuto nella piena coscienza di non essere obbligati sul piano giuridico, autorizzasse l'accipiente alla cd. « *soluti retentio* », a tenere quindi per sé quanto ricevuto.

72.3. Sulla *naturalis obligatio*, fra la vastissima letteratura, cfr.: Vazny, « *Naturalis obligatio* », in *St. Bonfante* 4 (1930) 129 ss.; De Villa, *Studi sull'« obligatio naturalis »*, in *SSA*. 1939-40, e *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, in *St. Betti* 2 (1962) 365 ss.; Burdese, *La nozione classica di « naturalis obligatio »* (1955); Nardi, *In tema di confini della obbligazione naturale*, in *St. De Francisci* 4 (1956) 561 ss.; Gaudemet, *La nozione classica di « naturalis obligatio »*, in *Labeo* 2 (1956) 111 ss.; Longo (E. G.), *Ricerche sull'« obligatio naturalis »* (1962); Cornioley, « *Naturalis obligatio* », *Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain* (1964); Scherillo, *Le obbligazioni naturali*, in *AG*. 175 (1968) 516 ss.; Burdese, *Dubbi in tema di « naturalis obligatio »*, in *St. Scherillo* (1971) 475 ss.; Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, in *RIDA*. 19 (1972) 239 ss. — Il concetto di *obligatio naturalis* era ristretto ai rapporti relativi di debito: non fu mai esteso, per quanto risulta, alle obbligazioni di responsabilità (e in particolare a quelle *ex delicto*). — Una concezione generale della *naturalis obligatio* (suddistinta in *obligatio* tutelata giudiziariamente dal *ius privatum* e in *obligatio* che dà luogo solo a *soluti retentio*) sta alla base di un discusso testo di Iul. 53 *dig*. D. 46.1.16.4: *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam accipiunt, debitum sibi recepisse.* Il testo, genuino o spurio che sia, è comunque guasto nella seconda parte. — Sul *ius naturale*: *retro* n. 13.3 e 4. Cfr. Paul. D. 50.17.84.1: *Is natura debet quem iure gentium dare oportet cuius<que> fidem secuti sumus.*

72.3.1. Quali siano stati i casi in cui la coscienza sociale ritenne che si potesse parlare di « *debitum* » sul piano extragiuridico costituisce il punto oscuro, o per meglio dire incerto e variabile, non solo per noi ma per gli stessi Romani. Anche per ciò, probabilmente avvenne che il cd. *creditor naturalis*, a quanto risulta, non fu mai tutelato da un'apposita *exceptio* o da altro mezzo giudiziario *ad hoc* contro chi, avendo effettuato l'adempimento spontaneo, volesse poi contestargli la *soluti retentio*. Per trattenere il *solutum* l'accipiente doveva di volta in volta ricorrere ad espedienti processuali (principalmente, all'*exceptio doli*), che gli venivano permessi nella misura in cui si ritenesse degna di venia da parte del diritto la sua situazione di creditore, non giuridico ma « naturale », spontaneamente soddisfatto dal debitore. In linea molto approssimativa può solo dirsi che le ipotesi principali di *obligatio naturalis* riconosciute dalla giurisprudenza preclassica e classica furono relative ai sottoposti a *dominica* o a *patria potestas*, beninteso al di fuori dei casi in cui era loro riconosciuta la cd. « mera capacità di agire » *pro se*. Altre ipotesi sono invece di meno sicura classicità o sicuramente postclassiche.

72.3.2. Relativamente ai *servi*, oggetti e non soggetti di diritto, da un lato i giureconsulti classici escludevano recisamente che potesse esservi obbligazione giuridica sia a loro favore che a loro carico (« *in personam servilem nulla cadit obligatio* »), dall'altro lato, invece, anche in correlazione col riconoscimento sociale del *peculium* servile, essi ammettevano la possibilità loro di obbligarsi di fatto (« *naturaliter* ») sia verso estranei che verso il proprio *dominus*. Pertanto, se lo schiavo aveva assunto di fatto un debito verso un estraneo (ad esempio, facen-

---

72.3.1. La casistica delle *obligationes naturales*, nella misura in cui è possibile individuarla, si legge in Cornioley, « *Naturalis obligatio* » cit. 120 ss., 143 ss., 225 ss. — Sulla mera capacità di agire dei sottoposti: *retro* n. 28.4.

72.3.2. Sulla *naturalis obligatio* dello schiavo v. Ulp. D. 44.7.14: *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.* V. anche D. 46.1.16.3, 4 e D. 46.1.21.2, 3. L'unico testo al di fuori della compilazione in cui si rinviene un accenno alla *naturalis obligatio servi* è Gai 3.119 *a*: *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur; adeo quidem ut pro servo quoque obligetur sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur.* Dallo studio della *naturalis obligatio servi* si è mossa per lo più la dottrina nel tentativo di ricostruire la nozione romana classica dell'obbligazione naturale. Alla bibliografia cit. *supra* nt. 72.3 si aggiunga in particolare: Longo (G. E.), *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, in *SDHI*. 16 (1950) 86 ss.; Labruna, *Interpretazione di Gai 3.119 a*, in *Gaio nel suo tempo* (1966) 55 ss.

dosi dare in prestito del denaro) e poi lo aveva spontaneamente adempiuto (anche non servendosi di denaro peculiare), si ritenne che il *dominus* non potesse esercitare, contro il creditore del *servus*, la *condictio indebiti*, tanto più che per i debiti dello schiavo il padrone, come si sa, era sottoposto all'*actio de peculio*; se allo schiavo manomesso era stato pagato un credito (naturale) da lui acquistato durante la servitù (quindi da lui lucrato, a rigor di diritto, al proprio *dominus*), si ritenne che il *patronus* (il suo ex-*dominus*) non potesse avanzare pretese sulla somma e che il *debitor* non avesse a pentirsi di aver pagato ciò che *civiliter* non avrebbe dovuto pagare al liberto; se il liberto aveva 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* quanto meno in relazione al peculio servile: 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*.

72.3.3. Analoga alla situazione dei *servi* fu, sin dal periodo preclassico, la situazione dei *capite minuti* e dei *filii familiarum*. I *capite minuti* furono considerati debitori o creditori *naturaliter* in relazione alle obbligazioni sorte antecedentemente alla *capitis deminutio* (cioè sorte ai tempi in cui erano ancora giuridicamente capaci). I *filii familiarum* furono del pari ritenuti *naturaliter* debitori o creditori in relazione alle obbligazioni sorte durante la soggezione a *patria potestas* nei confronti del *pater*, dei fratelli o dei terzi. Per i *filii familiarum* di sesso maschile si verificarono peraltro, come abbiamo segnalato a suo tempo, anche altri e più incisivi sviluppi, che fecero passare in seconda linea il riconoscimento del « *natura debere* »: sviluppi nel senso che ad essi fu progressivamente riconosciuta, in materia obbligatoria, la « mera capacità di agire *pro se* », con la conseguente possibilità di stare in giudizio.

72.3.3. Testo base per lo studio della *naturalis obligatio* del *capite minutus* è D. 4.5.2.2: *Hi qui capite minuntur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt manent obligati naturaliter*. Per la letteratura, ai citati *adde*: Kaser, *Zur Geschichte der « capitis deminutio »*, in *Iura* 3 (1952) 48 ss. — Per l'*obligatio naturalis* del *filius familias* si v. Afric. D. 12.6.38 pr.-2. Su questo passo (che riporta anche responsi di Salvio Giuliano) cfr. in part.: Labruna, « *Naturalis obligatio* », in *Labeo* 10 (1964) 287 ss.

72.3.4. Altre fattispecie classiche di *obligatio naturalis* sembrano essere state: quella assunta dal pupillo *sine tutoris auctoritate*; quella estinta per prescrizione o assunta mediante nudo patto; quella derivante da mutuo contratto dal figlio di famiglia in deroga al divieto di mutui ai *filii familiarum* posto dal SC. Macedoniano.

72.3.5. In periodo postclassico, a queste ipotesi altre molteplici se ne aggiunsero, di obblighi ancora più vaghi, in ordine ai quali la *soluti retentio* fu riconosciuta essenzialmente per ragioni morali e sociali: l'obbligo di dotare la *filia in potestate*; l'obbligo della *mulier sui iuris* di autodotarsi; l'obbligo del liberto di prestare le *operae* al patrono; e via dicendo. Praticamente, in tale epoca, 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.

72.3.4. Sulla *naturalis obligatio* del pupillo agente *sine tutoris auctoritate* v. Pap. D. 36.2.25.1: « *Heres meus Titio dato quod mihi Seius debet* ». *Si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepit nec locupletior factus est et creditor ad praesens debitum verba rettulit, quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit, non secus ac si ita dixisset:* « *Titio dato, quod pupillus solverit...* »; D. 35.2.21 pr.: *Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutua data sint, legatum a creditore meruerit sub hac condicione, si decem quae acceperit heredi reddiderit, una numeratione et implet condicionem et liberatur naturali obligatione* (*rell.*). V. anche D. 46.3.95.2 e D. 46.3.44. A queste testimonianze sembrerebbero contrastare D. 12.6.41 e D. 44.7.58(59), su cui in particolare: Pescani, *Sulla genesi di un testo di Licinnio Rufino*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 760 ss. Ma sulla classicità del principio secondo cui il pupillo si obbliga naturalmente quando agisce senza l'assistenza del tutore non pare vi siano dubbi: Labruna, « *Rescriptum divi Pii* » (1962), il quale dimostra anche come la limitazione di tale obbligazione all'arricchimento (D. 26.8.5 pr.: ... *Sed et si cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit*) sia frutto di contaminazione postclassica di principi diversi affermatisi nello stesso clima giuridico sociale (ivi letteratura); Thomas, « *Naturalis obligatio pupilli* », in *Fs. von Lübtow* (1970) 457 ss. — Sull'*obligatio naturalis* del *filius* in contrasto col SC. Macedoniano v. D. 14.6.10, che nella ricostruzione di Lenel, *Pal.* Paul. n. 473, è del seguente tenore: <*Si filius familias mutuam pecuniam acceperit et pater familias factus solverit, non repetit*>, *quia naturalis obligatio manet* (cfr. anche D. 12.6.40 pr.). Sul punto: De Villa, *Appunti sul Sc. Macedoniano*, in *SSA.* 1940; in senso diverso, Cornioley, « *Naturalis obligatio* » cit. V. anche *infra* n. 82.4.3. — Sulle *naturales obligationes ex pacto*, si v. D. 46.3.5.2, su cui De Villa, *Le* « *usurae ex pacto* » *nel diritto romano* (1938).

72.3.5. Per le *naturales obligationes* ritenute scaturenti dall'*officium* o dalla *pietas* in epoca postclassica si v. D. 5.3.25.11 e D. 12.6.26.12: *natura enim operas patrono libertus debet* (*rell.*). Il quadro postclassico-giustinianeo (forse alquanto riduttivo a causa della tendenza a considerare classiche quasi tutte le fattispecie) si trova in Kaser, *Privatrecht* 2.335 (da confrontare con 1.480 ss.). Cfr. anche: Gualazzini, sv. *Giuochi e scommesse* (*parte stor.*), in *ED.*

E gli effetti giuridici che il diritto postclassico ricollegò all'istituto furono, oltre alla cd. *soluti retentio*, anche altri: la validità delle garanzie reali e personali prestate in favore di una *obligatio naturalis*; la possibilità della compensazione di un'*obligatio naturalis* con una *obligatio civilis*; la possibilità di *novatio* di un'*obligatio naturalis* in obbligazione civile.

73. I SOGGETTI DELLE « OBLIGATIONES ».

73.1. 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 erano possibili e previste 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 ».

73.2. La pluralità dei soggetti (attivi o passivi) di una *obligatio* dava luogo, di regola, ad una *obligatio pro parte* (o « *pro rata* »), cioè ad una « obbligazione parziaria ». L'*obligatio* si intendeva ripartita *ipso iure* in tante obbligazioni per quanti erano i soggetti attivi o passivi: quindi la prestazione spettava a ciascun *creditor* o gravava su ciascun *obligatus* solo in relazione alla sua parte (cd. « *portio virilis* »). 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* ».

73.1. Quanto ai soggetti delle *obligationes*, una definizione di *creditor* è in Gai. D. 50.16.11 (riportato *retro* nt. 71.7); una definizione di *debitor* (peraltro parziale) è data da Mod. D. 50.16.108: *Debitor intellegitur is, a quo invito exigi pecunia potest.*

73.2. Il fondamento del principio di parziarietà delle *obligationes* era (ed è) ovvio: ogni *obligatio* rappresentava normalmente un unico fatto economico, sì che non vi era ragione di moltiplicarla solo perché i soggetti (attivi o passivi) erano più d'uno. Tra le innumerevoli applicazioni testimoniate dalle fonti, si legga ad esempio quella di Pap. D. 45.2.11.1-2: *Cum tabulis esset comprehensum « illum et illum centum aureos stipulatos », neque adiectum « ita ut duo rei stipulandi essent », virilem partem singuli stipulati videbantur. Et e contrario, cum ita cautum inveniretur: « tot aureos recte dari stipulatus est Iulius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius », partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum singulos in solidum spopondisse, ita ut due rei promittendi fierent.* — La denominazione *portio virilis*, per indicare la quota spettante a ciascun individuo (« *vir* ») che fosse concreditore o condebitore con altri, era usata anche in materia di coeredi e di collegatari. Cfr., sul punto, anche Paul. D. 42.1.43.

73.3. Rispetto alla regola della parziarietà delle obbligazioni a pluralità di soggetti, una prima eccezione era rappresentata dalle obbligazioni cumulative (o « solidalmente cumulative », o « multiple »). Tali erano quelle in cui la prestazione era dovuta per intero (« *in solidum* ») da ciascun condebitore al creditore (ipotesi della « cumulatività passiva ») oppure dal debitore a ciascun concreditore (ipotesi della « cumulatività attiva »): dunque in una obbligazione formalmente unica si cumulavano tante obbligazioni tra loro identiche e parallele per quanti erano i soggetti attivi o i soggetti passivi (« *plures rei plura debita* »). La cumulatività poteva derivare « *ex voluntate* », cioè dalla volontà dei soggetti che ponevano in essere la obbligazione, oppure « *ex iure* », cioè da norme dell'ordinamento giuridico (o meglio, da fatti giuridici involontari corrispondenti a quelle norme). Dato che non sempre le formulazioni relative erano esplicite, o comunque chiare, è evidente che i dubbi, in sede di interpretazione giurisprudenziale, furono tutt'altro che infrequenti.

73.3.1. Sempre cumulative erano, per comune riconoscimento della giurisprudenza preclassica e classica, le obbligazioni fissate, a carico

---

73.3. Per la cumulatività obbligatoria *ex voluntate*, cfr., ad esempio, D. 45.2.11.1-2 (riportato *retro* nt. 73.2). — Quanto alla cumulatività *ex iure* (e in particolare, quanto alla cumulatività delle *obligationes ex delicto*), si leggano D. 9.2.11.2 (*actio legis Aquiliae*), D. 47.2.21.9 (*actio furti*), D. 26.7.55.1 (*actio rationibus distrahendis*). Cfr. inoltre Iul. D. 9.2.51.1: *Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt.*

73.3.1. Sulla cumulatività delle *obligationes poenales ex delicto* (e in genere da responsabilità primaria): *infra* n. 95.5. — Le obligationes *ex poena* potevano anche non essere *ex delicto*, ma derivare dalla volontà dei soggetti. È il caso degli obblighi posti a carico dell'erede (e a favore del legatario) mediante un *legatum per damnationem* (su cui v. *retro* n. 41.2.1 e *infra* n. 92.2), la cui formula portava *ab antiquo* una sorta di condanna dell'erede ad adempiere (« *heres meus damnas esto* »: cfr. Liebs, « *Damnum, damnare* » *und* « *damnas* », *Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in *ZSS.* 85 [1968] 173 ss.). In considerazione di ciò, Gai 2.205 (cfr. anche Ulp. 24.13) insegnava che: se il *legatum* era fatto a favore di due legatari « *coniunctim* », cioè accomunandoli nel diritto ad una prestazione (es.: « *Titio et Seio heres meus damnas esto dare hominem Stichum* »), l'obbligazione era parziaria; se invece il *legatum* era fatto a favore di due legatari, sia pure in ordine alla stessa prestazione (lo schiavo Stico), « *disiunctim* », cioè distinguendoli in due proposizioni diverse (es.: « *Titio heres meus damnas esto hominem Stichum dare; Seio heres meus damnas esto hominem Stichum dare* »), l'obbligazione era cumulativa (« *singulis solidum debetur* »: dunque, non essendo Stico moltiplicabile per due, uno degli eredi, il primo a chiederlo, aveva diritto allo schiavo e l'altro aveva diritto al controvalore dello schiavo). Nel *legatum per vindicationem* (su cui v. *retro* n. 41.2.1) la differenza tra *coniunctio* e *disiunctio* dei legatari non aveva rilevanza: i legatari acquistavano in comunione la *res legata* (cfr. Gai 2.199, Ulp. 24.12). Già la giurisprudenza tardo-classica dette chiari segni di interpretare molto restrittivamente il principio riferito da Gaio; ancora più restrittivi furono la giurisprudenza postclassica e Giustiniano: cfr. Paul. D. 30.33, Ulp. D. 32.20, Marcian.

o a favore di più soggetti, a titolo di pena (cd. « *obligationes poenales* »), e in particolare le « *obligationes poenales ex delicto* », cioè insorgenti a titolo di pena da una responsabilità primaria. La ragione ne era evidente: la pena è una sanzione strettamente personale, che non manterrebbe la sua carica afflittiva se fosse divisa tra i più corresponsabili e non assolverebbe la sua funzione riparatrice se fosse ripartita tra le più vittime. Tuttavia, man mano che il concetto di « *poena* » (intesa come penalità privata) si distaccò dalle sue origini di « vendetta », la giurisprudenza tardo-classica e, con più larghezza, il diritto postclassico-giustinianeo mostrarono una forte propensione a ridurre le ipotesi di cumulatività *ex poena* ed a convertire le obbligazioni penali a pluralità di soggetti da cumulative in solidali.

73.4. Altra eccezione alla regola della parziarietà delle obbligazioni a pluralità di soggetti fu rappresentata dalle obbligazioni solidali (« *obligationes in solidum* »). Tali erano quelle in cui la prestazione era dovuta per intero (« *in solidum* »), ma una volta soltanto, dal primo dei condebitori che ne fosse richiesto dal creditore (ipotesi della « solidarietà passiva ») oppure al primo dei concreditori che la richiedesse al debitore (ipotesi della « solidarietà attiva »): dunque l'obbligazione era unica non solo formalmente (a causa dell'unicità del fatto giuridico da cui scaturiva), ma anche sostanzialmente, cioè nell'unica prestazione dovuta (« *plures rei unum debitum* »).

D. 30.114, Iust. CI. 6.51.1.11 (« ... *nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio rei singulis in solidum praestetur* »).

73.4. Sulle *obligationes in solidum* cfr.: Binder, *Die Correalobligation im römischen Recht* 1 (1918) 2 (1922); Archi, *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conf. Castelli* (1940) 241 ss., e *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *SDHI.* 8 (1942) 197 ss.; Lucifredi Peteriongo, *Intorno alla unità o pluralità di vincoli nella solidarietà contrattuale* (1941); Albertario, *Le obbligazioni solidali* (corso, 1948); Branca, *Intorno alle fonti della solidarietà*, in *SDHI.* 15 (1949) 395 ss., e « *Unum debitum plures obligationes* », in *RDCo.* (1954) 350 ss.; Correia de Castro, *As obrigacões solidarias em direito romano*, in *Rev. Fac. Dir. São Paulo* 55 (1960) 197 ss.; Cantarella, *La fideiussione reciproca* (« Ἀλληλεγύη » e « *mutua fideiussio* »), *Contributo allo studio delle obbligazioni solidali* (1965); Masi, sv. *Solidarietà* (*dir. rom.*), in *ED.*; Sacconi, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano* (1973). — La costruzione dell'*obligatio in solidum* come obbligazione unica, sia pure a soggetti plurimi, è quella più rispondente al materiale delle fonti di cui disponiamo. Non manca però qualche testo in cui la pluralità dei soggetti (es.: « *duo rei* ») ha indotto a parlare di « *duae* (o più) *obligationes* »: es., Venul. D. 45.2.13, Pap. D. 45.2.9.2. — Di obbligazioni correali la pandettistica ha spesso ed ampiamente trattato come di una categoria obbligatoria diversa da quella delle obbligazioni solidali pure e semplici. La distinzione, oggi giustamente abbandonata, era essenzialmente basata sul rilievo dei modi di estinzione del rapporto (v. *infra* n. 73.4.3): là dove pareva che il rapporto si estinguesse solo per cause obbiettive (valevoli in una volta sola per tutti i « *conrei* ») si sosteneva l'esistenza tra i contitolari di un vincolo assai più solido di quello normale. Per la critica, da ultimo, v.: Albertario, *Obbl. solidali* cit. 75 ss.

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, o talune tra esse, anche « obbligazioni correali ».

73.4.1. La solidarietà obbligatoria derivava in rare ipotesi (per esempio, in quella delle obbligazioni indivisibili) « *ex iure* », ma il più delle volte derivava « *ex voluntate* » e particolarmente da atti negoziali. I negozi giuridici più usuali ai fini della costituzione di obbligazioni solidali furono: la *stipulatio* di un « *unum debitum* » a carico di due (o più) *promissores* (che rispondevano, ad esempio, 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* di un « *unum debitum* » 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* »). Meno frequenti altri negozi costitutivi di obbligazioni *inter vivos* (es.: il *commodatum*) o *mortis causa* (es.: il *legatum sinendi modo*).

73.4.1. La solidarietà *ex iure* si verificava, in diritto classico, soprattutto in materia di obbligazioni indivisibili (su cui *infra* n. 74.3.1): essa era imposta, nel ragionamento della giurisprudenza classica, dal carattere di indivisibilità della prestazione. In diritto postclassico la necessità fu meno avvertita e in qualche caso si ritenne che l'obbligazione indivisibile fosse compatibile anche con l'adempimento *pro quota*. In cambio, il diritto postclassico-giustinianeo fu orientato a considerare solidali molte obbligazioni che originariamente avevano carattere di obbligazioni cumulative: *retro* n. 73.3.1. — Sulla *stipulatio* come fonte di obbligazioni solidali v. Iav. D. 45.2.2; I. 3.16 pr.-1: *Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat « spondeo », ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat « utrique vestrum dare spondeo »: nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt, ut interroget stipulator « Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes? » respondeant singuli separatim « spondeo ». Ex huiusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium perimit obligationem et omnes liberat.* — Sul *legatum per damnationem* come fonte di obbligazioni solidali, v. Pomp. D. 30.8.1: *Si ita scriptum sit: « Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato », cum utro velit Seius aget, ut si cum uno actum sit, ... alter liberetur (rell.).* — Altri casi di solidarietà *ex voluntate* si rinvengono, ad esempio, in Marc. D. 19.2.27 (*emptio venditio*), in Ulp. D. 19.2.13.9 (*locatio conductio*), in Scaev. D. 17.1.60.2 (*mandatum*), in Pap. D. 45.2.9 pr. (*depositum*).

73.4.2. L'obbligazione solidale (salvo il caso che la prestazione fosse indivisibile) non implicava necessariamente l'adempimento *in solidum*: al contrario. Se l'avente diritto all'adempimento *in solidum* non pretendeva che esso fosse effettuato integralmente, l'*obligatio* poteva essere ben adempiuta *pro parte*. Se poi l'adempimento era stato comunque effettuato *in solidum* da uno dei condebitori o ad uno dei concreditori, l'*obligatio* era estinta: non vi era cioè la possibilità di revocare l'adempimento integrale e di effettuare, sia pur d'accordo tra tutti i soggetti, un adempimento *pro parte*.

73.4.3. L'effetto estintivo delle *obligationes* solidali derivava, oltre che dall'adempimento, dalle cd. « cause oggettive » di estinzione dei rapporti obbligatori: *solutio per aes et libram, acceptilatio*, impossibilità della prestazione, *novatio, pactum de non petendo* « *in rem* » del diritto giustinianeo, 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* »); nel processo *extra ordinem* (particolarmente, in quello postclassico) 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

---

73.4.2. Sull'adempimento dell'*obligatio in solidum* si legga Ulp. D. 45.2.3.1: *Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti: hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti. Et partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et fideiussore petere possumus. Utique enim cum una sit obligatio una et summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur, ab altero liberatio contingat.*

73.4.3. Quanto all'estinzione delle *obligationes in solidum* (v. *infra* n. 76 e 77): per le cause oggettive, v. D. 46.4.16 pr.; D. 45.2.2; D. 46.2.31; D. 16.1.20; D. 2.14.27 pr.; D. 34.3.3.3; D. 4.8.34; D. 34.3.5.1; D 46.3.34.11; per le cause soggettive, v. D. 46.1.71; D. 45.2.19; D. 4.4.48; D. 2.14.25.1. — Per la *litis contestatio* v. CI. 8.40.(41).28.2-3 (Iust., a. 531): *Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacumque parte possit ius creditoris mutilare?* V. anche *retro* n. 19.4.1 e 19.8.1.

l'azione contro un altro *conreus* e poi contro un altro ancora sinché non trovasse colui che effettivamente eseguisse l'adempimento.

73.4.4. La struttura delle *obligationes in solidum* non comportava la possibilità della « rivalsa » dei creditori insoddisfatti verso il concreditore che avesse ricevuto l'adempimento, o del « 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*) 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* (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. 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 per poterle esercitare contro i concreditori.

73.5. 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 « individuazione del debitore » 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* »).

73.4.4. Circa il regime postclassico v.: D. 27.1.11-12; D. 19.2.47; Nov.I. 99. Si cfr. in dottrina: Fuenteseca, *Sobre la novela 99 de Justiniano y la supuesta « fideiussio mutua »*, in *AHDE*. 20 (1950) 242 ss.; Casavola, *D. 45.2.11 pr. (Pap. 11 resp.)*, in *Iura* 6 (1955) 155 ss.; Cantarella, *La fideiussione reciproca* cit.; Sacconi, *Studi* cit.

73.5. La terminologia di obbligazioni ambulatorie viene derivata da Paul. D. 4.5.7.1: *Iniuriarum et actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant*. Cfr. anche Ulp. D. 7.1.25.2.

73.5.1. Furono invece ammesse dal *ius privatum* quelle speciali obbligazioni ambulatorie che si sogliono denominare « *obligationes propter rem* », o (impropriamente) « 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 qualunque 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.

74. L'OGGETTO DELLE « OBLIGATIONES ».

74.1. Oggetto della *obligatio* era, nella concezione genuinamente romana, il soggetto passivo, limitatamente ad un determinato comportamento (cd. « 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 » costituente il contenuto della sua attività. E questa visuale fu agevolata dal fatto che le *obligationes* passive, in origine ritenute strettamente inerenti alla persona dell'*obligatus*, furono col tempo riconosciute trasmissibili agli eredi e trasferibili *inter vivos*, quindi come entità economiche autonome.

74.2. La prestazione poteva consistere in un « *dare* », in un « *facere* », in un « *non facere* », ma le fonti romane passano spesso

---

73.5.1. Sulle *obligationes propter rem* cfr.: Biondi, *Servitù reciproche, servitù « in faciendo », oneri reali e obbligazioni « propter rem »*, in *GI.* (1952) 731 ss., *Le « actiones noxales » nel diritto romano classico*, in *AUPA.* 1925, e *Problemi ed ipotesi in tema di « actiones noxales »*, in *BIDR.* 36 (1928) 99 ss.; Longo (C.), *Obbligazioni* (corso, 1936) 3 ss.; Sargenti, *Contributo allo studio della responsabilità nossale in diritto romano*, in *SPA.* 1949; Grelle, *« Stipendium vel tributum »* (1963); Provera, *Servitù prediali ed obbligazioni « propter »*, in *St. Volterra* 2 (1971) 15 ss.

74.1. Sull'oggetto delle *obligationes* cfr. in particolare: Albertario, *Le obbligazioni. Parte generale* 1 (1936); Betti, *Teoria delle obbligazioni in diritto romano* 1 (1947); Pastori, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione* cit.; Grosso, *Obbligazioni, Contenuto e requisiti della prestazione, Obbligazioni alternative e generiche*[3] (1966); Voci, *Le obbligazioni* cit.

74.2. Sulla prestazione, cfr. spec.: Pastori, sv. « *Dare, facere, praestare* »,

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 debitorii, 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* »).

74.2.1. Requisiti della prestazione erano, in ogni caso, quattro. In primo luogo, la « determinatezza », o almeno la « determinabilità » secondo criteri individuati al momento della costituzione: senza di che, l'*obligatus* sarebbe stato alla piena mercé del *creditor* e l'*obligatio* si sarebbe risolta in un potere arbitrario del secondo sul primo. In secondo luogo, la « possibilità », sia dal punto di vista materiale, che da quello giuridico (« *impossibilium 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*. In terzo luogo, la « liceità » giuridica e morale, cioè la non contrarietà alle norme inderogabili del diritto ed a quelle fondamentali della morale. In quarto luogo, la « valutabilità economica »: senza di che

---

in *NNDI.*, con altra bibliografia. Accurata analisi delle fonti in Voci, *Le obbligazioni* cit. 41 ss. Si ricordi la definizione di Paul. D. 44.7.3 pr. riportata *retro* n. 71.8. — *Dare* era, in senso proprio, il trasferire il *dominium ex iure Quiritium* o la costituzione di un *ius in re aliena* riconosciuto dal *ius civile*; in senso meno proprio il procurare il possesso o la detenzione ai fini della costituzione di un rapporto giuridico civile o pretorio (es.: *rem utendam dare, res pignori dare*). « *Facere* » era tutto quello che non rientrava nel *dare*.

74.2.1. Sulla determinatezza (e con riguardo alla possibilità di determinazione affidata all'*arbitrium boni viri* di una delle parti) cfr. spec.: Albertario, *L'« arbitrium boni viri » del debitore nella determinazione della prestazione, La nullità della obbligazione per indeterminatezza della prestazione*, e *L'« arbitrium boni viri » nell'onerato di un fedecommesso*, tutti ora in *St.* 3 cit. 311 ss.; Riccobono, *L'« arbitrium boni viri » nei fedecommessi*, in *Mél. Cornil* (1926) 235 ss.; Grosso, *Le clausole « si putaveris », « si aestimaveris » e simili nei fedecommessi e la dottrina dell'« arbitrium boni viri »*, in *SDHI.* 1 (1935) 83 ss., *Il fr. 77 D. 17,2 e i formulari di locazione del « de agri cultura » di Catone*, in *SDHI.* 3 (1937) 440 ss., *In tema di « arbitrium boni viri »*, in *RDCo.* (1942) 227 ss., nonché *Obbligazioni* cit. 93 ss.; Haumann, *Zur L. 34 par. 1 D. 17,1*, in *St. Riccobono* 4 (1936) 179 ss.; Aru, *Osservazioni sulla promessa generica di dote in diritto romano*, in *Scr. Mancaleoni* (1938) 11 ss.; Gallo, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *St. Grosso* 3 (1968) 499 ss.; Solinas, *A proposito dell'« arbitrium boni viri »*, in *St. Scherillo* 1 (1972) 539 ss. — Sulla possibilità (e sulla regola dettata da D. 50.17.185) cfr.: Rabel, *Origine de la règle « impossibilium nulla obligatio »*, in *Mél. Gerardin* (1907) 473 ss., e *Unmöglichkeit der Leistung*, in *Fs. Bekker* (1907) 171 ss. (cfr. ora anche in *Ges. Aufsätze* 4 [1971] 105 ss.); Longo (G.), *Casi di impossibilità della prestazione nel diritto giustinianeo*, in *AUMA.* 1934. — Sulla liceità cfr.: Siber, *Schulaverträge über sittenwidrige Leistungen*, in *St. Bonfante* 4 (1930) 103 ss. — Sulla valutabilità economica cfr., per tutti, ancora Grosso, *Obbligazioni* cit. 145 ss., e Voci, *Le obbligazioni* cit. 229 ss.

non sarebbe stata possibile la *condemnatio pecuniaria* conseguente allo esercizio dell'*actio in personam*.

74.3. Con riguardo alla prestazione, le *obligationes* romane erano sottoposte a due classificazioni: obbligazioni divisibili e indivisibili, obbligazioni di specie e di genere.

74.3.1. « Obbligazioni indivisibili » erano quelle la cui prestazione fosse obbiettivamente insuscettibile di adempimento parziale, nel senso che, dividendo l'adempimento in parti, la somma di queste non equivalesse 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 normalmente divisibili le *obligationes in dando*, salvo che in tre ipotesi (in cui erano indivisibili): se oggetto della prestazione era una cosa indivisibile; se oggetto della prestazione era una cosa appartenente ad un *genus*; se oggetto della prestazione era una cosa da scegliersi alternativamente tra più cose. Normalmente indivisibili furono considerate invece le *obligationes in faciendo* e quelle *in non faciendo*. Alle obbligazioni indivisibili si applicavano, in linea di massima, le regole relative alle obbligazioni solidali.

74.3.2. « Obbligazioni generiche » erano quelle *obligationes in dando* che avevano per oggetto un *genus* più o meno vasto di cose, tra cui poi scegliere la cosa da prestare: tutte le altre *obligationes* erano considerate di specie. La scelta nell'ambito del *genus* spettava di regola al debitore. Per diritto classico questi doveva prestare una cosa qualsiasi rientrante nel *genus*, purché non fosse da qualificare la peggiore (« *nec optimum nec pessimum* »). Per diritto giustinianeo il debitore era invece tenuto a prestare una cosa di valore medio tra i due estremi (« *res mediae aestimationis* »).

74.3.1. Sulle obbligazioni indivisibili cfr.: Arnò, *Le obbligazioni divisibili ed indivisibili* (1901); Guarneri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili in diritto romano* 1 (1921); Segrè, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili* 1 (corso, 1932) 2 (1933); Bonini, *Obbligazioni indivisibili e clausola penale*, in *AG*. 161 (1961) 108 ss. — Sulle *res* indivisibili: *retro* n. 27.3. — Sulla solidarietà obbligatoria: *retro* n. 73.4.

74.3.2. Per le obbligazioni generiche cfr.: Vassalli, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, in *SSE*. 1909; Albertario, *Le qualità della specie nelle obbligazioni generiche*, in *St*. 3 cit. 373 ss.; Beretta, « *Qualitas* » e « *bonitas* » *nell'obbligazione di genere*, in *SDHI*. 9 (1943) 202 ss.; Grosso, *Note in tema di obbligazione generica*, in *St. Vassalli* 2 (1960) 955 ss. — Sulle cose generiche: *retro* n. 27.6.

74.4. Obbligazioni alternative erano quelle aventi ad oggetto due o più prestazioni, delle quali peraltro il debitore era tenuto ad adempierne 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 prestazione (« *ius eligendi* ») spettava normalmente al debitore, salvo che 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 giustinianeo essa fu attribuita a colui che avesse il *ius eligendi*.

74.4.1. Se, come di regola, il *ius eligendi* spettava al debitore, ed una delle due prestazioni si rendeva impossibile per fatto non imputabile al debitore, l'obbligazione si concentrava nella seconda prestazione, ma il diritto postclassico ammise il debitore a pagare, se lo preferisse, il controvalore (« *aestimatio rei* ») della prima. Se invece la prima prestazione si rendeva impossibile per colpa del debitore e successivamente la seconda prestazione diveniva impossibile per fatto a lui inimputabile: per diritto classico la obbligazione si estingueva; per diritto postclassico il creditore poteva esercitare l'*actio de dolo* per ottenere il risarcimento del valore medio tra le due prestazioni.

74.4.2. Diverse dalle obbligazioni alternative erano quelle « *cum facultate alternativa* », in cui la prestazione obbligatoria era una sol-

---

74.4. Nell'ambito della vasta letteratura sulle obbligazioni alternative, vanno ricordati: Scialoja, *Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche*, in *BIDR.* 11 (1898) 61 ss.; Vassalli, *Nuove osservazioni sulle obbligazioni alternative e generiche*, in *SUC.* 1916-17; Grosso, *Note esegetiche in tema di obbligazioni alternative*, in *Scr. Mancaleoni* (1938) 3 ss., nonché *Problemi costruttivi e sistematici dell'obbligazione alternativa in diritto romano*, in *RDCo.* (1940) 224 ss.; D'Ors, *En torno a la llamada obligación alternativa*, in *Rev. der. priv.* (1944) 1 ss.; Impallomeni, *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente*, in *SDHI.* 25 (1959) 55 ss. — Sul *ius variandi*, riferito da D. 45.1.138.1: Sciascia, *Sulla irretrattabilità della scelta nelle obbligazioni alternative e generiche*, in *Scr. Ferrini Milano* 2 (1947) 255 ss.

74.4.1. Sul *ius eligendi* v.: D. 13.4.2.3; D. 45.1.16 pr.; D. 46.3.95.1; D. 12.6.32 pr.; D. 18.1.34.6; D. 23.5.9.2; D. 23.3.10.6. — Per quanto riguarda l'innovazione della *aestimatio rei*, v. Ulp. D. 30.47.3: *Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum est praesentem praestari* <*debere*> [*aut absentis aestimationem*]: *totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario, qua ratione placuit et, si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum* [, *fortassis vel mortui praetium*] (*rell.*).

74.4.2. Sulle *obligationes cum facultate alternativa* cfr.:

tanto, ma al debitore era concesso il potere di eseguire una prestazione diversa a carattere sostitutivo (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* ». Se la prestazione diventava impossibile per causa non imputabile al debitore, è chiaro che l'obbligazione si estingueva.

74.5. Un tipo caratteristico di prestazione era quello avente ad oggetto le *usurae* (o « *fenus* »), cioè gli interessi relativi ad una somma di danaro (« *sors* »), da corrispondersi in genere periodicamente e anticipatamente. 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 negozi che le implicavano di per se stessi (taluni *contractus* del *ius civile novum*) e vi erano negozi (come il *mutuum*, di per sé) in cui non potevano essere inserite. Quanto all'ammontare del tasso di interesse, l'inclinazione della prassi verso tassi assai elevati determinò numerosi interventi limitativi della legislazione. Le *XII tabulae* 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. Giustiniano inoltre vietò il cd. « *anatocismus* », cioè la produzione di interessi da parte degli interessi mensilmente maturati (« *usurae usurarum* »).

75. L'ADEMPIMENTO DELLE « OBLIGATIONES ».

75.1. I Romani denominarono l'adempimento delle obbligazioni col termine di *solutio*, evidentemente derivato dall'epoca in cui

---

Grosso, *Obbligazioni* cit. 227 ss.; De Ruggiero, *Obbligazioni* cit. 134 ss.; D'Ors, *En torno a la llamada* cit. 22 ss.

74.5. Sulle *usurae* cfr.: Appleton, *Contribution à l'histoire du prêt à l'intérêt: le taux du « fenus unciarium »*, in *RH.* 43 (1919) 467 ss.; Scialoja, *« Unciarium fenus »*, ora in *St.* 2.2. (1934) 287 ss.; Michel, *Gratuité en droit romain* (1962) 103 ss.; Cervenca, *Contributo allo studio delle « usurae » cd. legali nel diritto romano* (1969); Visky, *L'applicazione del limite delle « usurae » alla pena convenzionale in diritto romano*, in *Iura* 19 (1968) 67 ss.; Brasiello, sv. *Usura (dir. rom.)*, in *NNDI.* — Sulla *stipulatio usurarum*: *infra* nt. 80.1. — L'*anatocismus* fu espressamente proibito da Giustiniano: v. CI. 4.32.28 e 7.54.3. — Sin dall'età classica furono vietate le cd. *usurae supra duplum*, cioè gli interessi che avessero superato col loro decorso l'ammontare della *sors*. Sul punto: Cervenca, *Sul divieto delle cd. « usurae supra duplum »*, in *Index* 2 (1971) 291 ss.

75.1. Sull'adempimento delle *obligationes* cfr. spec.: Solazzi,

il vincolo giuridico era anche un vincolo materiale (« *nexum* »), e in cui, quindi, per ottenere la eliminazione del vincolo (« *nexi liberatio* »), occorreva un vero e proprio « scioglimento », nel senso materiale della parola. In epoca storica, quando le *obligationes* furono concepite come vincoli astratti, 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 comunque l'estinzione dell'*obligatio* mediante *satisfactio* del creditore.

75.1.1. L'adempimento poteva infatti realizzarsi (senza che il creditore protestasse) anche in modo indiretto, cioè non mediante la esecuzione della prestazione da parte dell'*obligatus*, ma a mezzo di altri fatti o atti giuridici (eventualmente compiuti da terzi) dai quali conseguisse la « *satisfactio* », l'appagamento sostanziale del creditore. La *satisfactio* era sufficiente a far considerare l'obbligazione come adempiuta (« *satisfactio pro solutione est* »); ma è ovvio che era assai difficile (e controverso) identificare le ipotesi di un appagamento esauriente del creditore, quando questi non lo accettasse.

75.1.2. Affinché l'*obligatio*, oltre che adempiuta (direttamente o indirettamente), fosse « estinta », cioè cancellata dalla vita del diritto, occorreva talora che intervenisse una particolare formalità di estinzione: forma richiesta essenzialmente per ragioni storiche. Dunque, poteva darsi il caso di obbligazioni adempiute, ma non formalmente estinte; così come poteva darsi il caso di obbligazioni formalmente estinte (causa l'intervento di un certo modo di estinzione), ma non adempiute. L'estinzione formale (se ed in quanto accettata o non con-

---

L'estinzione dell'obbligazione[2] 1 (1953); Cruz, *Da « solutio »* 1. - *Terminologia, conceito e caracteristicas* (1962), 2.1. - *Epoca post-clásica occidental: « solutio » e Vulgarrecht* (1974). Per le fonti v.: I. 3.29; D. 46.3 (*De solutionibus et liberationibus*); CI. 8.42. Cfr. Ulp. D. 50.16.176: *Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. « Solvere » dicimus eum, qui fecit quod facere promisit.*

75.1.1. Sulla *satisfactio*: Brasiello, *« Satisfactio », Preliminari e diritto classico* (1938); Roussier, *« Satisfacere »*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 113 ss.; Melillo, *« In solutum dare »* cit. L'equiparazione della *satisfactio* alla *solutio* si legge in Ulp. D. 46.3.52. Per il concetto (a nostro avviso, classico), cfr. Gai. D. 2.8.1: *... satisfacere dicimur ei, cuius desiderium implemus*; Ulp. D. 13.7.9.3: *... satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc <pignore> recedat, sive fideiussoribus sive reo dato sive pretio aliquo vel nuda conventione, nascitur pigneraticia actio (rell.).*

75.1.2. Sui modi di estinzione diversi dall'adempimento, v. *infra* n. 76.2-9 e 77.2. — L'estinzione non gradita dal creditore era, di regola, invalida. Ma poteva darsi che essa fosse resa valida dal comportamento passivo o noncurante del creditore, oppure dalla realizzazione con essa di una *satisfactio* non contestabile: v. *retro* n. 75.1.1. Cfr., su problemi connessi: Bonini, *Comportamenti illegali del creditore e perdita dell'azione o del diritto*, in *SDHI*. 40 (1974) 111 ss.

testata dal creditore) eliminava comunque la necessità dell'effettivo adempimento.

75.2. Soggetto attivo dell'adempimento era ritenuto normalmente il soggetto passivo dell'obbligazione, cioè l'*obligatus*, il quale, eseguendo esattamente la prestazione, automaticamente veniva ad estinguere l'*obligatio*. Tuttavia, anche un terzo poteva eventualmente effettuare l'adempimento, purché a tal uopo non fosse strettamente necessaria l'attività del debitore, come accadeva, ad esempio, per le prestazioni infungibili di *facere* (fare un ritratto ecc.). Il terzo doveva avere, ovviamente, la precisa volontà di estinguere il debito altrui perché il suo adempimento integrava un atto negoziale. Non occorreva però né il mandato del debitore, né la conoscenza da parte sua dell'adempimento effettuato dal terzo, ché anzi l'adempimento, e quindi l'estinzione dell'*obligatio*, seguiva anche nel caso che egli lo vietasse.

75.3. 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*, uno schiavo preposto alle esazioni (« *servus pecuniis exigendis praepositus* »), un soggetto designato come esattore nell'atto costitutivo (« *adiectus solutionis causa* »). Il pagamento fatto a persona non prevista dall'ordinamento né

75.2. Il soggetto attivo dell'adempimento doveva essere, ovviamente, capace di agire. La *solutio* operata dall'*obligatus* non aveva probabilmente carattere negoziale: era un « atto dovuto » sui cui effetti non influiva la volontà del debitore. — Quanto al pagamento del terzo (che aveva invece carattere negoziale, essendo richiesta la precisa volontà del solvente di adempiere l'*obligatio* cui non era vincolato), è probabile che il diritto postclassico sia stato più aperto alla sua ammissione, che non il diritto classico. Cfr. in proposito Ulp. D. 46.3.31 (itp.): *Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam [et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat], fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum (rell.).* — Naturalmente, il terzo aveva diritto al regresso verso l'*obligatus* (per esempio, con l'*actio negotiorum gestorum contraria*).

75.3. Sul soggetto passivo dell'adempimento v. Ulp. D. 13.7.11.5: *Solutum autem pecuniam accipiendum non solum, si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, vel ei cui heres exstitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito (rell.).* — Sull'*adiectus solutionis causa* (che soleva essere indicato nella *stipulatio*) v.: Ulp. D. 46.3.9 pr.; Pomp. D. 46.3.11. L'*adiectus*, essendo preposto solo all'esazione, poteva essere anche un incapace. V. in partic. Iul. D. 45.1.56.2: *Qui sibi aut filio suo dari stipulatur, manifeste personam filii in hoc complectitur, ut ei recte solvatur: neque interest sibi aut extraneo cuilibet an sibi aut filio suo quis stipuletur: quare vel manenti in potestate vel emancipatio filio recte solvitur, neque ad rem pertinet quod qui filio suo dari stipulatur, sibi adquirit, quia coniuncta sua persona stipulator efficit, ut non adquirendae obligationis gratia, sed solutionis causa personam filii adprehendisse intellegatur.* Sull'istituto: Cugia, *L'« adiectus solutionis causa »* (1919).

autorizzata dal creditore non era valido, salvo che il creditore ratificasse *a posteriori* l'iniziativa del debitore o del terzo e sempre che a favore di lui non si fosse verificata la *satisfactio*.

75.4. 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.

75.5. 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 (« *testationes* »), oppure mediante quietanze rilasciate dallo stesso creditore (« *apochae* »).

75.6. La prestazione in luogo di adempimento, cioè il pagamento avente ad oggetto un « *aliud pro alio* », si denomi-

---

75.4. Sulla esattezza dell'adempimento v. I. 3.29 pr.: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur, idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.* — In particolare, sul luogo del pagamento: Solazzi, *Estinzione* cit. 106 ss., e *Il « locus solutionis » per l'obbligazione dell'erede* (1955), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 691 ss.; Talamanca, *Giuliano l. 53 « digestorum » D. 46.116.1 ed il « locus solutionis » nella « stipulatio »*, in *Ét. Macqueron* (1970) 629 ss. Nell'ipotesi che le parti avessero convenuto il pagamento da farsi in un certo determinato luogo e che il debitore si rendesse assente da quel luogo, il creditore non avrebbe potuto convenirlo altrove (cioè nel luogo in cui il debitore effettivamente si trovasse) senza incorrere in una *plus petitio*. Ad ovviare a questo inconveniente, fu emesso l'« *edictum de eo quod certo loco dari oportet* » che autorizzava il giudice a condannare egualmente l'*obligatus* sebbene ad una prestazione convenientemente aumentata o diminuita (a seconda che l'interesse all'adempimento in quel certo luogo fosse dell'attore o del convenuto). Sul punto, assai discusso nei particolari: Lenel, *EP.*[3] § 96.

75.5. Sull'*apocha* v. Ulp. D. 46.4.19.1: *Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit.*

75.6. Sulla cd. *datio in solutum* cfr.: Steiner, « *Datio in solutum* » (1914); Longo (G.E.), sv. « *Datio in solutum* » (*dir. rom.*), in *NNDI.* V. Gai 3.168: *Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debeatur. Unde quaeritur si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est* (ma v. anche I. 3.29 pr., trascritto *retro* in nt. 75.4). Rinnovato studio, nell'ambito di una panoramica più vasta, ha dedicato all'istituto il Melillo, « *In solutum dare* » cit. Cfr., da ultimi, su punti particolari: Musumeci, *Marciano e gli effetti della « datio in solutum »*, in *Iura* 20 (1969) 524 ss.; Nardi, *Radiografia dell'« aliud pro alio consentiente domino in solutum dare »* (1970), ora anche in *St. Donatuti* 2 (1973) 773 ss.; Peters, *Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und im nachklassischen Recht*, in *St. Kaser* (1973) 137 ss.

nava 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* »). Il diritto postclassico ammise, in considerazione della difficile situazione economica dei tempi, qualche caso di « *datio in solutum necessaria* »: ad esempio, nell'ipotesi del debitore il quale, non avendo denaro e non trovando da vendere un proprio immobile, desse in pagamento al creditore l'immobile stesso. La *solutio* dell'*aliud pro alio* comportava l'estinzione *ipso iure* dell'*obligatio* per i Sabiniani, il cui parere fu accolto e generalizzato da Giustiniano, mentre dai Proculiani si ritenne che l'estinzione operasse solo *ope exceptionis*.

75.7. Non ammesso era l'adempimento parziale, cioè l'esecuzione *pro parte* della prestazione dovuta, salvo che il creditore non l'accettasse, rinunciando al residuo o rimandando il pagamento del residuo ad altra epoca. Tuttavia, in ordine a talune ipotesi, fu riconosciuto a talune persone il beneficio di poter essere condannate soltanto nei limiti di quanto effettivamente potessero pagare (« *in id quod facere possunt* »), allo scopo di evitar loro l'esecuzione personale oppure la *bonorum venditio* e l'*infamia* conseguente. In età postclassica si specificò che la condanna dovesse essere irrogata dal giudice previa « *deductio ne debitor egeat* », cioè deducendo una minima parte dei beni, affinché il debitore non morisse di inedia.

75.7.1. Altro istituto limitativo della prestazione fu il cd. « *pactum quo minus solvatur* » (una sorta di « concordato preventivo »), il quale

---

75.7. Sulla condanna *in id quod fieri potest* cfr., da ultimo: Guarino, *La condanna nei limiti del possibile* (1975). V. *retro* n. 18.5.3. Beneficiari della condanna limitata furono: il *socius* convenuto dal consocio per debiti societari (Ulp. D. 17.2.63 pr., Ulp. D. 42.1.16 itp.); i *filii emancipati, exheredati* o *abstenti* nei confronti di coloro che agissero per il recupero di crediti contratti durante la soggezione alla *patria potestas* (Ulp. D. 14.5.2 pr.); il debitore che avesse subito la *bonorum venditio* nei confronti dei creditori che agissero per il residuo prima del decorso di un anno (Diocl. CI. 7.75.6); il debitore che avesse effettuato la *bonorum cessio* nei confronti dei creditori che in qualunque tempo agissero per il residuo (Ulp. D. 42.3.4 pr.); il *donator* convenuto dal donatario per l'adempimento della promessa di donazione (Ulp. D. 39.5.12: « *ex rescripto divi Pii* »); il *maritus* convenuto dalla *uxor* e, in diritto postclassico, anche viceversa (Mod. D. 42.1.20 itp.); la *uxor* e il *socer* convenuti dal marito durante il matrimonio per l'adempimento della promessa di dote (in diritto postclassico, anche l'*extraneus promissor dotis*: Pomp. D. 421.122 pr., Lab.-Paul. D. 23.3.84, Paul. D. 24.3.17 pr. e 1, Paul. D. 42.1.41 pr.); i *parentes* e i *patroni* convenuti, rispettivamente, dai loro *liberi emancipati* o dai loro *liberti*: I. 4.6.38). Di fattura postclassica ed essenzialmente provocato da equivoci è il caso del *miles* convenuto dai suoi creditori: Ulp. D. 42.1.16 pr. itp. Le prime tre fattispecie furono introdotte dall'*edictum praetoris*, la quarta dalla *lex Iulia de bonis cedendis* (v. *retro* n. 20.6), la quinta da un rescritto di Antonino Pio, le altre dall'elaborazione giurisprudenziale.

75.7.1. Sul *pactum quo minus solvatur* cfr.: Solazzi, *Estinzione* cit.

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 giustinianeo prevalse, invece, il principio che la maggioranza *pro modo debiti* (in relazione al valore dei crediti) dei creditori impegnasse la minoranza all'accettazione di un pagamento *pro parte*.

75.8. 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, a scomputo parziale di tutte le *obligationes*.

75.9. Si parlò di *mora accipiendi* quando il creditore non accettasse l'adempimento o ritardasse la sua cooperazione col debitore

---

192 ss. (ivi letteratura anteriore), e *Il concorso dei creditori in diritto romano* 4 (1943); Guarino, « *Pactum quo minus solvatur* », in *St. Scorza* (1940) 443 ss., e *Notazioni romanistiche, Ancora sul « pactum quo minus solvatur »*, in *AUCT.* 1950. V. Paul. D. 17.1.58.1: *Lucius Titius creditori suo mandatorem* (i.e. *pecuniae credendae*) *dedit: deinde* [*defuncto creditore maiore parte debitorum consentiente*] <*eo ex consensu*> *a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore apud quem mandator exstiterat: quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem quam heres debitoris. Respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, pactus videtur iusta ex causa eaque exceptio et fideiussori danda esset et mandatori.*

75.8. Sull'imputazione del pagamento v. Pap. D. 46.3.97 (peraltro sospettato): *Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante potior habebitur causa eius pecuniae, quae sub infamia debetur: mox eius, quae poenam continet: tertio quae sub hypotheca vel pignore contracta est: post hunc ordinem potior habebitur propria quam aliena causa, veluti fideiussoris. Quod veteres ideo definierunt, quod verisimile videretur diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse. Si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur. Si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit nihilo minus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel in totum vel pro parte minuendo videbitur datum.*

75.9. Sulla *mora accipiendi* e sul deposito della cosa dovuta cfr.: De

nell'esigere il pagamento. In tal caso il debitore aveva facoltà di non corrispondere più interessi dall'inizio della mora e, nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione, era tenuto ad adempiere solo se l'impossibilità fosse stata da lui dolosamente determinata. In caso di persistente rifiuto del creditore, il debitore « *in dando* », obbligato cioè ad una prestazione di *dare*, poteva anche effettuare, previa offerta (« *oblatio* »), il deposito di quanto dovuto in luogo pubblico (« *depositum in aede publica* »: per esempio, presso i sacerdoti di un tempio).

76. Le vicende delle « obligationes ».

76.1. 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 sin d'ora di alcuni fatti estintivi di carattere generale, valevoli cioè pressoché per tutti i rapporti obbligatori. Fatti « puramente estintivi » delle *obligationes* (a prescindere dall'adempimento delle stesse) furono: la *solutio per aes et libram* e gli altri modi solenni 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 solenni di *remissio* (*trasactio, contrarius consensus*, ecc.), la *praescriptio longi temporis*.

76.2. La *solutio per aes et libram* era, in età arcaica, l'*actus contrarius* della *nexi datio*: essa consisteva cioè in una *man-*

Ruggiero, *Note sul cosidetto deposito pubblico o giudiziale in diritto romano*, in *AUCA*. 1909; Guarneri Citati, *Contributi alla dottrina della mora* (1923); Solazzi, *Estinzione* cit. 140 ss.; Catalano, *Sul deposito della cosa dovuta in diritto romano*, in *AUCT*. 1949; Bove, *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, in *Labeo* 1 (1955) 173 ss.; Magdelain, *Note sur la « purgatio morae »*, in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 199 ss.

76.1. 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* » (tali alcune ipotesi di *compensatio*, il *pactum de non petendo*, la *praescriptio longi temporis*). Questi ultimi avrebbero avuto un'efficacia minore degli altri perché in tanto avrebbero potuto operare, in quanto il debitore li avesse dedotti in *exceptio*, nella fase *in iure* della procedura formulare (*retro* n. 18.5.5), contro il creditore che agisse per il pagamento: senza di che il *iudex privatus* (salvo che in un *iudicium bonae fidei*) non sarebbe stato autorizzato ad assolverlo. Ma la distinzione fu fortemente svalutata in diritto postclassico, e anche in diritto classico.

76.2. Per la *solutio per aes et libram* cfr.: Solazzi, *Estinzione* cit., con bibliografia. — Sulla *nexi datio*: *retro* n. 71.2.1.

cipatio 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 *vindicatio* della propria libertà dal vincolo obbligatorio. 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 in età storica alla liberazione delle *obligationes* (nel senso evoluto di vincoli ideali) nascenti da *legatum per damnationem*, da *iudicatio* e da *damnatio*.

76.2.1. 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 gratuita del debito (o talvolta anche 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 la *solutio* operava la estinzione del debito indipendentemente da ogni considerazione circa la effettiva sussistenza, al di sotto di essa, di una fattispecie giustificativa della estinzione (per così dire, di una « *iusta causa solutionis* »: adempimento, compensazione, ecc.).

76.2.2. Alle stesse finalità di « *remissio* » servivano, in età classica, l'« *acceptilatio verbis* » e l'« *acceptilatio litteris* », che erano in origine

---

76.2.1. Sul regime classico v. Gai 3.173-174: *Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur. Eaque res ita agitur; adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur: « quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam ». Deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa.*

76.2.2. Sull'acceptilatio v. Gai 3.169-170: *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio: quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: « Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? » et tu respondeas: « Habeo ». Quo genere, ut diximus tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae; consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sed id quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi.* In dottrina cfr.: Solazzi, *Estinzione* cit. 245 ss., *Appunti sull'« acceptilatio » nelle Istituzioni di Gaio* (1957), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 15 ss.,

gli *actus contrarii*, rispettivamente, della *stipulatio* e della *expensilatio*. In particolare, l'*acceptilatio verbis* consisteva nello scambio contestuale di una domanda del debitore (« *quod ego tibi promissi habesne acceptum?* ») e di una risposta del creditore (« *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, come vedremo, attraverso l'espediente di novare le obligazioni precedenti in una *obligatio verbis ex stipulatu*, e quindi di estinguere questa *obligatio* mediante *acceptilatio* (cd. « *stipulatio Aquiliana* »).

76.3. La impossibilità non imputabile della prestazione si verifica allorché 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.

76.4. 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 materia 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* »).

76.5. Si aveva il *concursus causarum* (determinativo dell'estinzione dell'obbligazione) quando il creditore avesse ottenuto

---

e, da ultimo, sv. « *Acceptilatio* », in *NNDI.*; Meylan, *Acceptilation et payement* (1934); Watson, *The form and nature of « acceptilatio » in classical Roman Law*, in *RIDA.* 8 (1961) 391 ss.; Liebs, « *Contrarius actus* », in *Symp. Wieacker* (1970) 111 ss.; Rupprecht, *Studien zur Quittung im Recht der Graeco-Ägyptischen Papyri* (1971). — Sulla *stipulatio*: *infra* n. 79. — Sulla *expensilatio*: *infra* n. 81.2. — Sulla *stipulatio Aquiliana*: *infra* n. 80.3.

76.3. Sulla impossibilità non imputabile v. *infra* n. 99.2. Cfr.: Medicus, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit in römischen Recht*, in *ZSS.* 86 (1969) 67 ss. — Sulla imputabilità dell'inadempimento: *infra* n. 99.3.

76.4. Sulla *confusio* cfr.: Kretschmar, *Theorie der Konfusion* (1889); Solazzi, *Estinzione* cit. 277 ss., e sv. *Confusione nelle obbligazioni (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Cugia, *La confusione dell'obbligazione* (1943); Wesenberg, *Zur Dogmengeschichte der schuldrechtlichen « confusio »*, in *Eos* 48 (1956) 553 ss.; Betti, *Sulla concezione classica della « confusio »*, in *SDHI.* 28 (1962) 14 ss.; Crifò, sv. *Confusione (dir. rom.)*, in *ED.* — Sulla *confusio* in tema di rapporti assoluti: *retro* n. 65.2.1.

76.5. Sul *concursus causarum* cfr.: Schulz, *Die Lehre vom « concursus causarum » im klassischen und justinianischen Recht*, in *ZSS.* 38 (1917) 114 ss.; Bove,

comunque, a diverso titolo, 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 postclassica, si diffuse invece la regola per cui dovesse distinguersi tra ottenimento « a titolo oneroso » e ottenimento « a titolo lucrativo » della prestazione. Se il creditore aveva ottenuto, sì, l'oggetto della prestazione, ma a titolo oneroso, cioè pagandone il controvalore (per esempio, avendolo acquistato), si riteneva che il debitore continuasse ad essere obbligato nei suoi confronti allo adempimento o almeno alla *satisfactio*; se il creditore aveva ottenuto l'adempimento invece in qualunque modo a titolo gratuito (« *ex causa lucrativa* »), il debitore era liberato dall'obbligazione nei suoi confronti.

76.6. 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).

76.6.1. In età classica la compensazione era riconosciuta solo in casi specifici, tra cui principalmente i seguenti. Il caso dei crediti fatti

---

sv. « *Concursus causarum* », in *NNDI.*, con altre indicazioni bibliografiche e testuali. Particolarmente utile, per la comprensione dell'orientamento tardo-classico e postclassico, la lettura di I. 2.20.2: *Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse* (*rell.*).

76.6. Sulla *compensatio* cfr.: Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain* (1895); Biondi, *La compensazione in diritto romano* (1927); Solazzi, *La compensazione in diritto romano* (1950); Kreller, *Kritische Digenstenexegesen zur « compensatio »*, in *Iura* 2 (1951) 82 ss.; Rezzonico, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico* (1958); Biondi, sv. *Compensazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; van Warmelo, *Le rescript de Marc'Aurèle à propos de la compensation*, in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 335 ss.; Astuti, sv. *Compensazione* (*premessa stor.*), in *ED.* La definizione riportata nel testo è di Mod. D. 16.2.1.

76.6.1. Sulla *compensatio* nei *iudicia bonae fidei* (*retro* n. 17.6.2), v. Gai 4.61 e 63: *<In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud> continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in*

valere mediante *iudicia bonae fidei*, i quali dovevano essere compensati, a cura dell'*iudex privatus*, con i debiti dell'attore verso il convenuto « *ex eadem causa* », cioè in base allo stesso rapporto fatto valere in giudizio. 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'importo dei crediti dello stesso contenuto che il cliente vantasse per qualunque causa nei suoi riguardi. 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 detraendone l'ammontare dalle sue pretese. 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*. Sulla base di un *rescriptum* di Marco Aurelio, il caso di chi agisse con una *condictio* o con un'*actio ex stipulatu*, relativamente ai debiti contratti per la stessa causa nei riguardi del convenuto. Nella 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* (esercitabile ovviamente *in iure*). Il *rescriptum* di Marco Aurelio ammise per tutti i *iudicia stricta* sopra nominati l'opponibilità dell'*exceptio doli*.

76.6.2. In diritto postclassico il principio della compensazione acquistò carattere generale, beninteso in ordine ai crediti « liquidi »

---

reliquum eum, cum quo actum est, condemnari debeat. Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere: nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur. — Per la differenza tra *agere cum compensatione* e *agere cum deductione* v. Gai 4.66-68: *Inter compensationem autem, quae argentario opponitur, et deductionem, quae obicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur, quod eiusdem generis et naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino; adeo ut quibusdam placeat non omni modo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita, si eiusdem naturae qualitatisque sit. In deductionem autem vocatur et quod non est eiusdem generis: itaque si vero pecuniam petat bonorum emptor et invicem frumentum aut vinum is debeat, deducto quanti id erit in reliquum experitur. Item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur; compensatur autem hoc solum quod praesenti die debetur. Praeterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur: quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit; utique bonorum emptore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.*

76.6.2. Sulla *compensatio* giustinianea v. Iust. CI. 4.31.14. Cfr.

ed « esigibili ». 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* »). Furono fatti salvi solo casi eccezionalissimi, tra cui quello delle *obligationes ex delicto*. In questo senso si dice che in diritto giustinianeo la compensazione divenne mezzo estintivo *ipso iure* delle *obligationes*.

76.7. 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.

76.7.1. Il *pactum de non petendo* era un modo non solenne di *remissio* del credito. Altri modi di *remissio* a forma libera furono: il « *contrarius consensus* », cioè l'accordo di estinguere il rapporto intercorrente tra i soggetti che avessero concluso un contratto consensuale; la « *transactio* », cioè l'accordo di porre fine ad un rapporto controverso sulla base di reciproche concessioni.

76.8. La *praescriptio longi temporis*, estintiva delle *actiones in personam*, fu introdotta da Teodosio II, il quale stabilì che

---

Solazzi, *Compensazione* cit. 149 ss. — Liquidi ed esigibili si intendono i crediti determinati nel loro ammontare e giunti a scadenza (oppure privi di termine di scadenza).

76.7. Sul *pactum de non petendo* cfr.: Segré, *Sull'efficacia del « pactum de non petendo » in diritto romano*, in *RDCo.* (1954) 1062 ss. In età postclassica si distinsero due tipi di *pacta de non petendo*: il « *pactum in rem* », valevole obbiettivamente per il credito; ed 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. — Quanto alla distinzione tra *exceptio peremptoria* e *dilatoria*, v. *retro* n. 18.5.6.

76.7.1. Sul *contrarius consensus* v. *infra* n. 84.2.1. — Sulla *transactio* v. *infra* n. 91.6.

76.8. Sulla *praescriptio longi temporis* cfr.: Regler, *Ein Berliner Papyrus (inv. n. 16976/977) über die « longi temporis praescriptio » und « exceptio non numeratae pecuniae »*, in *T.* 20 (1952) 330 ss.; Schönbauer, *Der juristischliterarische Papyrus der Wenger-Festschrift (P. Berl. inv. 16976/16977)*, in *Anz. Wien. Akad. Wiss.* 1951. L'istituto esce dalla stessa matrice della *praescriptio longi temporis* in tema di

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. Così come per l'*actio in rem*, la *praescriptio* si faceva valere processualmente mediante *exceptio* opposta al creditore.

77. I FATTI MODIFICATIVI DELLE « OBLIGATIONES ».

77.1. Oltre i fatti puramente estintivi delle *obligationes*, di cui si è detto, meritano di essere segnalati in sede generale taluni fatti modificativi (o estintivi e modificativi) delle stesse. Fatti « estintivi e modificativi » furono: la *novatio* e la *delegatio*. Fatti « puramente modificativi » delle *obligationes* (a prescindere dall'inadempimento imputabile delle stesse, dalla morte e dalla *capitis deminutio* dei soggetti) furono la cd. *cessio crediti* e la cd. *cessio debiti*.

77.2. La *novatio* consisteva nella sostituzione di un'*obligatio* con un'*obligatio* parzialmente nuova nel suo contenuto (nel « *debitum* »

---

dominium (sulla quale v. *retro* n. 62.4). Per le fonti, cfr. Theod. CTh. 4.4.1 pr.-1 (a. 424 = CI. 7.39.3): *Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur ... Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem* (*rell.*).

77.1. 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 disegnandone nei tratti essenziali l'evoluzione: v. *retro* n. 35 e 40.1. 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 (non come fatti modificativi) in materia di *delicta*, di *stipulatio*, di *mandatum*.

77.2. Sulla *novatio* cfr.: Bonifacio, *La novazione nel diritto romano*[2] (1959), e sv. *Novazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Feenstra, *L'effet extinctif de la novation*, in *T.* 29 (1961) 397 ss.; von Lübtow, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation* (1965); Di Paola, *Considerazioni su Gai 3.176 (Novazione « post mortem »)*, in *St. Biondi* 1 (1965) 395 ss.; Voci, *Per la storia della novazione*, in *BIDR.* 68 (1965) 147 ss.; Apathy, *Zur Abgrenzung von Novation und Bürgschaft*, in *RIDA.* 18 (1971) 381 ss., *Zur Abgrenzung von Novation und Kumulation von Obligationen*, in *ZSS.* 89 (1972) 220 ss., nonché « *Animus novandi* » (1975). Per le fonti v.: Gai 3.176-179; D. 46.2; CI. 8.41. — La definizione dell'istituto è in Ulp. D. 46.2.1 pr. (itp.): *Novatio est prioris*

o « *creditum* »): « *prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio* ». Il concetto che stava alla base dell'istituto era che un negozio costitutivo di una *obligatio* implicasse la estinzione di una *obligatio* precedente tutte le volte in cui la *nova obligatio* fosse sicuramente riferibile allo stesso rapporto economico, di debito-credito, cui si riferiva, sia pure con connotazioni in parte diverse, la *obligatio* precedente: una sorta di applicazione del principio generale dell'abrogazione tacita di un istituto giuridico vecchio mediante l'introduzione di un istituto giuridico nuovo volto a regolare lo stesso fenomeno sociale. Si potevano avere pertanto tre tipi di *novatio*: una novazione « subbiettiva attiva », consistente nella sostituzione del creditore, fermo restando il resto; una novazione « subbiettiva passiva », consistente nella sostituzione dell'*obligatus*; una novazione « obbiettiva », consistente nella modifica (mai nella completa sostituzione) della prestazione o delle modalità connesse alla stessa. Alla estinzione del *prius debitum* conseguivano la estinzione delle garanzie reali e personali dell'*obligatio precedente* e la impossibilità di proporre, in relazione alla nuova *obligatio*, le eccezioni che si sarebbero potute proporre in relazione a quella estinta.

77.2.1. Il mezzo preferito per effettuare la *novatio* fu la *stipulatio*, negozio formale mediante il quale si trasfondeva espressamente in un'obbligazione *ex stipulatu* una precedente obbligazione scaturita da *causa* diversa, oppure sorta in quel modo ma con diverse caratteristiche obbiettive o subbiettive. Ma oltre la *stipulatio* il diritto preclassico e classico, sia pure su scala più limitata, adoperarono ai fini novativi anche la *dotis dictio* e il *nomen transscripticium* (nelle ipotesi, di cui parleremo, di *transscriptio a re in personam* e *a persona in personam*).

---

debiti in aliam obligationem [*vel civilem vel naturalem*] *transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.*

77.2.1. Sugli atti novativi cfr., per tutti: Bonifacio, *Novazione* cit. 47 ss.; Sturm, *Novation durch Versprechen des Geldwerts?*, in *ZSS.* 83 (1966) 68 ss. 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 subiettiva 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). — Sulla *stipulatio Aquiliana* v. *infra* n. 80.3. — Sul *nomen transcripticium* v. *infra* n. 80.3.

77.2.2. Requisiti della *novatio* furono: in primo luogo, che la *prior obligatio* fosse valida; secondariamente, che la seconda *obligatio* fosse a sua volta validamente costituita, mediante un negozio validamente attuato da persone capaci di porlo in essere; in terzo luogo, che la seconda *obligatio* fosse sostanzialmente identica alla prima (nel senso che sussistesse l'« *idem debitum* »), salvo un « *aliquid novi* » nei soggetti o nell'oggetto. Il diritto classico non chiedeva una esplicita volontà di effettuare la novazione: la sostituzione avveniva per effetto della realtà delle cose, risultante dall'atto che si compisse, sopra tutto quanto tale atto fosse una *stipulatio* e quando nella *stipulatio* fosse fatto riferimento al *prius debitum*. L'« *animus novandi* » delle parti era visto insomma, dal diritto classico, *in re ipsa*, nel tipo del loro comportamento: se ne poteva discutere solo in casi dubbi, scaturenti cioè da comportamenti equivoci. In diritto postclassico invece, stante anche la decadenza della *stipulatio* come contratto verbale e stante la decadenza della tipicità dei negozi in generale, non si ritenne sufficiente la formula stipulatoria al fine della novazione, ma si diffuse l'idea che fosse necessario provare la esistenza di un preciso « *animus novandi* » nel debitore e nel creditore: senza di che, si concludeva che la nuova *obligatio* fosse venuta ad aggiungersi alla prima e non a sostituirla.

77.2.3. Effetto caratteristico della *novatio* era la estinzione *ipso iure* della *prior obligatio* dal giorno in cui il valido negozio novatorio

---

77.2.2. Sul problema, contrastatissimo, della classicità dell'*animus novandi* cfr. per tutti: Costa, « *Animus novandi* », in *St. Schupfer* 1 (1898) 45 ss.; Scialoja, *Le interpolazioni nei testi delle Pandette e l'ipotesi del Bluhme, Un esempio: « animus novandi »*, ora in *St.* 2.2 (1934) 289 ss.; Pringsheim, *Zur Geschichte des « animus novandi »*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 509 ss.; Frezza, « *Animus novandi* », in *St. Biondi* 1 (1965) 225 ss.; Apathy, « *Animus novandi* » cit. A nostro parere è più una questione di prospettive dell'interpretazione negoziale che un problema di requisiti: non ci sembra corretto dibatterlo, come molti fanno, nel senso che il diritto classico prescindesse (o non prescindesse) dall'esigenza dell'*animus novandi* e che il diritto postclassico-giustinianeo esigesse puntigliosamente l'esistenza e la prova dell'*animus*. Il problema si inquadra in quello più generale, di cui abbiamo parlato *retro* n. 29.4, 29.4.1 e 32.1.

77.2.3. Sugli effetti della *novatio* si legga anche Gai 3.176-179: *Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero. Quo casu rem amitto: nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est. Non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuissem. Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio vel dies aut sponsor adiciatur aut detrahatur. Sed quod de sponsore diximus non constat; nam diversae*

avesse acquistato efficacia (e in particolare si fosse realizzata la condizione cui l'efficacia fosse stata sospensivamente condizionata). Effetti secondari furono: la estinzione delle garanzie reali e personali afferenti alla *prior obligatio*; la improponibilità, in relazione alla nuova *obligatio*, delle eccezioni che si sarebbero potute proporre contro la azione a tutela dell'obbligazione estinta. 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?* ». È da notare, infine, che in taluni casi, pur non essendo validamente sorta la nuova obbligazione, si riteneva, eccezionalmente, estinta l'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*.

77.3. La *delegatio* era la designazione unilaterale, espressa o tacita, di un « sostituto » (« *delegatus* ») nella posizione di creditore

---

scholae auctoribus placuit nihil ad novationem proficere sponsoris adiectionem aut detractionem. Quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit: alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed videamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoveri, quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio. Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse et eo modo rem perire. Qui consequenter et illud respondit, si quis id, quod sibi L. Titius deberet a servo fuerit stipulatus, novationem fieri et rem perire, quia cum servo agi non posset. Sed in utroque casu alio iure utimur: nec magis his casibus novatio fit, quam si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsus communio non est, « spondes » verbo stipulatus sim.

77.3. Sulla *delegatio* cfr.: Rutsaert, *Études sur la delegation en droit privé romain* (1929); Betti, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione, Contributo alla teoria della delegazione a dare*, in *BIDR.* 41 (1933) 143 ss.; Aru, *Di un caso particolare di delegazione a « solvere »*, in *BIDR.* 44 (1936) 332 ss.; Rabel, *In tema di delegazione* (1947), ora in *Ges. Aufsätze* 4 (1971) 642 ss.; Biondi, *Appunti intorno agli effetti estintivi della delegazione nel diritto romano*, in *St. Paoli* (1956) 97 ss.; Haeberlin, *Die Kausalbeziehungen bei der « delegatio »*, in *ZSS.* 74 (1957) 100 ss.; Endemann, *Der Begriff der « delegatio » im klassischen römischen Recht* (1959); Bonifacio, sv. *Delegazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Cosentino, *Osservazioni in tema di « mandatum » e di « delegatio »*, in *BIDR.* 69 (1966) 299 ss.; Sacconi, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano* (1971); Jakobs, *Delegation und Durchgangserwerb*, in *ZSS.* 91 (1974) 205 ss. — Si noti che 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]

(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*) non era, dunque, rivolto alla controparte, ma era rivolto dal delegante (« *is qui delegat* ») al delegato (« *is qui delegatur* »), il quale ultimo poteva tanto essersi già obbligato verso il primo, quanto essere esente da ogni obbligo nei suoi riguardi. Se il delegato decideva di eseguire il *iussum*, lo portava, a sua volta, 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 impropriamente « *mandatum* »), cioè la designazione preventiva, poteva essere sostituito da una « *ratihabitio* », cioè da una adesione successiva all'iniziativa assunta dal delegato.

77.4. La *cessio crediti*, vale a dire la cessione del credito (dal creditore ad un terzo), fu attuata, fino al sec. II d.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 trasferibilità *inter vivos* delle situazioni obbligatorie attive e passive. L'effetto pratico della *cessio crediti* era pertanto conseguito in via giudiziaria con l'espediente della « *procuratio in rem suam* »: il creditore nominava *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

---

debet, mihi dari spondes? »; « *quod Titio* [delegante] *debes, mihi* [delegato] *dari spondes?* »), si verificava una novazione subbiettiva.

77.4. Sulla *cessio crediti* cfr.: Biondi, sv. *Cessione di crediti e di altri diritti* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Astuti, sv. *Cessione* (*premessa stor.*), in *ED.*; Grosskopf, *Die Geskiedenis van die Sessie van Vorderingregte* (1960); Rozwadowski, *Studi sul trasferimento dei crediti*, in *BIDR*, 76 (1973) 11 ss. — Sul *procurator ad litem* (e sul *cognitor*): *retro* n. 19.2.2. — Sulle *formulae* a trasposizione di soggetti: *retro* n. 17.8.1.

che, comunque almeno sino al momento della *litis contestatio*, il creditore rimaneva tale: sì che egli 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.

77.4.1. Nel sec. II d.C. Antonino Pio decise di concedere a chi avesse comprato un complesso ereditario un'« *actio utilis suo nomine* », che gli permetteva appunto di agire a proprio nome contro i debitori ereditari. Più tardi l'*actio utilis suo nomine* venne estesa ad alcuni casi analoghi sino a divenire generale nel diritto giustinianeo. All'inizio 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 sempre effettuare a lui il pagamento. 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* »).

77.4.2. 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 « cre-

---

77.4.1. 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 liberasse dalla responsabilità verso il compratore cedendogli le azioni contro il ladro. — Sull'*actio utilis suo nomine* v. D. 2.14.16 pr.: *Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. Nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.* V. inoltre CI. 4.10.2, e 6.37.18.

77.4.2. Per i *nomina non cedibili* v.: Const. CTh. 4.5.1 pr. = CI. 8.36.2; Iust. CI. 8.36.5 (crediti litigiosi); Honor. Theod. CTh. 2.13.1 = CI. 2.13.2 (« *cessio in potentiorem* »). Cfr.: De Marini Avonzo, *I limiti alla disponibilità della « res litigiosa » nel diritto romano* (1967). — Per la *lex Anastasiana* v.: CI. 4.35.22 (a. 506), 23, 24.

diti litigiosi », la cui cessione fu vietata da Costantino per evitare che persone di pochi scrupoli ne potessero operare l'acquisto a prezzo vile; la « *cessio in potentiorem* », cioè a persona di rango sociale più elevata, vietata allo scopo di evitare un fenomeno analogo a quello precedentemente descritto; e finalmente, sempre più o meno 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. « retratto litigioso »).

77.5. 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 della situazione di debitore. 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* ».

77.5. Circa gli istituti cui si ricorreva per realizzare la *cessio debiti* v. ancora *retro* n. 19.2.2.

CAPITOLO XIII

LE « OBLIGATIONES CONTRACTAE »

SOMMARIO: 78. Le *obligationes verbis contractae*. — 79. La *stipulatio*. — 80. Le applicazioni della *stipulatio*. — 81. Le *obligationes litteris contractae*. — 82. Le *obligationes re contractae* in senso proprio. — 83. Le *obligationes re contractae* in senso improprio.

78. LE « OBLIGATIONES VERBIS CONTRACTAE ».

78.1. Di tra le « *obligationes contractae* », di cui si è parlato a suo tempo, le *obligationes verbis contractae* furono quelle costituitesi (« *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 o anche da uno di essi (più precisamente, in questo caso, dall'*obligatus*). Sorte in antico (quanto meno, quelle derivanti da *sponsio*) come espressioni di impegni puramente religiosi, queste *obligationes* 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 pressoché totale in diritto postclassico. I vari tipi di *obligationes verbis* andarono insomma 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, all'esterno, da nuove e più moderne figure negoziali.

78.1. Sulle *obligationes verbis contractae*, in generale: Gneist, *Die formellen Verträge* (1845); Voci, *La dottrina romana del contratto* (1946) spec. 125 ss.; Biondi, *Contratto e « stipulatio »* (1953); Grosso, *Il sistema romano dei contratti*[3] (1963) spec. 127 ss. — Per l'inquadramento storico v. anche *retro* n. 71. Per l'involuzione postclassica, in particolare, Kaser, *Privatrecht* 2,215 ss., con altra letteratura.

78.1.1. Per la costituzione e l'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 innestasse in una fattispecie obbiettiva (di debito preesistente, di prestito da effettuare, 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 venisse a realizzare la fattispecie descritta esplicitamente dai *verba* (per es.: che si realizzasse il *matrimonium* a ragione 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 riconoscibilità dell'*obligatio*. La inesistenza (o comunque la non provata esistenza) di una causa negoziale non rilevava *iure civili*, ma ebbe rilevanza solo dal *ius honorarium*, nel senso che poteva dar luogo alla concessione all'*obligatus* di rimedi giudiziari che paralizzassero l'esigibilità del debito (es.: una *exceptio doli*) o ripristinassero lo *status quo ante* (es.: una *in integrum restitutio*).

78.1.2. Sin dall'età preclassica i Romani fecero tuttavia in uso sempre minore della possibilità di non precostituire una prova dell'*obligatio verbis* e di tacere, nella pronuncia dei *verba*, ogni riferimento alla « *iusta causa obligationis* », cioè alla causa del negozio verbale costitutivo. La giurisprudenza classica fece di più, e cioè pretese che i *iusta verba*, oltre ad essere stati pronunciati da persone capaci (di diritto e di agire), risultassero fondati su una causa (anche inespressa) lecita e costituissero manifestazione fedele di una volontà sana (non viziata da errore, da dolo, da minacce), anzi (nel caso della

---

78.1.1. Sui negozi verbali, nel quadro dei negozi giuridici a forma vincolata *ad substantiam*, v. in generale *retro* n. 30.4. — La irrilevanza *iure civili* della causa negoziale (salvo che fosse, e nei limiti in cui fosse, espressamente dedotta in negozio) faceva dei negozi verbali altrettanti negozi « materialmente astratti ». Ma il *ius honorarium* si incaricò di ridurre la forma verbale da assorbente in dominante e di fare dei negozi verbali solo negozi « processualmente astratti ». Su queste categorie v. *retro* nt. 4.3.1.

78.1.2. L'opera della giurisprudenza classica (e di conseguenza del *ius honorarium* e del *ius novum*) per l'attribuzione di rilevanza *iure civili* alla causa negoziale illecita e di rilevanza (*iure civili* o *iure honorario*) alla discordanza tra manifestazione e volontà e ai vizi di formazione della volontà è tanto strettamente connessa con gli sviluppi postclassici, che una netta distinzione tra diritto classico e postclassico non è, in materia, possibile. — Sullo sviluppo postclassico cfr. particolarmente: Riccobono, « *Stipulatio* » *e* « *instrumentum* » *nel diritto giustinianeo*, in *ZSS*. 35 (1914) 214 ss., 43 (1922) 262 ss., e « *Stipulationes, contractus, pacta* » (lit. 1935).

stipulatio) di una volontà concorde delle parti, cioè di una « *conventio* »: senza di che, o l'obbligazione era considerata insussistente *iure civili* 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.

78.2. Fatti costitutivi di *obligationes verbis contractae* furono: la *sponsio* o *stipulatio*, la *dotis dictio*, la *promissio iurata liberti*, la *vadiatura*, la *praediatura*. Rinviando per ora il discorso relativo all'atto di gran lunga più importante, la *sponsio* o *stipulatio*, parleremo qui di seguito degli altri, che si dimostrarono, oltre tutto, per svariate ragioni, quelli meno resistenti al logorio della storia.

78.3. La *dotis dictio* era, come già sappiamo, un negozio giuridico, probabilmente unilaterale, utilizzato a scopo di promessa 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 dello sposo, il costituente pronunciava, con riferimento ad un matrimonio futuro, la formula solenne « *dotem tibi dico* » o « *doti tibi erit* (*erunt*) », precisando quali fossero i beni costituiti in dote.

78.3.1. 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 de-

---

78.2. L'individuazione delle singole *obligationes verbis* si fonda soprattutto su Gai 3.92 ss., che incentra il discorso sulla *stipulatio* (*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti « dari spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fideiubes? fideiubeo; facies? faciam »* [*rell.*]), ma continua dicendo (3.95*a*): *Sunt et aliae obligationes...* I paragrafi del manoscritto veronese riguardanti la *dotis dictio* ed il *iusiurandum liberti* sono purtroppo mutili (Gai 95*a* e 96), ma possono essere integrati dall'Epitome (2.9.3.4). — Anche fuori del campo del *ius privatum* si ricorreva, per gli impegni più importanti, a formulazioni analoghe alla *stipulatio*. Cfr., ad esempio, la formula della resa bellica in Liv. 1.38.2 (resa dei Sabini di Collatia a Tarquinio Prisco): *... rex interrogavit: « estisne vos legati oratoresque missi a populo Conlatino ut vos populum Conlatinum dederetis? »; « Sumus »; « Estne populus Conlatinus in sua potestate? »; « Est »; « Deditisne vos populumque Conlatinum... in meam populique Romani dicionem? »; « Dedimus »; « At ego recipio »*.

78.3. Sulla *dotis dictio*, anche per le varie questioni a cui si è accennato nel testo, v. *retro* nt. 51.2.2. Si aggiunga soltanto che non si conosce quale fosse esattamente la formula da pronunciarsi, anche se probabilmente non si discostava da quella riferita. — Oggetto della *dictio* potevano essere beni mobili o immobili, corporali o incorporali.

78.3.1. Le *res in dotem dictae* non erano presenti nemmeno simbolicamente all'atto, come nella *mancipatio* o nell'*in iure cessio* o nella *traditio*. Altro buon indizio, questo, del carattere puramente obbligatorio del negozio.

rivata un'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 *iura in re aliena*, dall'acquirente, ma era pronunciata da colui che si sobbarcava all'erogazione.

78.4. 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 generalmente operata subito dopo la *manumissio* 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 *iure civili* verso il *dominus* a qualsivoglia prestazione in vista della *manumissio*, mentre poteva, 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*

78.4. Per la *promissio iurata liberti* (o « *iusiurandum liberti* »), oltre a Gaio, v. Ulp. D. 38.1.7 pr.: *Ut iurisiurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet qui iuret et libertatis causa iurare*; Ulp. D. 38.2.1: *Hoc edictum* (scil.: « *de bonis libertorum* ») *a praetore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. Namque, ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur. Et quidem primus praetor Rutilius edixit se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem, videlicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus.* Paolo ci riferisce, commentandolo, anche un passo della *lex Iulia et Papia* in proposito (D. 38.1.37 pr.): « *Qui libertinus duos pluresve a se genitos natasve in sua potestate habebit praeter eum, qui artem ludicram fecerit quive operas suas ut cum bestiis pugnaret locaverit: ne quis eorum operas doni muneris aliudve quicquam libertatis causa patrono patronae liberisve eorum, de quibus iuraverit vel promiserit obligatusve erit, dare facere praestare debeto* ». In argomento cfr.: Segré, *Sulle formule relative alla « negotiorum gestio »*, in *St. Moriani* 2 (1906) 334 s., e *Mutuo e « stipulatio »*, in *St. Simoncelli* (1917) 344 nt. 3; Biondi, « *Iudicium operarum* », in *AUPE*, 1914; Krüger, *Verweisungsedikte im prätorischen Album*, in *ZSS*, 37 (1916) 230 ss.; Desserteaux, « *Capitis deminutio* » 2 (1919) 1, 289 ss.; Chevrier, *Du serment promissoire en droit romain* (1921) 89 ss.; Lenel, *EP*[3] 338 ss.; Lambert, *Les « operae liberti »* (1934); Albertario, *Sui negozi giuridici conchiusi dal liberto « onerandae libertatis causa »* (1916), ora in *St.* 3 (1936) 391 ss.; Giffard, *La portée de l'édit « de operis libertorum » (D. 38.1.2)*, in *RH*. 17 (1938) 92 ss.; Cosentini, *Studi sui liberti* 1 (1948) 160 ss., 176 ss. Il Krüger sostenne il carattere civilistico dell'azione derivante da giuramento e stipulazione del liberto; il Biondi ritiene, invece, pretoria l'origine dell'azione, che si fonderebbe peraltro su di una *obligatio civilis*. V'è chi pone in risalto che questo è l'unico caso, a quanto risulta, in cui il giuramento era fonte di obbligazione civile: ma si tratterebbe, in ogni caso, di fonte indiretta. — Sulla *libertinitas* e sul *patronatus*: *retro* n. 24.2.

vindicta) serviva appunto a « convertire » in obbligazione *iuris civilis* l'obbligo puramente religioso assunto in qualità di *servus*. È 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, minacciando la *denegatio actionis* al *patronus* in ordine a tutte le prestazioni che non consistessero in giornate di lavoro e che comunque risultassero imposte al liberto « *onerandae libertatis causa* ».

78.5. Della *vadiatura* si conosce con sicurezza soltanto una applicazione: quella dei « *vades* », i quali garantivano la ricomparizione *in iure* di chi fosse stato *vocatus in ius* nell'ipotesi di differimento del processo ad altra udienza. 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 nell'ambito 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.

78.5. Circa la *vadiatura*, anche a causa della sua relativamente precoce scomparsa, le fonti sono limitate: Gai 4.184: *Cum autem in ius vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri poterit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti*; Varr. *l.L.* 6.76: ... *vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat*. La nebulosità dell'istituto ha attirato l'attenzione di molti studiosi, ma purtroppo senza che si giungesse a risultati appaganti. Cfr. comunque: Schlossmann, « *Praes, vas, vindex* », in *ZSS*. 26 (1905) 285 ss.; Levy, « *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* » (1907) 26 ss.; Steiner, « *Datio in solutum* » (1914) 9 ss.; De Martino, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'« obligatio »*, in *SDHI*. 6 (1940) spec. 141 ss.; Pastori, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana* (1951) 301 ss.; La Rosa, *Il « vindex » nella « in ius vocatio » e il garante del « vadimonium »*, in *St. Betti* 3 (1962) 299 ss.; Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni*, 1. - *Le garanzie personali* (1962) 10 s.; Pugliese, *Il processo civile romano*, 1. - *Le « legis actiones »* (1962) 226 ss., e 2.1. *Il processo formulare* (1963) 398 ss.; Luzzatto, sv. « *Vades* », in *NNDI*. Nuove prospettive hanno aperto gli studi dell'Arangio-Ruiz sulle *Tabulae Herculanenses* (edite dal Pugliese Carratelli, in *PP*. 1948) relative al processo intentato nel 76-77 d.C. dalla liberta Giusta contro la sua sedicente patrona Calatoria Temide (v. già, in proposito, *retro* nt. 19.3.2: interessano in particolare i trittici XIII, XIV e XV). — Sui *vades*: *retro* nt. 16.2.1. — Sul *vadimonium*: ancora *retro* n. 19.3.2.

78.6. La *praediatura* era costituita con la formula « *praes es?, 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 vindiciarum* », 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*. 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 rivelarono particolarmente utili) le *praediaturae* assunte a loro garanzia.

78.6.1. 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 in danno del *praes* a due distinte vendite, che le fonti denominano rispettivamente « *venditio ex lege praediatoria* » e « *venditio in vacuum* ».

79. La « STIPULATIO ».

79.1. Il contratto verbale di gran lunga più importante fu la *stipulatio* (o « *sponsio* »). Essa consisteva in uno scambio contestuale

---

78.6. Sulla *praediatura* (*retro* n. 16.3) v., più che Varr. *l.L.* 6.74, Fest. sv. « *Praes* »: *Praes est is, qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu, si praes sit, ille respondit:* « *praes* ». Cfr.: Schlossmann, « *Praes, vas, vindex* » cit.; Viard, *Le* « *praes* » (t. 1907); Gradenwitz, « *Praedes* » *und* « *praedia* », in *ZSS.* 42 (1921) 565 ss.; Mayr, « *Praestare* », in *ZSS.* 42 (1971) 198 ss. (in ordine alla derivazione di « *praestare* » da « *praes stare* » e non viceversa, come comunemente si ritiene, sulla scorta di Varr. *l.L.* 5.40); Kaser, « *Vindicia falsa* » *und* « *fructus duplio* », in *Iura* 13 (1962) 22 ss.

78.6.1. I tentativi di maggiore approfondimento della procedura di esecuzione nei confronti dei *praedes* sono risultati finora assolutamente vani.

79.1. Sulla *stipulatio*, in generale, v. Pomp. D. 45.1.5.1: *Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit*; Mod. D. 45.2.1: *Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi habetur.* Per la letteratura cfr.: De Martino, *Studi sulle garanzie personali*, 1. - *L'autonomia classica della* « *sponsio* » (1937), 2. - *Intorno alla storia della* « *sponsio* » (1938); Voci, *La dottrina romana* cit. 132 ss.; Biondi, *Contratto*

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* ».

79.1.1. 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?* », « δῶσεις; »). 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 cittadini romani, e « *stipulatio iuris gentium* », applicabile ai rapporti tra romani e *peregrini* o tra *peregrini*.

---

e « *stipulatio* » cit. *passim*; Riccobono, Wylie, Beinart, *Stipulation and the theory of contract* (1957); Grosso, *Il sistema* cit. 130 ss.; Arangio-Ruiz, « *Sponsio* » *e* « *stipulatio* » *nella terminologia romana*, in *BIDR*. 65 (1962) 193 ss.; Biondi, « *Sponsio* » *e* « *stipulatio* », in *BIDR*. 65 (1962) 105 ss.; Luzzatto, sv. « *Sponsio* », in *NNDI*.; Riccobono (s. e j.), sv. « *Stipulatio* », in *NNDI*. Il carattere centrale dell'istituto di diritto romano ha fatto sì che essenzialmente a proposito di esso si siano svolti gli spunti di una teoria del negozio giuridico *inter vivos* nelle opere della giurisprudenza classica: v. *retro* n. 29.1. Per le fonti: Gai 3.92-95 e 97-127; D. 45.1 (*De verborum obligationibus*); CI. 8.38.

79.1.1. Il p r o b l e m a d e l l e o r i g i n i della *sponsio* e della *stipulatio* è uno dei più ardui che si presentino ai romanisti. L'Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff*, 2. - *Über die Verbalobligation* (1941), ha posto l'accento sull'originario carattere magico della *stipulatio*. Il Cornil, *Ancien droit romain* (1930) 93 ss., ed il Meylan, *Acceptilation et paiement, Contribution à l'histoire de l'antique* « *sponsio* » *romaine* (1934), hanno sostenuto che la *sponsio* sia nata come mezzo di garanzia. Per l'Huschke, *Verfassung des Servius Tullius* (1838) 603, la *sponsio* rappresenta una forma laica dell'arcaico *iusiurandum*. Il Pastori, *Appunti in tema di* « *sponsio* » *e* « *stipulatio* » (1961) ha avanzato l'idea che sia la *sponsio* che la *stipulatio* adempissero originariamente a funzioni di garanzia « empirica », ma che la prima trovi la sua origine nel *ius sacrum* mentre la seconda si sia sviluppata nell'ambito del *ius gentium*. Sul tema cfr. anche, in vario senso: Leifer, *Die Herkunft von* « *sponsio* » *und* « *stipulatio* », in *BIDR*. 44 (1937) 160 ss.; Magdelain, *Essai sur les origines de la* « *sponsio* » (1943); Düll, *Zur römischen* « *stipulatio* », in *ZSS*. 68 (1951) 191 ss.; Seidl, « *Sponsio* » *und* « *stipulatio* » *im Vergleich mit der ägyptischen Rechtsentwicklung*, in *Scr. Ferrini Milano* 4 (1949) 168 ss. V. anche *infra* nt. 80.6.1. — Lo sviluppo dell'istituto in e p o c a c l a s s i c a è descritto da Gai 3.93: *Sed haec quidem verborum obligatio* « *dari spondes? spondeo* » *propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive cives Romanos sive peregrinos valent. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, veluti hoc modo* « δώσεις; δώσω. ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ. πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω. ποιήσεις; ποιήσω », *etiam haec tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant. Et e contrario quamvis latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. At illa verborum obligatio* « *dari spondes? spondeo* », *adeo propria civium Romanorum est ut ne quidem in Graecorum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse*. Su ciò v. già *retro* n. 13.3 e cfr. in particolare: Nicholas, *The form of the stipulation in roman law*, in *LQR*. 69 (1953) 63 ss., 233 ss.; Winkler, *Gaius III, 92 anlässlich der These von B. Nicholas*, in *RIDA*. 5 (1958) 603 ss.

79.2. Per tutto il corso del diritto classico requisiti della *stipulatio* furono, oltre i *verba*: la congruenza della risposta con la domanda e la contestualità delle due dichiarazioni. Quanto alla « congruenza », 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?* » (« perché 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.

79.2.1. Conseguenze mediate di questa struttura del negozio furono due: la inammissibilità della *stipulatio* a carico o a favore di

---

79.2. La struttura formale della *stipulatio* era esclusivamente orale: *stipulatio non potest confici nisi utroque loquente* (Ulp. D. 45.1.1 pr.). In conseguenza, non era permesso porre in essere una *stipulatio*, oltre che all'infante, al muto ed al sordo (v. già *retro* n. 28.3.3); l'intermediazione di un interprete fu ammessa soltanto dal diritto postclassico (D. 45.1.1.6 itp.). — Sulla concordanza tra domanda e risposta cfr.: Vassalli, *Miscellanea critica 3,6: sul paradigma classico della stipulazione* (1917); Scherillo, *Sulla stipulazione del « servus » e del « filius familias »*, in *St. Bonfante* 4 (1930) 203 ss.; Lévy-Bruhl, *La « congruentia » dans la stipulation*, in *Archid.* 16 (1953) 49 ss. Esempi di *stipulationes* invalide per mancanza del requisito della congruenza, sono, oltre a quello indicato nel testo: la promessa di cinquanta alla richiesta di cento; la risposta *sub condicione* ad una proposta *pure* (Gai 3.102). Per la risposta « *quidni?* », cfr. D. 45.1.1.2 e 6 (itp.). — Il requisito della contestualità significa che la risposta doveva seguire immediatamente alla domanda. Venul. D. 45.1.137 pr. sottolinea: *continuus actus stipulantis et promittentis esse debet.* — Dati i requisiti della forma (orale) e della contestualità, era necessaria, ovviamente, la presenza delle parti (considerata da alcuni come requisito a se stante): era assolutamente nulla la *stipulatio* contratta fra assenti (es.: mediante separate dichiarazioni, attestate da scambio di missive), come affermano Gai 3.136 e Paul. 5.7.2 (su cui, anche in relazione a D. 45.1.134.2, cfr.: Düll, *Stellvertretung im Bereich von Stipulationen?*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 [1953] 309 ss.; Levy, *Weströmisches Vulgarrecht*, 2. - *Obligationenrecht* [1956] 35 ss.; van Oven, *Pauli Sent. 5.7.2*, in *Mél. Lévy-Bruhl* [1959] 301 ss.; Wieacker, *Textstufen* 192 ss.).

79.2.1. Sulla stipulatio alteri (e « *in alterum* ») v. Gai 3.103: *Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. Unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio. Nostri praeceptores putant in universum valere et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum debere, atque si extranei nomen non adiecisset. Sed diversae scholae auctores dimidium ei deberi existimant, pro altera vero partem inutilem esse stipulationem.* Cfr. anche Ulp. D. 45.1.38.17 (*alteri stipulari nemo potest*). Espedienti principali per giungere sostanzialmente al « contratto a favore di terzi » furono il ricorso all'*adstipulatio* (v. *infra* n. 80.4) e la *stipulatio* di una *poena* a carico del *promissor* per l'ipotesi che non effettuasse l'adempimento al terzo. Ma la casistica è estremamente varia. Sul tema cfr.: Wesenberg, *Verträge zugunsten Dritter* (1949) con bibliografia precedente, e da ultimo Ankum, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle « alteri dari stipulari nemo potest »*, in *Ét. Macqueron* (1970) 21 ss. — Sulla

terzi e la inammissibilità della *stipulatio post mortem*. Ovvio è che fosse *inutilis* la « *stipulatio in alterum* », che stabilisse cioè un'obbligazione a carico di un estraneo (« *centum mihi a Titio dari promittis?* »); ma anche la « *stipulatio alteri* », istitutiva di un credito a favore di terza persona indicata dallo *stipulator* (« *centum Titio dari promittis?* »), era *inutilis* perché violava indirettamente il presupposto che il negozio fosse inteso a regolare i rapporti tra le due parti e quelli soltanto. Per motivi analoghi era ritenuta *inutilis* la « *stipulatio post mortem* », da eseguirsi solo dopo la morte dello *stipulator* (« *centum post mortem meam dari spondes?* ») o solo dopo la morte del *promissor* (« *centum post mortem tuam dari spondes?* »): l'uno e l'altro negozio implicavano infatti la precostituzione di un diritto o di un obbligo degli eredi, cioè di soggetti estranei al rapporto da costiture e per di più non ancora determinabili. La giurisprudenza classica cercò di aggirare l'impossibilità della *stipulatio alteri* e *in alterum* con espedienti vari, ma fu anche orientata verso la generalizzazione dal principio della inconcepibilità del cd. « contratto a favore di terzi ». Più largheggiante, ma non sino al punto da rovesciare la regola, fu il diritto postclassico.

79.3. Lo schema 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, adeguata 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* »); a impegnarsi per il pagamento di una somma di danara 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* », « *fideiussio* »; a promettere l'adempimento di altra obbligazione ben determinata (es.: « *quod ex empto mihi debes, dari spondes?* »).

79.3.1. La forma verbale non ammetteva, dunque, che potesse essere ricercata la causa, qualora la causa stessa non fosse stata indi-

---

stipulatio post mortem v. Gai 3.100: *Praeterea inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: « post mortem meam dari spondes? », vel ita: « post mortem tuam dari spondes? » ... nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem (rell.)*. La regola fu esplicitamente abolita da Just. CI. 4.11.1, CI. 8.37(38).11.

79.3. Sulla *causa stipulationis*: Wolf J. G., « *Causa stipulationis* » (1970). — Sulle applicazioni della *stipulatio*: *infra* n. 80.

79.3.1. Su alcuni problemi connessi all'astrazione della *stipulatio* cfr.:

cata. Così, se taluno, avendo ricevuto promessa di una somma di danaro da altri, si era 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: fu il pretore, in questa come in molte ipotesi analoghe, ad 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 dalla giurisprudenza 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, si pervenne, in ordine alle stipulazioni relative a somme di danaro, 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.

79.4. A tutela della *stipulatio* era concessa un'*actio in personam*, l'*actio ex stipulatu*. Nel periodo delle *legis actiones* è pro-

---

Pringsheim, *Diocletian in C. 4.2.6*, in *Tulane Law Rev.* 33 (1958-59) 551 ss.; Roussier, *Le pacte adjoint « in continenti » à la stipulation*, in *St. Betti* 4 (1962) 3 ss.; Kaser, « *Mutuum* » *und* « *stipulatio* », in *Eranion Maridakis* 1 (1963) 155 ss.; Diaz Bialet, *Acerca de la propriedad adquirida, mediando estipulacion o por el contrato de compra y venta*, in *Ét. Macqueron* (1970) 95 ss. — Sulla *querela non numeratae pecuniae*, in particolare: Levy, *Die « querela non numeratae pecuniae »* (1953), ora in *Gesamm. Schr.* 1 (1963) 433 ss.

79.4. Sulla tutela giudiziaria della *stipulatio* cfr.: Provera, *Corrispondenza tra « stipulatio » e « intentio » (riflessioni su Gai 4.53)*, in *AUCA*. 1955. Il D'Ors, « *Condictio ex stipulatione* », in *SDHI*. 26 (1960) 323 ss. (*contra*, invece, van Oven, *Les actions issues de la stipulation*, in *T.* 27 [1959] 391 ss.) ritiene non classica l'*actio ex stipulatu incerti*. Esempio della formula di quest'*actio* è la seguente: « *Quod A.s A.s de N.o N.o traditionem fundi Corneliani* (o altra prestazione di *incertum*) *stipulatus est, quidquid 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.* ». — La terminologia giustinianea delle azioni è: « *condictio certi* », quando la *stipulatio* ha ad oggetto una somma di danaro (D. 12.1.9 pr. e 3, itp.); « *condictio triticaria* », se si riferisce a qualche altra *res* specificata nel *quid, quale, quantum* (D. 13.3.1, itp.); ed infine « *actio ex stipulatu* » nel caso di *incertum*. Su D. 12.1.9, cfr. partic.: Giffard, *La crise dans le chasse aux interpolations*, 1. - *La « condictio certi » et le « id quod interest »* (*Conf. Inst. dr. rom. Paris* 1950).

babile 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*. Quando poi, in prosieguo di tempo, sorse la *legis actio per condictionem*, concorsero con l'azione decemvirale 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, sempre in diritto classico, 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* ».

79.5. In età postclassica la *stipulatio*, estendendosi ad 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* »; 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, sicché si parlava, in generale, di « *pactiones et stipulationes* ».

79.5.1. Il fenomeno di decadenza della *stipulatio* come figura contrattuale tipica fu confermato e coronato dall'uso invalso, in età post-

---

79.5. Sull'evoluzione postclassica della *stipulatio* cfr. spec.: Archi, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scr. Ferrini Pavia* (1946) 659 ss.; Astuti, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, Parte generale* 1 (1952) 85 ss.; Seidl, *Die « stipulatio » im ägyptischen Provincialrecht*, in *St. Scherillo* (1972) 627 ss.; Diosdi, *Giustiniano e la « stipulatio »*, in *Labeo* 17 (1971) 39 ss.

79.5.1. Sulla decadenza della *stipulatio* v. anzitutto I. 3.15.1 ss. Cfr.: Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien* 1 (1912); Riccobono, *« Stipulatio » ed « instrumentum » nel diritto giustinianeo*, in *ZSS.* 35 (1914) 214 ss., 43 (1922) 262 ss., nonché *La prassi nel periodo postclassico*, in *ACIR.* 1 (1933) 3 ss.; Gautard, *Les rapports entre la stipulation et l'écrit stipulatoire dans la législation romaine classique et byzantine* (1931); Álvarez Suárez (U.), *Los origines de la contratación escrita*, in *An. Acad. Matrit. Notar.* 1946; van Oven, *La stipulation a-t-elle dégénéré?*, in *T.* 26 (1958) 409 ss.; Pringsheim, *Stipulationsklausel* (1946), ora in *Gesamm. Abhand.* 2 (1961) 194 ss.; Feenstra, *L'« epistula » comme preuve d'une stipulation*, in *St. Betti* 2 (1962) 405 ss.; Simon, *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel* (1964). — Per un esempio di clausola stipulatoria v. P. Oxy. 1423.11 ss. Secondo il

classica, 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 ὡμολόγησεν »). In età postclassica, pur se la *stipulatio* non vi fosse stata, fu ritenuto sufficiente, per l'applicazione a un contratto della disciplina della *stipulatio*, l'esistenza dell'*instrumentum* munito 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 si adducessero 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.

80. LE APPLICAZIONI DELLA « STIPULATIO ».

80.1. A prescindere da molteplici casi particolari, di cui si parlerà a tempo debito, le applicazioni della *stipulatio* di mag-

---

De Visscher, *La pseudostipulation* ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησα, in *Eos* 48 (1956 = *Symb. Taubenschlag* 2) 161 ss., e *D'une clause de style gréco-égyptienne à la stipulation écrite*, in *BIDR*. 63 (1960) 19 ss., la clausola non aveva il carattere di valida stipulazione. *Contra* Seidl, *Juristische Papyruskunde 13 B.*, in *SDHI*. 24 (1958) 397 ss. Sul tema v. anche *retro* n. 30.4.2. — Sui documenti scritti, in genere, cfr. *retro* nt. 30.2.1 e 30.5. V. I. 3.19.12: *Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus et non praesentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus: ideo nostra constitutio* (cfr. CI. 8.37.14) *propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis esse.*

80.1. Sulle *stipulationes praetoriae*: *retro* n. 20.4. — Una interessante applicazione della *stipulatio* era la *stipulatio usurarum*, con la quale si stabilivano, in relazione ad altro contratto (principalmente al *mutuum*, che era essenzialmente gratuito), gli interessi a carico del debitore (v. *infra* n. 82.4.2). Il nudo « *pactum de praestandis usuris* » era nullo (cfr. PS. 2.14.1): pertanto vigeva la regola « *pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi* » (Iul.-Afric. D. 19.5.24).

gior rilievo, esclusa l'ipotesi base di assunzione di un'obbligazione per conto proprio e lasciando da parte le « *stipulationes praetoriae* », furono le seguenti: la *promissio dotis*, la stipulazione novatoria, la *adstipulatio*, la *stipulatio poenae* e le varie stipulazioni di garanzia (*sponsio, fidepromissio, fideiussio*).

80.2. La *dotis promissio* fu la stipulazione costitutiva di dote a favore del marito o del suo *pater familias*. La formula della *stipulatio* era, a questo fine, così adattata: « *centum dotis causa dari promittis? promitto* ».

80.3. *Stipulationes* novatorie furono quelle, appunto, indirizzate al fine di effettuare una *novatio*. Un'applicazione qualificata di questa categoria di *stipulationes* fu la « *stipulatio Aquiliana* », inventata sullo scorcio dell'età preclassica dal giurista Aquilio Gallo, allo scopo di poter estinguere mediante *acceptilatio* le obbligazioni che non fossero state costituite *verbis*. Tutte queste obbligazioni venivano trasfuse in un'unica *obligatio ex stipulatu certi* tra le parti, *obligatio* che successivamente (generalmente, subito dopo) si procedeva ad estinguere con l'*acceptilatio*.

80.3.1. L'importanza e conseguentemente la diffusione della *stipulatio Aquiliana* nel mondo economico dell'età classica furono, con

---

80.2. Per la *dotis promissio*, letteratura, fonti e problemi: *retro* n. 51.2.2. 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*, in cui la *promissio* era fatta dal marito al costituente la dote, allo scopo di garantirgliene la restituzione al termine del matrimonio: in tal caso (cd. « *dos recepticia* ») il costituente aveva, come sappiamo, un'apposita *actio ex stipulatu*, indipendentemente dall'*actio rei uxoriae*, per il riottenimento della *dos*.

80.3. Per la *stipulatio Aquiliana* v. Ulp. D. 2.15.4: *Aquiliana stipulatio ... omnes praecedentes obligationes ... peremit ipsaque peremitur per acceptilationem*; Flor. D. 46.4.18.1 e I. 3.29.2. Ritengono infondata l'opinione dominante secondo cui la *stipulatio Aquiliana* aveva effetto novatorio: Segré, « *Obligatio, obligare, obligari* », in *St. Bonfante* 3 (1930) 499 ss.; Meylan, *Acceptilation et paiement* cit. 297 ss.; Daube, *Novation of obligations giving a « bonae fidei iudicium »*, in *ZSS.* 66 (1948) 91 ss. (ma v. Bonifacio, *La novazione nel diritto romano*[2] [1959] 127 ss.). Ricostruzione completa dell'istituto, da ultimo, in: Casavola, « *Actio, petitio, persecutio* » (1965) 31 ss.; Fuenteseca, *Investigaciones de derecho procesal romano* (1969) 101 ss.; Sturm, « *Stipulatio Aquiliana* », *Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausleichsquittung in klassischen römischen Recht* (1972), ampio studio in cui sono convogliati i risultati anche di altri scritti; Bartoletti Colombo, *Prime notizie su un nuovo frammento giuridico* (1971); Kaser, « *Stipulatio Aquiliana* », in *ZSS.* 90 (1973) 346 ss.; sintesi di De Robertis, sv. « *Stipulatio Aquiliana* », in *NNDI.* — Sulla *novatio* in generale: *retro* n. 76.9.1.

80.3.1. Il tema dell'applicazione della *stipulatio Aquiliana* in età classica è disputatissimo. Al centro del dibattito è il formulario riportato da Flor. D. 46.4.18 e, con qualche variante, da I. 3.29.2: « *Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve quarumque rerum mihi tecum actio quaeque abs te petitio vel adversus te persecutio est erit quodque tu*

l'andar del tempo, sempre maggiori perché l'istituto permetteva di « chiudere » in una sola volta tutti i molteplici rapporti relativi creatisi in virtù di una serie di affari tra due soggetti: sicché anzi è probabile che l'uso fosse, tra uomini di affari, di ricorrere a questo fine a due *stipulationes* reciproche. L'*acceptilatio* che integrava l'operazione non escludeva, naturalmente, che tra le parti si fosse proceduto separatamente, mediante *traditio* di *pecunia*, al pagamento di quanto dovuto (o transattivamente stabilito come dovuto) dall'una all'altra a titolo di adempimento, oppure di conguaglio tra il suo maggior « dare » ed il suo minore « avere ». Appunto in considerazione di questa grande utilità pratica dell'istituto, la giurisprudenza tardo-classica non esitò ad ammettere che mediante *stipulatio Aquiliana* si potesse trasfondere in una *obligatio pecuniaria ex stipulatu* non solo quanto dovuto in vista di *actiones in personam*, ma anche quanto dovuto in vista di *actiones in rem*: il che ovviamente non implicava la estinzione dei rapporti giuridici assoluti (oltre che di quelli relativi), ma implicava solo l'obbligo di estinguere quei rapporti nei modi loro propri, nonché il riconoscimento di un'*exceptio doli* a chi, malgrado l'intervenuta *stipulatio Aquiliana*, fosse convenuto in giudizio dalla controparte con l'*actio in rem* che si era voluto eliminare.

80.4. 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.

80.4.1. « *Adstipulator* » era un *reus stipulandi* aggiunto nella formula della *stipulatio*, vale a dire un concreditore che poteva, in virtù della risposta affermativa alla domanda « *mihi et Titio dari spondes?* », esigere il pagamento dal debitore, estinguere l'obbligazione mediante

---

meum habes tenes possides, dolove malo fecisti, quominus possideas: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius ». Le possibili soluzioni del problema (a parte la nostra, per la quale rinviamo a Guarino, « *Actio petitio persecutio* », in *Labeo* 12 [1966] 129 ss.) sono le seguenti: interpolazione postclassica di *quodque tu meum habes* (*rell.*); riferimento della *stipulatio Aquiliana*, malgrado le prime apparenze, ai soli rapporti giuridici relativi; riferimento della *stipulatio Aquiliana* anche ai rapporti assoluti, ma carattere non novativo, checché dicano in contrario le fonti, della stessa.

80.4. Sulle figure unificate nella categoria dell'*adstipulatio* cfr. in generale: Monier, *L'« adstipulatio » et la « stipulatio » primitive* cit.; Scherillo, *L'« adstipulator »*, in *RIDA*. 10 (1963) 241 ss.

80.4.1. Sull'*adstipulator* v. Gai 3.110-114: *Possumus tamen ad id quod stipulamur alium adhibere, qui idem stipuletur; quem vulgo adstipulatorem vocamus* (*rell.*). — Sul capitolo secondo della *lex Aquilia* e sulle origini dell'istituto dell'*adstipulator* v. *infra* n. 97.2.

acceptilatio, stare in giudizio per il creditore, salvo a regolare separatamente i suoi rapporti con lo *stipulans* principale. Dell'*adstipulator,* per infrenarne i possibili arbitrii, si occupò il secondo capitolo della *lex Aquilia de damno,* 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* ».

80.4.2. « *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.

80.5. La *stipulatio poenae* era una clausola aggiuntiva delle *stipulationes,* e particolarmente delle *stipulationes in faciendo,* con cui si stabiliva che, in caso di inadempimento del debitore, l'obbligazione di questi 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 mihi dari spondes?* »); una seconda consisteva nel creare due obbligazioni, una per la prestazione e una per la *poena* (« *ser-*

80.4.2. Sull'*adpromissor* v. spec.: D. 45.1.5.2, D. 46.3.43. Cfr.: Talamanca, « *Alia causa* » *e* « *durior condicio* » *come limite dell'obbligazione dell'* « *adpromissor* », in *St. Grosso* 3 (1968) 117 ss.

80.5. Sulla *stipulatio poenae* cfr.: Brasloff, *Zu den Quellen der byzantinischen Rechtsgeschichte,* 2. - *Zur Geschichte der Konventionalstrafe,* in *ZSS.* 25 (1904) 298 ss.; Debray, *Le D. 45.1.4.1, la* « *stipulatio poenae* » *et les obligations indivisibles,* in *Rev. gén. dr.* 32 (1908) 97 ss., 217 ss., 299 ss.; Guarneri Citati, « *Semel commissa poena non evanescit* », in *BIDR.* 32 (1922) 241 ss.; Donatuti, *Di un punto controverso in materia di stipulazione penale,* in *SDHI.* 1 (1935) 299 ss.; Voci, *Una* « *quaestio* » *di Papiniano in tema di* « *stipulatio poenae* », *D. 45.1.115,* in *Scr. Giuffrè* 1 (1967) 859 ss., e *La responsabilità del debitore da* « *stipulatio poenae* », in *St. Volterra* 3 (1971) 319 ss.; Visky, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato,* in *St. Volterra* 1 (1971) 579 ss. Numerose sono le fonti in argomento: I. 3.15.7; D. 45.1.126.3; D. 45.1.115.2; D. 44.7.44.5; D. 45.1.69; D. 9.2.22 pr.; D. 4.8.40; D.22.2.8; D. 4.8.23 pr.; D. 19.1.28; D. 44.4.4.7; D. 45.1.90. — La *stipulatio poenae* era utilizzata anche per scopi diversi da quello della precostituzione di una pena per l'inadempimento. La penale poteva, infatti, essere subordinata anche all'ipotesi della mancata conclusione di un affare con lo *stipulans,* o a quella della mancata prestazione di alcunché 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.

vum 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 sia alla penale, oggetto della seconda obbligazione: ma la giurisprudenza classica reputò iniquo il cumulo delle due prestazioni, e quindi lo escluse, salvo che fosse stato espressamente previsto nella fattispecie (« ... *si non dederis, amplius centum poenae nomine mihi dari spondes?* »).

80.6. Le stipulazioni di garanzia delle *obligationes*, molto usate nel diritto romano, soprattutto classico, furono: la *spon-*

80.6. Le garanzie personali delle obbligazioni, e le stesse garanzie reali (*fiducia cum creditore* [v. *infra* n. 82.3], *hypotheca* e *pignus* [*retro* n. 70], *receptum argentarii* [*infra* n. 90.7]) non sono che un aspetto, seppure il più vistoso ed importante, del complesso fenomeno della realizzazione dei diritti del creditore e della correlativa responsabilità patrimoniale del debitore, cioè della « tutela del credito ». Mentre i legislatori moderni dedicano attenta considerazione e minuta regolamentazione ai relativi istituti, giacché dalla praticità ed energia dei mezzi predisposti per il creditore dipende essenzialmente lo sviluppo dell'economia, nell'ordinamento romano primitivo la garanzia, surrogata talvolta da mezzi indiretti di costrizione, riposava sull'ordinamento sociale e religioso. Soltanto nella fase più evoluta sorsero vari atti ed espedienti giuridici cautelari, semplificati ed accomunati infine dalla pratica postclassica e dalla legislazione giustinianea. — L'unica nozione generale in ordine alle varie garanzie (e riferentesi, peraltro, anche alla « *expromissio* » ed alla « *obligatio in solidum* ») fu quella di *intercessio*, elaborata dai giuristi classici in relazione al *Sc. Velleianum* del 46 d.C., che vietava alle *mulieres* di *intercedere pro aliis*, cioè di prestare garanzie reali o personali, obbligarsi in solido (cd. *intercessio* cumulativa), sostituirsi al debitore (cd. *intercessio privativa*) (v. *retro* n. 24.4). In argomento v.: D. 16.1.2.1, in cui è riferito il testo del senatoconsulto; D. 16.1.16.1; D. 12.6.40; D. 16.1.8.14-15; Gai 3.180-181; CI. 4.29.22; CI. 4.29.23.1-2; CI. 5.35.3 pr.; Novl. 134.8 e 118.5. Cfr.: Vogt, *Studien zum « Sc. Velleianum »* (1952); van Oven, *Le Sc. Velléien et le P. Col. 123*, in *Labeo* 2 (1956) 85 ss.; Medicus, *Zur Geschichte des « Sc. Velleianum »* (1957); Garcia Garrido, *« Ius uxorium »* (1958) 154 ss. Per problemi particolari, cfr. ancora: Bortolucci, *« Actio quae instituit obligationem »* (1915); Carrelli, *L'« actio institoria ex Velleiano senatoconsulto »*, in *RISG.* n.s. 12 (1957) 63 ss., e *L'intercessione della donna e la « restitutio in integrum » del creditore*, in *SDHI.* 3 (1937) 305 ss.; Solazzi, *Alle fonti della « exceptio Sc. Velleiani »*, in *SDHI.* (1953), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 651 ss. — Sulle *stipulationes* di garanzia cfr., oltre agli scritti sulla *stipulatio* (*retro* ntt. 79.1 e 79.1.1): Levy, *« Sponsio, fidepromissio, fideiussio »* cit., e *Nachträgliches zu den Anfängen der römischen Bürgschaft*, in *ZSS.* 28 (1907) 398 ss.; Mitteis, *Über die Herkunft der « stipulatio »*, in *Fs. Bekker* (1907) 107 ss.; Partsch, *Griechisches Bürgschaftsrecht* (1909); Koschaker, *Babylonisch-Assyrisches Bürgschaftsrecht* (1911); Solazzi, *Né « accessiones » né « adpromissores »* (1930), ora in *Scr. dir. rom.* 3 (1960) 339 ss.; Flume, *Studien zur Akzessorietät der römischen Burgschaftsstipulationen* (1932); Segré, *In materia di garanzie personali*, in *BIDR.* 47 (1934) 497 ss.; De Martino, *Le garanzie personali dell'obbligazione* 1 (1940), e *L'origine delle garanzie personali* cit.; Nocera, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano* (1942); Levy, *Principal and surety in classical roman law*, in *Seminar* 2 (1944) 6 ss.; Frezza, *Le garanzie personali* cit.; Archi, *Contributi alla critica del « Corpus iuris »*, 2. - *Riforme giustinianee in tema di garanzie personali*, in *BIDR.* 65 (1962) 131 ss.; Biondi, *« Sponsio » e « stipulatio »* cit.; Cantarella, *La fideiussione reciproca* (« Ἀλληλεγύη » *e « mutua fideiussio »*) (1965); Talamanca, sv. *« Fideiussio »*, in *ED.*, e *Giavoleno l. 10 « epistularum » e la « fideiussio » al « quanti ea res est »*, in *Est.*

sio, la *fidepromissio* e la *fideiussio*. Applicazioni assai più limitate ebbero, in confronto ad esse, gli altri mezzi di garanzia personale delle obbligazioni: il « *constitutum debiti alieni* », il « *mandatum pecuniae credendae* » e l'« *arrha* », di cui parleremo altrove.

80.6.1. È alquanto discusso se la « *sponsio* » abbia avuto alle origini funzione di assunzione di una *obligatio* in proprio o, viceversa,

---

Sanchez del Rio (1967); Medicus, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, in *ZSS*. 86 (1969) 67 ss.; Feenstra, *Le caractère des différents types de cautionnement « verbis » en droit romain classique*, in *Ét. Macqueron* (1970) 301 ss.; Wolff (H. J.), *Papinian und die « Allelengye »*, in *St. Volterra* 3 (1971) 735 ss. Fonti in: Gai 3.115 ss.; I. 3.20; D. 46.1 (*De fideiussoribus et mandatoribus*); CI. 8.40. — Sul *constitutum debiti alieni*: *infra* n. 90.3. — Sul *mandatum pecuniae credendae*: *infra* n. 89.7. — Sull'*arrha*: *infra* n. 86.2.

80.6.1. 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* (v. *retro* n. 79.1.1). Ma si tratta di un argomento vago, che si ritorce contro coloro che lo usano, sol che si rifletta che la formula col « *dari* » può ben essersi formata (ed è probabile, invero, che sia stato proprio così) con l'andar del tempo, appunto perché 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, la *sponsio* si originò al di fuori 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, allorché questo (tramite il *ius legitimum vetus*) accolse nel suo ambito le *obligationes*. — L'accessorietà della stipulazione di garanzia non ne faceva, però, venir meno completamente l'autonomia: sicché, in alcuni casi, era ritenuta valida l'assunzione di garanzia, pur essendo invalida l'obbligazione principale. V. Gai 3.119: *Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, veluti si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit* (*rell.*). Gaio riferisce, poi, la disputa circa l'obbligatorietà della *sponsio* a favore di uno schiavo o di un peregrino. Sul passo cfr. spec.: Labruna, « *Rescriptum Divi Pii* », *Gli atti del pupillo « sine tutoris auctoritate »* (1962) 23 ss.; Cornioley, « *Naturalis obligatio* » (1964) 98 s., 210 ss., 277 ss. — Al problema dell'autonomia del vincolo si collega quello dell'impossibilità della prestazione da parte del debitore accessorio, su cui cfr. spec.: Pugliese, *Intorno alla impossibilità della prestazione causata dal « paterfamilias » e dal fideiussore*, in *St. Paoli* (1955) 569 ss. — Fra le *leges publicae* che disciplinarono la materia si ricordino le seguenti. Una *lex Apuleia* (fine III sec. a.C.), nell'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 un'*actio* di regresso verso i congaranti (ciascuno tenuto, ovviamente, *pro parte*: Gai 3.122). 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 (Gai 3.121, 4.22 e 109). 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 trenta 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 (Gai 3.123). Una *lex Publilia de sponsu* (anch'essa 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* » (Gai 3.127, 4.22). Infine, una *lex Cornelia* di Silla fece divieto di prestare garanzia a

funzioni di garanzia. 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*. Caratteristica delle due *stipulationes* fu che il promittente (« *sponsor* » o « *fidepromissor* ») 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 negozio avevano carattere accessorio rispetto ad una *stipulatio* « principale »: 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 le obbligazioni 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 estingueva la sua obbligazione. L'obbligo di garanzia dello *sponsor* e del *fidepromissor* si estingueva, in ogni caso, con la loro morte. Ancora 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 disciplinare il regime della *sponsio* e della *fidepromissio* ed a limitarne la possibilità di applicazione.

80.6.2. Più recente della *sponsio* e della *fidepromissio* fu la *fideiussio*, apparsa in Roma verso la fine dell'età preclassica. An-

---

favore dello stesso debitore, verso lo stesso creditore, nel corso dello stesso anno, per un importo superiore a ventimila sesterzi. In argomento, con ulteriore letteratura, cfr.: Triantaphyllopoulos, « *Lex Cicereia* » (2 voll., 1957-59 = tr. it. riv. del 2° vol. in *Labeo* 8 [1962] 73 ss., 220 ss., e 10 [1964] 24 ss., 171 ss.), e *La législation romaine sur le cautionnement*, in *RH.* 39 (1961) 501 ss. che surroga il vecchio studio dell'Appleton, *Le lois romaines sur le cautionnement*, in *ZSS.* 26 (1905) 1 ss.

80.6.2. Sulla *fideiussio* cfr. in generale: De Martino, sv. *Fideiussione (dir. rom.)*, in *NNDI.* Per problemi specifici: Schulz, « *Condictio indebiti* » *und die Accessorietät der* « *sponsio* » *und* « *fideiussio* » *(D. 12.6.47)*, in *Iura* 3 (1952) 15 ss.; Amirante, « *Iusiurandum fideiussoris* », in *Scr. Jovene* (1954) 787 ss.; Archi, « *Fideiussio animo donandi* », in *Synteleia Arangio-Ruiz* 2 (1964) 909 ss.; Cenderelli, *Le garanzie personali delle obbligazioni per debiti e crediti dell'eredità giacente, Contributi esegetici*, in *SDHI.* 30 (1964) 114 ss.; Kaser, *Celsus D. 12.6.47 und die Akzessorietät der Bürgschaft*, in *Fs. Herdlitczka* (1972) 143 ss. — È problema discusso se in età classica la *fideiussio* servisse a garantire anche *obligationes ex delicto*: v. Gai 3.119*a*, e D. 46.1.8.1; cfr. Perozzi, *Istituzioni* 2.230 s. — Per l'*actio mandati* v.: Gai 3.127; I. 3.26; D. 17.1.62 (itp. alla fine); D. 50.17.60. Cfr. sulla *formula in factum*: Lenel, *EP.*[3] 296 ss.; Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato in diritto*

ch'essa fu una *stipulatio* di « *idem* », ma ebbe la duplice caratteristica di essere riferibile a qualunque tipo di *obligatio* (anche non *ex stipulatu*) e di essere trasmissibile agli eredi. La formula usuale ne fu: « *quod Titius debet, id fide tua esse iubes? iubeo* ». La *fideiussio* si sottrasse a tutte le limitazioni 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 contraria* (se era stato incaricato dal debitore) oppure (se non era stato incaricato) l'*actio negotiorum gestorum*. Ma più tardi, nel corso dell'epoca classica, la *fideiussio* subì 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 riconobbe al fideiussore la possibilità di opporsi a che il creditore si rivalesse a suo carico per l'intero quando vi fossero altri fideiussori solvibili (cd. « *beneficium divisionis* »): tale *beneficium* era probabilmente esercitato mediante l'opposizione di una *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 di lui (fideiussore). E finalmente si fece anche strada la regola che la quota del congarante insolvente fosse riportata a carico di tutti gli altri garanti.

80.6.3. Dopo una lunga evoluzione postclassica, in diritto giustinianeo *sponsio* e *fidepromissio* erano ormai scomparse, mentre unica sussisteva la *fideiussio*. Al *fideiussor*, inoltre, Giustiniano accordò (così

---

romano, 2. - *La volontà del mandante*, in *AUPE*. 1930; Kreller, *Zum « iudicium mandati »*, in *ACP*. 133 (1931) 118 ss. — Per l'*actio negotiorum gestorum* v.: D. 17.1.20.1. Sul tema in generale del regresso cfr.: Wesener, *Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht*, in *Labeo* 11 (1965) 341 ss. — Sul mancato effetto consuntivo della *litis contestatio* v.: CI. 8.40.28 (si cfr. il testo con PS. 2.17.16 e CI. 8.40.5). Cfr. spec.: Levy, *Principal and surety* cit. — Per il *beneficium divisionis* v.: Gai 3.121 ss.; D. 46.1.26 e 28; PS. 1.20; D. 46.1.10 pr. (itp.). — Del *beneficium cedendarum actionum* conosciamo soprattutto la regolamentazione giustinianea, dalla quale si desume quella precedente: NovI. 4.1 in fine. Cfr. spec.: Buckland, *Les limites de l'obligation du « fideiussor »*, in *RH*. 12 (1933) 116 ss.

80.6.3. Per il *beneficium excussionis* v.: NovI. 4.1. Sulla prassi giustinianea cfr.: Frezza, *La ἀλληλεγγύη nella legislazione di Giustiniano*, in *Eranion Maridakis* 1 (1963) 133 ss.

come ad ogni *adpromissor*) il cd. « *beneficium excussionis* » o « *ordinis* », cioè il diritto di opporre una *exceptio* all'azione del creditore sinché questi non avesse esperito inutilmente l'azione esecutiva contro il debitore principale.

81. Le « obligationes litteris contractae ».

81.1. Le *obligationes litteris contractae* furono quelle costituitesi (*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 *syngraphae* del *ius civile novum*). Anzi è, forse, solo per influenza di 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.

81.1. Sulla storia delle *obligationes litteris contractae*, in generale, cfr.: Mitteis, *Trapezitika*, in *ZSS.* 19 (1898) 231 ss., 242 ss., 252 ss.; Heck, *Der altrömische Litteralkontrakt*, in *ACP.* 116 (1918) 129 ss.; De Ruggiero, *La classificazione dei contratti e l'obbligazione letterale nel diritto classico e nel diritto giustinianeo*, in *St. Perozzi* (1925) 369 ss.; Steinwenter, sv. « *Litterarum obligatio* », in *PW.*; Appert, *Essai sur l'évolution du contrat littéral et sur la place qu'il a tenue chez les Romains*, in *RH.* 11 (1932) 619 ss.; Spangenberg, *Untersuchungen über das Wesen der römischen Litteralkontrakte* (1933); Voci, *La dottrina* cit. 125 ss.; Grosso, *Il sistema* cit. 91 ss., e « *Syngraphae* », « *stipulatio* » *e* « *ius gentium* », in *Labeo* 17 (1971) 7 ss.; Tomulescu, *Der* « *contractus litteris* » *in den* « *Tabulae Herculanenses* », in *Labeo* 15 (1969) 285 ss.; Schrage, *Is in de gelijkenis van de onrechtvaardige rentmeester sprake van een* « *contractus litteris* »*?*, in *Uit het Recht-Verdam* (1971) 189 ss. Fonte principale è Gai 3.128 ss. In I. 3.21 si legge: *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur: quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram* (cfr. CI. 4.30.14, su cui *infra* nt. 81.4) *tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.* — Circa l'esistenza e le caratteristiche di un contratto letterale greco: Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* (1891) 459 ss.; Popescu-Spineni, *Le contrat* « *litteris* » *à la lumière des textes byzantins renforcés par une découverte faite récemment en Egypte (des fragments de Gaius)*, in *Bull. Inst. Archéol. Bulgar.* 9 (*Actes IVe Congr. int. ét. byz.*, 1935) 293 ss.; Arangio-Ruiz, in *Papiri della R. Università di Milano* (1937) n. 25 nt.; Taubenschlag, *Greco-Roman Egypt* 298 ss.

81.1.1. Caratteristica comune delle « *obligationes litteris* » fu che per la loro costituzione era necessario il solo compimento delle formalità di scritturazione, non essendo richiesta *ad substantiam* l'indicazione esplicita o implicita della causa dell'operazione. Ma qui l'analogia tra i vari tipi cessa. È più che probabile, infatti, che per le due *obligationes* del *ius civile novum* la sussistenza del documento obbligatorio fosse *condicio sine qua non* per la esigibilità dell'*obligatio* stessa: il che significa che il documento scritto costituiva altresì un requisito indispensabile *ad probationem actus*. Viceversa, l'esibizione dello scritto non era probabilmente richiesta per l'esigibilità dell'*obligatio ex expensilatione*: la prova relativa si poteva fornire in qualunque modo, anche se in pratica, per renderla attendibile, si finiva per ricorrere a *testationes* scritte o a *chirographa* di conferma rilasciati dal debitore.

81.2. 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 d'uscita » (non importa se operata 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* (e cioè l'operazione attiva rappresentata dall'incasso della somma corrispondente) nella colonna dell'« *acceptum* » del *codex*, operando in tal modo un'« *acceptilatio litteris* », l'*obligatio litteris* si sarebbe potuta considerare, in linea di principio, estinta.

81.2.1. A titolo di chiarimento, va ricordato che ogni abbiente *pater familias* romano, data la vastità e la complessità dell'ammini-

---

81.1.1. Sui negozi documentali: *retro* n. 30.5. — Sulla *testatio* in particolare: n. 30.4 e nt. 30.2.1.

81.2. Sull'*expensilatio*, in particolare, v.: Gai 3.128-130. Cfr.: Arangio-Ruiz, *Le tavolette cerate ercolanensi e il contratto letterale*, in *MAM*. 1950 [= *St. Redenti* 1 (1951) 1 ss.]; Stojcevic, *Les tablettes d'Herculanum et l'« expensilatio »*, in *Iura* 13 (1962) 53 ss. — Il senso primario del termine « *expensilatio* » fu quello di riporto (*latio*) nel libro cassa (o in altro documento) dell'*aes rude* che si fosse « *expensum* », cioè pesato, prima di darlo ad altri: dunque l'*expensum* poteva tanto essere dato a titolo di restituzione, cioè di chiusura di un debito, quanto a titolo di prestito, cioè di apertura di un credito. Ma il riferimento all'uso della scrittura e, in particolare, alla prassi di un vero e proprio « libro cassa » (v. *infra* n. 81.2.1) fa intendere che l'istituto, certamente antico, non fu peraltro di origini antichissime: attribuirlo alla fine del sec. IV o agli inizi del sec. III a.C. è l'ipotesi meno azzardata.

81.2.1. Sui libri contabili del *paterfamilias* cfr.: Leonhard, sv. « *Adversaria (scripta)* », in *PW.*; Aru, sv. « *Codex accepti et expensi* », in *NNDI.*; Jouanique,

strazione 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 in termini pecuniari le operazioni su due colonne opposte, 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 contabile. Fu appunto del *codex accepti et expensi* che si valsero i *patres familiarum* romani al fine della creazione di *obligationes litteris* (nonché, all'inverso, al fine della estinzione delle medesime mediante l'*acceptilatio litteris*). Né 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 nemmeno in presenza del debitore, perché: 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 arbitrasse di alterarli o di registrarvi operazioni (di credito, di pagamento, di debito, di ricezione di un pagamento) false; in secondo luogo, la persona arbitrariamente registrata (e chiamata in giudizio) come *obligatus* aveva probabilmente dal *praetor* la possibilità di paralizzare l'azione del falso *creditor* mediante un'*exceptio doli*, la quale la poneva in condizioni di dimostrare al giudicante la manovra esercitata a suo danno dalla controparte. Tuttavia, proprio perché con l'avanzare dei secoli diminuì notevolmente, anche in

---

Le « codex accepti et expensi » chez Ciceron, in *RH*. 46 (1968) 5 ss. — La dottrina dominante, secondo la quale l'*expensilatio* era in stretta relazione con l'uso (un uso non obbligatorio, sia chiaro) del *codex accepti et expensi*, considerato come libro di cassa, è criticata (cfr. Jouanique cit.), ma ci sembra tuttora quella che meglio spiega l'apparente singolarità della fede fatta dalle registrazioni unilaterali (soprattutto da quelle di *expensum*) del *creditor*. Indubbiamente, quando si parla di « libro cassa » non si vuole intendere un vero e proprio registro a due colonne, nel senso moderno della parola: di solito, il *codex accepti et expensi* risultava di una serie progressiva di tavolette cerate, forse distinte ciascuna in due colonne, o forse contrapposte tra loro a due a due (pagina pari e pagina dispari) in un polittico. Quanto alle registrazioni, è probabile che fossero segnate non tutte le operazioni, ma solo quelle di un certo rilievo, ciascuna con l'indicazione della relativa causale (lo fa intendere abbastanza chiaramente Cic. *pro Roscio Com.* 1.4): il che non impediva affatto che a fine anno (o anche a fine mese) fossero registrate cumulativamente, nel loro importo unitario, le operazioni minori, o che le operazioni minori fossero conteggiate presumibilmente in sede di pareggio (cioè di accertamento finale del *quantum* fosse entrato in più delle uscite o in meno delle stesse). — L'*exceptio doli* contro l'azione del falso creditore non poteva fondarsi sul fatto che la uscita segnata da questi nel suo *codex* non trovasse corrispondenza in un'entrata segnata sul proprio *codex* dall'asserito debitore: a parte il fatto che anche e soprattutto il debitore avrebbe potuto dolosamente omettere la registrazione, il *codex accepti et expensi*, come si è detto, non era obbligatorio.

Roma, il margine di sicurezza circa il fondamento di onestà delle operazioni di *expensilatio*, l'istituto cadde in disuso, già sullo scorcio dell'età preclassica, almeno come istituto creativo *ex parte creditoris* di una *nova obligatio*.

81.3. In età classica, peraltro, la *expensilatio* fu ancora per qualche tempo utilizzata a fini di *novatio*, ed appunto perciò venne comunemente chiamata *nomen transscripticium*. Posto che tra due soggetti giuridici già esistesse una certa obbligazione (letterale o non letterale), la si poteva novare mediante una *transscriptio* del credito (del «*nomen*») nella colonna dell'*expensum*, trasformandola insomma in una nuova *obligatio* da *expensilatio* sostitutiva di quella precedente. Gaio, che ci parla dell'istituto come tuttora vivo (ma, dobbiamo credere, piuttosto languente) ai suoi tempi, indica due tipi di *transscriptio nominis*: la *transscriptio a re in personam* e la *transscriptio a persona in personam*.

81.3.1. La « *transscriptio a re in personam* » era operata al fine di novare una *obligatio* non letterale (e principalmente un'obbligazione da contratto consensuale) in una *obligatio litteris* tra gli stessi soggetti: il che non solo valeva a darne una prova sicura, ma soprattutto ne rendeva più facile, a tempo debito, l'estinzione (mediante *acceptilatio*).

81.3. Del *nomen transscripticium* ci parlano essenzialmente Cicerone e Gaio (pallido ricordo è nelle Istituzioni di Giustiniano: *retro* nt. 81.1 ed *infra* n. 81.3.3): molti punti, pertanto, sono oscuri e controversi. Per esempio, è contestato (cfr. Bonifacio, *La novazione* cit. 64 ss., ivi letteratura) il meccanismo della doppia trascrizione (*acceptilatio-expensilatio*). Neppure sicuro è se l'obbligazione nascente da *transscriptio* fosse tutelata mediante « *actio certae creditae pecuniae* » (cfr. Aru, sv. « *Nomen transscripticium* », in *NNDI.*). In ordine ai casi di *nomina transscripticia* ricordati da fonti letterarie: Pflüger, *Ciceros Rede « pro Roscio Comoedo »* (1964) 103 ss.; Gallet, *Essai sur Valére Maxime, VIII, 2, 2*, in *RH.* 21 (1942) 35 ss.; Villers, *Un prêt d'argent chez Horace: Satires 2. 69-71*, in *St. Betti* 4 (1962) 455 ss. — Diversi dai *nomina transscripticia* erano i *nomina arcaria*. Gai 3.131: *Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur. In his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia: numeratio autem pecuniae re facit obligationem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.* In altri termini, i cd. *nomina arcaria* erano registrazioni di esborsi realmente effettuati a carico della cassaforte (*arca*) del creditore: appunto perciò il negozio obbligatorio era visto in un *mutuum* e non nella registrazione, che aveva solo funzione di prova.

81.3.1. Sulla *transscriptio a re in personam* v. Gai 3.129: *A re in personam transscriptio fit, veluti si id quod tu emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero.* Il collegamento (quanto meno, normale) con le *obligationes ex contractu* è evidente, ed è reso più evidente dal fatto che Gai 3.131 (*retro* nt. 81.3) parla di puri *nomina arcaria* quando vi sia stata una *numeratio pecuniae* (quando cioè l'*obligatio* sia stata *re contracta*). — Sulla applicabilità ai *peregrini* v. Gai 3.133: *Transscripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodammodo iuris civilis est talis obligatio; quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transscripticium, etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam, non obligari.*

Probabilmente l'operazione era fatta registrando come *expensum* l'importo dovuto dall'*obligatus* e indicando espressamente, accanto a quell'importo, il fine novatorio (sicché un'unica e non fittizia *acceptilatio* sarebbe bastata, a tempo debito, per la chiusura del conto). Il collegamento funzionale della *transscriptio a re in personam* con i negozi del *ius civile novum* indusse vari giuristi (tra cui Sabino e Cassio) a ritenere che questo tipo di *transscriptio* fosse estensibile, alla stessa guisa della cd. *stipulatio iuris gentium*, anche ai (debitori) *peregrini*.

81.3.2. La « *transscriptio a persona in personam* » era operata al fine di surrogare un debitore, già obbligato *litteris*, con un nuovo debitore: il che si faceva, probabilmente, portanto fittiziamente il primo come adempiente nella colonna dell'*acceptum* e portando fittiziamente il secondo come debitore dello stesso importo nella colonna dell'*expensum*. Dato il più stretto ed esclusivo collegamento tra questo tipo di *transscriptio* e la tradizione civilistica dell'*expensilatio*, si sostenne solo da qualche giurista (Nerva) che l'istituto non fosse applicabile ai soli *cives Romani*.

81.3.3. Sebbene Gaio indichi il *nomen transscripticium* come un istituto vigente alla sua età, è da ritenere che, sullo scorcio dell'età classica, esso fosse praticamente scomparso. Certo è che nel IV sec. d.C. dei *nomina transscripticia* più non si parlò come di fonti vive di *obligationes*. L'istituto è menzionato ancora nelle *Institutiones* di Giustiniano, ma solo per segnalarne la disapplicazione.

81.4. *Chirographa* e *syngraphae* erano originariamente mezzi di costituzione di vincoli obbligatori tra *peregrini* delle *partes*

81.3.2. Sulla *transscriptio a persona in personam* (la quale poteva riguardare tanto una *obligatio* nata *litteris*, quanto un'*obligatio* divenuta *litteris* per effetto di una *transscriptio a re in personam*) v. Gai 3.130: *A persona in personam transscriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet id <tibi> expensum tulero, id est si Titius te pro se delegaverit mihi.* La *transscriptio a persona in personam* serviva dunque solo a fini di novazione subiettiva passiva. — Le ragioni per cui Nerva (cfr. Gai 3.133, *retro* nt. 81.3.1) ritenne applicabile ai *peregrini* anche la *transscriptio a persona in personam* sono probabilmente da vedere nel fatto che, come abbiamo accennato, nulla impediva che essa riguardasse una *obligatio* sorta inizialmente *ex contractu* (e quindi eventualmente tra un creditore romano e un debitore straniero) e divenuta successivamente *litteris contracta* a seguito di una *transscriptio a re in personam*.

81.3.3. Il carattere residuale dell'*obligatio litteris* in Gaio è dimostrato dal fatto che egli non parla direttamente dell'*expensilatio* e che in 3.133 definisce « *quodammodo iuris civilis* » tale *obligatio*. Nei testi dei giuristi successivi l'*obligatio litteris* non figura: non sappiamo se perché depennata dai postclassici o (talvolta) tralasciata dagli stessi autori tardo-classici. Per Giustiniano, v. *retro* nt. 81.1.

81.4. Circa *chirographa* e *syngraphae*, l'avara notizia di Gai 3.134, giustificata dalla considerazione che il « *genus obligationis proprium peregrinorum est* »,

Orientis, e in particolare della Grecia e dell'Egitto, 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 costitutive di *obligationes* e che i *chirographa* avessero valore soltanto probatorio di *obligationes* sorte in altro modo. È assai probabile, invece, che le une e gli altri avessero non solo pari efficacia costitutiva, ma addirittura efficacia « rappresentativa » dell'*obligatio*, nel senso cioè che l'*obligatio* si ritenesse « 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 sino al punto da confondersi praticamente con esso.

82. Le « obligationes re contractae » in senso proprio.

82.1. Le *obligationes re contractae* furono quelle costituitesi (*contractae*) tra i loro soggetti (*creditor* e *obligatus*) in virtù

è completata da uno scolio dello pseudo-Asconio (*ad Cic. in Verr.* 2.1.91). Sugli istituti cfr.: Schupfer, *Singrafe e chirografi. Ricerche sui titoli di credito dei romani*, in *RISG.* 7 (1889) 345 ss.; Leonhard, sv. « *Chirographum* », in *PW.*; De Ruggiero, sv. « *Chirographum* », in *DS.*; Meyer, *Zum Rechts- und Urkundwesen im ptolemäisch-römischen Aegypten*, in *Klio* 6 (1906) 420 ss.; Kunkel, sv. « *Syngrapha* », in *PW.*; Paoli, sv. *Chirografo*, in *NNDI.*; Luzzatto, sv. *Singrafe*, in *NNDI.*; Bucci, sv. « *Syngrapha* », in *NNDI.*; Bianchini, *Cicerone e le singrafi*, in *BIDR.* 73 (1970) 229 ss. V. *retro* n. 30.2.1 e 30.5. Sullo spiccato carattere dispositivo dei *chirographa* e (secondo noi) delle *syngraphae* nel diritto postclassico-giustinianeo, v. I. 3.21 (trascritto *retro* nt. 81.1), su cui: Messina Vitrano, *La « litterarum obligatio » nel diritto giustinianeo*, in *AG.* 80 (1908) 94 ss.; Ferrari, *La degenerazione della « stipulatio » nel diritto intermedio*, in *AIV.* 1910; Binder, *Der justinianische Litteralkontrat*, in *St. Brugi* (1910) 339 ss.; Riccobono, « *Stipulatio* » *ed* « *instrumentum* » cit. (in *ZSS.* 1922); Brasiello, *In tema di categorie contrattuali*, in *SDHI.* 10 (1944) 101 ss.; Archi, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale* cit.; Luzzatto, sv. *Documento* (*dir. rom.*), in *NNDI.* — Per paralizzare gli effetti del documento non rispondente alla realtà, era prevista la *querela* (*exceptio* o *contestatio*) *non numeratae pecuniae* (v. *retro* n. 80.3.1), esperibile nei due anni dalla confezione del titolo (CI. 4.30.14 pr. cit., e I. 4.13.2) nel diritto giustinianeo, entro cinque anni precedentemente, a partire da Diocleziano.

82.1. Sulle *obligationes re contractae* cfr. in generale: Brasiello, « *Obligatio re contracta* », in *St. Bonfante* 2 (1930) 539 ss.; Arangio-Ruiz, *D. 44.7.25.1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazioni* (1926) e *Ancora sulle « Res cotidianae »* (1930), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1974) 141 ss., 217 ss.; Wubbe, *Gaius et les*

del fatto che l'uno avesse effettuato una « *datio rei* » a favore dell'altro e che l'altro, non essendo ragionevolmente autorizzato a trattenere la cosa, fosse pertanto tenuto a restituirla al primo (cioè al *creditor*). L'*obligatio re contracta* aveva, dunque, come suo fatto causativo la *datio rei* (dal *creditor* all'*obligatus*) ed aveva come suo presupposto la esistenza tra le parti di una situazione obbiettiva che non giustificasse la ritenzione della cosa da parte dell'accipiente (l'*obligatus*) e quindi determinasse l'esigenza della restituzione di essa al dante (il *creditor*).

82.1.1. 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*. È 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 in realtà

---

contrats réels, in *T.* 35 (1967) 500 ss.; Maschi, *Tutela, fedecommessi, contratti reali*, in *St. Volterra* 4 (1970) 690 ss., e *La categoria dei contratti reali* (1973).

82.1.1. Lo sviluppo storico delle *obligationes re contractae* è assai discusso e l'opinione esposta nel testo è tutt'altro che pacifica: quadro esauriente della questione è in Maschi, *La categoria* cit. (del quale peraltro non convince la tesi secondo cui *commodatum* e *depositum*, se non anche il *pignus*, avrebbero figurato nel testo genuino di Gaio e sarebbero stati successivamente espunti dallo stesso). Il problema (a prescindere da quanto abbiamo detto *retro* n. 71.6 e 7) sorge dal fatto che: Gai 3.90-91 indica solo *mutuum* e *solutio indebiti* tra le cause di *obligatio re*; Gai 2 *aur.* D. 44.7.1.2, 3, 5, 6 non indica la *solutio indebiti* (di cui si occupa Gai 3 *aur.* D. 44.7.5.3) e indica accanto al *mutuum* anche *commodatum*, *depositum* e *pignus*; I. 3.14 pr. - 4 ricalca Gai 3.90-91 (*mutuum* e *solutio indebiti*) e continua col *commodatum*, col *depositum* e col *pignus*. A parte l'opinione isolata di chi (D'Ors, « *Creditum* » *und* « *contractus* », in *ZSS.* 74 [1957] 73 ss., e in altri scritti) ha sostenuto che il cd. contratto reale è un'invenzione di Gaio, la dottrina è divisa tra chi assume che la giurisprudenza classica, o quanto meno Gaio (di cui i libri *rerum cottidianarum sive aureorum* sarebbero una contraffazione postclassica), non includesse tra i contratti reali anche il *commodatum*, il *depositum* e il *pignus*, e chi assume invece esattamente il contrario. Noi siamo per questa seconda tesi e riteniamo che il silenzio del manuale istituzionale di Gaio in ordine a *commodatum*, *depositum* e *pignus* (tre figure, si badi, riconosciute solo dal *ius honorarium*) si spieghi per il fatto che essi davano origine ad *obligationes re* in senso improprio. Val la pena di riportare, a questo proposito, il testo di Gai 3.90-91: *Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. Mutui autem datio proprie in his rebus contingit, quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quae res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest « si paret eum dare oportere », ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione (rell.)* (cfr. *retro* n. 71.7.1). Per il glossema in Gai 3.91 *fin.* (indicato per primo dal Solazzi) cfr. van Oven, *Remarques sur Gai 3.91*, in *Iura* 1 (1950) 21 ss., e *L'origine de la glose dans Gaius 3.91*, in *T.* 25 (1957) 196 ss. — Sul *nexum*: *retro* n. 71.2.1.

inesistente (« *solutio indebiti* ») e la *traditio* di cose fungibili a semplice 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: sicché l'unica ipotesi di restituzione imposta da una situazione obiettiva 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*.

82.1.2. In prosieguo di tempo, sul finire del periodo preclassico e agli inizi dell'età classica, la figura dell'*obligatio re contracta* fu modificata per l'intervento della giurisprudenza e del *ius honorarium*. Da un lato, si riconobbero come fonti di *obligationes re contractae* le *mancipationes* (o *in iure cessiones*) accompagnate da un *pactum* di restituzione: ci si indusse, cioè, a dar rilievo, almeno in questo caso, alla comune volontà delle parti. Dall'altro lato, si allargò il concetto di *datio rei* sino a ricomprendervi le ipotesi di concessione della semplice detenzione, o tutt'al più del possesso, di una *res*. Infine, essendosi conferito 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*.

82.2. In considerazione dello sviluppo storico sopra descritto, sarà bene non inserire tra le *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. Delle rimanenti, sembra che siano da qualificare *obligationes re* in senso proprio solo quelle scaturenti da una *datio rei* traslativa di *dominium*, perché 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 *nexum*), quelle derivanti da *fiducia* e quelle derivanti da *mutuum*.

82.3. *Fiducia* fu denominata la fattispecie costituita da trasferimento (mediante *mancipatio* o *in iure cessio*) del *dominium* di una

---

82.1.2. Per l'elemento soggettivo nella *datio rei* cfr. in generale: Raber, « *Hoc animo dare* », in *T.* 33 (1965) 51 ss., ivi altra letteratura. Noi non neghiamo che il Gaio delle *institutiones* abbia già visto nel *mutuum* l'elemento della volontà: sarebbe mettersi contro l'« *ex contractu* » di Gai 3.89. Solo ci pare difficile che egli lo abbia esplicitamente sottolineato in 3.91 *fin.*

82.2. Per le *obligationes re contractae* in senso improprio: *infra* n. 83. — Sulla *solutio indebiti*: *infra* n. 94.

82.3. Per l'espediente della *fiducia*: *retro* n. 70.2. Documenti in: Arangio-

res mancipi dal fiduciante al fiduciario, con il patto separato (« *pactum fiduciae* ») di ritrasferirla al fiduciante, se si verificassero certe condizioni. Oltre alla « *fiducia cum creditore* », a scopo di garanzia delle obbligazioni, di cui già abbiamo parlato altrove, si ebbe la « *fiducia cum amico* » in svariati altri casi (« *quo tutius nostrae res apud eum sint* »), cioè con: finalità di deposito o di comodato, quando questi contratti non erano ancora stati riconosciuti; finalità di attuazione di una *donatio mortis causa* (nel qual caso il *pactum fiduciae* determinava l'obbligo di restituire la *res* donata in caso di premorienza del donatario al donante); finalità di *manumissio* (nel qual caso il *pactum fiduciae* stabiliva l'obbligo del fiduciario di manomettere lo schiavo mancipatogli).

82.3.1. 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 munito di azione dal pretore, faceva del fiduciario un proprietario soltanto formale della cosa. Pertanto, si intende come il fiduciante potesse riacquistare il *dominium* di questa in base ad « *usureceptio* », cioè in base al possesso per la durata di un anno continuo e pur se si trattasse di cosa immobile (relativamente a cui, come è noto, il normale *tempus ad usucapionem* era invece di due anni).

Ruiz, *Negotia* (*FIRA*. 3, 1943) 31 s., 291 ss. (v. pure dell'a. in *PP*. 1954, 64 ss., 68 ss.); D'Ors, *Epigrafia jurídica de la España romana* (1953) 431 ss. Per la letteratura, cfr., in generale: Longo (C.), *La « fiducia »* (corso, rist. 1946); Grosso, sv. *Fiducia* (*dir. rom.*), in *ED*.; Burdese, sv. *Fiducia* (*dir. rom.*), in *NNDI*. Cfr. anche spec.: Watson, *The origins of « fiducia »*, in *ZSS*. 79 (1962) 329 ss.; Collinet, *Deux textes retrouvés sur la fiducie*, in *St. Besta* 1 (1939) 91 ss.; Grosso, *Sulla « fiducia » a scopo di « manumissio »*, in *RISG*. 4 (1929) 251 ss.; Erbe, *Pfandverkauf und Eviktion nach klassischem römischem Recht*, in *Fs. Koschaker* 1 (1939) 479 ss.; Bartosek, *La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignoratizia secondo il diritto romano*, in *BIDR*. 51-52 (1948) 238 ss.; Burdese, *La menzione degli eredi nella « fiducia cum creditore »*, in *St. Solazzi* (1948) 324 ss., e « *Lex commissoria* » *e* « *ius vendendi* » *nella* « *fiducia* » *e nel* « *pignus* » (1949).

82.3.1. Per la f u n z i o n e d i g a r a n z i a della *fiducia*, e per il suo regime, v. in particolare Isidorus *Orig*. 5.25.23: *Fiducia est, cum res aliqua, sumendae mutuae pecuniae gratia, vel mancipatur vel in iure ceditur*; PS. 2.13.1-3 e 5: *Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem ... Quidquid creditor per fiduciarium servus quaesivit, sortem debiti minuit. Debitor creditori vendere fiduciam non potest: sed alii si velit vendere potest, ita ut ex pretio eiusdem pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam sibi rem emptori praestet ... Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore creditor denuntiare ei sollemniter potest et distrahere: nec enim in tali conventione fiduciae actio nasci potest.* — Sull' *u s u r e c e p t i o*: *retro* nt. 70.2.

82.3.2. 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* » *ex fide bona*. Ma la materia è, per ciò che riguarda i suoi più precisi contorni, estremamente controversa.

82.3.3. La *fiducia* si estinse nel corso del periodo postclassico del diritto romano. Ma già in età classica avanzata l'istituto era ormai assai scarsamente utilizzato, stante l'avvenuto riconoscimento dei negozi di comodato, deposito e pegno, che più elasticamente assolvevano la finalità per cui esso era sorto, sia nella forma *cum creditore* che in quella *cum amico*.

82.4. *Mutuum* (cd. « prestito di consumo ») fu denominata la fattispecie consistente nel trasferimento della proprietà di *pecunia* o

---

82.3.2. Che esistessero due *actiones fiduciae*, una *in factum* l'altra *in ius*, è dottrina già formulata da Lenel, *EP.* (1ª ed.) 293 ss., e generalmente accolta: cfr. Manigk, sv. « *Fiducia* », in *PW.*; Taubenschlag, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht*, in *Z. Grünhut* 35 (1908) 129 ss. Di contro, Arangio-Ruiz, *Le formule con « demonstratio » e la loro origine* (1912), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1974) 321 ss., ha sostenuto che a tutela della *fiducia* sia esistita la sola *formula in ius*; tesi questa condivisa da Betti, *L'antitesi tra « iudicare » e « damnare » nello svolgimento del processo romano*, in *RISG.* (1915) 55 nt. 1, 67 nt. 1; corroborata, per quanto riguarda le contestazioni al Lenel, da Rotondi, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano* (1913), ora in *Scr.* 2 (1922) 1 ss. Il Lenel, nella terza ed. dell'*EP.*, si è convertito anch'egli alla tesi dell'unicità della formula, pur continuando a considerarla *in factum concepta*. Ma il Grosso, *Appunti sulla formula dell'« actio fiduciae »*, in *AUCA.* 1929, ha ribattuto che, come nelle formule *in ius ex fide bona* ed in quella dell'*actio rei uxoriae*, così per l'*actio fiduciae* il criterio di buona fede è qualifica dell'*oportere iure civili*, e la formula non può essere dunque che *in ius*. Sul punto, cfr. anche: Kreller, « *Formula fiduciae* » *und Pfandedikt*, in *ZSS.* 62 (1942) 143 ss.; Kaser, *Das altrömische « ius »* (1949) 292 ss.; Ambrosino, *La « legis actio sacramento in personam » e la protezione giuridica dei rapporti fiduciarii*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 251 ss.; Schwarz, *Die Konträrklagen*, in *ZSS.* 71 (1954) 144 ss.; Magdelain, *Le consensualisme dans l'Édit du préteur* (1958) 101 s.

82.3.3. Sulla *fiducia* nell'età postclassica cfr. spec.: Levy, *Weströmisches Vulgarrecht*, 2. - *Das Obligationenrecht* (1956) 182 ss. Nella compilazione giustinianea 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.

82.4. Per il *mutuum* le fonti principali sono: D. 12.1; CI. 4.30; PS. 2.14.3. Per la dottrina cfr.: Huschke, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen* (1882); Schlossmann, *Das Darlehen auf fremden Namen*, in *Z. privat- u. öffentl. Recht d. Gegenwart* (1882); Gerardin, *De la représentation dans le « mutuum »*, in *RH.* 24 (1900) 26 ss.; Pringsheim, *Kauf mit fremden Geld* (1916); Segré, *Mutuo e « stipulatio »* cit.; Longo (C.), *Il mutuo* (corso, 1936); Seidl, *Der Eigentumsübergang beim Darlehen*

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 è fantasiosa ed ingenua, ma esprime abbastanza bene la sostanza del rapporto: « *ita tibi a me datum est ut ex meo tuum fit* ».

82.4.1. I giuristi classici ebbero della « *datio mutui* » una nozione piuttosto elastica. 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 a carico di un terzo: come nel caso di un creditore che desse incarico al proprio debitore di passare direttamente

---

und « depositum irregulare », in *Fs. Schulz* 1 (1951) 373 ss.; Adams, *Haben die Römer « depositum irregulare » und Darlehen unterschieden?*, in *SDHI.* 28 (1962) 360 ss.; Kaser, *« Mutuum » und « stipulatio »* cit., e *Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten « contractus mohatrae »*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 74 ss.; von Lübtow, *Ulpians Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964) 1212 ss.; Koffmahn, *Eine jüdische Darlehensurkunde aus dem Jahre 54/55 n. Chr. (P. Mur. 18)*, in *ZSS.* 81 (1964) 293 ss.; Longo (G.), sv. *Mutuo (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Stanojevic, *La « mutui datio » du droit romain*, in *Labeo* 15 (1969) 311 ss.; Maschi, *La categoria* cit. 150 ss.; Bove, *A proposito di nuove « tabulae Pompeianae »*, in *Labeo* 17 (1971) 131 ss.; Seidl, *Das Getreidedarlehen nach den demotischen Papyri*, in *Daube noster* (1974) 301 ss.; Macqueron, *Les tablettes de Pompéi et la vente des sûretés réelles*, in *Mél. R. Aubenas* (1974) 517 ss., e *Un commerçant en difficulté au temps de Caligula*, in *Ét. A. Jauffret* (1974) 497 ss. V. anche *infra* nt. 93.7. — In ordine all'e t i m o l o g i a, a prescindere da quella riferita nel testo (tratta da Paul. D. 12.1.2.2 e Gai 3.90), e che verosimilmente aveva finalità didattico-mnemonica, è probabile che *mutuum* derivi da *mov-* = *movere, mutare*. Cfr. anche Bajic, *Poreklo « mutuum- a »*, in *St. Horvat* (1968) 291 ss.

82.4.1. Sostenne che la *d a t i o m u t u i* bastasse da sola ad obbligare il mutuatario alla restituzione, senza necessità di ricorrere ad una autonoma convenzione, il Viard, *La « mutui datio »* (1939) su spunti del Senn. Al contrario, rilevano la presenza della *conventio* nella dazione, Serrao, *Sulla « mutui datio » da parte del servo comune*, in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1953) 51 ss., e Chevallier, *La « reconciliatio mutui », Contribution à l'étude du prêt dans la Rome ancienne*, in *RH.* 33 (1955) 376 ss. A nostro parere in Gai 3.90 sono evidenti le tracce di una originaria concezione del *mutuum* come *datio sine causa* di una *res* che, essendo fungibile, diveniva di necessità oggetto di proprietà del mutuatario, ma che appunto perciò il mutuatario era tenuto a restituire al mutuante: tuttavia è altrettanto evidente che sia Gaio (a prescindere da quanto si legge nelle *res cottidianae*) che gli altri giuristi classici erano pervenuti, sia pure in modi vari e con accentuazioni diverse, alla concezione del *mutuum* come *datio* connessa ad un impegno di restituzione del *tantundem* assunto volontariamente (e, al limite, anche unilateralmente) dal mutuatario. — Sul *m u t u u m* con *p e c u n i a* a l t r u i (e ipotesi analoghe) v. Ulp. D. 12.1.15: *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.* — Sul cd. *c o n t r a c t u s m o h a t r a e* v.: Ulp. D. 12.1.11 pr.; Ulp. D. 19.5.19 pr.; Diocl. Maxim. CI. 4.2.8 (a. 293) (Tizio, richiesto da Gaio di un prestito in danaro, gli consegna una cosa infungibile [es., un oggetto d'oro] con autorizzazione a venderla ed a tenersi la *pecunia* del prezzo a titolo di mutuo). Sui problemi relativi cfr.: Kaser, *Die Verteilung* cit.

la somma (a mutuo) ad un'altra persona (che diveniva così mutuatario del creditore); 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 la nascita di un'obbligazione da mutuo, perché questa sorgeva solo se la *datio* fosse avvenuta « a titolo di prestito » e con lo scopo di far « consumare » le cose mutuate al debitore, salvo l'obbligo della restituzione. Se, pertanto, questa causa 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*, sicché a colui che l'avesse fatta spettava una *condictio* per la restituzione dell'equivalente delle cose date.

82.4.2. 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), sicché 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 *mutuum* fosse un contratto essenzialmente gratuito, sicché 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* »).

82.4.2. Sulla pratica delle *usurae*: *retro* n. 74.5 e nt. 80.1. — Sui limiti della restituzione v. Ulp. D. 12.1.11.1: *Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. Sed si ita dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse.* — Sulla *stipulatio usurarum*: *retro* n. 80.1. — La gratuità del mutuo (cfr. Michel, *Gratuité en droit romain* [1963] *passim* spec. 584) non aveva alcun profilo di eticità (come crede invece il Maschi, *La categoria* cit. spec. 338 ss.). Essa derivava da esigenze tecniche, che, nella pratica, erano superate dalle escogitazioni di cui si diceva. Per tutto il periodo repubblicano, anzi, i tassi d'interesse praticati furono particolarmente alti (ad onta di ricorrenti provvedimenti calmieratori: *leges fenebres*); e i modi d'esazione degli interessi molto efficaci (spesso le *usurae* erano riscosse anticipatamente e comunque periodicamente). Cfr. la letteratura *infra* nt. 82.5.

82.4.3. 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 condictionem*) non differiva, nella formula, da ogni altra specie di *condictio*, giacché 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. Tuttavia, la considerazione del rapporto di mutuo poteva essere resa necessaria dal convenuto mediante un'*exceptio*. E in particolare va ricordato, a questo proposito, che, avendo il *Sc. Macedonianum* (sec. I d.C.) vietato di dar danaro a mutuo ai *filii familiarum*, il pretore soleva concedere, in questi casi, un'« *exceptio senatusconsulti Macedoniani* » (o addirittura denegare l'azione al mutuante).

82.5. Una figura speciale di mutuo fu la *pecunia traiecticia* o « *foenus nauticum* », corrispondente al cd. « prestito a cambio

---

82.4.3. Esempio di formula della *condictio ex mutuo*: « *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 tantae pecuniae*) *condemnato; s.n.p.a.* ». In argomento cfr.: Collinet, *Sur le byzantinisme du nom de la « condictio triticaria »*, in *St. Perozzi* (1925) 239 ss.; Robbe, *L'autonomia dell'« actio certae creditae pecuniae » e la sua distinzione dalla « condictio »*, in *SDHI.* 7 (1941) 35 ss.; Beretta, *Intorno alla formula edittale della « condictio certae rei »*, in *SDHI.* 9 (1943) 202 ss.; Schwarz (F.), *Die Grundlage der « condictio » im klassischen römischen Recht* (1952). — Circa il *senatusconsultum Macedonianum* (*retro* nt. 72.3.4) si legga Ulp. D. 14.6.1 pr.: *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: « Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius. Cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri »*; Ulp. D. 12.1.14: *Si filius familias contra senatus consultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obicietur: sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esset, denique per errorem soluti contra senatus consultum crediti magis est cessare repetitionem.*

82.5. Fonti in ordine alla *pecunia traiecticia* sono: PS. 2.14.3: *Traiecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis infinitas usuras recipere potest*; D. 22.2; CI. 4.33; Novl. 106 e 110; B. 52.1.22; sch. ad B. 17.1.13, 23.1.21, 23.3.44. In particolare v.: Mod. 22.2.1: *Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur... sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? Et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiecticia pecunia fit*; Mod. D. 22.2.3: *In nautica pecunia ex eo die periculum spectat creditorem, ex quo navem navigare conveniat*; Scaev. D. 22.2.5 pr.: *Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus condictiones*

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 affinché questi la utilizzasse 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 nell'ipotesi in cui la navigazione marittima fosse stata portata a buon fine, sicché il rischio della ipotesi avversa era sopportato dal mutuante. Appunto per equilibrare l'alea cui il mutuante si sobbarcava, era d'uso che la fattispecie del *foenus nauticum* fosse integrata da una *stipulatio* di *usurae* molto elevate (generalmente pari alla somma mutuata). Ma la *pecunia traiecticia*, importata a Roma sul finire dell'età preclassica, era *mutuum* 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 traiecticia*, si ricorresse, nella pratica, al contratto di più larga diffusione in Roma, vale a dire alla *stipulatio*.

---

nasci solent, ut « si non manumittas », « si non illud facias », « si non convaluero » et cetera, nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet (rell.). Per la letteratura generale cfr.: Appleton, *Contribution à l'histoire du prêt a l'intérêt: le taux du « foenus unciarum »*, in *RH*. 43 (1919) 467 ss.; Klingmüller, sv. « *Foenus* », in *PW*.; De Martino, sv. « *Foenus nauticum* », in *NNDI*.; Visky, *Das Seedarlehn und die damit verbundene Konventionalstrafe im römischen Recht*, in *RIDA*. 16 (1969) 389 ss.; Kupiszewski, *Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali*, in *Index* 3 (1972) 368 ss. — La dottrina dominante ritiene che la *pecunia traiecticia* sia un istituto autonomo rispetto al mutuo, e *sui generis*. L'origine greca è stata studiata *funditus* dal Paoli, *Studi di diritto attico* (1930) 69 ss. — L'istituto assolveva anche funzioni assicurative, altrimenti ignote al mondo giuridico romano. — Il Pringsheim, *Kauf* cit., e Paoli, *Studi* cit. 41 s. e 49, ritengono che nel contrarre il prestito marittimo le parti potessero riferirsi indifferentemente a danaro o a merci che con esso si sarebbero acquistate. Tale opinione contrasta con quella della più antica dottrina, ribadita dal De Martino, Sul « *foenus naticum* », in *RDN*. 1 (1935) 217 ss., ed *Ancora sul « foenus nauticum »*, in *RDN*. 2 (1936) 433 ss., secondo cui l'oggetto del prestito sarebbe stata la *pecunia* viaggiante oltremare e solo eccezionalmente, come oggetto eventuale, le *merces ex ea pecunia comparata* (*contra*, tuttavia, è ancora Biscardi, *La struttura classica del « foenus nauticum »*, in *St. Albertoni* 2 [1938] 343 ss.). — Quanto alla difesa processuale del *creditor pecuniae traiecticiae*, cfr.: Biscardi, « *Actio pecuniae traiecticiae* », *Contributo alla dottrina delle clausole penali*[2] (1974); *contra* De Martino, *Sull'« actio pecuniae traiecticiae »*, in *RDN*. 10 (1949) 19 ss.

83. LE « OBLIGATIONES RE CONTRACTAE » IN SENSO IMPROPRIO.

83.1. *Obligationes re* in senso improprio 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*, e più precisamente la *possessio ad interdicta* nelle ipotesi del pignoratario e del sequestratario, 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 vindicatio* del *dominus*, che poteva tanto essere il *creditor* quanto un'altra persona.

83.2. Il *pignus* (« *datio pignoris* ») fu inteso a raggiungere la finalità della *fiducia cum creditore*, 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 *satisfactio*, la vendesse appropriandosi del ricavato (salva la restituzione dell'*hyperocha*) in caso di inadempimento.

83.2.1. L'istituto fu il più recente tra quelli riconosciuti dal pretore, il quale concesse all'oppignorante contro il pignoratario, ai fini della restituzione della *res pignerata*, una « *actio in factum pigneraticia*

83.1. Sulle obbligazioni *re contractae* improprie: già *retro* n. 82.1.1. Giova riprodurre Gai 2 *aur.* D. 44. 7.1.1-6 (itp.): *Re contrahitur obligatio mutui datione... Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur. Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est... Is quoque, apud quem rem aliquam deposuimus, re nobis tenetur... Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur.* L'ordine di esposizione da noi adottato è diverso da quello seguito in questo passo e in I. 3.14 pr. - 4.

83.2. Per il *pignus*: già *retro* n. 70.4.1. Si legga qui l'etimologia, fantasiosa ma sintomatica della visuale da cui si poneva il giurista, data da Gaio nel commento alle *XII Tab.* (D. 50.16.238.2): *Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.*

83.2.1. Sulle *actiones* a tutela dei rapporti derivanti da *datio pignoris*, cfr.: Lenel, *EP*[3] § 99; Arangio-Ruiz, *Le formule* cit. 87 ss.; Levy, *Konkurrenz der Aktionen und Personen* 2 (1922) 52 ss.; Kreller, *Formula* cit. 176 ss.; Magdelain, *Les actions civiles* (1954) 48 nt. 1. — Sull'*iudicium contrarium* v.: D. 13.7.8 pr.; D. 13.7.16.1; D. 13.7.32; e cfr. spec.: Provera, *Una riforma giustinianea in tema di « iudicia contraria »*, in *St. Solazzi* (1948) 345 ss.

in personam » (da non confondersi con l'*actio pigneraticia in rem* del pignoratario). 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 pignoratizio (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 verificata l'ipotesi di un costituente che « *malitiose in pignore versatus est* ».

83.3. Affine al *mutuum* fu il *commodatum* (cd. « prestito ad uso »), consistente nel trasferimento delle detenzione (cd. *possessio naturalis*) di una cosa dal comodante al comodatario, col patto che questi la usasse e la restituisse poi intatta al comodante. Oggetto del *commodatum* potevano essere ovviamente 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 affinché il consegnatario delle stesse ne facesse mostra con gli amici senza spenderle (*ad pompam et obstentationem*). In ogni caso, il *commodatum*, come il *mutuum*, era essenzialmente gratuito, approssimativamente per gli stessi motivi di carattere strutturale: ove fosse convenuto un compenso per l'uso della *res commodata*, non si aveva più *commodatum*, ma *locatio rei*.

83.3. Le fonti parlano oltre che di *commodatum* anche di « *utendum datum* ». Pare che, secondo una più antica opinione, l'espressione « *commodare* » fosse riservata alle *res mobiles*, e quella « *rem utendam dare* » fosse riservata alle *res immobiles*. Fra i testi principali si legga I. 3.14.2: *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat: namque non ita res datur ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur... commodata autem res tunc proprie intellegitur si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum.* Altre fonti in: D. 13.6 (*Commodati vel contra*; v. partic. Pomp. D. 13.6.8, Ulp. D. 13.6.5.10). In dottrina, la principale trattazione è quella di Pastori, *Il commodato nel diritto romano* (1954); efficaci sintesi, aggiornate, sono quelle dello stesso a. in *NNDI*. e dello Scherillo, sv. *Comodato* (*dir. rom.*), in *ED. Adde*: Maschi, *La categoria* cit. 150 ss., 218 ss.; van den Bergh, « *Qui habet commoda ferre debet onera* », *Contribution à l'histoire d'une maxime juridique*, in *Flores legum Scheltema* (1971) 21 ss.; Polácek, *Commodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, in *Labeo* 19 (1973) 161 ss. Per la letteratura anteriore, si cfr. spec.: Segré, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, in *St. Fadda* 6 (1905) 331 ss.; De Ruggiero, « *Depositum vel commodatum* », *Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in *BIDR*. 19 (1907) 5 ss.; Stock, *Zum Begriff der « donatio » insbesondere im Verhältniss zum « commodatum »* (1932).

83.3.1. 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 per il *commodum* 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*. È assai discusso, né può dirsi ancora oggi sufficientemente chiarito, il rapporto tra le due formule.

83.3.2. 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 commodati* » contro il comodante o i suoi eredi. L'*iudicium con-*

83.3.1. Circa il regime delle *obligationes* scaturenti da *commodatum* v.: Gai 3.206; I. 4.1.7 e 4.1.16 (18); Pomp. D. 47.2.77 (76) pr. Cfr.: Michel, *Gratuité* cit. 95 ss., in ordine alla natura del contratto, con particolare riguardo alla esegesi di D. 13.6.5.12; Cicogna, *Ancora dell'uso nel commodato*, in *BIDR*. 19 (1907) 235 ss., per quanto riguarda poteri ed obblighi del comodatario; Metro, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano* (1966) 150 ss., per un riesame del problema della responsabilità del comodatario. Questo a. esclude che vi fosse un'obbligazione di custodire a carico del comodatario: questi non poteva (neanche mediante la formula *in ius* di buona fede) essere chiamato a rispondere della semplice omissione di custodia, ma soltanto di taluni eventi, che peraltro erano assorbiti dalla responsabilità obiettiva. — Per l'*actio commodati*, v.: Gai 4.47; e cfr.: Magdelain, *Le consensualisme* cit. 103, ivi altre referenze bibliografiche e testuali. Gaio, dopo aver trascritto le formule dell'*actio depositi* (*infra* n. 83.4.3), aggiunge: *similes etiam commodati formulae sunt*.

83.3.2. Per i casi che legittimavano il *iudicium contrarium commodati* v.: Paul. D. 13.6.17.3; Gai. D. 13.6.18.2 ss.; Afr. D. 13.6.21 pr.

trarium 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; nonché 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.

83.4. L'istituto del *depositum* fu inteso a raggiungere una delle finalità della *fiducia cum amico*, evitando, peraltro, l'inconveniente pratico ed economico del trasferimento di proprietà delle cose date in custodia. Esso consisteva nel trasferimento a titolo di detenzione di una cosa mobile dal depositante (« *depositor* ») al depositario (« *depositarius* »), con l'intesa che questi appunto la possedesse per lui (quindi la custodisse con la normale diligenza del buon *pater familias*) e la restituisse intatta a richiesta. Il fatto che la *possessio* del depositario implicasse una funzione di custodia dell'istituto fece sì che di questo talvolta si parlasse, oltre che come di « *depositum* », anche con i termini di « *commendare* », oppure di « *servandum* » o « *custodiendum dare* ». Dato che della cosa depositata non si trasferiva il dominio ma soltanto la detenzione, il deposito poteva essere validamente fatto anche dal semplice possessore, e persino dal ladro.

83.4.1. Requisito essenziale del deposito era 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, perché si avesse deposito, il trasferimento materiale della cosa al depositario, non essendo sufficiente l'incarico di custodire la cosa: ove, infatti, vi

---

83.4. In ordine al *depositum* v. I. 3.14.3: *Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est desidiae atque neglegentiae non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia qui neglegenti amico rem custodiendam tradidit suae facilitati id imputare debet.* V. anche: I. 4.1.17 (19); D. 16.3 (*Depositi vel contra*). La definizione, più o meno fantasiosa anch'essa, è questa volta di Ulpiano (D. 16.3.1 pr.): *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim 'de' auget 'positum', ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.* In PS. 2.12.2 si legge: *Depositum est quasi diu positum. Servandum est, quod ad breve tempus custodiendum datur.* V. ancora Ulp. D. 50.16.186: *Commendare nihil aliud est quam deponere.* Per la dottrina cfr.: Longo (G.), *Il deposito* (corso, 1933); Bonifacio, sv. *Deposito* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Astuti, sv. *Deposito* (*storia*), in *ED. Adde*: Maschi, *La categoria* cit. 150 ss., 218 ss.

83.4.1. Per il requisito della gratuità (Ulp. D. 16.3.1.9; I. 3.26.13; Ulp. D. 13.6.5.2 [itp., cfr. Ulp. D. 47.8.2.23]) cfr.: Michel, *Gratuité* cit. 56 ss.

fosse soltanto tale incarico, e tale incarico fosse ovviamente accettato dal depositario, la fattispecie non era di deposito, ma di « *mandatum ad custodiendum* ».

83.4.2. Obbligazioni del depositario erano: anzitutto, custodire la cosa ricevuta in deposito e, secondariamente, restituirla al deponente. Quanto all'« obbligo di custodire », esso scaturiva, come si è detto, dal fatto che la cosa era data al depositario a titolo di *possessio pro alio* (e più precisamente per conto del deponente): il depositario era quindi tenuto ad attuare gli accorgimenti che fossero ragionevolmente necessari per la conservazione della cosa, ed era tenuto altresì ad astenersi nel modo più rigoroso dall'uso *pro se* della cosa depositata (altrimenti, visto che la *possessio ad interdicta* rimaneva al deponente, 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 era 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 dovesse farsi a lui e non al deponente. L'obbligazione di restituire doveva essere eseguita a richiesta del *depositor*, pur se fosse stato stabilito un termine e questo non fosse

---

83.4.2. Sui problemi delle obbligazioni del depositario cfr. specialm.: Schulz, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, in *Z. Grünhut* 38 (1911) 9 ss.; Albertario, *Variazioni di responsabilità nell'« actio depositi » derivanti da patto* (1912), ora in *St.* 4 (1946) 247 ss.; Sachers, *Die Verschuldenhaftung des Depositars*, in *Fs. Koschaker* 2 (1939) 80 ss.; Pflüger, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in *ZSS.* 65 (1947) 121 ss.; Pastori, *Gaio e la responsabilità contrattuale*, in *Labeo* 2 (1956) 291 ss.; Nitschke, *Die Hinterlegung der geschuldeten Leistung im römischen Recht*, in *SDHI.* 24 (1958) 112 ss.; Magdelain, *Le consensualisme* cit. 104 ss.; Burillo, *Las fórmulas de la « actio depositi »*, in *SDHI.* 28 (1962) 233 ss.; Thomas, « *Infitiando depositum nemo facit furtum* », in *St. Volterra* 2 (1971) 759 ss.; Sitzia, *Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino*, in *BIDR.* 74 (1971) 189 ss.; Metro, *L'obbligazione di custodire* cit. 127 ss., con altra letteratura. Ivi la critica (a nostro avviso, convincente) della tesi, ancora di recente sostenuta di nuovo, secondo cui il depositario non avrebbe avuto che il solo obbligo di restituzione, essendo l'attività di custodia la premessa essenziale (ma comunque non « dovuta ») della restituzione della *res deposita*. La tesi contraria è accettabile solo nel senso che il depositario aveva da esercitare la normale *possessio pro alio* (cioè la detenzione) della cosa del deponente: dal che si deduceva che la sua responsabilità, in caso di mancata restituzione, non arrivava (come invece per il comodatario) ai limiti estremi della cd. « *custodia* »: v. *infra* n. 99.4.2. — Sull'estensione dell'obbligo di restituzione v. Ulp. D. 16.3.1.24: *et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat.*

ancora scaduto, perché il deponente poteva mutare volontà come credesse. La restituzione doveva essere fatta, ovviamente, con riguardo non soltanto alla cosa in sé, ma a tutte le sue pertinenze, e soprattutto con riguardo a tutto ciò che la cosa avesse comunque prodotto durante il periodo del deposito.

83.4.3. Contro il depositario al deponente spettava un'« *actio depositi in factum* » e spettò successivamente un'« *actio depositi in ius* », che era *iudicium bonae fidei*. L'*actio in factum* perseguiva la mancata restituzione della *res deposita* nel caso che essa fosse dipesa da *dolus malus*; l'*actio in ius* perseguiva ogni inadempienza del depositario, ivi compresa la mancata custodia, sempre se dipendente da *dolus*. Se per l'esercizio della custodia il depositario aveva incontrato spese o danni, egli era ammesso a chiederne il rimborso al deponente mediante esperimento di un « *iudicium contrarium depositi* ».

83.5. *Depositum* cd. *necessarium* (detto dai pratici medievali anche «*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, ad un naufragio. Il pretore accordò al deponente, in questa ipotesi, un'*actio in factum*, la quale, anziché essere *in simplum*, era *in duplum*: ciò per la considerazione che il deponente era stato necessitato 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

---

83.4.3. La formula dell'*actio in factum* era del seguente tenore: « *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, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.* ». La formula dell'*actio in ius concepta*: « *Quod A.s A.s apud N.m N.m mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, 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; s.n.p.a.* ». V. Gai 4.47; cfr. Lenel, *EP.*[3] 106. — Il *iudicium contrarium depositi* era probabilmente una *actio in factum*: cfr. Ulp. D. 16.3.5 pr. In diritto classico il depositario era anche tutelato da un « *ius retentionis* » della *res deposita* e poteva, nell'*actio in ius*, opporre in compensazione il suo diritto all'indennizzo o al risarcimento.

83.5. Circa il cd. *depositum necessarium*, Ulpiano (30 *ed.*, D. 16.3.1.1) ricorda la seguente prescrizione edittale (cfr. Lenel, *EP.*[3] 289): « *Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt in ipsum in duplum, in heredem eius quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo* ». Con quest'unica formulazione il pretore considerò sia l'ipotesi del *depositum necessarium* che quella del *depositum* semplice (cioè del deposito non necessario): per l'erede del depositario (necessario) stabilì inoltre che l'*actio* fosse *in simplum*, e non *in duplum*, se risultasse che la mancata restituzione era dipesa da *dolus malus* del depositario defunto.

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 tale frode ed egli avesse soltanto commesso la negligenza di un depositario ordinario.

83.6. *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 colui che sarebbe risultato in seguito vincitore di una certa lite). In considerazione del fatto che la cosa non andava restituita ad un depositante preindividuato, 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 riconsegnata a richiesta del depositario. Inoltre, dato che non era a parlarsi di un deponente singolo, il quale rimanesse possessore della cosa durante il periodo del sequestro, il sequestratario acquistava sulla cosa stessa non la semplice detenzione, ma la *possessio ad interdicta*, con conseguente legittimazione agli interdetti possessori. Contro il sequestratario, per la consegna della cosa a chi di diritto tra i deponenti, era utilizzata la normale *actio depositi*, denominata peraltro dai postclassici « *actio sequestraria* ».

83.7. Il cd. *depositum irregulare* era, più precisamente, il deposito avente ad oggetto somme di danaro (cioè cose tipicamente

---

83.6. Per il *depositum in sequestrem* v.: Paul. D. 16.3.6; Flor. D. 16.3.17; Pomp. D. 16.3.12.2 (itp.?). Per la dottrina cfr.: Arangio-Ruiz, *Studi sulla dottrina romana del sequestro* (1906-1907), ora in *Scr. dir. rom.* 1 (1974); Levy, *Konkurrenz* cit. 1.386 ss.; Taubenschlag, *Il sequestro nel diritto dei papiri*, in *Iura* 2 (1951) 76 ss.; Guizzi, *Intorno alla nozione romana del sequestro*, in *Mnemeion Solazzi* (1964) 318 ss.; Broggini, *Introduction au « sequester »*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 43 ss.; Biscardi, sv. *Sequestro* (*dir. rom.*), in *NNDI.*, con altra letteratura.

83.7. Circa il *depositum irregulare*: fonti e letteratura indicate *retro* nt. 83.4. In particolare cfr.: Geiger, *Das « depositum irregulare » als Kreditgeschäft* (1961): Bogaert, *Les origines antiques de la banque de depôt* (1966); Tapani Klami, *« Mutua magis videtur quam deposita »* (1969); Pólay, *Die Spuren eines hellenistischen Einflusses in den Verträgen der Siebenbürgischen Wachstafeln*, in *Labeo* 19 (1973) 330 ss.; Litewski, *Le dépôt irrégulier*, in *RIDA.* 21 (1974) 215 ss. Il problema più dibattuto è quello della classicità dell'istituto. Naber, *De deposito usurario*, in *Mn.* n.s. 34 (1906) 59 ss., 365 ss., e Longo (C.), *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR.* 18 (1906) 121 ss., sostennero che la figura fosse giustinianea. In quest'ordine d'idee è la dottrina dominante, che ritiene quanto meno postclassica, e bizantina, l'ibrida figura del deposito irregolare, accusando interpolazioni e glossemi in D. 16.3.25.1 e D. 16.3.28 (cfr. l'*Index itp. ahl.*, e poi spec. Schulz, *The postclassical edition of Papinian's « libri quaestionum »*, in *Scr. Ferrini* Milano 4 [1950] 254 ss.). *Contra* si espresse già Segré,

fungibili e consumabili), nella ipotesi che il deponente desse al depositario la facoltà di utilizzare (consumandole) tali somme con l'obbligo di restituire altrettanto (*tantundem*) 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, connesso con il fatto che il deposito irregolare era operato, in età preclassica, presso banchieri (*argentarii*), i quali, se anche utilizzavano le somme depositate presso di loro per altre operazioni, tuttavia 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, perché così qualificato volontariamente dalle parti, e quindi contrastò la utilizzazione delle azioni da mutuo.

Sul deposito irregolare in diritto romano, in *BIDR*. 19 (1907) 197 ss., secondo cui l'istituto fu conosciuto da Papiniano. Più di recente ha sostenuto la classicità Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare*, in *BIDR*. 49-50 (1948) 80 ss., secondo il quale i classici videro sempre un *depositum* (regolare) nella *depositio* di somme di danaro, mentre parlarono di *mutuum* nella sola ipotesi che tra deponente e depositario intervenisse *ex intervallo* (cioè dopo la *depositio*) un *pactum* che autorizzasse il depositario ad utilizzare il danaro. Ha riesaminato il problema dal punto di vista delle azioni: Brasiello, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali* 1, in *St. De Francisci* 4 (1956) 471 ss.

CAPITOLO XIV

LE « OBLIGATIONES EX CONTRACTU »

SOMMARIO: 84. Le *obligationes ex contractu*. — 85. Le *obligationes ex empto et vendito*. — 86. Le *leges emptionis et venditionis*. — 87. Le *obligationes ex locato et conducto*. — 88. Le *obligationes ex societate*. — 89. Le *obligationes ex mandato*.

84. LE « OBLIGATIONES EX CONTRACTU ».

84.1. Le *obligationes ex contractu* (comunemente denominate « *obligationes consensu contractae* ») furono quelle derivanti (« *ex* ») dai quattro « *contractus* » riconosciuti in Roma dal *ius civile novum*, cioè da « *emptio venditio* », da « *locatio conductio* », da « *societas* », da « *mandatum* ». La definizione non può essere dogmaticamente più precisa: in primo luogo, perché la nota comune originaria dei quattro *contractus* di cui sopra, cioè il fatto che essi si fondavano su un « *nudus consensus* » delle parti, divenne, nel corso dell'età classica, caratteristica anche (e quanto meno) di un'altra categoria di negozi, i *pacta*; in secondo luogo, perché quella nota comune venne a mancare, o comunque si affievolì, in periodo postclassico, allorché 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, perché come già si è detto, il concetto di « *contractus* », che in un primo tempo caratterizzava i soli istituti del *ius civile novum*, passò ad estendersi, in periodo classico

---

84.1. Sulle *obligationes consensu contractae*, in generale, cfr.: Voci, *La dottrina romana del contratto* (1946) 165 ss. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*[3] (1963) 163 ss.; Pringsheim, *L'origine des contrats consensuels*, in *RH.* 32 (1954) 475 ss.; Magdelain, *Le consensualisme dans l'Edit du préteur* (1958) 5 ss.; Wunner, « *Contractus* » (1964). — Sul *ius civile novum* (cd. « *ius gentium* »): *retro* n. 9.6.1. — Sulle *obligationes ex pacto* e da *conventio*: *infra* n. 90-91.

e nell'età successiva, a tutte le fattispecie di « *conventio* » determinative 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 e classico, salvo ad indicare subito dopo le principali alterazioni dagli stessi subite nell'età successiva.

84.2. I caratteri propri e genuini dei quattro *contractus* del *ius civile novum* furono: la consensualità; la libertà delle forme; la mera obbligatorietà; l'azionabilità *ex fide bona.*

84.2.1. 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 », perché se esso mancava, o non era effettivo (a causa di reciproca incomprensione delle parti, cioè di malinteso), o veniva meno (a causa di « *contrarius consensus* » delle parti), il *contractus* non era (o non era più) valido; « sufficiente », perché bastava il *consensus* a determinare la costituzione delle *obligationes ex contractu*, salvo casi eccezionali in cui essa era rimandata a tempo successivo dalla non ancora realizzatasi possibilità di precisare obbiettivamente le obbligazioni stesse (così nell'ipotesi della cd. *emptio imperfecta* o in quella delle eventuali obbligazioni del man-

---

84.2. Sui caratteri dei *contractus* v. anche *retro* n. 71.5, 7 e 7.1, ove è tracciata anche la nostra impostazione del problema. Per le fonti v.: Gai 3.135-137 e I. 3.22.

84.2.1. Sulla consensualità v. Gai 3.136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse.* Il passo corrispondente di I. 3.22.1 porta la seguente variante: ... *quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit* (*rell.*). Sul tema cfr.: Benhör, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten der klassischen römischen Rechts* (1965); Knütel, « *Contrarius consensus* », *Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht* (1967). — Caratteristico modo di estinzione delle obbligazioni da *contractus* era il contrarius consensus (denominato, nel caso della *societas*, anche « *dissensus* »). Nei contratti di corresponsione esso consisteva nella decisione consensuale delle parti di non eseguire le obbligazioni convenute (sempre che ciò fosse ancora possibile, sempre cioè che la situazione iniziale non fosse stata mutata: « *re adhuc integra* »), o quanto meno di non eseguire le obbligazioni che ancora potessero non essere eseguite; nei contratti di cooperazione esso consisteva invece nella decisione consensuale di porre fine al consenso, che in quei contratti era continuativo. Il *contrarius consensus* operava *ipso iure civili*, ma in età classica, limitatamente alla *emptio venditio*, si affermò anche la possibilità e la convenienza del « *pactum ut abeatur* » (o « *ut discedatur* ») tra le parti: patto che era preso in considerazione dal giudice in sede processuale quando una parte, senza tener conto di esso, procedesse contro l'altra parte per ottenere l'esecuzione del *contractus*. In diritto giustinianeo anche il secondo istituto ebbe forse carattere generale. Per le complesse questioni di ricostruzione storica, cfr: Guarino, *Per la storia del « contrarius consensus »*, in *Labeo* 14 (1968) 271 ss., con altra bibliografia.

dante). Ma, si badi, il *consensus* non era rigidamente inteso come un « momento » determinativo del contratto: nel caso della *societas* e del *mandatum*, contratti di cooperazione, esso doveva sussistere a titolo continuativo ed il venir meno della volontà di una delle parti (*socius, mandator, mandatarius*) determinava *ipso iure* la fine del *contractus*.

84.2.2. 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* », purché naturalmente fosse esteriorizzato in modo inequivoco. Le fonti precisano, a questo proposito, che si può esprimere la propria volontà anche a gesti (« *et nutu solo* »), che insomma « *sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse* ».

84.2.3. La « mera obbligatorietà » 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 sé, 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*, creando obbligazioni tra le stesse.

84.2.4. La « bilateralità » dei *contractus* del *ius civile novum* sta a significare che essi erano costitutivi tra le parti di due o più obbliga-

---

84.2.2. Sulla libertà delle forme v. Paul. D. 45.1.35.2: *Si in locando conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod* [*responsum*] <*interrogatum*> *est, valet quod actum est, quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur*. Cfr. anche Mod. D. 44.7.52.9-10. Le fonti si esprimono spesso nel senso che « *neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur* », che « *ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio* », che « *inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium* ».

84.2.3. La mera obbligatorietà dei contratti consensuali risulterà confermata dall'esame delle singole figure contrattuali nei numeri seguenti. Se le parti volevano che si producessero anche effetti *erga omnes* (come nel caso della *emptio venditio*) o verso terzi determinati (come in molte ipotesi di *mandatum*), alla realizzazione di dette finalità occorrevano attività giuridiche del tutto separate (una *mancipatio*, una *traditio*, un *depositum* presso terzi ecc.), che le parti si erano eventualmente impegnate a fare.

84.2.4. Circa la bilateralità, certa dottrina parla di « bilateralità perfetta » nel caso dell'*emptio venditio* e della *locatio conductio*, di « bilateralità o plurilateralità » del pari « perfetta » nel caso della *societas*, di « bilateralità imperfetta » nel caso del *mandatum*. 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

zioni reciproche e interdipendenti, anche se non corrispettive (cioè non di valore economico equivalente) ed anche se non tutte attuali (ma alcune attuali ed altre potenziali). A questo proposito, è opportuno precisare che: per effetto dei due *contractus* a prestazioni eterogenee e corrispettive (la « *emptio venditio* » e la « *locatio conductio* »), ciascuna parte assumeva verso l'altra una o più obbligazioni di diversa natura, ma di valore economico necessariamente corrispondente; per effetto del *contractus* di cooperazione a prestazioni corrispettive (la *societas*) ciascuna parte assumeva verso l'altra 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 un valore economico corrispondente; per effetto del *contractus* di cooperazione a prestazioni unilaterali, ma potenzialmente bilaterali (il *mandatum*) una parte assumeva (gratuitamente) una o più obbligazioni verso l'altra, mentre per quest'ultima vi era solo la eventualità di essere obbligata, realizzandosi certe condizioni, verso la prima.

84.2.5. 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*, 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*: dei « *pacta adiecta* » al *contractus* (purché aggiunti « *in continenti* », cioè all'atto del primo incontro tra le volontà delle parti, e non dopo, non cioè « *ex intervallo* »), senza necessità per le parti di formulare *exceptiones* o separate *actiones* per poterli far valere; di ogni prestazione accessoria a quella principale o ad essa connessa (frutti, interessi, spese ecc.); delle ragioni per cui dovesse ritenersi non verificato il *consensus* tra le parti (errore di manifestazione della volontà, reciproca incomprensione, simulazione ecc.) o non sanamente formata la volontà di una di esse (*error facti, dolus malus, metus*); del « *dolus in contrahendo* », cioè del modo malizioso o sfuggente in cui

---

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*.

84.2.5. Sull'azionabilità *ex fide bona* v. Gai 3.137: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipulatur, alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.* — Sui *iudicia bonae fidei*: *retro* n. 17.6.2. — Sul *dolus*: *retro* n. 32.5.1. — Sulla *compensatio*: *retro* n. 76.6.

una parte si fosse comportata durante le trattative contrattuali; dei motivi di *compensatio*.

84.3. 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: il *consensus in idem placitum*, anche quando poteva ancora essere « *nudus* », fu tendenzialmente identificato nell'atto costitutivo iniziale; in molti casi, come si vedrà, specialmente quando si trattasse di negozi relativi ad immobili, fu richiesto che il *consensus* si rivestisse di forme determinate; 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.

85. Le « obligationes ex empto et vendito ».

85.1. L'*emptio venditio* era il *contractus* tra « *venditor* » e « *emptor* », in forza del quale nascevano le seguenti *obligationes*: l'obbligo del *venditor* di procurare all'*emptor* il libero possesso (« *habere licere* ») di una *res* (« *merx* ») e di assicurargli la pacifica disponibilità della *merx* sino a quando non ne avesse acquistato, per *usucapio* o altrimenti, il *dominium*; l'obbligo dell'*emptor* di trasferire, a titolo di corrispettivo, al *venditor* la proprietà di una somma di danaro (« *pretium* »).

84.3. Sugli sviluppi postclassici, per tutti, cfr.: Levy, *Weströmisches Vulgarrecht*, 2. - *Das Obligationenrecht* (1956) 206 ss., 249 ss., 283 ss., 287 ss.

85.1. Sull'*emptio venditio* cfr.: l'ormai classico trattato di Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht* 1 (1867), 2 (1884), 3.1 (1905), 3.2 (1908), superato naturalmente in molti punti; Scialoja, *Compravendita* (1907), un prezioso corso litografato dedicato alla esegesi del tit. 18.1 del Digesto, ma che si ferma all'analisi del fr. 4.1; Longo (C.), *Corso di diritto romano, Parte generale: Fatti giuridici, negozi giuridici, atti illeciti. Parte speciale: La compravendita* (1937) p. 281-400; de Zulueta, *The Roman law of sale, Introduction and selected texts* (1945) con una completa rassegna di fonti giuridiche e non giuridiche sulla *emptio venditio*; Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*[2] (1954), l'opera più completa e attualmente valida. Per il diritto greco cfr.: Pringsheim, *The greek law of sale* (1950). Per le origini cfr.: Labruna, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'« emptio » consensuale*, in *Labeo* 14 (1968) 24 ss. [= *St. Volterra* 5 (1971) 23 ss.]. Una descrizione sistematica della *emptio venditio* in età costantiniana è in: Dupont, *La vente dans les constitutions de Costantin*, in *RIDA*. 3ª s. 2 (1955) 237 ss. Una interessante raccolta di saggi dedicati tutti alla *emptio venditio* è: *Studies in the roman law of sale, dedicated to the memory of E. de Zulueta* (1959) [= *St. De Zulueta*]. La più recente sintesi è quella del Burdese, sv. *Vendita* (*dir. rom.*), in *NNDI*. Per le fonti v.: Gai 3.139-141; D. 18.1 (*De contrahenda emptione ecc.*); I. 3.23; CI. 4.38.

85.1.1. 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

---

85.1.1. Diverse ipotesi sono state avanzate sulle origini della vendita consensuale romana. *a*) Il Mommsen, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, in *ZSS*. 2 (1885) 260 ss., ipotizzò che la compravendita, così come la locazione e i contratti consensuali in genere, sia derivata dall'applicazione nell'àmbito del diritto privato di schemi contrattuali pubblicistici: in particolare, per la compravendita, dalla imitazione delle vendite *ex lege quaestoria* e dei contratti di appalti pubblici. Tale ipotesi è stata di recente ripresa, con argomentazioni scarsamente convincenti, dal Cancelli, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici* (1963) e, con maggiore finezza, dal Gallo, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*. 30 (1964) 299 ss., il quale tenta peraltro di conciliarla con i più sicuri risultati delle ricerche dell'Arangio-Ruiz (cit. *infra* sub *e*). *b*) Per il Pernice, *Labeo* 1 (1873) 456 ss., la compravendita consensuale si riallaccia, invece, ad un precedente contratto obbligatorio a tipo reale: partendo dalla *mancipatio*, in un secondo momento si sarebbe ammesso che, mentre una delle parti poteva eseguire direttamente la sua prestazione, l'altra poteva dilazionare la propria; la parte che aveva ricevuto la *datio* risultava obbligata ad effettuare la sua prestazione proprio in virtù di quella. Uno sviluppo di tale dottrina fu tentato dall'Huvelin, sv. *Obligatio*, in *DS*., che cercò di estenderla a tutti i contratti consensuali. *c*) Non molto diversa dalla precedente, sia pure per taluni versi più accettabile, la tesi del Bechmann, *Geschichte des Kaufs in römischen Recht* (1876) 330 ss., che tenta di semplificare il processo evolutivo ipotizzando che il passaggio dal contratto reale a quello consensuale sia avvenuto traverso la mediazione dell'uso di accreditare semplicemente il prezzo. *d*) Acuta e coerente, ma alquanto astratta ed estremamente ipotetica la tesi del passaggio dalla *mancipatio* all'*emptio venditio* consensuale traverso una semplificazione della prima, sostenuta in una lunga serie di articoli dal Meylan: *La conception classique de la vente et le fragm. D. 12.4.16*, in *RIDA*. 1 (1948) 133 ss.; *La « satisdatio secundum mancipium »*, in *RH*. 26 (1948) 1 ss.; *Varron et les conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine*, in *Scritti Ferrini Milano* 4 (1947) 176 ss.; *« Periculum est emptoris », Explication historique de l'art. 185 al. 1 C.O.*, in *Fs. Guhl* (1950) 9 ss., con preziosa sintesi di altri suoi precedenti contributi; *Gaius Inst. I 119: « rem tenens » ou « aes tenens »?*, in *St. Albertario* 1 (1953) 213 ss., ove tenta di sostenere una lettura del frammento gaiano che dovrebbe servire da base per la sua teoria sull'origine del nostro istituto; e ancora: *La genèse de la vente consensuelle romaine*, in *T*. 21 (1953) 129 ss.; *Le rôle de la « bona fides » dans le passage de la vente au comptante à la vente consensuelle*, in *Fs. Simonius* (1955) 247 ss. *e*) Su tutto altro piano si pone l'ipotesi avanzata dal Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts* 1 (1873) e dallo Jhering, *Geist*[8] 3 (r. 1954) 292 ss., che fanno derivare la compravendita consensuale da due distinte stipulazioni tendenti allo stesso fine ed aventi ad oggetto la consegna della cosa l'una, il pagamento del prezzo l'altra. Tale ipotesi, cui non sono mancate adesioni ma neppure critiche severe, è stata sviluppata dall'Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit., e ripresa dal Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI*. 20 (1954) 127 ss. L'Arangio-Ruiz ha pensato a due distinte stipulazioni reciprocamente condizionate, quale precedente storico dell'*emptio venditio* consensuale; il Sargenti, invece, ha ritenuto di avanzare l'ipotesi che alla compravendita consensuale si sia giunti traverso l'impiego di più stipulazioni e negozi diversi miranti tutti a munire di sanzione nell'àmbito dello *ius civile* la compravendita consensuale stessa. *f*) Secondo un'altra ipotesi, avanzata dal Voigt, *Die Lehre vom « jus naturale, aequum et bonum » und « jus gentium » der Römer* 3 (1871) 231 ss., e ripresa dal Ferrini, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, ora in *Opere* 3 (1929) 3 ss., nonché *Pandette*[4] 679, il fondamento del contratto consensuale di compravendita potrebbe rinvenirsi in una particolare efficacia della « *fides* » arcaica, indipendentemente da ogni rilevanza e tutela giuridica. *g*) Resta, infine, l'ipotesi che si

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 annoverassero già, nel loro *ius civile*, una vendita ad effetti reali, o non abbiano comunque conferito effetti reali alla *emptio venditio* allorché l'hanno recepita *inter cives*. Ma la risposta, almeno a nostro parere, è facile. Anzi tutto, i Romani in pratica 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 riempire. D'altra parte, gli stessi Romani nemmeno avevano eccessive difficoltà a realizzare un trasferimento immediato della *res* con corrispondente impegno dell'acquirente (mediante *stipulatio*) al 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 perché 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. È probabile che, prima dell'introduzione dell'*emptio venditio*, i Romani soddisfacessero questa 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, perché 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

---

può dire accolta dalla maggior parte della dottrina, secondo cui la compravendita consensuale avrebbe avuto origine nell'àmbito del *ius gentium* e avrebbe trovato sanzione giuridica in Roma attraverso la giurisdizione del pretore peregrino: Scialoja, *La compravendita* cit. 181 ss.; Longo, *Corso* cit. 297 ss. L'ultima ipotesi è stata di recente riproposta con talune precisazioni e con acute osservazioni dal Luzzatto, *L'art. 1470 C.C. e la compravendita consensuale romana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 19 (1965) 897 ss.

inevitabilmente riproposto il problema della creazione di un altro istituto (che non sarebbe più potuto essere l'*emptio venditio*) per la vendita ad esecuzione differita.

85.1.2. In età postclassica, la progressiva decadenza della *mancipatio* 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. Né fu ritenuto più sufficiente il *nudus consensus*, perché 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.

85.1.3. Elementi costitutivi del *contractus* di *emptio venditio* furono, dunque: il *consensus in idem placitum*, comunque manifestato,

---

85.1.2. Sulla copiosa legislazione costantiniana in tema di *emptio venditio* (si v. soprattutto: Vat. 35; CTh. 3.1.2; CTh. 8.15.1 e 2; CTh. 13.24.1) cfr.: Levy, *West roman vulgar law*, I. - *The law of property* (1951) 128 ss.; Dupont, *La vente dans les constitutions de Constantin* cit.; Archi, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana* (1934) 168; Talamanca, *Ancora sul principio « emptione dominium transfertur »*, in *SUC.* 1962-63. — Per la legislazione giustinianea v. I. 3.23 pr.: *Emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. Nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae. Sed haec quidem de emptionibus et venditionibus, quae sine scriptura consistunt optinere oportet: nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est. In his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta, et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid ex his deest et paenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. Ita tamen impune recedere eis concedimus, nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est.* Sul testo: Talamanca, *L'unità della vendita in I. 3.23 pr.*, in *Scr. Giuffré* I (1967) 803 ss. La costituzione ricordata dalle Istituzioni è del 528 ed è riportata in CI. 4.21.17. Su ciò, da ultimo, Gallo, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite* (lit., 1964). Ulteriore bibliografia, inoltre, *infra* nt. 85.4.2, 86.2 e 86.2.1.

85.1.3. Sugli elementi costitutivi della compravendita, in generale, cfr.: De Zulueta, *The roman law of sale* cit. 20 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 88 ss. Si v. inoltre la letteratura cit. *retro* nt. 85.1.1 e *infra* nt. 85.4.

delle parti e il fine economico di attuare un successivo (non contestuale) scambio corrispettivo della *merx* contro il *pretium* versato o da versarsi. Non è il caso di indugiare oltre su questi requisiti, salvo che per illustrare tre punti: le caratteristiche della *merx*; le caratteristiche del *pretium*; il momento perfezionativo del *contractus*.

85.2. Relativamente alla *merx* (o « *res quae venit* »), è da dire che potevano costituire oggetto di vendita tutte le *res*, purché *in com-*

85.2. A rigore, il concetto di *merx* è comprensivo delle sole cose mobili, ad esclusione degli schiavi. V. D. 50.16.66: « *Mercis* » *appellatio ad res mobiles tantum pertinet*; D. 50.16.207: « *Mercis* » *appellatione homines non contineri Mela ait: et ob eam rem mangones non mercatores, sed venaliciarios appellari ait, et recte* (« *mangones* » erano appunto i mercanti di schiavi). — La vendita dell'*homo liber* al compratore di buona fede era oggetto di controversia. V. L. Ruf. D. 18.1.70: *Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. Quod idem placet etiam si venditor sciat emptor autem ignoret. Quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur* (cfr. I. 3.23.5). Sul problema: Reggi, « *Liber homo bona fide serviens* » (1958). — Per l'*emptio hereditatis*, D. 18.4.7: *Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.* Cfr.: Daube, *Sale of inheritance and merger of rights*, in *ZSS.* 74 (1957) 234 ss.; Thomas, « *Venditio hereditatis* » *and* « *emptio spei* », in *Tulane Law Review* 33 (1958-59) 541 ss.; Kaser, *Erbschaftskauf und Hoffnungskauf*, in *BIDR.* 74 (1971) 45 ss. — Di *emptio servitutis* parlano le fonti nel senso di un contratto consensuale col quale il *dominus* del fondo si obbliga a costituire una servitù dietro pagamento di un corrispettivo: suo scopo è quindi non di trasferire un diritto ma di costituirlo (Iav. D. 8.1.20). Anche il diritto di usufrutto poteva esser venduto nel senso visto per le servitù, ma le esigenze pratiche portarono all'ammissione anche di una vera e propria compravendita del diritto di usufrutto da parte dell'usufruttuario ad un terzo; in questo caso è da vedersi, secondo Paolo, « ... *utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit vendas an vero in ipsum corpus, quod tuum sit usum fructum mihi vendas: nam priore casu, etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur, si tu vivis: posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit* ». — Sulla ammissibilità dell'*emptio* dei crediti: Ulp. D. 18.4.17: *Nomina eorum, qui sub condicione vel in diem debent, et emere et vendere solemus: ea enim res est, quae emi et venire potest.* — Sulla *emptio* di cose *extra commercium*, D. 18.1.22-24: *Hanc legem venditionis* « *si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil* », *supervacuam non esse, sed ad modica loca pertinere. Ceterum si omne religiosum vel sacrum vel publicum venierit, nullam esse emptionem, (et quod solverit eo nomine, emptor condicere potest), in modicis autem ex empto esse actionem, quia non specialiter locus sacer vel religiosus venit sed emptioni maioris partis accessit.* Sulla concessione, però, dell'*actio in factum* al compratore di buona fede, D. 11.7.8.1: *Si locus religiosus pro puro venisse dicetur praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet* (*rell.*). Il principio della validità dell'*emptio* di cosa *extra commercium* risulta al contrario da D. 18.1.62.1, probabilmente riflettente concezioni giustinianee (cfr. anche I. 3.23.5): Biondi, *La vendita di cose fuori di commercio*, in *St. Riccobono* 4 (1936) 1 ss.; Longo (G.), *Casi di impossibilità della prestazione in diritto giustinianeo*, in *AUMA.* 1934; Voci, *L'errore nel diritto romano* (1937) 146 ss.; Sargenti, *Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1952) 233 ss. — La compravendita di cosa altrui è ammessa senza esitazioni. V. Ulp. D. 18.1.28: *Res alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.* Su ciò: Scarlata Fazio, *Appunti esegetici in tema di vendita di cose altrui*, in *RISG.* n. s. 14 (1939) 216 ss.; Daube, *Generalisations in D. 18.1* « *De contrahenda emptione* », in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1952) 185 ss.; Kaser, *Fragmentum Vaticanum* 1, in *Labeo* 7

mercio, 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'*ususfructus* (nel qual caso, il compratore non acquistava il diritto del venditore, ma il mero esercizio del diritto stesso), nonché i crediti verso terzi e le azioni personali e reali. È discusso invece se in diritto classico potessero vendersi le *res extra commercium*, beninteso nella speranza che divenissero commerciabili dopo la conclusione del contratto. Certo è che potevano formare oggetto di *emptio venditio* anche una « *res aliena* » (con l'impegno di procurarla in futuro al compratore) e anche una « *res sperata* », una cosa di futura e prevedibile esistenza (per es.: il *partus ancillae*, i frutti di un albero), condizionatamente alla sua venuta in essere. Persino la cd. « *emptio spei* », cioè la vendita di una cosa di cui si ignorasse obbiettivamente se sarebbe esistita oppur no (per es.: il contenuto di pesca di una rete gettata a mare), era valida, ma non era ritenuta una vera vendita, bensì un contratto aleatorio, una sorta di scommessa tra le parti sotto forma di vendita.

(1961) 291 ss. (a proposito dell'*emptio* di *res mancipi*, aliena, venduta da una *mulier sine tutoris auctoritate* o con l'assistenza di un *falsus tutor*, v. anche D. 18.1.27); e, ancora, Daube, *D. 19.1.46 and adultery*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 65 ss. — Sulla vendita di cosa futura, Pomp. D. 18.1.9 pr.: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascantur aut fiant, ex empto agi posse* (= cd. *emptio rei speratae*); D. 18.1.8.1: *Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, eo nomine obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur* (= cd. *emptio spei*). Sul tema: De Visscher, *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel* (1914); Bartosek, *La « spes » en droit romain*, in *RIDA*. 2 (1949) 19 ss.; Senn, *La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit*, in *RH*. 34 (1956) 163 ss.; Brasiello, sv. « *Emptio rei speratae* » *ed* « *emptio spei* », in *NNDI*.; Calonge, *La compraventa de cosa futura, Desde Roma a la doctrina europea actual* (1963); Kurz, « *Emptio rei speratae pura* » *oder* « *sub condicione* »?, in *Labeo* 20 (1974) 194 ss. — Non era possibile una compravendita di cose di genere, a meno che se ne precisasse l'appartenenza ad un ambito determinato. V. Gai. D. 18.1.35.7: ... *si ex doleario pars vini venierit, veluti metraetae centum, verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere* (*rell.*); Paul. D. 18.6.5: ... *si verbi gratia amphorae centum ex eo vino quod in cella esset venierint* (*rell.*). Si cfr.: Casavola, « *Emptio pondere numero mensura* », in *Scr. Jovene* (1954) 551 ss. — Quanto all'identificazione dell'oggetto venduto cfr., a titolo esemplificativo: Marrone, sv. « *Ruta et caesa* », in *NNDI*., e *Considerazioni sui « ruta (et) caesa »*, in *St. Volterra* 1 (1971) 213 ss. (per la nozione di *ruta et caesa* v. *retro* nt. 27.3.1).

85.3. Il *pretium* 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. Eccezionalmente, il prezzo poteva essere determinato anche *per relationem*, cioè con riferimento ad una quantità di *pecunia* risultante da elementi esteriori al contratto (es.: « *quantum in arca habeo* »). Più eccezionalmente ancora il prezzo poteva essere rimesso alla decisione di un terzo o di uno solo dei contraenti, purché non si trattasse di *arbitrium merum*, pienamente discrezionale, ma si trattasse di *arbitrium boni viri*, esercitato con criteri da *bonus pater familias*, con criteri controllabili di aderenza alla giusta stima.

85.3.1. Se il *pretium* non era fissato in danaro, non si aveva una vendita. Se mai, dal momento in cui fosse stata realizzata la consegna della *merx* o del corrispettivo, si realizzava una « *permutatio* »: nel sec. I d.C., non essendo stata ancora riconosciuta dalla giurisprudenza

---

85.3. Sul *pretium*, in generale, cfr.: De Zulueta, *The Roman law of sale* cit. 16 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 134 ss.; Horvat, *Sulla formazione del prezzo nella compravendita romana* (s.d.). Sui requisiti, in particolare: De Senarclens, *La maxime « pretium debet esse verum, certum, iustum »*, in *Mél. Fournier* (1929) 685 ss. — Se il *pretium* era simulato, veniva a mancare la *emptio venditio* e si aveva soltanto una ipotesi di *donatio*. V. Ulp. D. 18.1.36: *Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus. non videtur vendere*; D. 18.1.38: *Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur dubium non est venditionem valere. Hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est.* — Sul requisito della certezza del *pretium* v. Gai 3.140: *Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit ut quanti Titius rem aestimaverit tanti sit empta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem esse putavit; cuius opinionem Proculus secutus est* (cfr. anche I. 3.23.1); inoltre D. 18.1.35.1: *Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: « Quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum »* (cfr. anche D. 18.1.7.1 e D. 18.1.37). In argomento cfr.: Daube, *Certainty of price in roman law of sale*, in *St. De Zulueta* (1959) 9 ss.; Thomas, *Marginalia on « certum pretium »*, in *T.* 35 (1967) 77 ss.

85.3.1. Sui rapporti tra *emptio venditio* e *permutatio* v. Gai 3.141: *Item pretium in numerata pecunia consistere debet: nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei pretium esse possit, valde quaeritur. Nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium. Unde illud est quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero (Il. 7.472-475). Diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum aliud emptionem et venditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri. Sed ait Caelius Sabinus si rem tibi venalem habenti, veluti fundum..., pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse ut fundus acciperetur* (cfr. anche Paul. D. 18.1.1. pr.). Sul problema: Meylan, « *Permutatio rerum* », in *Jus et Lex* [= *Fs. Gutzwiller* (1959) 9 ss.]. V. anche *infra* n. 91.4.

la figura giuridica della *permutatio*, vi fu appunto grande discussione se potesse essere ritenuta ipotesi di vendita anche la convenzione di scambio tra merci. 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 inclini all'affermativa.

85.3.2. Se poi il prezzo non era « giusto », cioè approssimativamente corrispondente al reale valore della *merx* al momento del contratto, il diritto classico si limitava a ritenere sanzionabile, con i mezzi repressivi del *dolus malus*, la sola 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* » in dipendenza dell'aver 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.

85.4. Relativamente al momento perfezionativo del *contractus*, bisogna distinguere tra il momento in cui il contratto

---

85.3.2. Per la compatibilità del *dolus bonus* col *iustum pretium* v. Paul. D. 19.2.22.3: *... in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere (rell.)*; Ulp. D. 4.4.16.4: *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*. Cfr.: Visky, *Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts*, in *RIDA*. 16 (1969) 355 ss. — La regola giustinianea della *laesio enormis* è espressa traverso la modifica, riconosciuta dal Gradenwitz (*Interpolazioni ed interpretazioni*, in *BIDR*. 2 [1889] 3 ss.), del dettato di una costituzione di Diocleziano ora in CI. 4.44.2: *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipiens. minus autem pretium esse videtur si nec dimidia pars veri pretii soluta sit* (cfr. anche CI. 4.44.8). Sul problema: Solazzi, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme* (1921) ora in *Scr.* 2 (1957) 353 ss.; Dekkers, *La lésion énorme* (1937); Genzmer, *Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis und «laesio enormis»*, in *Z. f. ausländ. u. inter. Privatrecht* 1937; Jolowicz, *L'origine de la « laesio enormis »*, in *Rec. Lambert* 1 (1938) 185 ss.; Gutièrrez Alviz, « *Laesio enormis* » (1945); De Francisci, « *Iustum pretium* », in *St. Paoli* (1955) 3 ss.; Dias, « *Laesio enormis*», *The roman dutch story*, in *St. De Zulueta* (1959) 46 ss., Visky, *Appunti sulla origine della lesione enorme*, in *Iura* 12 (1961) 40 ss.; che però difende la genuinità di CI. 4.44.2 e 8 cit., attribuendo l'introduzione del principio in questione a Diocleziano e collegandolo con la legislazione calmieratrice effettuata traverso l'« *edictum de pretiis* »; Gallo, *Giusto corrispettivo presunto nella vendita e nella locazione*, in *SDHI*. 32 (1966) 234 ss. Cfr. anche: Piccirillo, sv. *Rescissione* (*dir. rom.*), in *NNDI*. con altra bibliografia.

85.4. In ordine alla *perfectio* dell'*emptio venditio* v. Paul. D. 18.6.8 pr.:

diveniva valido e il momento (eventualmente successivo) in cui esso 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): sin 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, sino a che non fosse stata fatta l'*aversio*.

85.4.1. Il momento della « *perfectio* », nel senso di conseguimento di efficacia da parte del contratto, determinava il trapasso al compra-

---

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium et pure venit perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicut nec stipulatio. V. anche Ulp. D. 18.1.7 pr.: *Haec venditio servi « si rationis domini computasset arbitrio » condicionalis est: condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio (rell.).* Per la dottrina cfr.: Daube, *Three notes on Digest 18.1, Conclusion of sale*, in *LQR*. 73 (1957) 379 ss.; Casavola, « *Emptio pondere numero mensura* » cit., per il quale nel caso di vendita di cose fungibili «*perficere emptionem*» significa esistenza e non eseguibilità del contratto. V. anche *infra* nt. 85.4.1.

85.4.1. Sul *periculum emptoris* v. D. 18.6.8 pr. cit. (nt. 85.4) e I. 3.23.3: *Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque, si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit; emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere, quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet cuius periculum est.* Quanto alla dottrina, Arnò, *La teoria del « periculum rei venditae » nel diritto romano classico*, in *GI*. 49 (1897) 4.209 ss., fu il primo a sostenere che in età classica il *periculum* si trasferiva al compratore solo in seguito all'avvenuta *traditio* della *merx*. L'a. difese la sua tesi in una serie di scritti, l'ultimo dei quali è: *La costituzione ultima del Codice « De periculo et commodo rei venditae » (Cod. 4.48.6)*, in *St. Brugi* (1910) 151 ss. *Contra*: Seckel e Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf in klassischen römischen Recht*, in *ZSS*. 47 (1927) 117 ss. Il Rabel, *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS*. 42 (1921) 543 ss., ritenne che la *bona fides* che informa il rapporto abbia determinato applicazioni parzialmente derogative del principio classico del *periculum emptoris*. Cfr. anche: Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] (1958) 147 ss.; Krückmann, *Einige Randfragen zum « periculum emptoris »*, in *ZSS*. 59 (1939) 1 ss., e « *Periculum emptoris* », in *ZSS*. 60 (1940) 1 ss.; Arias-Ramos, *La doctrina del riesgo en la compraventa romana* (1947); Meylan, « *Periculum est emptoris* », in *Fs. Guhl* (1950) 9 ss.; Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale*, 3. - *Obbligazione di consegnare e « periculum*

tore 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 sé e per sé, di ogni effetto traslativo o costitutivo reale.

85.4.2. Allo scopo di determinare il passaggio di proprietà occorreva una *mancipatio*, una *in iure cessio* o una *traditio* (nel diritto giustinianeo, la *traditio*). Anzi molto si discuteva circa il momento del

---

rei venditae », in *SDHI.* 20 (1954) 127 ss.; Betti, « *Periculum* », *Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Jus* 5 (1954) 333 ss.; Luzzatto, *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR.* 63 (1960) 47 ss.; Alonso Perez, « *Periculum emptoris* » *y Frag. Vat. 16*, in *AHDE.* 31 (1961) 363 ss.; Provera, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *St. Betti* 3 (1962) 691 ss.; Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano* 1 (1966); Röhle, *Das Problem der Gefahrtragung im Bercich des römischen Dienstund Werkvertrages*, in *SDHI.* 34 (1968) 183 ss.; Knütel, *Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht*, in *St. Kaser* (1973) 33 ss.; Molnar, *Gefahrtragung beim römischen Dienst- und Werkertrag*, in *Labeo* 21 (1975) 23 ss.

85.4.2. Per la questione del trasferimento del *dominium* v. Gai 2.20: *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero, sive ex venditionis causa sive ex donationis, sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim*; I. 2.1.41: *Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri*; D. 18.1.19: *Quod vendidi non aliter fit accipientis quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione.* — Sulla regola che subordina il trasferimento della proprietà non solo all'attuazione del negozio traslativo ma anche al pagamento del prezzo si v., fra la nutritissima letteratura: Appleton, *A l'époque classique le transfert de la propriété de la chose vendue et livrée était-il subordonné, en règle, au paiement du prix?*, in *RH.* 7 (1928) 11 ss., 173 ss.; Meylan, *Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue en droit romain classique*, in *St. Bonfante* 1 (1930) 441 ss.; e *Varron et les conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine*, in *Scr. Ferrini Milano* 4 (1947) 176 ss.; Romano (S.), *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita romana* (1934), e *Nuovi studi sul trasferimento di proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana* (1937); Archi, *In tema di trasferimento della proprietà per compravendita*, in *SDHI.* 1 (1935) 115 ss.; Longo (C.), *Passaggio della proprietà e pagamento del prezzo nella compravendita romana*, in *BIDR.* 45 (1938) 15 ss.; Arangio-Ruiz, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano*, in *Fs. Koschaker* 2 (1939) 141 ss., e *La compravendita* cit. 276 ss.; Feenstra, *Inst. 2, 1, 41 et les origines de la revendication du vendeur non payé*, in *RIDA.* 4 (1950) 455 ss., e « *Fidem emptoris sequi* », in *St. Paoli* (1955) 273 ss.; Biscardi, *Sulla genesi della norma giustinianea in materia di trasferimento della cosa venduta*, in *RIDA.* 5 (1953) 271 ss.; Ricca-Barberis, *L'obbligo naturale nascente dall'evizione e quello di trasferire la proprietà*, in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1952) 261 ss.; Gallo, *Il principio* « *emptione dominium transfertur* » (1960); Luzzatto, *L'art. 1470 C.C. e la compravendita consensuale rom.* cit.; Talamanca, *Ancora sul principio* cit.

passaggio di proprietà. Mentre alcune fonti dicono che esso avveniva contestualmente con la *traditio* e via dicendo, altre fonti fanno intendere che il dominio non si acquistasse col semplice atto traslativo di proprietà al compratore, ma solo a patto che egli avesse anche pagato il prezzo (« *pretio soluto* ») o che egli avesse dato garanzie sufficienti per il pagamento dello stesso, a meno che il venditore avesse esplicitamente accettato di rimettersi completamente alla sua *fides*.

85.5. 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 delle azioni facilitò, col tempo e con la prassi, la specificazione degli obblighi del compratore e del venditore.

85.6. L'obbligazione tipica del *venditor* era di fare ottenere al compratore la cosa vendutagli, nel senso di assicurargli

---

85.5. In ordine alle azioni nascenti dall'*emptio venditio* v. Gai 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito* (*rell.*). Ricostruzione delle formule in Lenel, *EP.*[3] § 110: « *Quod A.s A.s de N.o N.o hominem quo de agitur emit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.* », per l'*actio empti*; per l'*actio venditi* cambia solo la *demonstratio*: « *Quod As. As. N.o N.o hominem quo de agitur vendidit,...* ». Sulla possibilità di porre in via preventiva un limite alla condanna (« *taxatio* »), facendo seguire all'« *eius* » l'inciso « *dumtaxat sestertiis nummis tot* », v. CI. 4.49.4, e cfr. Lenel, *EP.*[3] 154 nt. 3. In argomento: Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 205 ss.; Sargenti, *Appunti sulla esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 233 ss.; Impallomeni, *Applicazioni del principio dell'affidamento nella vendita romana*, in *SDHI.* 21 (1955) 157 ss.; Meylan, *Reflexions sur Ulp. (Cels.) D. 19.1.13.17*, in *RIDA.* 3° s. 3 (1956) 303 ss. Cfr. anche: Stein, *False measures in the Roman law of sale*, in *Cambridge Law J.* (1955) 226 ss., e Pezzana, *Sull'« actio empti » come azione di garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone (Note esegetiche)*, in *BIDR.* 62 (1959) 185 ss. Fonti sul tema in: D. 19.1 (*De actionibus empti venditi*); CI. 4.49.

85.6. Sull'obbligo principale del venditore di far ottenere al compratore il possesso della cosa, non il *dominium*, v. Ulp. D. 18.1.25.1: *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulandi spopondit*; Afr. D. 19.1.30.1: *... quamvis... verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat* (*rell.*). Cfr.: Bussman, *Obligation de delivrance du vendeur en droit romain classique* (1933); Sargenti, *La « satisdatio secundum mancipium » e la « stipulatio habere licere » nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana*, in *BIDR.* 65 (1962) 151 ss.; Meylan, *La stipulation « habere licere »*, in *T.* 38 (1970) 67 ss. Un testo celebre, Cels. D. 12.4.16 (*Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum* [*rell.*]), sembra escludere l'esistenza di un'*emptio venditio* nel caso in cui il venditore non si assuma l'obbligo di trasferire la proprietà della cosa (si v. la bibliografia cit. *supra* alla nt. 85.4.2, a cui *adde*, da ultimo, Meylan, *Nouvelle explication de Celse, D. 12,4,16*, in *Iura* 20 [1969] 287 ss.). Cfr. anche PS. 1.13*a*.4: *Si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest ut tradat aut mancipet*; D. 19.1.11.2: *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere et si mancipi est mancipare*; nonché Gai 4.131*a*. — In ogni caso, una convenzione

il possesso della stessa: possesso denominato usualmente « *habere licere* ». A questo scopo non occorreva, 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*. Se la cosa non era stata consegnata al compratore, questi aveva contro il venditore l'*actio empti*, diretta appunto all'esecuzione dell'obbligo fondamentale di *tradere vacuam possessionem*.

85.7. Altre obbligazioni del *venditor*, sebbene non direttamente dipendenti dal contratto, ma derivanti 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 vizi occulti.

85.7.1. La responsabilità per « *evictio* » si aveva in rapporto alla ipotesi della vendita di una cosa altrui, la quale poneva il compratore

---

contraria all'acquisto di proprietà sulla cosa venduta da parte del compratore faceva sì che non venisse in essere una compravendita. V. Lab. D. 18.1.80.3: *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.* — Sull'*usucapio pro emptore*: *retro* n. 62.4.3.

85.7. Sulle altre obbligazioni del *venditor* si cfr., in generale: De Zulueta, *The Roman law of sale* cit. 35 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 149 ss. Fonti in: D. 21.2 (*De evictione et duplae stipulatione*); D. 21.1 (*De aedilicio edicto*).

85.7.1. Sulla più antica responsabilità per evizione cfr.: De Visscher, *Le rôle de l'« auctoritas » dans la mancipation*, in *RH*. 12 (1933) 196 ss., 603 ss.; von Lübtow, *Studien zum altrömischen Kaufrecht*, in *Fs. Koschaker* 2 (1939) 113 ss.; Coing, *A typical development in the Roman law of sale*, in *Seminar* 8 (1950) 6 ss.; Delos, *Contribution à l'étude sociologique d'autorité, L'« actio auctoritatis » en droit romain*, in *Scr. Sturzo* 2 (1953) 7 ss.; Thormann, « *Auctoritas* » (*Ein Beitrag zum römischen Kaufsrecht*), in *Iura* 5 (1954) 1 ss.; Calonge, *Evicción, Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico* (1968). — Sulle *stipulationes de evictione*, D. 45.1.38 pr.: *Stipulatio ita: habere licere spondes? hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri quo minus nobis habere liceat* (*rell.*). Un esempio di *stipulatio duplae* è nel trittico del 142 (« *emptio pueri* ») pubblicato in *FIRA*. 3 al n. 88 (7-15): « ... *et si quis eum puerum quo de agitur partemve quam quis ex eo evicerit, quo minus emptorem supra scriptum eumve ad quem ea res pertinebit uti frui habere possidereque recte liceat, tunc quantum id erit, quod ita ex eo evictum fuerit, tantam pecuniam duplam probam recte dari fide rogavit Dasius Breucus, dari fide promisit Bellicus Alexandri, idem fide sua esse iussit Vibius Longus...* ». Per il regime classico v. Paul. D. 19.4.1 pr.: ... *venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo...*; Gai D. 21.2.6: *Si fundus venierit ex consuetudine eius regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet*; Iav. D. 41.3.23.1: *Si autem columna evicta fuerit, puto de ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum* (cfr. anche D. 21.2.37.2 e PS. 2.17.8). Su ciò cfr. per tutti: Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte* (1912); Lévy (J. Ph.), *Les stipulations de garantie contre l'éviction dans le vente romaine*, in *RH*. 32 (1954) 321 ss.; Pezzana, *La « cautio de evictione » nelle com-*

di fronte al pericolo di dover soggiacere alla *rei vindicatio* del *dominus* della *merx*, se questi si avanzasse a far valere il suo titolo di proprietà: la soccombenza nella *rei vindicatio* 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 particolare garanzia attraverso speciali *stipulationes*: la « *stipulatio duplae* », mediante cui il *venditor* 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 vendite di minore importanza) al risarcimento del danno subìto 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 da 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 tempestivamente il venditore, denunciandogli la lite intentatagli dal proprietario e invitandolo ad intervenire nel processo (« *laudatio auctoris* » o « *denuntiatio litis de evictione* »).

85.7.2. Circa la responsabilità per « vizi occulti » della merce, è da dire che inizialmente il venditore non era in alcun modo tenuto

---

pravendite ravennati, in *St. De Francisci* 2 (1956) 183 ss.; Meylan, *La mancipation et la garantie d'éviction dans les actes de vente de Transylvanie et d'Herculanum*, in *Fs. von Lübtow* (1970) 417 ss.; Kaser, *Die römische Eviktionshaftung nach Weiterverkauf*, ivi 481 ss. — Sul *pactum de non praestanda evictione* cfr.: De Medio, *Il patto di non prestare evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico*, in *BIDR*. 16 (1904) 5 ss.; Guarneri-Citati, *Gli effetti del « pactum de non praestanda evictione »*, in *AUPA*. 1922; Ricca-Barberis, *Altro ancora sull'efficacia del « pactum de non praestanda evictione »*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 11 ss.; Powell, *Eviction in Roman law and English law*, in *St. De Zulueta* (1959) 78 ss.

85.7.2. Se l'impegno di risarcire i vizi occulti veniva assunto dal venditore mediante *stipulatio* (cd. « *promissa* ») egli rispondeva *ex stipulatu*; se invece tale

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, pur se sicuramente esistenti già in quel momento: tutta-

---

garanzia era assunta traverso dichiarazioni non formali (cd. « *dicta* ») egli era tenuto *ex empto*. V.: D. 21.2.31: *... ego puto verius hanc stipulationem, « furem non esse », « vispellionem non esse », « sanum esse » utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse...*; D. 19.1.13 pr.: *... si... sciens (vitium) reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei...* (sulla differenza tra « *dicta* » e « *promissa* », cfr. anche D. 21.1.19.2: *Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum autem...*). Sulla responsabilità per vizi occulti cfr.: Haymann, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache* 1 (1912), e *Haftung für unmittelbaren und mittelbaren Schaden bei Kauf*, in *St. Bonfante* 2 (1930) 441 ss.; Monier, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine* (1930); Frankel, *Iulian, Ulpian über die Haftung des Varkäufers fur die Beschaffenheit der Kaufsache*, in *ZSS*. 44 (1924) 527 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 353 ss.; Nicholas, « *Dicta promissave* », in *St. De Zulueta* (1959) 91 ss. — Per l'intervento edilizio si v. D. 21.1.1.1: *Aiunt aediles: « Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit: eademque omnia cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto, quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis, iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus* » (cfr. D. 21.1.19.6: *Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet...*); e, ancora, D. 21.1.38 pr.: *Aediles aiunt: « Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiive sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur, si quid ita factum non erit de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa in emptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur* ». Per l'estensione del regime accennato a tutti i casi di *emptio* si v. D. 21.1.1 pr.: *Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut semoventes*; e D. 19.1.11.3: *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus*. Sulla disciplina edilizia e sulle applicazioni giurisprudenziali cfr. in particolare: Lenel, *EP*.[3] 554 ss.; Vincent, *Le droit des édiles* (1922); De Senarclens, *La date de l'édit des édiles sur la vente des esclaves*, in *RH*. 2 (1923) 448, *L'extension de l'édit des édiles aux ventes de toute espéce de choses*, in *RH*. 5 (1926) 572 s., *La date de l'édit des édiles « de mancipiis vendundis »*, in *T*. 4 (1922-23) 384 ss., « *Servus recepticius* », in *T*. 12 (1933) 390 ss., e *La « duplex condemnatio » de l'action redhibitoire*, in *St. Bonfante* 3 (1930) 91 ss.; Giffard, *L'action édilicienne « quanti minoris »*, in *RH*. 10 (1931) 682 ss.; Pezzana, *Classicità dell'« actio aestimatoria »*, in *AG*. 140 (1951) 53 ss., e *D. 21.1.45, Contributi alla dottrina romana dell'« actio redhibitoria »*, in *RISG*. 88 (1951) 275 ss.; Pringsheim, *Das Alter der aedilician liability* (1952), ora in *Ges. Abhandl*. 2 (1961) 171 ss.; Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* (1955); von Lübtow, *Zur Frage der Sachmängelhaftung im römischen Recht*, in *St. Paoli* (1955) 489 ss.; Honoré, *The history of the aedilitian actions*, in *St. De Zulueta* (1959) 132 ss.; Kaser, *Die Jurisdiktion der kurulischen Aedilen*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 173 ss.; Pezzana, *Azioni di garanzia per vizi della cosa in*

via, sin dai più antichi tempi, si diffuse la prassi di accompagnare 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*, regolarono più specificamente questa materia a scopo di disciplina 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 soprattutto non palesi. Se il venditore si sottraeva all'obbligo della denuncia, oppure se la cosa risultava 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 la restituzione integrale del *pretium*; e l'« *actio aestimatoria* » o « *quanti minoris* », esercitabile entro sei mesi, allo scopo di ottenere una congrua riduzione del prezzo stesso. 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 da tutto ciò la conseguenza che la responsabilità per vizi fosse un *naturale negotii* e ritenne che la si potesse far 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 riduzione del prezzo.

85.8. L'obbligazione tipica dell'*emptor* era quella di « *solvere pretium* » al venditore, cioè di trasferirgli la proprietà della

---

diritto bizantino, in *Synteleia Arangio-Ruiz* 2 (1964) 648 ss.; Thielmann, « *Actio redhibitoria* » *und zufälliger Untergang der Kaufsache (mit Beiträgen zur Frage der Pönalität der ädilizischen Klagen)*, in *St. Volterra* 2 (1971) 487 ss.

85.8. Sull'obbligo del compratore di trasferire la proprietà del prezzo al venditore v. D. 19.1.11.2: ... *emptor autem nummos venditoris facere cogitur*; D. 19.4.1 pr.: ... *emptor nisi nummos accipientis fecerit tenetur ex vendito*... — Sull'obbligo di pagare gli interessi v. PS. 2.17.9: *Post rem traditam nisi emptor pretium statim exsolvat, usuras eius praestare cogendus est*; D. 19.1.13.20: *Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta: in primis pretium quanti res venit. Item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere.* — In determinate circostanze, si badi, incombeva al compratore anche l'obbligo ulteriore di cooperare con il venditore all'adempimento dell'obbligo di prestare la cosa. V. Pomp. D. 19.1.9: *Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere*

somma di danaro dedotta in contratto. A titolo accessorio, il compratore era anche tenuto a pagare al venditore 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. Nonostante che le obbligazioni del venditore e del compratore fossero indipendenti l'una dall'altra, la giurisprudenza classica, in ossequio alla *bona fides*, esentò il compratore dal pagamento del prezzo nel caso che fosse stato convenuto in giudizio per evizione e fino a quando il giudizio non fosse deciso; Giustiniano, invece, obbligò il compratore al pagamento del prezzo in ogni caso, purché il venditore gli desse sufficienti garanzie di restituzione nella ipotesi di evizione.

86. Le « leges emptionis et venditionis ».

86.1. Il contratto consensuale di *emptio venditio* importava di per sé, come si è visto, 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 detto, da una sorta di progressiva assimilazione nel *contractus* in quanto tale di separate convenzioni (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 convenzioni aggiuntive finirono per essere considerate *naturalia negotii*, è il caso di parlare di alcune altre

---

eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat. In dottrina cfr.: Siber, *Beiträge zur Interpolationsforschung*, 1. - *Kaufpreisverzinsung*, in *ZSS.* 45 (1925) 146 ss.; in polemica con lui, Appleton, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, in *RH.* 5 (1926) 375 ss. e 6 (1927) 195 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 202 ss.

86.1. Sulle *leges emptionis*, in generale, cfr.: Georgescu, *Essai d'une théorie générale des « leges privatae »* (1932), e *Études de philologie juridique et de droit romain* 1 (1940) 290 ss.; von Lübtow, *Catos « Leges venditioni et locationi dictae »*, in *Symb. Taubenschlag* 3 (1957) 227 ss.; Cancelli, *Studi sui « censores » e sull'« arbitratus » della « lex contractus »* (1957) spec. 113 ss., e *L'origine del contratto consensuale di compravendita* cit. 28 ss.; Duff, *An arrangement concerning shortage of measure, and pacts in general*, in *St. De Zulueta* (1959) 64 ss.; Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts* (1973). — Per la clausola di riserva dei *manu sata* (D. 18.1.40.3): Daube, *Sown by hand, in Univ. of Ceylon* 1958. — Per talune clausole apposte alle vendite di schiavi (ad es. le clausole « *ut manumitteretur* », « *ne exportetur* », « *ne prostituatur* »): Börner, *Zur Auslegung von Dig. 18.7.7*, in *ZSS.* 71 (1954) 359 ss.; Michel, *L'influence de la « lex venditionis » sur les régles du contrat de vente*, in *RIDA* 13 (1966) 325 ss. Si cfr., inoltre, la letteratura cit. *retro* nt. 85.2.

cd. *leges emptionis et venditionis* assai diffuse nella pratica degli affari: l'*arrha*, la *lex commissoria*, il *pactum de retrovendendo* e quello *de retroëmendo*, il *pactum displicentiae*, l'*in diem addictio*.

86.2. 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, se l'aspirante compratore decideva 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, perché l'impegno alla vendita e alla compera (nel senso di impegno al 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 evidente la prova dell'avvenuta conclusione del contratto e quindi dell'impegno reciprocamente assunto (« *quod arrhae nomine datur argumentum est emptio-*

86.2. Sull'*arrha* nella compravendita (che ha solo in comune il nome, non altro, con l'istituto delle *arrhae sponsaliciae*, su cui v. *retro* n. 49.12) cfr. per tutti: Volterra, *Diritto romano e diritti orientali* (1937) 358 ss.; Talamanca, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano* (1953), e sv. *Arra* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni*, 1. - *Le garanzie personali* (1962) 299 ss.; Meylan, *Des arrhes de la vente dans Plaute*, in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 205 ss.; Boyer, *Isidore de Seville et la definition des arrhes*, in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 49 ss.; Marasinghe, *Arra, Not in dispute*, in *RIDA.* 20 (1973) 349 ss. — La funzione probatoria dell'*arrha* in diritto romano classico è chiaramente sottolineata da Gai 3.139: *Emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae* (v. anche Gai. D. 18.1.35 pr.: *Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio*).

nis et venditionis contractae »). Sebbene il contratto potesse essere provato liberamente in tutti i modi, la funzione probatoria dell'*arrha* si rivelò nella pratica commerciale del diritto preclassico e classico altamente profittevole, perché la consegna della caparra segnava tangibilmente il trapasso dalla fase delle pure e semplici trattative al negozio contrattuale vero e proprio. 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.

86.2.1. Nel diritto postclassico, particolarmente in quello giustinianeo, la funzione dell'arra nella compravendita fu fortemente alterata

---

86.2.1. Per il regime postclassico dell'*arrha* nella compravendita, v. Iust. CI. 4.21.17: *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus obsoluta sint, ut nulli liceat prius quam haec ita processerint, ... vel ab ipso mundo quod necdum est impletum et absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere. Quae tam in postea conficiendis instrumentis quam in his, quae iam scripta nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus, nisi iam super his transactum sit vel iudicatum, quae retractari non possunt: exceptis emptionalibus tantum instrumentis iam vel in scheda vel in mundo conscriptis, ad quae praesentem sanctionem non extendimus, sed prisca iura in his tenere concedimus. Illud etiam adicientes, ut et in posterum, si quae arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum, quid super isdem arris non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur et qui emere pactus est ab emptione recedens datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda.* V. anche I. 3.23 pr.: *Emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. Nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae. Sed haec quidem de emptionibus et venditionibus, quae sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est. In his autem quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria... subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est, et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. Ita tamen impune recedere eis concedimus nisi arrarum nomine aliquid fuerit datum; hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur licet nihil super arris expressum est.* Sul tema in particolare: Popesco, *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien* (1925); Cornil, *Die « arrha » im justinianischen Recht*, in *ZSS.* 48 (1928) 51 ss.; Lisowski, *La prétendue contradiction entre C. 4.21.7 et Inst. 3.23 pr.*, in *RIDA.* 5 (1950) 73 ss. Chalon-Secrétan, *Les arrhes de la vente sous Justinien* (1954); D'Ors, *Las arras en la compraventa justinianea*, in *Iura* 6 (1955) 149 ss., « *Arra reagitata: sive in scriptis sive sine scriptis* », in *Iura* 9 (1958) 78 ss., e *C. 4.38.15 (530), interpolado por el mismo Justiniano*, in *SDHI.*

e divenne una funzione penale, quale già l'arra aveva nella pratica orientale. Si parlò, pertanto, di « *arrha poenitentialis* », e fu stabilito che, quando fosse stato convenuto tra le parti di contrarre una vendita in forma scritta, le parti potevano sottrarsi all'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, oppure 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.

86.3. 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 ottenere 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, anziché 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.

86.4. Il *pactum de retrovendendo* e il *pactum de retroëmendo* furono due clausole intese allo scopo di neutraliz-

---

96 (1960) 325 ss.; Thomas, *Arra in sale in Justinian's law*, in *T.* 24 (1956) 253 ss., « *Arra reagitata* », in *Butterworth's South African R.* (1956) 60 ss., e *A postscript on Arra*, in *Iura* 10 (1959) 109 ss.; Schuster, *Die Funktion der « arrha » bei Justinian*, in *Labeo* 5 (1959) 26 ss.; Watson, *Arra in the law of Justinian*, in *RIDA.* 3° s. 6 (1959) 3 ss.; Taylor, *Writing and « Arra » in sale under the « Corpus juris »*, in *LQR.* 77 (1961) 1 ss.; Honoré, *Arra as you were*, in *LQR.* 77 (1961) 172 ss.; Talamanca, *Osservazioni sull'arra nel diritto giustinianeo*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 325 ss.

86.3. Sulla *lex commissoria* v. Pomp. D. 18.3.2: *Cum venditor fundi in lege ita caverit: « Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit », ita accipitur inemptus esse fundus si venditor inemptum eum esse velit (rell.).* In argomento cfr.: Longo (C.), *Sulla « in diem addictio » e sulla « lex commissoria » nella vendita*, in *BIDR.* 31 (1921) 40 ss.; Wieacker, *« Lex commissoria », Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht* (1932); Beseler, *Romanistische Studien*, in *ZSS.* 54 (1934) 1 ss.; Archi, *La restituzione dei frutti nelle vendite con « in diem addictio » e con « lex commissoria »*, in *St. Ratti* (1934) 325 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 400 ss.; Daube, *« Si... tunc » in D. 19.2.22 pr. Tenancy of purchaser and « lex commissoria »*, in *RIDA.* 5 (1958) 427 ss.; Thomas, *Tenancy by purchaser*, in *Iura* 10 (1959) 103 ss.; Biscardi, *La « lex commissoria » nel sistema delle garanzie reali*, in *St. Betti* 2 (1962) 575 ss.; Cancelli, *L'origine del contratto di compravendita* cit. 47 ss. Altre fonti in D. 18.3 (*De lege commissoria*). Sulla *lex commissoria* nel *pignus*: *retro* 70.7.3.

86.4. Sui *pacta de retrovendendo* e *de retroëmendo* v. Proc. D. 19.5.12: *Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis*

zare praticamente la vendita, a discrezione del compratore oppure del venditore. Mediante il *pactum de retrovendendo* il compratore acquistava il diritto di rivendere la cosa al venditore per lo stesso prezzo entro un certo periodo di tempo. Mediante il *pactum de retroëmendo* il venditore acquistava il diritto di ricomprare 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. Occorreva l'esercizio dell'*actio venditi* o dell' *actio empti*, o il ricorso comunque a un'*actio in factum*, per ottenere, rispettivamente, la restituzione della cosa o la restituzione del prezzo.

86.5. 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* »). Nell'ipotesi 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.

---

personis observandum; CI. 4.54.2: *Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut sive ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere condicioni dictae heres emptoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.* Cfr.: Wesel, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte der römischen Kauf*, in *ZSS.* 85 (1968) 94 ss. — Altro patto era il cd. *pactum protimeseos*, cioè il patto con cui il venditore aliena il fondo « *ut nulli alii eum quam mihi venderes* » (D. 19.1.21.5 e D. 18.1.75). V. anche *retro* n. 69.4.2.

86.5. Un caso di *pactum displicentiae* è in Ulp. D. 19.5.20.1: *Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeres, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum utrum pretium et merces, an merces tantum. Et ait Mela interesse utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura merces petatur* (*rell.*). V. anche I. 3.23.4, e D. 18.5.6: *Si convenit, ut res quae venit si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est* (*rell.*). Cfr.: Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 404.

86.5.1. Analogo al *pactum displicentiae* era il « *pactum degustationis* », solitamente utilizzato 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 arbitratu*, col criterio obiettivo di un galantuomo.

86.6. La *in diem addictio* fu una clausola accessoria della compravendita, soprattutto nei casi di vendita all'asta (di « *venditio in auctionem* »). Questo patto dava il diritto al venditore di recedere dal contratto già concluso, nel caso che avesse ricevuto un'offerta migliore entro un certo periodo di tempo. Tuttavia, al compratore si riconobbe il diritto di poziorità nel contratto, ove egli facesse un'offerta pari a quella fatta dal terzo. Si discuteva in età classica circa la natura giuridica di questo patto: alcuni ritennero che esso funzionasse come 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 una sorta di condizione sospensiva del contratto, se e in quanto ciò fosse desumibile dall'analisi della fattispecie concreta.

87. Le « obligationes ex locato et conducto ».

87.1. La *locatio conductio* era il *contractus* tra « *locator* » e « *conductor* », in forza del quale nascevano le seguenti obbligazioni:

86.5.1. Sul *pactum degustationis* v. Ulp. D. 18.6.4 pr.: *Si quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit* (*rell.*). Cfr.: Yaron, *Sale of wine*, in *St. De Zulueta* (1959) 71 ss.

86.6. La nozione della *in diem addictio* è in Paul. D. 18.2.1: *In diem addictio ita fit: « ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat »*. Cfr.: Sieg, *Quellenkritische Studien zur Bessergebotklausel (« in diem addictio ») in römischen Kaufrecht* (1933); Henle, *Die rechtliche Natur der « in diem addictio » beim Kaufvertrag*, in *Fs. Koschaker* 2 (1939) 169 ss.; Romano, *Note sulla « in diem addictio »* (1938); De Fontette, *Recherches sur l'« in diem addictio »*, in *St. De Francisci* 3 (1956) 539 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 402 ss.; Cancelli, *L'origine del contratto consensuale di compravendita* cit. 103 ss. Sulla configurabilità della *in diem addictio* come *lex rei suae dicta*: Senn, *L'« in diem addictio »*, in *RH.* 37 (1913) 275 ss., la cui opinione è ora accolta dal D'Ors, « *In diem addictio* », in *AHDE.* 16 (1945) 193 ss. Fonti sull'istituto in: D. 18.2 (*De in diem addictione*).

87.1. Sulla *locatio conductio* (di diritto privato, dalla quale debbono rigorosamente distinguersi le locazioni di diritto pubblico) si cfr., in generale: Longo (C.), *La locazione conduzione* (1927-28); Meyer-Maly, « *Locatio-conductio* », *Eine*

l'obbligo del *locator* di tenere per un certo periodo di tempo a disposizione del *conductor* un determinato oggetto giuridico; 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; 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.

87.1.1. 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*, 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 in cambio una retri-

---

Untersuchung zum klassischen Recht (1956); Amirante, *Ricerche in tema di locazione*, in *BIDR*. 62 (1959) 9 ss., e sv. *Locazione* (*in generale, dir. rom.*), in *NNDI*.; Biscardi, *Il concetto romano di « locatio » nelle testimonianze epigrafiche*, in *SSE*. 1960, con particolare riferimento anche alle *locationes* pubbliche; Masi, sv. *Locazione* (*in generale: storia*), in *ED*. Fonti in: Gai 3.142-147; PS. 2.18; D. 19.2 (*Locati conducti*); CI. 4.65; I. 3.24.

87.1.1. Incerte sono le origini della *locatio conductio*: la tesi del Mommsen (soprattutto *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete* cit.) della derivazione della locazione privata dalle locazioni pubbliche è ormai abbandonata dalla migliore dottrina (bibliografia in Amirante, *Ricerche* cit. 14 nt. 17), nonostante sporadici tentativi di farla rivivere: Cancelli, *L'origine del contratto consensuale di compravendita* cit. Sul problema, oltre a cit. *supra* nt. 87.1, cfr. spec.: Burckhardt, *Zur Geschichte der « locatio-conductio »* (1889), primo critico convincente delle tesi mommseniane; Scherillo, *Locazione e precario*, in *RIL*. 1929; Beck, *Zur Entstehung des römischen Mietvertrages*, in *Fs. Lewald* (1953) 3 ss.; Elguera, *Origen y evolución histórica del contrato de locación en Roma*, in *RSADR*. 2-3 (1956) 3 ss.; Alzon, *Réflexions sur l'histoire de la « locatio-conductio »*, in *RH*. 41 (1963) 553 ss.; Kaufmann, *Die altrömische Miete* (1964); Amirante, *In tema di « opus locatum »*, in *Labeo* 13 (1967) 49 ss. — Il riconoscimento del contratto consensuale avvenne, relativamente tardi, sull'esempio della compravendita con cui esso presenta notevoli analogie. Cfr. Gai 3.142: *Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur...* (nel 3.141, com'è noto, l'autore delle *institutiones* si occupa ancora della compravendita); Gai 3.145: *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur* (*rell.*); Paul. D. 19.2.1: *Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium non verbis sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio*. V. *retro* la lett. cit. in nt. 85.4.1. — Frequente, specie nelle fonti più antiche, è lo scambio terminologico tra « *emptio venditio* » e « *locatio conductio* ». Così, ad esempio, Catone, nel *De agri cultura*, sembra ignorare la tipica locazione del fondo rustico e costruisce il rapporto come vendita dei prodotti del fondo: cfr. Burdese, *Studi sull'« ager publicus »* (1952) *passim*; Georgescu, *Essai d'une théorie générale des « leges privatae »* cit.; e soprattutto, von Lübtow, *Catos « leges venditioni et locationi dictae »* cit. — Sul *precarium*: *infra* n. 91.8. — Sulle *operae libertorum*: *retro* n. 24.2.1.

buzione (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 perché permetteva di assicurare, contro un giusto corrispettivo, utilizzazioni temporanee di cose o di persone, né 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, davvero assai semplice, dell'istituto venne adattato, 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 rimetterglielo 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, spesso del proprio *libertus* (e in questo caso, ancora, avrebbe pagato il *conductor*), poteva infine 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*).

87.1.2. Fu appunto perciò che la *locatio conductio*, nel periodo classico, era distinta in tre *species* principali, le quali in diritto giustinianeo passarono ad essere considerate addirittura come generi contrattuali diversi: *a*) la « *locatio rei* », in forza della quale il *locator* era obbligato a mettere a disposizione del *conductor* (detto nel caso

---

87.1.2. La storiografia romanistica è divisa circa la possibilità di individuare nelle fonti classiche una nozione unitaria della *locatio conductio*. La tripartizione consueta nei manuali istituzionali è frutto di costruzione dommatica effettuata dalla Pandettistica sulle tracce delle concezioni giustinianee: come infatti acutamente è stato messo in rilievo (cfr. per primo Arangio-Ruiz, *Istituzioni* [1921] 235 ss.), detta tripartizione non appare espressamente né nei paragrafi delle Istituzioni di Gaio relativi al nostro contratto (Gai 3.142-147 cit.), né nel titolo « *locati conducti* » dei *Digesta* (19.2 cit.). In questa direzione ermeneutica: Brasiello, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in *RISG*. n. s. 2 (1927) 529 ss., e 3 (1928) 3 ss.; Olivier-Martin, *Des divisions du louage en droit romain*, in *RH*. 15 (1936) 419 ss.; Mayer-Maly, « *Locatio-conductio* » cit. 17 ss., e *Tipicità e unità della « locatio-conductio »*, in *Labeo* 5 (1959) 390 ss.; Amirante, *Ricerche* cit. *passim*.

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 questo 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*.

87.1.3. Delle tre *species locationis* dianzi tratteggiate quella originaria e paradigmatica fu indubbiamente la *locatio rei*: nei confronti della quale la *locatio operis* e la *locatio operarum* meritano anche esse la qualifica di locazioni « irregolari », accanto ad altre fattispecie minori.

87.2. 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 indugiare oltre su questi requisiti, saranno qui appresso illustrati solo tre punti: le caratteristiche della *res locata*; le caratteristiche della *merces*; la durata degli effetti del *contractus*.

87.2.1. La « *res locata* » poteva essere qualunque cosa, sia mobile che immobile, purché inconsumabile. Non era escluso che la *res* fosse

---

87.1.3. Sulle locazioni *irregulares* cfr.: Rossi, *La « locatio conductio irregularis »*, in *SSE*. 1890; Mayer-Maly, « *Locatio-conductio* » cit. 34 ss. Fonti principali sull'argomento: D. 19.2.31 (Alf. *5 dig. a Paul. ep.*); e D. 34.3.34 pr. (Pomp. *9 ad Muc.*).

87.2. Sulla *locatio rei*, in particolare, *adde* ai cit. *retro* nt. 87.1: Costa, *La locazione di cose nel diritto romano* (1915); Berger, *Wohnungsmiete und Verwandtes in den Papyri*, in *ZVRW*. 29 (1913) 231 ss.; Maroi, *La locazione di cose nel diritto romano*, in *Riv. it. sociol.* (1916); von Bolla, *Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum* (1940), e sv. *Pacht*, in *PW*.; Longo (G.), *Osservazioni critiche sulla disciplina della « locatio conductio rei »*, in *St. Biondi* 2 (1965) 283 ss.

87.2.1. Sui requisiti della *res locata* cfr. spec.: Amirante, « *Locare usumfructum* », in *Labeo* 8 (1962) 206 ss., e « *Locare habitationem* », in *St. Biondi* 1 (1965) 455 ss.; Alzon, *Problèmes relatifs à la location des entrêpots en droit romain* (1965). — Sull'ammissibilità in diritto classico della *conductio rei suae*, cioè di cosa di proprietà del *conductor*: Kupiszewski, « *Locatio conductio rei suae* », in *Labeo* 3 (1957) 344 ss.; Albanese, « *Conductio rei suae* », in *BIDR*. 62 (1959) 121 ss.; Thomas, « *Conductio rei suae* », in *Index* 2 (1971) 283 ss. Cfr., ad esempio, Ulp. D. 7.4.29 pr.: *Pomponius quaerit: si fundum a me (usufructuario) proprietarius conduxerit eumque fundum vendiderit Seio non deducto usufructu, an usumfructum per*

di proprietà dello stesso *conductor*, il quale se ne volesse assicurare la detenzione nei confronti del *locator* quando a quest'ultimo spettasse il possesso *ex pignore* o l'*ususfructus*.

87.2.2. La « *merces* » consisteva normalmente in una somma di danaro, ma poteva consistere anche in altra cosa fungibile o infungibile, purché fosse assicurata la possibilità di differenziare la figura del *locator* da quella del *conductor*. Nell'ipotesi 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* », cioè ad una 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.

87.2.3. La durata della locazione era determinata dal contratto. In mancanza di determinazione contrattuale, si rispettavano gli usi

---

emptorem retineam? Et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti, quia non meo nomine, sed suo fruitus est emptor: teneri mihi plane ex locato proprietarium quanti mea interfuit id factum non esse (*rell.*). La ragione per cui l'usufrutto si avvia ad estinguersi è che, mentre prima dell'alienazione l'usufruttuario godeva del fondo per il tramite del proprietario-conduttore, dopo l'alienazione *non deducto usufructu* egli ha perduto l'uso del fondo, pur se il proprietario-conduttore continua a pagargli il canone: dunque si verificano i presupposti dell'estinzione per *non usus* (*retro* n. 66.6).

87.2.2. Sulla classicità della regola secondo la quale la *merces* deve consistere in una somma di denaro cfr.: Longo (C.), *Sulla natura della « merces » nella « locatio-conductio »*, in *Mél. Girard* 2 (1912) 105 ss.; Thomas, *The nature of « merces »*, in *AI*. 1958. Ritiene, invece, che tale regola sia di origine postclassica il Longo (G.), *Note critiche e questioni esegetiche*, in *St. Albertario* 1 (1953) 685 ss., e *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella « locatio-conductio rei »*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 379 ss. Il Mayer-Maly, « *Locatio-conductio* » cit. 128, pone l'accento sull'esistenza in periodo classico di una controversia giurisprudenziale sull'argomento, specie sulla scorta di Gai 3.144: *Item si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur an locatio conductio contrahatur*. Si cfr. anche: D. 10.3.23; D. 16.3.1.9; I. 3.4.2. — Sulla *colonia partiaria*: ancora Mayer-Maly, « *Locatio conductio* » cit. 135 ss., con bibl. e riferimenti alle condizioni economiche che ne favorirono lo sviluppo. Per le fonti v.: D. 19.2.25.6; D. 47.2.26.1; CI. 4.65.8 e 21; Cat. *de agr.* 136, 137. — La locazione effettuata *nummo uno* era in diritto giustinianeo (e, forse, anche classico) nulla: D. 19.2.46: *Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit* (itp.?). V. anche D. 41.2.10.2 e D. 19.2.20.1. Cfr., per altri elementi: Ankum, « *Remissio mercedis* », in *RIDA*. 19 (1972) 219 ss.; Thomas, « *Remissio mercedis* », in *St. Donatuti* 3 (1973) 1271 ss.

87.2.3. Sulla *locatio in perpetuum* v. Gai 3.145: ... *Veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur ut, quamdiu id vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse*. V. anche: Gai. D. 19.2.2.1; I. 3.24.3. Cfr.: Bove, *Ricerche sugli « agri vectigales »* (1960) 28, 108. — Sulla *relocatio tacita* (cfr. D. 19.2.13.11 e 14 [itp.?]): Cicogna, *Sulla così detta « relocatio tacita »*, in *AG*. 74 (1905) 259 ss.; Mayer-Maly, « *Locatio conductio* » cit. 218 ss. — Sulla estinzione per iniziativa unilaterale del rapporto esistono

locali. Poteva anche essere convenuta una « *locatio perpetua* », valevole per sé e per gli eredi, ma comunque sottoposta all'ovvio potere di 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; ma nel caso di locazione di fondi rustici si riteneva che, scaduto il termine del contratto, la rinnovazione tacita avesse efficacia di un anno, e successivamente per altre annate intere.

87.3. 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 a « *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*.

---

notevoli discussioni. Si riteneva che il contratto di *locatio conductio* potesse venir meno per iniziativa del locatore prima della scadenza del termine nel caso in cui il *conductor* « *biennii continui pensionem non solveret* » (D. 19.2.54.1; cfr. D. 19.2.56); quando la cosa venisse deteriorata gravemente dal conduttore (CI. 4.65.3) o quando il *locator* dimostrasse la necessità di abitare la casa o di ricostruirla (cfr. ancora: CI. 4.65.3 cit.). Le due ultime ipotesi sono però ammesse solo in diritto giustinianeo: da ultimo, Battaglini, *La risoluzione del contratto di locazione per necessità del locatore in un frammento del Codex (C. 4,65,3) e nel diritto comune*, in *St. Betti* 4 (1962) 521 ss. Il rapporto, invece, poteva venir meno per iniziativa del conduttore nel caso in cui questi non potesse godere della cosa per il periodo previsto dal contratto (D. 19.2.24.4; cfr. D. 19.2.64 pr.); allorché la cosa presentasse difetti tali da impedirne o renderne difficile l'uso cui era destinata, ad esempio, « *si vicino aedificante obscurentur lumina caenaculi* » (D. 19.2.25.2; cfr. D. 19.2.27 pr.); infine nel caso in cui egli fosse costretto a non utilizzare la cosa locata a causa di un sopravveniente grave pericolo « *cui resistere non potest* », ad esempio se « *exercitu veniente migravit conductor* » (D. 19.2.13.7; cfr. D. 19.2.27.1). Cessava, inoltre, il rapporto quando venisse meno il diritto del locatore sulla cosa locata, come nel caso in cui la locazione fosse stata stipulata dall'usufruttuario e questi morisse (D. 19.2.9.1: *Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet* [*rell.*]). Contro l'opinione che fosse possibile per iniziativa di una delle parti porre termine al rapporto di locazione (almeno a quello di locazione a tempo indeterminato) cfr. tuttavia: Gallo, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* 2 (1964) 1198 ss.

87.3. Sulle *actiones ex locato et conducto* v. Gai 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex... locato conducto* (*rell.*). Ricostruzione della formula in Lenel, *E.P.*[3] § 111: *ex locato:* « *Quod A.s A.s N.o N.o fundum (opus faciendum, operas) q.d.a. locavit, q.d.r.a., 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; s.n.p.a.* »; *ex conducto:* « *Quod A.s A.s de N.o N.o fundum (opus faciendum, operas) q.d.a. conduxit, q.d.r.a., 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; s.n.p.a.* ».

87.4. L'obbligazione tipica del *locator rei* 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 allo 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 costui riuscisse a dimostrare essere di suo interesse ai fini della 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.

87.4.1. Dall'obbligo di tenere la *res* a disposizione del *conductor* derivava, a titolo accessorio, l'obbligo del *locator* di provvedere alla

---

87.4. In generale, sulle obbligazioni scaturenti dalla *locatio conductio rei* cfr.: Longo (G.), *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella « locatio conductio rei »*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 379 ss. — Circa i vizi della *res locata*, il locatore rispondeva soltanto di quelli di cui era a conoscenza: D. 19.1.6.4 e D. 19.2.19.1 itp., su cui Mayer-Maly, « *Locatio conductio* » cit. 167 ss., e Nicosia, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, in *RISG.* 92 (1957-58) 403 ss., nonché Palazzolo, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, in *BIDR.* 68 (1965) 275 ss. — Sulla responsabilità nei limiti dell'*id quod interest* del locatore: Medicus, « *Id quod interest* » (1962) 182 ss.; Thomas, *Digest 19.2.9.3*, in *ZSS.* 73 (1962) 334 ss. — Sulla responsabilità per *vis maior*: von Lübtow, *Die Haftung des Pächters nach D. 19.2.30.4*, in *St. Betti* 3 (1962) 367 ss.; Seager, *Of « vis » and weeds: D. 19.2.15.2 and D. 19.2.19.1*, in *SDHI.* 31 (1965) 330 ss. — Sul *periculum locatoris* v. D. 19.2.9.1; 4, 6, e cfr., oltre alla lett. cit. *retro* nt. 85.4.1: Kaser, « *Periculum locatoris* », in *ZSS.* 74 (1957) 155 ss.; Miquel, « *Periculum locatoris* », in *ZSS.* 81 (1964) 134 ss.; Alzon, *Les risques dans la « locatio-conductio »*, in *Labeo* 12 (1966) 311 ss.

87.4.1. Sull'obbligo del *locator* alla manutenzione della cosa locata v. Ulp. D. 19.2.15 pr. - 1: *Ex conducto actio conductori datur. Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur.* V. anche D. 19.2.19.2 e D. 19.2.25.2. In argomento cfr.: Mayer-Maly, « *Locatio conductio* » cit. 152 ss. — Sull'obbligo del *locator* al rimborso delle spese necessarie e utili al *conductor* v. Paul. D. 19.2.55.1: *In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quae impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest.* V. pure D. 19.2.61 pr. — Sul principio *emptio tollit locatum* (opposto al principio vigente negli ordinamenti moderni) v. Gai. D. 19.2.25.1: *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.* V. anche CI. 4.65.9. Cfr.: Hintze, *Der Satz « Kauf bricht Miete » im römischen Recht* (1888); Costa, *La locazione di cose* cit. 68 ss.; Arnò, « *Emptio tollit locatum* », in *T.* 6 (1925) 485 ss.; Collinet, *Deux textes retrouvés sur la fiducie,*

« 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 *res locata* per tutto il periodo della locazione, anche perché 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).

87.5. Obbligazione tipica del *conductor rei* era quella di restituire la cosa al termine del contratto. Se la cosa risultava deteriorata o distrutta, l'obbligazione si trasfondeva in quella di pagarne il valore.

87.5.1. Il *conductor rei* aveva inoltre l'obbligo di pagare la *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.

87.6. La *locatio operarum*, essendo derivata dalla locazione degli schiavi, conservò sempre il marchio di questa sua origine,

---

in *St. Besta* 1 (1937) 91 ss.; Mayer-Maly, « *Locatio conductio* » cit. 42; Torrent, *Exceptiones pactadas a la regla « emptio tollit locatum »*, in *Est. Sanchez del Rio* (1967) 263 ss.

87.5. Sull'obbligo del *conductor* di restituire la *res locata*, come obbligazione tipica scaturente dal nostro contratto cfr.: Amirante, *Ricerche* cit. spec. 111 ss.; Mayer-Maly, « *Locatio conductio* » cit. 177 ss. — Sull'obbligo del *conductor* di conservare in buono stato la cosa v. Gai. D. 19.2.25.3: *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet. Et ante omnia colonus curare debet ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret. Praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat.* La sua responsabilità era fissata nei limiti della *custodia*: I. 3.24.5, su cui, per tutti, De Robertis, « *Exactissima diligentia* », in *SDHI.* 23 (1957) 119 ss., e, da ultimo, Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* cit. 144 s.

87.5.1. Sull'obbligo di pagamento della *merces*, v. Gai 3.142. Sul tema cfr.: Amirante, *Ricerche* cit. 102.

87.6. Sulla *locatio operarum* in particolare cfr.: Solazzi, *Il lavoro libero nel mondo romano* (1905-6), ora in *Scr. dir. rom.* I (1955) 141 ss.; Deschamps, *Sur l'expression « locare operas » et le travail comme objet de contrat à Rome*, in *Mél. Girardin* (1906) 157 ss.; Cugia, *Profili del tirocinio industriale* (1922); De Robertis, *Contributi alla storia delle corporazioni a Roma*, in *AUBA.* 1932, *Il diritto associativo romano* (1938), *Organizzazione e tecnica produttiva* (1946), *I rapporti di lavoro in diritto romano* (1946), *I lavoratori liberi nelle famiglie aziendali romane*, in *SDHI.* 24 (1958) 269 ss., *La nozione di lavoro nelle fonti romane*, in *Boll. Scuola Perf. Dir.*

sicché si ritenne che non potesse costituirne oggetto qualsiasi tipo di servigio, sia manuale che intellettuale, ma che essa potesse riguardare soltanto servigi prevalentemente manuali, quali di solito erano prestati dagli schiavi. Al di fuori della *locatio operarum* rimasero, dunque, fondamentalmente, le « *artes ingenuae* », altrimenti dette « *operae liberales* », cioè le attività prevalentemente intellettuali (prestate tipicamente

---

Lav. Univ. Trieste [= *BST.*] 1959, « *Locatio operarum* » *e* « *status* » *del lavoratore*, in *SDHI.* 27 (1961) 19 ss., *Lavoro e lavoratori in diritto romano* (1963), ove l'a. riordina numerosi suoi scritti sull'argomento; Berger, *A labor contract of 164 A.D.*, in *Cl. Philol.* 43 (1948) 231 ss.; Maschi, « *Locatio rei, operis, operarum* » *e contratti di lavoro*, in *BST.* 1954; Martini, « *Mercennarius* », *Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, in *SSE.* 1956-57, *Ancora sul* « *mercennarius* », in *Iura* 10 (1959) 120 ss., e « *Corax mercennarius Eumolpi* », in *Labeo* 7 (1961) 341 ss.; Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*[2] (1958), *Réflexions sur la* « *locatio operarum* » *et le* « *mercennarius* », in *RH.* 37 (1959) 600 ss.; Cervenca, *Note sul rapporto di lavoro nel colonato romano*, in *BST.* 1959; Thomas, « *Locatio* » *and* « *operae* », in *BIDR.* 64 (1961) 231 ss.; Bonetti, *Contributi minimi in tema di* « *mercennarius* », in *BST.* 1961-62; Elguera, « *Locatio operarum* », in *RSADR.* 8-9 (1961-62) 83 ss., *A proposito dell'interpretazione di D. 43,16,1,18-20*, in *BST.* 1965; Nörr, *Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom*, in *ZSS.* 82 (1965) 67 ss.; Thomas, *The worker and his wage*, in *Mit het Recht-Verdam* (1971) 201 ss. Interessanti anche: Szlechter, *A propos de la* « *locatio operarum* » *en droit romain et en droit babylonien*, in *Atti Sem. Perugia* (1972) 254 ss.; Montevecchi, *I contratti di lavoro e di servizio nell'Egitto greco-romano e bizantino* (1950). — Sull'apprendistato: Palmieri, *Osservazioni romanistiche in tema di apprendistato*, in *BST.* 1961-62. — Sulle *operae liberales*: Siber, « *Operae liberales* », in *JJ.* 1940; Heldrich, *Der Artz im römischen Privatrecht*, in *JJ.* 1940; Erdmann, *Freie Berufe und Arbeitsverträge in Rom*, in *ZSS.* 66 (1948) 567 ss.; Below, *Der Artz im römischen Recht* (1953); Maschi, « *Operae liberales* », *Sul rapporto di lavoro intellettuale nel diritto classico*, in *BST.* 1955; Calabi-Limentani, *Il lavoro artistico* (1958); Visky, *La qualifica della medicina nelle fonti del diritto romano*, in *Iura* 10 (1950) 24 ss., *Osservazioni sulle* « *artes liberales* », in *Synteleia Arangio-Ruiz* 2 (1964) 1068 ss., e *Esclavage et* « *artes liberales* » *à Rome*, in *RIDA.* 15 (1968) 473 ss.; Palmieri, « *Mathematici* », in *BST.* 1965; Elguera, *Situación juridica de las personas libres que trabajaban como* « *scribae* », in *St. Grosso* 2 (1968) 149 ss.; Guarino, *Gli* « *specialisti* » *e il diritto romano*, in *Labeo* 16 (1970) 327 ss. Sulle remunerazioni delle professioni liberali, in particolare: Bernard, *La rémunération des professions libérales en droit romain classique* (1936); Michel, *Gratuité en droit romain* (1962) 198 ss.; Pescani, « *Honorarium* », in *BST.* 1961-62; Visky, *Retribuzioni per il lavoro giuridico nelle fonti del diritto romano*, in *Iura* 15 (1964) 1 ss.; Dell'Oro, *Retribuzioni dei docenti di diritto ed* « *auctoritas principis* », in *St. Volterra* 2 (1971) 49 ss. Ulteriore bibliografia in De Dominicis, *Un decennio di studi romanistici attinenti al lavoro*, in *BST.* 1963. — Il prestatore d'*opera liberalis* non aveva diritto a compenso: l'*honorarium* gli era corrisposto *ex officio et amicitia* ed egli aveva solo diritto, una volta che gli fosse stato corrisposto, a trattenerlo (cfr. Ulp. D. 19.2.38.1: *Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent*). A prescindere dalla tutela *extra ordinem* (che fu intesa più a proteggere le loro pretese di onorario che ad assicurare le contropretese dei clienti), la loro responsabilità verso i clienti per cattivo esercizio delle loro arti era sanzionata generalmente mediante il ricorso alla *lex Aquilia de damno dato* (in quanto sussistessero gli estremi del delitto di danneggiamento) oppure considerandoli *conductores operis* e agendo contro essi *ex locato* (cfr. Ulp. D. 9.2.7.8: *Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem*). Ma la materia è ben lontana dal potersi dire consolidata nella riflessione giurisprudenziale romana.

dagli uomini liberi), quali quelle dell'avvocato, del medico e così via dicendo: di solito queste professioni erano esercitate con carattere autonomo, cioè con prestazioni di volta in volta effettuate su richiesta degli interessati, ed a titolo gratuito, percependo al più un « *honorarium* » liberamente elargito dal cliente, ma furono comunque definite *liberales* anche nei casi eccezionali in cui erano prestate a titolo di subordinazione nei confronti di un datore di impiego. Ogni negozio relativo alle *operae liberales*, pur essendo più o meno strettamente affine alla *locatio operarum*, fu pertanto oggetto solo di tutela *extra ordinem* da parte del pretore o dell'imperatore.

87.6.1. Il *locator operarum* era tenuto a prestare personalmente le *operae* dedotte in contratto, contro corresponsione della mercede da parte del *conductor*: questi era tenuto al pagamento della *merces* anche quando il *locator*, cioè il prestatore di lavoro, era impossibilitato alla esecuzione del lavoro contrattato, salvo che fosse intervenuto un patto contrario (per es.: il patto di non pagare il salario nei giorni in cui non fosse possibile il lavoro in riviera a causa di inondazione della stessa). Altra caratteristica dell'obbligazione del *locator operarum* era la « subordinazione » completa di lui, nei limiti del tipo di attività e del periodo di tempo impegnato, alle direttive del *conductor* (datore di lavoro). Personalità e subordinazione della prestazione del lavoratore spiegano perché le fonti parlino, in relazione al *locator operarum*, di « *se operasque suas locare* ».

87.6.2. La *locatio operarum* aveva termine per morte del *locator*, non ritenendosi possibile che le *operae* (pur essendo a carattere prevalentemente manuale) potessero essere prestate da altri che dallo stesso *locator*: 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 avesse trovato altra occupazione.

87.6.1. Sulla prestazione delle *operae locatae* v. Paul. D. 19.3.38 pr.: *Qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet si per eum non stetit quo minus operas praestet.* In argomento cfr.: Biondi, « *Iudicium operarum* », in *AUPE*, 1914; Betti, « *Periculum* » cit. 193 ss.; Kaser, « *Periculum locatoris* » cit. 194 ss.; Provera, *Prospettive romanistiche del problema del rischio nel contratto di lavoro*, in *Il dir. dell'economia* 1959; De Dominicis, *Spigolature romanistiche in tema di lavoro*, in *BST*. 1965.

87.6.2. Circa la morte del *locator operarum* v. Ulp. D. 19.2.19.8: *Ex conducto actionem etiam ad heredem transire palam est.*

87.6.3. 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 scarsezza 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 formalistica, a considerare oggetto del contratto piuttosto le *operae* del lavoratore, che il lavoratore stesso.

87.7. 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 forme variabili. Si ritenne pertanto dai giuristi 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.). Nell'ipotesi che la cosa da trasformare o da utilizzare non fosse procurata dal *locator* al *conductor*, si parlò di « loca-

---

87.6.3. Sull'evoluzione postclassica del contratto di *locatio operarum* cfr.: Cervenca, *Appunti sul valore del sostantivo « labor » nella legislazione postclassica*, in *BST*. 1957; De Dominicis, *Postille e problemi attinenti il lavoro nel diritto romano classico e postclassico*, in *BST*. 1959; Charbonel, *La condition des ouvriers dans les ateliers impériaux aux IV.e et V.e siècles*, in *Aspects de l'Empire Romain* (1964) 61 ss. In diritto postclassico l'originaria distinzione tra i vari termini impiegati ad indicare la remunerazione dell'attività lavorativa (« *merces* », « *salarium* », « *honorarium* ») si attenuò sino a quasi scomparire: Palmieri, *In tema di retribuzioni dei « praeceptores studiorum liberalium » e dei medici*, in *BST*. 1959; Dell'Oro, *Retribuzioni dei docenti* cit.

87.7. Sulla *locatio operis* v. Paul. D. 50.16.5.1: *Opere locato conducto: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci* ἀποτέλεσμα *vocant, non* ἔργον, *id est ex opere corpus aliquod perfectum.* — Per i dubbi giurisprudenziali sulla configurazione di talune ipotesi limite v. Gai 3.147: *Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret, et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem. Sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. Atqui si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.* V. anche: D. 18.1.20; D. 19.2.2.1 cit.; I. 3.24.4. Su questi testi cfr. spec.: Thomas, « *Non solet locatio dominium mutare* », in *Mél. Meylan* 1 (1963) 339 ss., « *Locatio conductio, emptio venditio* » *und* « *specificatio* », in *ZSS*. 81 (1964) 109 ss., e *Reflections on building contracts*, in *RIDA*. 18 (1971) 673 ss.; Amirante, *In tema di « opus locatum »*, in *Labeo* 13 (1967) 49 ss.

zione d'opera 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 all'artefice e di *locatio operarum* dello stesso.

87.7.1. 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 esplicare 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.

87.7.2. Le obbligazioni derivanti da *locatio operis* si trasmettevano agli eredi nel caso di morte del *locator* e del *conductor*. Faceva eccezione, ovviamente, l'ipotesi che l'attività da prestarsi dal *conductor* fosse attività « infungibile », di lui personalmente caratteristica.

87.8. Connessa con l'argomento della *locatio conductio* è la materia delle avarie marittime, che nelle fonti romane appare inquadrata sotto

---

87.7.1. Fonti in tema di obbligazioni del locatore: D. 19.2.51.1; D. 19.2.25.7; D. 19.2.9.5; e Gai 3.205. — Sulla *probatio operis* v. Iav. D. 19.2.37: *Si, priusquam locatori opus adprobaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.* Cfr. Samter, « *Probatio operis* », in *ZSS.* 26 (1905) 125 ss.

87.7.2. Per un esempio circa le discussioni in materia di prestazioni infungibili cfr.: Guarino, *Gli specialisti e il diritto romano* cit.

87.8. Per la cd. *lex Rhodia de iactu* v. D. 14.2. Cfr.: Scialoja, *A proposito del fr. 2 pr. « de lege Rhodia » D. 14.2*, ora in *St.* 1 (1933) 3 ss.; Kreller, « *Lex Rhodia* », *Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, in *Z.f. ges. Handelsrecht* 85 (1921) 257 ss.; Hubrecht, *Quelques observations sur l'interprétation romaine de la « Lex Rhodia de iactu »* (1934); De Martino, *Note di diritto marittimo*, « *Lex Rhodia* », in *RDN.* 3.1 (1937) 335 ss. e 4.1 (1938) 3 ss., 180 ss., che considera postclassico e giustinianeo tutto il titolo 14.2; Osuchowski, *Appunti sul problema del « iactus » in diritto romano*, in *Iura* 1 (1950) 292 ss., che esclude la provenienza rodia del regime romano del « *iactus* »; Wieacker, « *Iactus in tributum nave salva venit* » *(D. 14.2.4 pr.), Exegesen zur « lex Rhodia de iactu »*, in *St. Albertario* 1 (1953) 513 ss., che ritiene operata dai giuristi repubblicani la recezione della clausola ellenistica relativa al *iactus*; De Robertis, « *Lex Rhodia* », *Critica e anticritica su D. 14.2.9*, in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1953) 155 ss., che sostiene la sostanziale classicità del testo malgrado le manipolazioni di un postclassico; Marrone, *D. 14.2.2 pr.: « retentio » e « iudicia bonae fidei »*, in *Iura* 6 (1955) 170 ss.; Dauvillier, *Le droit maritime phénicien*, in *RIDA.* 6 (1959) 33 ss. Sul contratto di trasporto marittimo: Arias Ramos, *El transporte marítimo en el mundo romano* (1948); Thomas, *Carriage by sea*, in *RIDA.* 7 (1960) 489 ss., e *Trasporto marittimo, locazione ed « actio oneris aversi »*, in *Antologia giuridica* 1 (1968) 225 ss.; De Robertis, *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi nel-*

il titolo della *lex Rhodia de iactu*. Il regolamento della cd. *lex Rhodia de iactu* fu particolarmente relativo alla ipotesi di « *iactus mercium* », cioè di getto a mare, 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 prime gli fossero venuto sotto mano. Tuttavia l'effetto della ripartizione dei danni fra i caricatori non fu ottenuto, giuridicamente, attraverso una esplicita divisione dei danni stessi tra loro e col ricorso ad una azione divisoria *ad hoc*, ma fu ottenuto indirettamente, col giuoco delle *actiones locati* e *conducti*. Si ritenne infatti: che i caricatori fossero *locatores* delle merci « *ad eas vehendas* » (*locatores operis*, dunque) nei riguardi del *magister navis*, verso il quale perciò essi potevano agire per la restituzione delle merci (o per la rivalsa in ordine alle merci non restituite) con le rispettive *actiones locati*; che il *magister navis*, nella sua qualità di *conductor operis*, potesse rivalersi a sua volta nei confronti dei caricatori non danneggiati dal getto, e relativamente alla loro quota di danno, mediante l'*actio conducti*.

88. Le « obligationes ex societate ».

88.1. La *societas* era il *contractus* tra due (eccezionalmente, tra più di due) « *socii* », in forza del quale ciascun *socius* era obbligato

---

l'ultima età repubblicana, in *RDN*. 26 (1965) 3 ss. — Sulla responsabilità: van Oven, « *Actio de recepto* » *et* « *actio locati* », in *T*. 24 (1956) 137 ss., in ordine alla storia delle due azioni e sui loro rapporti nel II sec.; De Robertis, *Ancora sul* « *receptum nautarum* » (« *actio de recepto* » *ed* « *actio locati* »), in *RDN*. 19 (1958) 241 ss. — Sul *iactus mercium navis levandae gratia* v. anche *retro* n. 58.8.2. — Il regolamento classico dell'avaria è credibilmente descritto da Paul. D. 14.2.2 pr.: *Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest* (*rell.*). Con questo sistema si traduceva in termini di diritto romano la finalità della cd. *lex Rhodia* (forse un uso contrattuale del commercio marittimo facente capo ai Rodiensi), per la quale v. Paul. (2 *sent*) D. 14.2.1: *Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.*

88.1. Sulla *societas* in generale, per la letteratura, cfr.: Cancelli, sv. *Società* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; e spec. Del Chiaro, *Le contrat de société en droit privé romain sous la République et aux temps de la jurisprudence classique* (1928); Wieacker, « *Societas* »: *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft* 1 (1936), e *Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts*, in *ZSS*. 69 (1952) 302 ss.; Arnò, *Il contratto di*

a vincolare alla disposizione comune una certa entità, anche disuguale, di *res* o di *operae*, allo scopo di compiere una singola oppure varie operazioni economiche, dividendo tra tutti, secondo criteri prestabiliti, i guadagni, nonché correlativamente anche le perdite. Ma il *contractus* di *societas*, sia chiaro, in tanto aveva rilevanza giuridica ed efficacia costitutiva di *obligationes*, in quanto ne fosse specificato il fine economico, cioè in quanto fossero indicate le operazioni economiche al cui servizio esso si concludeva.

88.1.1. Le origini della *societas consensu contracta* sono discusse. Tutti concordano nel ritenere che il regolamento tipico dell'istituto,

---

società (1938); Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (1950); Bianchini, *Studi sulla « societas »* (1965); Guarino, *« Societas consensu contracta »* (1972); Bona, *Studi sulla società consensuale in diritto romano* (1973). Cfr. anche: Steinwenter, *Aus dem Gesellschaftsrechte der Papyri*, in *St. Riccobono* 1 (1936) 485 ss.; Szlechter, *Le contrat de société en Babylonie, en Grêce et à Rome* (1947); Taubenschlag, *Greco-Roman Egypt* 293 ss. Le fonti sono: Gai 3.148-154; D. 17.2 (*Pro socio*); I. 3.25; CI. 4.37. — I termini di *socius* e di *societas* sono, di per sé, estremamente generici, e quindi passibili delle più svariate applicazioni: Wegner, *Untersuchungen zu den lateinischer Begriffen « socius » und « societas »* (1969). *« Socius »* significa « compagno » (colui che si accompagna ad un altro, eventualmente seguendone le direttive) e *« societas »* significa compagnia, compartecipazione, cooperazione tra due o più *socii*, sia per il bene che per il male (es.: CI. 9.41.4 parla di *« societas scelerum »*). Ciò spiega la vastissima gamma di significati delle due parole nelle fonti letterarie e giuridiche (per esempio, *socii* sono detti spesso, come sappiamo, i partecipi ad una *communio*). Una ricostruzione della *societas* consensuale romana non può essere, dunque, affidata troppo fiduciosamente alla terminologia, ma deve, più di ogni altra ricostruzione, mirare all'individuazione dei fatti caratterizzanti l'istituto dal punto di vista del diritto.

88.1.1. Sui problemi di origine cfr. anche la bibliografia relativa alla *communio* ed al *consortium* (*retro* n. 45-46). — Quanto alla identificazione della *societas iuris gentium*, è stato sempre dottrina pacifica che *communio* e *societas* fossero istituti distinti; tuttavia Ein, *Le azioni tra condomini*, in *BIDR.* 39 (1931) 73 ss., e Frezza, *« Actio communi dividundo »*, in *RISG.* 7 (1932) 3 ss., hanno sostenuto la sostanziale identità dei due istituti. Per una critica convincente di questa dottrina cfr.: Arangio-Ruiz, *« Societas re contracta » e « communio incidens »*, in *St. Riccobono* 4 (1936) 355 ss.; Solazzi, *« Societas » e « communio », A proposito di Gai 3.154 a*, e *Note di diritto romano*, 4. - *Ancora di Gai 3.154 a* (1935 e 1937), ora in *Scr. dir. rom.* 3 (1960) 427 ss., 645 ss.; Daube, *« Societas » consensual contract*, in *Cambridge Law J.* 6 (1938) 381 ss.; Bretone, *« Consortium » e « communio »*, in *Labeo* 6 (1960) 163 ss.; Watson, *Consensual « societas » between Romans and the introduction of « formulae »*, in *RIDA.* 9 (1962) 431 ss. — Sorvolando sulle altre teorie in ordine all'origine della *societas* consensuale, merita di essere segnalata quella secondo cui essa (nella forma di *societas omnium bonorum*) sarebbe derivata dal *consortium ercto non cito*: tesi basata fra l'altro sul fatto che l'*edictum praetoris* (cfr. Lenel, *EP.*[3] § 109) sembra aver fatto perno sull'ipotesi della *societas omnium bonorum*, nonché basata su Gai 3.154 *a*, là dove, al termine dell'*excursus* sulla *societas* cd. *iuris gentium*, dice: *Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum* (e passa quindi a parlare del *consortium ercto non cito*: *retro* n. 45.4). La teoria, già sostenuta da altri prima del rinvenimento dei frammenti egiziani di Gai 3.154 *a* e *b*, è stata vigorosamente difesa particolarmente dal Wieacker, (negli scritti cit. *retro* nt. 88.1), ma non convince: contro di essa cfr., per tutti, Guarino, *« Societas »* cit. Gaio parla del *consortium* (ai suoi tempi in disuso: *« olim »*) solo a titolo di accostamento ana-

come negozio giuridico costitutivo di mere *obligationes* tra le parti, sia stato introdotto dal *ius civile novum* sotto la spinta delle esigenze e delle esperienze del commercio mediterraneo nel III sec. a.C.; ma molti, e in modo vario, sostengono che la *societas consensu contracta* sia stata il frutto di un adattamento di precedenti istituti del *ius civile vetus*. Secondo i più la *societas* non sarebbe stato altro che la trasposizione in termini semplificati (e con apertura alla partecipazione dei *peregrini*) del vecchio *consortium ercto non cito*, e in particolare del *consortium ad exemplum fratrum suorum*, sicché essa sarebbe sorta nella forma di *societas omnium bonorum*; anzi vi è chi asserisce, su questa strada, che accanto alla più moderna *societas* cd. *iuris gentium* sarebbe sempre sussistito il *consortium* alla vecchia maniera, inteso e qualificato dai giuristi come « *societas iuris civilis* » (*veteris*). Secondo altri la *societas* si sarebbe profilata indipendentemente dal *consortium ercto non cito*, di cui avrebbe comunque agevolato indirettamente la decadenza, e sarebbe derivata da preesistenti esperienze romane (limitate ovviamente ai soli *cives*), quali quella delle *societates publicanorum*, o quella delle compartecipazioni agrarie tra proprietari e contadini, o altre ancora. Secondo altri ancora la *societas* sarebbe sorta per il regolamento dei fenomeni di *communio* e per l'apertura della *communio*, nei limiti del materialmente possibile, anche ai *peregrini*, sì che la giurisprudenza classica avrebbe finito per qualificare la *communio* volontaria come *societas* consensuale (o almeno come una sottospecie della stessa) e la *communio* necessaria (la cd. *communio incidens*) come « *societas re contracta* ». Senza negare la precedenza e la concorrenza di queste e di altre fattispecie rispetto alla *societas consensu contracta*, noi però riteniamo che la sua genesi sia da ravvisare in un fenomeno particolare e originale del commercio mediterraneo: quello della cooperazione fiduciaria tra due (ed eventualmente più) uomini d'affari in vista di operazioni economiche o di tipi di operazioni economiche ben determinate e con assunzione in comune dei rischi alle stesse connessi. Non tanto e solo la necessità di mettere insieme grossi capitali quanto l'alta opportunità di assumere i rischi in comune spinsero gli operatori economici dell'età preclassica (spesso di nazionalità diversa, spesso residenti a distanza l'uno dall'altro, spesso

---

logico (e per di più molto vago) alla *societas* in senso proprio. — Nemmeno convince la tesi di una cd. *societas iuris civilis* (*veteris*) che sarebbe coesistita in età classica, costituendosi mediante una *certa legis actio*, con la *societas iuris gentium*. Essa è stata ultimamente ripresa, sempre con riferimento a Gaio, da Bianchini, *Studi sulla « societas » cit.*: ma *contra* cfr. Guarino, *rc.* in *Labeo* 13 (1967) 293 ss.

cooperanti all'impresa in modo diverso, e cioè chi con i suoi capitali e chi con la sua opera « manageriale ») a concludere, sulla base della reciproca *fides*, *societates* tra loro: società dapprima occasionali e limitate nel numero o nel tipo delle operazioni, poi anche estese ad un impegno totale di tutte le loro forze economiche e intellettuali. Ed è evidente che queste esplicazioni dell'ambiente commerciale valsero, a loro volta, a far decadere gli istituti, meno perfetti e soprattutto meno duttili alle esigenze molteplici della pratica, che le avevano precedute.

88.1.2. Nell'esperienza del diritto classico, in cui l'istituto ebbe la sua massima diffusione, la *societas consensu contracta* si presentava in una vastissima gamma di applicazioni. Ma, per quanto riguarda la causa del negozio, i tipi fondamentali in cui tutte le applicazioni, sulla scorta degli *edicta praetoris* (*urbani* e *peregrini*), potevano essere inquadrate furono due: la *societas omnium bonorum* e la cd. *societas unius negotiationis*. La « *societas omnium bonorum* » (o « *totorum*

88.1.2. In ordine ai vari tipi di società v. Gai 3.148: *Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum*; Ulp. D. 17.2.5. pr.: *Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius*. Cfr., con ampia casistica: Arnò, *Il contratto di società* cit. 57 ss.; Arangio-Ruiz, *La società* cit. 120 ss., 141 ss. — La *societas omnium bonorum* (sulla quale cfr. spec.: Torrent, *Consideraciones sobre la « societas omnium bonorum »*, in *RISG*. 13-15 [1965-67] 3 ss.; Cornioley, *De la « communicatio rerum » dans la « societas omnium bonorum »*, in *Fs. von Lübtow* [1970] 493 ss., con ulteriore bibliografia) non era la figura di più frequente applicazione, ma era certo la figura più delicata perché implicava il vincolamento dei patrimoni dei singoli soci alle sorti comuni della *societas* stessa. Non è escluso che essa potesse essere convenuta nel senso di dar luogo ad una *communio* (anzi è probabile che già la giurisprudenza tardo-classica, in un'epoca che era già di ristagno economico, l'abbia veduta prevalentemente sotto questo profilo), ma è da escludere che essa per sua natura implicasse l'obbligo di conferire in *communio* i beni reali, o addirittura che la *communio* si realizzasse per il solo fatto della sua conclusione e senza necessità di atti traslativi della proprietà (cd. « *transitus legalis* » dalla proprietà singola a quella collettiva). I testi che si adducono in proposito, parzialmente ritoccati in età postclassica, parlano solo di una « *communicatio rerum* » implicata dalla *societas omnium bonorum* (cfr. Paul. D. 17.3.1.1) integrata dall'obbligo dei soci di mettersi reciprocamente a disposizione le azioni relative alle *obligationes* di cui sono titolari (cfr. Paul. D. 17.2.3 pr.): la unificazione contabile ed amministrativa dei patrimoni dei soci era dunque più che sufficiente alla realizzazione della causa della *societas omnium bonorum* (almeno sino a quando, nella vita concreta della consociazione, si rendesse necessario procedere a trasferimenti o a cessioni di crediti o debiti tra i *socii*, da attuarsi peraltro ciascuno nei modi propri). — Sulla *societas omnium quae ex quaestu veniunt* e sui suoi sviluppi postclassici: Bona, *Società universale e società questuaria generale in diritto romano*, in *SDHI*. 33 (1967) 366 ss., *Contributo alla storia della « societas universorum quae ex quaestu veniunt » in diritto romano*, in *St. Grosso* 1 (1958) 383 ss.; Guarino, « *Societas* » cit. 27 ss. Per le fonti v. Ulp. D. 17.2.7: *Coire societatem et simpliciter licet; et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit*; Paul. D. 17.2.8: *Quaestus enim intellegitur, qui ex opera cuius descendit*.

bonorum » o « *universarum fortunarum* ») era caratterizzata dall'impegno dei *socii* di tenere a disposizione comune la totalità delle loro fortune (i loro patrimoni economici) per impiegarle in operazioni stabilite di comune accordo e per ripartire proporzionalmente fra tutti i profitti e le perdite: non era affatto necessario (anche se in età tardo-classica divenne frequente) che essa si realizzasse sul piano giuridico in una *communio*, ma era sufficiente che i patrimoni economici dei soci fossero unificati sul piano contabile e su quello operativo (cd. « *communicatio rerum* »), sicché l'essenziale era che i *socii* mantenessero rigorosamente fede all'obbligazione di eseguire ciascuno quegli atti giuridici (di alienazione, di acquisto, di concessione di credito, di adempimento di debiti e via dicendo) che si rendessero di volta in volta necessari per il raggiungimento dei fini sociali. La « *societas unius negotiationis* » (o « *unius negotii* », o « *unius rei* ») era qualunque altro tipo di *societas* che non avesse le caratteristiche della società universale: dalla *societas* che fosse veramente contratta per il compimento di un'unica operazione a quella destinata al compimento di operazioni molteplici, di un certo tipo di attività economica, di un certo sfruttamento di beni comuni e così via dicendo, sino all'ipotesi amplissima (ma comunque essenzialmente diversa da quella della società universale) della cd. « *societas omnium quae ex quaestu veniunt* » (o « *lucri compendii* »), cioè della società intesa alla ripartizione tra i soci di tutti gli eventuali guadagni, derivanti dalla loro separata (ma coordinata) attività economica.

88.1.3. In diritto postclassico le visuali classiche non cambiarono di molto, ma certamente si intorbidarono. In un ambiente economico cui erano oramai quasi del tutto estranee le iniziative dinamiche di un tempo (e in cui più non si faceva differenza tra *cives* e *peregrini*) il concetto di *societas* si avvicinò sensibilmente a quello di *communio*, cioè di compartecipazione nello sfruttamento di beni ed attività da rendere necessariamente comuni tra i soci. La *societas* fu vista come il gradino giuridico intermedio tra la titolarità individuale del patrimonio e la erezione di un patrimonio comune in soggetto giuridico impersonale distinto dalle persone dei *socii*. Essa fu quindi intesa come

---

88.1.3. Uno studio approfondito sull'evoluzione postclassica della *societas*, a nostro parere, ancora manca. Non si tratta tanto di identificare interpolazioni, quanto di rendersi conto del senso diverso che le affermazioni dei giuristi classici acquistano in relazione ad un ambiente economico e ad un ordinamento giuridico notevolmente diversi da quelli preclassici e classici. Per qualche spunto in questo senso cfr.: Guarino, « *Solutio societatis* », in *Labeo* 14 (1968) 139 ss. (e in *St. Grosso* 3 [1968] 3 ss. V. anche *infra* n. 88.3.1).

una convenzione che di per sé sola determinava la *communio* dei beni reali dedotti in società (oltre l'obbligo a computare eventualmente in comune, specialmente nella *societas omnium bonorum*, anche i crediti e i debiti dei *socii*). La nota caratterizzante rispetto alla *communio* ne fu il vincolo strettamente personalistico tra i *socii*: il venir meno di un socio provocava *ipso iure* lo scioglimento, e quindi la liquidazione, dei rapporti sociali.

88.1.4. Elementi costitutivi del *contractus* di *societas*, in tutte le sue manifestazioni, furono: il *consensus perseverans in idem placitum*, comunque manifestato, delle parti; il fine pratico di conseguire un risultato economico utile a tutti attraverso il sacrificio economico o personale di ciascuno. I punti che meritano qui particolare illustrazione sono quelli dei cd. « conferimenti dei *socii* » e del connesso riparto tra gli stessi degli utili e delle perdite; della durevolezza del consenso dei *socii*.

88.2. I conferimenti promessi dai *socii* potevano consistere in beni reali, in crediti verso terzi, in *operae* da prestare al

---

88.1.4. La singolarità della *societas* rispetto agli altri contratti consensuali (e in particolare rispetto ai due contratti a prestazioni eterogenee e corrispettive: *emptio venditio* e *locatio conductio*) è messa in luce anche dalla terminologia *coire societatem* solitamente usata per indicare il *consensus in idem placitum*. « *Coire* » non significa soltanto accordarsi a seguito di una trattativa (cd. « *tractatus* »), ma significa altresì dare inizio ad un'attività di cooperazione che richiederà una partecipazione sempre presente ed effettiva della volontà dei *socii*.

88.2. Sulla natura dei conferimenti Ulp. D. 17.2.5.1: *Societas... coiri potest et valet etiam inter eos qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. Donationis causa societas recte non contrahitur.* — Sul problema della ripartizione degli utili e delle perdite tra i soci celebre è Gai 3.149: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Q. Mucius contra naturam societatis esse existimavit. Sed Ser. Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit ille quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.* V. anche: D. 17.2.29.1; I. 3.25.2. — Sulla cd. *societas leonina* Ulp. D. 17.2.29.2: *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum... genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.* — Sul criterio di ripartizione di profitti e perdite in assenza di esplicita convenzione tra le parti Gai 3.150: *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse. Sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est similes partes erunt.* V. anche: D. 17.2.29 pr.; I. 3.25.1. — La partecipazione ai profitti ed alle perdite poteva esser lasciata anche all'*arbitrium boni viri* di un terzo o di un socio. V. Proc. D. 17.2.76: *Socie-*

fine del conseguimento dei fini sociali, ma dovevano essere in ogni caso valutabili in termini economici, sì da permettere il calcolo dell'apporto di ciascun *socius* nei confronti dell'altro. Non era necessario che i conferimenti fossero eguali, purché, anche in minima misura, essi fossero a carico di tutti i *socii*. Alla loro entità era ragguagliata la partecipazione agli utili e alle perdite delle attività sociali. Inconcepibile era la cd. « *societas leonina* », in cui cioè ad un socio fossero assicurati solo e tutti gli utili, o anche utili in proporzione vistosamente superiore ai conferimenti o alle perdite. Solo che la *societas*, essendo per sua natura restía a troppo rigide e minuziose determinazioni del capitale sociale, si prestava alla possibilità di riparti molto elasticamente determinati, sopra tutto in considerazione dell'importanza attribuita all'opera personale prestata dai *socii* per la buona condotta delle attività sociali in genere o per la felice riuscita di determinate operazioni. Come è naturale, le controversie tra i *socii* in proposito non erano infrequenti ed a risolverle, quando non bastava l'*arbitrium boni viri* degli stessi *socii* o di persone di loro comune fiducia, provvedeva il giudice in sede di *actio pro socio*.

88.2.1. Le finalità in vista delle quali erano promessi i conferimenti potevano essere temporalmente indefinite o temporalmente de-

---

tatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit ut ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris utrum ratum id iure societatis sit, an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. Existimo autem melius te quaesiturus fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas his constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. Arbitrorum enim genera duo sunt, unum eiusmodi ut sive aequum sit sive iniquum parere debeamus (quod observatur cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat. V. anche: D. 17.2.6. — Su tutta la complessa problematica cfr.: Guarneri Citati, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in *BIDR.* 42 (1934) 166 ss.; Wieacker, « *Societas* » cit. 237 ss.; Arnò, *Il contratto di società* cit. 219 ss.; Arangio-Ruiz, *La società* cit. 93 ss.; Beseler, *Zu Gaius III 149*, in *SDHI.* 4 (1938) 205 ss.; Di Marzo, « *Pro Servio Sulpicio Rufo* », in *BIDR.* 45 (1938) 261 ss.; Arnò, *La « magna quaestio » (Gaio III 149)*, in *ACISNR.* 5 (1946) 52 ss.; Hermann, *Autour des Fables de Phèdre*, 4. - *Le partage du lion*, in *Latomus* 7 (1948) 201 ss.; Guarino, *La società col leone*, in *Labeo* 18 (1972) 72 ss.

88.2.1. Sulla *societas in tempus coita* cfr.: van Oven, « *Societas in tempus coita* », in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 453 ss. — Per i vari tipi di *societas unius negotiationis* v.: D. 14.2.5.15, D. 17.2.52.4 (*negotiatio sagaria*); D. 32.73.4 (*vita venaliciaria*); D. 17.2.52.5 (*societas argentaria*); FIRA. 3 n. 157 (*societas danistaria*). — La *societas vectigalis* aveva la caratteristica che l'erede subentrava al posto del socio defunto: D. 17.2.50 pr.; D. 17.2.63.8; per la nozione di « *vectigal* » (in senso pubblicistico) D. 50.16.6 (v. *retro* n. 69.2). — Sulle *societates publicanorum seu vectigalium*: Kniep, « *Societates publicanorum* » (1896); Arias-Bonet, « *Societas publicanorum* », in *AHDE.* 19 (1948-49) 218 ss.; Elguera, *Naturaleza juridica de las « societates vectigalium » en la epoca clásica*, in *RSADR.* 1 (1954) 31 ss. Cfr. anche: Bonetti, sv. « *Publicani* », in *NNDI.*; Ürögti, sv. « *Publicani* », in *PW.*; Badian, *Publicans and sinners, Private enterprise in the service of the Roman Republic* (1972).

finite. Temporalmente indefinite erano le finalità che non comportavano di per sé un termine (es.: l'esercizio di una certa industria o di un certo commercio) e in ordine alle quali le parti non si erano preoccupate di fissare un *dies* di scadenza (cd. « *societas in tempus coita* »). Temporalmente definite erano le finalità con prefissione di un termine negoziale di scadenza e quelle che comportavano di per sé un termine di esaurimento (es.: il compimento di un certo viaggio di affari). Quanto alle varie finalità sociali, a prescindere dalle ipotesi già indicate di *societas omnium bonorum* e di *societas omnium quae in quaestu veniunt*, il catalogo offertoci dalle fonti è ricchissimo: qualunque tipo di lecita *negotiatio* (per esempio, la « *negotiatio sagaria et lintearia* », per il commercio dei vestiti e delle stoffe) o di *administratio* (per esempio, di un fondo rustico) poteva essere esercitata su basi sociali. Tra le *societates* a termine indefinito, le più caratteristiche erano: la « *societas venaliciaria* », per il commercio degli schiavi (« *venalia* » o « *venalicia* »); la « *societas argentaria* », per l'esercizio dell'attività bancaria; la « *societas danistaria* », per l'esercizio dei prestiti ad interesse. Solo in parte assoggettate alla disciplina ordinaria, causa i loro riflessi pubblicistici, erano: la « *societas vectigalis* » (o « *vectigalium* »), per la esazione delle pubbliche imposte (« *vectigalia* ») in una certa zona; e soprattutto la « *societas publicanorum* », per l'appalto di tutto il reddito di imposte (« *publica* ») ricavabile da una certa *provincia* o per l'appalto di grandi opere pubbliche.

88.3. Il *consensus in idem placitum* dei *socii*, stante la continuità della cooperazione cui dava luogo, non poteva fermarsi al momento

---

88.3. Sul *consensus perseverans* dei *socii* v. Gai 3.151: *Manet autem societas eo usque donec in eodem consensu perseverant* (*rell.*). V. anche: I. 3.25.4; CI. 4.37.5). — Sul *dissensus sociorum* nella concezione classica cfr. Guarino, « *Dissensus sociorum* », in *St. Volterra* 5 (1971) 135 ss. con altre indicazioni bibliografiche. Il testo base è Paul. D. 17.2.65.3: *Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est si omnes dissentiunt* (*rell.*). V. anche: Pap. D. 41.2.46; Paul. D. 50.17.153; Ulp. D. 50.17.35; Ner. D. 2.14.58; I. 3.29.4. Non precisamente corrispondente è la nozione di *dissensus sociorum* in GE. 2.9.17. — La *renuntiatio* del *socius*, e a maggior ragione la sua morte, la sua *capitis deminutio*, il suo fallimento, determinavano la *solutio societatis* solo quando la *societas* fosse costituita da due soci: per la dimostrazione, cfr. Guarino, « *Solutio societatis* » cit., e « *Societas* » cit. 35 ss., ove si sostiene, contro la *communis opinio*, che Gaio parla di *solutio societatis* proprio perché si riferisce alla *societas* bilaterale (il che si deduce anche da Gai 3.137). È bene leggere Gai 3.151-154: ... *at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. Sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum honorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaciat, cogetur hoc lucrum communicare: si quid vero aliud lucrifecerit, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Mihi vero, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur. Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit.*

iniziale dei rapporti sociali, ma doveva essere un *consensus perseverans*, doveva durare *inter socios* (e cioè tra gli stessi *socii* che lo avevano inizialmente manifestato) sino a che il fine sociale fosse conseguito (o si rivelasse o divenisse obbiettivamente irrealizzabile), oppure sin che sopravvenisse la scadenza del termine. Le conseguenze più importanti di questa impostazione erano, in diritto classico, tre. In primo luogo, il « *dissensus sociorum* », cioè una manifestazione di *contrarius consensus* dei *socii*, poteva determinare in qualunque momento la fine, sia pure anticipata, della *societas*, la cd. « *solutio societatis* », con relativa messa in liquidazione. In secondo luogo, la morte, la *capitis deminutio*, la sottoposizione di un singolo *socius* a *venditio bonorum* determinavano la sua esclusione dalla *societas*, la quale si estingueva nel caso tipico della società a due, ma continuava con gli altri nel caso della società a più soci. In terzo luogo, la *renuntiatio* di un singolo *socius* dava anch'essa necessariamente luogo a questi effetti, pur se ovviamente il socio rinunciatario diventava soggetto passivo di una obbligazione di responsabilità verso il consocio per il pregiudizio economico creato con la sua rinuncia. Anche se si trattava di una « *societas in tempus coita* », o se tra i soci era intervenuto un « *pactum ne intra certum tempus abeatur* », gli effetti di cui sopra (a parte le questioni di responsabilità) si verificavano, trattandosi di conseguenze ineliminabili della *perseverantia consensus*.

88.3.1. In età postclassica, la tendenza a concepire la *societas* come contratto determinativo della co-gestione di un patrimonio reso comune tra i *socii* dal consenso iniziale non giunse a mutare le linee direttive

---

Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur... Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas (rell.). Si noti che, a proposito del *capite minutus* (con evidente riferimento alla *capitis deminutio maxima* e *media*: v. *retro* n. 22.5.3), Gaio registra implicitamente qualche dubbio tra i giureconsulti (« *dicitur* »): la *solutio societatis ex capite deminutione* non figura infatti in I. 3.25.4-8, che riguarda anche la *societas* plurilaterale e riflette la situazione del diritto postclassico.

88.3.1. Sulla *solutio* della *societas postclassica* v. D. 17.2.63.10: *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte: res vero, cum aut nullae relinquantur aut condicionem mutaverint, neeque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est neque eius quae consecrata publicatave sit. Voluntate distrahitur societas renuntiatione*; D. 17.2.64: *Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur*; D. 17.2.65 pr.: *Actione distrahitur cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiatam societatem, sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit*. Si tratta di una « catena » postclassica di testi classici in parte alterati. Per la dimostrazione relativa cfr.: Guarino, « *Solutio societatis* » cit., con bibliografia.

di questa struttura, ma indubbiamente le alterò. All'esigenza della *perseverantia consensus* peraltro non si seppe rinunciare. Pertanto, proprio perché il *consensus sociorum* doveva essere *perseverans*, si ritenne che non solo il *dissensus sociorum*, ma anche la *renuntiatio*, la morte, il fallimento di un solo *socius* determinassero la *solutio societatis* (bilaterale o plurilaterale che fosse), incidendo questi fatti sull'equilibrio di tutto il patrimonio comune. Di più: si ritenne che l'esercizio dell'*actio pro socio* da parte di un socio contro gli altri, ponendo in crisi la co-gestione sociale, implicasse necessariamente anch'esso la *solutio societatis*. Liberi, beninteso, i vecchi soci (tra loro, o con gli eredi di quelli defunti, o con altri soggetti in sostituzione o in aggiunta di quelli receduti) di dare luogo, con un nuovo *consensus in idem placitum*, ad una *nova societas*.

88.4. L'azione concessa a ciascun socio contro l'altro 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* ». In diritto classico l'azione era diretta ad ottenere dal socio convenuto che eseguisse le prestazioni cui era impegnato; in diritto postclassico, coerentemente al concetto della *societas* come co-gestione di un *quid commune*, l'azione era essenzialmente diretta ad affermare la responsabilità di chi fosse venuto meno agli obblighi assunti, ed appunto perciò implicava, come si è detto, l'estinzione della *societas*.

88.5. Obbligazione tipica di ciascun *socius* era, in diritto preclassico e classico, di porre in essere la cooperazione pro-

---

88.4. Sulle azioni *ex societate* v. Gai 4.62 cit.: *sunt autem bonae fidei iudicia haec ...pro socio ...*; Gai 4.182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti ...pro socio*. Ricostruzione della formula in Lenel, *EP*.[3] 297. — L'*actio pro socio* sanzionava di regola la responsabilità per dolo (D. 2.13.9 pr.: *cum dolo malo socius negotia gessit... est... actio pro socio*), ma talora anche per *culpa*, *imperitia* e *custodia* (D. 17.2.52. 2, 3); in diritto giustinianeo, poi, si generalizzò il criterio della responsabilità per colpa, intesa, però, come *culpa in concreto* (I. 3.25.9; D. 17.2.72). Su ciò cfr.: Wieacker, « *Societas* » cit. 212 ss., e *Haftungsformen des römischen Gesellschaftrechts*, in *ZSS*. 54 (1934) 35 ss.; Arnò, *Il contratto di società* cit. 299 ss.; Arangio-Ruiz, *La società* cit. 183 ss.; Watson, *Some cases of distorsion by the past in classical roman law*, in *T*. 31 (1963) 69 ss. — Sul concorso dell'*actio pro socio* col *iudicium communi dividundo*: D. 17.2.38.1; D. 17.2.43, su cui Levy, *Konkurrenz der Aktionen und Personen* I (1918) e 2.1 (1922) *passim*. — Il *socius* convenuto dall'altro socio godeva della *condemnatio in id quod facere potest*. Probabilmente l'*edictum praetoris* previde il beneficio per il solo *socius omnium bonorum*, ma la giurisprudenza, a partire da Sabino, lo ritenne estensibile anche al *socius unius negotiationis*. V.: Ulp. D. 17.2.63 pr.; Ulp. D. 42.1.16 itp. Cfr.: Guarino, *La condanna nei limiti del possibile* (1975) 24 ss.

88.5. Fra le obbligazioni dei *socii* merita di essere approfondita quella di rendere comuni gli acquisti effettuati per la società. V. D. 17.2.74: *Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare*. — Sul diritto del socio alla quota di utili e al rimborso di

messa: sia tenendo a disposizione dell'altro socio (o degli altri *socii*) i cespiti economici o le energie individuali che erano stati dedotti in contratto, sia compiendo di volta in volta tutte quelle attività giuridiche che si rendessero necessarie per il raggiungimento dei fini sociali (alienazione di propri beni a terzi, cessione di propri diritti reali o personali ai consoci, acquisti nell'interesse comune, assunzione di situazioni creditorie o debitorie nell'interesse comune). 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 e *ab initio* il trasferimento ai consoci della proprietà dei beni reali promessi dal socio alla *societas* (cd. « *transitus legalis* »): pertanto le obbligazioni dei *socii* si ridussero alla prestazione delle attività personali promesse e all'obbligo 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.

89. Le « obligationes ex mandato ».

89.1. 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*, con obbligo del *mandator* ad eventualmente indennizzarlo delle

---

spese e danni v. D. 17.2.38 pr. 1: *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate: quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sut (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi). Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio, vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait* (v. anche D. 17.2.67.2). — Sulla sorte dei beni conferiti e sul cd. *transitus legalis* cfr., per fonti e letteratura: Guarino, « *Societas* » cit. 21 ss. — Sui rapporti tra soci e terzi v. D. 17.2.82: *Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt* (itp.? v. anche D. 17.2.28). Su ciò cfr.: Sanfilippo, *Sulla irrilevanza del rapporto sociale nei confronti dei terzi*, in *Iura* 2 (1951) 159 ss.; Serrao, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, in *St. Volterra* 5 (1971) 743 ss.

89.1. Sul *mandatum* in generale cfr.: Kreller, sv. « *Mandatum* », in *PW.*; Sanfilippo, *Il mandato* (corso, 1947); Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano* (r. 1965); Watson, *Contract of mandate in Roman law* (1961); Longo (G.), sv. *Mandato* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Provera, sv. *Mandato* (*Negozio giur.: storia*), in *ED.* Le fonti sono: D. 17.1 (*Mandati vel contra*): CI. 4.35; I. 3.26; Gai 3.155-162; Pal. 2.7.15. Cfr. pure: Taubenschlag, *Greco-Roman Egypt* 399 ss.; Modrzejewski, *Le mandat dans la pratique provinciale à la lumière des lettres privées grecques d'Egypte*, in *RH.* 37 (1959) 465 ss.

spese e dei danni subìti 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 esattamente dovrebbe chiamarsi « *mandatum susceptum* », o meglio ancora « *mandatum consensu contractum* ».

89.1.1. Precedenti assimilabili 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. si verificò spesso l'ipotesi 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 (non nel comune interesse), ove egli non fosse in grado, chiamato ad altre cure, di attendervi personalmente. Si trattava, in questi casi, di impegni particolarmente alla buona tra mandante e mandatario: impegni che si inquadravano sovente nelle più ampie relazioni di amicizia e di affari tra loro esistenti, cioè in relazioni che non comportavano un corrispettivo, ma tutt'al più un onorario, e soprattutto implicavano il tacito impegno del mandante a ricambiare il favore alla prima occasione. È 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 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, sul piano del diritto e non su quello della cortesia, attraverso dunque 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*.

89.1.2. Il *mandatum* poteva essere, dunque, di varie specie, a seconda dell'interesse che fosse diretto a tutelare: « *mandatum mea*

89.1.1. Per la storia del *mandatum* v. 17.1.1.4.: ... *mandatum... originem ex officio atque amicitia trahit (rell.)*. Si cfr. spec.: von Bossowski, *Die Abgrenzung des « mandatum » und der « negotiorum gestio »*, in *Arch. Towarzystwa Naukowego we Lwowie* 1937; Quadrato, *Dal « procurator » al mandatario*, in *AUBA*. 1963. V. anche *retro* n. 34.2.3.

89.1.2. Sull'interesse nel mandato Gai 3.155-156: *Mandatum consistit sive*

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 era 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.

89.1.3. Elementi costitutivi del *contractus* di *mandatum*, in tutte le sue manifestazioni, furono: il *consensus perseverans in idem placitum*, comunque manifestato delle parti; il fine pratico di compiere gratuitamente un'attività richiesta dal mandante. I punti che meritano qui particolare illustrazione attengono all'attività del *mandatarius* ed alla *perseverantia* del *consensus* tra le parti.

89.2. L'attività del mandatario non doveva essere necessariamente un'attività « giuridica », sebbene questo essa fosse nella

---

nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id quod vel me vel te mihi bona fide praestare oportet. Nam si tua gratia tibi mandem supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia facturus sis id de tua sententia non ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamvis eam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. Item si hortatus sim, ut rem aliquam emeres quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebo. Et adeo haec ita sunt ut quaeratur an mandati teneatur qui mandavit tibi ut Titio pecuniam faenerares. Sed Servius negavit nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. Sed sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset. Si v. anche: D. 17.1.2; e I. 3.26 pr.-6. Sul problema cfr. spec.: Mancaleoni, « *Mandatum tua gratia* » e « *consilium* », in *RISG.* 27 (1889) 367 ss.; Burdese, « *Mandatum mea aliena tua gratia* », in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 219 ss.; Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 118 ss.; Watson, *Contract of mandate* cit. 111 ss.

89.1.3. Sulla natura consensuale del contratto di mandato v. Paul. D. 17.1.1 pr.-2: *Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest. Item sive « rogo » sive « volo » sive « mando » sive alio quocumque verbo scripserit mandati actio est.* V. anche Gai 3.135-136. In dottrina cfr.: Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato*, 2. - *La volontà del mandante*, in *AUPE.* 1930; Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 79 ss.; Watson, *Contract of mandate* cit. 61 ss.

89.2. Sul *mandatum rei turpis* v. Gai 3.157: *Illud constat si quis de ea re mandet quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem; veluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias.* V. anche: I. 3.26.7; D. 17.1.6.3; D. 17.1.22.6. Un'ipotesi interessante in D. 17.2.11.11, su cui Bortolucci, *Mandato di credito*, in *BIDR.* 28 (1915) 191 ss. Cfr. anche: Siber, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, in *St. Bonfante* 4 (1930) 103 ss.; Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 105 ss.;

gran maggioranza dei casi: poteva anche consistere nel compimento di operazioni prive di rilevanza giuridica. L'essenziale è che essa fosse « giuridicamente lecita » e « sufficientemente determinata ». Non era valido, dunque, il mandato di compiere atti illeciti (« *mandatum rei turpis* »), né lo era il cd. « *mandatum incertum* ».

89.2.1. 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*, sicché 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*.

89.3. Come per la *societas*, occorreva per il *mandatum* la *perseverantia consensus*: il contratto doveva essere alimentato

---

Watson, *Contract of mandate* cit. 88 ss. — Sul *mandatum incertum* v.: D. 17.1.8.3; D. 3.5.28. Cfr.: Donatuti, *Mandato incerto*, in *BIDR*. 33 (1923) 168 ss.; Longo (G.), *Sul mandato incerto*, in *Scr. Ferrini Milano* 2 (1946); Sanfilippo, *Esecuzione del mandato mediante sostituto*, in *AUCT*. 1947; Scapini, *Appunti per la storia del « mandatum incertum »*, in *St. Donatuti* 3 (1973) 1195 ss.

89.2.1. La gratuità è spesso troppo facilmente connessa con lo *status* del mandatario: in origine un servo o un liberto e, solo per il compimento di una attività giuridica, un ingenuo. Anche quando mandatario fu di regola un soggetto indipendente dal mandante, il suo compito venne comunque considerato *officium*, e come tale gratuito. V. D. 17.1.4: *Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit* (cfr. D. 17.1.36.1 e Gai 3.162). Si cfr.: Dumont, *La gratuité du mandat en droit romain*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 307 ss.; Michel, *Gratuité* cit. 168 ss. — Sulla natura della eventuale remunerazione del mandatario (*honorarium* o *salarium*), cfr. partic.: Frese, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in *St. Riccobono* 4 (1936) 397 ss. Sulla esigibilità di tale remunerazione esclusivamente traverso la *cognitio extra ordinem*: CI. 4.35.1 (cfr. D. 17.1.6 pr. itp.).

89.3. Sulla *revocatio* da parte del mandante v. Gai 3.159: *Sed recte quoque consummatur mandatum si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit*. Sul testo cfr. Beseler, *Romanistiche Studien*, in *ZSS*. 50 (1930) 18 ss. Per il requisito della *res integra* v. D. 17.1.15. — Sulla *renuntiatio* da parte del mandatario v.: Paul. D. 17.1.22.11; Gai D. 17.1.27.1; I. 3.26.11. In dottrina cfr. spec.: Meylan, *Révocation et renonciation du mandat en droit romain classique*, in *St. Grosso* 1 (1968) 465 ss. Anche e soprattutto in ordine alla *renuntiatio mandato* le fonti classiche segnalano che essa non è ovviamente possibile che « *re adhuc integra* » (cioè quando ancora non si è dato esecuzione all'incarico, o nei limiti in cui all'incarico non si è dato esecuzione). Meno sicura è la classicità delle fonti nella parte in cui esse dicono che la *renuntiatio* non è ammessa quando implichi un'insormontabile difficoltà per il *mandator* di raggiungere i suoi scopi senza l'aiuto del *mandatarius*. Tale correttivo della regola classica è enunciato in modo particolarmente incisivo da I. 3.26.11: *Mandatum non suscipere liberum est: susceptum autem consummandum aut quam primum renuntiandum est, ut aut per semet ipsum aut per alium eandem rem mandator exsequatur (rell.)*. — Sul principio *mandatum morte resolvitur* (a nostro avviso, classico): *infra* n. 89.3.1.

dal consenso continuo di coloro che lo avevano messo in opera. Le conseguenze principali di questa impostazione erano due. Anzitutto, essendo il *mandatum* un negozio bilaterale, bastavano (a prescindere dal *contrarius consensus*) la semplice « *revocatio mandati* » da parte del *mandator* o la semplice « *renuntiatio mandato* » da parte del *mandatarius* a *solvere mandatum*, e quindi ad estinguere l'obbligazione del mandatario. Secondariamente, venendo a mancare una delle due parti per morte (non sappiamo se anche per le altre cause valevoli in ordine alla *societas*), egualmente si verificava la risoluzione del contratto (« *mandatum morte resolvitur* »): a maggior ragione era inammissibile un « *mandatum post mortem* », da eseguirsi cioè dopo la morte del *mandator* o del *mandatarius*.

89.3.1. Questi principi subirono una qualche attenuazione in età postclassica. A tutela del *mandator*, si ritenne che il *mandatarius* non potesse effettuare una *renuntiatio mandato* che lo pregiudicasse, e si ritenne altresì che fosse valido il « *mandatum post mortem mandatoris* ».

89.4. 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

---

89.3.1. Sulla « *resolutio mandati* » per morte di una delle due parti v. Gai 3.160: *Item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius interveniat, id est vel eius qui mandaverit, vel eius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, ut si mortuo eo qui mihi mandaverit ignorans eum decessisse executus fuero mandatum, posse me agere mandati actione; alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum mihi adferret (rell.).* V. anche: D. 17.1.26 pr.; e D. 17.1.27.3, su cui cfr. Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 139 ss.; Watson, *Contract of mandate* cit. 125 ss. — Sul *mandatum post mortem* v. Gai 3.158: *Item si quid post mortem meam faciendum mihi mandetur inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.* V. anche: D. 17.1.27.1; CI. 4.11.1 pr.-2; CI. 8.37(38).11. Sul problema esiste una vasta letteratura orientata in vario senso. Cfr., per tutti: Di Marzo, *Sul mandato « post mortem »*, in *Scr. Ferrini Milano* 1 (1946) 233 ss.; Sanfilippo, « *Mandatum post mortem* », in *St. Solazzi* (1949) 554 ss., e *Ancora su Gai 3.158*, in *Iura* 10 (1959) 113 s.; Rabie, *L'acte juridique « post mortem » en droit romain: validité et fonction* (1955); Di Paola, *L'atto giuridico « post mortem »*, in *Labeo* 1 (1955) 342 ss.; van Oven, *Gaius 3, 158: « mandatum post mortem mandantis »*, in *Eos* 48 (1956) 529 ss., e *Pour la dernière fois: Gaius 3.158*, in *Iura* 11 (1960) 183 s.; Harder, *Zum transmortalem und postmortalem Auftrag nach römischen und geltendem Recht*, in *Fs. von Lübtow* (1970) 515 ss.

89.4. Sulle azioni da mandato v. Gai 4.62 cit.: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec ... mandati.* Ricostruzione della formula in Lenel, *EP*³ 295 ss. In dottrina, sul punto cfr.: Kreller, *Zum « iudicium mandati »*, in *ACP.* 133 (1931) 118 ss., e *Kritische Digestenexegesen zur Frage des Drittschadensersatzes*, in *ZSS.* 66 (1948) 45 ss.; Provera, *Contributo alla teoria degli « iudicia contraria »*, in *SDHI.* 8 (1942) 113 ss.; Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 84 ss.; Watson, *Contract of mandate* cit. 154 ss., 178 ss.; Albanese, « *Iudicium contrarium* » *e* « *ignominia* » *nel mandato*, in *Iura* 21 (1970) 1 ss.; Sturm, *Observations exégétiques sur Paul. D. 46.2.12*, in *St. Volterra* 1 (1971) 257 ss.

implicavano la condanna del soccombente al « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* ».

89.5. 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 ritenerlo 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

---

89.5. Sull'obbligo del mandatario di condurre a termine diligentemente l'incarico assuntosi e di riversarne le conseguenze nella sfera giuridica del mandante v. D. 17.1.5.1: *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit aliud quid facere videtur et si susceptum non impleverit tenetur*; D. 17.1.20 pr.: *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non patuit.* Molto interessante è Gai 3.161: *Cum autem is, cui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest implere eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille mecum agere non potest. Itaque si mandaverim tibi ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C emeres, tu sestertiis CL emeris, non habebis mecum mandati actionem etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem; idque maxime Sabino et Cassio placuit. Quod si minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, quia qui mandat, ut C milibus emeretur, is utique mandare intellegitur, uti minoris, si posset, emeretur.* V. anche: I. 3.26.8; D. 17.1.4; e D. 17.1.5 — Per il principio *ratihabitio mandato comparatur* v.: D. 43.16.1.14; e D. 46.3.12.4. Cfr. spec.: Riccobono, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, ora in *Scr.* 1 (1957), e « *Interdictum-actio* », in *Fs. Koschaker* 2 (1939) 368 ss.; Pampaloni, *L'eccesso di mandato e le scuole classiche di giurisprudenza, Contributo alla determinazione dei rapporti tra il mandato e la gestione di affari*, in *BIDR.* 20 (1908) 210 ss.; Bortolucci, « *Ratihabitio mandato comparatur* » (1916); Donatuti, *Studi sul « procurator »*, 1. - *Dell'obbligo a dare la « cautio ratam rem dominum habiturum »*, in *AG.* 89 (1923) 190 ss.; Pringsheim, *Eine absichtliche Textkürzung in Gai. Ver. 3, 161*, in *St. Besta* 1 (1939) 323 ss., e *Noch einmal Gai 3, 161 und Inst., 2, 28, 8*, in *ZSS.* 72 (1955) 54 ss.; Cosentini, « *Ratihabitio mandato comparatur* », in *AUCT.* 1947; Arangio-Ruiz, *Noterelle gaiane*, in *Fs. Wenger* 2 (1944-45) 56 ss., e *Il mandato* cit. 186 ss.; Wolff (H. J.), *Zur Geschichte des Gaiustextes*, in *St. Arangio-Ruiz* 4 (1953) 171 ss.; Watson, *Contract of mandate* cit. 186 ss.; Flume, *Die Bewertung der Institutionen des Gaius*, in *ZSS.* 79 (1962) 1 ss.; Calonge, « *Ratihabitio mandato comparatur* », in *Est. Sanchez del Rio* (1967) 253 ss.; Cosentini, sv. « *Ratihabitio* », in *NNDI.* — Quanto alla rivalsa del mandatario contro il mandante per i danni fortuiti, in particolare: Kaden, *Des pertes fortuites du mandataire, Esquisse historique*, in *Mél. Sauser-Hall* (1952) 19 ss. — Sulla responsabilità del mandatario, infine: Sachers, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars*, in *ZSS.* 59 (1939) 432 ss.; Gordon, *The liability of the mandatary*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* 1 (1964) 202 ss.; Mac Cormack, *The liability of the mandatary*, in *Labeo* 18 (1972) 156 ss.

entro tali limiti accordavano l'azione e furono seguiti dalla giurisprudenza dominante del periodo classico e da quella postclassica.

89.6. 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.

89.7. 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 dar mandato al creditore di concedergli il mutuo. Così il creditore, avendo accettato il *mandatum* di *pecuniam credere*, 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*.

89.6. Sugli obblighi del mandante v.: D. 17.1.12.9; D. 17.1.26.7; e soprattutto D. 17.1.27.4: *Impendia mandati exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.* Cfr. sull'argomento: Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 165 ss.; Watson, *Contract of mandate* cit. 154 ss.

89.7. Sul *mandatum pecuniae credendae* v. Gai 3.155-156. Per la dottrina cfr.: Bortolucci, *Il mandato di credito*, in *BIDR.* 27 (1914) 129 ss., e 28 (1915) 191 ss.; Müller, *Kreditauftrag als « mandatum qualificatum »* (1926); Constadaky, *Le mandat de crédit en droit romain* (1932); Last, *Zur Lehre vom Kreditauftrag*, in *AUPA.* 1936; Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni*, 1. - *Le garanzie personali* (1962) 199 ss.

CAPITOLO XV

LE « OBLIGATIONES » NON « CONTRACTAE »

SOMMARIO: 90. Le *obligationes ex pacto*. — 91. Le *obligationes* da convenzioni *sine nomine*. — 92. Le *obligationes* da cause non convenzionali. — 93. Le *obligationes ex negotiorum gestione*. — 94. Le *obligationes ex indebiti solutione*.

90. LE « OBLIGATIONES EX PACTO ».

90.1. Una prima categoria di *obligationes* non « *contractae* », né derivanti da « *contractus* », almeno nel senso originario (e storicamente più proprio) di questi termini, fu rappresentata 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.

90.2. Il termine *pactum*, proveniente dall'antico verbo « *pacere* » e dal più recente « *pacisci* », stava ad indicare genericamente

---

90.1. Sulle *obligationes ex pacto* cfr. in generale: Condanari-Michler, sv. « *Pactum* », in *PW.*; Burdese, sv. *Patto* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Mayer Martinez, *Los pactos, Su eficacia juridica en el derecho romano* (1958); Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du preteur* (1958); Grosso, *Il sistema romano dei contratti*[3] (1963) 171 ss.; Diósdi, « *Pacta nuda servabo* »? *Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, in *BIDR.* 74 (1971) 89 ss. Per le fonti v.: D. 2.14 (*De pactis*); CI. 2.3. V. anche *retro* n. 71.7.

90.2. Il significato di *pactum* è discusso. Secondo la tesi sostenuta dal Manenti, *Contributo critico alla teoria generale dei « pacta » secondo il diritto romano*, in *SSE.* 1890 e 1891, ripresa e riaffermata in *SSE.* 1915, il « *pactum* » non indica qualunque convenzione, ma quella diretta allo scopo di eliminare totalmente o parzialmente un'azione: esso ha in altri termini una mera efficacia negativa. Invece il Bonfante, *Su « contractus » e su « pacta »* (1920), ora in *Scr.* 3 (1921) 140 ss. accentuò la distinzione tra il « *contractus* » inteso come vincolo da cui scaturisce una *obligatio* rispetto al quale il *consensus*, in diritto classico, non è requisito essenziale, e il *pactum* inteso come accordo. Ha insistito su questo significato generale di *pactum*, il Grosso, *Il sistema* cit. Secondo il Magdelain, *Le consensualisme* cit., alle origini *pactum* avrebbe avuto il senso generale, unitario, di *consensus in idem placitum*: senso che sarebbe stato alla base dell'originario editto « *de pactis* » e che si sarebbe invece progressivamente ridotto per il passaggio dei *bonae fidei iudicia* (quindi, dei contratti consensuali)

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 si trattasse di un cd. « *pactum adiectum* », aggiunto a qualche negozio (cioè di una clausola accessoria al negozio stesso), o che al *pactum* 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* fu fornito dalla legge delle XII tavole, là dove stabilì che nella ipotesi di *membrum ruptum*, 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, erano comunque istituti di per sé 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*) ».

90.2.1. 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* della seguente struttura: « *pacta conventa servabo* ». Con questo editto il pretore intese dare rilievo a tutti i patti modificativi di *obligationes*, cioè ai *pacta de non*

---

al *ius civile* e per l'uscita dal titolo dell'*actio Serviana* (quindi, della *conventio pignoris*). Molto più persuasiva la ricostruzione storica del Sanfilippo, *Alla ricerca dei « nuda pacta »*, in *ACIV*. 3 (1951) 333 ss., che ipotizza alle origini il valore assoluto della regola « *nudum pactum non parit obligationem* »: regola man mano ridotta nelle sue applicazioni, a cominciare dal periodo postclassico (o meglio, correggeremmo noi, dall'età tardo-classica: *retro* n. 71.7.1). — Quanto alla terminologia usata nel testo, si avverta che i termini di « *pactum adiectum, legitimum, praetorium* » non sono basati sulle fonti romane, ma sul linguaggio della Glossa. — Per il *membrum ruptum* cfr. *infra* n. 96.2.1. — La derivazione di *pactum* da *pacisci* è affermata anche da Ulp. D. 2.14.1.1: *Pactum autem a pactione dicitur, inde etiam pacis nomen appellatum est.* — Per il principio *nudum pactum non parit obligationem* cfr.: Ulp. D. 2.14.7.4; PS. 2.14.1; CI. 2.3.10.

90.2.1. Per l'*edictum* «*de pactis*» cfr. Lenel, *EP*.[3] § 10 (da Ulp. D. 2.14.7.7): « *Pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo* ». — I *pacta de non petendo* si distinguono in « *pacta in personam* » e « *pacta in rem* », a seconda che essi giovino al solo paciscente e non al suo erede, né al fideiussore, né al *correus socius*, o abbiano efficacia generale. Il carattere compilatorio di queste distinzioni è sostenuto da Rotondi, *Di alcune riforme giustinianee relative al « pactum de non petendo »* (1901) ora in *Scr.* 2 (1922) 307 ss. In senso contrario Segrè, *Sull'efficacia del « pactum de non petendo » in diritto romano*, in *RDCo.* 12 (1914) 1. 1062 ss. Cfr. anche: De Martino, *Le garanzie personali della obbligazione* 1 (1940) 192 ss. — Sulle *exceptiones peremptoriae* e *dilatoriae*: *retro* n. 18.5.6.

petendo, sia totali (patti di non chiedere mai l'intera prestazione) che parziali (patti 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. Ma il pretore non si fermò al generico editto « *pacta conventa servabo* ». Via via ebbero da lui riconoscimento altri specifici *pacta*, ciascuno individuato da una sua causa tipica e ciascuno perciò corredato da una sua tipica azione o eccezione. Nel diritto classico si giunse pertanto alla classificazione dei *pacta* in: « *nuda pacta* » (improduttivi di *obligationes* perché privi di ogni rilievo giuridico); cd. « *pacta praetoria* » (determinativi di azioni o eccezioni pretorie, quindi di *obligationes honorariae*); e cd. « *pacta legitima* » (determinativi ciascuno di conseguenze specificamente indicate da qualche provvedimento di governo, e in particolare di *obligationes iure civili*).

90.2.2. In età postclassica, sulla base di spunti provenienti già dalla giurisprudenza classica, il concetto di *pactum* tese ad identificarsi totalmente con il concetto di « *conventio* », che a sua volta tese a riassumere in sé la nozione di *contractus*. Pertanto, andò formandosi una categoria unitaria dei « *pacta* » (o « *conventiones* », o « *contractus* ») determinativi sia di *obligationes* che, talvolta, di diritti assoluti. Il che, del resto, già abbiamo visto a suo tempo.

90.2.3. Le *obligationes ex pacto*, di cui è opportuno far cenno in questa sede (a prescindere dagli effetti dei *pacta de non petendo*, di cui abbiamo già parlato) 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*.

90.2.2. Il senso postclassico-giustinianeo di *pactum* risulta specialmente da D. 2.14.1.2 (itp.): ... *et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*. Cfr. anche D. 2.14.7.2-4 (itp.).

90.2.3. Contro l'inserzione del *constitutum* e dei *recepta* tra i *pacta*: Grosso, *Sistema* cit. 191 s. — I *recepta* sono raggruppati nell'editto pretorio sotto l'unico titolo « *de receptis* »: Lenel, *EP*.[3] 130 ss. Ma è controversa la ragione di quella unificazione, che una parte della dottrina ha creduto di giustificare pel costituirsi di essi mediante l'uso del verbo « *recipio* »: cf., per tutti, Perozzi, *Istituzioni*, 2.236. — Sostenne la derivazione dei *recepta* dal diritto greco il Partsch, *Der ediktale Garantievertrag durch « receptum »*, in *ZSS*. 29 (1908) 403 ss.

90.3. 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* », convenuto 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.

90.3.1. 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.

90.3.2. Quanto all'oggetto della prestazione, l'editto parlava di « *pecunia debita* », ma la giurisprudenza interpretò estensivamente la

---

90.3. Sul *constitutum debiti* cfr.: Astuti, *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento*, in *AUCA*. 1937, e *Studi intorno alla promessa di pagamento, Il costituto di debito* (1941); Roussier, *Le constitut* (1958); Guizzi, sv. « *Constitutum debiti* », in *NNDI.*; Frezza, *Questioni esegetiche e sistematiche in materia di « constitutum debiti »*, in *St. Funaioli* (1961) 699 ss., *Le garanzie delle obbligazioni*, 1. - *Le garanzie personali* (1962) 229 ss.; Archi, *Contributi alla critica del « Corpus iuris »*, 2. - *Riforme giustinianee in tema di garanzie personali*, in *BIDR*. 65 (1962) 131 ss.; Karadeniz, *Klassik Roma Hukukunda « constitutum debiti »* (1968). Per le fonti v.: D. 13.5 (*De pecunia constituta*); CI. 4.18. In particolare v.: Cic. *pro Quinct.* 4.14, 4.17 e 5.18, *ad Att.* 1.7 (su cui Costa, *Cicerone giureconsulto*[2] 1 [1927] 197 ss.); Ulp. D. 13.5.14.3: *Constituere autem et praesentes et absentes possumus sicut pacisci, et per nuntium et per nosmet ipsos, et quibuscumque verbis.*

90.3.1. Per l'editto « *de pecunia constituta* »: Lenel, *EP.*[3] § 97. La ricostruzione congetturale della promessa edittale è la seguente: « *Qui pecuniam debitam constituit se soluturum eove nomine se satisfacturum esse, in eum iudicium dabo* ». Forse era aggiunto (cfr. Gai 4.171: « *partisque dimidiae sponsionem et restipulationem facere permittam* ». La formula del *iudicium* poteva essere la seguente: « *Si paret N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia constituisse se soluturum eove nomine se satisfacturum esse, neque fecisse quod constituit neque per A.m A.m stetisse quo minus fieret quod constitutum est eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, quanti ea res est, iudex, N.m N.m A.o A.o condemna; s.n.p.a.* ».

90.3.2. Sul *constitutum* giustinianeo v.: D. 13.5.1.5-8; Iust. CI. 4.18.2.1; I. 4.6.8-9 (*In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet praetor. Veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur recepticia: sed ex nostra constitutione, cum et, si quid plenius habebat, hoc in pecuniam constitutam transfusum est, ea quasi supervacua iussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item*

clausola edittale, ammettendo che il *debitum constitutum* potesse essere anche relativo a cose fungibili diverse dal danaro. Giustiniano ritenne infine che qualunque oggetto potesse essere dedotto nel *constitutum*.

90.4. 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* ».

90.5. 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* designato 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 ». La successiva 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, mulctae*, ecc.).

---

praetor proposuit de peculio servorum filiorumque familias et ex qua quaeritur, an actor iuraverit, et alias complures. De pecunia autem constituta cum omnibus agitur, quicumque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioquin si stipulanti promiserit, iure civili tenentur).

90.4. Sul *iusiurandum voluntarium* cfr.: Amirante, sv. *Giuramento* (*dir. rom.*), in *NNDI*, con bibl. V. D. 12.2.

90.5. Sul *receptum arbitrii* cfr.: Wenger, sv. « *Receptum arbitrii* », in *PW.*; Cohen, *Arbitration in jewish and roman law*, in *RIDA*. 5 (1958) 165 ss.; Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht* (1971). Per le fonti v.: D. 4.8 (*De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*); CI. 2.55(56). Il testo dell'editto era: « *Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam* » (Lenel, *EP.*³ § 48).

90.5.1. Per ciò che riguarda il « *compromissum* », è da precisare che esso, in età classica, non era un *pactum*, ma era l'insieme 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 efficace, se le parti avessero data acquiescenza scritta alla *sententia* dell'arbitro o non avessero reclamato contro tale sentenza nei dieci giorni.

90.6. Il *receptum nautarum, cauponum stabulariorumque* era un patto di assunzione di responsabilità, per l'ipotesi di perdita degli oggetti del cliente, da parte dei vettori navali (*nautae*), degli albergatori (*caupones*) e degli stallieri (*stabularii*). La assunzione di responsabilità, in tutte queste ipotesi, era implicata dalla considerazione che un vettore navale, o rispettivamente un oste o uno stalliere, nel ricevere un passeggero, un viandante o un animale, si assumeva implicitamente anche l'obbligo di provvedere al suo benes-

---

90.5.1. Sul *compromissum* cfr.: La Pira, « *Compromissum* » *e* « *litis contestatio* », in *St. Riccobono* 2 (1936) 186 ss.; Roussier, *Du compromis* « *sine poena* » *en droit romain classique*, in *RH.* 18 (1939) 167 ss.; Bonifacio, *Appunti sulla natura della* « *litis contestatio* » *nel processo formulare*, in *St. Albertario* 1 (1953) 61 ss., e sv. *Compromesso* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Talamanca, *Ricerche in tema di* « *compromissum* » (1958); Ziegler, *Das private Schiedsgericht* cit. — Per ottenere l'esecuzione della sentenza arbitrale Giustiniano concesse all'interessato una *condictio ex lege*.

90.6. Sul *receptum nautarum, cauponum stabulariorumque* cfr.: Solazzi, *Responsabilità del* « *nauta* » *e legittimazione ad agire di danno* (1939), e *La responsabilità del vettore e D. 4.9.7 pr.* (1940), ora in *Scr. dir. rom.* 4 (1963) 55 ss., 197 ss.; De Robertis, « *Receptum nautarum* », in *AUBA.* 1953, e *Sul principio limitativo della responsabilità armatoriale nella storia*, in *L'Europa e il diritto romano* 2 (1954) 3 ss.; Betti, « *Periculum* », *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *St. De Francisci* 1 (1956) 131 ss.; Sargenti, *Osservazioni sulla responsabilità dell'* « *exercitor navis* » *in diritto romano*, in *St. Albertario* 1 (1953) 551 ss., e *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI.* 20 (1954) 127 ss.; van Oven, « *Actio de recepto* » *et* « *actio locati* », in *T.* 24 (1956) 137 ss.; Thomas, *Carriage by sea*, in *RIDA.* 7 (1966) 489 ss.; De Martino, sv. *Fortuna di mare*, in *NNDI.*; Frezza, sv. *Receptum*, in *NNDI.*; Brecht, *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht* (1962) spec. 84 ss.; Martini, Χειρέμβολον *(Noterella in margine al* « *receptum nautarum* »), in *St. Volterra* 4 (1971) 197 ss. Per le fonti v.: D. 4.9 (*Nautae caupones stabularii ut recepta restituant*). Cfr. Lenel, *EP.*[3] § 49 (da Ulp. D. 4.9.1 pr.): « *Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo* ». La formula era, approssimativamente, questa: « *Si paret N.m N.m (cum navem exerceret, cum cauponam exerceret, cum stabulum exerceret) A.i A.i res d.q.a. salvas fore recepisse, nisi restituent, quanti ea res est, tantam pecuniam, iudex, N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.* ».

sere, 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.

90.7. 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-giustinianeo si confuse perciò col *constitutum debiti alieni*.

90.8. Il *pactum donationis* (o « *donatio* ») era, in diritto giustinianeo, il patto tra donante e donatario, mediante cui il primo si impegnava a compiere un atto di liberalità, cioè un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo né vantaggio indiretto di sorta, 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 giustinianeo, nulla impediva che la liberalità fosse compiuta, anziché mediante l'assunzione

---

90.7. Sul *receptum argentarii* cfr.: Lenel, *EP.*[3] § 20; Mitteis, *Trapezitika*, in *ZSS.* 19 (1898) 189 ss.; Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento, Il costituto di debito* cit. 282; Martinez Casas, *El crédito documentario en el derecho romano*, in *RADR.* 4-5 (1957-58) 22 ss., 6-7 (1959-60) 65 ss.; Elguera, *Receptum argentariorum*, in *RADR.* 10-11 (1963-65) 71 ss. Fonti principalmente in: D. 13.5 (*De pecunia constituta*).

90.8. Sulla *donatio* cfr.: Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*[2] (1955) 629 ss., *Il concetto di donazione*, in *Scr. Ferrini Milano* 1 (1947) 102 ss., nonché sv. *Donazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Lévy (J. Ph.), *Essai sur la promise de donation en droit romain*, in *RIDA* 3 (1949) 21 ss.; Archi, *La donazione* (1960), e sv. *Donazione* (*dir. rom.*), in *ED.* — Elemento essenziale della *donatio* era, in diritto postclassico, l'*animus donandi*, cioè l'intenzione specifica di attuare una liberalità; ma è discusso se l'*animus* sia stato ritenuto già rilevante in diritto classico. Sul tema, da ultimo: Broise, « *Animus donandi* », *Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna* (1975) con altra letteratura. Per le fonti giustinianee v.: CI. 8.53.34 e 36; CI. 5.12.31; I. 27.

di un'obbligazione, mediante un trasferimento immediato (da effettuarsi nei modi suoi propri) dei diritti su una cosa, oppure in altra maniera.

90.8.1. A questa configurazione giustinianea si pervenne solo dopo un'evoluzione lunga e tortuosa. In diritto preclassico e classico, infatti, le attribuzioni patrimoniali a titolo di liberalità (« *donationes* »), già lo abbiamo detto a suo tempo, 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 inammissibili 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* »): ciò 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.

90.8.2. Allo scopo di mettere un po' d'ordine, quanto meno esteriore, nella complessa materia, Costantino (ferma restando la invalidità dei negozi *inter virum et uxorem*, comunque fatti, *donationis causa*) dispose che le *donationes* fra estranei non fossero valide senza la forma scritta e la *insinuatio* nei pubblici registri.

90.8.3. La soluzione adottata da Giustiniano in ordine al *pactum donationis* fu, dunque, intermedia tra il radicalismo in un senso del

---

90.8.1. Sulla *donatio* nell'esperienza preclassica e classica v. già *retro* n. 31.4, 35.5.1, 50.2.4, e 51.6. Dato che « *donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur* » (= D. 50.17.82), non era considerata donazione la concessione in *precarium* (atto essenzialmente revocabile), la concessione a mutuo o in comodato (atti che comportavano l'obbligo della restituzione). Non sempre, però, era agevole distinguere un mero atto gratuito da una *donatio*: cfr., ad es., Archi, « *Donare* » e « *negotium gerere* », in *St. Volterra* 1 (1971) 669 ss.; Dénoyez, « *Delegatio* » *et* « *lex Cincia* », in *St. Volterra* 3 (1971) 7 ss. — Sui problemi sollevati dal diritto delle donazioni tra coniugi e dalla *lex Cincia*, in particolare, cfr. (oltre alla bibl. cit. *retro* nt. 50.2.4): Wolff (H.J.), *Zum Verbot der* « *donatio inter virum et uxorem* », in *Iura* 20 (1969) 478 ss.; Misera, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten* (1974); Casavola, « *Lex Cincia* », *Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (1960); Longo (G.), sv. « *Lex Cincia* », in *NNDI*. — Sulla *querela inofficiosae donationis*: *retro* n. 38.4.3.

90.8.2. Sull'intervento di Costantino in materia di donazioni cfr. spec.: Dupont, *Les donations dans les constitutions de Constantin*, in *RIDA*. 9 (1962) 291 ss.

90.8.3. Sulla decadenza della *lex Cincia* in età postclassica, v.: Vat. 249;

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 negozio giuridico tipico si fosse intromessa la « *causa donationis* ». Bisogna aggiungere, peraltro, che in età giustinianea era ormai dominante l'abitudine di compiere le donazioni di una certa entità solo sulla base di atti scritti, anche perché 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.

91. Le « obligationes » da convenzioni « sine nomine ».

91.1. Nel quadro delle « *obligationes non contractae* », cioè non rientranti negli schemi del *ius civile* (*vetus* e *novum*), meritano una trattazione a parte le *obligationes* da convenzioni « *sine nomine* », o più precisamente derivanti da convenzioni « *sine nomine contractus* ». Alcune ipotesi di *conventiones* non contrattuali furono già individuate, sul rilievo della prassi, dalla giurisprudenza classica. Ma la categoria ebbe particolare fortuna nell'età postclassica, nel corso della quale ricevette, soprattutto ad opera della giurisprudenza orientale, una regolamentazione più completa e meglio articolata.

91.2. Si parla di *conventiones sine nomine contractus* (o, più comunemente, di « contratti innominati ») per rife-

---

CI. 8.52.25; CTh. 8.12.1.4; Arnob. *adv. Nat.* 2.67.71. Cfr. Melillo, *Arnobio e l'ultima vicenda della « lex Cincia »*, in *Labeo* 8 (1962) 62 ss. — Sulla revoca della *donatio* per manifesta ingratitudine (che ebbe qualche precedente classico) v.: CI. 8.55.10. Il diritto postclassico ammise anche la revoca della donazione fatta dal *patronus* al *libertus* quando al primo sopravvenissero figli: CTh. 8.13.3 (= CI. 8.55.8).

91.1. La terminologia di *conventiones sine nomine* non è romana ed è qui adoperata per ragioni meramente espositive, su suggestione peraltro di Ulp. D. 2.14.7 pr.-1: *Iuris gentium conventiones quaedam actiones periunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.* Sul punto v. già *retro* n. 71.7.

91.2. Il tema dei cd. contratti innominati (συναλλάγματα) è profondamente controverso. Resta fondamentale l'ampia trattazione del De Francisci, Συνάλλαγμα. *Storia e dottrina dei cd. contratti innominati* (2. voll., 1913-16), che afferma una contrapposizione netta tra il regime classico e quello giustinianeo (nella

rirsi 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. L'attenzione della giurisprudenza classica, sin dal sec. I a.C., fu richiamata sul fenomeno specialmente dal diffondersi di certe pratiche di scambio, che poi si sarebbero consolidate proprio in *nomina conventionum* (principalmente: la *permutatio* e la *transactio*), ma che comunque non erano assimilabili né ai negozi del *vetus ius civile*, né ai negozi puramente consensuali del *ius civile novum*.

91.2.1. 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).

91.2.2. Caratteristiche comuni di questi vastissimi schemi furono quattro. In primo luogo, l'obbligazione non sorgeva in base al *nudus*

---

stessa direttiva cfr. Beseler, *Beiträge* 2 [1911] 156 ss.). Mirano, invece, all'individuazione degli spunti classici della teoria gli scritti di: Betti, *Sul valore dogmatico della categoria « contrahere » in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR*. 93 ss.; Collinet, *L'invention du contract innommé*, in *Mn. Pappoulias* (1934) 93 ss.; Voci, *La dottrina romana del contratto* (1946) 231 ss.; Grosso, *Il sistema* cit. 163 ss., e sv. *Contratto* (*dir. rom.*), in *ED*. In argomento va tenuta presente, ovviamente, anche la letteratura di cui *retro* n. 71.

91.2.1. Per la classificazione delle *conventiones sine nomine* v. Paul. D. 19.5.5 (testo peraltro fortemente alterato). Per la natura sostanzialmente contrattuale, v. Ulp. D. 2.14.7.2: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc* συνάλλαγμα *esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti. Evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem. Id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde haec nascitur actio.*

91.2.2. Sulla nozione di interdipendenza sinallagmatica: *retro* n. 4.4.3. — I punti di contatto con gli istituti civilistici non vanno ravvisati soltanto nelle *obligationes re contractae*. Si ricordi, ad esempio, la

consensus, ma sorgeva se ed in quanto una delle due parti 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, la prestazione reale e immediata di una parte era fatta in vista di una controprestazione successiva, futura della controparte: il che serviva, sul piano economico, a coprire tutta la vasta area delle operazioni che un soggetto non avrebbe compiuto se non avesse avuto anticipatamente dall'altro soggetto i mezzi economici o la tangibile garanzia costituiti dalla sua anticipata prestazione. In terzo luogo, le reciproche obbligazioni delle parti erano in rapporto di interdipendenza, oltre che « genetica », anche « condizionale » e « funzionale », cioè in quel tipo di correlazione che poi è passato ad essere usualmente designato proprio come « sinallagmaticità ». In quarto luogo, i molti punti di contatto con schemi contrattuali civilistici incoraggiarono la giurisprudenza classica a suggerire, sia pure in maniera imperfetta e frammentaria, l'adozione per analogia di una tutela « civilistica », e non onoraria, del creditore: il che diede impulso ad uno sviluppo successivo, parzialmente postclassico, per cui i contratti innominati furono inquadrati appunto nel *ius civile*.

91.3. Il regime giuridico delle *conventiones sine nomine* poté dirsi comunque « consolidato » solo in diritto giustinianeo, e

---

questione in materia di *emptio venditio* circa il carattere pecuniario del prezzo (*retro* n. 85.3.1), la quale fa intendere quanto fosse diffusa la permuta nella prassi del sec. I d.C. (cfr. Gai 3.141). Si ricordi ancora l'altra controversia relativa al contratto con l'orefice (*retro* n. 87.7): Gaio (3.147) espone correttamente la questione in termini di contratto meramente consensuale, ma poi lascia intravvedere l'avvicinamento alla *locatio conductio operis* (o *operarum*?) della fattispecie del *do ut facias* (*si meum aurum ei dedero* [*rell.*]). Si legga infine (tanto per non allungar troppo l'elenco) Gai 3.146: *Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum qui integri exierint locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse* (*rell.*). Questo testo famoso (su cui, da ultimo: Thomas, *Gaius and the gladiators*, in *St. Sanchez del Rio* [1967] 151 ss.; cfr. anche *retro* n. 24.5.2) si sforza di qualificare *ex post* in termini di *contractus* consensuale tipico un'ipotesi di « *do ut des* » in cui la controprestazione, dovendo essere corrispettiva rispetto alla prestazione dei *gladiatores*, fa variare la qualifica del negozio.

91.3. Il regime giuridico giustinianeo dei contratti innominati sarebbe stato, secondo una recente tendenza dottrinale, già sostanzialmente adottato dalla giurisprudenza classica, a partire da Labeone: le interpolazioni viste in un cinquantennio di lavoro dalla critica romanistica sarebbero dunque o immaginarie o puramente formali. Per un quadro di questo orientamento, improntato al lodevolissimo (e spesso fine e persuasivo) intento di « spiegare », attraverso analisi più penetranti, le affermazioni attribuite appunto ai giuristi dell'età classica, cfr. da ultimo: Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani* (1971). Il metodo ci convince, anche perché è il nostro ed è stato da noi ripetutamente sostenuto (v., ad esempio:

sarebbe estremamente azzardato volerlo troppo precisare per le età precedenti. Pertanto, è dal diritto giustinianeo che bisogna prendere le mosse per la ricostruzione (eminentemente induttiva) dei frammentari precedenti classici.

91.3.1. 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* », o di « *condictio ob causam datorum* »); nella seconda ipotesi, l'« *actio de dolo* ».

91.3.2. 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.

91.3.3. Infine, chi avesse già effettuato la sua prestazione poteva anche agire per ottenere la controprestazione di *facere* o di *dare*.

Guarino, *L'esegesi* 551 ss.); non altrettanto, o almeno non sempre, ci convincono i risultati. Preferiamo quindi tener ferma la nostra esposizione di sempre, che lascia un largo margine alla imprecisione (alla necessaria imprecisione) circa i tempi (classici e non classici) dello sviluppo dei contratti innominati. Alla integrale classicità del regime (o, se si vuole, della dottrina) sui « *nova negotia* » non ci sentiamo comunque di credere.

91.3.1. Sul regime del *do ut des* v.: D. 12.4; CI. 4.6. In particolare, v. Paul. D. 19.5.5.1 (itp.): *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: si autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille do ut des.*

91.3.2. Sulla *condictio ex poenitentia*, v. Ulp. D. 12.4.5.1 (itp.): *Si servum quis tradiderit alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur, si paenituerit eum qui tradiderit et super hoc eum certioraverit et fuerit manumissus post paenitentiam, attamen actio propter paenitentiam competit ei qui dedit. Plane si non manumiserit, constitutio succedit facitque eum liberum, si nondum paenituerat eum qui in hoc dedit.*

91.3.3. Sull'*actio praescriptis verbis* cfr.: Audibert, *Sur les differents noms de l'action « praescriptis verbis »*, in *Mél. Gerardin* (1907) 21 ss.; Meylan, *Origine et nature de l'« actio praescriptis verbis »* (1919); Giffard, *L'action « qua incertum petimus »*, in *SDHI.* 4 (1938) 152 ss.; Kretschmar, *Kritik der Interpolationenkritik*, in *ZSS.* 59 (1939) 102 ss.; Thayer, « *Actio praescriptis verbis* », in *Tulane Law R.* 19 (1944-45) 62 ss. Per le fonti: D. 19.5 (*De praescriptis verbis et in factum actionibus*); CI. 4.64.

L'azione relativa appare nelle fonti indicate con svariatissime denominazioni: « *actio civilis incerti* », « *actio praescriptis verbis* » (questa ultima denominazione dovuta al fatto che occorreva premettere una descrizione del contratto alla richiesta della controprestazione).

91.3.4. A questa situazione del diritto giustinianeo si pervenne attraverso un lunghissimo e travagliato processo storico, che ebbe sicuramente le sue radici nello stesso periodo classico, nonché probabilmente nella *cognitio extra ordinem* di quel periodo. 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. Quanto alle altre due categorie di mezzi giudiziari, sembra probabile che il diritto romano classico abbia conosciuto soltanto la prima (cioè la *condictio ob causam datorum*) 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, almeno in sede di *cognitio ordinaria*, salvo forse in qualche sporadico caso, in cui si suggeriva il ricorso ad un'*actio in factum* pretoria.

91.3.5. Tra le molteplici possibilità di contratti innominati la giurisprudenza classica, in ogni caso, vide e discusse, come si è detto, alcune figure specifiche, che acquistarono progressivamente anche una denominazione caratteristica e costante: la *permutatio*, l'*aestimatum*, la *transactio*, la *datio ad experiundum* ecc., il *precarium*.

91.4. La *permutatio* era una convenzione del tipo *do ut des*, che si distingueva dall'*emptio venditio* sia perché il *pretium* in danaro era sostituito da una cosa determinata, e sia perché non si trattava di un negozio puramente consensuale, essendo necessario 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

---

91.3.4. Per la ricostruzione del regime classico si veda anche la vicenda della *condictio* (*retro* nt. 16.5, e n. 17.6.1) e la storia dell'*arrha* (*retro* n. 86.2).

91.4. Sulla *permutatio* (oltre alla letteratura ed alle fonti cit. in materia di *emptio venditio*: spec. *retro* nt. 85.3.1) cfr.: Maschi, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 « ad edictum » di Paolo*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 355 ss.

alla permuta talune regole caratteristiche della *emptio venditio*, tra cui il regime della responsabilità per evizione e quello relativo ai vizi occulti.

91.5. L'*aestimatum* consistette nella *datio* di una cosa stimata in danaro (« *res aestimata* »), fatta da una parte all'altra allo scopo che questa vendesse la cosa e, entro un certo termine, ne pagasse il valore al concedente, oppure, ove la vendita risultasse impossibile o inopportuna, la restituisse al concedente stesso. Circa la definizione dell'*aestimatum* sorsero vive dispute tra i giuristi: nel senso che si discusse se si trattasse di una vendita, oppure di un mandato ad alienare. Ma di vendita non si trattava, perché 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: né si trattava di mandato ad alienare, perché 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 il controvalore della cosa data nell'ipotesi di renitenza dell'accipiente, il pretore concesse al dante una specifica *actio in factum*, denominata « *actio de aestimato* », mentre la giurisprudenza dal suo canto non ebbe dubbi circa la spettanza, per la restituzione della *res*, di una *condictio ob causam datorum*.

91.6. La *transactio* era l'accordo di porre fine ad una controversia facendosi reciproche concessioni (« *aliquo dato aliquo reten-*

91.5. Sull'*aestimatum* cfr.: De Medio, *Il « contractus aestimatorius »* (1900); Buckland, « *Aestimatum* », in *Mél Cornil* 1 (1926) 137 ss., in *RH.* 12 (1933) 217 s., e in *LQR.* 48 (1932) 495 ss.; Pezzana, *Classicità dell'« actio aestimatoria »*, in *AG.* 140 (1951) 53ss. Per le fonti v.: D. 19.3. V. spec. Ulp. D. 19.3.1 pr. (itp.): *Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.*

91.6. Sulla *transactio* cfr.: Bertolini, *Della transazione secondo il diritto romano* (1900); Peterlongo, *La transazione nel diritto romano* (1936); Kaser, sv. « *Transactio* », in *PW*; Beck, *Ueberlegungen zum klassischen Vergleichsrecht*, in *St. De Francisci* 4 (1956) 1 ss.; Schiavone, sv. *Transazione* (*dir. rom.*), in *NNDI.* Per le fonti v.: D. 2.15, CI. 2.4. Cfr., in particolare, Ulp. D. 2.15.1: *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit.* — Discussi sono gli originari rapporti della *transactio* con il *pactum* (com'era regolato dalle *XII tab.*): si suole ricordare Gai. D. 2.4.22.1 (*qui in ius vocatus est ... dimettendus est ... si dum in ius venitur, de re transactum fuerit*) o si osserva che *pactum* significa, in realtà, come *transactio*, un accordo, gratuito o mediante spostamenti patrimoniali,

to »). Conosciuta sin dai più antichi tempi, essa era, in realtà, più che altro una finalità (una « 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 *pactum transactionis* assunse una figura sempre più determinata e concreta, sino ad essere qualificato come contratto e, in diritto postclassico, come contratto necessariamente scritto. In diritto giustinianeo la *transactio* venne decisamente inquadrata tra i contratti innominati mediante il riconoscimento dell'*actio praescriptis verbis* alla parte che avesse eseguito la prestazione di sua competenza.

91.7. *Datio ad experiundum, inspiciendum, vendendum* si aveva allorché si consegnasse un oggetto giuridico ad una persona affinché 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, i giuristi classici dubitano circa la figura contrattuale da identificare. In generale si cercò di rapportare le singole ipotesi che si presentavano 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.

91.8. Il *precarium* come contratto fu lo sviluppo di un antichissimo istituto del diritto romano, consistente nella concessione di una

---

di rinuncia all'azione giudiziaria. Cfr. in vario senso: Koschaker, *Bedingte Novation und « pactum » im römischen Recht*, in *Fs. Hanausek* (1925) 118 ss.; Lombardi, *Ricerche in tema di « ius gentium »* (1946) 194 nt. 4; Magdelain, *Le consensualisme* cit. 49 ss. — Sui rapporti con la *stipulatio Aquiliana* (su cui *retro* n. 80.3.1) cfr. spec.: Solazzi, *Transazione e « stipulatio Aquiliana » nei giuristi e nei papiri* (1939), ora in *Scr. dir. rom.* 6 (1972) 531 ss.; Sturm, *Quittance transactionnelle et réduction de sa portée en droit romain*, in *RIDA*. 18 (1971) 659 ss. — Sul complesso problema della *transactio post litem contestatam* cfr.: Broggini, *D. 12.6.23.3: « transactio post litem contestatam »*, in *ZSS*. 73 (1956) 356 ss.; Litewski, *L'admissibilité de la transaction en cours d'appel*, in *RIDA*. 11 (1964) 233 ss.; Melillo, *Modificabilità convenzionale dell'« obligatio iudicati »*, in *St. Grosso* 2 (1968) 299 ss.

91.7. Per la *datio ad experiundum* v., ad es., Ulp. D. 19.5.20 pr. (itp.): *Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. Et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.*

91.8. Sul *precarium* cfr.: Scherillo, *Locazione e precario*, in *RIL*. 1929; Sánchez-Albornoz, *El « precarium » en Occidente durante los primeros siglos medievales*, in

cosa da parte di un *precario dans* ad un *precario accipiens* affinché questi la possedesse godendola a suo piacimento. Alle origini dell'istituto stette la prassi di elargizioni puramente graziose 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 *res precario data* potesse essere ritolto dal concedente al precarista in ogni momento, a suo piacere, anche con un semplice cenno (« *ad nutum* »): se il precarista si rifiutava di effettuare la restituzione, il concedente aveva contro di lui la *rei vindicatio*, nel caso che fosse proprietario della cosa; altrimenti, per il caso che egli non fosse proprietario, il pretore gli concesse un « *interdictum de precario* ».

91.8.1. La figura del *precarium* fu trovata particolarmente utile come sostitutiva della *fiducia cum creditore*, allo scopo di evitare la *usureceptio* del fiduciante. Il declino dell'istituto si verificò quando venne ad essere riconosciuto il contratto di *commodatum*. Comunque, il *precarium* non disparve, e in diritto postclassico finì per essere inquadrato anche esso tra i contratti innominati mediante il riconoscimento al concedente dell'*actio praescriptis verbis*.

92. Le « obligationes » da cause non convenzionali.

92.1. 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, la *negotiorum gestio*, l'*indebiti solutio* con le figure affini di ingiustificato arricchimento. In tutti questi casi, mentre la giurisprudenza clas-

---

Études Petot (1959) 481 ss.; Zamorani, « *Precario habere* » (1969); Sondel, « *Precarium* » *w prawe rzymskim* (1971); Kaser, *Zur Geschichte des « precarium »*, in *ZSS*. 89 (1972) 94 ss. — La definizione completa di *precarium* si legge in Ulp. D. 43.26.1 pr.: *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu is qui concessit patitur.* — Sul *precarium* come figura di *possessio*: *retro* n. 44.2. — Sulla trasmissibilità all'erede, dal lato attivo e passivo, dell'*interdictum de precario* cfr.: Biondi, *Successione nel rapporto di precario*, in *Iura*. 1954.

91.8.1. Sul regime postclassico del *precarium* v. spec.: D. 43.26.2.2 e 19.2 (itp.), su cui: Zamorani, « *Precario habere* » cit. 75 ss., 183 ss. — Sulla *fiducia cum creditore*: *retro* n. 70.2 e 82.3. — Sul *commodatum*: *retro* n. 83.3.

92.1. Alle *obligationes* da cause non convenzionali dedicano un apposito titolo (il 3.27) le *Institutiones* di Giustiniano. Cfr. I. 3.27 pr.: *Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.* Gli istituti raccolti in questo libro sono i seguenti: *negotiorum gestio, tutela, communio, legatum, indebitum solutum.* Sulla categoria v. *retro* n. 71.8.

sica si limitò tutt'al più a parlare di *variae causarum figurae*, il diritto giustinianeo, come abbiamo segnalato a suo tempo, parlò di « *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur* », quindi di « *quasi contractus* ».

92.2. 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. La denominazione « *legatum per damnationem* » derivò dalla formula antichissima di questo lascito (una formula che aveva evidente carattere di penalizzazione dell'erede): « *Titius heres meus Seio (legatario meo) sestertium X milia damnas esto dare* ». Ma la formula, col tempo, divenne meno rigida, e sempre meno rigida (sino a sparire del tutto) divenne la concezione penalistica della *obligatio ex damnatione*. In diritto classico si ammise che si potesse validamente *legare per damnationem*, dicendo o scrivendo nel testamento: « *Titius Seio X milia dato* ». L'azione a tutela del *legatarius* contro l'*heres* era la cd. « *actio ex testamento* », strutturalmente corrispondente all'*actio certae creditae pecuniae* o alla *condictio certae rei*.

92.3. Il *legatum sinendi modo* era fondamentalmente analogo al *legatum per damnationem*, di cui costituiva una sottospecie,

---

92.2. Sul *legatum per damnationem* v. già *retro* n. 41.3.2. Giova qui ricordare che, a differenza dal *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*, rinunciasse ad accettare l'eredità. D'altra parte, il fatto che effetto del legato era 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 anche a cose del patrimonio dell'erede o di un terzo oppure a *res speratae*. Il legatario, dal suo canto, non aveva la *rei vindicatio* 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*, la cd. « *actio ex testamento* », strutturalmente corrispondente all'*actio certae creditae pecuniae* o alla *condictio certae rei*.

92.3. Sul *legatum sinendi modo* v. già *retro* n. 41.3.3. Le differenze tra *legatum sinendi modo* e *legatum per damnationem* sono indicate da Gai 2.210-215: *Quod genus legati plus quidem habet quam per vindicationem legatum, minus autem quam per damnationem. Nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui; cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest. Sed siquidem mortis testatoris tempore res vel ipsius testatoris sit vel heredis, plane utile legatum est, etiamsi testamenti faciendi tempore neutrius fuerit. Quodsi post mortem testatoris ea res heredis esse coeperit, quaeritur an utile sit legatum. Et plerique putant inutile esse. Quid ergo est? Licet aliquis eam rem legaverit, quae neque eius umquam fuerit neque postea heredis eius umquam esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde*

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 Stichum (similiave) sumere sibique habere* ». A tutela delle ragioni del legatario, nei confronti dell'erede che si opponesse alla sua azione per l'ottenimento della *res legata*, era concessa un'« *actio incerti ex testamento* », indirizzata appunto a garantirgli « *quidquid heredem ex testamento dare facere oportet* ».

92.4. 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 istituti 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*.

---

videtur, ac si per damnationem relicta esset. Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is tradendo vel mancipando vel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinenti modo legato iuris est; et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est: « quidquid heredem ex testamento dare facere oportet ». Sunt tamen qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur: quia nihil ultra ei testatori imperavit, quam ut sinat, id est patiatur, legatarium rem sibi habere. Maior illa dissensio in hoc legato intervenit, si eandem rem duobus pluribusve disiunctim legasti. Quidam putant utrisque solidum deberi...; nonnulli occupantis esse meliorem condicionem aestimant, quia, cum eo genere legati damnetur heres patientiam praestare, ut legatarius rem habeat, sequitur, ut si priori patientiam praestiterit et is rem sumpserit, securus sit adversus eum, qui postea legatum petierit, quia neque habet rem, ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit, quominus eam rem haberet.

92.4. Sulla *pollicitatio* cfr.: Archi, *La « pollicitatio » nel diritto romano*, in *RISG.* n.s. 8 (1933) 563 ss.; Villers, *Essai sur la « pollicitatio » à une « res publica »*, in *RH.* 18 (1939) 1 ss.; Roussier, *Le sens du mot « pollicitatio » chez les juristes romains*, in *Mél. De Visscher* 2 (1929) 111 ss., e *La « pollicitatio pecuniae »*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 31 ss.; Düll, *Promessa al pubblico e giurisdizione censoria*, in *Ius* 11 (1950) 375 ss.; Sautel, *Aspects iuridiques d'une querelle de philosophes au IIe siècle de notre ère*, in *RIDA.* 3 (1956) 423 ss.; Cancelli, sv. « *Pollicitatio* », in *NNDI.* — Sul *votum* cfr.: Turlan, *L'obligation « ex voto »*, in *RH.* 33 (1955) 504 ss.; Visky, *Il « votum » in diritto privato romano*, in *Index* 2 (1971) 313 ss.; Eisenhut, sv. « *Votum* », in *PW.*; Firpo, sv. « *Votum* », in *NNDI.*

92.4.1. 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*.

92.5. La *communio incidens* era la *communio* derivante da causa estranea ad una *conventio* tra i comunisti e 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 giustinianeo, invece, si ritenne che dal fatto della *communio incidens* derivassero *obligationes* reciproche tra i comunisti per l'equo riparto delle spese incontrate.

92.6. L'obbligo di prestare gli *alimenta* poteva derivare, oltre che da convenzione e da legato, anche da disposizioni dell'ordinamento

---

92.4.1. Sul regime giuridico della *pollicitatio* (e del *votum*) v.: D. 50.12 (« *de pollicitationibus* »); CI. 8.12(13).1. Cfr. Ulp. D. 50.12.3 pr.: *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. Et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. Sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, et est constitutum.*

92.5. Per la *communio incidens* v. I. 3.27.3: *Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.* In argomento cfr.: Donatuti, *La « communio incidens » come causa obbligatoria*, in *St. Albertario* 1 (1953) 117 ss. — Sulla *communio* in generale: *retro* n. 46.

92.6. Sull'origine e lo sviluppo del diritto agli alimenti cfr.: Roberti, *Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*, in *Miscell. Vermeersch* 2 (1935) 25 ss.; Lanfranchi, « *Ius exponendi* » *e obbligo alimentare nel diritto romano classico*, in *SDHI.* 6 (1940) 5 ss.; Longo (G.), *Contributi di critica esegetica*, I. - *Sul diritto agli alimenti*, in *AUMA.* 1948; Sachers, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassischen Zeit*, in *Fs. Schulz* 1 (1951) 310 ss.; Biondi, *Diritto romano cristiano* 3 (1954) 290 ss.; Orestano, sv. *Alimenti* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Lavaggi, sv. *Alimenti* (*dir. rom.*), in *ED.*; Zoz, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR.* 73 (1970) 323 ss.; Schiller, « *Alimenta* » *in the* « *Sententiae Hadriani* », in *St. Grosso* 4 (1971) 401 ss.; Végh, *Bemerkungen zum Alimentenvergleich*, in *Fs. Herdlitczka* (1972) 223 ss.; Wicisk, « *Alimenta* » *et* « *victus* » *dans le droit romain classique*, in *RH.* 50 (1972) 205 ss. Per le fonti v.: CI. 5.25.

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 o in danaro. Per vero, il *ius civile* non conobbe nessun caso di obbligazione alimentare, perché 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, si ricordi, 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* ».

92.6.1. L'obbligo degli alimenti poteva venir meno soltanto per gravi offese che l'alimentando avesse arrecato all'obbligato; e se ne poteva chiedere la esecuzione mediante un'azione sottoposta a *taxatio* « *in id quod facere potest* », nei limiti delle facoltà dell'obbligato e non oltre.

93. Le « obligationes ex negotiorum gestione ».

93.1. Grande importanza pratica, tra le cause non convenzionali di *obligationes*, rivestì la fattispecie usualmente denominata, con ter-

---

92.6.1. In diritto giustinianeo l'obbligo degli alimenti sussisteva tra ascendenti e discendenti legittimi, tra madre e figlio, tra coniugi, tra genitori e figli naturali. — Chi avesse prestato alimenti *pietatis respectu*, senza esservi tenuto, era privo di azione per il rimborso: Mod. D. 3.5.26(27).1. — Sulla *taxatio*: *retro* n. 18.5.3.

93.1. Sulla *negotiorum gestio* cfr. già *retro* nt. 34.1, e n. 34.4. Alla letteratura ivi cit. *adde*: Wlassak, *Zur Geschichte der « negotiorum gestio »* (1879); Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui*[3] (1935); Partsch, *Studien zur « negotiorum gestio »*, in *SBA*. 1913; Morelli, *Die Geschäftsführung im klassischen römischen Recht* (1935); Biondi, sv. *Gestione di affari altrui*, in *NNDI*. L'origine giustinianea dell'istituto è stata sostenuta dal Frese, *Prokuratur und « negotiorum gestio »*, in *Mél. Cornil* 1 (1926) 326 ss., *« Defensio »*, *« solutio »*, *« expromissio » des unberufenen Dritten*, in *St. Bonfante* 4 (1930) 397 ss., e *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in *St. Riccobono* 4 (1936) 397 ss.: secondo questo a. in diritto classico l'*actio negotiorum gestorum* era esperibile soltanto nei confronti del *procurator omnium bonorum*, che costituiva, a suo avviso, l'unico tipo di *procurator*. La tesi del Frese

minologia generica ed equivoca, *negotiorum gestio*. In realtà, non si trattava di una qualunque gestione di affari (propri o altrui), ma si trattava di quella particolare specie di *negotiorum gestio*, che era costituita dalla gestione spontaneamente e utilmente intrapresa di uno o più affari altrui: quindi di una *negotiorum alienorum gestio* non sollecitata dall'interessato. In ordine a questa ipotesi di « rappresentanza indiretta spontanea », il *ius privatum* fu improntato a questa disciplina: che il rappresentante (« *negotiorum gestor* ») avesse il dovere, una volta posta in atto la sua iniziativa, di portare a termine l'affare nell'interesse del rappresentato e di trasferirne a quest'ultimo gli effetti; e che, a sua volta, il rappresentato (« *dominus negotii* ») avesse il dovere, una volta che l'affare fosse stato compiuto nel suo interesse, di assumerne sopra di sé gli effetti e di rivalere il rappresentante di tutte le spese occorse per la gestione.

93.2. La storia dell'istituto non è limpida. Probabilmente, il primo riconoscimento della *negotiorum gestio* come fonte di rapporti relativi tra *gestor* e *dominus negotii* fu operato in età preclassica dal *ius honorarium*, relativamente all'ipotesi di chi avesse spontaneamente gerito gli affari di una persona assente da Roma rappresentandola in giudizio: l'editto pretorio concesse in tal caso un'*actio in factum* al *gestor* contro il *dominus negotii*. Più tardi, sempre nel corso del periodo preclassico, la visuale si allargò: un'*actio* reciproca, sempre in *factum*, fu concessa al *dominus* contro il *gestor*, e fu quella che la giurisprudenza classica considerò come « *actio negotiorum gestorum directa* ». Sullo scorcio del sec. I a.C., alla tutela *in factum* si aggiunse una tutela *in ius* « *ex fide bona* », cioè un *iudicium bonae fidei*, per coprire le ipotesi di gestione senza mandato che si esplicassero al di fuori del processo.

---

non ha incontrato il favore della dottrina (vi aderisce sostanzialmente solo il Bossowski, *Ancora sulla « negotiorum gestio »*, in *BIDR*. 37 [1929] 129 e *Die Abgrenzung des « mandatum » und der « negotiorum gestio » im klassischen und justinianischen Recht* [1937]). Per le fonti v.: D. 3.5 (*De negotiis gestis*); CI. 2.18. — Dato che il discorso svolto in questo numero è strettamente collegato a quello sulla sostituzione nell'attività negoziale, rimandiamo una volta per tutte a *retro* n. 4.7, e 34.

93.2. L'editto « *de negotiis gestis* » è riportato da Ulp. D. 3.5.3 pr.: « *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo* ». Probabilmente il testo originario era limitato alla sola prima ipotesi, che a sua volta era relativa solo al *dominus absens*, ma azzardata è la tesi (per la quale v. Lenel, *EP.*[3] § 35) che l'editto abbia portato per tutta l'età classica un « *absentis* » al posto di « *alterius* ». Per altri spunti sulle vicende dell'istituto cfr.: Nicosia, *L'azione relativa alla « male gesta procuratio » in Quintiliano Inst. Or. 7.4.35*, in *St. Volterra* 4 (1971) 787 ss.; Seiler, *Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Recht*, in *St. Kaser* (1973) 195 ss.

93.2.1. In età classica, a seguito di un'evoluzione che non è possibile ricostruire nei particolari, l'editto « *de negotiis gestis* » era passato a contemplare due ipotesi: quella, di carattere generale, della gestione spontanea degli affari di qualunque *dominus negotii* vivente (e non del solo *dominus absens*) in qualunque contingenza processuale ed extraprocessuale; quella, di carattere specifico, della gestione spontanea degli affari di un morto, in attesa che sopravvenissero a curarsene i successori. In più, accanto alle *actiones in factum*, praticamente poco usate, i soggetti avevano a loro disposizione i due *iudicia bonae fidei* (*in ius*). Situazione rimasta approssimativamente invariata nel periodo postclassico, sino a Giustiniano.

93.3. I requisiti della fattispecie, cioè gli estremi richiesti affinché una *negotiorum gestio* producesse le accennate obbligazioni reciproche tra *gestor* e *dominus negotii*, possono essere

---

93.2.1. Per l'*actio negotiorum gestorum* le fonti attestano l'esistenza di due formule, l'una *in ius* l'altra *in factum concepta*, che molti sostengono di creazione successiva. Il problema fondamentale riguarda comunque il campo della loro applicazione. Larga diffusione ha avuto in passato la tesi secondo cui la *formula in ius concepta* sarebbe stata consentita al principale contro il *gestor*, e quella *in factum concepta* al *gestor* contro il principale: cfr. per tutti Segrè, *Sulle formule relative alla « negotiorum gestio »*, in *St. Moriani* 2 (1906) 3 ss. Ma già Wlassak, *Zur Geschichte der « negotiorum gestio »* cit. 13 ss., 153 ss., 184 ss., aveva sostenuto l'esperibilità da parte del *dominus negotii* della *formula in factum*; e Partsch, *Studien zur « negotiorum gestio »* 1 (1913) 7 ss., riconobbe l'applicabilità di entrambe le formule sia nel caso che l'azione fosse intentata dal principale contro il *gestor* sia nel caso inverso. Una differenza obiettiva nell'applicazione dell'una e dell'altra formula scorse Kreller, *Das Edikt « de negotiis gestis » in der Geschichte der Geschäftsbesorgung*, in *Fs. Koschaker* 2 (1939) 193 ss., *Das Edikt « de negotiis gestis » in der klassischen Praxis*, in *ZSS.* 59 (1939) 390 ss., e sv. « *Negotiorum gestio* », in *PW.*, che limitò la *formula in factum concepta* alla *negotiorum gestio* in favore dell'assente e a quella relativa ad una eredità giacente. Accoglie sostanzialmente la tesi del Kreller (ma la corregge in alcuni punti) Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano* (rist. 1959) 38 ss., che riconduce la *formula in ius* alla tutela dei rapporti fra *procurator omnium bonorum* e principale e la *formula in factum* al caso che taluno si sostituisca di propria iniziativa ad una delle parti di un processo, nel di lei interesse. Nicosia, sv. *Gestione di affari altrui* (*prem. stor.*), in *ED.*, sostiene l'anteriorità della formula *in ius ex fide bona*.

93.3. La fattispecie della *negotiorum gestio* è descritta in maniera sostanzialmente soddisfacente da I. 3.27.1: *Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum: sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gessit directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se optulerit: ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti nulli demandata negotiorum suorum administratione peregre profecti essent, desererentur negotia: quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.*

sintetizzati in tre formule: la *gestio negotiorum alterius*, la *gestio sine mandatu*, la *gestio utiliter coepta*.

93.3.1. Occorreva, in primo luogo, che si trattasse di « *gestio negotiorum alterius* ». Il *gestor* era inteso come tale se compiva attività giuridicamente rilevante, anche non negoziale (es.: la semina di un fondo), nell'interesse obiettivo ed inequivocabile di un altro soggetto (il *dominus negotii*). L'attività del *gestor* era volontaria, ma non aveva rilevanza, almeno in diritto classico, che la volontà fosse specificamente rivolta a soddisfare l'interesse del *dominus*: il fatto che l'affare rientrasse obiettivamente nella sfera degli interessi patrimoniali del *dominus* (il fatto cioè che si trattasse di « *negotium alienum* » rispetto al *gestor*) era sufficiente a determinare gli effetti giuridici. Il cd. « *animus negotia aliena gerendi* » acquistò rilevanza (comunque, non generale) solo in età postclassica, come requisito concorrente con quello obiettivo per la identificazione del *negotium alienum*.

93.3.2. Occorreva, in secondo luogo, che si trattasse di « *gestio sine mandato* », cioè di attività spontanea del *gestor*: attività cui il *gestor* non si fosse preventivamente impegnato, per *mandatum* espresso o tacito, verso il *dominus negotii*. Anzi, purché vi fosse l'assenza di mandato, non era rigidamente richiesta la spontaneità del comportamento, sì che poté dar luogo alle *actiones negotiorum gestorum* anche qualche caso di gestione di affari altrui espletata per imposizione dell'ordinamento o dei suoi organi.

93.3.3. Occorreva, in terzo luogo, che si trattasse di « *gestio utiliter coepta* », cioè di attività concretamente intrapresa, anche se non ancora

---

93.3.1. Sul problema dell'*animus aliena negotia gerendi* cfr. spec.: Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno* (1917), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1964) 73 ss.; Partsch, *Studien* cit. 37; Rabel, « *Negotium alienum* » *und* « *animus* », in *St. Bonfante* 4 (1930) 279 ss.; Voci, *La dottrina romana del contratto* cit. 176, 295 s.; Rubin, « *Negotiorum gestio* » *and the* « *animus negotia aliena gerendi* », in *AI.* 1958.

93.3.2. A proposito della *gestio sine mandato* v. Ulp. D. 3.5.5 pr.: *Item si, cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione. Idem est etiam, si pro te fideiussero, dum puto mihi a te mandatum esse.* — Non rilevava lo scopo di lucro del *gestor*. V. Ulp. D. 3.5.5.5: *Si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse...: sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione (rell.).* — La *ratihabitio* del *dominus negotii* eliminava la *gestio sine mandato*: *retro* n. 89.5.

93.3.3. Sulla *gestio utiliter coepta* è illuminante Ulp. 3.5.9(10).1: *Is... qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. Et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum: idque et Labeo probat. Sed ut Celsus refert, Proculus*

giunta a compimento, e risolventesi in una reale utilità, anche se non in un guadagno, per il *dominus*. Dal « *negotium coeptum* » scaturiva il diritto del *dominus* a pretenderne il completamento e la riversione a proprio favore. Dal « *negotium (domino) utile* » scaturiva il diritto del *gestor* a pretendere che il *dominus* se ne assumesse le conseguenze, eventualmente anche onerose, una volta che fosse stato portato a compimento.

93.4. 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* sussistesse ed impegnasse il *dominus* quando fossero state compiute spese di carattere necessario o di evidente opportunità; mentre non si ritenne che esistesse la *utilitas* impegnativa per il *dominus*, quando fossero state compiute spese voluttuarie (« *nulla re urguente sed voluptatis causa* »).

93.4.1. Si discusse anche circa l'ipotesi in cui un *negotium alienum* fosse stato intrapreso dal *gestor* nonostante la esplicita proibizione del *dominus* (« *negotium alienum prohibente domino utiliter coeptum* »).

---

apud eum notat non semper debere dari. Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur. Iuxta hoc est et, quod Iulianus scribit, eum, qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero: quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum.

93.4. A proposito dell'*utilitas* v. spec. Mod. D. 3.5.26(27) pr.: *Ex duobus fratribus uno quidem suae aetatis, alio vero minore annis, cum haberent communia praedia rustica, maior frater in saltu communi habenti habitationes paternas ampla aedificia aedificaverat: cumque eundem saltum cum fratre divideret, sumptus sibi quasi re meliore ab eo facta desiderabat fratre minore iam legitimae aetatis constituto. Herennius Modestinus respondit ob sumptus nulla re urguente, sed voluptatis causa factos eum de quo quaeritur actionem non habere.*

93.4.1. Sul *negotium prohibente domino coeptum* v.: Uip. D. 3.5.7(8).3: *Iulianus libro tertio tractat, si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non: an adversus eum qui non prohibuit habeam negotiorum gestorum actionem? Movetur eo, quod, si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi qui vetuit: sed et illud esse iniquum eum qui non prohibuit alieno facto liberari, cum et si mutuam pecuniam alteri ex sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem. Et puto secundum Iulianum debere dici superesse contra eum qui non prohibuit negotiorum gestorum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium neque per ipsum aliquid damni sentiat.* Per il diritto giustinianeo v.: CI. 2.18(19).24.

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 conoscenza del *gestor* dopo l'inizio dell'attività.

93.5. La tutela giurisdizionale del *dominus* nei riguardi del *negotiorum gestor* e di questi nei riguardi del primo fu assicurata, come si è detto, mediante un'« *actio negotiorum gestorum* » (rispettivamente, *directa* o *contraria*) che aveva in età classica due formule: una *in factum* ed un'altra *in ius* « *ex fide bona* ».

93.6. Caso particolare di *negotiorum gestio* fu quello tutelato dall'*actio funeraria*, cioè dall'azione concessa dal pretore a colui, il quale avesse sostenuto spontaneamente, in luogo dei parenti socialmente tenuti a questo adempimento, le spese per il funerale di un defunto.

94. Le « obligationes ex indebiti solutione ».

94.1. Causa non convenzionale di *obligationes* fu ritenuta, sin dai tempi più antichi, la *solutio indebiti*, cioè il pagamento di un'obbligazione apparente ma invalida: dal quale derivava per l'*ac-*

93.5. Quanto alla storia dei mezzi giudiziari, è assai dubbio, almeno in questo caso, che la giurisprudenza classica abbia usato la terminologia di « *actio directa* » e « *contraria* ». — Per la ricostruzione delle formule cfr.: Lenel, *EP.*[3] 105. La formula *in ius* del *dominus negotii* era: « *Quod Numerius Negidius negotia Auli Agerii gessit* (oppure: *N.s N.s negotia, quae L. Titii, cum is moreretur, fuerunt, gessit*), *quidquid ob 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.* ». Nell'ipotesi inversa, cioè del *negotiorum gestor* che agisse contro il *dominus negotii* con l'« *actio negotiorum gestorum contraria* », bastava ritoccare la formula, invitando il giudice a condannare il *dominus* a favore del *gestor* (« *Quod A.s A.s negotia N.i N.i gessit...* »).

93.6. Sull'*actio funeraria* cfr. spec.: De Francisci, *La legittimazione attiva nell'azione funeraria*, in *Fil.* 40 (1915) 14 ss., e *La legittimazione passiva nell'azione funeraria*, in *AUPE.* 1920; Donatuti, « *Actio funeraria* », in *SDHI.* 8 (1942) 48 ss. Per le fonti v.: D. 11.7.14.6; D. 11.7.14.13; D. 11.7.31.2 (itp.). L'editto era quello « *de sumptibus funerum* » (cfr. Ulp. D. 11.7.12.2): « *Quod funeris causa sumptus factus erit, ius reciperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo* » (Lenel, *EP.*[3] § 94). — La formula era *in aequum concepta*. Nella ricostruzione del Lenel, *EP.*[3] § 231, essa era: « *Quod A.s A.s in funus L. Titii sumptum fecit, q.d.r.a., quantae pecuniae aequum iudici videbitur N.m N.m ei eo nomine condemnari, tantam pecuniam, iudex, N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.* ».

94.1. Sulla complessa questione della natura della *solutio indebiti* cfr.: Voci, *La dottrina romana del contratto* cit. 98 ss.; Grosso, *Il sistema* cit., 112 ss.

cipiens l'obbligo di restituire ciò che gli fosse stato indebitamente pagato.

94.1.1. Come si è detto a suo tempo, 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 poté, peraltro, che essere estromessa dal novero dei contratti e passare in quello delle *variae causarum figurae*, dal quale poi finì nella categoria giustinianea dei quasi contratti.

94.2. Il pagamento dell'indebito non escludeva che, trattandosi di un'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 vindicatio*, ma aveva soltanto un diritto di credito nei riguardi dell'accipiente al ritrasferimento della proprietà della cosa indebitamente trasferitagli. Tale diritto alla restituzione si faceva valere mediante una *actio in personam* denominata *condictio indebiti*.

94.2.1. Il diritto giustinianeo richiedeva, per la esperibilità della *condictio*, l'esistenza di due requisiti: l'« *error solventis* » e l'« *error accipientis* ». 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, sicché 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, secondo la teoria che sembra preferibile,

---

94.1.1. Sui rapporti tra *solutio indebiti* e *mutuum* v. *retro* n. 82.1-2.

94.2. Sulla *condictio indebiti* (*retro* nt. 16.5, e n. 17.6.1) fonti in: D. 12.6 (*De condictione indebiti*); CI. 4.5.

94.2.1. Discusso è il problema dell'*error* del solvente come presupposto della *condictio indebiti*. Lo esclude, per il diritto classico, il Solazzi, da ultimo in *Le « condictiones » e l'errore* (1949), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 1 ss. In senso contrario cfr. soprattutto: Voci, *In tema di errore*, in *SDHI.* 8 (1942) 22 ss., e *La dottrina romana del contratto* cit. 101; Sanfilippo, « *Condictio indebiti* » 1 (1943) 97 ss. V. ancora Archi, *Variazioni in tema di « indebiti solutio »*, in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1953) 335 ss. *Adde*, con riguardo ai fedecommessi: Schwarz (F.), *Die Funktion des Irrtums bei Erfüllung gänzlich oder teilweise nicht geschuldeter Fideikommisse*, in *ZSS.* 68 (1951) 266 ss. Il nostro pensiero è espresso nella *rc.* a Sanfilippo, in *SDHI.* 11 (1945) 319 ss.

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*.

94.2.2. Sia in diritto classico che in diritto giustinianeo, si ritenne che, nel caso delle cd. *obligationes naturales*, 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* ».

94.3. L'ipotesi classica del pagamento dell'indebito fu il paradigma sul quale si modellarono successivamente varie altre ipotesi affini, 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.

94.3.1. La « *condictio ex causa furtiva* », concessa al derubato contro il ladro e gli eredi di lui. Fu anomala perché dal furto non derivava e non poteva derivare acquisto di proprietà, sicché la *condictio* era intesa alla restituzione di una cosa, della quale il convenuto non aveva acquistato il dominio. Altra anomalia è che essa non

---

94.2.2. Sulla *solutio retentio* v. *retro* n. 72.3.

94.3. Il campo di applicazione della *condictio* classica e le trasformazioni e generalizzazioni da essa subite in epoca postclassica e giustinianea sono oggetto di infinite discussioni nella vastissima letteratura. Sì che non appare esagerata l'espressione « selva selvaggia » che il Perozzi, *Le obbligazioni romane*, ora in *Scr.* 2 (1948) 393 nt. 1, ha adoperato a proposito del nostro istituto, e che il van Oven ha posto come titolo di un suo articolo sull'argomento (v. *infra*). Cfr. fra tutti: Donatuti, *Le « causae » delle « condictiones »*, in *SPR.* 1951; Schwarz, *Die Grundlage der « condictio » im klassischen römischen Recht* (1952); von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der « condictio » nach römischem und geltendem Recht* (1952); Simonius, *Zur frage einer einheitlichen « causa condictionis »*, in *Fs. Lewald* (1953) 161 ss.; Niederländer, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht* (1953); Flume, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in *Fs. Niedermeyer* (1953) 103 ss.; D'Ors, *Observaciones sobre el « edictum de rebus creditis »*, in *SDHI.* 19 (1953) 134 ss.; van Oven, *La « forêt sauvage » de la « condictio » classique*, in *T.* 22 (1954) 267 ss.; Kaden, *Das Schrifttum 1950-53 zur römischen Bereicherungslehre*, in *ZSS.* 71 (1954) 555 ss.; Talamanca, *In tema di azioni di arricchimento*, in *AG.* 146 (1954) 33 ss.; Gay, *A propos d'études recents: « condictio » et actions prétoriennes d'enrichissement*, in *RH.* 34 (1956) 327 ss.; D'Ors, « *Condictio ex stipulatione* », in *SDHI.* 26 (1960) 323 ss.; Wunner, *Der Begriff der « causa » und der Tatbestand der « condictio indebiti »*, in *Romanitas* 9.11 (1970) 459 ss.

94.3.1. Sulla *condictio ex causa furtiva* v. anche *infra* n. 96.5.1. Per le fonti v.: D. 13.1; CI. 4.8.

spettava a qualunque derubato, ma solo al *dominus* della *res furtiva*.

94.3.2. La « *condictio ob causam datorum* », denominata in diritto giustinianeo « *condictio causa data causa non secuta* », 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.

94.3.3. 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 compimento di tali azioni. Questa *condictio*, peraltro, era esclusa nell'ipotesi che la turpitudine non fosse nel solo accipiente, ma fosse anche o esclusivamente nel tradente: « *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* ».

94.3.4. La « *condictio sine causa* » fu accordata a chi avesse dato delle cose ad altri per uno scopo che fosse venuto meno.

94.4. Il diritto giustinianeo non solo allargò oltre ogni limite il novero delle applicazioni delle *condictiones*, ma introdusse nuove azioni: la « *condictio ex lege* », intesa ad ottenere l'adempimento di qualunque *nova obligatio* che fosse stata introdotta da una

---

94.3.2. Sulla *condictio ob causam datorum* v. anche *retro* n. 91.3.1.

94.3.3. Sulla *condictio ob turpem causam* v.: D. 12.5; CI. 4.7. Si leggano, in particolare: Paul. D. 12.5.1; Ulp. D. 12.5.2 pr.; e Paul. D. 12.5.3: *Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest: ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. In qua specie Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse, ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur.*

94.3.4. Sulla *condictio sine causa* v.: D. 12.7; CI. 4.9. Esempi: *donatio mortis causa* operata in vista di un imminente pericolo di vita, se ed in quanto il pericolo non si fosse verificato; dote conferita al fidanzato in vista di un matrimonio non realizzatosi.

94.4. Sulla *condictio ex lege* v.: D. 13.2; CI. 4.9. — Sulla *condictio certi* e sulla *condictio incerti* v. Ulp. D. 12.1.9 pr.-3 (itp.): *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contracta petatur sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit vel sub condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere. Competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia. Sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. Sed et si ex senatus consulto agetur, competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est agere volet. Sive autem suo nomine quis obligatus sit sive alieno, per hanc actionem recte convenitur. Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive coniunctim referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat.*

legge senza specificare un'azione particolarmente destinata al suo soddisfacimento; la cd. « *condictio certi* » (o « *condictio generalis* »), intesa alla restituzione di qualunque prestazione si fosse fatta ingiustamente a favore di altri. Inoltre si ammise che le *condictiones* potessero essere fatte valere non solo per la restituzione di un *certum* che fosse stato prestato, ma anche per la rivalsa di un *incertum* corrispondente ad una attività da cui altri avessero tratto lucro (cd. « *condictio incerti* »).

94.4.1. Sempre nel diritto giustinianeo, a coronamento di una 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 illimitata. 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.

94.4.1. Si comprende, perciò, la concessione al « depauperato », oltre che delle *condictiones*, anche, se del caso, dell'*actio negotiorum gestorum contraria* (*retro* n. 93.5), e della *rei vindicatio utilis* (*retro* n. 59.2).

CAPITOLO XVI

LE « OBLIGATIONES » DI RESPONSABILITÀ

SOMMARIO: 95. Le *obligationes* di responsabilità primaria. — 96. La responsabilità da *iniuria, furtum, rapina.* — 97. La responsabilità da *damnum iniuria datum.* — 98. Le altre obbligazioni di responsabilità primaria. — 99. Le *obligationes* di responsabilità secondaria. — 100. La responsabilità da *mora solvendi* e da *fraus creditorum.*

95. LE « OBLIGATIONES » DI RESPONSABILITÀ PRIMARIA.

95.1. *Obligationes* di responsabilità primaria, cioè derivanti da illeciti lesivi della persona o del patrimonio di un soggetto giuridico, furono previste, come sappiamo, sia dal *ius civile* (*vetus*) che dal *ius honorarium.* La terminologia, soprattutto in età classica, non fu peraltro univoca, perché i termini di « *obligatio* » e di « *delictum* » furono rispettivamente usati, almeno in prevalenza, per la responsabilità nascente da quattro illeciti civilistici (il *furtum*, l'*iniuria*, il *damnum iniuria datum* e la *rapina*) e solo per quei quattro illeciti.

95.1. Per le *obligationes* di responsabilità primaria v. già *retro* n. 2.6.1, 3.4.2, e 14.5. Cfr. le seguenti opere specifiche: Metlzl, *Die Obligation im Zeichen des Delikts* (1909); De Visscher, *Les origines de l'obligation « ex delicto »* (1911) ora in *Ét. dr. rom.* (1931) 11 ss.; Lauria, « *Contractus, delictum, obligatio* », in *SDHI.* 4 (1938) 163 ss.; Lavaggi, « *Iniuria* » *e* « *obligatio ex delicto* », in *SDHI.* 13-14 (1947-48) 131 ss.; Pugliese, « *Actio* » *e diritto subbiettivo* (1959) 74 ss., 242 ss.; Betti, *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi*[2] (1955) 173 ss.; Brasiello, sv. *Delitti (dir. rom.)*, in *ED.*; Sanfilippo, *Gli atti illeciti, Pena e risarcimento* (corso, 1960); Branca, *Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli*, in *St. Volterra* 1 (1971) 99 ss. La materia è trattata in termini riassuntivi da I. 4.1-5. — Per la terminologia di *delicta* e *maleficia* ecc. cfr.: Albertario, « *Delictum* » *e* « *crimen* » *nel diritto romano classico e nella legislazione giustinianea* (1923), che sostiene l'antiteticità dei due termini in epoca classica; *contra* Segré, « *Obligatio, obligare, obligari* », in *St. Bonfante* 3 (1929) 590 nt. 258. Sul termine « *delinquere* »: Volterra, « *Delinquere* » *nelle fonti giuridiche romane*, in *RISG.* 5 (1930) 117 ss., e « *Flagitium* » *nelle fonti giuridiche romane*, in *AG.* 111 (1934) 39 ss. — Sulla categoria dei *quasi delicta* cfr. spec.: Riccobono (j.), sv. *Quasi delitto (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Gordon, *The Roman class of quasi delicts*, in *Est. Sanchez del*

Una tendenza a generalizzare la terminologia si manifestò invece in età postclassica, unitamente alla inclinazione a qualificare i *delicta* anche come « *maleficia* », « *admissa* » e via dicendo. Giustiniano, come pur sappiamo, da un lato favorì la qualificazione delle responsabilità primarie come « *obligationes* », ma dall'altro volle distinguere nettamente tra « *obligationes ex delicto* », che erano quelle derivanti dai quattro illeciti civilistici sopra indicati, e « *obligationes quasi ex delicto* », che erano tutte le altre.

95.1.1. Da notare è anche che, col prevalere del *ius novum*, si manifestò la tendenza a non accrescere il numero degli illeciti determinativi di *obligationes*, anzi ad impoverire il catalogo degli stessi. Ovviamente, infatti, i *principes* cercarono di sottrarre la repressione degli illeciti al puro *ius privatum* ed agli organi giurisdizionali della *cognitio ordinaria* per esercitarla *extra ordinem* e per colpire la commissione di illeciti con penalità pubblicistiche (carcere, tortura, multe e così via). Comunque, fu solo in età post-romana che gli illeciti *iure privato* si ridussero quasi esclusivamente al *damnum datum*, essendosi tutti gli altri trasferiti nella sfera del diritto criminale pubblicistico, e fu del pari solo in età post-romana che, abolendosi la differenza tra *ius poenale* (privatistico) e *ius criminale* (pubblicistico), il « *ius poenale* » (o « *criminale* ») divenne una branca esclusiva del *ius publicum*.

95.2. La responsabilità primaria da atti illeciti del *ius privatum* fu produttiva, non solo (e non sempre) della mera pretesa risarcitoria

---

Rio (1967) 303 ss.; Hochstein, « *Obligationes quasi ex delicto* » (1971). V. anche *retro* n. 71.8.

95.1.1. Sulla evoluzione del concetto di illecito come determinativo di *obligationes* cfr. spec. Albanese, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* 1 (1964) 104 ss., nonché sv. *Illecito* (*dir. rom.*), in *ED.*; Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (1962).

95.2. Sul problema della responsabilità penale da atto illecito cfr.: Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* (1939); Marton, *Un essai de réconstruction du developpement probable du sistème classique romain de responsabilité civile*, in *RIDA.* 3 (1949) 177 ss.; Visky, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, in *RIDA.* 3 (1949) 437 ss.; Daube, *On the use of the term « damnum »*, in *St. Solazzi* (1949) 93 ss.; Scherillo, « *Pauli de iniuriis liber singularis* », in *St. Solazzi* (1949) 439 ss.; De Robertis, *La funzione della pena in diritto romano* (1954); Burdese, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *BIDR.* 69 (1966) 342 ss.; Perrin, *La responsabilité pénale du mineur de vingt-cinq ans en droit romain*, in *Mél. Piganiol* (1966) 3 ss. — Sulle *actiones populares*: Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane, Le « actiones populares »* (1958); Danilović, *Observations sur les « actiones populares »*, in *St. Grosso* 6 (1974) 13 ss. L'adozione per certi illeciti non civilistici, quindi di repressione più moderna, del sistema dell'*actio* esercitabile dal *quivis de populo* è indizio sicuro dei primi spunti di un'evoluzione del pensiero giuridico romano dalla concezione meramente privatistica dell'illecito ad una concezione pubblicistica dello stesso.

della vittima dell'illecito, ma anche e sopra tutto di conseguenze penali, afflittive per l'autore dell'illecito: conseguenze concretantisi nella irrogazione di una « *poena* » pecuniaria da pagarsi alla vittima dell'atto antigiuridico o comunque a chi ne chiedesse giudizialmente la persecuzione. Dall'illecito privatistico scaturiva perciò in ogni caso un'« *actio poenalis* », e talvolta soltanto l'*actio poenalis*. Legittimato ad esercitarla era, di regola, la vittima dell'azione antigiuridica; ma in taluni casi all'azione penale si riconosceva la caratteristica di « *actio popularis* », cioè di azione esercitabile da chiunque (« *quivis de populo* ») avesse scoperto l'illecito e volesse assumersi, al fine di lucrare la *poena*, l'onere di promuovere il giudizio contro il responsabile.

95.2.1. Di norma, a parte l'*actio poenalis*, la vittima dell'illecito (ed essa soltanto) aveva a sua disposizione anche un'« *actio reipersecutoria* », intesa alla riparazione del pregiudizio economico subito (quindi una *reivindicatio* o una *condictio*). Ma si dava il caso di « *actiones mixtae* », le quali, come si è detto a suo tempo, assolvevano la duplice funzione (penale e reipersecutoria) o, per meglio dire, erano azioni penali che assorbivano le finalità economiche dell'*actio reipersecutoria*.

95.2.2. Le *actiones poenales* riconosciute dal *ius civile* non erano soggette a termini di decadenza: così pure le azioni penali, che fossero state introdotte dal *ius honorarium* per il completamento o il perfezionamento della repressione di ipotesi delittuose già previste dal *ius civile*. Viceversa le *actiones poenales* a repressione di illeciti non civilistici dovevano essere esercitate nei limiti temporali di un anno dalla commissione dell'illecito (« *si non plus quam annus erit, cum de ea re experiundi potestas fuit* »). Inoltre anche le *actiones poenales* non condizionate dall'anno subivano talora, dopo il decorso del primo anno, una limitazione: la condanna non poteva più essere chiesta *in duplum, triplum* ecc., ma poteva essere soltanto chiesta *in simplum*.

95.2.3. Caratteristiche comuni della responsabilità da *actiones poenales*, e quindi delle *obligationes* primarie da atto illecito, furono: la « nossalità », l'« individualità » e la « cumulatività ».

95.2.1. Sulle *actiones poenales, reipersecutoriae* e *mixtae*: *retro* n. 17.5.

95.2.2. Sulla decadenza dalle azioni penali cfr. spec.: Beretta, *L'annualità delle azioni pretorie nel diritto romano classico*, in *RISG*. 85 (1848) 353 ss., 86 (1949) 305 ss.

95.2.3. Va avvertito subito che la cumulatività obbligatoria (v. *infra* n. 95.5) non deve essere confusa con il fatto che, se un soggetto compiva due o più illeciti, le *poenae* relative ovviamente si cumulavano. V. Ulp. D. 47.1.2 pr.-1: *Numquam*

95.3. La nossalità delle *obligationes* da illecito primario 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 sottoposto, 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 deditio* ») 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 « *noxa caput sequitur* », la responsabilità del delitto commesso dal sottoposto si trasmetteva anche ai successivi aventi potestà sullo stesso, beninteso nei limiti imposti dal carattere di individualità delle *obligationes ex delicto*. L'obbligazione *ex delicto* relativa era insomma una obbligazione passivamente « ambulatoria »,, almeno sino a quando l'ultimo avente potestà venisse a morte.

---

plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. Qui igitur hominem subripuit et occidit, quia subripuit, furti, quia occidit, Aquilia tenetur, neque altera harum actionum alteram consumit.

95.3. Quanto alla nossalità, il Girard, *Les actions noxales* (1887) [= *Mélanges* 2 (1913)] deve essere considerato il primo ad averne studiato storiograficamente i problemi. Cfr. poi: Naber, *Ad noxales actiones*, in *Mn.* 30 (1902) 169 ss., e *Ad noxalem iniuriarum actionem*, in *Mél. Gérardin* (1907) 467 ss.; Lenel, *Die Formeln der « actiones noxales »*, in *ZSS.* 47 (1927) 1 ss.; Biondi, « *Actiones noxales* », in *AUPA.* 1925, e *Problemi ed ipotesi in tema di « actiones noxales »*, in *BIDR.* 36 (1928) 99 ss.; De Visscher, *Le régime romain de la noxalité* (1947); Sargenti, *Contributo allo studio della responsabilità nossale in diritto romano*, in *SPA.* 1949, e *Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano* (1950); Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scr. Carnelutti* 2 (1950) 113 ss., e *Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *St. Albertario* 1 (1953) 233 ss.; Niederländer, *Die Aussernoxale Haftung des Gewalthabers für Delikte im klassischen römischen Recht* (1952); Lévy-Bruhl, *Sur l'abandon noxal*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 193 ss.; Albanese, *Sulla responsabilità del « dominus sciens » per i delitti del servo*, in *BIDR.* 70 (1967) 119 ss.; Serrao, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, in *BIDR.* 73 (1970) 125 ss.; Kaser, « *Noxae dedere* » *oder* « *noxae dare* », in *ZSS.* 87 (1970) 445 ss., Thomas, *Pro noxal surrender*, in *Labeo* 17 (1971) 16 ss. Sull'argomento v. anche *retro* n. 47.2.2.

95.3.1. 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, sì che 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*: un residuo di azione nossale si ravvisava anche nel diritto giustinianeo, sebbene questa non avesse più tanto carattere penalistico, quanto carattere di azione di risarcimento, operato dal *dominus* mediante la consegna dello schiavo.

95.3.2. Un'antichissima applicazione del principio di nossalità si ebbe anche in ordine al caso di « *pauperies* », cioè di devastazione, e quindi di danno patrimoniale, causato da bestiame incustodito. Le XII tavole introdussero 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 giustinianeo, 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.). Altra azione similare era l'« *actio de pastu pecoris* », relativa ai danni sofferti da un fondo per il pascolo abusivo di bestiame altrui.

95.3.1. Per il regime giustinianeo v. I. 4.8.7: *Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.*

95.3.2. Per l'*actio de pauperie* v. I. 4.9 pr. e D. 9.1. In particolare v. Ulp. D. 9.1.1 pr.: *Si quadrupes pauperiem facisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre.* Per la letteratura, cfr.: Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, 3. - *Zur Haftung für Tierschaden* (« *actio de pauperie* »), in *ZSS.* 42 (1922) 357 ss.; Kerr Wylie, « *Actio de pauperie* », in *St. Riccobono* 4 (1936) 459 ss.; Fliniaux, *Une vieille action du droit romain: l'« actio de pastu »*, in *Mél. Cornil* 1 (1926) 245 ss.; Carrelli, *Plinio Nat. Hist. 18.3.12 e il delitto di danneggiamento alle messi nel sistema delle XII tav.*, in *AUBA.* 1939; Nicholas (B.), *Liability for animals in Roman law*, in *AI.* 1958; Ashton-Cross, *Liability in Roman law for damage caused by animals*, in *Cambr. L. J.* 11 (1951-53) 395 ss.; Watson, *The original meaning of « pauperies »*, in *RIDA.* 17 (1970) 375 ss.; Macqueron, *Les dommages causés par des chiens dans la jurisprudence romaine*, in *Flores leg. Schettema* (1971) 133 ss.

95.4. La individualità delle *obligationes* da illecito primario implicava che esse aderissero strettamente alle persone dell'offeso e dell'offensore, e che pertanto le *actiones ex delicto* fossero ereditariamente intrasmissibili, sia attivamente (ai successori dell'avente diritto) che passivamente (ai successori dell'*obligatus*).

95.4.1. 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 si affievolì progressivamente, sino ad applicarsi, 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* e l'*actio sepulchri violati*.

95.4.2. Il principio della « intrasmissibilità passiva » delle azioni penali si mantenne invece molto più fermo, e l'unica erosione che di esso pare si sia verificata nel corso dell'età classica consistè nella affermazione di questo principio limitativo: che, ove non concorresse con l'*actio poenalis* un'*actio reipersecutoria* contro il responsabile civile, l'*actio poenalis* poteva essere esercitata, nei riguardi degli eredi del responsabile, solo limitatamente al *quantum* di cui gli eredi stessi si fossero arricchiti (« *in id quod ad eos pervenit* »).

95.5. La cumulatività delle *obligationes* da illecito concerneva l'ipotesi che l'illecito fosse stato commesso da più soggetti o in pregiudizio di più soggetti ed era in stretta connessione col carattere di

---

95.4. Per l'individualità delle *actiones poenales* cfr. in particolare: Schulz, *Die « actiones in id quod pervenit » und « in quantum locupletior factus est »* (1905); De Francisci, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità* (1912); Voci, *Risarcimento e pena privata* cit. 17 ss., 193 ss. — Per l'esperienza penalistica cfr. invece: Brasiello, *Sulla persecuzione degli eredi del colpevole nel campo criminale*, in *St. Volterra* 4 (1971) 325 ss.

95.4.1. Sull'intrasmissibilità (attiva e passiva) delle azioni penali v. Gai 4.112: *Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec conpetere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredi... actoris huius modi actiones conpetunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.* — Sulle *actiones vindictam spirantes*: *retro* nt. 17.5.2.

95.4.2. Oltre che per l'« *id quod ad eum pervenit* », la trasmissibilità dell'azione penale era riconosciuta nell'ipotesi che la lite fosse stata già contestata al momento della morte della parte. V. Gai. D. 50.17.137 pr.: *Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent*; Paul. D. 50.17.164: *Poenalia iudicia semel accepta in heredes transmitti possunt*; Call. D. 44.7.59(58): *Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas et in heredem... Transire.*

95.5. Sulle obbligazioni cumulative: *retro* n. 73.3 (ove si indicano in nota i casi di cumulatività *ex iure* riportati dalla compilazione giustinianea). — Sulla cumulatività *ex poena*: *retro* n. 73.3.1. — Sul *ius criminale*: *retro* n. 95.1.1.

individualità dell'*actio poenalis*. La pena non poteva essere ripartita tra più soggetti, attivi o passivi che fossero, perché era nella sua interezza propria di ciascuno di essi: pertanto, in caso di pluralità di soggetti, la condanna gravava *in solidum* su ogni singolo soccombente ed era da prestarsi *in solidum* ad ogni singolo attore. In età postclassica, peraltro, la solidità del principio subì parecchie attenuazioni, sopra tutto perché molte ipotesi di illecito passarono, come si è detto, ad essere considerate come *crimina* o anche come *crimina*, puniti con pena pubblica, e il carattere di cumulatività si trasferì dalle azioni penali del *ius privatum* alle azioni criminali del *ius criminale*.

96. La responsabilità da « iniuria », « furtum », « rapina ».

96.1. I quattro illeciti che la giurisprudenza classica unanimemente qualifica come *delicta*, inquadrandoli nel sistema del *ius civile*, furono: l'*iniuria*, il *furtum*, la *rapina* e il *damnum iniuria datum*. Di essi, peraltro, i primi tre presentavano caratteristiche alquanto diverse dal quarto, che merita pertanto di essere trattato separatamente.

96.2. La fattispecie più antica fu probabilmente costituita dall'illecito qualificato col termine piuttosto generico di *iniuria*. In diritto classico e postclassico essa era ritenuta comprensiva di ogni offesa arrecata all'onore o al decoro di un soggetto giuridico mediante atti di violenza nei confronti di lui o dei suoi sottoposti, sempre che

---

96.1. Per l'elenco dei cd. *delicta* civilistici v. Gai 3.182: *Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit; quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, dum ex contractu obligationes in quattuor genera deducantur, sicut supra exposuimus.*

96.2. Sull'*iniuria* cfr.: Hitzig, « *Iniuria* » (1809); Maschke, « *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems* (1903); Huvelin, *La notion de l'« iniuria » dans le très ancien droit romain*, in *Mél. Appleton* (1903) 369 ss.; Pugliese, *Studi sull'« iniuria »* I (1941) con ampia valutazione critica della letteratura precedente; Di Paola, *La genesi storica del concetto di « iniuria »*, in *AUCT.* 1947 (cfr. anche la *rc.* a Lavaggi, in *AUCT.* 1951); Dupont, « *Iniuria* » *et délits privés dans les constitutions de Constantin*, in *RIDA.*[1] (1952) 423 ss.; Marrone, *Considerazioni in tema di « iniuria »*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* 1 (1964) 475 ss.; Birks, *The early history of « iniuria »*, in *T.* 37 (1969) 163 ss.; Raber, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche* (1969). Buone sintesi sono quelle recenti di Crifò, sv. *Diffamazione e ingiuria* (*dir. rom.*), in *ED.*, e Devilla, sv. « *Iniuria* », in *NNDI.* Per le fonti: I. 4.4; D. 47.10 (*De iniuriis et famosis libellis*); CI. 9.35. — Per la casistica dell'*iniuria* v. Gai 3.210: *Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus* [*vel etiam verberatus*] *erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit sive quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere proscripserit, sive quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit, sive quis matrem familias aut praetextatum adsectatus fuerit, et denique aliis pluribus modis.* — Degli estendimenti del delitto ad ipotesi di violenza non fisica parleremo *infra* n. 98.2.

questi atti di violenza non sconfinassero in ipotesi di *crimina* (*homicidium*, violenze previste e punite dalla *lex Cornelia de iniuriis* dell'81 a.C. e via dicendo). Ma a questa configurazione del delitto si giunse per gradi. Alle origini, anteriormente alle *XII tabulae*, si badava agli interessi del gruppo familiare: qualunque lesione violenta di quegli interessi determinava la reazione della vendetta nei confronti del gruppo cui apparteneva l'offensore, e non vi era altro limite a questa reazione che quello rappresentato dall'esigenza sociale e religiosa della « *talio* » (la cd. « legge del taglione »), cioè dall'esigenza di proporzionare (anche a scanso di ulteriori contraccolpi) la reazione all'azione offensiva.

96.2.1. Furono le XII tavole a portare ordine e temperamenti alla situazione originaria. Esse distinsero tre ipotesi: il « *membrum ruptum* », che consisteva nell'asportazione o inutilizzazione perpetua di un arto e quindi nell'indubbia e definitiva e gravissima diminuzione della integrità fisica del soggetto; l'« *os fractum* », che consisteva nella fratturazione di un osso, produttiva, in genere, a guarigione avvenuta, di una malformazione fisica scarsamente influente sulle attitudini lavorative e sull'estetica della vittima; l'« *iniuria* » pura e semplice, consistente in ogni altra lesione di grado minore, quindi perfettamente guaribile, nonché eventualmente nelle offensive percosse. Relativamente al *membrum ruptum*, non si parlò di vendetta indiscriminata, ma nemmeno fu abolita la preesistente prassi del taglione: solo che le parti avverse furono legittimate a definire pattiziamente la questione mediante un risarcimento (« *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto* »). Relativamente all'*os fractum*, fu, invece, stabilita una pena pecuniaria fissa da pagarsi al capo del gruppo offeso (300 assi se la frattura fosse stata prodotta a un membro libero del gruppo, 150 assi se fosse stata prodotta ad uno schiavo). Relativamente alla semplice *iniuria*, fu fissata infine la pena pecuniaria fissa di 25 assi.

96.2.1. Il regime decemvirale dell'*iniuria* è ricostruito nelle tab. 8.2 e 8.4. V. Gai 3.223: *Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, veluti si libero os fractum erat, at si servo, CL; propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta. Et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae poenae esse.* Per la letteratura cfr. spec.: Binding, *Rechtsvergleichende Vermutungen zu « membrum ruptum » « os fractum » und « iniuria » der Lex XII tab.*, in *ZSS.* 40 (1919) 106 ss.; Simon, *Begriff und Tatbestand der « iniuria » im altrömischen Recht*, in *ZSS.* 82 (1965) 132 ss. È appena il caso di notare che Gaio considera tenue la pena pecuniaria disposta dalle *XII tabulae* perché la valuta, piuttosto ingenuamente, secondo i parametri monetari del suo tempo.

96.2.2. Con l'andar del tempo, il sistema delle XII tavole si rivelò inefficiente per più versi: da un lato perché la coscienza sociale più non tollerava ormai, in nessun caso, la possibilità della *talio*; e dall'altro perché la pena fissa non sembrava tale da potersi commisurare alla entità delle offese prodotte in concreto, ed era divenuta in ogni caso irrisoria a causa della svalutazione monetaria. Pertanto, nel sec. I a.C., il pretore introdusse la cd. « *actio iniuriarum aestimatoria* » valevole per ogni e qualsiasi caso di lesione offensiva. Di regola, l'azione era intesa ad ottenere dai *recuperatores* o dal *iudex* la fissazione di una condanna « *in quantum aequum videbitur* »: una condanna cioè commisurata, sulla base delle valutazioni correnti, alla lesione prodotta ed alle sue conseguenze di carattere patrimoniale: l'*iudicium* si limitava a fissare, mediante una *taxatio*, il limite massimo della condanna. Tuttavia, quando le modalità o le circostanze relative all'azione ingiuriosa rendevano quest'ultima particolarmente grave, « *iniuria atrox* », era il pretore a stabilire, sia pure indirettamente, l'ammontare (particolarmente elevato) della pena da irrogarsi dal giudicante: in sede di *vadimonium*, egli fissava una tal « *summa vadimonii* » (per permettere al convenuto di ottenere il differimento), che ben difficilmente i *recuperatores* o il *iudex privatus* si sarebbero

---

96.2.2. Sull'*actio iniuriarum* v. Gai 3.224: *Sed nunc alio iure utimur: permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout illi visum fuerit. Sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex, quamvis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.* Sul tema cfr.: Cenderelli, *Il carattere non patrimoniale dell'«actio iniuriarum»*, in *Iura* 15 (1964) 159 ss.; Raber, *Frauentracht und « iniuria » durch « appellare »: D. 47.10.15.15*, in *St. Volterra* 3 (1971) 633 ss.; Wittmann, *Die Entwicklungslinien der klassischen injurienklage*, in *ZSS.* 91 (1974) 285 ss. A spiegare il passaggio dal sistema decemvirale di repressione dell'*iniuria* a quello della stima del danno morale e/o fisico, i romani raccontavano un aneddoto: un tal Verazio, cavaliere ricco ed insolente (ma anche spiritoso), profittando della svalutazione monetaria, si dilettava a schiaffeggiare chi meglio gli paresse per strada, ordinando poi al *servus* che lo seguiva con una borsa di danaro di pagare all'istante venticinque assi a ciascuno degli offesi, i quali, così, non avevano più da poter reclamare (Lab. in Gell. *noct. Att.* 20.1.13: cfr. Birks, *Lucius Veratius and the « lex Aebutia »*, in *Daube noster* [1974] 39 ss.). — Sulle fattispecie di *iniuria atrox*, v. Gai 3.225: *Atrox autem iniuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibusve caesus fuerit; vel ex loco, veluti si cui in theatro aut in foro iniuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatori ab humili persona facta sit iniuria.* — Sull'*edictum generale de iniuriis*: Lenel, *EP.*[3] § 190. — La formula dell'*actio iniuriarum* era: « *Quod A.o A.o pugno mala percussa est (similiave), d.q.r.a., quantam pecuniam recuperatoribus aequum videbitur N.m N.m A.o A.o condemnari, tantam pecuniam, dumtaxat sestertios..., si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas fuit, recuperatores, N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.* ».

scostati da quella autorevole indicazione (coincidente di solito con l'importo massimo fissato dalla *taxatio*) ove giungessero a ritenere provate le asserzioni dell'attore. L'*actio iniuriarum aestimatoria* era infamante e *vindictam spirans*, quindi intrasmissibile, sia attivamente che passivamente, agli eredi.

96.2.3. Vittima dell'azione ingiuriosa poteva essere, anche nel sistema del *ius honorarium*, non solo un *pater familias*, ma un sottoposto a *potestas*: e in questo caso l'*actio iniuriarum* spettava ovviamente al soggetto giuridico avente *potestas* su di lui. Ma nel caso delle percosse o lesioni inferte al *servus*, la *lex Aquilia de damno dato* aveva concesso al *dominus* l'azione di risarcimento, sicché dell'*actio iniuriarum* non vi era praticamente nessun bisogno, salvo che nell'ipotesi in cui risultasse che il danneggiamento dello schiavo fosse stato operato « *in contumeliam domini* », allo scopo di arrecare offesa al padrone (per esempio, praticandogli una *verberatio*). In queste ipotesi anzi, se il *servus* era in usufrutto di un terzo o era comunque posseduto in buona fede da taluno, l'esercizio dell'*actio iniuriarum* era riconosciuto all'usufruttuario o al possessore di buona fede e non al *dominus*.

96.2.4. Autore dell'*iniuria* poteva essere, oltre che il soggetto giuridico, anche un suo sottoposto: nel qual caso convenuto con l'*actio iniuriarum* era l'avente potestà. Il convenuto poteva, secondo la regola generale, esimersi da responsabilità mediante la *noxae deditio*, ma la responsabilità nossale era attenuata: il sottoposto era cioè consegnato all'offeso affinché lo fustigasse, ma con obbligo di restituirlo.

96.3. Illecito quasi altrettanto antico dell'*iniuria* fu il *furtum*, consistente nella sottrazione non violenta di una cosa inanimata o di

---

96.2.3. Sull'*iniuria* commessa su un *servus* v. Gai 3.222: *Servo autem ipsi quidem nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri videtur; non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos nostros vel uxores iniuriam pati videmur, sed ita, cum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte in contumeliam domini fieri videtur, veluti si quis alienum servum verberaverit; et in hunc casum formula proponitur.* L'editto relativo in: Lenel, *EP.*[3] § 194. — Alle persone libere *in potestate* un apposito editto (Lenel, *EP.*[3] § 196) riconosceva l'esercizio dell'azione se « *neque is, cuius in potestate est, praesens erit, neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat* » (cfr. Ulp. D. 47.10.17.10).

96.2.4. Sull'*actio iniuriarum noxalis*: Lenel, *EP.*[3] § 195. Ulp. D. 47.10.17.4 parla solo della *verberatio* del *servus*, ma è credibile che a maggior ragione la regola valesse per i sottoposti liberi. Sul tema cfr.: Spagnuolo Vigorita, « *Actio iniuriarum noxalis* », in *Labeo* 15 (1969) 35 ss.

96.3. Lo stato della dottrina sul *furtum* è riassunto da: Brasiello, sv. *Furto* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; e Albanese, sv. *Furto* (*intr. stor.*), in *ED.* Fra le indicazioni cfr. spec.: Huvelin, *Études sur le « furtum » dans le très ancien droit romain, Les sources* (1915); Buckland, *D. 47.2 (« de furtis ») and the methods of the*

un animale subumano al suo detentore. Non rilevava che il derubato non fosse *dominus* della cosa sottratta: fin dal periodo arcaico si guardò solo al fatto che una *res mobilis*, indipendentemente dalla sua appartenenza al novero delle cose *in mancipio* o delle *res nec mancipi*, fosse asportata subdolamente dalla sfera di materiale disposizione del suo attuale detentore. Il costume sociale ed il *fas* delle origini riprovavano questo modo di agire e autorizzavano il derubato a difendersi e a riprendersi la cosa. Ciò, tuttavia, avveniva spesso in maniera smodata, perché la reazione poteva andare sino alla uccisione del *fur*, scoperto in flagrante, mentre la ricerca del ladro non flagrante, allo scopo di recuperare la refurtiva, implicava scontri violenti tra le *familiae*, a tutto discapito per la pace sociale.

96.3.1. Anche in ordine al *furtum* furono le XII tavole ad introdurre una prima ed approssimativa disciplina. Per ciò che concerneva

---

compilers, in *T.* 10 (1930) 117 ss.; Jolowicz, *Digest XLVII 2 « de furtis »* (1940); Olivecrona, *D. 47.2.21, Some question concerning « furtum »*, in *Three essays in roman law* (1949); Albanese, *La nozione del « furtum » fino a Nerazio*, in *AUPA*. 1953, e *La nozione del « furtum » da Nerazio a Marciano*, in *AUPA*. 1957; Niederländer, *Die Entwicklung des « furtum » und seine etymologischen Ableitungen*, in *ZSS*. 36 (1950) 489 ss.; von Lübtow, *Die Ersitzung gestholener Sachen nach dem Recht der XII Tafeln und der « lex Atinia »*, in *Fs. Schulz* I (1951) 263 ss.; Solazzi, *Sulla « lex Atinia de rebus subreptis »* (1953), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 477 ss.; Gaudemet, *À propos du « furtum » à l'époque classique*, in *Labeo* 7 (1961) 7 ss.; Thomas, *« Rei hereditariae furtum non fit »*, in *T.* 36 (1968) 489 ss., e *« Furtum » of documents* 1, in *RIDA*. 15 (1968) 429 ss., 2, in *Iura* 20 (1969) 301 ss.; Watson, *D. 47.2.52.20: the jackass, the mares and « furtum »*, in *St. Volterra* 2 (1971) 445 ss. Per le fonti v.: I. 4.1; D. 47.2 (*De furtis*); CI. 6.2.

96.3.1. In particolare sul *furtum manifestum* e *nec manifestum* v. Gai 3.184-185: *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur. Alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit, veluti si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur sit; aut, si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. Alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. Alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit: quae sententia non optinuit. Sed et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit. Quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus subreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant fures perferre. Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur: magis tamen plerique posteriorem probant. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus intellegitur: nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.* V. anche: XII tav. 8. 12, 13, 16; Cic. *Tull.* 20.47 e 21.50; Gell. *noct. Att.* 11.18.7, 8, 10, 11, 15; Ulp. D. 47.2.3.2; Paul. D. 47.2.4; Gai. D. 9.2.4.1. Per la letteratura cfr. partic.: Arangio-Ruiz, *La repression du vol flagrant et non flagrant dans l'ancien droit romain* (1932), ora in *Scr. dir. rom.* 2 (1974) 371 ss.; Berger, *Dig. IX.2.4.1 und das « endoplorato » der Zwölftafeln*, in *St. Albertoni* 1 (1934) 379 ss.; Wieacker, *« Endoplorare », Diebstahlsverfolgung und Geruft im altrömischen Recht*, in *Fs. Wenger* (1944) 129 ss.; Bohacek, *« Si se telo defendit »*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 147 ss.; Bonini, *D. 48.19.16 (Claudius Saturninus « de poenis paganorum »)*, in *RISG*. 93 (1961) 119 ss.; Solazzi, *Dispute romanistiche*, 1. - *Furto di*

il « *furtum manifestum* », cioè l'ipotesi del ladro colto sul fatto, esse stabilirono che il derubato potesse operare la *manus iniectio* nei riguardi del ladro e portarlo in vincoli davanti al magistrato giusdicente, affinché questi pronunziasse la *addictio* del *fur* a lui, con la conseguenza che egli aveva il diritto di operarne la « *venditio trans Tiberim* », se nessuno si offrisse di riscattarlo nel corso di tre mercati consecutivi. Solamente in due casi il derubato poteva addirittura spingere la sua reazione al punto di uccidere il ladro: quando il ladro si difendesse con le armi dal tentativo del derubato di mettergli le mani addosso (« *si se telo defendit* ») e quando il ladro fosse colto a rubare di notte (« *si nox faxit* »): in questo caso, tuttavia, il derubato doveva aver prima conclamato a gran voce il furto che si stava operando al fine di richiamare l'accorrere a testimonianza dei vicini (« *endoplorato* »). Se il *fur manifestus* risultava essere uno schiavo, era lecito ucciderlo mediante « *praecipitatio e saxo* », cioè rovesciamento dall'alto della rupe Tarpeia. Quanto all'ipotesi del « *furtum nec manifestum* », il derubato doveva *vocare in ius* il presunto ladro (o l'avente *potestas* su lui) ed affermare, mediante la *legis actio sacramenti in personam*, l'obbligo di lui 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 riconosciuto tale, era condannato alla prestazione del *duplum* del valore della cosa rubata.

96.3.2. Le XII tavole contemplarono anche due ipotesi aggravate di *furtum nec manifestum*, per le quali fu fissata la pena del *triplum*:

---

notte e desuetudine della legge (1932), ora in *Scr. dir. rom.* 3 (1960) 399 ss.; Thomas, *D. 47.2.21*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* 2 (1964) 607 ss.; Yaron, « *Si adorat furto* », in *T.* 34 (1966) 510 ss.; Balzarini, *Cic. Pro Tullio e l'editto di Lucullo*, in *St. Grosso* 1 (1968) 323 ss.; Watson, « *Si adorat furto* », in *Labeo* 21 (1975) 193 ss.

96.3.2. Sulle ipotesi aggravate di « *furtum nec manifestum* » v. Gai 3.186-187: *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est. Nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit: vel utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dederit conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblati.* V. anche Gell. *noct. Att.* 11.18.12. Per la letteratura cfr. partic.: Wieacker, « *Endoplorare* » cit.; Tomulescu, *Die Rolle der « actio furti concepti » in F. De Visscher Anschauung*, in *RIDA.* 15 (1968) 445 ss.; Wolf (J. G.), « *Lanx* » *und* « *licium* », *Das Ritual der Haussuchung im altrömischen Recht*, in *Symp. Wieacker* (1970) 59 ss. — I tentativi di spiegare la *perquisitio lance licioque* sono innumerevoli (v. Gai 3.192-193: *Quid sit linteum* [o *licium*] *quaesitum est. Sed verius est consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur. Qua res* [*lex*] *tota ridicula est* [*rell.*]), ma sono destinati a fallire per mancanza di dati sicuri: cfr. Sofo, « *Partes necessariae* », in *Index* 2 (1971) 433 s. [= Guarino, *Ineptiae iuris Romani II.3*, in *A. Pontan.* 1973].

il *furtum conceptum* e il *furtum oblatum*. « *Furtum conceptum* » si aveva quando il derubato, avendo eseguito una perquisizione in casa dell'indiziato (la cd. « *perquisitio lance licioque* »), fosse riuscito a reperirvi la *res furtiva*: l'indiziato non era condannato, in tale ipotesi, perché ladro, ma sopra tutto perché ricettatore dell'oggetto rubato. « *Furtum oblatum* » si aveva quando il reo di *furtum conceptum* riuscisse a dimostrare che la *res furtiva* gli era stata offerta, per nasconderla in casa, da altri, cioè dal presumibile ladro: era su questi che il ricettatore si rifaceva del *triplum* prestato al derubato in sede di condanna nell'*actio furti concepti*. Un sistema di responsabilità, come si vede, piuttosto rudimentale che era messo in moto dalla perquisizione del derubato: perquisizione alla quale l'indiziato non poteva rifiutarsi, purché fosse eseguita dal derubato con certe modalità rituali di non chiaro significato, cioè rivestendosi di un succinto perizoma (« *licium* ») e portando in mano un piatto di bronzo (« *lanx* »).

96.3.3. In età preclassica, questo complesso sistema di repressione del *furtum* fu riordinato e mitigato in vari sensi. Restò 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* decadde e fu abolito il sistema dell'*addictio* al derubato e fu introdotta dal *ius honorarium* un'*actio furti* (dichiarativa) *in quadruplum*. Per gli altri casi rimase l'*actio furti in duplum* o *in triplum*, come già disposto dalle XII tavole, ma venne meno la vetusta *perquisitio lance licioque*: se il derubato voleva perquisire la casa del presunto ricettatore, questi poteva rifiutarsi, e comunque non era tenuto a restituirgli la *res furtiva*. Appunto perciò il *ius honorarium* formulò due altre ipotesi di furto aggravato, che parificò addirittura al *furtum manifestum* (concedendo, pertanto, azioni *in quadruplum* al derubato): il « *furtum prohibitum* », che si verificava nel caso in cui l'indiziato di furto si fosse rifiutato di subire la perquisizione; il « *furtum non exhibitum* », che si verificava nel caso in cui il ricettatore non esibisse in tribunale le cose reperite in casa sua.

96.3.4. Il sistema repressivo preclassico rimase formalmente stabile nelle epoche successive. Ma, caduta in desuetudine la pratica della

---

96.3.3. Sul regime pretorio del *furtum* v. Gai 3.188-194. Per le clausole edittali, nei limiti in cui è possibile ricostruirle: Lenel, *EP*.[3] § 128 ss. (tit. 23: *de furtis*). — Sulla repressione classica *extra ordinem* cfr.: Balzarini, *In tema di repressione « extra ordinem » del furto nel diritto classico*, in *BIDR*. 72 (1969) 203 ss.

96.3.4. Sul regime giustinianeo v. I. 4.1.3-6, spec. I. 4.1.4: *Conceptum*

perquisizione, caddero progressivamente in desuetudine i quattro casi di furto aggravato ad essa connessi. In diritto giustinianeo le azioni di furto si erano ridotte, pertanto, a quella *furti manifesti* e a quella *furti nec manifesti*.

96.3.5. L'*actio furti* era riconosciuta non solamente al *dominus*, ma, più in generale, 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 che avessero concorso a commettere un unico *furtum* più *servi* appartenenti alla *familia* servile di uno stesso *dominus*, fu concesso al *dominus* di evitare la *noxae deditio* dei suoi dipendenti, offrendo al derubato di pagargli tanto quanto avrebbe dovuto pagare un unico *fur* di stato libero.

96.3.6. A prescindere dall'*actio furti* e dalla *rei vindicatio*, che eventualmente il derubato poteva esercitare contro il ladro, nel caso

---

furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit eaque apud te concepta sit, utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dederit conciperetur: nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur, oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quaerere testibus praesentibus volentem prohibuerit. Praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quaesitam et inventam non exhibuit. Sed haec actiones, id est concepti et oblati et furti prohibiti nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivae hodie secundum veterem observationem non fit, merito ex consequentia etiam praefatae actiones ab usu communi recesserunt, cum manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

96.3.5. Sull'*actio furti* cfr.: Schulz, *Die Aktivlegitimation zur « actio furti » im klassischen römischen Recht*, in *ZSS.* 32 (1911) 23 ss.; Buckland, *L'intérêt dans l'« actio furti » en droit classique*, in *RH.* 41 (1917) 5 ss.; Bossowski, *« De condictione ex causa furtiva »*, in *AUPA.* 1927; Donatuti, *Le « causae » delle « condictiones »*, in *SPR.* 1951; De Robertis, *La legittimazione attiva nell'« actio furti »*, in *AUBA.* 1950; Rosenthal, *« Custodia » und Aktivlegitimation zur « actio furti »*, in *ZSS.* 68 (1951) 217 ss.; Niederländer, *Die aussernoxale Haftung des Gewalthabers für Delikte der Gewaltunterworfenen im klassischen römischen Recht*, in *ZSS.* 69 (1952) 211 ss.; Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS.* 73 (1956) 68 ss.; Lemosse, *Les actions pénales de vol dans l'ancien droit civil romain*, in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 179 ss. — Il contenuto dell'editto *« si familia furtum fecisse dicetur »* si legge in Paul. D. 9.4.31: *Ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum, si liber fecisset, consequeretur.* Sul punto: Lenel, *EP.*[3] § 137. Un analogo editto prevedeva l'ipotesi *« si familia publicanorum furtum fecisse dicetur »*: Lenel, *EP.*[3] § 138.

96.3.6. Sulla *condictio ex causa furtiva* (*« condictio furtiva »*, nel linguaggio giustinianeo) v. Gai 4.4: *... Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur « si paret eos dare oportere », quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.* Cfr. spec.: Olde Kalter, *« Condictio ex causa furtiva » und « dominium »*, in *T.* 38 (1970) 107 ss.; Wolff (H. J.),

che egli fosse proprietario della cosa rubata, al derubato, quando fosse anche *dominus* della cosa rubata, era concessa anche una *actio rei persecutoria*, denominata « *condictio ex causa furtiva* » (o anche « *condictio furtiva* »), diretta ad affermare l'obbligo di restituire la cosa o il suo equivalente in danaro. Si ammise quest'*actio in personam* solo « *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.

96.4. La nozione di *furtum* vuole un discorso a sé. Essa 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 si individuassero distinti « *genera furtorum* », apparentati da alcune somiglianze fondamentali, ma differenziati da importanti elementi specifici. 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 *furtum* si concretasse, fondamentalmente, nella sottrazione di una cosa alla disponibilità di chi ne fosse il detentore, ed anzi più precisamente, in considerazione del caso normale, del *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: « *furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* ». Elementi costitutivi del *furtum* furono, dunque, considerati: la *contrectatio rei alienae*, il *dolus malus*, la effettività dell'atto illecito.

96.4.1. Per ciò che riguarda la « *contrectatio alienae rei* », cioè il contatto fraudolento con una cosa altrui, è da precisare che il caso

---

« *Condictio ob causam datorum* », « *furtum* », *Aquilische Haftung*, in *Fs. von Lübtow* (1970) 537 ss.; D'Ors, « *Dare servum in quaestionem* » *y* « *datio ex eventu* » *(Una reinterpretation de D. 12.4.15)*, in *Iura* 22 (1971) 138 ss.

96.4. Sulla nozione classica del *furtum*, letteratura *retro* nt. 96.3, a cui *adde* spec.: Watson, *The definition of* « *furtum* » *and the trichotomy*, in *T.* 28 (1960) 197 ss. — La definizione del *furtum* si legge in D. 47.2.1.3. — Quanto ai *genera furtorum*, v. Gai 3.183: *Furtorum autem genera Servius Sulpicius et Masurius Sabinus IIII esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum et nec manifestum: nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum; quod sane verius videtur, sicut inferius apparebit.*

96.4.1. Per la *contrectatio rei alienae* cfr. spec.: Buckland, « *Contrectatio* », in *LQR.* 57 (1941) 467 ss.; Schepses, *Über Heimlichkeit als Tatbestands-*

più comune fu costituito dalla « *amotio rei* », cioè dall'impossessamento della cosa, operato dal *fur* mediante sottrazione della cosa stessa alla disponibilità del suo attuale possessore. Tuttavia, si ritenne che sussistesse una *amotio rei* (anomala) anche in taluni casi di cd. « *furtum usus* », cioè di uso della cosa posseduta o detenuta *pro alieno*. Responsabili di *furtum* furono pertanto ritenuti: il *commodatarius* che usasse la cosa a lui comodata in modo diverso da quello contrattualmente fissato; il depositario che usasse la cosa ricevuta in custodia; il creditore pignoratizio che usasse la cosa ricevuta in *pignus*; più in generale, il detentore che si rifiutasse di restituire la cosa al *dominus*; e inoltre anche il proprietario di una cosa che, dopo averla vincolata a garanzia di un credito mediante *conventio pignoris*, la alienasse a terzi. 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.

96.4.2. Per ciò che riguarda il secondo elemento, quello del « *dolus malus* », questo era inteso come consapevolezza di compiere un atto

---

merkmal des « furtum », in *SDHI.* 4 (1938) 99 ss.; Thomas, *« Contrectatio », complicity and « furtum »*, in *Iura* 13 (1962) 70 ss.; Watson, *« Contrectatio » as an essential of « furtum »*, in *LQR.* 77 (1961) 526 ss., e *« Contrectatio » again*, in *SDHI.* 28 (1962) 331 ss. — Su particolari casi di *furtum usus* (Gai 3.196-197) cfr.: Watson, *D. 47.2.52.20* cit.; Molè, *Una 'vexata quaestio' in tema di furto*, in *St. Volterra* 3 (1971) 69 ss., con lett. — La nozione di furto ricomprendeva anche, eccezionalmente, la sottrazione di cosa propria all'altrui possesso (*furtum rei suae* o *« furtum possessionis »*). Cfr. Gai 3.200: *Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignori dedit, subtraxerit, vel si bonae fidei possessori rem meam possidenti subripuerim. Unde placuit, eum, qui servum suum quem alius bona fide possidebat, ad se reversum celaverit, furtum committere.* I confini tra queste ipotesi e quelle di *furtum usus* sono così vaghi, che riteniamo di poterle inquadrare nel paradigma del *furtum usus*. Cfr.: Thomas, *« Furtum pignoris »*, in *T.* 28 (1960) 197 ss.

96.4.2. Sul *dolus (malus)* v.: Gai 3.197: *Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra furti crimen videri: optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur* (= I. 4.1.7); Ulp. D. 47.2.50.2: *Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse.* Per la letteratura cfr. partic.: Huvelin, *L'« animus lucri faciendi » dans la théorie romaine du vol*, in *RH.* 42 (1918) 73 ss.; Albertario, *« Animus furandi »*, ora in *St.* 3 (1936) 11 ss.; Longo (G.), *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, in *St. De Francisci* 3 (1956) 249 ss.; Thomas, *« Animus furandi »*, in *Iura* 19 (1968) 1 ss.; Archi, *Asini e cavalle in un passo di Ulpiano*, in *Labeo* 19 (1973) 135 ss. (è il caso del *cogere asinum* altrui, naturalmente *invito domino*, a fungere da stallone con una propria cavalla). — L'Huvelin per primo formulò l'ipotesi che l'*animus lucri faciendi* non fosse per i classici un requisito generale del *furtum*, riscontrandolo

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 l'*amotio rei alienae invito domino*, un proprio vantaggio personale: l'essenzialità dell'*animus lucri faciendi* si ebbe soltanto in diritto postclassico.

96.4.3. Terzo requisito del delitto di *furtum* fu, infine, la « effettività dell'atto », vale a dire il concretarsi del *dolus malus* del *fur* in una realtà effettiva. In altri termini, non fu ammessa la possibilità del delitto putativo di furto.

96.5. La *rapina* (« *bona vi rapta* ») fu in sostanza 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 da un *edictum* emanato nel 76 a.C. dal *praetor peregrinus* Lucullo, che concesse una *actio poenalis in quadruplum* contro chi si rendesse autore di sottrazioni di cose altrui, e in particolari 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 impiegata violenza.

---

interpolato in: D. 47.2.1.2 (cfr. I. 4.1.1); D. 47.2.66 (65); D. 47.2.55 (54).1; D. 25.2.21.1 (per i testi genuini in argomento v.: Ulp. D. 47.2.43.4; Gai. D. 41.1.5.6; Gai D. 41.1.9.8; v. anche: Gell. *noct. Att.* 11.18-19; I. 2.1.16 [tutte le fonti si riferiscono al furto di *res iacentes*]). L'Albertario ritenne che i postclassici, sviluppando il concetto di dolo del ladro, giunsero a individuare nella situazione soggettiva del *fur* due elementi: l'*animus furandi* e l'*animus lucri faciendi* (ma a questa dimostrazione resistono i passi di Gai 2.50, 3.208 e 4.178, nonché PS. 2.31-35).

96.4.3. Sulla effettività dell'azione furtiva v. Gai 3.198: *Sed et si credat aliquis invito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quaesitum et probatum est, cum Titius servum meum sollicitaverit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, et servus id ad me pertulerit, ego, dum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti iudicio teneatur Titius mihi, an neutro. Responsum neutro eum teneri, furti ideo, quod non invito me res contrectarit, servi corrupti ideo, quod deterior servus factus non est.*

96.5. Sulla *rapina*, oltre alla bibliografia sul *furtum*, cfr.: Brasiello, sv. *Rapina* (*dir. rom.*), in *NNDI.*; Balzarini, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano* (1969); Vacca, *Ricerche sulla rapina nel diritto romano*, 1. - *L'editto di Lucullo e la « lex Plautia »*, in *SUC.* 1965-68; Ebert, *Die Geschichte des Edikts « de hominibus armatis coactisve »* (1968). Cfr. Lenel, *EP.*[3] § 187. V.: I. 4.2; D. 47.8; CI. 9.33. Il testo dell'editto è riportato in D. 47.8.2 pr.: « *Si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo. Item si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo* ». — Sul problema della repressione della violenza cfr.: Lintott, *Violence in republicane Rome* (1968); Labruna, *Les racines de l'idéologie répressive de la violence dans l'histoire du droit romain*, in *Index* 3 (1972) 525 ss.

96.5.1. 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 alla ripetizione del valore della cosa distratta.

96.5.2. 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.

96.5.3. 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 reipersecutoria*), 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.

96.5.1. Per l'*actio vi bonorum raptorum* v. Gai 3.209: *Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti. Quis enim magis alienam rem invito domino contrectat quam qui vi rapit? Itaque recte dictum est eum inprobum furem esse. Sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum, et est intra annum quadrupli actio, post annum simpli. Quae actio utilis est, etsi quis unam rem, licet minimam, repuerit.* Cfr.: Rouvier, *Remarques sur l'« actio vi bonorum raptorum »*, in *RH.* 41 (1963) 443 ss.; Metro, *L'esperibilità nei confronti dei « publicani » dell'« actio vi bonorum raptorum »*, in *Iura* 18 (1967) 108 ss.; Vacca, *Ricerche in tema di « actio vi bonorum raptorum »* (1971).

96.5.2. L'*actio* aveva carattere infamante: v. Gai 4.182, e Iul. D. 3.2.1 pr. — Per la soluzione giustinianea circa la natura dell'*actio* v. I. 4.2 pr.: ... *Quadruplum autem non totum poena est et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus: sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto sive non. Ridiculum est enim levioris esse condicionis eum qui vi rapit, quam qui clam amovet.*

96.5.3. Sul concorso con l'*actio furti* v. Paul. D. 47.8.1: *Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum et vi bonorum raptorum in quadruplum. Sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti: si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in ea est consequatur*; Paul D. 47.2.89(88): *Si quis egerit vi bonorum raptorum, etiam furti agere non potest: quod si furti elegerit in duplum agere, potest et vi bonorum raptorum agere sic, ut non excederet quadruplum.* Cfr.: Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen* 2 (1922) *passim*.

97. La responsabilità da « damnum iniuria datum ».

97.1. Il sistema romano della responsabilità primaria fece un progresso veramente notevole e decisivo, allorché, 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 pienamente compiuta nel diritto romano giustinianeo), che avrebbe portato gli ordinamenti giuridici moderni a ritenere che la « responsabilità civile » si verifica essenzialmente quando un soggetto ponga in essere un atto determinativo di un danno economico per un altro soggetto: donde l'obbligo del danneggiatore di risarcire il danneggiato per un importo equivalente al pregiudizio economico subìto.

97.2. La repressione del nuovo *delictum* fu introdotta, agli inizi del sec. III a.C., dalla *lex Aquilia de damno dato* (in

---

97.1. Sul *damnum iniuria datum* la letteratura è vastissima: la si v. in Albanese, sv. « *Damnum iniuria datum* », in *NND.*, e in Longo (G.), sv. « *Lex Aquilia de damno* », in *NNDI.* Cfr. soprattutto: Pernice, *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen* 2 (1867); von Thur, *Zur Schatzung des Schadens in der « lex Aquilia »* (1892); Monro, *Dig. 9.2 « ad legem Aquiliam »* (1898); Thayer, « *Lex Aquilia* », *Text, translation and commentary* (1929); Kunkel, *Exegetische Studien zur Aquilischen Haftung*, in *ZSS.* 49 (1929) 158 ss.; Albanese, *Studi sulla legge Aquilia*, in *AUPA.* 1950, e *Note aquiliane*, in *AUPA.* 1953; Daube, *On the use of the term « damnum »*, in *St. Solazzi* (1948) 93 ss., e *The defence of superior orders in Roman law* (1956); Gerke, *Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Anspruche aus der « lex Aquilia »*, in *SDHI.* 23 (1957) 61 ss.; Longo (G.), *Appunti esegetici e note critiche in tema di « lex Aquilia »*, in *AUMA.* 1958; Iliffe, *Thirty dais hath « lex Aquilia »*, in *RIDA.* 5 (1958) 493 ss.; Pringsheim, *The origin of the « lex Aquilia »*, in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959) 233 ss., e *Die Verletzung Freier und die « lex Aquilia »*, in *SDHI.* 28 (1962) 1 ss.; Kelly, *The meaning of the « lex Aquilia »*, in *LQR.* 80 (1964) 73 ss.; Thomas, *An Aquilian couplet*, in *St. Biondi* 2 (1965) 1 ss.; Schipani, *Responsabilità « ex lege Aquilia », Criteri di imputazione e problemi della « culpa »* (1969); Pugsley, « *Damni iniuria* », in *T.* 36 (1968) 371 ss.; von Lübtow, *Untersuchungen zur « lex Aquilia de damno dato »* (1971). Per le fonti v.: Gai 3.210-219; I. 4.3; D. 9.2 (*Ad legem Aquiliam*); CI. 3.35.

97.2. Per il *primum* dei *capita legis Aquiliae* v. Gai 3.210 e Gai. D. 9.2.2 pr.: *Lege Aquilia capite primo cavetur « [ut qui] <si quis> servum servamve alienum alienamve quadupedem [vel] <ve> pecudem <alienam> iniuria occiderit, quanti in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto »* (*rell.*). Per il *caput secundum*: Gai 3.215: *Capite secundo adversus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur.* Per il *caput tertium*: Gai 3.217 e Ulp. D. 9.2.27.5: *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos « si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res [erit] <fuit> in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto »*. Le correzioni sono state apportate sulla base di Gai 3.210 e 218: improbabile che il *caput tertium* rapportasse la condanna al valore della cosa nei trenta giorni successivi (anziché a quelli anteriori) all'azione di danneggiamento. Sui problemi dei tre *capita* in generale cfr.: Tomulescu, *Les trois chapitres de la « lex Aquilia »*, in *Iura* 21 (1970) 191 ss. — Sul *caput secundum*

realtà un *plebiscitum*), che dedicò al *damnum iniuria datum* due dei tre *capita*, in cui si divideva, e stabilì: nel *caput primum*, che chiunque avesse ucciso schiavi o animali da gregge (« *pecudes* ») di proprietà altrui, fosse tenuto a pagare al *dominus* (« *erus* ») degli schiavi o degli

---

e sul problema della sua congruenza con gli altri due *capita* cfr. partic.: Lévy-Bruhl, *Le deuxième chapitre de la loi Aquilia*, in *RIDA*. 5 (1958) 507 ss., il quale persuasivamente ipotizza che in origine l'azione dell'*adstipulator* non consistesse nella pura e semplice remissione dell'*obligatio*, ma consistesse nel riceversi l'effettivo adempimento dell'*obligatio* stessa (quindi, non solo nell'arrecare un pregiudizio economico allo *stipulator*, ma nel lucrare la prestazione: ragione di più per punirlo severamente, con possibilità di condanna *in duplum* in caso di *infitiatio*); Grosso, *La distinzione fra « res corporales » e « res incorporales » e il secondo capo della « lex Aquilia »*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* 2 (1964) 794 ss., il quale trova l'analogia tra il *caput primum* e il *caput secundum* nel fatto che l'*adstipulator* distrugge con la sua *acceptilatio* la *res incorporalis* costituita dall'*obligatio*, alla stessa guisa dunque di chi distrugge la *res corporalis* costituita da uno schiavo o da un quadrupede (ipotesi poco convincente: sia perché attribuisce ad epoca troppo risalente la concezione della *res incorporalis*, e sia perché Gaio, cioè l'autore che più chiaramente utilizza il concetto di *res incorporalis*, non ricorre affatto a questa spiegazione per giustificare il nesso tra *caput primum* e *caput secundum*). La congruenza tra i primi due *capita* della *lex Aquilia* non è da ricercare, a nostro avviso, nel concetto di danneggiamento (un concetto che si diffuse solo più tardi e sulla base dell'interpretazione del *caput tertium*), ma nel concetto molto più generico del pregiudizio economico arrecato da taluno a talaltro con alcune specifiche azioni, esattamente indicate dalla legge: l'uccisione dello schiavo, l'uccisione della *quadrupes pecus*, l'estinzione del credito. Quando, sulla base dell'interpretazione del *caput tertium*, emerse e si precisò la nozione giuridica del *damnum iniuria datum*, inevitabilmente il *caput secundum* fu considerato estraneo alla *lex de damno*. Di qui l'imbarazzato tentativo di spiegazione in Gai 3.216: *Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est. Sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret: nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.* — Sulla data della *lex Aquilia*: Biscardi, *Sulla data della « lex Aquilia »*, in *St. Giuffrè* 1 (1967) 75 ss., con ampio ragguaglio bibliografico. A nostro avviso, anche se l'argomentazione addotta dal Biscardi non è di per sé decisiva, è probabile che, giusta l'opinione condivisa da questo autore, la *lex Aquilia* (almeno nei primi due *capita*) fu anteriore alla istituzione del *praetor peregrinus* (242 a.C.): lo fa intendere Theoph. parI. 4.3.15, da cui si desume in modo abbastanza sicuro un collegamento tra il *plebiscitum Aquilium* e la *lex Hortensia de plebiscitis*, e lo conferma il *caput secundum* (la vera ragione, sfuggita a Gai 3.216, per cui fu irrogata la pena all'*adstipulator* fu che l'*actio mandati* ancora non era stata introdotta). — Il problema della data è connesso con quello (ancora poco approfondito) dell'eventuale formazione in tempi successivi della *lex Aquilia*. Cfr. sul punto: Daube, *On the thierd chapter of the « lex Aquilia »*, in *LQR*. 52 (1936) 253 ss. (che avanza la congettura di una sopravvenienza posteriore del *caput tertium*: congettura peraltro respinta nell'articolo cit. in *St. Solazzi*); Pringsheim, *The origin* cit. (che, limitando l'esame ai capitoli primo e terzo, vi scorge, con analisi troppo rigoristica, addirittura cinque strati successivi); Cardascia, *La portée primitive de la loi Aquilia*, in *Daube noster* (1974) 53 ss. A nostro parere, è più che probabile che il *caput tertium* sia stato apposto agli altri due, in modo da formare una sorta di « testo unico », in epoca o in epoche notevolmente posteriori: l'inserzione del *caput* sull'*adstipulator* tra gli altri due, relativi al danno *corpore corpori illatum*, sarebbe altrimenti inspiegabile. — Precedenti della *lex Aquilia* (cfr. Ulp. D. 9.2.1 pr.): l'*actio de pauperie* e l'*actio de pastu pecoris* (*retro* n. 95.3.2); l'*actio aquae pluviae arcendae* (*retro* n. 59.9); l'*actio de arboribus succisis* (XII tab. 8.1: Carrelli, *Plin. n. h. 18.3.12 e il delitto di danneggiamento alle messi*, in *AUBA*. 1939; v. anche *infra* n. 98.3). Sul punto: Kaser, *Das altrömische Ius* (1949) 219 ss.

animali il valore più alto di mercato raggiunto dall'oggetto nel corso dell'ultimo anno (« *quantum in eo anno plurimi fuit* »); nel *caput tertium*, che chiunque avesse compiuto danneggiamenti materiali di altro tipo o di minore entità (lesioni a schiavi o a *pecudes*, uccisione di animali non compresi nel novero delle *pecudes*, distruzione o deterioramento di cose inanimate) fosse tenuto a pagare al proprietario il più alto valore di mercato raggiunto dall'oggetto nel corso dei precedenti trenta giorni. Come si vede, la regola generale era piuttosto quella del *caput tertium*, che non quella del *caput primum*. Ma non era questa la sola singolarità di struttura del testo aquiliano, perché la legge Aquilia, nel *caput secundum*, intermedio tra i due ora riassunti, stabiliva qualcosa che non aveva nulla a che vedere col danneggiamento: e cioè che l'*adstipulator* fosse tenuto ad indennizzare il creditore principale quando avesse operato la *acceptilatio* del debito fraudolentemente, senza la sua autorizzazione e contro il suo interesse. Tutto ciò induce a sospettare che il testo della *lex Aquilia*, sia come noto ai giuristi classici, sia stato frutto di una stratificazione di *leges* precedenti.

97.2.1. L'azione spettante al danneggiato contro il danneggiatore (« *actio legis Aquiliae* ») era una azione penale e reipersecutoria ad un tempo. Se il danneggiatore riconosceva *in iure* di aver provocato il danno (cioè rispondeva affermativamente sull'« *an damnum dederit* »), l'azione (che in tal caso era qualificata « *confessoria* ») proseguiva *apud iudicem* esclusivamente allo scopo di determinare, secondo i criteri stabiliti dalla legge, il « *quantum* » da pagare. Se viceversa il danneggiatore negava caparbiamente *in iure* di essere l'autore del danno (e cioè compiva la cd. « *infitiatio* »), la fase *apud iudicem* serviva anzi tutto ad accertare l'« *an* »: dopo di che, risultando al giudice che il danno fosse stato prodotto proprio dal convenuto, quest'ultimo era condannato *in duplum* (« *actionem legis Aquiliae competere in simplum adversus confitentem, in duplum adversus infitiantem* »). Una evoluzione non chiaramente ricostruibile, ma comunque apprezzabile,

---

97.2.1. Sulla *infitiatio* v. Ulp. D. 9.2.23.10. Cfr.: Pugsley, *Causation and confessions in the « lex Aquilia »*, in *T.* 38 (1970) 163 ss. — Quanto alla valutazione del danno, v. Ulp. D. 9.2.21.2, D. 9.2.23 e Gai 3.212: *Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur; sed sane si servo occiso plus dominus capiat damni quam pretium servi sit id quoque aestimatur, veluti si servus meus ab aliquo heres institutus, antequam iussu meo hereditatem cerneret, occisus fuerit: non enim tantum ipsius pretium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas. Item si ex gemellis vel ex comoedis vel ex symphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quo ceteri qui supersunt depretiati sunt. Idem iuris est etiam si ex pari mularum unam vel etiam ex quadrigis equorum unum occiderit.*

portò la giurisprudenza classica ad identificare la *summa condemnationis* col « *quantum actoris pluris interfuit* » (o col *duplum* di esso) nell'anno (o, rispettivamente, nel mese) precedente il danneggiamento in relazione all'oggetto distrutto o danneggiato.

97.2.2. 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 postclassica) furono accordate « *actiones (in factum) ad exemplum legis Aquiliae* » anche a persone diverse dal *dominus*, che detenessero l'oggetto a nome suo (l'usufruttuario, l'usuario, il locatario, il comodatario), nonché 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 beni di pertinenza dei suoi sottoposti liberi.

97.3. Requisiti del delitto di danneggiamento furono: il *damnum*, la *iniuria* e la *culpa*.

97.3.1. Il « *damnum legis Aquiliae* » era, stando al testo della legge, soltanto quello materiale: « *damnum corpore corpori illatum* ».

97.2.2. Sulla legittimazione attiva all'*actio legis Aquilae* cfr. spec.: De Medio, *La legittimazione attiva nell'« actio legis Aquilae »*, in *St. Scialoja* (1905) 27 ss.; Carrelli, *La legittimazione attiva nell'« actio legis Aquiliae »*, in *RISG*. 9 (1934) 356 ss.; Wolf, *D. 20.1.27 Marc. 5 dig. Zur Aktivlegitimation des Pfandgläubigers für die « actio legis Aquiliae »* in *ZSS*. 76 (1959) 520 ss. — Sulle estensioni classiche del danno aquiliano cfr. spec.: Macqueron, *Le rôle de la jurisprudence dans la creation des actions en extension de la loi Aquilia*, in *Ann. Fac. Aix-en-Provence* 1950; Dias, *Obscurities in the development of « damnum »*, in *AI*. 1958; Wesener, *« Actiones ad exemplum »*, in *ZSS*. 75 (1958) 220 ss.; Watson, *D. 7.1.13.2 (Ulp. 18 ad Sab.): the « lex Aquilia » and decretal actions*, in *Iura* 17 (1966) 174 ss.; Mac Cormack,, *« Celsus quaerit »: D. 9.2.27.14*, in *RIDA*. 20 (1973) 341 ss.; Barton, *The « lex Aquilia » and decretal actions*, in *Daube noster* (1974) 15 ss. V. anche *retro* nt. 17.8.3.

97.3. In ordine al problema del c.d. nesso di causalità tra comportamento ed evento v. *infra* n. 97.3.3.

97.3.1. Sui danni non corporali v. Gai 3.219: *Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur: veluti si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur; item si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo aut descendendo ceciderit et aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit. Item contra si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen proiecerit et is soffocatus fuerit, hunc quoque corpore suo damnum dedisse eo quod proiecerit non difficiliter intellegi potest*; Ulp. D. 9.2.9 pr. e 1: *Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam. Quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit. Si quis per vim vel suasum medicamentum alicui infudit vel ore vel clystere vel si eum unxit malo veneno, lege Aquilia eum teneri, quemadmodum obstetrix supponens tenetur.* Sul tema, in particolare, cfr.: Schindler, *Ein*

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 esempio, 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 giustinianeo l'*actio legis Aquiliae* si estendeva, come « *in factum generalis actio* », a qualunque tipo di danno patrimoniale.

97.3.2. 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.

97.3.3. La « *culpa* » era intesa come responsabilità personale e volontaria (anche se non dolosa) dell'evento dannoso. Si escluse, cioè, la *culpa* nel caso di *vis maior* o di *casus fortuitus*, nonché 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

---

Streit zwischen Julian und Celsus, in *ZSS*. 74 (1957) 201 ss.; De Robertis, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustinianeo*, in *AUBA*. 1963-66.

97.3.2. Sull'*iniuria* v. D. 9.2.5.1 (= Coll. 7.3.4): *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est. Hoc est contra ius (rell.)*. Alla giurisprudenza, anche classica, non fu peraltro chiara la distinzione fra l'antigiuridicità (« *iniuria* ») e l'elemento subiettivo del danneggiamento (cd. « *culpa* »): cfr. Gai 3.211: *Is iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*. Sul tema, in particolare, cfr. Perrin, *Le caractère subjectif de l'« iniuria » aquilienne à l'époque classique*, in *St. De Francisci* 4 (1956) 263 ss.

97.3.3. Sulla *culpa* v. ad es., Ulp. D. 9.2.7.4: *Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. Plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat*. Sul tema, in particolare, cfr.: Beinart, « *Culpa in omittendo* » (1940), e *The relationship of « iniuria » and « culpa » in the « lex Aquilia »*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 279 ss.; Lawson, *Neglicence in civil law* (1950); Cohen, *The principle of causation in the jewish and the Roman law of damage*, in *St. De Francisci* 1 (1956) 303 ss.; Price, *The problem of causation in the aquilian action*, in *AI*. 1958; Mac Cormack, « *Culpa in eligendo* », in *RIDA*. 18 (1971) 525 ss., e *Aquilian « culpa »*, in *Daube noster* (1974) 201 ss.; Selb, *Kausalität in der dogmengeschichtlichen Betrachtung*, in *Fs. Herdlitczka* (1972) 215 ss. — Il principio « *in lege Aquilia et levissima culpa venit* » si legge in Ulp. D. 9.2.44 pr.: v. *infra* nt. 99.5.3.

forte il suo competitore). Collegata al concetto di *culpa* fu la « 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. La tendenza della *lex Aquilia* e della giurisprudenza preclassica e classica nella valutazione della *culpa* del danneggiatore fu molto rigoristica: di norma il danneggiatore fu reputato responsabile anche se il danno fosse dipeso (purché sicuramente) da una sua minima negligenza o imperizia. Il diritto postclassico-giustinianeo, pur ribadendo in astratto questa tendenza (« *in lege Aquilia et levissima culpa venit* »), mostrò in concreto, nella disamina dei casi singoli, una certa inclinazione ad assolvere il danneggiatore quando non fosse vistosamente colpevole dell'evento di danno.

98. Le altre obbligazioni di responsabilità primaria.

98.1. A prescindere dai quattro *delicta* dianzi illustrati e dalle obbligazioni relative, le altre obbligazioni di responsabilità primaria del *ius privatum* romano derivarono dalle cause che passeremo subito ad enumerare. Dall'elenco escluderemo il *dolus malus* e il *metus*, avendone già parlato in tema di atti di autonomia.

98.2. Illeciti affini all'*iniuria*, identificati dal *ius honorarium*, furono svariate manifestazioni di « *contumelia* », cioè di sprezzo

---

98.1. Sul *dolus malus* v. *retro* n. 32.5 ss. — Sul *metus* v. *retro* n. 32.6.

98.2. Sulle ipotesi affini all'*iniuria* (che meglio potrebbero definirsi come ipotesi di *iniuria* qualificata) cfr.: Lenel, *EP.*[3] § 191 (« *convicium* »), 192 (« *adtemptata pudicitia* »), 193 (« *infamatio* »). — Per le estensioni giurisprudenziali, v., ad es., Ulp. D. 47.10.1.1-3: *Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re quotiens manus inferuntur; verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit: omnemque iniuriam aut in corpus inferri, aut ad dignitatem, aut ad infamiam pertinere: in corpus fit cum quis pulsatur; ad dignitatem, cum comes matronae abducitur; ad infamiam, cum pudicitia adtemptatur. Item aut per semet ipsum alicui fit inuria aut per alias personas. Per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum er consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.* — Particolarmente grave e ampia l'ipotesi dell'*infamatio*, sulla quale cfr. Daube, « *Ne quid infamandi causa fiat* », in *ACIV.* 3 (1953) 333 ss. Una delle ipotesi più note è quella del « *libellus famosus* », cioè della diffusione di uno scritto diffamatorio (cfr. Paul. in Coll. 2.6.5). — L'ipotesi dell'*adtemptata pudicitia* era attenuata se perpetrata in persona di una donna « *ancillari veste vestita* » (fosse o non fosse una schiava) o di una donna in abiti da

o di non adeguato rispetto verso altri soggetti giuridici, concretantisi in azioni fisicamente non violente. Così: l'« *adtemptata pudicitia* », vale a dire il tentativo di corruzione dei costumi di una *mater familias* o di un *pater familias* impubere (« *praetextatus* »), come nel caso del « *comitem abducere* », del distogliere dal suo compito l'accompagnatore di tali persone, dell'« *appellare* » sconvenientemente le stesse per istrada, dell'« *adsectari* », cioè dell'inseguirle fastidiosamente; il « *convicium* », l'organizzazione o la istigazione alla organizzazione di chiassate derisorie e sconvenienti alle spalle di un soggetto giuridico o dei suoi sottoposti; l'« *infamatio* », cioé la diffamazione di una persona assente, o la diffusione sul conto di altri di notizie tali da infamarli. Ancora più oltre andò, nella estensione delle ipotesi di *iniuria*, la giurisprudenza classica, sino al punto da far coincidere il concetto di *iniuria* con quello di « *contumelia* », di trattamento ignominioso.

98.3. Talune ipotesi di *furtum* dettero luogo ad *actiones* speciali. Tali: l'« *actio rerum amotarum* », l'« *actio rationibus distrahendis* », l'« *actio de tigno iuncto* »: azioni delle quali abbiamo già parlato. Inoltre: 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*.

98.4. Talune ipotesi di *rapina* dettero luogo anch'esse ad azioni speciali. Tali: l'azione *in quadruplum* contro gli autori di un saccheggio di beni commesso in occasione di incendio, naufragio e

---

meretrice (cfr. Ulp. D. 47.10.15.15). Sul tema: Raber, *Frauentracht und « iniuria » durch « appellare »*, in *St. Volterra* 3 (1969) 633 ss. Ma l'ipotesi della matrona in abito da meretrice non è classica: Guarino, *Le matrone e i pappagalli*, in *A. Pontan.* 1971.

98.3. Sull'*actio rerum amotarum* v. *retro* n. 50.2.5. — Sull'*actio rationibus distrahendis* v. *retro* n. 53.7.2. — Sull'*actio de tigno iuncto* v. *retro* n. 58.5.3. — Sull'*actio furti adversus nautas caupones stabularios* cfr.: Messina Vitrano, *Note intorno alle azioni « in factum » di danno e di furto contro il « caupo » e lo « stabularius »* (1909); Lenel, *EP.*[3] § 136; da ultimo, De Robertis, *« Receptum nautarum », Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il « caupo » e lo « stabularius »*, in *AUBA*, 1962. — Sull'*actio arborum furtim caesarum* cfr.: Albanese, *« Actio servi corrupti » e « actio arborum furtim caesarum »*, in *Labeo* 5 (1959) 325 ss.; Lenel, *EP.*[3] § 139. V. anche *retro* nt. 16.1.1.

98.4. L'editto *« de incendio ruina naufragio rate nave expugnata »* è ricostruito da Lenel, *EP.*[3] § 189. — L'editto *« de turba »* è ricostruito ivi § 188.

cataclismi vari; l'azione *in duplum* contro coloro che avessero approfittato della calca (« *turba* ») per derubare o danneggiare qualcuno.

98.5. 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 postclassico. 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*, 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.

98.6. Il *positum vel 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'*habitator* era esercitabile un'azione popolare tendente alla condanna pecuniaria fissa di 10.000 sesterzi. La responsabilità era

---

98.5. Sull'*effusum vel deiectum* cfr.: Stein, *The « actio de effusis et deiectis » and the concept of quasi-delict*, in *LQR*. 25 (1955) 1 ss.; Casavola, *Studi sulle azioni popolari* cit. 149 ss.; Provera, sv. « *Actio de effusis et deiectis* », in *NNDI*.; Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht* (1972). Per le fonti v.: I. 4.5.1. Cfr. Lenel, *EP*.[3] § 61, che utilizza Ulp. 9.3.23.1: « *De his qui deiecerint vel effuderint. Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consisteretur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, sestertium quinquaginta milium nummorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam 'aut noxam debere'* ».

98.6. Sul *positum vel suspensum* cfr. Lenel, *EP*.[3] § 62 (da Ulp. D. 9.3.5.6): « *Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit in eum sestertiorum decem milium nummorum in factum iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo* ». V. anche Gai, D. 44.7.5.5: *Is quoque, ex cuius cenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum.* Per la letteratura cfr.: Watson, *Liability in the « actio de positis et suspensis »*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 379 ss.; Wittmann, *Die Körperverletzung* cit.

oggettiva per i classici, mentre fu limitata all'ipotesi di *culpa* dai giustinianei.

98.7. 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'azione *in id quod aequum iudici videbitur.*

98.8. Il *falsum modum dicere* era l'azione delittuosa dell'agrimensore che, incaricato da due parti in controversia di determinare i confini tra i loro fondi, avesse dolosamente operato false misurazioni ed attribuzioni. Contro l'agrimensore era data un'*actio in id quod (actoris) interfuit*, cioè nel *quantum* di danno subìto da chi avesse interesse « *falsum modum renuntiatum non esse* ».

98.9. La *corruptio servi* consisteva nel fatto di chi avesse favorito la fuga di uno schiavo, o avesse esercitato sullo schiavo pressioni psicologiche tali da corromperne le disposizioni naturali dell'animo. Contro l'autore del fatto spettava al *dominus* l'« *actio servi corrupti* » *in duplum*, cioè relativa al doppio del danno provocato. In diritto giustinianeo era concessa un'*actio utilis servi corrupti* anche all'usufruttuario del *servus*, ed un'altra *actio utilis* era concessa anche al padre in caso di corruzione del figlio.

98.10. Il *sepulchrum violatum* era l'azione di chi « *sepulchrum alienum effregerit vel aperuerit, mortuum suum alienumve*

98.7. Sul *litem suam facere* v. Ulp. D. 5.1.15.1: *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.* Sul tema cfr.: Bartoli, *Du iuge « qui litem suam facit »* (1910); Dauviller, « *Iniuria iudicis* », in *Rec. Acad. Toulouse* 1937; Hubner, *Zur Haftung des « iudex qui litem suam fecit »*, in *Iura* 5 (1954) 200 ss. Cfr. anche Lenel, *EP.*[3] § 59.

98.8. Sul *falsum modum dicere* cfr.: Albertario, *Note critiche sul titolo del Digesto 11.6 « Si mensor falsum modum dixerit »*, ora in *St.* 6 (1953) 1 ss. Cfr. anche Lenel, *EP.*[3] § 89.

98.9. Sulla *corruptio servi* cfr.: Schiller, *Trade secrets and the Roman law: the « actio servi corrupti »* (1929-30), ora in *An Amer. exp. in Rom. law* (1971) 1 ss.; Albanese, « *Actio servi corrupti* », in *AUPA*, 1959, e « *Actio servi corrupti* » *e « actio arborum furtim caesarum » fra condomini*, in *Labeo* 5 (1959) 325 ss.; Longo (G.), *D. 11.3*, in *BIDR.* 64 (1961) 199 ss.; Provera, sv. « *Actio de servo corrupto* », in *NNDI.* Per l'editto cfr. Lenel, *EP.*[3] § 63 (da Ulp. D. 11.3.1 pr. e 5.3): « *Qui servum servam alienum alienam recepisse persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum quanti ea res erit in duplum iudicium dabo. Si servus servave fecisse dicetur (iudicium cum noxae deditione redditur)* ».

98.10. Sul *sepulchrum violatum* cfr.: Morel, *Le « sepulchrum violatum »* (1928). Il De Visscher, in una serie di studi (cfr., fra gli altri *Les peines sépulcrales*, in *Fs. Lewald* [1953] 175 ss., e *Le droit des tombeaux romaines* [1963]), ha ricostruito anche il sistema penale complementare dell'*actio sepulchri violati.* Cfr.: Lenel, *EP.*[3] § 91-93. Per le fonti v.: D. 47.12; CI. 9.19.

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 100.000 sesterzi.

98.11. L'appropriazione di cose dei contribuenti, operata con violenza o comunque illecitamente dall'appaltatore di imposte (*publicanus*) o dalla sua *familia*, cioè dalla sua organizzazione esattoriale, dava luogo ad un'azione *in duplum* annale, che dopo l'anno si riduceva ad essere *in simplum*, a favore della vittima del sopruso.

99. Le « obligationes » di responsabilità secondaria.

99.1. L'inadempimento di un'*obligatio* da parte del soggetto passivo determinava, in linea di principio, il sorgere a

---

98.11. Sugli illeciti civilistici dei *publicani* cfr.: Solazzi, *L'editto « de publicanis » in D. 39.4.1 pr.* (1953), ora in *Scr. dir. rom.* 5 (1972) 404 ss. Cfr. Lenel, *EP.*[3] § 183-184.

99.1. Sull'inadempimento dell'*obligatio* e sulla cd. responsabilità contrattuale cfr.: Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*[2] (1935, rist. 1958), con bibliografia precedente; Luzzato, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, 1. - *La responsabilità per custodia* (1938); Pflüger, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in *ZSS.* 65 (1947) 121 ss.; Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI.* 20 (1954) 127 ss.; Betti, « *Periculum* », *Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *St. De Francisci* 1 (1956) 131 ss.; Luzzatto, *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR.* 63 (1960) 47 ss.; Betti, *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitigverpflichtenden Verträgen*, in *ZSS.* 82 (1965) 1 ss.; De Robertis, *I problemi della responsabilità contrattuale nelle Istituzioni di Gaio e le lacune del manoscritto veronese*, in *St. Biondi* 1 (1965) 103 ss.; Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano* 1 (1966), e *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico* (corso 1969); Masi, sv. *Inadempimento* (*prem. stor.*), in *ED.*, con altra bibliografia. V. anche *infra* nt. 99.5. Per verità, malgrado la fiorente letteratura, una trattazione della responsabilità per inadempimento in diritto romano rimane ancora da scrivere. — Per mettere in evidenza la responsabilità secondaria del debitore nell'ipotesi di inadempimento a lui imputabile, i giuristi romani ricorrevano al concetto della cd. *perpetuatio obligationis*, che solo apparentemente contrasta con il sorgere del rapporto di responsabilità secondaria. Affermando che « *quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem* » (cfr. D. 45.1.91.3), essi non volevano dire ovviamente che l'*obligatio* primaria non fosse estinta, ma volevano sottolineare che, pur non essendo eventualmente più possibile (o di interesse del creditore) l'adempimento, il debitore era egualmente tenuto verso il creditore, sebbene a titolo di responsabilità secondaria, cioè di rivalsa: *Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret: ideoque promissor aestimatione eius punitur, maxime si in dolum quoque eius concepta fuerit stipulatio* (PS. 5.7.4). Sul punto: Gradenwitz, « *Quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem* »,

carico di costui (o di altri eventualmente tenuti in questa ipotesi per lui) di un'obbligazione di responsabilità secondaria, avente ad oggetto la rivalsa del *creditor* per la non ottenuta *satisfactio*. Ma ovviamente sarebbe stato assurdo che questa regola astratta trovasse puntuale e immancabile applicazione in tutti i casi di inadempimento. Sin dai più antichi tempi, dunque, il *ius privatum* individuò una serie di ipotesi, in ordine alle quali non parve giusto addossare («imputare») al debitore o ad altri per lui la responsabilità per l'inadempimento: ipotesi che, in altri termini, comportavano per il creditore la impossibilità di lamentarsi e di rivalersi con chicchessia per la mancata *satisfactio*. Guardando perciò alla posizione del debitore (o di chi per lui obbligato), bisogna distinguere, con riguardo al *ius privatum* romano, tra: ipotesi di « inadempimento non imputabile al debitore », le cui conseguenze erano sofferte dal creditore; ed ipotesi di « inadempimento imputabile al debitore », che erano le sole a determinare una obbligazione di responsabilità secondaria, talora « diretta » (a carico del debitore) e talaltra, eccezionalmente, « indiretta » (a carico di altri soggetti in luogo del debitore).

99.1.1. Quanto ai « criteri » di esclusione o di imputazione della responsabilità, essi furono diversi nelle varie epoche, e furono resi ancora più vari (e variabili) dal fatto che mai (salvo, in parte, nel diritto giustinianeo) il problema della responsabilità per inadempimento fu regolato, o per lo meno dottrinalmente considerato, da un punto di vista unitario e con chiara distinzione tra l'obbligazione primaria

---

in *ZSS.* 34 (1913) 255 ss.; Mayer-Maly, « *Perpetuatio obligationis* », in *Iura* 7 (1956) 6 ss.

99.1.1. L'orientamento arcaico in materia di responsabilità per inadempimento fu, probabilmente, il più rigido di tutti: nel senso cioè che difficilmente l'*obligatus* era ammesso a scagionarsi per il mancato adempimento. Ma non è da escludere che sin dall'età arcaica sia stato riconosciuto carattere esimente a qualche ipotesi di *casus fortuitus* e, soprattutto, di *vis maior*. — Nelle età successive fu sempre più largamente avvertita la necessità di discostarsi dal semplicismo (e dal conseguente rigorismo) dell'impostazione arcaica. Ma (ecco il punto) l'impostazione arcaica non fu mai rovesciata: mai cioè al principio « chi non adempie è responsabile » fu sostituito un principio generale diverso. La conseguenza fu che: in diritto preclassico e classico, il principio arcaico subì limitazioni ed eccezioni di volta in volta affermate in relazione a singole ipotesi tipiche di inadempimento ed a singole fattispecie tipiche di *obligatio* (oltre che a singole disposizioni normative e, soprattutto, a singole inclinazioni e valutazioni di giuristi); in età postclassico-giustinianea, da un lato si mirò consapevolmente alla formulazione di regole generali e astratte circa il trattamento delle inadempienze, ma dall'altro lato non si seppe abbandonare il frammentarismo nel trattamento concreto delle fattispecie (ché anzi questo frammentarismo, in certo senso, si accrebbe per effetto della tendenza decadente, favorita dalla *cognitio extra ordinem*, a commisurare le soluzioni ad elementi addirittura connessi con i casi pratici individualmente esaminati).

(insoddisfatta) e la conseguente obbligazione di responsabilità. Perciò, prescindendo dall'età arcaica, in ordine alla quale si potrebbero fare solo ipotesi arbitrarie, la ricostruzione storica del sistema romano preclassico, classico, postclassico non è in grado di mirare alla individuazione di precisi « regimi », ma può solo disegnare, con molta approssimazione, taluni « orientamenti » di massima.

99.2. Relativamente all'inadempimento inimputabile, l'orientamento di tutti i periodi storicamente ricostruibili, fu, almeno *in apicibus*, costante. Si ritenne non imputabile al debitore: in primo luogo, l'inadempimento determinato, col suo comportamento volontario, proprio dal creditore; in secondo luogo l'inadempimento dipeso da circostanze estranee alla volontà del debitore e da lui non dominabili o non agevolmente dominabili. In questo secondo e vasto ordine di ipotesi, si parlò dai giuristi, con terminologia assai variabile, di « *casus* », di « *casus fortuitus* », di « *vis cui resisti non potest* », di « *vis maior* », di « *damnum fatale* », oppure anche, con riferimenti ancora più specifici, di « *vis piratarum* », di « *incursio latronum* », di « *tempestas* » e via dicendo. Solo in diritto giustinianeo si fece strada la tendenza ad individuare, in argomento, due categorie generali: quella del « *casus fortuitus* », cioè di un avvenimento impeditivo dell'adempimento verificatosi al di fuori delle possibilità di previsione, e quindi di tempestiva reazione, del debitore; e quella della « *vis maior* », cioè di un avvenimento impeditivo, sia pur prevedibile e previsto, ma irresistibile dalle forze umane, e in particolare da quelle del debitore.

99.3. La identificazione dell'inadempimento inimputabile con quello non attribuibile a *factum debitoris* portò, di conseguenza, la

---

99.2. Sull'inadempimento inimputabile cfr. spec.: De Medio, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in *BIDR*. 20 (1908) 157 ss.; Schulz, *Rechtsvergleichende Forschungen über die Zufallshaftung*, in *Z. Vergl. Rechtsw.* 1910-12; Medicus, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, in *ZSS*. 86 (1969) 67 ss. Per i tentativi di identificazione e discriminazione tra « *casus fortuitus* » e « *vis maior* » cfr. particolarmente: Sargenti, *Problemi* cit.

99.3. Quanto all'inadempimento imputabile, il maggior rigore che si riscontra nel diritto preclassico e classico rispetto al diritto postclassico in parte dipese dalla relativa vicinanza alle rudimentali e semplicistiche posizioni dell'età arcaica, ma in parte derivò 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 al *creditor*, che non un debitore del diritto giustinianeo e dei diritti moderni, la giurisprudenza preclassica e classica era indotta ad un trattamento di rigore nei confronti dell'*obligatus* dalla 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 individua-

regola che l'inadempimento imputabile al debitore fosse quello dipendente dal suo comportamento: il che si espresse dicendo che il debitore è responsabile per l'inadempimento tutte le volte in cui risulti « *per eum stare quo minus praestet* ». Ma questo principio rigoroso subì, nei vari periodi, temperamenti diversi, in virtù di una sempre più attenta considerazione del modo e del grado di partecipazione della volontà del debitore al fatto materiale dell'inadempimento. I poli estremi tra i quali il *ius privatum* oscillò furono: da un lato, il concetto della « responsabilità obbiettiva », in forza del quale il debitore doveva essere ritenuto responsabile per il solo fatto obbiettivo dell'inadempimento non giustificato da cause estranee; dall'altro, il concetto della « responsabilità subbiettiva » (o della « colpevolezza »), in forza del quale il debitore doveva essere ritenuto responsabile dell'inadempimento solo quando questo fosse dipeso dalla volontarietà del suo comportamento, e fosse quindi a lui subbiettivamente addebitabile. D'altra parte, una volta ammesso che la imputabilità potesse dipendere in certi casi solo da una responsabilità subbiettiva, inevitabilmente si profilò il nuovo problema della individuazione della causa di questa responsabilità: se come semplice determinazione volontaria del fatto causativo dell'inadempimento (« colpa » in senso stretto), o se come determinazione volontaria anche dell'evento dell'inadempimento (« dolo »).

99.4. Relativamente all'inadempimento imputabile, l'orientamento classico può essere assai difficilmente distinto da quello preclassico. In più va avvertito che non è affatto facile operare un taglio netto dall'orientamento postclassico: non solo per difficoltà dell'indagine, ma anche per l'innegabile presenza, sopra tutto nel tardo diritto classico, di fermenti evolutivi che anticiparono le posizioni

---

listiche soprattutto orientali, il lassismo caratteristico della decadenza giuridica cooperarono ad un rovesciamento (d'altronde, in gran parte positivo e apprezzabile) delle visuali precedenti. V. D. 12.1.5: *Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit animadverti debebit non solum in potestate tua fuerit id necne aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit necne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere*; D. 45.1.23: *Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.* — Sul *favor debitoris* v. anche *retro* n. 29.4.2. — Sui problemi della responsabilità subbiettiva e obbiettiva cfr. spec.: Mac Cormack, « *Culpa* », in *SDHI.* 38 (1972) 123 ss.; Margadant, *La responsabilidad objetiva en el derecho romano*, in *Juridica* 6 (1974) 261 ss.

99.4. Sugli orientamenti classici in tema di responsabilità per inadempimento, oltre alla bibliografia già citata cfr.: Marton, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile* cit.

dell'età postclassico-giustinianea. In linea di larga approssimazione, l'orientamento preclassico e classico può essere, comunque, disegnato come segue.

99.4.1. In alcune ipotesi l'inadempimento per *factum debitoris* fu sempre attribuito a responsabilità del debitore, perché non era ritenuto pensabile che il debitore incontrasse difficoltà nell'adempiere. Tali le ipotesi delle obbligazioni generiche («*genus nunquam perit*») e delle *obligationes in dando* aventi ad oggetto cose fungibili (cioè cose del pari poste ad illimitata disposizione del debitore). Dato che al debitore era sempre possibile procurarsi, sia pure con maggior sacrificio del normale, gli oggetti da prestare al creditore, il suo mancato adempimento dava luogo in ogni caso (escludendo le ipotesi, peraltro difficilmente realizzabili, di caso fortuito o di forza maggiore) ad una obbligazione di responsabilità secondaria.

99.4.2. In altre ipotesi di *obligationes in dando* l'inadempimento per *factum debitoris* fu del pari sempre attribuito a responsabilità del

---

99.4.1. Per le obbligazioni di dare relative a cose fungibili v. Gai. D. 44.7.1.4: *Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet.* V. anche I. 3.14.2. Cfr.: Cannata, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la « culpa debitoris » nelle obbligazioni da « stipulatio in dando »*, in *SDHI*. 32 (1966) 63 ss. — Per le obbligazioni generiche (« *genus nunquam perit* ») v. *retro* n. 74.3.2.

99.4.2. Sulle ipotesi del *praestare custodiam* cfr. spec.: Metro, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano* (1966), e « *Custodiam praestare* », in *Labeo* 13 (1967) 60 ss.; Albanese. *D. 13.6.19 e D. 19.2.41 nel quadro dei problemi della « custodia »*, in *St. Grasso* 1 (1968) 79 ss.; Hoffmann-Riem, *Die « custodia » Haftung des Sachmieters untersucht an Alf.-Paul. D. 19.2.30.2*, in *ZSS*. 86 (1969) 394 ss.; Mac Cormack, « *Custodia* » *and* « *culpa* », in *ZSS*. 89 (1972) 149 ss. Sul fondamento di questa singolare responsabilità, la disputa è accesissima. In linea generale può dirsi che anche qui, come nei casi di responsabilità per *dolus* (v. *infra* nt. 99.4.3), siamo di fronte ad una applicazione del principio dell'« *utilitas contrahendi* » (nella specie: *utilitas creditoris*). Dubbio è anche se il « *praestare custodiam* » possa qualificarsi veramente come un caso di responsabilità obbiettiva, o non piuttosto come un caso di responsabilità subbiettiva portata ai massimi limiti della dilatazione. Per le fonti valga a titolo di esempio la lettura di Gai 3.203-207: *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire. Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subripuerit, nihilo minus creditori competat actio furti. Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus: nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare. Sed is, apud quem res deposita est custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. Qua de*

debitore, perché si riteneva che su lui gravasse uno speciale e inderogabile impegno ad eseguire la prestazione. Tali furono le ipotesi di una specifica obbligazione del debitore di « conservare intatta » la cosa per la disposizione futura del creditore; quella del *commodatarius* in ordine alla *res commodata*, del *conductor operis* in ordine alla *res* da trasformare o da accudire, del *socius* in ordine alla *res in societate* affidatagli per la trasformazione, dell'*inspector* in ordine alla *res* commessagli per analizzarla, del *nauta* (e parimenti del *caupo* e dello *stabularius*) in ordine agli oggetti portati seco dal cliente. In tutti questi casi, stando alle fonti classiche, sul debitore incombeva la particolare (e singolare) responsabilità del « *praestare custodiam* »: terminologia di uso con la quale si può ritenere adombrato il concetto di una responsabilità obbiettiva dell'*obligatus*. Il debitore, dunque, non era esentato da responsabilità se non per *casus fortuitus* e per *vis maior*: anzi l'ammissibilità di queste esenzioni era assai limitata, sì che era fuori discussione ch'egli non potesse mai, in nessun caso, addurre a propria scusante il *furtum* subito relativamente alla cosa da consegnare.

99.4.3. Tolte le ipotesi di cui dianzi, in ogni altro caso di inadempimento per *factum debitoris* (relativamente, dunque, ad *obliga-*

---

causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti itaque agere non potest, et ea actio domino competit. Si noti che Gaio non spiega perché mai il lavandaio (*fullo*), il sarto o rammendatore (*sarcinator*) e il comodatario, quando non restituiscano le cose loro affidate dal *dominus*, non siano giustificati nemmeno dal fatto di aver subìto del tutto incolpevolmente un furto. Si noti ancora che alla locuzione « *praestare custodiam* » Gaio non sembra attribuire nemmeno per implicito un significato che la giustifichi (tanto vero che proprio il *depositarius*, indubbiamente obbligato verso il *deponens* a custodire la *res*, « *custodiam non praestat* » in caso di assenza di dolo). Consegue da questi rilievi, a nostro avviso, che « *praestare custodiam* » è solo un modo di esprimere (con particolare riguardo agli obblighi di restituzione di una *res* al creditore) il principio arcaico secondo cui il debitore è sempre responsabile per l'inadempimento: principio che la giurisprudenza preclassica e classica abbandonò in ordine all'ipotesi del depositario e a molte altre ipotesi di obbligo di restituzione, mentre non seppe abbandonare, tra l'altro, in ordine ai casi indicati nel passo di Gaio.

99.4.3. La distinzione tra *dolus* e *culpa* come criteri di responsabilità, alla luce del diritto classico, sembra normalmente fondata (salvo eccezioni: per il *mandatarius*, per il *tutor*, per il *negotiorum gestor*) sul principio della « *utilitas contrahendi* »: se l'*obligatio* è sorta per esclusivo interesse del *creditor*, il *debitor* inadempiente è responsabile solo se l'inadempimento è dipeso da *dolus*; se l'*obligatio* è sorta nell'interesse del *debitor* (o anche di lui), la responsabilità del *debitor* inadempiente si estende alla *culpa*. V. Ulp. D. 13.6.5.2: ... *in contractibus interdum dolum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur.*

tiones in dando di cose infungibili, nonché ad *obligationes* di *facere* o di *non facere*), il debitore fu ritenuto responsabile solo se risultasse una sua « *culpa* », cioè la volontarietà del suo comportamento di inadempienza. Per inadempimento volontario o colposo si intese, di regola, non solo quello intenzionalmente diretto all'inadempimento, ma anche quello dipendente dalla mancanza nel debitore della diligenza che un buon *paterfamilias* avrebbe dovuto impiegare per tener fede al suo impegno (« *diligentia boni patris familias* »). Tuttavia in ordine alle *obligationes* tutelate mediante *iudicia bonae fidei* la prassi giudiziale portò progressivamente ad una soluzione più favorevole al debitore: non ogni *culpa* da lui commessa lo rendeva responsabile dello inadempimento, ma solo il « *dolus malus* » (e più precisamente il *dolus praesens*) cioè l'accertata intenzionalità di evitare l'adempimento. Principio che la giurisprudenza tardo-classica fu incline ad estendere a tutti i casi in cui l'*obligatio* non fosse sorta per utilità del debitore, ma nell'esclusivo interesse del creditore.

99.5. Sempre in relazione all'inadempimento imputabile, l'orientamento giustinianeo (o, più in generale, postclassico) costituì, rispetto all'orientamento classico, un notevole passo avanti verso la affermazione del principio della responsabilità subbiettiva e verso una più sottile (talvolta però troppo sottile) aderenza alle esigenze delle varie categorie di obbligazioni. La regola relativa alle *obligationes in*

Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Cfr. anche Ulp. D. 50.17.23 (peraltro molto rielaborato), dal quale risulta anche che era escluso nei contratti di buona fede il « *pactum ne dolum praestetur* »: *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) et singulis contractibus: nam hoc servabitur quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.* V. anche *retro* n. 32.5.

99.5. Sull'orientamento giustinianeo della responsabilità per inadempimento cfr. spec.: Nörr, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht* (1960); De Robertis, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della Compilazione giustinianea* (1962), con altra letteratura. — Uno dei risultati più saldi sembra essere questo: che le gradazioni della *culpa* (in *lata, levis, levissima*) non furono formulate dalla giurisprudenza classica e che, pertanto, non classica è l'equiparazione della *culpa lata* al *dolus* (« *culpa lata quae dolo aequiparatur* »): De Medio, *Studi sulla « culpa lata » in diritto romano*, in *BIDR.* 17 (1905) 5 ss., 18 (1906) 260 ss., e *Valore e portata della regola « magna culpa dolus est »*, in *St. Fadda* 2 (1906) 221 ss.; Lenel, « *Culpa lata* » *und* « *culpa levis* », in *ZSS.* 38 (1917) 263 ss.

dando di cose fungibili ed alle *obligationes* generiche rimase sostanzialmente immutata. Ma in ordine ad ogni altro tipo di obbligazione (*obligationes in dando* di cose infungibili, *obligationes* di *facere, obligationes* di *non facere*) i criteri di imputazione della responsabilità si affinarono, e conseguentemente si moltiplicarono. Si verificò, a tal proposito, una singolare concorrenza di criteri astratti apparentemente impeccabili e inderogabili con soluzioni concrete diverse e spesso non coerenti con quegli astratti criteri.

99.5.1. Criterio normale di imputazione della responsabilità, come in età classica, fu quello della « *culpa levis* » (così qualificata per distinguerla dagli altri due gradi di colpa), cioè il criterio della mancanza della « *diligentia boni patris familias* ». Di norma, dunque, era richiesta nel *debitor*, ai fini dell'adempimento, l'esplicazione di una diligenza media (non eccessiva, ma nemmeno minima) e l'obbligazione di responsabilità per inadempimento nasceva in dipendenza di una « *levis neglegentia* » (o « *levis culpa* ») dell'*obligatus*.

99.5.2. Criteri eccezionali a favore del *debitor*, furono: quello del « *dolus* », cioè dell'intenzionalità dell'inadempimento; e quello della « *culpa lata* », cioè della mancata esplicazione di un minimo di diligenza ai fini dell'adempimento. Se un debitore era chiamato responsabile solo dell'inadempimento intenzionale, o almeno di quello dipendente da sua « *magna neglegentia* », evidentemente era favorito di fronte alla media dei debitori. Ma ai fini pratici la differenza tra i due criteri era tanto poca, che si affermò il principio « *culpa lata dolo aequiparatur* ».

99.5.3. Criteri eccezionali a favore del *creditor*, furono: quello della « *culpa levissima* », cioè della mancata esplicazione di una dili-

---

99.5.1. Sulla nozione (centrale per il diritto postclassico e giustinianeo) del *diligens paterfamilias* cfr. per tutti: Arangio-Ruiz, *Responsabilità* cit. 272 ss.

99.5.2. Sul *dolus* v., ad es., I. 3.14.3: *Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est disidiae atque neglegentiae, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia qui neglegenti amico rem custodiendam tradidit suae facilitati id imputare debet.* — Sulla *culpa lata* v. Ulp. 50.16.213.2: *Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt.* Sulla equiparazione al *dolus* v. D. 16.3.32.

99.5.3. La nozione di *culpa levissima* ricorre per esplicito, in verità, solo in tema di responsabilità aquiliana (cfr. D. 9.2.44 pr.: *In lege Aquilia et levissima culpa venit*), ma sembra evidente che ad essa si riferiscano i testi postclassici quando richiedono nel *debitor* una « *exactissima diligentia* ». Cfr.: Hoffmann, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, unter besonderer Berücksichtigung der « culpa levissima »* (1968). — La *diligentia quam in suis* comportava normalmente un aggravamento di responsabilità: tuttavia, trattandosi di un

genza particolarmente intensa ai fini dell'adempimento (« *diligentia diligentissimi patris familias* »); e quello della cd. « *culpa in concreto* », cioè del difetto nel *debitor* della diligenza a lui personalmente propria nelle cose sue (« *diligentia quam debitor in suis rebus adhibere solet* »). Questi due criteri assorbirono quasi completamente le ipotesi classiche di responsabilità obbiettiva e rappresentarono il massimo dello sfavore verso il debitore inadempiente.

100. La responsabilità da « mora solvendi » e da « fraus creditorum ».

100.1. Ipotesi particolari di inadempimento furono la *mora solvendi* e la *fraus creditorum*. La prima fu un'ipotesi di « inadempimento imperfetto » (cioè non portato a compimento), la seconda fu un'ipotesi di « inadempimento indiretto » (cioè concretantesi nella predisposizione delle condizioni necessarie a che potesse verificarsi l'inadempimento).

100.2. La *mora solvendi* era il ritardo dell'*obligatus*, a lui imputabile, nell'adempimento dell'obbligazione. Se e finché l'adempimento fosse ancora possibile e di interesse del *creditor*, non si aveva vero e proprio inadempimento, ma ritardo, « *mora* » generatrice di una particolare responsabilità del debitore (o di altri per lui).

---

criterio di riferimento a situazioni concrete, poteva ben darsi che essa risultasse inferiore a quella che fosse *in abstracto* la *diligentia in suis* di una persona media. V. a proposito I. 3.14.2: *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id, quod tibi commodatum est, peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis* (*rell.*).

100.1. La identificazione nella *fraus creditorum* di una ipotesi speciale di inadempimento non corrisponde alla *communis opinio*.

100.2. Sulla *mora solvendi* cfr.: Riccobono (jr.), *Profilo storico della dottrina della mora in diritto romano*, in *AUPA*. 1962, e *La genesi della mora come mezzo di attuazione del « favor debitoris »*, in *Circolo giuridico* 1963; Kaser, sv. « *Mora* », in *PW*.; Montel, sv. *Mora* (*dir. rom.*), in *NNDI*. Per le fonti v. Ulp. D. 50.16.12.1: *Minus solvit qui tardius solvit: nam et tempore minus solvitur.*

100.2.1. Il momento iniziale del periodo di *mora solvendi* era costituito: nelle obbligazioni a termine, dal momento della scadenza del termine; nelle obbligazioni senza termine fisso, dal 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. 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. Solo eccezionalmente esso ammise che nelle obbligazioni a termine « *dies interpellat pro homine* », vale a dire che la scadenza del termine equivalesse alla *interpellatio* del creditore. Nel caso di *interpellatio* si parlava pertanto di « *mora ex persona* », mentre nella ipotesi delle obbligazioni a termine si parlava di « *mora ex re* ».

100.2.2. Effetti della *mora solvendi* erano: la « *perpetuatio obligationis* » sino al giorno dell'effettivo adempimento, secondo la regola generale, ma con l'aggravante, per le *obligationes in dando*, che se la cosa perisse o si deteriorasse prima dell'adempimento, anche per caso fortuito, dovesse sopportarne le conseguenze il debitore; e l'obbligazione del pagamento degli interessi (« *usurae moratoriae* »), che peraltro valeva nei soli giudizi di buona fede ed era determinata dal giudice

---

100.2.1. Sull'inizio della *mora* cfr. spec.: Siber, « *Interpellatio* » *und* « *mora* », in *ZSS.* 29 (1908) 47 ss.; Elefante, « *Interpellatio* » *e* « *mora* », in *Labeo* 6 (1960) 30 ss.; Jakobs, « *Culpa* » *und* « *interpellatio* » *bei der* « *mora debitoris* » *nach klassischen Recht*, in *T.* 42 (1974) 23 ss. V. Marcian. D. 22.1.32 pr.: *Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur: nam ut et Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris*; Scaev. D. 50.17.88: *Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.*

100.2.2. Sugli effetti della *mora* v. Paul. D. 45.1.91.3: *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?* V. anche: PS. 2.12.7; Gord. CI. 4.54.5. — Quanto alle *usurae*, cfr. spec.: Cervenca, *Contributo allo studio delle* « *usurae* » *c.d. legali nel diritto romano* (1969).

(onde si parlò di « *usurae quae officio iudicis praestantur* »). In diritto postclassico il principio circa la *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 avesse prodotto danni anche 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 per il ritardo.

100.2.3. La *mora solvendi* era passibile di « *purgatio* », se il debitore ritardatario finalmente offrisse al creditore l'adempimento della *sors* e delle eventuali *usurae moratoriae*, senza che il creditore avesse giusto motivo per opporsi.

100.3. 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 incapacità a tener fede ai propri impegni, danneggiando indirettamente i creditori. Della ipotesi di *fraus creditorum* si occupò il *praetor urbanus*, il quale volle tentare, mediante la concessione di alcuni specifici rimedi, di eliminarne, nei limiti del possibile, gli effetti.

100.3.1. 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 giustinianeo i due rimedi

---

100.2.3. Sulla cd. *purgatio morae* cfr.: Guarneri Citati, *Contributi alla dottrina della mora nel diritto romano*, in *AUPA*. 1923. V. ancora Paul. D. 45.1.91.3, (riportato *retro* nt. 100.2.2.).

100.3. Sulla *fraus creditorum* è fondamentale l'opera del Solazzi, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*[3] (2 voll. 1945), che riassume tutta una serie di precedenti studi sul tema: ivi bibliografia. Cfr. inoltre: Impallomeni, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico* (1958). Per le fonti v. D. 42.8 (*Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*); CI. 9.75. Cfr. anche: Lenel, *EP*.[3] § 268.

100.3.1. Sui mezzi giudiziari cfr. spec.: Ankum, *De Geschiedenis der « actio Pauliana »* (1962), e *« Interdictum fraudatorium » et « restitutio in integrum ob fraudem »*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* 1 (1964) 779 ss.; Impallomeni, sv. *Pauliana actio*, in PW.; D'Ors (X.), *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clasico* (1974). — Per il *diritto giustinianeo* v. I. 4.6.6: *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.*

classici furono unificati in una azione unica, che viene denominata, in qualche testo probabilmente interpolato, « *actio Pauliana* »: una 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 (es.: 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.

100.3.2. La *fraus creditorum* rilevava solo se all'elemento obbiettivo del danno (« *eventus damni* ») si aggiungesse l'elemento subbiettivo 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.

100.3.3. L'*eventus damni* non consisteva in una situazione di insolvenza generica, ma doveva consistere in una situazione di insolvenza specifica e concreta. Esso cioè non poteva dirsi realizzato solo quando la frode, pur essendo coscientemente perpetrata e obbiettivamente attuata, non avesse avuto la conseguenza della irreparabile e accertata « insolvenza » del debitore. Pertanto non era a parlarsi di *eventus damni*, se non si fosse aperto a carico del debitore un procedimento di « *missio in bona rei servandae causa* ». Legittimato ad agire per conto di tutti i creditori era il *curator bonorum* prima, e più tardi, se risultassero altri atti fraudolenti, il *magister bonorum*. I mezzi revocatori potevano essere esercitati 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.

100.3.2. Sui requisiti per la revoca v. Ulp. D. 32.8.6.11: *Simili modo dicimus et si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores: nec videtur iniuria adfici is qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen, qui ignorantes ab eo qui solvendo non sit liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non.* — Per gli atti a titolo gratuito sembra che in diritto classico fosse già concessa un'*actio in factum* contro il terzo acquirente *sciens fraudis*, mentre nella successiva età postclassica si affermò pienamente il principio per cui la *scientia fraudis* era richiesta nel terzo solo se si trattasse di acquisti a titolo oneroso.

100.3.3. Dopo l'anno, nei confronti dell'acquirente o dei suoi successori a titolo universale (ma non dei successori a titolo particolare), poteva essere esercitata una actio in factum « *in id quod ad eum pervenit* », cioè nella misura dell'arricchimento.

INDICE ANALITICO

Abdicatio tutelae 549 s., 553
ab epistulis 132
absolutio 343
acceptilatio litteris 343, 347, 729 s., 763
— verbis 347, 729 s.
accessio 581 ss.
— possessionis 627
accettazione della eredità 420 ss.
accidentalia negotii 84 ss., 369 ss.
accipere iudicium 210
accordo simulatorio 79 s., 359 ss.
accrescimento 430 s., 486 s.
accusatio suspecti tutoris 554
acqua v. regime delle acque e servitus (rerum)
acquiescenza al negozio giuridico 89
acquisto a non domino 618
— della possessio 476
— del legatum 440
actio 188 s.
— ad exemplum 218 s.
— — — legis actionis 211
— — — legis Aquiliae 218 s.
— ad exhibendum 600
— ad supplendam legitimam 418
— aestimatoria 801
— aquae pluviae arcendae 603 s.
— arbitraria 215
— bonae fidei 214 ss.
— certae creditae pecuniae 773 s.
— civilis 211
— commodati 777
— communi dividundo 489
— conducti 812
— confessoria 652 s.,
— de dolo 363 s.
— de dote 538 s.
— de in rem verso 386
— de iureiurando 840
— de pastu pecoris 869
— de pauperie 869
— de peculio 386
— depensi 758
— depositi 780
— de tigno iuncto 582 s., 889
— empti 797
— exercitoria 383 s.
— ex interdicto 252 s.
— ex stipulatu 751 s.
— familiae erciscundae 430, 489
— ficticia 218
— fiduciae 770
— finium regundorum 489
— funeraria 860
— furti 878
— — adversus nautas caupones stabulariosque 889
— honoraria 211
— imperio continens 216 s.
— in (bonum et) aequum 226
— in factum ad exemplum legis Aquiliae 887
— iniuriarum aestimatoria 873 s.
— — noxalis 874
— in personam 211 s.
— in rem 211 s.
— in rem scripta 365
— in rem superficiaria 673 s.
— institoria 384 s.
— iudicati 250 s.
— legis Aquilae 885 s.
— legitima 216 s.
— locati 812
— mandati 883 s.
— mixta 212
— — (qua et rem et poenam persequimur) 213
— momentaria 471
— negatoria 654, 665
— negotiorum gestorum 569, 860
— noxalis 868
— Pauliana 902 s.
— petitio persecutio 188 s.
— pigneraticia in personam 775 s.
— — in rem 689
— poenalis 212 s.
— praeiudicialis 222
— praescriptis verbis 848
— pro socio 828
— — — (nella communio) 489

— Publiciana 617 s.
— quasi institoria 384 s.
— quasi Serviana 689 s.
— quod iussu 326, 385 s.
— quod metus causae 365 s.
— rationibus distrahendis 554, 889
— redhibitoria 801
— reipersecutoria 212
— rei uxoriae 536 ss.
— rerum amotarum 531, 889
— Rutiliana 257 s.
— sequestraria 781
— Serviana (ex bonorum emptione) 257 s.
— — pigneraticia 689
— stricti iuris 214
— tributoria 385
— tutelae 555
— utilis 217 ss.
— — ad exemplum reivindicationis 620
— — rescissa capitis deminutione 505
— — suo nomine 740
— venditi 797
— vi bonorum raptorum 882
actiones v. legis actio
— adiecticiae qualitatis 326, 383 ss.
— aediliciae 801
actor municipii 301
actum 699 s., 702
actus 641
actus legitimus 370
actus rerum 231
adattamento funzionale del negozio giuridico 340 s., 354 s.
addictio 199
— in libertatem 612
— vindiciarum 203
addictio in diem 807
addictus 295 s., 497
adempimento della condizione 374 s.
adempimento delle obbligazioni 723 ss.
— parziale 727
ademptio legati 440
— peculii 501
adfinitas 515 s., 527 s.
— servilis 608
adgnatio 287 ss.
— postumi 408
adgnatus proximus 411 s.
adgnitio bonorum possessionis 421
adiectus solutionis causa 725 s.
aditio 420 ss.
— nuda voluntate 421
adiudicatio 227, 489 s., 586
— servitutis 648
— ususfructus 663
adnotatio 140
adoptio 507 ss.
— imitatur naturam 509
— imperio magistratus 508
— in fratrem 508
— minus plena 508
— non iure facta 507
— plena 508
— populi auctoritate 508
— testamento facta 507
adplumbatio 583
adpromissio 756
adquisitio per procuratorem 380 s.
— per universitatem 392
adrogatio 349, 505 ss.
— per populum 505 s.
— per rescriptum principis 506
adscripticius 298
adsertor libertatis 610
adstipulatio 755 s., 883 s.
adtemptata pudicitia 889
adulescens 568
adulterium 516, 525 s., 529 s.
adventicia 502 s., 534
adversaria 763
adversarius 232
adversus hostem aeterna auctoritas 572
advocatus 232
aedilis 118
aemulatio 623 s.
aequitas 168 s.
aerarium populi Romani 130
aestimatio dotis 537
— litis 586
aestimatum 849
affectio maritalis 519
Africano (Sesto Cecilio) 136
agentes in rebus 138
agere 188 s.
— cum compensatione 733
— cum deductione 733
ager occupatorius 465
— publicus 456, 464
— quaestorius 465
— vectigalis 465, 675
album iudicum 200
a libellis 132
alieni iuris 496 e v. sui iuris
alimenta 854 s.
ἀλληλεγγύη 760

alligata et probata 244
alluvio 578
alterazioni testuali delle fonti 145 s. e v. editoria
alveus derelictus 579
ambitus 574 s.
amministrazione statale 49
amoenitas fundi 637
amotio rei 879 s.
analogia 92 ss.
anatocismus 723
animalia quae collo dorsove domantur 314 s.
animus v. voluntas
— derelinquendi 588
— detinendi 474
— furandi 881
— negotia aliena gerendi 858
— novandi 737
— possidendi 473 ss.
— rem (alienam) detinendi 475 s.
— rem sibi habendi 475 s.
— — — (semper) habendi 468
— revertendi 588
annullamento del negozio giuridico 87 ss.
antecessor 391
antichresis 686
apertura del testamento 410
apocha 726
apolidia 47, 284
apostata 299
apparenza del diritto 466
apparitor 263
appartenenza alla specie umana 276
appellatio 265
Appio Claudio (Cieco) 128
aquaeductus 641
aqua et igni interdictio 284
Aquilio Gallo 128
arbiter 191
arbitrium de restituendo 199, 216
— tutelae 555
argentarius 849
argumenta 244 s.
arrha (nella compravendita) 803
— sponsalicia 527
arricchimento ingiustificato 862
ars ingenua 815
as 430
aspettativa di diritto 59
assegnazione (fatti di) 586
assemblea popolare 119
assoggettamento di un sui iuris 295 s.
assolutismo imperiale 137 ss.
astrazione materiale del negozio giuridico 75
— processuale del negozio giuridico 75
atto di emulazione 623 s.
atto giuridico 68 s.
— di autonomia 69, 71 ss.
— — — del ius privatum 327 ss.
— mero 69
attribuzioni statali 48 s.
auctoramentum 296
auctoratus 296, 497
auctoritas (e usus) 464 e v. adversus hostem aeterna auctoritas
auctoritas patrum 120
auctoritas tutoris 520, 556, 562
auctoritatem defugere 592
aucupium 587 s.
audientia episcopalis 267
Aufidio Namusa 128
auspicia ad patres redeunt 110
autonomia 71 s.
— privata 71 ss.
autonomia familiare 285 ss.
autorità maritale 499, 529 s.
autotutela privata 91 s., 186, 193 ss.
avulsio 578 s.
azione 58 e v. actio
— processuale 96 ss.
— sostanziale 96 ss.
azioni divisorie 489

Basilici 154
bene v. res
beneficia heredis 428 ss.
beneficium 172
beneficium abstinendi 428 s.
— cedendarum actionum 760
— competentiae 228, 727 e v. condemnatio in id quod facere potest
— divisionis 760
— excussionis 761
— inventarii 429 s.
— separationis 429
bes 430
bigamia 516
bona 273
— adventicia 503
— extra dotem 540
— materna 502
— materni generis 503
— vacantia 426 s.

— vi rapta 881
bonae fidei iudicium 214 s.
bona fides v. bonae fidei iudicium, fides
— — usucapientis 628
boni mores 353
bonorum cessio 257
— collatio 431
— distractio 258, 266
— emptor 257 s.
— magister 257
— possessio 258 s., 395
— — contra tabulas 395, 416 s.
— — intestati 412 ss.
— — intestati liberti 414
— — secundum tabulas 395, 400 s.
— — sine tabulis 395, 412 ss.
— — ventris nomine 413
— sectio 256
— separatio 427 s.
— venditio 256 s.
bonum et aequum 168
bonus pater familias 899
Bruto (Giunio) 128

Caccia 587 s.
caduca 422, 427
caducazione del negozio giuridico 335 ss.
caelebs 422, 520
calliditas fallacia machinatio 362
calumnia v. iusiurandum calumniae
capacità coniugale 515
capacità di agire 70 s., 320 ss.
— — — mera 70, 324 ss.
— di essere vocati ex testamento 406
— di testare 406
— giuridica 69 s.
— naturale 321
capacitas successoria 422 ss., 520 s.
capio mortis causa 397 s.
capitis deminutio 275 s.
— — del filius 501
— — maxima 276
— — media 276
— — minima 276
captivitas 281, 610
caput 275
caritas 169
— sanguinis 855
carta costituzionale 54
Cassiani 134 s.
Cassio Longino (C.) 135
castratus 515
castrense peculium 501 s.
Catoniana regula 337, 441
caupo 841
causa liberalis 609
causa mancipii 495 ss.
causa negoziale 75 ss. 349 ss.
— a negozi plurimi 76, 355 s.
— del matrimonium 518 s.
— donationis 355 s., 843
— dotis 355 s.
— illecita 351 ss.
— sociale 45
— stipulationis 750
causa pro suo 627
causae cognitio 251 ss.
causae obligationum 698 ss.
casus fortuitus 894
Catone (Marco Porcio) 128
cautio 254 s.
— damni infecti 601 s.
— de dote restituenda 535
— de rato (del tutore) 558
— ex operis novi nunciatione 602
— iudicio sisti 264
— Muciana 377
— quasi ususfructuaria 667
— rem pupilli salvam fore 554
— (satisdatio) iudicatum solvi 233 s.
— (satisdatio) ratam rem dominum habiturum 233
— ususfructuaria 661
Celso (figlio) 135
cenotaphium 316
censor 118
centumviri 200
certa verba 346
certezza del diritto 54
cessio bonorum 256
— crediti 739 ss.
— debiti 741
— in iure 348, 592 s.
— in potentiorem 741
chirographum 348, 766
circostanza negoziale 84 ss.
circumscriptio adulescentis 567
cittadinanza 47
— romana 282 ss.
civilis possessio 467
civiltà 44
Civitas Quiritium 108 ss.
civitas Romana 282 ss.
civitates 300 s.

clandestina possessio 471
clarigatio 204
classis 112
clausola accidentale del negozio giuridico 368 ss.
— codicillare 409
— condizionale 85, 370 ss.
— modale 369 s.
— stipulationis 347, 753
— terminale 85, 370 ss.
clausola doli 362
clientes 290
coactus 364
coattività del diritto 52 s.
codex accepti et expensi 762
Codex Eurici 148 s.
— Gregorianus 147
— Hermogenianus 147
— Iustinianus 151 s.
— — repetitae prelectionis 153 s.
— Theodosianus 147 s.
codicilli 409
coëmptio cum extraneo 511
— fiduciae causa 498
— matrimonii causa 498 s.
— tutelae evitandae causa 561
cogitatio mortalitatis 397
cognatio 287 s., 515 s.
— servilis 608
cognitio extra ordinem 141, 260 ss.
— magistratus (extra ordinem) 261
— principis (extra ordinem) 261 ss.
— summaria 267
cognitor 232 s., 382
cognizione del diritto 53
— (processo di) 97
cognoscere de plano 267
collatio bonorum 431
— descendentium 432
— dotis 432
— emancipati 431
Collatio legum Mosaicarum et Romanarum 150
collegium 301 s.
colonatus 298
colonia 301
— civium Romanorum 117
colonia partiaria 811
comes rerum privatarum 138
— sacrarum largitionum 138
comitia centuriata 112, 119
— curiata 110
— tributa 119
commentarii v. Institutiones Gai
commercium v. ius commercii
commixtio nummorum 581
commodatum 776 ss., 851
communicatio rerum 823
communio 477 ss., 483
— incidens 854
— — successoria 430
— (e societas) 487
comparizione in iure 198 s., 234 s., 262 s.
compensatio 732 ss.
compilazioni post-giustinianee 154 s.
compravendita v. emptio
compromissum 841
comulatività obbligatoria 714
comunanza 63 s.
— domestica 478 s.
— gentilicia 479 s.
comunione 63 s., 483 s.
— indifferenziata 63 s., 479
— organizzata 64
— solidaristica 64 s.
conceptio verborum 210
conceptus 278 s.
concessioni pubbliche superficiarie 672
— superficiarie private 673 s.
concilia plebis tributa 119
concretezza dell'oggetto giuridico 306
concubinatus 525 ss.
concursus causarum 731 s.
condemnatio 221 ss.
— certa 225
— incerta 225
— in id quod facere potest 531 s. e v. beneficium competentiae
— in ipsam rem 263
— limitata (tra coniugi) 531 s.
— pecuniaria 246
condicio 371 ss.
— contra bonos mores 377
— contra ius 377
— impossibilis 376
— impropria 375 ss.
— iuris 84, 375
— risolutiva 372
— tacita 375
— terminale 375 s.
condictio 205, 214
— causa data causa non secuta 847, 863
— certi 751, 863
— ex causa furtiva 862, 878
— ex lege 863
— ex mutuo 773

— ex poenitentia 847
— generalis 864
— incerti 864
— indebiti 861 ss.
— ob turpem vel iniustam causam 863
— sine causa 863
— triticaria 751
condizione 85, 370 ss.
condominio 31 s., 478 ss.
conductio (locatio) 807 ss. e v. locatio (conductio)
confarreatio 498 s.
confederazione di stati 47
conferma del negozio giuridico 89
confessio in iure 241 s.
confirmatio tutoris ex inquisitione 549
confusio obligationum 731
— rerum 580 s., 650
confusione ereditaria 427
coniugium 509 ss.
coniunctio testamentaria 430 s.
connubium 516 s.
consenso del pater familias al matrimonio 519 s.
consensus 784 s.
— facit nuptias 513 s., 519 ss.
consensus curatoris 568 s.
conservazione del negozio giuridico 86, 337 s.
consilium fraudis 903
consolidatio 663 s.
consortium 481 ss.
— ad exemplum fratrum suorum 481 ss.
— ercto non cito 480 s.
— fratrum suorum 481 ss.
constitutio (principis) 131 ss., 139 ss.
— Antoniniana 282 s., 517
constitutio Rutiliana 561
constitutum debiti 839
— possessorium 624
consuetudine 54
consuetudo 170 s.
consul 118
consultatio ante sententiam 267
Consultatio veteris cuisdam iurisconsulti 150
consumptio fructuum 580
contitolarità dei diritti 63, 477 ss.
contractum 699
contractus 701 ss.
— mohatrae 771
contraddittorio 191 e v. contumacia
contrarius consensus 734
contratto v. contractus e negozio giuridico
— a favore di terzi 750
— innominato 851 ss.
contratto sociale v. convenzione sociale
contrectatio alienae rei 879 s.
contubernium 609
contumacia 262
contumelia 888 s.
convalescenza del negozio giuridico 89, 337
convalidazione del negozio giuridico 336 ss.
conventio 704, 838
— sine nomine 704 s., 844 ss.
conventio in manu 498
conventus iuridicus 231
convenzione sociale 45
conversione del negozio giuridico 88, 336 ss.
convicium 889
convivii adhibitio 615
corporalis possessio 467
corpore possidere 474 ss.
Corpus iuris civilis 151
corruptio servi 891
cosa v. res
— accessoria 311
— consumabile (e inconsumabile) 312 s., 665 s.
— deperibile 313
— divisibile (e indivisibile) 311
— economicamente composta 310
— fruttifera (e infruttifera) 312
— fungibile (e infungibile) 313
— generica 313
— immobile (e mobile) 314 s.
— materialmente composta 310
— semplice (e composta) 310
cosa giudicata in senso formale 248
— — in senso sostanziale 249
costituzione di dote 533 ss.
costituzione statale 47 ss., 51 s.
credito chirografario 685
— litigioso 741
— privilegiato 685 s.
creditor 713
cretio 421
crimen 122 e v. ius criminale
Cristianesimo e cristiani 142 s., 299
crusta lapsa 578 s.
culpa 898 ss.
— in concreto 900

— lata quae dolo aequiparatur 899
— legis Aquiliae 887 s.
— levis 889
— levissima debitoris 889 s.
cura 545 ss., 562 ss.
— debilium personarum 566
— furiosi 562 ss.
— impuberis 566
— minoris 566 ss.
— minoris ad certam causam 567 s.
— mulieris 566
— prodigi 564 ss.
cura annonae 118
— ludorum 118
— urbis 118
curatela 545 ss., 562 ss.
curator adiunctus 566
— bonorum 256
— municipii 301
— ventris 279
custodiam praestare 896 s.
custodiendum dare 778

Damnum (iniuria datum) 883 ss.
— fatale 894
— infectum 601 s.
— legis Aquiliae 886 s.
datio ad experiendum 850
— ad inspiciendum 850
— ad vendendum 850
datio bonorum possessionis 258 s.
— iudicis 219 s.
— magistratus 548
— restitutionis 254
— tutoris testamentaria 547 ss.
datio dotis 534 s.
— in solutum 726 s.
— mutui 771 s.
— pignoris 682, 775
— rei 767
De actionibus 150
debilis persona 323
debito (rapporto di) 61 s.
debitor 713
decemviri stilitibus iudicandis 200
deceptor 362
deceptus 362
decorso del tempo 319 s.
decretum (imperiale) 132
— divi Marci 194 s.
decretum (e interdictum) 252
— restitutionis 254
de cuius 391
dediticii 294
— Aeliani 294, 614
deductio in coloniam 284
deductio servitutis 647
— ususfructus 662
deductio uxoris in domum mariti 511, 517
defensor 232
deiectio possessoris 471
deiectum 890
delatio hereditatis 419 ss.
delationis transmissio 426
delegatio 738 s.
delictum 865 s.
demens 563
democrazia romana 116 s.
demonstratio 227
demonstratio falsa 368
δημόσιοι γεωργοί 676
denegatio actionis 236 s., 336
denuntiatio litis 263
— — de evictione 798 s.
depositum 778 ss.
— in aede publica 729
— in sequestrem 781
— irregulare 781 s.
— necessarium 780 s.
derelictio 588
destinatio patris familias 649
detentio 468
detestatio sacrorum 506
deunx 430
dextans 430
δίκαιον φυσικόν 162
— νομικόν 162
dichiarazione di nascita 278
dictare (et accipere) iudicium 210
dictator (optima lege creatus) 118
dictio dotis 534 s., 744 s.
dictum (e promissum) 800
dies (vel condicio) 370 ss.
— ad quem 372
— a quo 372
— cedens e veniens 440 s.
— interpellat pro homine 901
dies comitialis 231
— fastus 231
— nefastus 231
difesa privata 187 ss., 190 s., 192 s.
diffarreatio 499
digesta 134
Digesta (seu Pandectae) 153

diligentia boni patris familias 899
— diligentissimi patris familias 900
diritto 43 ss., 50 ss. e v. ordinamento giuridico e ius
— (teoria istituzionalistica o pluralistica) 50
— (teoria normativa o monistica) 50
— internazionale privato 167
— — pubblico 166
— privato 56 s.
— pubblico 56 s.
— speciale 51
diritto romano 101 ss.
— — arcaico 107 ss.
— — classico 128 ss.
— — postclassico 137 ss.
— — preclassico 116 ss.
diritto subbiettivo 57 ss., 271 ss.
— affievolito 58
— a soggetti plurimi 63
— potestativo 58 s.
discordanza tra volontà e manifestazione negoziale 78 ss., 359 ss.
diseredazione v. exheredatio
disponibilità privata dell'oggetto giuridico 307
disputatio 135
dissenso occulto nel negozio giuridico 79
dissensus v. contrarius consensus
— sociorum 827
distanze tra costruzioni 622
distractio bonorum 258, 266
divieto di postulare 232
divisio et adsignatio agrorum 575
divisio inter liberos 403
divisione della communio 488 ss.
divortium 522 ss.
— bona gratia 524
— communi consensu 524
— ex iusta causa 524
documento privato 342
do dico addico 198
dodrans 430
dogmatica giuridica 49
dolo 81, 361 ss.
dolus 361 ss.
— bonus 361 s.
— causam dans 361 s.
— debitoris 898 s.
— incidens 362 ss.
dominatus (imperiale) 138
dominica potestas 454, 604 ss.
dominium 464 ss., 574 ss., 595 ss.
— bonitarium 615 ss.
— duplex 619
— ex iure Quiritium 453 ss., 571 ss.
— fiduciarium 680
— imperiale 138
— unificato 621 ss.
donatio 355 s., 842 ss.
— ante nuptias 540
— inter virum et uxorem 530 s., 843
— mortis causa 396 ss.
— obnuziale 539 s.
— propter nuptias 540
donna v. sexus muliebris
— (successione legittima della) 411 s.
— tutrice 548
dos 355 s., 534 ss.
— adventicia 534
— necessaria 534
— profeticia 534 s.
— recepticia 535, 754
dotis datio 534 s.
— dictio 534 s., 744
— pactum 634 s.
— promissio 534 s., 754
— (retentiones) 537 ss.
do ut des 845
— — facias 845
dovere giuridico 57 ss., 271 ss.
duci vel ferri iubere 238
XII Tabulae 114, 196 ss., 394, 544, 564 s., 696 s., 872, 875 s.
duoviri perduellionis 110
duplex dominium 619
duplicatio 230

Eadem res (iudicanda o iudicata) 249 s.
ebrei 299
economia di scambio 694 ss.
edictum (giurisdizionale) 127
— — perpetuum 127
— — praetoris peregrini 124 s.
— — provinciale 127
— (imperiale) 131
— — ad populum 140
— — ad prefectos praetoris 140
edictum Carbonianum 413
— de alterutro 536
— de coniugendis cum emancipatio liberis eius 413
— de eo quod certo loco dari oportet 736

— de incendio ruina naufragio rate nave expugnata 889
— de publicanis 892
— de turba 890
— di Lucullo 881
Edictum Theodorici 148 s.
edilizia 623
editio actionis giudiziale 236 s.
— — stragiudiziale 234
editoria 342 e v. alterazioni testuali delle fonti
effetti giuridici 65 ss.
efficacia del negozio giuridico 83 ss., 329 ss.
effusum vel deiectum 890
elementi (essenziali ed accidentali) del negozio giuridico 73 ss., 86 ss., 338 ss., 368 ss.
Elio Sesto (Peto Cato) 128
ellenismo 142
emancipatio 349, 503 ss.
— Anastasiana 504
— Iustiniana 504
emphyteusis 675 ss.
emptio (venditio) 787 ss. e v. venditio
— di crediti 791 s.
— di cosa altrui 791 s.
— di cosa extra commercium 791 s.
— di cosa futura 792
— hereditatis 791 s.
— imperfecta 795
— liberi hominis 791 s.
— per aversionem 795
— pondere numero mensura 792
— servitutis 791 s.
— spei 792
— tollit locatum 813 s.
emptor bonorum 257 s.
— familiae 400
emulazione (atto di) 623
endogamia 510, 515
endoploratio 876
ente associativo 300 ss.
— autarchico 46
— parastatale 46
ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησεν 753
episcopalis audientia 267
Epitome Gai 149
equità 168
equites 457
erctum non citum 480 s.
eredità v. bonorum possessio e hereditas
ereptio del relictum 424
eretico 299
errantis nulla voluntas 365
error facti 81 s., 361 ss., 365 ss.
— improprio 78, 81, 359
— iuris 81, 366
— (di) manifestazione negoziale 79, 359
— ostativo 78, 359
— sui motivi negoziali 368
erroris probatio 283
erus 886
esecuzione (processo di) 97 s., 266 ss.
— manu militari 263
esercizio arbitrario delle proprie ragioni 193 s.
esistenza in rebus humanis 277 ss.
esogamia 510, 515 s.
esperienza giuridica romana 101 ss.
espropriazione per pubblica utilità 622.
essentialia negotii 73 ss., 338 ss.
estinzione delle obbligazioni 723 ss.
— — — in solidum 717
estraneità al soggetto giuridico 307 ss.
età v. cura minoris e filius familias
eventus damni 903
evictio 592
— nella vendita 798 ss.
evocatio 263
exaequatio dei legata ai fideicommissa 442 s.
exceptio 229 ss.
— dilatoria 230
— doli 362
— in rem scripta 365
— iurisiurandi 840
— iusti dominii 601
— legis Laetoriae 567
— metus 365
— non numeratae pecuniae 751
— peremptoria 230
— praeiudicialis 222
— rei iudicatae vel in iudicium deductae 248 s.
— rei venditae et traditae 617
— vitiosae possessionis 470 ss.
excusatio tutoris 550 ss.
exercitor navis 383
exercitus centuriatus 112 s.
exheredatio 404 s.
expensilatio 348 s., 761 ss.
exponendi (filii) ius 495 s.
expositio 495
exsecutor 263

exsilium 284 s.
extranea persona 380

Facio ut des 845
— — facias 845
facoltà giuridica 59
facti ignorantia 365 ss.
facultas 273
falsa demonstratio 368
falsum modum dicere 891
falsus procurator 387
fama atque rumores 244
famiglia v. familia
— precittadina 108 ss.
familia 285 s., 449 s., 478 ss., 491 ss
— communi iure 288
— proprio iure 288
— (servorum) rustica 609
— (servorum) urbana 609
familiae empotr 400
fas 695 e v. nefas
fatto giuridico 68 ss., 319 s.
— illecito 68 s.
— involontario 68
— lecito 68
— naturale 68
— volontario 68
favor benignitatis 334 s.
— libertatis 297, 334 s.
— promissoris 334 s.
— testamenti 334 s.
femina in quam stuprum non committitur 525
— probrosa 423 s.
fenus 723
foedera 110
fera bestia 587
feria 231
ferruminatio 583
fictio civitatis 166
— iuris civilis 218
— legis Corneliae 281 s.
— rescissoria 254
— suitatis 413
fideicommissum 441 ss.
— hereditatis 442
fideiussio 758 ss.
fidepromissio 758 ss.
fides 695 e v. bonae fidei iudicium
fiducia 768 ss.
— cum amico 769 s.
— cum creditore 680 s., 769 s.
fiduciaria coëmptio 511
— tutela 550 s.
filiusfamilias 493 ss., 496 s.
— in potestate (condizione del) 501 ss.
— iustus 532
fiscus Caesaris 130, 300
flumen publicum 578
foenus nauticum 773 s.
fondazione 303 ss.
fonte del diritto 53 ss.
— (di cognizione) v. alterazioni testuali delle fonti
formalismo 344
— librale 344 ss.
forma negoziale 74 ss., 338 ss.
— libera 74, 341
— vincolata 74 s.
formula 210
— petitoria 596
— praeiudicialis 222
forza di legge 52
Fragmenta Augustodunensia 149 s.
— Vaticana 150
fraus creditorum 902 s.
— legi facta 352
fructus 312, 579 s., 598
fructus sine usu 698
fruttificazione 579 ss. e v. fructus
fundi arcifinii 577 ss.
fundus in agro Romano 572 ss.
— optimus maximus 574
— patrimonialis 677
— rei private 677
— stipendiarius et tributarius 619 ss.
funerum sumptus 860
furiosus 323 ss., 520, 544, 562 ss.
furtum 874 ss.
— conceptum 877
— manifestum 876
— nec manifestum 876
— non exhibitum 877
— oblatum 877
— prohibitum 877

Gaio 136 e v. Epitome Gai e Institutiones Gai
garanzia v. fiducia, hypotheca, pignus e stipulatio
genera furtorum 436 s., 879
— legatorum 436
gens 108, 479 ss.
— Tarquinia 114

gentilis 412
genus 313
—numquam perit 896
gestio negotiorum 378 ss., 386 s., e v. negotiorum gestio
gestio pro herede 421
gestione di affari altrui 82 s. e v. gestio negotiorum
gestum 699 s., 702
— per aes et libram 344 ss.
Giavoleno (Prisco) 135 ss.
giudizio v. actio, cognitio, processo
— divisorio 488 ss.
Giuliano (Salvio) 135 ss.
Giunio Bruto 128
giureconsulti v. giurisprudenza
giurisdizione 49 e v. iurisdictio
giurisprudenza classica 133 ss.
— preclassica 128
— postclassica 143 ss.
— — occidentale 143 s.
— — orientale 144
Giustiniano I 151 ss.
governo 48 s.
gradus cognationis 288 s.
gratuità del negozio giuridico 76 s.

Habere licere 798
habitatio 669 s.
hermaphroditus 515
heredis beneficia 428 ss.
— institutio 403 ss.
— — cum cretione 421
— — excepta re 405
— — ex certa re 405
hereditas 389 s.
— iacens 303 s.
hereditatis petitio 433
— — possessoria 434
heres ex asse 404 s. e v. heredis beneficia
— extraneus 420 s.
— necessarius 420
— pater 423
— substitutus 406
— suus 411
— — et necessarius 420
honorarium 816, 832
honor matrimonii 517 s., 519
humanitas 169
hyperoca 687
hypotheca 680 ss.

Iactus mercium 588, 818 s.
ἰδία κώμη 677
id quod facere potest 531 ss.
ignorantia iuris 366
illiceità del negozio giuridico 76
imaginaria venditio 591 s.
impensa 598 s.
imperator 137
imperfezione del negozio giuridico 86
imperium 137 s.
— domi militiaeque 118
— proconsulare maius et infinitum 129 s.
Imperium Romanum 117
impetratio dominii 687 s.
implantatio 582
impossibilità delle prestazioni 731
improbus intestabilisque 296 s.
impuber 322 s., 515, 543 s.
impuberis curator 566
imputazione del pagamento 728
inadempimento delle obbligazioni 892 ss.
— imputabile 895
— inimputabile 894
inaedificatio 582
inalienabilità della servitus 639
in bonis habere 616 s.
incapacità di agire 71, 543 ss.
— giuridica 70, 320 s.
— naturale 71
— successoria 422 ss., 521
incestum 525
— superveniens 522
incremento fluviale 577 ss.
incursio latronum 894
indebiti solutio 860 ss.
indefensio 238
in diem addictio 807
indignitas 424
individuazione del comando giuridico 92 ss.
— del senso giuridico 94 s.
inefficacia del negozio giuridico 86, 329 ss.
inesistenza del negozio giuridico 86 s.
inespressione della volontà 357 s.
infamatio 889
infamia 297
infans 322 s.
infantiae proximus 322
infantia maior 323
infermo di mente v. furiosus
infirmitas sexus 294

infitiatio 250, 885
ingenuus v. libertinitas
ingiustificato arricchimento 862 s.
in integrum restitutio 253 s.
— ex lege Laetoria 567
— ob dolum 363
— ob metum 364 s.
in iure cessio 348, 592 s.
— hereditatis 425 s.
— servitutis 647
— tutelae 560
— ususfructus 662
iniuria 871 ss.
— atrox 873
— legis Aquiliae 887
— su un servus 874
in ius vocatio 198 s., 234 s.
inofficiosum testamentum v. querela inofficiosi testamenti
inquisitio 244, 265
in rem versio 386
insanus 563
insinuatio apud acta 348 s., 625
inspector 897
institor 385
institutio heredis 403
Institutiones Gai 106, 137
— Iustiniani 153
instrumentum 348
— dotale 534
— privatum 343
— publice confectum 343
— quasi publice confectum 343
instrumentum fundi 312
— tabernae 312
insula in flumine nata 579
— in mari nata 587
integrazione analogica 92 s.
intentio 221 ss.
— certa 224
— incerta 224
— in factum concepta 224
— in ius concepta 223 s.
interdictio aqua et igni 284
interdictio prodigi 565 s.
interdictum 252 ss., 469
— adipiscendae possessionis 469 s.
— de aqua aestiva 655
— de aqua cottidiana 655
— de aqua cottidiana et aestiva 472
— de arboribus caedendis 575 s.
— de clandestine possessione 471
— de cloacis 655
— de fonte 472, 655
— de glanda legenda 576
— de itinere actuque privato 472, 655
— de itinere actuque reficiendo 655
— de liberis exhibendis ac ducendis 193
— de loco publico fruendo 672
— de migrando 689
— demolitorium 603
— de precario 851
— de servitutibus 655
— de superficiebus 472, 673
— de rivis 655
— de uxore exhibenda item ducenda 529 s.
— de vi 471 s.
— de vi armata 471 s.
— fraudatorium 902 s.
— momentariae possessionis 471
— quam hereditatem 433
— quem fundum 599, 690
— quem usumfructum 472, 665
— quod vi aut clam 603
— quorum bonorum 259, 434
— reciperandae possessionis 471
— retinendae possessionis 470
— Salvianum 689
— uti possidetis 470
— utrubi 470
interesse 56 ss.
— privato 57
— pubblico 57
interesse legittimo 58
interpellatio debitoris 901
interpolazione testuale 144 ss. e v. editoria
interpretatio pontificum 115
interpretazione del diritto 91 ss.
— del negozio giuridico 332 ss.
interrex 109 s.
interrogatio in iure 237 s.
— — — an heres sit 422
interrogatus spopondit 753
intervallum insaniae 563 s.
intestatus 410 s.
intrasmissibilità delle azioni penali 870
inutilità del negozio giuridico 331
invalidazione del negozio giuridico 86 ss., 329 ss.
invalidità del negozio giuridico 86 ss., 329 ss.
inventio 589
irregolarità del negozio giuridico 86
istituzione 50 s.

istruzione probatoria 243 s., 264 s.
iter 641 s.
— ad sepulchrum 623
iudex privatus 191, 199 ss.
iudicatum 246
iudicis nominatio 219 s.
— (arbitrive) postulatio 204 s.
iudicium (struttura del — formulare) 210, 219 ss., 227 ss.
— arbitrarium 215 s.
— bonae fidei 214 s.
— calumniae 239
— contrarium commodati 777 s.
— contrarium depositi 780
— curationis 570
— de moribus 537 s.
— domesticum 492 s.
— imperio continens 216 ss.
— legitimum 216 s.
— rescissorium 254
— strictum 214
— tutelae 570
iura (e leges) 139
iura praediorum 454, 630 ss.
— (regime) 646 ss.
— (tipi) 641
iurisdictio 198
— (luogo della) 231
— (tempo della) 231
— praetoris peregrini 123 s.
— praetoris urbani 125 s.
— voluntaria 231
iuris ignorantia 366
iuris possessio 474
iurisprudentia 128, 133 s., 143 s.
ius (potere giuridico) 271 s.
— abutendi 573 s.
— adcrescendi 431, 486 s.
— anuli aurei 292
— commercii 282
— connubii 282
— distrahendi 687
— eligendi 722
— emphyteuticarium 677 ss.
— exponendi 495
— in agro vectigali 675 s.
— in re 460
— noxae dandi 494
— offerendi 685
— operis novi prohibendi 603
— perpetuum 677
— possidendi 686 s.
— postliminii 281 s.
— prohibendi 482, 484
— protimeseos 679
— publice respondendi 133 s.
— retentionis 687 s.
— sepulchri 316 s., 891 s.
— suffragii 282
— tollendi 599
— trium vel quattour liberorum 521, 559
— variandi 722
— vendendi 495 s.
— vitae ac necis 493 s.
ius v. diritto
— aequum 168 s.
— civile Romanorum 115, 162
— — novum 124 s.
— — vetus 120 s.
— commune 172 s.
— criminale 866
— ex non scripto 169 s.
— ex scripto 169 s.
— extraordinarium 133
— gentilicium 111
— gentium 162
— honorarium 126 s.
— legitimum vetus 114 s.
— naturale 162, 167 s.
— novum 132 s., 139
— Papirianum 110
— praetorium 126 s.
— poenale 866
— pontificium 159
— privatum 156 ss., 165 ss.
— — (rapporti del) 268 ss.
— publicum 156 ss.
— — (leges publicae) 123, 160
— — (inderogabile) 161 s.
— — (materie del) 158 s.
— Quiritium 111
— sacrum 159
— singulare 172 s.
— strictum 168 s.
— vetus 130, 139
iusiurandum calumniae 239, 164
— in iure 242 s.
— in litem 245, 597
— voluntarium 840
iussum iudicandi 220 s., 241
iussum patris dominive 385 s.
iusta causa possessionis 467
— — traditionis 593 s.
— — usucapionis 627 s.

iustitia 168 s.
iustum praetium 794

Lacune del diritto 93
laesio enormis 794 s.
latifundum 457
Latini 283, 293
— Aeliani 614
— Iuniani 423 s., 615
Latinitas 293 s.
laudatio auctoris 799
laudemium 679
legare 393
legatarius pater 423
legatum 340, 395, 435 ss.
— crediti (testatoris) 436
— dotis 436
— — costituendae 436
— habitationis 669 s.
— instrumenti 436
— liberationis 436
— mundi muliebris 436
— nominis 436
— optionis 436
— partitionis 436
— penoris 436
— per damnationem 437 s., 852
— per praeceptionem 438
— per vindicationem 436 s., 647
— — — ususfructus 662 ss.
— pro dote 436, 534 s., 539
— sinendi modo 437, 852 s.
— sub condicione 373 s.
legatus Caesaris pro praetore 130
legem dicere 393
— ferre ad populum 122
Leges XII tabularum v. XII Tabulae
— Romanae Barbarorum 148 s.
leges emptionis et venditionis 802 ss.
— mancipi 592
leges publicae populi Romani 122 s., 131 e v. ius publicum
— regiae 110
legge 51 s.
— costituzionale 54
— meramente formale 51
— sostanziale 51
legge delle citazioni 143
legis actio 195 ss.
— — (negoziale) 197
— — damni infecti 601
— — per condictionem 205
— — per iudicis arbitrive postulationem 204 s.
— — per manus iniectionem 205 s.
— — per pignoris capionem 207
— — per sponsionem 596
— — sacramenti 201 s.
— — — in personam 203 s.
— — — in rem 202 s.
legislazione 48 s.
legislazione matrimoniale augustea 520 ss.
legitimatio 526
— per oblationem curiae 526
— per rescriptum principis 526
— per subsequens matrimonium 526
legittima difesa 193 s.
legittimazione al negozio giuridico 83
lex Aebutia de formulis 209
— Aelia Sentia 294, 614
— Anastasiana 741
— Apuleia de sponsu 758
— Aquilia de damno 883 s.
— Atilia de tutela 548, 560 s.
— Atinia 590
— Canuleia 517
— Cicereia de sponsu 758
— Cincia de donis et muneribus 843
— Claudia de tutela mulierum 560
— Cornelia (Sullae) de captivis 282
— — de sponsu 758 s.
— XII tabularum v. XII Tabulae
— Falcidia de legatis 440
— Fufia Canina 614
— Furia 440
— Furia de sponsu 758
— Iulia de adulteriis coërcendis 529 s.
— — de adulteriis (del 18 a.C.) 525 s.
— — de bonis cedendis 257
— — de collegiis 302
— — de maritandis ordinibus 521
— — de vicesima hereditatum 410
— — de vi privata 194
— — et Papia 422 s., 520 s., 559
— — et Titia de tutela 552
— — iudiciorum privatorum 209
— — Velleaea 404
— Iunia Norbana 294, 423, 614 s.
— Laetoria de circumscriptione adulescentium 567
— Licinia Mucia 283
— Minicia 283
— Papia Poppaea nuptialis 520 s.
— Plautia de vi 194, 590

— Poetelia Papiria de nexis 206
— Publilia de sponsu 758
— Rhodia de iactu 819
— Romana Burgundionum 149
— Romana Wisigothorum 149
— Scribonia de usucapione servitutium 649
— Vallia 207
— Voconia 440
lex collegii vel sodalicii 302
— commissoria 687 s., 805
lex generalis 140
— imperfecta 352
— in privos lata 172
— minus quam perfecta 352
— perfecta 352
— specialis 140
libellus contradictionis 263
— conventionis 263
liberi in mancipio 495 s., e v. filiusfamilias
— naturales 526
Liber Syro-Romanus iuris 150
libertas 279 ss.
— Claudiana 611
libertinitas 290 s.
libertorum tutela 550 s.
libertus nullius 290 s.
— orcinus 290
libri ad 134
— ad edictum 134
— iuris civilis 134
libri contabili del pater familias 762 s.
lictores 110
limes 574 s.
limitatezza dell'oggetto giuridico 307
lis 203
litem suam facere 891
lite temeraria 239
litigator 231 s.
litis aestimatio 586, 597
— contestatio 199, 264
— — formulare 239 ss.
— denuntiatio 263
litiscontestatione teneri 239 ss.
liti subsistere 592
litterae dimissoriae 266
Luceres 108
luci e prospetti 623
locatio (conductio) 807 ss.
— in perpetuum 812
— operarum 814 ss.
— operis 817 s., 897
— rei 810
— — suae 810
— ususfructus 663
longissimi temporis praescriptio 628 s.
longi temporis praescriptio 625 s., 649
— — — ususfructus 663
locus purus 316
— religiosus 316

Maggioranza (delle quote) 485 ss.
mala fides superveniens 628
maleficium 866
malinteso negoziale 79, 359
magis imperii quam iurisdictionis 251
magister bonorum 257 s.
— navis 384
— officiorum 138
magistratura 117 ss.
magna negligentia debitoris 899
mancanza di serietà negoziale 78
mancipatio 340 s., 344, 590 ss.
— dei sottoposti liberi 496
— servitutis 647
— uxoris 499
mancipium 449 ss., 462
mandatum (imperiale) 131 s.
mandatum (susceptum) 829 ss.
— ad custodiendum 779
— aliena gratia 831
— incertum 832
— mea et aliena gratia 831
— mea et tua gratia 831
— mea gratia 382, 830
— morte resolvitur 833
— pecuniae credendae 835
— post mortem 833
— rei turpis 832
— tua et aliena gratia 831
— tua gratia tantum 831
manifestazione negoziale 77 ss., 338 ss.
Manio Manilo 128
manum depellere 207
manumissio censu 349, 612
— dei liberi in mancipio 496
— in Ecclesia 615
— in fraudem creditorum 614
— inter amicos 614
— iure praetorio 612 s.
— iusta ac legitima 611 s.
— per epistulam 614
— per mensam 615
— testamento 612

— vindicta 349, 611
manus 449 ss.
— maritalis 497 ss.
manus iniectio 205
— giudiziale 205 s.
— stragiudiziale 197
manutenzione della cosa locata 813 s.
Marcello (Ulpio) 136
Marciano (Elio) 137
Marco Porcio Catone 128
Massurio Sabino 134 s.
materfamilias 287 s.
matrimonium 509 ss. e v. nozze e nuptiae
— (effetti) 527 ss.
— (e possessio) 513
— cum manu 511
— iniustum 515, 518
— iuris gentium 517
— iustum ac legitimum 514 s.
— sine manu 512
melioratio fundi 679
membrum ruptum 872
mentecaptus 563
mera capacità di agire 324
mercenarius 814 s.
merces 808, 811
merx 791 s.
— peculiaris 385
metodo di esposizione del diritto romano 104 ss.
metus (in conficiendo negotio) 364 s.
militare v. testamentum militis
militia armata 138
— civilis 502
— palatina 138
miniera 623
minores XXV annorum 323 s., 567
minorum cura 566 ss.
minus petere 247
missio in bona rei servanda causa 256
— in possessionem 255, 683
μισθοπρασία 678
Modestino (Erennio) 137
modo negoziale 84, 370
modus 84, 370
modus servitutis 636
mohatra 771
momentaria possessio 471
monogamia 510, 516
monstrum vel prodigium 277
mora accipiendi 728 s.
— solvendi 900 ss.
mores familiari 493
— maiorum 110
mors litis 241
morte 279, 501
morte Cincia removetur 844
mortis causa 392, 396 ss.
— — capio 397 s.
— — donatio 397
motivo negoziale (illecito) 351 s.
Muciani 128
Mucio Scevola 128
mulier 544 ss. e v. donna, femina, materfamilias, sesso femminile
— in manu 496
mulieris curator 566
mundus muliebris 436
municipium 300 s.
— civium Romanorum 117
munus publicum 456
mutamento dello stato di luoghi 652
mutatio iudicis 241
mutua petitio 734
mutuum 770 ss.

Nascita 278
— ex ancilla 610
natura 167 s.
— debere 709
naturalis ratio 163
nauta 842, 897
nave v. exercitor navis e nauta
nazione 47
necessaria dos 534
nefas 110 e v. fas
neglegentia (magna) debitoris 899
negotiatio sagaria et lintearia 826
negotiorum gestio 378 ss., 386 s., 856
— del curatore 569
— del tutore 556
— necessaria 379
negotium alienum 858
— imaginarium 358 s.
— pure factum 370
— prohibente domino coeptum 859
— utiliter coeptum 858
negoziazione per nuntium 381 s.
negozio giuridico 71 ss., 327 ss.
— a causa plurima 76 s., 354 s.
— a forma complessa 348 s.
— a forma libera 341
— a prestazioni corrispettive 76
— astratto e tipizzato 75, 354
— bi- o plurilaterale 74

— collettivo 74
— complesso 74
— contra bonos mores 353
— contra legem 352
— dissimulato 360
— formale 74 s.
— gratuito o oneroso 76 s.
— illecito 76
— in fraudem legis 352
— iniustum 351
— inter absentes 381 s.
— innominato 354
— librale 344 s.
— plurisoggettivo 73 s.
— simulato 360
— sinallagmatico 77
— solenne 74 s.
— tacito 358
— tipico 76, 354
— unilaterale 73
— verbale 346
nemini res sua servit 636
nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest 396
neptis ex fratre 515
Nerazio (Prisco) 135
nex 493 s.
nexi datio 345 s., 697
— liberatio 696
nexum 695 s.
nexus 295 s., 497, 696
nome (delle persone) 288 s.
nomen bonum 740
— verum 740
nomen transcripticium 764
nominatio iudicis 219 s.
nominatio potioris 560 s.
νόμος ἄγραφος 171
— ἔγγραφος 171
non liquet 245
non usus 663 s.
— — servitutis 650 s.
norma giuridica 51 ss.
normalità fisica e psichica 323
normativa giuridica 52
normazione (fatti di) 53
nossalità 868
notarius 343
nova species 585
novatio 735 ss., 754
Novellae (Constitutiones) Iustiniani 154
— Theodosiani 147
nozze tra adfines 515 s.
— tra cognati 515 s.
noxa 868
noxae dandi ius 494 ss.
— deditio 868
noxae datus 496
nudum pactum 837
nullità del negozio giuridico 86 ss., 331
nunciatio novi operis 602 s.
nuncius 82, 381 s.
nuncupatio 340 s.
— testatoris 400
nuntius 82, 381 s.
nuptiae 509 ss.
— secundae 524 s.

Obbligo 58
oblatio 729
obligatio 201 ss., 697 s.
— alimentorum 854 s.
— alternativa 722 s.
— ambulatoria 718
— auctoritatis 592
— consensu contracta 778 ss.
— contracta 700 s.
— cum facultate alternativa 722
— cumulativa 714
— da cause non convenzionali 851 ss.
— da conventione sine nomine 844 ss.
— di responsabilità primaria 865 ss.
— — — secondaria 892 ss.
— ex contractu 702, 778 ss.
— ex delicto 701
— ex empto et vendito 787 ss.
— ex indebiti solutione 860 ss.
— ex locato et conducto 807 ss.
— ex mandato 829 ss.
— ex negotiorum gestione 855 ss.
— ex pacto 836 ss.
— ex societate 819 ss.
— generica 722 s.
— honoraria 708
— indivisibile 721
— in solidum 715 ss.
— iudicati 246
— litteris contracta 761 ss.
— naturalis 709 ss.
— — del filiusfamilias 711
— — dello schiavo 710 s.
— — del pupillo 712
— non contracta 836 ss.
— pro parte 713
— propter rem 718

— pro se (del filiusfamilias) 326
— re contracta 766 ss.
— — — in senso improprio 775 ss.
— verbis contracta 742 ss.
— usuraria 723
obligatus 713
occupatio 586 ss.
officium admissionum 138
officium pietatis 417
oggetto giuridico 56
— del ius privatum 305 ss.
onera matrimonii 533 ss.
onere giuridico 59
— negoziale 84, 369 s.
onerosità del negozio giuridico 76 s.
operae animalium 671
— liberales 815
— libertorum 291
— servorum 670 s.
operis novi nunciatio 602 s.
optio servi 436
opus locatum 817 s.
oratio principis in senatu habita 131, 139 s.
oratio Severi (del 206) 336, 531
— Severi de tutela 557 s.
orator 232
orbus 423, 521
orda 45
ordalia 190
ordinamento giuridico 43 ss. e v. diritto e ius
— politico 46 s.
— sociale 45 s.
— statale 47
— — quiritario 110
ordine giuridico 65 ss.
— — privato 319 ss.
ordo unde cognati 414
— unde legitimi 413
— unde liberi 413
— unde vir et uxor 414
organizzazione giudiziaria 231
organizzazione sociale 45
origo 283
os fractum 872

Pacta nuptialia 518
pactio et stipulatio 648, 663
pactum 827
— adiectum 837
— commissorium 687 s.
— de distrahendo pignore 687
— de non distrahendo pignore 687
— de non petendo 734
— de non praestanda evictione 799
— de praestandis usuris 753
— de retroëmendo 805 s.
— de retrovendendo 805 s.
— displicentiae 806
— donationis 842 s.
— degustationis 807
— dotis 534 s.
— fiduciae 769
— iurisiurandi 840
— legitimum 837
— ne dolum praestetur 362, 898
— nudum 837 s.
— praetorium 838
— protimeseos 806
— quo minus solvatur 429, 727 s.
pagamento 723 ss.
— del terzo 725
Pandectae Iustiniani 153
Paolo (Giulio) 136
Papiniano (Emilio) 136
παραγραφή 620 s.
parapherna 540 s.
parentela v. adgnatio e cognatio
pars (nel processo) 231 s.
pars pro actore 220
— pro reo 220
pars 311 s.
— pro indiviso 311
— quota 485
parti processuali (contraddittorio) 191, 231 ss.
passaggio (attraverso fondi) 623
partus (editus) 278
— ancillae 312, 512
— nondum editus 278
— perfectus 278
paterfamilias 285, 491 ss.
— fiduciarius 504
— quem nuptiae demonstrant 532
— solitarius 423, 521
patientia 648
patres (assemblea dei) 108 s.
patria potestas 492 s., 500 ss.
patrimonio (giuridico) 63
patrimonium 272 s.
— (contitolarità del) 477 s.
— furiosi 564

— pupillare 557 s.
patrimonium principis 138
patronatus 290 ss.
patronus 232
patti successori 396
praefectura (imperiale) 138
praepositus sacri subiculi 138
pragmatica sanctio 140
Pauli Sententiae 149
pauperies 869
peculium adventicium 503, 504
— castrense 501 s., 504
— profecticium 501, 504
— quasi castrense 502, 504
— servile 608
pecunia 452
— constituta 839
— traiecticia 773 s.
pegno giurisdizionale 682
pensio 672
penus legata 436
perceptio fructuum 580
perdita del connubium 522
peregrinitas 292 ss.
peremptorium 264
perfectio dell'emptio venditio 795
periculum rei venditae 796
permutatio 793 s., 848
perpetuatio obligationis 892, 902
perpetuità della causa servitutis 638
perquisitio lance licioque 877
persecutio 188
persona 274
— in causa mancipii 495 s.
— in potestate mancipio manu matrimonio 492
— sui iuris 285
personalità dell'usufrutto 661
pertinenza 311
pesca 587
petitio 188
— hereditatis 433
petitum processuale 225
pia causa 303
pictura 584 s.
pietas erga principum 417
pignoris capio 207, 684
pignus 680, 775
— conventum 681 s.
— datum 681 s.
— di cosa futura 684
— fructuum 684
— generale 683
— Gordianum 688
— in causa iudicati captum 266, 683
— nominis 684
— pignori datum 684
— publicum 685
— quasi publicum 686
— rei alienae 684
— speciale 683
— su iura in re aliena 684
— tacitum 683
piscatio 587
plebiscitum 123
plebs 112
plumbatura v. ferruminatio
pluralità di successores 440
— di tutores 555
pluris petitio 247
poenae stipulatio 755
poena temere litigantium 240
pollicitatio 853
Pomponio (Sesto) 136
pontifex 115, 190
popolo 47
populus Romanus Quiritium 116, 300
portavoce 82
portio debita 418
positum vel suspensum 890 s.
possessio 452, 465 ss., 466, 476
— ad interdicta 468 ss.
— — — anomala 472
— ad usucapionem 464, 626
— animo retenta 477
— arcaica 452
— bonorum 259, 395
— civilis 467, 626
— clandestina 471
— corporalis 468
— corpore retenta 477
— del creditore pignoratizio 470
— del dominus proprietatis 660
— dell'ususfructuarius 659 s.
— del nudo proprietario 470
— del precarista 470
— del sequestratario 470
— del titolare di ius in agro vectigali 470 ss.
— iuris 474
— momentaria 471
— naturalis 468
— pro alieno 468, 469
— pro suo 468, 469
— vacua 798
— vitiosa 470 ss.

possessio vel ususfructus degli agri provinciales 619 ss.
possessor pro herede 634
— pro possessore 434
possidere 462 e v. possessio
postliminium 282
postulatio actionis 232, 236 s.
— tutoris 560
postumus 403 s.
— alienus 407
— Aquilianus 404
— Iulianus 404
— suus 404, 407
— Vellaeani 404
potere giuridico 58 ss., 271
poteri pubblici 48 s.
potestas 449 ss.
— dominica 454, 604 ss.
— patria 492 ss.
— sui liberi in mancipio 495 s.
potioris nominatio 560 s.
potis esse 462
— sedere 462
praeceptio 438
praeceptum iuris civilis 165
praedes 747
— litis et vindiciarum 203
— sacramenti 202
praediatura 747
praeiudicium 222 s.
— ex lege Cicereia 758
praemium emancipationis 504 s.
praeposito procuratoria 382
praerogativa temporis 504 s.
praescriptio 228 s.
praescriptio longi temporis 620 s., 625 ss.
— — — (obligationum) 734 s.
— longissimi temporis 628 s.
praeses provinciae 118
praestare custodiam 896 s.
praesumptio iuris 265
— Muciana 530
praeteritio degli heredes sui 416
— liberorum 416 s.
praetor 118 s.
— fideicommissarius 261, 442
— liberalium causarum 261, 610
— peregrinus 123 s.
— tutelaris 261, 560
— urbanus 124 ss.
praetor legionis 114
praetores (= consules) 114
precarium 850 s.
prelegatum 435 s.
prestazione 698 ss., 719 s.
— in luogo di adempimento 726 s.
presunzione di paternità 532
pretesa 58
pretium 793
— iustum 794
prigionia di guerra v. ius postliminii e redemptus ab hostibus
princeps Reipublicae 107
principatus 129 s.
privilegia 685 s.
privilegium 172 s.
probatio 244 s.
— diabolica 589 s.
procedibilità contumaciale 262
procedimento giurisdizionale 96
procedura 96, 192
— extra ordinem 260 s.
— formulare 213, 231
— — (mezzi complementari della) 251 ss.
— — per sponsionem 596
— interdittale 252 s.
— per legis actiones 195 ss.
— per formulas 213 ss., 231
— per rescriptum 267
processo giurisdizionale 96 ss.
— cautelare 98
— di cognizione 97
— di esecuzione 97 s., 266
proconsul 119, 130
procreazione ex iustis nuptiis 501
Proculiani 135
Proculo 135
procuratio in rem suam 739
procurator 233, 381
— ad litem 382
— falsus 387
— in rem suam 739
— omnium bonorum 387
— praepositus unius negotiationis 382
prodigium 277
prodigus 323 s., 544 s., 565
produzione del diritto 53 s.
profecticia dos 534
profecticium peculium 502
professio liberorum 277 s.
pro herede gestio 421
promissio dotis 534 s., 754
— iurata liberti 292, 745 s.
pronuntiatio iudicis 245 ss.
propraetor 130

proprietà pretoria 616 ss.
propter usumfructum possidere 470
proscriptio bonorum 256
prospectus 622 s.
provincia populi Romani 130
— Caesaris 130
pubertas 322 s., 515
pubertati proximus 322 s.
publica 826
publicani 825 s.
pudicitia adtemptata 888 s.
pupillus (sine tutoris auctoritate) 555 s.
purgatio morae 902

Quadrans 430
quaestio 134
quaestor 118
— parricidii 110
— sacri palatii 138
qualificazione giuridica 55 s.
— oggettiva (regolare) 306 ss.
— soggettiva (regolare) 276 ss.
quanti A.i. A.i. interest (intererit, interfuit) 226
— ea res est (erit, fuit) 225 s.
quantum iudici aequum (et bonum) videbitur 226
quarta Falcidia 440
— Pegasiana 442
quasi ex contractu 706
— ex delicto 706
— possessio 472, 474
— traditio 648, 663
— ususfructus 665 ss.
querela inofficiosae donationis 419
— inofficiosae dotis 419
— inofficiosi testamenti 417 ss.
— non numeratae pecuniae 751
qui dolo desiit possidere 597
quidquid dare facere oportet 226
qui liti se optulit 596
quincunx 430
Quinquaginta decisiones 151
quota 485 ss.
— ereditaria 430

Ramnes 108
rapina 881 s.
rapporti del ius privatum 268 ss.
— assoluti 447 ss.
— — dominicali 571 ss.
— — familiari 455 s., 491 ss.
— — in re aliena 630 ss.
— — parafamiliari 456, 542 ss.
— relativi 693 ss.
— — di responsabilità primaria 865 ss.
— — di responsabilità secondaria 892 ss.
rapporto giuridico 55 ss.
— ad diem 372
— ad esecuzione coatta 61
— ad esecuzione libera 62
— assoluto 60
— — improprio 61
— ex die 372
— relativo 60 s.
— — di debito 61
— — di responsabilità 61
rappresentanza 82 s., 378 ss.
ratihabitio mandato comparatur 834
rauduscullum 591
realizzazione del diritto 90 ss.
receptum arbitrii 840
receptum argentarii 842
— nautarum, cauponum stabulariorumque 841
redemptio ab hostibus 296, 497
regime delle acque 623
registri dello stato civile 277 s.
regula Catoniana 337, 441
rei vindicatio 203, 340, 595 ss.
— — partiaria 490
relocatio tacita 811 s.
remancipatio al pater 504
remissio pignoris 688
— servitutis 650
— ususfructus 663 s.
remotio del tutor Atilianus 553
rem tenere 468
repetitio ususfructus 664 s.
replicatio 229 s.
repromissio praetoria 255
repudium 523
res 309 ss.
— aliena 792
— communis civitatis 317
— communis (omnium) 317, 587
— credita 703
— derelicta 588
— divinis iuris 316 s.
— extra commercium 316
— — — humani iuris 316
— extra patrimonium 316
— furtiva 590

— habilis ad usucapionem 590, 626
— hostium 587
— in bonis alicuius 318
— in commercio 315
— incorporalis 306
— in patrimonio 316
— inventa in litore maris 587
— locata 810 s.
— mancipi (e nec mancipi) 314
— nullius 318, 587
— pignerata 682
— publica 138, 318
— quae ex pluribus inter se cohaerentibus constat 311
— quae ex pluribus inter se distantibus constat 311
— quae in genere functionem recipit 313
— quae gregatim habetur 310
— quae pondere numero mensura consistit 313
— quae uno spiritu continetur 310 s.
— quae usu consumitur 313
— quae usu minuitur 313
— quae venit 791 s.
— religiosa 317
— sacra 316 s.
— sancta 317
— sperata 792
— vi possessa 590
res amotae 531
res inter alios acta 249
— in iudicium deducta 240 s.
— iudicata 248 s.
res privata principis 138
rescissione del negozio giuridico 89
rescriptum 132, 140
— Marci Aurelii de compensatione 733
reservatio 358
resolutio mandati 833
respondere ex auctoritate principis 134
responsabilità (rapporto di) 61 s.
— contrattuale 892 ss.
— da damnum iniuria datum 883 ss.
— da fraus creditorum 900 ss.
— da furtum 871 ss.
— da iniuria 871 ss.
— da mora solvendi 900 ss.
— da rapina 871 ss.
— del tutore 553
— ex delicto (del sottoposto) 326
— penale da atto illecito 866 s.
— per evizione 798 s.
— per vizi occulti 799 s.
responsum 134
Respublica Romana nazionale 116 s.
— — universale 128 s.
— postclassica 137 s.
restituere in integrum 254
restitutio in integrum 253 s., 902
— ob fraudem 902
restitutio natalium 292
restituzione della dote 537
retentio propter res amotas 538
— propter impensas 538
— propter liberos 537
— propter mores 537
— propter res donatas 538
retratto litigioso 741
retroattività della condizione 374
reus 713
reverentia coniugale 529
reversio ad dominum 590
revoca del negozio giuridico 87 s.
— del testamento 407 s.
revocatio in servitutem 292, 610
revocazione del negozio giuridico 89
rex (arcaico) 109 s.
— sacrorum 114
riduzione del negozio giuridico 87 s., 336 s.
rinuncia all'eredità 421 s.
risarcimento dei danni v. damnum (iniuria datum)
riserva mentale 79
risoluzione del negozio giuridico 85 s., 90
rivoluzione della plebs 113 s.
rogatio legis 122
Roma 108
rutum et caesum 311 s.

Sabiniani 135 s.
Sabino (Massurio) 134 s.
sacra publica populi Romani 201
sacramento provocare 201
sacramentum 201 s.
sacrorum detestatio 506
saltus hiberni et aestivi 477
Salvio Giuliano 135 s.
sanatoria del negozio giuridico 89, 335 ss.
satio 581 s.
satisdatio (praetoria) 255
— damni infecti 601

— ex operis novi nunciatione 603
— iudicatum solvi 598
— pro praede litis et vindiciarum 598
— rem pupilli salvam fore 554
satisfactio 724
— actori 246
Scevola (Mucio) 128
schiavitù 604 ss.
Schola Palatina 138
Scholia Sinaitica 150
scientia fraudis 903
scioglimento del matrimonium 521 ss.
scrinia imperiali 138
scriptura 584
scriptura (forma negoziale) 342 ss.
sectio bonorum 256
secundae nuptiae 524 s.
semel heres semper heres 405
semel testator semper testator 408
semis 430
senatus 109 s., 120, 131
— populusque Romanus 116
senatusconsultum (normativo) 131
— Iuventianum 434
— Macedonianum 773
— Neronianum (adversus falsarios) 343
— — de legatis 336, 439
— Orfitianum 414
— Pegasianum 442
— Silanianum de servis 610
— Tertullianum 414
— Trebellianum 442
senex coëmptionalis 561
sententia 199, 245 ss., 265
— (esecuzione della) 250 s.
separatio bonorum 427 s.
— fructuum 580
Septimontium 108
septunx 430
sepulchrum 316
— familiarum e hereditarium 316
— violatum 891
sequester 781
servandum dare 778
Serviani 128
servilis adfinitas 608
— cognatio 608
Servio (Sulpicio Rufo) 128
servitus (rerum) 631
— actus 641
— altius non tollendi 644
— altius tollendi 645 s.
— anomala 645
— aquaeductus 641
— aquae haustus 643
— arenae fodiendae 643
— calcis coquendae 643
— cloacae 644
— cretae eximendae 643
— divisa 639
— fluminis 643 s.
— in faciendo consistere nequit 640 s.
— in solo 642
— in superficie 642
— irregolare 644 s.
— itineris 641
— legis 622 s.
— luminibus officiendi 646
— mancipi 641
— nec mancipi 641
— negativa 641
— ne luminibus officiatur 644
— ne prospectui officiatur 644
— oneris ferendi 640, 644
— pecoris ad aquam adpulsus 643
— pecoris pascendi 643
— personarum 631
— positiva 640 s.
— praediorum 630 ss.
— praetoria 644
— proiciendi 644
— protegendi 644
— provinciale 645
— rustica 642 s.
— stillicidii 643 s.
— stillicidii non avertendi 646
— tigni immittendi 644
— urbana 642 s.
— viae 641 s.
servitus (schiavitù) v. schiavitù e servus
— poenae 610
servus 604 ss.
— (servi loco) 295, 496
— actor 381
— communis 486
— cum libertate heres institutus 420
— fugitivus 477
— fisci 298
— glaebae 298
— publicus 608, 676
sesso (femminile) 294, 323 e v. donna, femina e materfamilias
Sesto Elio (Peto Cato) 128
sextans 430
sexus muliebris 294 s., 323 e v. sesso
silenzio 358

simulazione negoziale 79 s., 359 ss.
sinallagma negoziale 77
sistematica giurisprudenziale romana 105 ss.
— civilistica 105
— edittale 106
— istituzionale 106
situazione giuridica subbiettiva 57
socialità o statalità del diritto 50 s.
società apolitica 46
— politica 46 ss.
— umana 44 ss.
societas 819 ss.
— argentaria 826
— danistaria 826
— in tempus coita 825 s.
— iuris civilis 481
— leonina 825
— omnium bonorum 822 ss.
— omnium bonorum quae ex quaestu veniunt 822
— publicanorum 825 s.
— re contracta 821
— unius negotiationis 822 ss.
— vectigalis 825 s.
— venaliciaria 826
sodalitas 301 ss.
soggettività giuridica 56 ss., 70, 276 ss.
soggetto del ius privatum 276 ss.
— giuridico impersonale 299 ss.
— limitato 70, 289 ss.
soggezione 58
solacium filiorum amissorum 508
solarium 671, 672
solutio 273 s.
— indebiti 860 ss.
— per aes et libram 346, 697, 729 s.
soluti retentio 709 ss.
sors 723
sostituzione nell'attività negoziale 82 ss., 378 ss.
— al pupillus 556
sovranità 46
spado 515
spatium deliberandi 422
specificatio 585 s.
sponsalia 526 s.
sponsio 747 ss., 757 ss.
stabularius 841
statalità o socialità del diritto 49 s.
stato 46 ss.
— a struttura complessa 47
— composto 47
— federale 47
stato di necessità 193 s.
stato personale (status) 55, 275
— (status) civitatis 275
— familiae 275
— libertatis 275
— personae 275
— quaestio 609
— servorum 608 ss.
statuliber 612
statuto (politico) 54
stipendium 619
stipulatio 346 s., 747 ss.
— alteri 749 s.
— Aquiliana 754 s.
— de dote restituenda 535, 754
— de evictione 798 ss.
— di garanzia 757 ss.
— duplae 799
— habere licere 799
— in alterum 749 s.
— iuris gentium 166, 748
— novatoria 754 s.
— poenae 756 s.
— post mortem 750
— praetoria 254 s.
— usurarum 753
stirps 411
storicità del diritto 49
studio del diritto romano 102 ss.
stuprum 525
subpignus 684
substantia 273
substitutio heredis 405 s.
— pupillaris 405 ss.
— vulgaris 405 s.
successio in ius 388 ss.
— (inter vivos) 391 s., 505
— (mortis causa) 388 ss., 392
— fidecommissaria 411 ss.
— graduum (nella tutela) 550
— in singulas res 392, 435 ss.
— in universum ius (successio in locum et ius) 390 s.
— necessaria 415 ss.
— possessionis 626
successione 66 ss.
— inter vivos 66
— mortis causa 66 s.
— particolare 67
— universale 67
successor 391
sudditanza 47

sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi 416
sui iuris 285 ss.
— (come oggetto giuridico) 308 s.
— incapace di agire 542
summa sacramenti 201 s.
— vadimonii 236
summaria cognitio 267
sumptus funerum 860
superficies 671 ss.
— solo cedit 582
supplicatio 266
suspensum 890 s.
συνάλλαγμα 702, 704
suus heres 411
syndicus municipii 301
syngrapha 348 s., 765
Synopsis Basilicorum 154

Τὰ Βασιλικά 154
tabella cerata 342
tabelliones 343
taberna v. actiones adiecticiae qualitatis e instrumentum tabernae
tabula picta 584 s.
tantundem eiusdem generis 771
taxatio 228
— in id quod facere potest 531 ss.
— in id quod fieri potest 727 s.
temeritas agentium et eorum cum quibus ageretur 239
tempestas 894
tempo 319
— (tempus) continuum 319
— ad deliberandum 422
— ad usucapionem 628
— lugendi 524
— utile 320
temporaneità dell'usufrutto 662
teneri honoraria actione 708
teoria generale del diritto 49 s.
termine 85, 370 ss.
— finale 371 s.
— iniziale 371 s.
territorio 47
testamenti factio 406 s.
testamentum 398
— (apertura del) 410
— apud acta conditum 401
— calatis comitiis 340, 349, 399
— desertum 408
— inofficiosum 418 ss.
— in procinctu 402
— iure praetorio factum 400 s.
— militis 402
— parentis inter liberos 403
— per aes et libram 341, 349, 399 s.
— per holographam scripturam 401
— per nuncupationem 400, 401
— revoca (del) 407 s.
— ruptum 408
— ruri conditum 402
— tempore pestis conditum 402
— tripertitum 401 s.
testatio 346
— cum chirografo coniuncta 343
testimonia humana 245 s.
testis 340 e v. testatio, testimonia umana e unus testis
textura 583
thesaurus 589 s.
tignum iunctum 582 s.
tinctura 584
tipicità della servitus 634
Tipucitus 154
Tities 108
Tituli ex corpore Ulpiani 149
titulus ad usucapionem 627
— pro suo 627
— putativus 627 s.
tollere liberos 284, 532
tormenta 245
traditio 624 ss.
— brevi manu 624
— chartae 343
— ex iusta causa 593 ss.
— ficta 594 s., 624
— longa manu 594, 624
— per chartam 625
— servitutis 648
— symbolica 594, 624
transactio 734, 849
transcriptio a persona in personam 765
— a re in personam 764 s.
translatio iudicii 241
— legati 441
— possessionis 598
transmissio delationis 426
trasposizione di soggetti 218
tresviri capitales 200 ss.
tria momenta 407
— nomina 289
— verba praetoris 198 s.
Triboniano 151
tribunicia potestas 129

tribunus plebis 118
tribus 108
tributum 619
— sui fundi in agro Italico 622
triens 430
trinoctii usurpatio 512
triplicatio 230
turpitudo 296 s.
tutela 545 ss.
— fiduciaria 550 s.
— impuberum 322, 546 ss.
— libertorum 550 s.
— mulierum 323, 558 ss.
tutela giuridica privata 91 s., 96 ss., 186 ss.
tutor mulieris legitimus 560 s.
— Atilianus 548, 552 ss., 560
— cessans 555
— cessicius 560
— dativus 548 s.
— decretalis 552 ss.
— fiduciarius 561
— legitimus 548, 550 s.
— testamentarius 547 s., 549
— testamento datus 559

Ubi tu Caius et ego Caia 498
Ulpiano (Domizio) 136
uncia 430
universitas (cd. iuris) 273
— facti 310
— rerum 311
unus casus 595
unus testis 265
uso 54
usucapio 463, 625 ss.
— libertatis 651 s.
— pro herede 425 s.
— servitutis 649 s.
— ususfructus 663
usurae 723
— moratoriae 901
usureceptio 680 s., 769
usurpatio 626
— trinoctii 512
usus 463 ss., 464 ss.
— maritalis 499
usus (sine fructu) 667 s.
ususfructus 655 ss.
utendum datum 776
utilità dell'oggetto giuridico 306
utilità del negozio giuridico 329 ss.
utilitas fundi 637 s.
utiliter coeptum 858 s.
utilizzazione del negozio giuridico 86, 325 ss.
uxor in manu 497 ss.

Vacua possessio 798
vades 746 s.
vadiatura 746 s.
vadimonium 235 ss.
— purum 236 s.
validità del negozio giuridico 329 ss.
— sopravvenuta 337
valore di legge 52
variae causarum figurae 705
Vaticana Fragmenta 150
vectigal 675
vectigalia 826
vedovo v. secundae nuptiae
venalicia 826
venditio (emptio) 784 ss.
— bonorum 256 ss.
— ex lege praediatoria 747
— imaginaria 591
— in vacuum 747
— ususfructus 663
venia aetatis 323
verba 356
— certa 346
— legitima 198
versio in rem 386 s.
verus procurator 387
vestales 559
vetustas 649 s.
via 641
vim vi repellere licet 194
vindex 207 s., 235
vindicatio 203, 340, 595 ss.
— caducorum 423
— in libertatem 610
— in servitutem 610
— partiaria 490
— pignoris 689
— servitutis 652 ss.
— ususfructus 665
vindiciae 203
vindicta 203
violenza fisica 78, 359
— morale 81, 360 ss.
vis 194 s.
— absoluta 359
— atrox 195

— compulsiva 364
— maior 894
vis ac potestas in capite libero 545
vita 277 s.
vitae necisque ius 493 s.
vitalità (del nato) 277
vitalità del negozio giuridico 86
vizi della volontà negoziale 80 s., 360 ss.
vizi occulti della merce 799 ss.
— della res locata 813
vocatio ad hereditatem 396, 419
— ab intestato 410 ss.
— — — iure civili 410 ss.
— — — iure honorario 412 ss.
— — — liberti 412
— contra testamentum 415 ss.
— ex testamento 398 ss.
volontà negoziale 77 ss., 356 ss.
— coniugale 519 ss.
— inespressa 357 s.
— (manifestazione) 357 ss.
— (vizi) 360 ss.
voluntas 356 ss. e v. errantis nulla voluntas
votum 853 ss.
vulgo conceptus 287, 526

Finito di stampare
nella tipo-lito-fotocomposizione
SAGRAF - Napoli
nel dicembre 1976