ANTONIO GUARINO

DIRITTO PRIVATO ROMANO

DODICESIMA EDIZIONE

EDITORE JOVENE NAPOLI

DIRITTI DI AUTORE RISERVATI
© Copyright 2001 by Jovene - Napoli

Sono riservati all'editore i diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi microfilm, compact disc, fax e fotocopie).

I volumi originali sono individuati dalla edizione a stampa e dai contrassegni e firme apposti su di essi a tutela dei diritti di autore. *Le riproduzioni totali o parziali* mediante fotocopie verranno denunciate per evasione fiscale. Esse saranno inoltre perseguite *in sede civile e in sede penale* presso i *produttori*, presso i *rivenditori e i distributori*, nonché presso i *singoli acquirenti*, ai sensi della legge 18 agosto 2000 n. 248.

Stampato in Italia *Printed in Italy*

Grafitalia - Cercola (Na)

SOMMARIO

Premessa 9
Guida alla lettura 11

SEZIONE PRIMA

IL «IUS PRIVATUM ROMANORUM»

CAPITOLO I

IL «IUS PRIVATUM ROMANORUM»

1. L'ordinamento giuridico 21
2. L'ordine giuridico e le sue cause 42
3. La realizzazione del diritto 69
4. L'esperienza giuridica romana 81
5. Il *ius privatum* dei Romani 123
6. Gli sviluppi postromani del *ius privatum* 147

CAPITOLO II

LA TUTELA GIURIDICA DEI «PRIVATI»

7. La tutela giuridica dei privati 157
8. Le procedure per *legis actiones* 168
9. Le procedure per *formulas* 183
10. La struttura dei iudicia formulari 197
11. Lo svolgimento del processo formulare 210
12. I mezzi complementari delle procedure formulari 235
13. Le procedure extra ordinem 244

CAPITOLO III

I RAPPORTI DEL «IUS PRIVATUM»

14. I rapporti del *ius privatum* 250
15. Le qualificazioni soggettive regolari 269
16. I soggetti giuridici limitati 288
17. I soggetti giuridici immateriali 303
18. Gli oggetti giuridici 311
19. Le *res* 315

Capitolo IV

L'ORDINE DEL «IUS PRIVATUM»

20. L'ordine del *ius privatum* 328
21. Gli atti di autonomia del *ius privatum* 338
22. La forma nei negozi giuridici 353
23. La causa dei negozi giuridici 366
24. La volontà nei negozi giuridici 377
25. Le clausole accidentali dei negozi giuridici 393
26. La sostituzione nell'attività negoziale 405

Capitolo V

LA «SUCCESSIO IN IUS»

27. La *successio in ius* 415
28. La *vocatio ex testamento* 427
29. La *vocatio ab intestato* 442
30. La *vocatio contra testamentum* 448
31. L'effettuazione della *successio in ius* 453
32. Le conseguenze della *successio in ius* 462
33. La *successio mortis causa in singulas res* 473

Sezione seconda

I RAPPORTI ASSOLUTI DEL «IUS PRIVATUM»

Capitolo VI

I RAPPORTI ASSOLUTI DEL «IUS PRIVATUM»

34. I rapporti assoluti del *ius privatum* 483
35. La *possessio* 498
36. La *possessio ad interdicta* 507
37. La *communio* 517
38. Il regime della comunione dominicale 524

Capitolo VII

I RAPPORTI ASSOLUTI FAMILIARI

39. I rapporti assoluti familiari 531
40. La *patria potestas* 542
41. Il *matrimonium* 553
42. Gli effetti del *matrimonium* 570
43. Il regime patrimoniale del *matrimonium* 584

CAPITOLO VIII

I RAPPORTI ASSOLUTI PARAFAMILIARI

44. I rapporti assoluti parafamiliari 596
45. La *tutela impuberum* 599
46. La *tutela mulierum* 612
47. Le curatele 616
48. La *cura minorum* 621

CAPITOLO IX

I RAPPORTI ASSOLUTI DOMINICALI

49. I rapporti assoluti dominicali 626
50. Le vicende del *dominium ex iure Quiritium* 635
51. La tutela del *dominium ex iure Quiritium* 657
52. La *dominica potestas* sui *servi* 667
53. I rapporti affini al *dominium ex iure Quiritium* 683
54. Il *dominium* unificato 690

CAPITOLO X

I RAPPORTI ASSOLUTI «IN RE ALIENA»

55. Le *servitutes praediorum* 708
56. I tipi di *iura praediorum* 712
57. Il regime dei *iura praediorum* 717
58. L'*usufructus* 726
59. I rapporti affini all'*usufructus* 733
60. La *superficies* 740
61. L'*emphyteusis* 744
62. I rapporti assoluti di garanzia 749

SEZIONE TERZA

I RAPPORTI RELATIVI DEL «IUS PRIVATUM»

CAPITOLO XI

I RAPPORTI RELATIVI DEL «IUS PRIVATUM»

63. I rapporti relativi del *ius privatum* 763
64. I tipi delle *obligationes* 787
65. I soggetti delle *obligationes* 788
66. L'oggetto delle *obligationes* 794
67. L'adempimento delle *obligationes* 801
68. Le vicende delle *obligationes* 807
69. I fatti modificativi delle *obligationes* 814

Capitolo XII

LE «OBLIGATIONES CONTRACTAE»

70. Le *obligationes verbis contractae* 823
71. Le *obligationes ex stipulatu* 827
72. Le applicazioni della *stipulatio* 841
73. Le *obligationes litteris contractae* 848
74. Le *obligationes re contractae* in senso proprio 855
75. Le *obligationes re contractae* in senso improprio 866

Capitolo XIII

LE «OBLIGATIONES EX CONTRACTU»

76. Le *obligationes ex contractu* 875
77. Le *obligationes ex empto et vendito* 880
78. Le *leges emptionis et venditionis* 896
79. Le *obligationes ex locato et conducto* 901
80. Le *obligationes ex societate* 916
81. Le *obligationes ex mandato* 928

Capitolo XIV

LE «OBLIGATIONES» NON «CONTRACTAE»

82. Le *obligationes* da *pactum* 936
83. Le *obligationes* da *conventiones sine nomine* 945
84. Le *obligationes* da cause non convenzionali 957
85. Le *obligationes* da *libera negotiorum gestio* 963
86. Le *obligationes* da cause ingiustificate 967

Capitolo XV

LE «OBLIGATIONES» DI RESPONSABILITÀ

87. Le *obligationes* di responsabilità primaria 973
88. La responsabilità da *iniuria, furtum, rapina* 981
89. La responsabilità da *damnum iniuria datum* 994
90. Le altre obbligazioni di responsabilità primaria 1002
91. Le *obligationes* di responsabilità secondaria 1007
92. La responsabilità da *mora solvendi* e da *fraus creditorum* 1018

Tavole sinottiche 43, 63, 67, 79, 85, 145

Ragguaglio bibliografico 1023

Indice degli argomenti 1063

PREMESSA

Questo libro ha assunto il suo titolo attuale nel 1971, allorché si è presentato come «quarta edizione», quasi definitivamente sistemata nello schema espositivo, di quella che era in realtà la nona o la decima versione di una serie di «corsi» da me pubblicati a partire dal 1951 come docente di «Istituzioni di diritto romano» nella facoltà di giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli. Esso non è e non vuol essere un trattato. Ambisce ad essere considerato soltanto un disegno storico del diritto romano (di tutto il diritto romano) avente speciale, ma non esclusivo, riguardo all'esperienza del diritto privato. Ad essere dunque una sintesi offerta all'attenzione critica di un particolare tipo di lettore, lo studente di giurisprudenza, per agevolarlo nella sua formazione storicistica.

In considerazione di queste sue peculiari finalità, il manuale può essere letto: o solo nella prima sezione (cap. I-V), sì da avere sott'occhio un panorama generale, ma comunque completo, della materia; oppure tutto intero, nelle tre sezioni che lo compongono, sì da avere sott'occhio anche un quadro dettagliato della stessa. L'apparato delle note a piè pagina svolge, rispetto al testo, il triplice cómpito: di completare l'esposizione in molti dettagli che l'economia di un tracciato elementare inevitabilmente esclude; di documentarla bibliograficamente a beneficio degli studiosi interessati all'approfondimento della materia; di arricchirla con qualche cenno relativo agli ordinamenti giuridici moderni e in ispecie al diritto privato italiano vigente.

Quanto allo schema dell'opera, è opportuno chiarire che si tratta di uno schema tendenzialmente «moderno». Se si è convinti, come io sono convinto, che la proposizione della storia giuridica sia indispensabile all'insegnamento nelle facoltà di giurisprudenza per la formazione di autentici giuristi, è necessario trarne la conseguenza che l'esposizione elementare del «ius Romanorum» e del «ius privatum» romano, pur rispettando la verità storica degli istituti e delle loro vicende attraverso i secoli, debba cercare di adeguarsi, beninteso non oltre i limiti del possibile, al linguaggio e alla sistematica usati nell'esposizione degli ordinamenti giuridici contemporanei. Ciò allo scopo di non frastornare eccessivamente il lettore e di facilitargli la *«comparazione» tra la realtà del diritto vivente e l'esperienza di un importante diritto del passato. Le esposizioni che prescindono da questa costante attenzione sono, almeno a mio avviso, quasi altrettanto inutili alla preparazione dello studente quanto lo son quelle (purtroppo sempre più numerose) che riducono la materia ad un banale e inorganico riassunto di nozioncine e di curiosità su Roma antica.*

Il manuale è stato ovviamente scritto, nel cattivo e nel meno cattivo, tutto quanto da me. Ma giustizia mi fa gradito obbligo di aggiungere che non poche sollecitazioni e critiche mi sono venute, in occasione delle 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 per molti anni sono affluiti all'Ateneo napoletano fondato nel 1224 da Federico II. 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.

Nelle quattro edizioni successive alla quarta mi sono particolarmente giovato della collaborazione assidua ed intelligente del collega ed amico Vincenzo Giuffrè, nonché degli occhi aguzzi del dr. Mariano Cipolletta e delle pazienti trascrizioni della signora Anna Viti Vitelli. La nona edizione, licenziata il 18 dicembre 1991 (data per me significante), è stata curata nelle bozze da Elio Dovere, riletta nelle stesse da Francesca Lamberti e aggiornata negli indici da Felice Mercogliano. La decima, licenziata il 16 maggio 1994 (altra data per me significante), è stata controllata nelle citazioni delle fonti da Olinda Di Popolo e riveduta nelle bozze, al pari della successiva undicesima, da Elio Dovere. Questa dodicesima ed ultima edizione, di cui ho ritoccato minuziosamente la stesura e in parte risistemato l'inquadramento, non sarebbe stata allestita senza il valido aiuto di Raffaele Basile nella revisione dell'Indice degli argomenti, ma sopra tutto senza la vigile sollecitudine, ancora una volta, di Elio Dovere nel controllo della composizione. A tutti il mio vivissimo grazie.

La dedica di sempre è a mia moglie, Marina.

Napoli, 31 dicembre 2000

a. g.

GUIDA ALLA LETTURA

1. *La prima sezione* (Il «*ius privatum Romanorum*», cap. I-V) fornisce un quadro sommario ma completo: *a*) dello sviluppo storico del *ius Romanorum* (sia pubblico sia privato); *b*) dell'assetto sistematico-storico di tutto il *ius privatorum*. Per un succinto *panorama dei rapporti giuridici privati* si vedano il n. 5.9 del cap. I (p. 140 ss.) e la tavola sinottica VI (p. 145).

2. *La seconda sezione* (cap. VI-X) è dedicata ad una descrizione particolareggiata dei *rapporti assoluti*, vale a dire della materia del cd. «diritto di famiglia» e dei cd. «diritti reali». *La terza sezione* (cap. XI-XVI) è dedicata ad una descrizione particolareggiata dei *rapporti relativi*, vale a dire della materia del cd. «diritto delle obbligazioni».

3. Data l'*autosufficienza* della *prima sezione*, le *sezioni seconda e terza* possono essere totalmente o parzialmente omesse in sede di insegnamento, per dare eventualmente luogo a corsi speciali.

4. *Le note a piè di pagina* hanno lo scopo di integrare il testo mediante: *a*) l'indicazione delle principali *fonti romane* e della *bibliografia essenziale* sui singoli argomenti; *b*) la specificazione di *punti non strettamente essenziali* ai fini del discorso generale svolto nel testo; *c*) brevi postille (composte in carattere corsivo) di ragguaglio circa gli *ordinamenti giuridici moderni*, con particolare riguardo al diritto italiano vigente; *d*) opportuni rinvii ad altri luoghi del manuale.

5. Per quanto riguarda le *indicazioni bibliografiche*, si avverte che le note non contengono, di regola, rinvii specifici a manuali, ai trattati, alle enciclopedie ed ai repertori indicati nel «Ragguaglio bibliografico» pubblicato al termine della trattazione. La consultazione di queste fonti di informazione (specie di quelle elencate nel n. 11.2 del Ragguaglio: «Enciclopedie e Lessici») è qui consigliata, una volta per tutte, anche per l'ulteriore bibliografia che esse segnalano.

6. Per facilitare la lettura delle *note* vengono qui appresso elencate in ordine alfabetico le *abbreviazioni principali* delle opere di cui al «Ragguaglio bibliografico» finale. A fianco di ciascuna di esse si segnala anche il numero corrispondente del Ragguaglio.

a. = articolo (articoli).
AA. = *Acta antiqua Academiae scientiarum Hungaricae* (v. n. 10).
AAC. = *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana* (v. n. 14).
AAL. = *Atti dell'Accademia dei Lincei. Classe scienze morali* (v. n. 10).
AAP. = *Atti dell'Accademia Pontaniana in Napoli* (v. n. 10).
AATC. = *Atti e memorie dell'Accad. toscana 'La Colombaria'* (v. n. 10).
AA.VV. = autori vari.
Abh. = *Abhandlungen*.
ABW. = *Abhandl. der bayerischen Akad. der Wissenschaften* (v. n. 10).
a. C. = avanti Cristo.
AC. = *L'antiquité classique* (v. n. 10).
ACIB = *Atti del Congr. internaz. di dir. rom. di Bologna* (v. n. 14).
ACII. = *Acta Congressus iuridici internationalis* (v. n. 14).

ACIR.	= *Atti del Congresso internaz. di dir. romano di Roma* (v. n. 14).
ACISD.	= *Atti del Congr. internaz. della Soc. ital. di st. del dir.* (v. n. 14).
ACIV.	= *Atti del Congr. di dir. rom. e di st. del dir. di Verona* (v. n. 14).
ACNSR.	= *Atti dei Congressi nazionali (italiani) di studi romani* (v. n. 14).
ACOP.	= *Atti dei Convegni di diritto romano di Copanello* (v. n. 14).
ACP.	= *Archiv für die civilistische Praxis* (v. n. 10).
ACSS.	= *Atti dei Congressi internazionali di scienze storiche* (v. n. 14).
AE.	= *Aegyptus. Rivista ital. di egittologia e di papirologia* (v. n. 10).
AEP.	= *L'année épigraphique* (v. n. 10).
AEV.	= *Aevum, Rass. di sc. storiche linguistiche e filolog.* (v. n. 10).
AG.	= *Archivio Giuridico 'Filippo Serafini'* (v. n. 10).
AHDE.	= *Anuario de historia del derecho español* (v. n. 10).
AJ.	= *Acta juridica* (v. n. 10).
AIV.	= *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti* (v. n. 10).
AJPH.	= *American Journal of Philology* (v. n. 10).
ALT.	= *Das Altertum* (v. n. 10).
ANA.	= *Atti dell'Accad. di Sc. morali e politiche di Napoli* (v. n. 10).
ANN.	= *Annales (Économies, Sociétés, Civilisations)* (v. n. 10).
ANRW.	= *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (v. n. 3.2).
AP.	= *Archiv für Papyrusforschung* (v. n. 10).
APH.	= *L'année philologique* (v. n. 10).
AR.	= *Atene e Roma. Rass. dell'Ass. ital. di Cultura classica* (v. n. 10).
ARCH.	= *Archeologia Classica* (v. n. 10).
ARCHID.	= *Ἀρχεῖον ἰδιωτικοῦ δικαίου* (v. n. 10).
ASD.	= *Annali di storia del diritto* (v. n. 10).
ASG.	= *Atti del Seminario romanistico gardesano* (v. n. 14).
ASW.	= *Abhandl. der sächsischen Akad. der Wissensch.* (v. n. 10).
ATH.	= *Athenaeum* (v. n. 10).
ATO.	= *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino* (v. n. 10).
ATRI.	= *Annali triestini, a cura dell'Università di Trieste* (v. n. 10).
AUBA.	= *Annali della Fac. di Giurispr. dell'Univ. di Bari* (v. n. 10).
AUBO.	= *Atti dell'Accademia delle Scienze di Bologna* (v. n. 10).
a.U.c.	= *ab Urbe condita.*
AUCA.	= *Annali dell'Università di Camerino* (v. n. 10).
AUCT.	= *Annali del Seminario Giuridico dell'Univ. di Catania* (v. n. 10).
AUFE.	= *Annali dell'Università di Ferrara* (v. n. 10).
AUGE.	= *Annali della Fac. di Giurispr. dell'Univ. di Genova* (v. n. 10).
AUI.	= *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* (v. n. 10).
AUMA.	= *Annali dell'Università di Macerata* (v. n. 10).
AUME.	= *Annali dell'Ist. di Sc. giur. dell'Univ. di Messina* (v. n. 10).
AUPA.	= *Annali del Seminario giuridico dell'Univ. di Palermo* (v. n. 10).
AUPE.	= *Annali dell'Università di Perugia* (v. n. 10).
AUS.	= *Acta Universitatis Szegediensis* (v. n. 10).
AUW.	= *Acta Universitatis Wratislaviensis* (v. n. 10).

B.	= *Basilicorum libri.*
BGB.	= *Bürgerliches Gesetzbuch germanico.*
BIDR.	= *Bullettino dell'Ist. di dir. romano 'Vittorio Scialoja'* (v. n. 9).
BSGW.	= *Berichte der sächsischen Gesellsch. der Wissensch.* (v. n. 10).
BYZ.	= *Byzantion. Revue internationale des ét. byzantines* (v. n. 10).
BZ.	= *Byzantinische Zeitschrift* (v. n. 10).
ca.	= *circa.*
CAH.	= *Cambridge ancient history* (v. n. 3.2).

cc. = Codice civile italiano.
cd. = così detto (-a).
CE. = *Codex Eurici.*
cfr. = si confronti.
CG. = *Codex Gregorianus.*
CH. = *Codex Hermogenianus.*
CHI. = *Chiron* (v. n. 10).
CI. = *Codex Iustinianus.*
CIC. = *Ciceroniana. Rivista di Studi ciceroniani* (v. n. 10).
CIG. = *Corpus Inscriptionum Graecarum* (v. n. 1.3).
CIL. = *Corpus Inscriptionum Latinarum* (v. n. 1.3).
CIR. = *Centro studi e documentazione sull'Italia romana. Atti* (v. n. 14).
cit. = già citato.
CJ. = *The Classical Journal* (v. n. 10).
CLAPH. = *Classical philology* (v. n. 10).
cnav. = Codice della navigazione (italiano).
Coll. = *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum.*
Conf. = *Conferenze.*
Congr. = *Congresso.*
Consult. = *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti.*
Cost. = Costituzione della Repubblica italiana.
cp. = Codice penale (italiano).
CP. = *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette* (v. n. 14).
cpc. = Codice di procedura civile (italiano).
CPH. = *Czasopismo prawno-historyczne* (v. n. 10).
CPL. = CAVENAILE R., *Corpus papyrorum Latinarum* (v. n. 1.3).
cpp. = Codice di procedura penale (italiano).
CQ. = *The classical quarterly* (v. n. 10).
CR. = *Classical Review* (v. n. 10).
CRT. = *Conferenze romanistiche. Università Trieste* (v. n. 14).
CTh. = *Codex Theodosianus.*
CW. = *The Classical World* (v. n. 10).

D. = *Digesta Iustiniani.*
d. C. = dopo Cristo.
DE. = *Dizionario epigrafico di antichità romane* (v. n. 11.4).
Deact. = SITZIA F., *De actionibus. Edizione e commento* (v. n. 1.1).
DI. = *Digesto italiano* (v. n. 11.3).
DIG. = *Digesto*^{4} (v. n. 11.4).
DPR. = *Diritto privato romano.*
DS. = DAREMBERG CH., SAGLIO E. (ed altri), *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*^{1} (v. n. 11.4).

ED. = *Enciclopedia del diritto* (v. n. 11.2).
EG. = *Enciclopedia giuridica italiana* (v. n. 11.3).
EM. = *Emerita. Boletín de lingüística y filología clásica* (v. n. 10).
EP. = LENEL O., *Das Edictum perpetuum*^{3} (v. n. 1.4).
EPIG. = *Epigraphica. Rivista italiana di epigrafia* (v. n. 10).
ERGI. = *Ergänzungsindex zu Ius und Leges* (v. n. 12).
Ess. = *Essays.*
Est. = *Estudios.*
Et. = *Études.*

ET. = *Edictum Theodorici.*
etc. = et cetera, eccetera.

FI. = *Foro italiano* (v. n. 10).
FIL. = *Il Filangieri* (v. n. 10).
FIRA. = *Fontes iuris Romani antejustiniani* (v. n. 1.3).
Fr. August. = *Fragmenta Augustodunensia.*
FV. = v. Vat.

Gai = *Gai Institutiones.*
GE. = *Epitome Gai.*
GI. = *Giurisprudenza italiana* (v. n. 10).
GN. = *Gnomon* (v. n. 10).
GR. = *Gesellschaft und Recht im griechisch-röm. Altert.* (v. n. 14).
GYMNS. = *Gymnasium* (v. n. 10).

HEL. = *Helikon. Rivista di tradizione e cultura classica* (v. n. 10).
HER. = *Hermes. Zeitschrift für klassische Philologie* (v. n. 10).
HI. = *Historia. Zeitschrift für alte Geschichte* (v. n. 10).
HZ. = *Historische Zeitschrift* (v. n. 10).

I. = *Institutiones Iustiniani Augusti.*
IDR. = *Istituzioni di diritto romano.*
IG. = *Inscriptiones Graecae* (v. n. 1.3).
ILS. = *Inscriptiones Latinae selectae* (v. n. 1.3).
Index = *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* (v. n. 9).
Index itp. = *Index interpolat. quae in Iustin. Digestis inesse dicuntur* (v. n. 12.3).
Index itp. CI. = *Index interpolat. quae in Iustin. Codice inesse dicuntur* (v. n. 12.3).
Ind. glosse = *Indice delle glosse, delle interpolaz. e delle principali ricostruz. segnalate dalla critica nelle fonti pregiustinianee occidentali* (v. n. 12.3).
IRMAE. = *Ius Romanum Medii Aevi* (v. n. 15).
itp. = interpolato.
Iura = *Iura. Rivista internaz. di diritto romano e antico* (v. n. 9).

J. = *Jus. Rivista di scienze giuridiche* (v. n. 10).
JAWG. = *Jahrbuch der Akad. der Wissenschaften in Göttingen* (v. n. 10).
JBAC. = *Jahrbuch für Antike und Christentum* (v. n. 10).
JP. = *Journal of juristic papyrology* (v. n. 10).
JRS. = *Journal of Roman Studies* (v. n. 10).

KL. = *Klio. Beiträge zur alten Geschichte* (v. n. 10).
KOIN. = Koinonia. *Organo dell'Assoc. di studi tardoantichi* (v. n. 10).

l. = legge.
L. = Lenel O., *Palingenesia iuris civilis* (v. n. 1.4).

Labeo = *Labeo. Rassegna di diritto romano* (v. n. 9).
LAT. = *Latomus. Revue d'études latines* (v. n. 10).
lb. = libro.
l. c. = luogo citato.
LQR. = *The law quarterly review* (v. n. 10).
LRB. = *Lex Romana Burgundionum.*
LRW. = *Lex Romana Wisigothorum.*
LSRom. = *Liber syro-romanus iuris.*

MAAR. = *Memories of the American Academy in Rome* (v. n. 10).
MAB. = *Memorie dell'Accad. delle Scienze dell'Ist. di Bologna* (v. n. 10).
MAL. = *Memorie della Classe di Scienze morali, storiche e filologiche dell'Accademia dei Lincei* (v. n. 10).
MAM. = *Memorie dell'Accademia di Modena* (v. n. 10).
MEFRA. = *Mélanges de l'École Française de Rome. Antiquité* (v. n. 10).
Mél. = *Mélanges.*
MGR. = *Miscellanea greca e romana* (v. n. 14).
MH. = *Museum Helveticum* (v. n. 10).
Misc. = *Miscellanea.*
MN. = *Mnemosyne* (v. n. 10).
MT. = *Memorie dell'Istituto giuridico dell'Univ. di Torino* (v. n. 10).

n. (nn.) = numero (numeri).
NAG. = *Nachrichten der Akad. der Wissensch. in Göttingen* (v. n. 10).
NDI. = *Nuovo digesto italiano* (v. n. 11.3).
NNDI. = *Novissimo digesto italiano* (v. n. 11.2).
NovI. = *Novellae Iustiniani.*
NovTh. = *Novellae Theodosiani.*
nt. = nota (note).

o. c. = opera già citata.
OCD. = *Oxford Classical Dictionary* (v. n. 11.1).
OGIS. = *Orientis Graeci Inscriptiones selectae. Supplementum Sylloges Inscriptionum Graecarum* (v. n. 1.5).
OIK. = *Oikumene* (v. n. 10).
OIR. = *Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies* (v. n. 9).
OP. = *Opus* (v. n. 10).
On. = *Studi in onore o in memoria* (v. n. 14).
Op. = *Opera.*
OST. = *Ostraka* (v. n. 10).

p. (pp.) = pagina (pagine).
par. = paragrafo (§).
ParI. = *Institut. Graeca Paraphrasis Theophilo vulgo tributa* (v. n. 1.2).
Paul. = v. PS.
PDR. = *Pagine di diritto romano.*
PHIL. = *Philologus. Zeitschrift für das klassische Altertum* (v. n. 10).
PIR. = *Prosopographia Imperii Romani, saec. I-III*^{2} (v. n. 1.3).
PLRE. = *The prosopography of the late Roman Empire* (v. n. 1.3).
PS. = *Pauli Sententiae.*

PSI. = *Pubblicazioni della Soc. ital. di Papiri greci e latini* (v. n. 10).
PUMO. = *Pubblicaz. della Fac. di Giurispr. dell'Univ. di Modena* (v. n. 10).
PW. = *Pauly-Wissowas Realenzyklop. der klass. Altertumswiss.* (v. n. 11.2).
PWK. = *Der kleine Lexikon der Antike, auf der Grundlage von PW.* (v. n. 11.2).

QF. = *Quaderni fiorentini per la st. del pens. giur. moderno* (v. n. 10).
QS. = *Quaderni di storia* (v. n. 10).

RAB. = *Rendiconti dell'Accademia dell'Istituto di Bologna* (v. n. 10).
RADR. = *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho romano* (v. n. 10).
RAL. = *Rendiconti dell'Accademia dei Lincei* (v. n. 10).
REA. = *Revue des études anciennes* (v. n. 10).
Reg. CTh. = *Registro delle alterazioni (glossemi ed interpolazioni) nelle costituzioni del Codice Teodosiano e nelle Novelle post-teodosiane segnalate dalla critica* (v. n. 12.3).
REL. = *Revue des études latines* (v. n. 10).
rell. = *et reliqua*, eccetera.
RFIC. = *Rivista di filologia e istruzione classica* (v. n. 10).
RH. = *Revue historique de droit français et étranger* (v. n. 9).
RIDA. = *Revue internationale des droits de l'antiquité* (v. n. 9).
RIL. = *Rendiconti dell'Ist. Lombardo di Scienze e Lettere* (v. n. 10).
RISG. = *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (v. n. 10).
RJ. = *Rechtshistorisches Journal* (v. n. 10).
RM. = *Rheinisches Museum für Philologie* (v. n. 10).
ROM. = *Romanitas. Revista de cultura romana* (v. n. 10).
RPH. = *Revue de Philologie* (v. n. 10).
RPR. = *Römisches Privatrecht.*
RRG. = *Römische Rechtsgeschichte.*
RSA. = *Rivista storica dell'antichità* (v. n. 10).
RSB = *Recueils de la Société Jean Bodin* (v. n. 14).
RSDI. = *Rivista di storia del diritto italiano* (v. n. 10).
RSI. = *Rivista storica italiana* (v. n. 10).
RZPR. = *Römisches Zivilprozessrecht.*

s. (ss.) = seguente (seguenti).
SAW. = *Sitzungsberichte der Akad. der Wissenschaften Wien* (v. n. 10).
SB. = *Sitzungsberichte der Berliner Akad. der Wissensch.* (v. n. 10).
SBA. = *Sitzungsber. der Bayerischen Akad. der Wissensch.* (v. n. 10).
SC. = *Seminarios Complutenses de derecho romano* (v. n. 10).
sch. = scolio.
Sch.Sin. = *Scholia Sinaitica.*
Schr. = *Schriften.*
Scr. = *Scritti.*
s.d. = senza data.
SDHI. = *Studia et documenta historiae et iuris* (v. n. 9).
SDR. = *Storia del diritto romano.*
SDSD. = *Studi e documenti di storia e diritto* (v. n. 10).
sec. = secolo.
SEM. = *Seminar* (v. n. 10).

SG. = *Studium generale* (v. n. 10).
SGR. = *Subseciva Groningana* (v. n. 10).
SHA. = *Scriptores historiae Augustae*
SHAW. = *Sitzungsber. der Heidelberger Akad. der Wissensch.* (v. n. 10).
s.h.v. = sotto la predetta «voce».
SPA = *Studi Pavia* (v. n. 10).
SPR = *Studi parmensi* (v. n. 10).
SSA = *Studi sassaresi* (v. n. 10).
SSE = *Studi senesi* (v. n. 10).
St. = *Studi*, *Studien*, *Studies*.
SU. = *Studi urbinati* (v. n. 10).
SUC. = *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* (v. n. 10).
s.v. = sotto la «voce».
Symp. = *Simposio*.

t. = tomo.
T. = *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (v. n. 9).
tit. = titolo (partizione di opera).
Tit. Ulp. = *Tituli ex corpore Ulpiani*.
TLL = *Thesaurus linguae Latinae*.

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

v = vedi.
Varia = *Varia. Études de droit romain* (v. n. 14).
Vat. = *Vaticana Fragmenta*.
VCI. = *Vocabularium Codicis Iustiniani* (v. n. 12.1).
VII. = *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti* (v. n. 12.1).
VIR. = *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* (v. n. 12.1).
VLI. = *Legum Iustiniani imperatoris vocabularium* (v. n. 12.1).

WS. = *Wiener Studien* (v. n. 10).

ZGR. = *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (v. n. 10).
ZPE. = *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* (v. n. 10).
ZSS. = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* (v. n. 9).

SEZIONE PRIMA

IL «IUS PRIVATUM ROMANORUM»

CAPITOLO I

IL «IUS PRIVATUM ROMANORUM»

SOMMARIO: 1. L'ordinamento giuridico. — 2. L'ordine giuridico e le sue cause. — 3. La realizzazione del diritto. — 4. L'esperienza giuridica romana. — 5. Il *ius privatum* dei Romani. — 6. Gli sviluppi postromani del *ius privatum Romanorum*.

1. L'ORDINAMENTO GIURIDICO.

1.1. *L'ordinamento giuridico*, o «diritto» (in latino «ius»), è un tipo di ordinamento sociale, il quale inerisce, di so-

---

1.1. *Il concetto di ordinamento giuridico* e delle principali strutture che lo compongono, così come è qui esposto, è il risultato di un confronto tra svariate e importanti «esperienze giuridiche» del passato e del presente, alcune delle quali (per esempio, quella anglosassone) poco o punto imparentate, sul piano della discendenza storica, con l'antico diritto romano. In altri termini, è il frutto, nelle sue linee più generali, di un tipo di indagine cui si dà il nome di «teoria generale del diritto» e che consiste nel rilevamento empirico dei caratteri approssimativamente comuni agli ordinamenti giuridici della realtà (possibilmente nel loro più grande numero) presi in esame in sede di «comparazione» tra loro: comparazione che si usa dire «diacronica» quando viene effettuata tra diritti del passato e diritti del presente, mentre si usa dire «sincronica» (o comparazione in senso stretto) quando viene effettuata tra due o più diritti del presente. — Lo scopo delle linee di *teoria generale del diritto* tratteggiate nei n. 1-3 è solo quello di impostare schematicamente un «linguaggio d'intesa», una sorta di «codice dei significati», affinché ci si capisca meglio, e con minore possibilità di equivoci, tra l'autore e i suoi lettori. Premesso che la piccola teoria di nozioni elementari qui messa insieme è pienamente compatibile con l'esperienza romana (anche se non in tutti i suoi settori e in tutti i suoi periodi storici), noi ci proponiamo di farvi in seguito riferimento tanto per segnalare le «analogie» quanto per spiegare le «anomalie» tra questa o quella nozione generale e la specifica realtà romana. E seguiamo questo metodo espositivo perché la nostra trattazione del diritto privato romano è destinata ad essere letta, oltre che dagli storiografi in generale, anche e sopra tutto dagli studiosi di diritto moderno, a cominciare dagli studenti delle facoltà universitarie di giurisprudenza: deve essere letta da questi ultimi per il fatto che è essenzialmente finalizzata a dare spessore di consapevolezza, di autonomia, di elasticità lito, a quella particolare specie di società umana che è la società politica. Per comprenderne la nozione, occorre perciò intendersi preliminarmente sui concetti di società politica e di ordinamento politico o statale.

1.2. La società politica, o (con termine usuale moderno) lo «stato», si distingue da ogni altra specie di società uma-

---

di giudizio alla loro cultura giuridica, quindi alla loro capacità di orientarsi con le proprie forze nella ricerca delle soluzioni più adeguate al regolamento degli innumerevoli «casi» (non tutti esattamente previsti o regolati dalle pur moltissime norme vigenti) che dovranno affrontare come «operatori giuridici» (magistrati, avvocati, notai, burocrati, parlamentari e via dicendo) nella loro vita dell'oggi e con riferimento al diritto del proprio paese o anche, in certe non rare evenienze, con riferimento al diritto di altri paesi moderni. Sulla «teoria generale del diritto» nello studio del diritto romano: Guarino, *OGR.* n. 7 e 8.

1.2. I requisiti per l'esistenza di un aggregato sociale (apolitico o politico) sono: *a*) una «convenzione sociale», cioè la concorde volontà (espressa o tacita) dei consociati di costituire e di tenere successivamente in vita l'aggregato sociale; *b*) una «causa sociale», cioè la «funzione» caratteristica, obbiettivamente individuata, esteriormente riconoscibile, dell'aggregato sociale, insomma la sua «ragion d'essere». La causa sociale presuppone certo l'esistenza della convenzione sociale. Tuttavia non dipende da questa e non si identifica né con la volontà dei soci di vivere organizzati, né tanto meno con i motivi personali che hanno potuto indurre i singoli soci ad aderire alla società, ma risulta, nei fatti, dalla attitudine concreta e reale delle strutture sociali a perseguire un certo fine di interesse della collettività. Ove quest'attitudine (sia pure approssimativa) non emerga, è chiaro che la società, pur se voluta dai suoi membri, manca della possibilità effettiva di realizzare gli scopi per cui è stata costituita (anche se eventualmente risulti essere in grado di raggiungere altre finalità cui i suoi componenti peraltro non aspirano). — Il termine «causa» (sia detto una volta per sempre) ha significati diversi, tra i quali i più rilevanti, nel linguaggio giuridico, sono due: *a*) quello di «causa efficiente» (*«causa efficiens»*), cioè di fatto determinante un certo effetto giuridico (quindi, più in generale, determinante il cd. «ordine giuridico»: *infra* n. 2.3); *b*) quello di «causa finale» (*«causa finalis»*) o, per meglio dire, di «funzione» svolta (ed in grado di essere svolta) da un istituto giuridico. Una lunga tradizione linguistica, alla quale non riteniamo opportuno sottrarci, ha fatto sì che con il puro e semplice vocabolo «causa» si usi designare antonomasticamente la funzione (o causa finale), cioè il significato registrato sub *b*. Pertanto il significato registrato sub *a* viene individuato o dall'aggiunta esplicita dell'aggettivo «efficiente» o dall'implicita indicazione di un fatto avente capacità (efficienza) di produrre un effetto giuridico. Né è male aggiungere che spesso con «causa» si designano (impropriamente) i motivi personali che inducono taluno a compiere un atto, oppure (metaforicamente) le ragioni di una controversia giudiziaria o addirittura la stessa controversia sottoposta a giudizio. — In ordine alla formazione delle prime società politiche esiste da secoli, tra etnologi e antropologi (nonché, immancabili, i filosofi), una discussione tanto fitta e vivace, quanto, temiamo, vana. 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»). L'antropologia dei nostri tempi ha superato l'impostazione evoluzionistica del secolo XIX (Morgan, Bachofen, Engels ecc.), ma non ha raggiunto un assetto pienamente soddisfacente. Il dubbio maggiore investe la seria possibilità di mettere a paragone tra loro «selvaggi» di epoche e continenti e gradi di sviluppo diversi. Gli indigeni delle isole Hawaii, che basavano nel sec. XIX la loro vita sociale sul matrimonio di gruppo (famiglia «punalua»), suggeriscono davvero qualcosa in na 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 esterna: il che si esprime dicendo che lo stato ha la «sovranità», ed anzi in tanto è uno «stato» in quanto è dotato di sovranità. La società politica richiede, pertanto, un'organizzazione sociale particolarmente efficiente, la quale sia predisposta da un ordinamento sociale (il cd. «ordinamento statale») che non soltanto detti regole di condotta per i consociati, ma preordini, per l'ipotesi della inosservanza di tali regole da parte dei consociati stessi, le modalità efficienti per costringere materialmente costoro alla obbedienza o alla penitenza.

1.2.1. La struttura dello stato è fissata dal suo ordinamento, e in particolare dalla sua «costituzione», che è quanto dire

---

ordine alla preistoria di Roma e della famiglia romana? — A proposito delle sanzioni sociali, si avverta che anche le società non politiche (le cd. «società apolitiche»: sportive, religiose ecc.) contemplano un quid minimo di sanzioni per i recalcitranti. Ma non si tratta di sanzioni «costrittive»: si tratta, tutt'al più, di incentivi o più generosi inviti all'osservanza delle regole di convivenza, oppure di minacce di mali che verranno da poteri politici sovraordinati o addirittura da potestà ultraterrene (si pensi alle minacce di deferimento alla giustizia statale, o a quella, tipica delle società religiose, di dolori 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. — La parola «stato» ha origini lontane nell'espressione romana «status rei publicae» e origini più vicine nel linguaggio del rinascimento, che culmina nella celebre frase con cui Niccolò Machiavelli dette inizio al suo *Principe*: «tutti gli 'stati', tutti e' dominii che hanno avuto e hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o republiche o principati». — Sovranità dello stato non è, ovviamente, sinonimo di potenza esterna: è indice soltanto di astratta «indipendenza» da qualsiasi altra consociazione politica. Di fatto vi sono stati più forti e stati più deboli, stati economicamente o militarmente egemoni e stati satelliti, «grandi potenze» (o addirittura «superpotenze») e «piccole potenze».

1.2.1. Raramente lo stato, sopra tutto nei tempi moderni, si presenta a struttura semplice, o 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 autonomia 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 la previdenza sociale). — Si danno inoltre casi di stati composti, i quali sono: a) il cd. «stato federale», formatosi attraverso la unificazione di due o più preesistenti stati, i quali, pur conservando larga autonomia, sono ridotti al rango di enti parastatali, o hanno [illegible] e apdalla convenzione sociale (espressa, o tacita, o parzialmente espressa) da cui la società politica scaturisce. Gli «elementi» in cui generalmente lo stato si articola sono tre: *a*) il «popolo» o «popolazione», costituita da coloro cui è riconosciuta la capacità di partecipare al governo dello stato o ad alcune funzioni di esso (cd. «cittadini»), ed eventualmente da esseri umani cui non è riconosciuta alcuna capacità di partecipazione al governo, cui è imposto cioè soltanto di obbedire (cd. «sudditi»); *b*) il «territorio», che è la sede comune del popolo; *c*) il «governo» che è il complesso di cittadini e di enti parastatali, cui è attribuito l'esercizio della sovranità statale. In particolare al governo spetta l'esplicazione di almeno tre tipi di attività potestative, o «funzioni pubbliche»: *aa*) l'attività «legislativa», consistente nella emanazione di provvedimenti («leggi» o atti alle stesse equiparati) a

---

parenza di enti politici in senso proprio; *b*) la «confederazione di stati», in cui la sovranità è tuttora degli stati confederati, salvo che questi hanno costituito e mantengono di comune accordo certi organi di governo unificati. Inutile aggiungere che tra la confederazione in senso proprio e lo stato federale esiste tutta una varietà di forme intermedie, quali sono, ad esempio, gli Stati Uniti di America (U.S.A.) e la Confederazione Elvetica. — Gli stati si distinguono in stati a governo aperto o a governo chiuso. Stati «a governo aperto» o «democratici» sono quelli caratterizzati dal fatto che: *a*) tutti i cittadini hanno la capacità di partecipare a tutte le funzioni di governo; *b*) la situazione di cittadino di piena capacità è resa accessibile a tutti gli esseri umani che, in un determinato momento storico, sono universalmente e astrattamente considerati atti a partecipare al governo (in altri tempi i soli maschi liberi, poi tutti i cittadini di sesso maschile, oggi tutti i cittadini di ambo i sessi). Dove non si realizzino o non si realizzino pienamente queste caratteristiche, e invece il governo sia riservato in esclusiva ad una famiglia (dinastia) o ad una casta inaccessibile, si versa nell'ipotesi di stato «a governo chiuso» (autocratico od oligarchico). Ma è doveroso aggiungere che la gamma degli stati a governo chiuso è comprensibilmente vastissima e che molti di essi, altrettanto ovviamente, possono essere nella pratica assai vicini nel funzionamento alla democrazia (si pensi alle moderne «monarchie costituzionali»): tutto dipende dal tipo e dalla vastità delle «chiusure» che le loro costituzioni prevedono. — Apolidia è lo status degli individui eccezionalmente sprovvisti di inquadramento in un popolo, e quindi in uno stato. Il rovescio dell'apolidia è costituito 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 stati diversi, ma avvicinati da identità o affinità di lingua, religione, cultura, tradizioni, aspirazioni politiche e sociali, nonché, al fondo o alla radice, da comunanza di interessi economici. Va peraltro notato che, nella prassi internazionale moderna, si suole fare uso promiscuo dei termini «stato», «nazione», «potenza»: si pensi, ad esempio, alla grande istituzione internazionale denominata O.N.U. (Organizzazione delle Nazioni Unite). — Di governo si parla spesso anche in altre accezioni, più ristrette e limitate di quella adottata nel testo: specialmente, nel senso di «potere amministrativo», o addirittura nel senso di «organo» o «comitato supremo» dell'amministrazione dello stato (es.: consiglio dei ministri). — La distinzione dei poteri dello stato secondo la ripartizione indicata nel testo è frutto della speculazione politica moderna, che trae il suo spunto iniziale dall'opera famosissima di Montesquieu, *L'esprit des lois* (1748). Essa non trovava applicazione nella *respublica Romanorum*, né trova applicazione, del resto, anche in alcune formazioni politiche moderne (si pensi alla Città del Vaticano).

carattere di comandi supremi, cioè tali da integrare o da modificare l'ordinamento costituzionale; *bb*) l'attività «giurisdizionale» (o «sanzionatoria»), consistente nell'applicazione delle sanzioni, coattive o non coattive, previste dalla costituzione politica e dai provvedimenti legislativi; *cc*) l'attività «amministrativa», consistente nell'esecuzione autoritaria, entro i limiti posti dai principi costituzionali e dai provvedimenti legislativi, di ogni altra mansione necessaria per il soddisfacimento dei pubblici interessi.

1.3. L'ordinamento giuridico (diversamente dai concetti di società, di stato, di ordinamento sociale e statale, i quali hanno una loro logica intrinseca) è un concetto che ha carattere essenzialmente «storico», dipendendo principalmente da valutazioni contingenti, e quindi variabili a seconda dei tempi e dei luoghi. Il più che di esso si può dire 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, di ritenere) essere appunto diritto». Quindi una società non può mancare di un ordinamento (politico o apolitico) suo proprio, ma può ben essere sprovvista di un ordinamento «giuridico», anche se va subito aggiunto che gli stati hanno molto raramente omesso di provvedersi anche di un ordinamento giuridico.

1.3.1. Noi riteniamo, ciò posto, che il diritto o coincide totalmente con l'ordinamento statale, o ne costituisce un settore

---

1.3. Per la storicità del diritto, come realtà soggetta al divenire della storia, piace ricordare le parole del Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814, rist. 1959) 8s.: il diritto non ha un'esistenza a sé stante, ma è piuttosto costituito dalla stessa vita degli uomini, osservata da un particolare angolo visuale. È vero, peraltro: ogni esperienza giuridica ha una sua peculiare fisionomia storica (non in tutto conforme ai quadri della teoria generale) e ben raramente 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 [illegible] di quei ceti subiscono (più o meno largamente e coscientemente) l'influenza. Ragion per cui può dirsi, parafrasando un famoso aforisma formulato relativamente alla guerra dallo stratega Karl von Clausewitz, che il diritto è una «continuazione della politica con altri mezzi»: ad ogni assetto politico dello stato corrisponde un adeguato ordinamento giuridico dello stesso.

1.3.1. La tesi della statalità del diritto, cioè l'affermazione secondo cui il diritto, anche se non sempre coincide pienamente con l'ordinamento statale, aderisce, di solito, alle società politiche e si inquadra quindi entro il perimetro dell'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 quest'orientamento non soltanto fanno riferimento a certe organizzazioni «sovrane», pur se non propriamente statali (es.: l'Ordine dei Cavalieri di Malta), ma si basano, in altri particolare e specifico. In altri termini, l'ordinamento giuridico è sempre statale, ma l'ordinamento statale può anche non assurgere, in tutto o in parte, alla dignità di ordinamento giuridico.

1.4. La struttura del diritto (ordinamento al quale limiteremo d'ora in poi il nostro discorso) consta di un complesso più o meno grande di comandi «normativi» detti «norme giuridiche», ed eventualmente anche di un certo numero di comandi non normativi (cd. comandi «ordinativi»). 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'ottimo di un ordinamento giuridico è (succede tuttavia molto di rado) di constare esclusivamente da norme giuridiche.

1.4.1. Le «norme giuridiche» sono comandi che non riguardano casi singoli o soggetti individuati, ma che concernono fat-

---

casi, sulla considerazione delle affinità quanto meno esteriori (quali possono essere le «corti di giustizia» ed altri apparati «processuali» del genere) che, come 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. Quando si parla di diritto (il che avviene assai spesso) 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, a nostro avviso, in senso improprio (o, se si preferisce, in senso estensivo). — Diritto e religione sono normalmente entità sociali distinte, ma non mancano i casi, soprattutto nella storia più antica, di commistione tra loro: o nel senso che alcune materie sono regolate direttamente dalla religione dominante nello stato (e non dal diritto), o nel senso che alcuni regolamenti della vita sociale fanno capo ad un diritto influenzato dalla religione o da essa condizionato. L'ipotesi estrema è quella della «teocrazia», cioè dell'autorità rimessa esclusivamente al potere religioso.

1.4. 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». — Diversa è la cd. teoria istituzionistica del diritto (o anche «teoria pluralistica del diritto»), che incontra largo favore particolarmente tra i giuspubblicisti (e che generalmente si identifica con la teoria della «socialità» del diritto: retro n. 1.3.1). 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, «ordinamento giuridico», ogniqualvolta vi sia una organizzazione sociale, una «istituzione», ed 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 istituzionistica è che può ben sussistere, su uno stesso territorio e relativamente alle stesse persone, una pluralità di ordinamenti giuridici, in considerazione della pluralità di organizzazioni sociali ivi esistenti: dal che si fa ulteriormente derivare non solo che sono ordinamenti giuridici il cd. diritto canonico e il cd. diritto internazionale, ma che sono da considerare come veri e propri ordinamenti giuridici (e non come «diritti» metaforici) anche ([illegible]) certe ben note organizzazioni delinquenziali.

1.4.1. Costituisce diritto speciale tutta la gamma delle norme che, invece di riferirsi all'intera popolazione o a tutto il territorio statale, si riferiscono a tispecie «ipotetiche» (che potranno verificarsi una, nessuna o centomila volte) e categorie «tipiche» (non identificate nelle singole persone) di destinatari. Insomma, esse dettano in via generale e astratta il regolamento applicabile ad alcuni rapporti sociali ipotetici per il caso che si verifichino nella realtà. Vedremo tra poco quali possano esserne le fonti.

1.4.2. I comandi «ordinativi» sono comandi che riguardano casi singoli o soggetti individuati e vengono detti anche «privilegi» (sia «favorevoli» sia «contrari» ad un determinato destinatario). Essi si inseriscono nell'ordinamento giuridico accanto ai comandi normativi per il fatto che il potere legislativo, abusando delle sue normali attribuzioni, li produce mediante «leggi meramente formali».

1.5. Le *norme giuridiche* vanno distinte in: *a*) norme direttive; *b*) 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 pro-

---

categorie limitate 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. Si dice invece norma di «diritto generale» o «comune» ogni norma priva di codeste delimitazioni (esempi: «chi presenta i requisiti *x*, *y*, *z* è cittadino»; «chi non adempie il proprio debito verso il creditore è tenuto all'esecuzione forzata con seguito di danni e interessi»). — Sulle *fonti di produzione del diritto*: *infra* n. 1.7.

1.4.2. Il problema «politico» delle *leggi meramente formali* sta in ciò, che il fenomeno può ben essere utile per correggere in casi determinati alcune conseguenze abnormi, riprovate dalla coscienza sociale, della applicazione indiscriminata della legislazione a carattere normativo, ma apre anche (e malauguratamente) il varco a non pochi e non trascurabili pericoli di vantaggi per taluni o, all'inverso, di svantaggi formalmente ineccepibili per taluni altri (si pensi ad una legge che conceda un sussidio a Tizio ed a lui soltanto, oppure ad una legge che consenta l'esilio esclusivamente per Caio). Comunque, sempre che dall'astratto si scenda al concreto, la legislazione meramente formale è difficilmente evitabile, perché è fin troppo agevole emanare «leggi mascherate», cioè leggi formulate ineccepibilmente in termini di norme giuridiche e cioè di comandi ipotetici e generali, ma che in realtà si riferiscano a fattispecie ben delimitate, cioè ad ipotesi che si sa a priori essere costituite da un caso specifico e soltanto da quello.

1.5. 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.

prietario di una cosa, tutti gli altri soggetti devono rispettare il suo godimento della stessa»). Le «norme sanzionatorie» sono invece quelle che provvedono a fissare le sanzioni applicabili a chi violi una norma direttiva e 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»).

1.5.1. Le norme direttive sono, di regola, inderogabili, sì che la loro violazione da parte dei soggetti implica necessariamente il subentrare delle norme sanzionatorie. Per eccezione piuttosto diffusa, quando l'interesse superiore della comunità non ne esiga ad ogni costo l'applicazione, le norme possono ammettere, entro limiti più o meno ampi, la loro deroga. Si distingue pertanto, nel linguaggio corrente, tra «diritto cogente» (inderogabile) e «diritto dispositivo» (derogabile dai soggetti).

1.6. La coattività (solitamente detta, con espressione impropria, «coercibilità») è la caratteristica dell'ordinamento giuridico, non meno che dell'ordinamento statale di cui esso fa parte. Ciò significa che, per l'ipotesi della inosservanza di un comando direttivo (normativo o anche non normativo), vi è sempre la possibilità di ricorrere ad una correlativa norma sanzionatoria che predispone, almeno come ultima istanza, la costrizione materiale (al limite estremo, anche fisica) dell'inosservante (o di altri che subisca la sanzione per lui) alla riparazione o alla espiazione.

1.6.1. Ad ogni fattispecie primaria presa in considerazione dal diritto corrisponde, pertanto, una «normativa giuridica» costituita, nella ipotesi più semplice, quanto meno dall'abbinamento di una norma direttiva con una correlativa norma sanzionatoria ad effetto coattivo.

1.5.1. Una sottospecie del diritto dispositivo è il cd. diritto alternativo, cioè un regolamento diverso della stessa fattispecie che la norma giuridica offre ai soggetti. Se i soggetti non scelgono esplicitamente la soluzione alternativa (o una delle soluzioni alternative), si applica a titolo cogente la norma principale.

1.6. La coazione dei destinatari del diritto, sia ben chiaro, non è 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 in un costringimento «materiale» dell'inosservante (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 principi direttivi. L'insistenza nel recalcitrare, nel negare, nel non rispondere affermativamente («*non fateri*», «*in-fateri*») era efficacemente detta dai Romani «*infitiatio*» (v. n. 8.6.1 e 13.9).

1.6.1. Le normative giuridiche (risultanti dalla complementarità di un comando a contenuto direttivo e di una norma a contenuto sanzionatorio) non

1.6.2. L'insieme delle normative facenti parte di un ordinamento giuridico costituisce un «sistema giuridico». Ma nella realtà storica gli ordinamenti giuridici raramente (per non dir mai) si presentano come altrettanti insiemi unitari ed organici di normative. Per ragioni varie (quali le diverse materie cui si riferiscono, o i diversi modi in cui sono venuti in essere, o le diverse vicende che hanno concorso a formarli ed a successivamente riformarli) essi sono generalmente il risultato dell'aggregazione di sistemi normativi parziali ed eterogenei dei quali, particolarmente in sede di ricostruzione storica, è necessario tener conto. È utile pertanto distinguere, concettualmente e terminologicamente, tra «sistema giuridico totale», che è l'intero ordinamento giuridico, e «sistemi giuridici parziali», che sono i vari insiemi (prevalentemente, ma non sempre, costituiti da normative giuridiche) che concorrono a comporlo.

1.7. Fonti di produzione del diritto sono gli accadimenti da cui promanano le norme giuridiche: accadimenti anche detti «fatti normativi» o «fatti di normazione».

---

sempre sono formalmente esplicite. Spesso vi sono comandi direttivi che fanno riferimento puramente implicito alla norma sanzionatoria da applicarsi in caso di loro inosservanza. Altre volte si hanno norme sanzionatorie implicite di per se stesse, cioè da dedursi per via di interpretazione dal sistema normativo di cui fanno parte. Altre volte ancora si trovano norme sanzionatorie esplicite (es.: «chi uccide sarà punito col carcere»), che si riferiscono in modo puramente implicito ad un comando direttivo (cioè, per es., «nessuno può uccidere»). — Non rara è l'ipotesi di una normativa complessa, costituita da molteplici norme sanzionatorie graduate tra loro. Infatti, si dà spesso il caso che l'infrazione del comando direttivo apra il varco ad una prima norma sanzionatoria non coattiva, che si limita ad imporre all'inosservante un comportamento di riparazione o di espiazione; 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 esempio: alla norma direttiva che vieta di uccidere il prossimo risponde 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).

1.6.2. La c.d. sistematica di un ordinamento giuridico è la visione ordinata che lo studioso abbia e manifesti di quell'ordinamento (o di un suo settore: o di un sistema o di più sistemi parziali collegati tra loro nel suo interno). È, in altri termini, la ricostruzione del suo sistema giuridico totale: ricostruzione soggettiva, quindi variabile dall'uno all'altro autore, ma non perciò fantasiosa od estrosa, essendo direttamente riferita ad una realtà da rappresentare. V. anche *infra* n. 4.1.2.

1.7. Integrativo del concetto di fonte di produzione è quello di fonte di cognizione del diritto, 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 tecni-

1.7.1. La fonte di produzione «originaria» delle norme giuridiche è la «costituzione (politica)», cioè la convenzione espressa o tacita dei consociati che sta a base dell'organizzazione statale. Se la costituzione è espressa, 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, essa si manifesta attraverso la uniforme e ininterrotta ripetizione di un certo comportamento operata dalla generalità (se non proprio dalla universalità) dei consociati con la convinzione del suo carattere giuridicamente vincolante (cd. «*opinio iuris et necessitatis*»): fenomeno che si designa modernamente con il termine di «consuetudine».

---

che» e «in senso tecnico»: a seconda che riflettano 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 (documentale o testimoniale) dell'ordinamento o che, invece, costituiscano una elaborazione subbiettiva dell'ordinamento stesso. Esempio di fonte di cognizione in senso atecnico (e secondaria) del diritto è un romanzo, o un film, in cui figurino casi giuridici (più o meno ben capiti e rappresentati dall'autore). Esempio di fonte di cognizione primaria (e tecnica) è la «Gazzetta ufficiale» in cui si pubblicano gli atti del governo. Esempio di fonte di cognizione secondaria (e tecnica) è un trattato di diritto civile o penale vigente.

1.7.1. Anché vi sia una consuetudine giuridica non basta la lunga o lunghissima prassi (cd. *vetustas*). Occorre in più il generale (prevalente) convincimento della sua obbligatorietà; un convincimento che non deve consistere nella pura e semplice presa d'atto dell'uso o della sua vetustà, ma che deve tradursi nella coscienza (anche da parte di chi lo infranga) che quell'uso si impone a tutti i consociati come giuridicamente obbligatorio. Tuttavia non è facile, in concreto, distinguere da una semplice prassi una consuetudine e stabilire se quest'ultima sia ancora e sempre sorretta dall'*opinio iuris et necessitatis*. — 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 (la quale, se disapplicata a lungo e non più sorretta dall'*opinio necessitatis*, evidentemente viene meno, per fenomeno di «decadenza»), ma è discutibile e discusso se essa possa ritenersi attribuita anche alle norme statutarie e legislative. A nostro avviso (corrispondente a un pensiero molto diffuso), una norma esplicita, anche se lungamente e largamente disapplicata dai destinatari, non perciò si estingue: sarebbe giustificare ogni arbitrio, se si ritenesse il contrario. Per dirla con certi vecchi brocardi (v. *infra* n. 1.3.2), «*dormiunt aliquando leges, numquam moriuntur*», perché «*lex lege tollitur*». — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni sono generalmente inclini a statuire la prevalenza dei provvedimenti legislativi 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, insomma, 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 oggettivo, molto più difficile da realizzare negli stati contemporanei per le dimensioni solitamente grandissime che essi hanno assunto. In società politiche tanto vaste e complesse quali sono quelle moderne le consuetudini locali molto 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 oppor-*

1.7.2. La costituzione politica generalmente ammette che «comandi giuridici integrativi» vengano emanati dagli organi del potere legislativo, che vi provvedono mediante le «leggi formali» (a contenuto normativo) e mediante le «leggi meramente formali» (a contenuto ordinativo). Eccezionalmente viene talora riconosciuto valore di legge anche a provvedimenti del potere giudiziario e del potere amministrativo (cd. «leggi sostanziali»).

1.8. La funzione delle normative giuridiche è quella (lo abbiamo già detto) di fissare il regolamento (direttivo e sanzionatorio) adeguato ai vari tipi di rapporti intersoggettivi.

1.8.1. I «rapporti giuridici» possono essere dei tipi più diversi, ma hanno la comune caratteristica di consistere ciascuno

---

tano affidare agli organi di governo il compito di interpretare gli interessi dell'organizzazione politica e di fissare in modo preciso e preventivo le norme di comportamento adeguate.

1.7.2. Fonti integrative dell'ordinamento sono anche i provvedimenti normativi emanati, nell'ambito dell'autonomia loro riconosciuta, dagli enti parastatali (*retro* n. 1.2.1: es., le leggi regionali). Naturalmente queste normative integrano sempre ipotesi di «diritto speciale» (*retro* n. 1.4.1). — La costituzione rigida (cioè immodificabile o modificabile solo con apposite «leggi costituzionali») è, astrattamente, il meglio per un ordinamento giuridico. In concreto, come la storia largamente dimostra, non è così. Dato che la società è in continua evoluzione e presenta di continuo nuove esigenze, l'ordinamento giuridico non può esimersi dal tenerle dietro: se lo statuto impedisce in tutto o in parte questo processo di trasformazione, l'ordinamento giuridico perde inevitabilmente di prestigio e di forza, aprendo il varco al pericolo dell'anarchismo oppure della rivoluzione. Meglio, quindi, una costituzione (scritta) a carattere «flessibile» (cioè modificabile con leggi ordinarie), o almeno una costituzione rigida ridotta a pochi (e comunque anch'essi modificabili) princìpi essenziali. — Sulle leggi meramente formali v. già *retro* n. 1.4.2.

1.8. L'inerenza dell'ordinamento giuridico ai rapporti intersoggettivi (concezione verso la quale incliniamo) è tutt'altro che incontestata. Vi sono autori, ad esempio, che qualificano come «rapporti» solo quelli obbligatori e ne traggono ulteriori conseguenze circa la concezione del diritto soggettivo. Noi accogliamo l'impostazione sopra descritta (che è quella di gran lunga più diffusa) anche perché meglio riflette, come vedremo (*infra* n. 14.1-3), la tradizione romana. — Alcuni rapporti giuridici assoluti vengono anche denominati qualificazioni giuridiche, in quanto posti da norme di qualificazione (*retro* n. 1.5). Le «qualificazioni giuridiche» sono di cinque tipi: *a*) qualificazioni «formali», intese a definire il significato di un termine, cioè il valore di un concetto, per l'ordinamento (es.: «proprietà», «vendita», «usufrutto» ecc.); *b*) 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.); *c*) qualificazioni «spaziali», intese a determinare i limiti spaziali di un certo regolamento (es.: «la presente legge si applica al territorio della Sicilia»); *d*) 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»); *e*) 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»).

1.8.1. Per interesse soggettivo deve intendersi la relazione (ideale) di un soggetto con un bene della vita, sia materiale che immateriale (es.: cosa, cibo, libertà, onore ecc.). Il termine esprime, quindi, un valore relativo. Peraltro, in una relazione tra due o più «soggetti giuridici» in ordine ad un «oggetto giuridico», cioè ad un *quid*, ad un alcunché (materiale o immateriale) che sia fonte di interessi per i soggetti. Ove l'oggetto giuridico sia causa di interessi soggettivi contrapposti, implichi cioè 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.

1.9. La conseguenza della previsione normativa di un rapporto giuridico è che, in ordine ad un certo oggetto, si determinano due situazioni giuridiche soggettive: *a*) una situazione di preminenza (cd. «situazione attiva») di un «soggetto attivo»; *b*) una correlativa situazione di subordinazione (cd. «situazione passiva») di un «soggetto passivo». La situazione attiva viene denominata «potere giuridico» (o anche, tradizionalmente, «diritto sog-

---

non tutti gli interessi dell'uomo hanno «rilevanza giuridica»: la hanno soltanto gli interessi presi in considerazione dall'ordinamento a causa del loro particolare rilievo sociale. — Largamente diffusa la distinzione tra rapporti giuridici pubblici e privati: i primi relativi ad «interessi pubblici» (della comunità politica), i secondi relativi ad «interessi privati» (tipici dei cittadini singoli). Tuttavia distinguere tra «diritto privato» e «diritto pubblico», pur se è teoricamente legittimo, è praticamente molto difficile e spesso inopportuno, sopra tutto nell'ipotesi che uno dei soggetti del rapporto considerato sia un ente pubblico (e, in particolare, lo stato) quando non agisca per un interesse generale, ma difenda un interesse tipico dei rapporti tra privati. — Là dove il diritto non ritiene opportuno intervenire, resta libero l'autoregolamento privato dei rapporti sociali, cioè l'accordo tra più soggetti di stabilire una disciplina (purché non giuridicamente illecita) delle loro relazioni interne (si pensi, ad esempio, ai «regolamenti sportivi»). — Altre suddistinzioni del diritto sogliono essere fatte sopra tutto per esigenze di studio e didattiche. Nell'ambito del «diritto pubblico» si isolano, di solito, i seguenti settori: *a*) diritto costituzionale; *b*) diritto amministrativo (comprensivo, tra l'altro, del diritto tributario e del diritto ecclesiastico); *c*) diritto penale; *d*) diritto della navigazione; *e*) diritti processuali (civile, penale, amministrativo [cd. «giustizia amministrativa»]); *f*) diritto internazionale pubblico, che però taluni più giustamente definiscono superstatuale, attinente ai rapporti tra stati sovrani nell'ambito della comunità internazionale. Nell'ambito del «diritto privato» i settori solitamente distinti sono: *a*) il diritto civile, concernente le persone, la famiglia, gli atti, i rapporti reali e obbligatori, le successioni; *b*) il diritto commerciale. Si discute se siano branche del diritto pubblico o privato, per loro aspetti che possono rientrare sia nell'una sia nell'altra categoria, il diritto [illegible], il diritto del lavoro e della previdenza sociale, il diritto industriale ecc.

1.9. A proposito delle situazioni giuridiche soggettive va osservato che è questione puramente formale che la normativa (o una norma di essa) sia formulata in modo che ne figuri esclusivo destinatario il titolare del potere giuridico (al quale, appunto, si conferisce e riconosce un certo potere), o ne figuri invece esclusivo destinatario il titolare del dovere giuridico (al quale, appunto, si attribuisce un certo dovere). La normativa giuridica ha carattere, per dir così, «imparziale», limitandosi a stabilire un certo regolamento di interessi tra due o più soggetti («parti»), che siano virtualmente in conflitto appunto di interessi. — Il potere giuridico di un ente pubblico prende anche il nome di «potestà» (pubblica), mai invece quello di diritto soggettivo.

gettivo»), 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 soggettive, che ne sono il riflesso, hanno ovviamente anch'esse (fatta eccezione per alcune ipotesi di situazioni «imperfette» su cui qui si sorvola) natura complessa.

1.9.1. Ogni «potere giuridico» è costituito, quanto meno, dal concorso: *a*) del potere di pretendere dal soggetto passivo un certo comportamento, positivo o negativo, così come prescritto in una norma direttiva di relazione (cd. «pretesa»); *b*) del potere di costringere il soggetto passivo, subordinatamente all'inosservanza da parte sua del comportamento prescritto, a subire un'esecuzione forzosa o una forzata penitenza personale per tale comportamento (cd. «azione»).

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

1.10. La situazione soggettiva attiva non si esaurisce necessariamente nel «potere», cioè nella possibilità di soddisfarsi at-

---

1.9.1. *La distinzione della pretesa dall'azione* è tema fortemente discusso sin dai tempi di una famosa disputa tra il Windscheid e il Muther (v. *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.

1.9.2. *La distinzione dell'obbligo* dalla soggezione è oggetto di una discussione che riflette specularmente quella relativa alla pretesa e all'azione.

1.10. Esistono anche varie figure di *situazioni soggettive imperfette*, tra cui citeremo quelle del diritto affievolito, dell'interesse indirettamente protetto, dell'aspettativa di diritto (o di dovere), dell'interesse diffuso, del diritto potestativo. — Si ha *diritto affievolito* quando l'ordinamento giuridico riconosce la pretesa del soggetto attivo, ma ne subordina l'esercizio oppure ne subordina l'azione (quindi la protezione del suo interesse) all'esistenza di un coincidente interesse (pubblico o privato) altrui o al venir meno di un altrui contrario interesse (pubblico o privato): cosicché si parla anche di «interesse condizionatamente protetto», di «diritto condizionato», di «diritto quiescente» e così via. Varie e non tutte pacifiche 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 completa da parte dell'ordinamento, come quando per l'esercizio o per la tutela di un diritto sia richiesto il venir meno, per causa estranea alla volontà del soggetto o anche ad opera di un soggetto estraneo, di alcuni limiti pretraverso il comportamento («dovere») del soggetto passivo. Il soddisfacimento di un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico implica l'attribuzione al soggetto attivo di *facoltà* o, talora, l'imposizione di *oneri* a suo carico.

1.10.1. «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

---

vertivamente posti dall'ordinamento al soggetto (es.: necessità di un'autorizzazione altrui per poter esercitare una certa attività giuridica, oppure necessità che il soggetto attivo o quello passivo ottengano una certa qualifica). — Diversa è 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, sopra tutto, 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 collimi col pubblico interesse (es.: interesse da parte del privato a che una applicazione di pubblico potere nei suoi confronti sia conforme alle regole poste dall'ordinamento). L'interesse indirettamente protetto è tutelato, di solito, mediante ricorso a giurisdizioni speciali (es.: tribunali amministrativi) e viene usualmente detto anche «interesse legittimo». Occorre avvertire, però, che con tale termine si suole talvolta impropriamente indicare anche il diritto affievolito, o addirittura tutta la categoria delle figure soggettive imperfette. — La *aspettativa di diritto (o di dovere)* 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 sotto condizione sospensiva (infra n. 2.11.2), dato che, fino a che non si sia verificato l'avvenimento condizionante, già possono tuttavia compiersi eventualmente preventivi atti di conservazione del diritto e del correlativo dovere. — L'*interesse diffuso* (o «interesse di gruppo», o «interesse collettivo», o «interesse adespota») è un interesse che non è proprio di un singolo soggetto, ma che non è neanche di carattere pubblico: esso inerisce, infatti, a categorie, a ceti, a gruppi di soggetti in ordine al loro benessere, alla loro salute e così via (es.: interesse alla conservazione di certe bellezze naturali, alla salubrità dell'atmosfera in certi luoghi ecc.). La tutela di questo interesse viene talvolta accordata ad uno degli interessati che si faccia avanti per conto di tutti gli altri, ma viene più spesso riconosciuta solo ad associazioni di categoria aventi una certa consistenza. Il concetto (di derivazione anglosassone) è ancora molto discusso, e quindi incerto. Un antecedente lontano è forse da vedersi nell'«azione popolare», cioè nel diritto di accusa per certi illeciti più gravi riconosciuto a qualunque cittadino (il cd. «quivis de populo»). — Talvolta può avvenire che il potere di azione sia apparentemente «autonomo», cioè non sia con sufficiente chiarezza collegato ad una precedente pretesa e che, pertanto, sembri esistere un diritto costituito dal solo potere di costrizione, vale a dire dalla sola possibilità originaria per il soggetto attivo di produrre effetti giuridici a carico di determinati soggetti passivi, indipendentemente dalla volontà di costoro. Si parla in tal caso di *diritto potestativo* (es.: possibilità di risoluzione di un contratto per inadempimento dell'altro contraente).

1.10.1. Le *facoltà giuridiche* implicate dalla titolarità di un diritto soggettivo vengono da taluni anche impropriamente qualificate come «diritti facoltativi» spettanti al soggetto. L'«uomo della strada» (ma non egli soltanto) è portato sovente a parlare di diritti anche per le facoltà.

giuridici (es.: la facoltà di godere della cosa o di disporne a piacimento, che compete al titolare del diritto di proprietà).

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

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

1.11.1. I «rapporti giuridici assoluti» sono quelli che intercorrono tra un soggetto attivo ben determinato e (indeterminatamen-

---

1.10.2. 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. D'altra parte, esso non va confuso con il c.d. «onere negoziale» o «modo» (*infra* ad. 2.11), poiché chi non attua l'onere negoziale posto a suo carico consegue ugualmente ciò cui ha diritto (es.: la cosa donatagli), mentre chi non attua l'onere in senso proprio non consegue utile.

1.11. Contro la distinzione tra rapporti giuridici assoluti e relativi da noi accolta si sono mosse, principalmente, queste obbiezioni: 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 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 obbiezione è certamente valida sul piano teorico (tutte le teorie, del resto, 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 obbiezione 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'usufruttuario di un fondo) ha, in caso di attentato al suo godimento, azione diretta contro l'attentatore, mentre il titolare di un diritto (di godimento) relativo (es.: il locatario di una casa) 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 (nell'esempio qui fatto, contro il locatore): dunque la distinzione tra rapporti assoluti e relativi ha ragion d'essere. Quanto alla terza obbiezione, 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* (tollerare), 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 intersoggettivi.

1.11.1. In ordine alla configurazione dei rapporti giuridici assoluti, coloro che negano la concepibilità degli stessi come rapporti intersoggettivi 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, 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 maggior te) «tutti» gli altri consociati, che assumono quindi la veste di soggetti passivi. Al soggetto attivo si riconosce, in altri termini, una pretesa giuridica verso tutti, *erga omnes*: la pretesa a non essere turbato nell'esercizio delle sue facoltà giuridiche in ordine ad un certo oggetto. Gli altri soggetti (cioè gli «*omnes*», cui si rivolge la pretesa del soggetto attivo) vengono ad essere tenuti, pertanto, ad un comportamento di tolleranza o 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 gli altri soggetti sono tenuti ad astenersi dal turbare il godimento di un oggetto giuridico da parte del soggetto che ne è il proprietario; chi contravviene ne è responsabile verso di lui).

1.11.2. I «rapporti giuridici relativi» sono quelli che intercorrono tra un soggetto attivo determinato ed un soggetto passivo del pari determinato. Il soggetto passivo, in tal caso, è tenuto ad un comportamento satisfattorio positivo o negativo («*dare*», «*facere*», «*non facere*»), nel senso che questo specifico comportamento vale a determinare il soddisfacimento di un interesse del soggetto attivo. Esempi tipici di rapporti giuridici relativi sono i rapporti cd. obbligatori (da compravendita, da mutuo, da atto illecito ecc.: il debitore è tenuto a soddisfare il creditore consegnandogli la merce, restituendogli la somma avuta in prestito, astenendosi dal fargli concorrenza ecc.).

1.11.3. Una categoria intermedia tra rapporti assoluti e rapporti relativi è costituita dai «rapporti giuridici assoluti in senso

---

mente colpisce) dei diritti assoluti, cioè l'aspetto della «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.

1.11.2. Quando vi sia un rapporto giuridico relativo, se un terzo estraneo al rapporto leda il diritto del soggetto attivo (si pensi, ad esempio, al caso di un estraneo il quale danneggi la cosa che, in un rapporto di 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).

1.11.3. Il rapporto assoluto in senso improprio è un concetto promiscuo di cui la teoria generale del diritto farebbe volentieri a meno, se non fosse imposto, per esigenze pratiche varie, dall'esperienza storica. A rendere evidente la differenza di trattamento tra il rapporto relativo vero e proprio e il rapporto relativo mascherato da rapporto assoluto, si pongano a confronto il diritto di godimento di una cosa spettante al «locatario» (o «conduttore») nei riguardi del locatore e il diritto di godimento di una cosa spettante all'«usufruttuario» o all'«usuario» (*infra* n. 67.3) nei improprio». Si tratta di taluni rapporti relativi (cioè intercorrenti tra soggetti determinati) cui l'ordinamento giuridico conferisce talvolta, 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 (cd. «nudo proprietario») è tenuto a permettere il godimento da parte dell'usufruttuario, ma in più costui acquista il diritto *erga omnes* di difendersi direttamente, come se fosse il proprietario della cosa, dai terzi che attentino al suo diritto.

1.12. Altre importanti distinzioni dei rapporti giuridici sono quelle tra rapporti di debito o di responsabilità, e rapporti ad esecuzione libera o coatta: distinzioni che saranno più chiare dopo aver fatto la conoscenza della categoria dei «fatti giuridici», della quale parleremo di qui a poco.

1.12.1. I «rapporti giuridici di debito» sono rapporti (assoluti o relativi) consistenti in un vincolo che si costituisce, a ca-

---

riguardi del concedente. Se si verifica il danneggiamento della cosa da parte di un terzo, il locatario può reagire solo contro il locatore (che a sua volta reagirà eventualmente contro il terzo), l'usuario potrà invece reagire direttamente contro il terzo.

1.12. Le distinzioni tra i rapporti giuridici da noi qui indicate possono essere anche prospettate, ai fini di una maggiore efficacia rappresentativa, in questo modo: *a*) se si guarda al «momento di realizzazione» del rapporto, è utile distinguere tra rapporti ad esecuzione libera e rapporti ad esecuzione coatta, a seconda che la correlazione specificamente rappresentata sia quella «pretesa-obbligo» o quella «azione-soggezione»; *b*) se si guarda alla «causa efficiente» del rapporto (cioè al fatto giuridico dal quale esso è determinato), è opportuno distinguere tra rapporti di debito e rapporti di responsabilità, a seconda che il rapporto scaturisca da un fatto o comportamento lecito (determinativo solo di correlazione «pretesa-obbligo») o scaturisca da un illecito (determinativo anche, in ultima istanza, di correlazione «azione-soggezione»); *c*) se si guarda alla «posizione dei soggetti passivi» nei (soli) rapporti di debito, rileva la differenza tra rapporti assoluti e rapporti relativi. — Sui fatti giuridici: *infra* n. 2.3.

1.12.1. La responsabilità può essere: *a*) «primaria» (detta pure «aquiliana», perché originariamente regolata dalla *lex Aquilia*, di cui parleremo *infra* n. 80.2); *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. — La responsabilità oggettiva, cioè per un fatto non dipendente dalla propria volontà, è una figura primitiva, semplicistica di responsabilità: la riflessione più evoluta esige infatti che si risponda solo delle conseguenze, sia pure indirette, delle proprie azioni volontariamente illecite (v. *infra* n. 2.3.3). Tuttavia, in una società fortemente industrializzata come quella moderna, vi sono casi (si pensi ai danni rico di tutti o a carico di singoli soggetti, per effetto di un accadimento (cd. «fatto giuridico») previsto come lecito dall'ordinamento. I «rapporti giuridici di responsabilità» sono rapporti giuridici relativi (mai assoluti) consistenti in un vincolo che si pone, a carico di un soggetto passivo determinato, a titolo di responsabilità (di «resa dei conti»): o perché allo stesso sono da attribuirsi le conseguenze di un fatto giuridico da lui non voluto, ma qualificato illecito dall'ordinamento (nel qual caso si usa parlare di «responsabilità oggettiva»); oppure perché egli ha messo volontariamente in opera un comportamento illecito (nel qual caso si usa parlare di «responsabilità soggettiva»).

1.12.2. I «rapporti giuridici ad esecuzione libera» sono rapporti (di debito o di responsabilità) caratterizzati dalla correlazione di una pretesa del soggetto attivo con un 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.

1.12.3. Nella realtà della vita sociale le cose non sono, si badi bene, così schematiche e semplici come sono state prospet-

---

ambientali o ai rischi da radioattività nucleare) in cui si tende ad accollare a certi imprenditori una responsabilità oggettiva, per il solo fatto che l'evento dannoso si sia verificato entro una certa sfera territoriale, limitandola peraltro ad un certo *maximum* di risarcimento: il che, mentre in qualche modo rassicura le vittime (esentandole dall'onere di provare la colpevolezza dell'imprenditore), in buona misura incoraggia gli imprenditori a esercitare le loro industrie (mettendo in conto la sicurezza di dover rispondere non oltre un certo limite). — Si parla di responsabilità penale quando la responsabilità dell'illecito non è volta alla riparazione del pregiudizio provocato all'altra parte (cioè al «risarcimento» del pregiudizio stesso), ma è volta a caricare il soggetto responsabile di un'afflizione fisica o economica (cioè di una «pena») a titolo di punizione per il mal fatto. — Sulle ipotesi di responsabilità criminale (o responsabilità «penale pubblica»): *infra* n. 2.3.1. — 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) «responsabilità extra-contrattuale», mentre la responsabilità secondaria (la quale scaturisce, il più delle volte, dall'inadempimento di un rapporto relativo istituito mediante contratto) viene qualificata (altrettanto impropriamente) «responsabilità contrattuale».

1.12.2. La esecuzione coatta inerisce ai soli rapporti di responsabilità, ma non caratterizza tutti i rapporti di responsabilità: questi possono essere, in altri termini, anche ad esecuzione libera (es.: responsabilità di pagare una penale al proprio creditore a seguito dell'inadempimento della obbligazione assunta verso di lui). La soggezione, e di conseguenza la esecuzione coatta, è di solito una soluzione cui si ricorre, sia per la sua drasticità, sia per la difficoltà materiale della sua messa in opera, solo come «*ultima ratio*», solo quando il soggetto passivo del rapporto di credito non abbia volontariamente ottemperato ad almeno un successivo e più gravoso obbligo incombentegli a titolo di responsabilità.

1.12.3. La complessità dei rapporti giuridici è da mettere in relazione alla complessità delle normative giuridiche (v. *retro* n. 1.6.1) e però meglio tate dianzi. In primo luogo, va detto che ogni rapporto giuridico (assoluto o relativo) nasce sempre come rapporto di debito, ma successivamente può evolversi, se vi sia inosservanza dell'obbligo da parte del soggetto passivo, dapprima in un rapporto di responsabilità ad esecuzione libera, dipoi in un rapporto di responsabilità ad esecuzione coatta: dunque le classificazioni dei rapporti in rapporti di debito e di responsabilità e in rapporti ad esecuzione libera e ad esecuzione coatta non sono vere e proprie distinzioni di rapporti giuridici autonomi, ma sono piuttosto fasi ed aspetti evolutivi di un unico rapporto giuridico (assoluto o relativo) «di base». In secondo luogo, va segnalato che spesso, quando un rapporto giuridico sia in attesa di un incontestabile accertamento o di un definitivo assestamento, al suo posto viene

---

chiarita da qualche esempio. 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. — L'apparenza dei rapporti giuridici (dei quali non si sappia con certezza se esistano veramente e se facciano veramente capo a chi ne sembri, se ne affermi o se ne creda soggetto) è un fenomeno comune ai rapporti assoluti e ai rapporti relativi, ma che assume connotati di particolare interesse nei confronti dei primi, caratterizzati come essi sono da una pretesa formulata dal titolare attivo e dalla sopportazione (dal «*pati*») cui sono obbligati di fronte ad essa, sino a che non si presenti qualcuno a contestarla e ad eliminarla, gli *omnes* del complesso sociale: dalla pretesa di essere cittadino o maggiorenne (in antico, molto importante la pretesa di essere libero e non schiavo) alla pretesa di essere erede di Tizio, o proprietario di un certo oggetto giuridico e così via dicendo. Dato che non è consigliabile che per ogni diritto affermato da un soggetto si debba attendere l'accertamento definitivo dello stesso (con ciò paralizzando in larga parte lo svolgimento della vita giuridica, e incoraggiando altresì le contestazioni «temerarie», cioè avventate, di quanti abbiano qualche interesse a ritardare il più possibile l'adempimento dei loro obblighi), gli ordinamenti giuridici non possono sottrarsi all'esigenza di concedere una qualche rilevanza, beninteso a titolo provvisorio, alle principali situazioni di apparenza giuridica. — L'apparenza di proprietà, ipotesi particolarmente importante, obbedisce a due principi: *a*) quello di dare la preferenza a colui che occupa materialmente l'oggetto (cd. regola «*possessor ergo dominus*»: chi possiede la cosa è da presumersi, sino a prova contraria, il suo proprietario); *b*) quello di ritenere giustificata tale preferenza se la disponibilità dell'oggetto sia stata conseguita in modo pacifico (non violento) e davanti agli occhi di tutti (non clandestinamente), inducendo con ciò la comunità alla ragionevole convinzione di trovarsi di fronte all'esercizio delle facoltà di un proprietario (cd. regola «*error communis facit ius*»: l'errore commesso dai più dà fondamento, sino a prova contraria, al diritto). Conseguenza di questa diffusa impostazione è che al «possessore» di un oggetto giuridico viene solitamente concessa una tutela giudiziaria specifica (cioè un complesso di cd. «azioni possessorie») per difendere la sua occupazione anche da colui che dell'oggetto sia il proprietario, ma non attenda l'esito dell'azione giurisdizionale relativa per essere riconosciuto tale e pretenda di sottrargli materialmente l'oggetto che il possessore già occupa (cd. regola «*occupantis melior est condicio*»). V. *infra* n. 36.5.5.

provvisoriamente riconosciuto e tutelato (sia pure con riserva) un «rapporto giuridico apparente», di cui non si può dire con piena sicurezza se sia quello vero e se intercorra tra i veri soggetti (si pensi alla tutela accordata interinalmente al possessore materiale di un oggetto quando sia in dubbio se egli di quell'oggetto è il proprietario).

1.13. L'insieme delle situazioni giuridiche, sia attive che passive, sia perfette che imperfette, inerenti ad un soggetto, costituisce il patrimonio giuridico generale di costui. Può darsi però che, a prescindere dal patrimonio generale, il soggetto sia titolare anche di uno o più «patrimoni separati» (o «patrimoni speciali») ciascuno con propria particolare destinazione (es.: patrimonio ereditario che l'erede abbia accettato con «beneficio di inventario», cioè con separazione dal suo patrimonio generale, acché i creditori del defunto abbiano diritto a soddisfarsi solo sull'asse ereditario).

1.14. Si verifica una contitolarità di diritti o di doveri nell'ipotesi, non rara, che i soggetti attivi o i soggetti passivi di un rapporto giuridico siano due o più di due. Se e sinché i soggetti sono indeterminati (come, ad esempio, gli *omnes* tenuti al rispetto, al «*pati*», di un diritto assoluto), non sorgono ancora problemi di concorrenza tra gli stessi. Se essi sono o diventano determinati, il criterio di base per risolvere la loro coesistenza è quello della «parziarietà» (ciascun soggetto ha diritto o dovere limitatamente alla sua parte, cosí come fissata dall'ordinamento oppure negozialmente). Altrimenti si ricorre a criteri diversi, che qui non è il caso di elencare, fatta eccezione per i seguenti tre tipi di «comunione dei diritti» (e, nei limiti del possibile, «dei doveri»): *a*) quello della comunione indifferenziata; *b*) quello della comunione organizzata; *c*) quello della comunione solidaristica.

1.13. Il concetto di patrimonio non è pacifico in dottrina. V'è chi lo configura, sulla scorta di teorie economiche, quale complesso delle sole situazioni attive («patrimonio netto»). Altri lo configurano come autonoma entità giuridica («*universitas iuris*»), in ordine alla quale il soggetto avrebbe una titolarità distinta da quella sui singoli rapporti che ne fanno parte.

1.14. La contitolarità, oltre che di singoli diritti o doveri, può essere altresí 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. 2.2.2). — Diversa da quella della contitolarità è l'ipotesi della concorrenza tra più aspiranti alla titolarità di un diritto soggettivo: ipotesi che si risolve in modi vari a seconda dei casi, spesso (ma non sempre) con ricorso al principio «*prior tempore potior iure*» (chi arriva prima prevale sugli altri), o anche con ricorso al principio «*occupantis melior est condicio*».

1.14.1. La «comunione indifferenziata» (o «comunanza») rappresenta la soluzione più elementare e semplicistica del problema della contitolarità di diritti. Manca ad essa la preordinazione di ogni disciplina interna dei contitolari: ciascuno di essi ha una pretesa sul tutto, ma, siccome anche gli altri hanno un'identica pretesa, egli non è legittimato né ad affermare di sua spettanza una qualsiasi parte (reale o ideale) del diritto, né ad esimersi dal partecipare per quanto gli è possibile all'onere di salvaguardare l'oggetto comune, né a reclamare 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 (con tutti gli ovvi pericoli di soprusi e di litigi tra i comunisti) e la disposizione del diritto comune (es.: la sua alienazione ad altri) non può essere fatta (quando sia concretamente ammessa o concepita) che sulla base di una decisione unanime.

1.14.2. La «comunione organizzata» (o comunione internamente differenziata) ha per sua caratteristica la predisposizione

---

1.14.1. Il tipo di comunione indifferenziata viene solitamente denominato in dottrina come «*communio iuris Germanici*», essendosi storicamente concretato in un'istituzione caratteristica, e caratteristicamente persistente, dell'antico diritto consuetudinario dei popoli germanici. Essa consisteva, più precisamente, in una comunanza di godimento di fondi rustici (e dei beni pertinenziali degli stessi) da parte di piccole comunità su di essi insediate. La sua ragion d'essere era, normalmente, nella necessità, e, in un tempo, nella sufficienza del bene (sfruttato, in genere, solo estensivamente) per i bisogni singoli e collettivi dei membri della comunità: i quali, dunque, senza possibilità pratica di attriti o di scontri, mettevano tutti mano, ciascuno secondo i propri bisogni, nello sfruttamento del fondo («Gemeinschaft zur gesamten Hand»: «comunanza in mano collettiva» o «a mani riunite»). Sin che durava questo stato di cose (cioè la sufficienza del bene e, giova aggiungerlo, una certa quale consapevolezza da parte dei comunisti dei limiti implicati per ciascuno di 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. — *Postilla. Un residuo moderno della comunione indifferenziata sono i c.d. «usi civici», cioè i diritti riconosciuti a tutti i membri di una comunità locale (per es.: un comune) di utilizzare certe terre della comunità stessa (o, eccezionalmente, di una comunità vicina) per il pascolo, per la raccolta della legna ecc.*

1.14.2. 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 alla quota, gli oneri economici implicati dall'utilizzazione dell'oggetto, e così pure gli eventuali doveri giuridici. 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» 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 oggettivo o da un patto tra i comunisti, a delibere di maggioranza.

di una disciplina della comunità e quindi 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 (sulla base delle regole prefissate per la disciplina della comunità) da una decisione di maggioranza delle quote; sia perché ciascun comunista può anche individualmente disporre, in pendenza dello stato di comunione, del suo *quantum* ideale di partecipazione al tutto (cioè della sua quota) e alienarlo ad altri che lo sostituisca, senza con ciò pregiudicare l'intero.

1.14.3. La «comunione solidaristica», infine, è una forma intermedia (forse, più esattamente, di passaggio) tra gli altri due tipi di comunione ed è caratterizzata dal fatto che tra i comunisti esiste (o per loro volontà concorde o per volontà dell'ordinamento) un vincolo molto stretto, un vincolo di «solidarietà». Internamente la comunione può essere tanto indifferenziata quanto differenziata, ma esternamente (cioè di fronte ai terzi) è tipico di essa che uno qualunque dei comunisti può disporre dell'intero diritto (senza necessità del consenso degli altri o della maggioranza degli altri), salvo a regolare i conti con i contitolari in sede di successiva divisione, o comunque in un secondo momento.

2. L'ordine giuridico e le sue cause.

2.1. L'ordine giuridico è il risultato cui tende l'ordinamento giuridico con le sue normative. Affinché esso sia verificabile (o realizzabile) non basta che il diritto lo abbia progettato

---

1.14.3. La comunione solidaristica si verifica spesso, per disposizione del diritto oggettivo o per accordo tra i contitolari, non solo in ordine a diritti relativi o di credito (nel qual caso si parla di «solidarietà obbligatoria attiva»), ma anche in ordine a doveri giuridici relativi (nel qual caso si parla di «solidarietà obbligatoria passiva»). Nella 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 del credito ad uno qualunque tra i condebitori.

2.1. La terminologia ordine giuridico può dar luogo ad equivoci, anche perché spesso viene da altri usata nel senso che noi assegniamo ad «ordinamento». In effetti avremmo qui potuto dire, ricorrendo ad un linguaggio del passato, che vi è un «*ordo ordinans*» (ordinamento, o ordine in senso lato) e vi è invece un «*ordo ordinatus*» (ordine in senso stretto). Avendo preferito la diversa terminologia, pensiamo che sia più che sufficiente aver avvertito dei possibili equivoci.

TAVOLA SINOTTICA 1

- A) *Struttura dello stato*
  - popolazione
    - cittadinanza (partecipazione al governo)
    - sudditanza (esclusione dal governo)
  - territorio
    - metropolitano (sede normale dei cittadini)
    - provinciale (sede normale dei sudditi)
  - governo
    - funzione legislativa (specialmente normativa)
    - funzione giurisdizionale (specialm. giudiziaria)
    - funzione amministrativa
- B) *Ordinamento statale*
  - generico (effettivo, ma non giuridico)
  - giuridico
- C) *Fonti del diritto*
  - costituzione statale
    - non scritta (consuetudine)
    - scritta (carta costituzionale e leggi costituzionali)
  - provvedimenti integrativi
    - leggi formali (normative)
    - leggi sostanziali (equiparate alle precedenti)
    - leggi meramente formali (non normative)
- D) *Normative giuridiche*
  - a) norme direttive (prescrittive di una condotta)
  - b) norme sanzionatrici (comminanti sanzioni per gli inosservanti)
- E) *Struttura dei rapporti giuridici*
  - soggetto attivo: potere giuridico (dir. soggettivo)
    - a) pretesa (scaturente da norme direttive), con facoltà ed oneri annessi
    - b) azione (scaturente da norme sanzionatrici)
  - soggetto passivo: dovere giuridico
    - a) obbligo (nei confronti della pretesa)
    - b) soggezione (nei confronti dell'azione)
  - oggetto (limite di interessi contrapposti tra i soggetti)
- F) *Tipi dei rapporti giuridici*
  - assoluti (tutti di debito)
    - propri (protesi erga omnes)
    - impropri (relativi, ma equiparati ai r. assoluti)
  - relativi (tra soggetti determinati)
    - di debito (tutti ad esecuzione libera)
    - di responsabilità
      - ad esecuzione libera
      - ad esecuzione coatta
  - patrimonio
- G) *Contitolarità dei diritti*
  - comunione indifferenziata (cd. tipo Germanico)
  - comunione organizzata (cd. tipo Romano)
  - comunione solidaristica

Tavola 1 - A) La struttura dello stato (n. 1.2.1). - B) L'ordinamento statale (n. 1.3). - C) Le fonti del diritto (n. 1.4 e 7). - D) Le normative giuridiche (n. 1.5-6). - E) La struttura dei rapporti giuridici (n. 1.8-10). - F) I tipi dei rapporti giuridici (n. 1.11-13). - G) La contitolarità dei diritti (n. 1.14).

e lo «comandi». Occorre che le normative giuridiche precisino in quali specifici «effetti» esso si concreti e da quali «cause efficienti» gli effetti stessi possano essere determinati.

2.2. Gli effetti giuridici, in cui si risolve un ordine conforme al diritto, sono di tre tipi, a seconda che implichino: *a*) la costituzione di nuovi rapporti giuridici («effetti costitutivi»); *b*) la estinzione di rapporti giuridici preesistenti («effetti estintivi»); *c*) la modificazione, in qualche loro dato caratteristico (cioè nei soggetti o nell'oggetto), di rapporti giuridici già esistenti («effetti modificativi»).

2.2.1. Tra gli effetti modificativi più importanti e diffusi vi sono quelli detti della «successione», la quale si verifica 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. La successione può anche attuarsi in dipendenza della fine di un soggetto giuridico (per morte naturale o per «morte civile», cioè per esclusione disposta dal diritto di un individuo dal novero dei soggetti) tra un dante causa giuridicamente estinto e un successore munito di soggettività: l'ipotesi di gran lunga prevalente è quella della successione a causa di morte (o «*mortis causa*») in

---

2.2. Gli effetti modificativi altro non sono, a stretto rigor di logica, che la estinzione di un rapporto subito seguita dalla costituzione di un altro rapporto parzialmente diverso nei soggetti o nell'oggetto.

2.2.1. 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. Quanto alla terminologia, va precisato che 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. — Rapporti giuridici intrasmissibili per successione sono quelli che non possono spostarsi 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 tipi di cause: *a*) una norma specifica dell'ordinamento giuridico (cd. «successione legale» o *ex lege*); *b*) un provvedimento sanzionatorio dell'autorità giudiziaria (cd. «successione giudiziale» o *ex sententia iudicis*); *c*) un provvedimento amministrativo (cd. «successione amministrativa» o *ex imperio*); *d*) un atto di autonomia privata, cioè un negozio giuridico (cd. «successione volontaria» o *ex negotio*). Salvo che l'ordinamento 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.

dipendenza della morte di un soggetto. Sia in ordine alla successione tra vivi (*inter vivos*) e sia in ordine a quella *mortis causa* va tenuto presente, peraltro, che non tutti i rapporti già facenti capo al dante causa passano al successore o ai successori (con conseguente modificazione soggettiva nei rapporti medesimi): alcuni rapporti, infatti, si estinguono irrimediabilmente per effetto della scomparsa del loro titolare (es.: diritto agli alimenti, diritto di usufrutto), mentre altri rapporti, sia pure in dipendenza della fine di un soggetto, si costituiscono addirittura *ex novo* in capo al successore (es.: diritto a pensione da parte del coniuge superstite).

2.2.2. La distinzione fondamentale da operarsi 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 dunque in funzione del concetto di «patrimonio»: è a titolo universale solo la successione relativa ad un intero patrimonio (sia pur depurato dei rapporti intrasmissibili), con l'avvertenza che i successori possono essere anche due o più, purché ciascuno di essi abbia diritto ad una quota del patrimonio complessivo dell'autore.

2.3. Cause efficienti dell'ordine giuridico, cioè degli effetti giuridici, sono gli accadimenti indicati appunto come tali dalle norme giuridiche. Queste fattispecie 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.

2.3.1. I «fatti giuridici involontari» sono quelli il cui verificarsi è indipendente dalla volontà dei futuri o attuali titolari dei

---

2.2.2. 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. 1.14.

2.3. La dottrina ha sezionato ed analizzato in mille forme diverse la rilevanza del fatto giuridico: da un lato, precisando che la gran parte degli accadimenti umani sono «fatti giuridicamente irrilevanti»; dall'altro, giungendo, con riferimento ai fatti giuridici rilevanti, a formulare una teoria della cd. «fattispecie», in cui ciascun elemento del fatto (o di più fatti interdipendenti) assume una sua rilevanza particolare, ed eventualmente una sua produzione di effetti giuridici parziali, rispetto all'effetto finale della fattispecie. Ma non è il caso, in questa sede, di addentrarci in un discorso che tende forse oltre misura al complicato.

2.3.1. I fatti giuridici involontari, si badi bene, non sono tali perché mai determinati dalla volontà, ma sono qualificati in questo modo perché, rapporto riguardo al quale siano chiamati ad esercitare la loro influenza. L'accadimento involontario può, più precisamente, dipendere: *a*) dall'ordine naturale delle cose (cd. «fatti naturali»: es., la nascita o la morte di un soggetto, il perimento naturale di un oggetto giuridico); *b*) 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).

2.3.2. I «fatti giuridici volontari», anche detti più frequentemente «atti giuridici», sono quelli il cui verificarsi è determinato dalla volontà dei futuri o degli attuali titolari del rapporto riguardo al quale siano chiamati ad esercitare la loro influenza. Gli atti giuridici possono essere: *a*) «leciti», se il comportamento in cui consistono è esplicitamente o implicitamente permesso dall'ordinamento giuridico; *b*) «illeciti», se il comportamento in cui consistono è esplicitamente o implicitamente vietato dall'ordinamento giuridico.

2.3.3. L'ordinamento giuridico non precisa sempre gli effetti da ricollegare ai fatti giuridici. A tacer d'altro, questo metodo sarebbe troppo macchinoso e ingombrante, esponendo inoltre l'aggregato sociale al pericolo di ridursi ad un'alienante «catena di montaggio»: esso viene pertanto adottato solo in ordine ai

---

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.

2.3.2. Gli atti giuridici illeciti sono determinativi, si ricordi, di rapporti relativi di responsabilità (primaria o secondaria): *retro* n. 1.12.1. 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 della patria, 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 altrimenti) l'ordinamento può stabilire a carico del reo una «responsabilità criminale» (o responsabilità «penale pubblica») con conseguenze di pene detentive o pecuniarie da richiedersi ai giudici da un rappresentante degli interessi della comunità tutta, cioè dal cd. «pubblico ministero» o «pubblico accusatore».

2.3.3. Sulla responsabilità oggettiva (da fatto involontario): *retro* n. 1.12.1. — La misura della volontarietà richiesta per l'attribuzione di responsabilità all'autore di un atto illecito viene, di solito, distinta in: *a*) «colpa», relativa agli atti commessi con maggiore o minore imprudenza, negligenza, imperizia e simili (donde la ulteriore distinzione tra «colpa lieve», sufficiente a determinare la responsabilità, «colpa lata», più consistente della precedente, e «colpa latissima», quasi affine al dolo); *b*) «dolo», relativo agli atti commessi con previsione e intenzione di produrre proprio gli effetti vietati dall'ordinamento. È appena il caso di aggiungere che il dolo nella commissione di un atto illecito non va confuso (pur essendo ad esso affine nella sostanza) col «dolo negoziale», di cui *infra* n. 2.9.2.

fatti giuridici involontari ed agli atti giuridici illeciti. Per quanto riguarda i «fatti involontari», l'ordinamento non manca mai di stabilire: *a*) se e quale rapporto di debito essi costituiscano, modifichino od estinguano (basti pensare agli effetti ricollegati alla nascita o alla morte); *b*) oppure se e quale rapporto di responsabilità (di responsabilità cd. «oggettiva») essi eventualmente costituiscano. Per quanto riguarda gli «atti illeciti», del pari l'ordinamento non manca mai di stabilire: *a*) quale rapporto di responsabilità (cd. «soggettiva») essi costituiscano; *b*) in più, quale misura di volontarietà si richieda nell'autore affinché sia responsabile dell'atto (per esempio: la pura volizione del fatto posto in essere, detta usualmente «colpa»; oppure anche la specifica intenzione di produrre con quel fatto un preciso effetto ingrato all'ordinamento, detta usualmente «dolo»).

2.3.4. In ordine agli «atti giuridici leciti» l'ordinamento si comporta in maniera meno rigorosa: di regola, esso lascia ai soggetti una certa sfera (sia pure non illimitata) di discrezionalità nella determinazione degli effetti da conseguire. Di qui la distinzione degli atti giuridici leciti in due categorie: *a*) la categoria dei «meri atti giuridici», i cui effetti sono esattamente prefissati dall'ordinamento, ma il cui compimento è rimesso alla libera decisione dei soggetti; *b*) la categoria degli «atti giuridici di autonomia», che sono invece quelli di cui non solo il compimento, ma anche gli effetti sono di volta in volta voluti e indicati dai soggetti.

2.4. Presupposti generali dell'attività giuridica (a prescindere dalle qualificazioni specifiche di volta in volta richieste per singoli e determinati atti) sono, più precisamente: *a*)

2.3.4. 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), pretendesse di prefissare minuziosamente tutti i possibili effetti giuridici, è praticamente irrealizzabile. Esempi di meri atti giuridici sono: la volontaria presa di possesso di una *res nullius*, cioè di una cosa non appartenente a nessuno, determina *ipso iure* l'acquisto della proprietà sulla medesima; la volontaria esecuzione di una prestazione dovuta al proprio creditore determina *ipso iure* l'effetto dell'adempimento estintivo dell'obbligazione. — Per meglio intendersi circa il carattere del mero atto giuridico, si pensi alle numerosissime «macchinette a gettone» (o a tessera magnetica) diffuse nella società moderna per la vendita dei più vari prodotti (es., sigarette) o per l'erogazione di certi servizi (es., comunicazioni telefoniche). Il passante è libero di inserire o non inserire il gettone, ma l'effetto di questa sua iniziativa non dipende da lui perché è già predisposto dalla macchinetta.

2.4. I presupposti generali dell'attività giuridica sono giustificati da una considerazione evidente. Affinché un atto giuridico (lecito o illecito) sia produttivo, in quanto tale, di effetti giuridici non basta che si realizzi l'accadimento esterno in cui esso materialmente consiste, né basta che l'accadimento sia voluto dall'autore dell'atto: occorre altresì che l'autore risulti trovarsi nelle condizioni individuali indispensabili, a termini dell'ordinamento, per volere responsabilmente l'accadimento.

la soggettività giuridica (cd. «capacità giuridica»); *b*) la capacità di intendere e di volere (cd. «capacità di agire»).

2.4.1. La «capacità giuridica» è la capacità riconosciuta dall'ordinamento a un individuo (o ad un ente immateriale ben individuato) di essere soggetto delle (o di alcune) situazioni giuridiche. Essa, in astratto, spetta a tutti gli esseri umani esistenti (come singoli o come enti riconosciuti) nella cerchia dello stato. Tuttavia è ben raro che un ordinamento giuridico si astenga dall'apporre «limitazioni di capacità giuridica» a certe categorie di soggetti o a certi soggetti singoli da denominare, pertanto, come «soggetti giuridici limitati».

2.4.2. La «capacità di agire» è la capacità psico-fisica di intendere e di volere l'atto giuridico che si compie: un requisito di cui non è pensabile sia dotato un ente immateriale e di cui anche un essere umano può temporaneamente o permanentemente mancare (per ragioni di tenera età, di malattia mentale e via dicendo). Questo il motivo per cui la capacità di agire: *a*) appartiene, di regola, solo ai soggetti giuridici individuali (i quali agiscano nel proprio interesse o nell'interesse di soggetti immateriali); *b*) in casi eccezionali può essere riconosciuta anche a esseri umani che siano sprovvisti della soggettività giuridica (si pensi, ad es., agli schiavi dell'antichità) ma che diano garanzie sufficienti e concrete di provvedere adeguatamente agli interessi di un soggetto giuridico per conto del quale agiscono: ipotesi, questa, denominata della «mera capacità di agire».

2.4.3. La presunzione di capacità connessa alla presenza dei requisiti della cd. capacità astratta di agire cede, peraltro, di

---

2.4.1. I cd. soggetti giuridici limitati possono essere tali per ragioni sociali od economiche che qui non è il caso di approfondire. L'ottimo sarebbe ovviamente che essi non vi fossero mai, ma la realtà storica dimostra che essi difficilmente mancano del tutto.

2.4.2. Quanto alla sussistenza della capacità di agire, gli ordinamenti giuridici non pretendono, di solito, che per ogni azione giuridica che si compia si proceda ad accertare la effettiva, concreta capacità di intendere e di volere dell'agente nel momento in cui la pone in essere: esigere la «concreta capacità di agire» sarebbe poco pratico e attarderebbe perniciosamente il flusso della vita giuridica. Il sistema cui generalmente si ricorre è quello di «presumere» che l'individuo sia capace di intendere e di volere quando presenti alcuni requisiti che l'esperienza dei tempi fa ritenere caratteristici della normalità di giudizio: l'aver superato una certa età minima o il non aver superato una certa età massima, l'appartenere ad un certo sesso, l'essere esente da certe malattie o menomazioni fisiche, mentali o morali. Si parla in tal caso (cioè nel caso prevalente) di «capacità astratta di agire». — La mera capacità di agire è fenomeno estraneo agli ordinamenti moderni, i quali sostanzialmente riconoscono la capacità giuridica (sia pur limitata) a tutti gli esseri umani.

2.4.3. Il caso più frequente di actio libera in causa (atto compiuto in uno stato di incapacità preordinato in piena libertà di intendere e di volere) è 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 o di volerlo (es.: per ubriachezza, allucinazione da droga ecc.), cioè fu compiuto in istato di «incapacità concreta di agire» (anche detta «incapacità naturale»). In questo caso l'atto viene posto nel nulla, fatta eccezione per l'ipotesi che l'incapacità sia stata astutamente preordinata dal soggetto (cd. «*actio libera in causa*»).

2.5. Gli atti giuridici di autonomia, da cui dipende almeno per quattro quinti la realizzazione dell'ordine giuridico,

---

quello dell'ubriachezza predisposta, cioè calcolata in anticipo. Ovviamente, la scoperta di una manovra del genere comporta che l'atto sia valido, come se compiuto in stato di capacità.

2.5. L'individuazione della categoria degli atti giuridici di autonomia (pubblica e privata) e la costruzione, in particolare, della teoria del «negozio giuridico» sono essenzialmente il prodotto (e il merito) della cd. Pandettistica del sec. XIX, cioè di quella corrente scientifica germanica che si dedicò allo studio del *Corpus iuris civilis* giustinianeo, e al suo interno sopra tutto delle *Pandectae* (o *Digesta*: *infra* n. 4.5.(d)), allo scopo pratico di ricavarne i principi fondamentali e di applicarli alla disciplina della società germanica del tempo (la quale ancora non aveva un suo codice civile: *infra* n. 6.2). Presa da questo compito, la Pandettistica (alla quale si sono poi collegati numerosi e importanti teorici generali del diritto sino ai giorni nostri) non ha esitato (beninteso, astenendosi rigorosamente da improvvisazioni e da superficialismi) a creare ingegnosi schemi teorici (cd. «dogmatici») entro i quali ha riversato (spesso non senza inevitabili forzature, ma mai o quasi mai falsificando la sostanza delle cose) l'ampio e frammentario materiale romano. Emergono tra i Pandettisti: Carlo Adolfo von Vangerow (1808-1870), Aloisio Brinz (1820-1887), Enrico Dernburg (1829-1907) e Bernardo Windscheid (1817-1892), ai quali va aggiunto (con caratteristiche in parte diverse) Rodolfo von Jhering (1818-1892); ma l'elenco dei minori (o dei meno noti) è molto più lungo. Non vi è dubbio che essi abbiano sovente sacrificato la storia del vero diritto romano alle esigenze di una «dogmatica» che i Romani (e particolarmente i giuristi di Roma) non intravidero nemmeno nel subconscio; ma è del tutto epidermica, arbitraria e spesso sciocca la posizione di chi, al giorno d'oggi, venuta meno l'esigenza di applicare il diritto romano alla pratica, li critica per non essersi occupati di problemi storiografici che all'epoca non gli interessavano e per aver formulato teorie generali che oggi sarebbero (si dice) superate. — Una rapida analisi della definizione da noi data nel testo chiarirà meglio il concetto di negozio giuridico. Esso è: *a*) un «atto giuridico», cioè rientra nel *genus proximum* degli «atti», vale a dire dei fatti giuridici posti in essere volontariamente dai soggetti (presuppone, dunque, la «capacità giuridica» e la «capacità di agire» di chi lo compie); *b*) un atto giuridico «lecito», cioè non vietato, né sanzionato dal diritto (implica, dunque, che, se il soggetto giuridico intenda realizzare un cd. «negozio giuridico illecito», indirizzato cioè ad un fine vietato dal diritto, l'ordinamento giuridico reagisca 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 abbia fatto dell'autonomia riconosciutagli); *c*) un atto giuridico lecito produttivo di «effetti ordinativi» (dotato della 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» (espressi, dunque, da un soggetto autorizzato esplicitamente o implicitamente dalsi dividono anzi tutto in due categorie fondamentali: quella degli «atti di autonomia pubblica» (o «provvedimenti»), che vengono posti in essere dagli organi di governo per l'attuazione di finalità di pubblico interesse; e quella degli «atti di autonomia privata» (detti solitamente anche «negozi giuridici»), che vengono posti in essere dai privati cittadini per l'attuazione di finalità di interesse privato. I «negozi giuridici», cui limiteremo il nostro discorso in questa sede, 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 sono atti di eteroregolamento (come di solito i provvedimenti), ma sono atti di autoregolamento di specifici interessi privati (ad effetti puramente «ordinativi» degli stessi) da parte dei portatori degli interessi stessi. Più sinteticamente, per «negozio giuridico» si intende: un atto lecitamente produttivo di effetti giuridici ordinativi conformi alla volontà manifestata da chi lo compie ed alla funzione pratica che è obbiettivamente in grado di svolgere.

2.5.1. Gli elementi essenziali di ogni negozio giuridico sono, più precisamente, tre: *a*) la «volontà» dell'autore (o degli

---

l'ordinamento a stabilirne gli effetti; *c*) un atto giuridico lecito, produttivo di effetti ordinativi «conformi alla volontà manifestata dal suo autore» (subordinato, dunque, alla manifestazione esteriore della volontà, cioè alla «forma» che la volontà assume per essere riconoscibile dai terzi); *d*) un atto giuridico lecito produttivo di effetti ordinativi conformi, oltre che alla volontà manifestata dall'autore, anche alla cd. «causa», cioè alla «funzione pratica che esso è obbiettivamente in grado di realizzare». — La terminologia negoziale da noi adottata è un omaggio al termine latino «negotium», che però spesso significa soltanto «affare». Nella dottrina germanica si parla appunto di «Rechtsgeschäft» («affare giuridico»). La dottrina francese o di influenza francese evita una precisa concettualizzazione del negozio e preferisce riferirsi più genericamente all'«acte juridique» o agli «affaires» del diritto. Nel linguaggio anglosassone il concetto è spesso adombrato (specie con riferimento ai negozi bilaterali) dal termine «transaction».

2.5.1. 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 da alcuni che l'essenza del negozio non stia nel fatto che si vogliano certi effetti giuridici, ma consista piuttosto in ciò: 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 (detto 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 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; *b*) la «forma» (o «manifestazione»), che riveste esteriormente la volontà e la rende perciò conoscibile agli altri soggetti dell'ordinamento; *c*) la «causa» (causa «finale»), cioè la funzione che l'atto è obbiettivamente in grado di svolgere ai fini della realizzazione degli effetti. Per riguardo al metodo pratico che si usa seguire nella loro individuazione, dei tre elementi parleremo in quest'ordine: forma, causa, volontà.

2.5.2. Prima di passare ad una più minuta descrizione dei tre elementi essenziali, va peraltro chiarito che la volontà può anche non promanare da un solo autore (cioè nell'ipotesi di «negozio unisoggettivo» o «unilaterale»), ma può essere espressione del concorso di due o più soggetti: nel qual caso l'unico negozio risultante si dice «negozio plurisoggettivo». A sua volta il negozio plurisoggettivo può essere: *a*) il risultato di due o più volontà che esprimono interessi convergenti e che sono perfettamente conformi tra loro («negozio [unilaterale] collettivo»: es., la deliberazione dei partecipanti ad una comunione); *b*) il risultato di due o più volontà che esprimono interessi convergenti, ma sono di diverso contenuto e pertanto si integrano l'una con l'altra («negozio [unilaterale] complesso»: es., la volontà di un soggetto incapace di compiere un atto e quella integratrice del suo «curatore»); *c*) il risultato di due o più volontà (o insiemi

---

alla funzione economico-sociale che è ostensibilmente atto a realizzare). La concezione «oggettivistica» del negozio giuridico ha il merito di porre allo scoperto la parentela intercorrente tra negozi privati e provvedimenti pubblici, nonché tra gli atti ordinativi e quelli normativi, ma svaluta eccessivamente il requisito della volontà: la quale, negli atti di autonomia privata, suole essere generalmente più aderente alla vita del negozio (alla sua vita oltre il momento della nascita) di quanto non lo sia nella maggior parte degli atti di autonomia pubblica.

2.5.3. I negozi bilaterali o plurilaterali, anche detti «convenzioni», vengono spesso denominati «contratti», per il fatto che tale è il nome che si usa dare alla manifestazione più diffusa (ma non l'unica) della categoria. Il processo della loro formazione si apre normalmente con una «proposta» di una delle parti e si chiude (eventualmente dopo una vicenda più o meno lunga di controproposte, di repliche e di altre trattative) con l'«accettazione» dell'altra o delle altre parti. Sino a che la proposta non è stata «ricevuta» dalla controparte o dalle controparti (il che, negli accordi «a distanza», può accadere anche dopo qualche tempo) colui che la ha formulata è libero di revocarla, purché la notizia della revoca pervenga alla controparte od alle controparti almeno contemporaneamente a quella della proposta. — I negozi unilaterali (semplici o plurisoggettivi) sono perfetti e irrevocabili nel momento in cui la volontà dell'unico autore o tutte le volontà dei coautori sono state manifestate. Possono esservi però anche «negozi unilaterali recettizi», i quali divengono perfetti nel momento ora indicato, ma producono i loro effetti solo dal momento (di poco o di molto successivo) in cui sono stati «ricevuti» (e quindi conosciuti) da un determinato destinatario (si pensi, ad es., alla disdetta di una locazione).

di volontà) che esprimono interessi divergenti (cioè interessi di «parti» contrapposte) e si conciliano tra loro in un «accordo», in un «*consensus in idem placitum*» tra coloro che lo determinano («negozio bi- o plurilaterale»: es., un contratto di vendita).

2.6. La forma del negozio (o, in generale, di un atto giuridico) è il primo dato della sua riconoscibilità esteriore. Essa può essere: *a*) una «forma libera», cioè rimessa alla libera iniziativa dell'autore o degli autori del negozio; *b*) una «forma vincolata», la quale ultima può dipendere o da imposizione dell'ordinamento (nei numerosi casi che vanno dalla cambiale al testamento) o da preventiva decisione dello stesso autore (o degli stessi autori) del negozio (es.: nell'ipotesi che di una certa commissione commerciale si convenga tra le parti che varrà solo se scritta). La forma libera è semplice mezzo di individuazione del negozio; quella vincolata può essere invece richiesta: sia a puri scopi di individuazione («*ad probationem negotii*»: solo quella determinata forma può valere ad individuare il negozio, o provarne la esistenza); sia a scopi esistenziali («*ad substantiam negotii*»), cioè come elemento costitutivo del negozio, che in sua mancanza risulta, dunque, invalido.

2.6.1. La forma può essere vincolata «*ad substantiam*» in tre misure di diversa intensità: *a*) come elemento concorrente;

2.6. La necessità della forma, cioè della manifestazione negoziale, discende dal principio che in diritto hanno valore solo i fatti percepibili sensorialmente (grazie a scritti, parole, gesti ecc.) da tutti e, in particolare, dai giudici. Il c.d. «negozio invisibile» (cioè solamente pensato, convenuto telepaticamente tra due soggetti e via dicendo) è giuridicamente irrilevante: «*intentio in mente retenta nihil operatur*». — Non sempre gli autori e 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. — Il negozio con forma vincolata *ad probationem* è un negozio che 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 sua esecuzione, non è lecito al potere sanzionatorio riconoscerlo e tutelarlo se non gli si presenti rivestito della forma (scritta o orale) prescritta per individuarlo. Viceversa il negozio la cui forma sia vincolata *ad substantiam* è un negozio che non vale giuridicamente se non è stato compiuto in un prestabilito modo esteriore (mentre non è richiesta, di regola, nessuna determinata forma affinché ne sia provata la esistenza).

2.6.1. I negozi a forma vincolata *ad substantiam* si dicono anche (e spesso: v. retro nt. 2.6) negozi formali o «solenni», ma in tal caso vanno suddistinti, per le ragioni dette nel testo, in: *a*) negozi «interamente formali», che sono quelli a forma vincolata puramente concorrente: la loro individuazione dipende non meno *b*) come elemento dominante; *c*) come elemento assorbente. Se essa ha il carattere di «elemento concorrente» con gli altri elementi del negozio (volontà manifestata, causa) non prevale sugli stessi. Se essa ha il carattere di «elemento dominante», la sua esistenza fa presumere l'esistenza degli altri requisiti: dei quali, dunque, non occorre accertare l'esistenza e la regolarità, salva rimanendo solo la prova, in caso di contestazione giudiziaria, della loro inesistenza o del loro vizio. Se ha infine il carattere di «elemento assorbente», essa riassume in sé il negozio, togliendo ogni rilevanza agli altri elementi, la cui mancanza o il cui vizio non possono essere in nessun caso addotti per far risultare la invalidità del negozio, ma possono solo costituire oggetto di un separato accertamento giudiziale ai fini di una eliminazione degli effetti già prodotti dal negozio.

2.7. La causa del negozio è la sua «causa finale», cioè la «funzione oggettiva», lo scopo cui esso è effettivamente in grado di pervenire. Un negozio privo di causa finale (o meglio, privo di una causa finale 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 ingrato all'ordinamento giuridico.

---

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).

2.7. Posto che la causa del negozio, in senso tecnico, consiste nella «funzione» che questo è oggettivamente in grado di svolgere nella vita sociale, bisogna ribadire (v. retro n. 3.6) 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. 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 e in ogni caso, l'attuazione dello scambio di una cosa in commercio con un giusto prezzo in danaro. — 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. Esempi: la compravendita, il legato testamentario, il pegno. — Negozi a causa plurima sono quelli posti al servizio, contemporaneamente, di due o più cause: la concorrenza delle quali reagisce, ovviamente, sugli effetti giuridici. Esempio: il contratto di vagone letto ferroviario, in cui concorrono elementi del contratto di albergo e del contratto di trasporto. — 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, «anonime». Esempio: il contratto di fido ban-

2.7.1. A proposito dei negozi a causa illecita (cd. «negozi illeciti») è tuttavia opportuno rilevare che vi sono vari gradi di illiceità: *a*) 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); *b*) la illiceità «semipiena», che implica la sola sanzione di responsabilità per chi ha posto in opera il negozio irregolare, rimanendo tuttavia il negozio irregolare valido; *c*) la illiceità «generica», che determina solo una riprovazione formale (e sociale) del negozio irregolare senza conseguenze giuridiche di altro genere. La illiceità generica (frequente nei diritti più antichi o primitivi, infrequente nei diritti moderni) non è sempre una manifestazione di impotenza dell'ordinamento: essa è, sovente, correlata alla minima entità dell'infrazione o anche, per converso, alla grande influenza goduta talvolta dalla riprovazione sociale.

2.7.2. Dal punto di vista della causa, occorre far differenza tra: *a*) negozi (unilaterali o plurilaterali) «a titolo oneroso», anche detti «di corresponsione»; *b*) negozi (unilaterali o plurilaterali) «a titolo gratuito», anche detti «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 un suo corrispondente sacrificio (es.: il prestito di danaro senza interessi; la donazione).

---

cario, che può essere attuato dalla banca mediante un'apertura di credito in conto corrente, mediante l'elargizione di un comodo di cassa, mediante lo sconto di effetti e in altri modi). — I negozi tipici sono di solito 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», oppure negozi atipici (per es., quelli di fido bancario), che hanno acquistato nel linguaggio corrente (e addirittura in riferimenti legislativi agli stessi) una stabile denominazione consecutiva.

2.7.3. 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 casa con «patto di riscatto», cioè con diritto del venditore di riacquistare la cosa restituendo il prezzo, fatta per eludere il divieto del cd. «patto commissorio», cioè del patto per cui la cosa data in garanzia sarà attribuita definitivamente al creditore in caso di inadempimento). 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.

2.7.4. I negozi plurilaterali di corresponsione possono essere «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 gioco. Alla distinzione può essere data una particolare rilevanza dall'ordinamento giuridico: per esempio, stabilendo che, in caso di inadempimento di una delle parti, l'altra parte possa, ad ogni buon conto, provocare la risoluzione del negozio.

2.7.3. 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 implicano 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: *a*) 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; *b*) 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; *c*) 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.

2.8. *La volontà negoziale* è l'elemento al quale si guarda solitamente per ultimo nella individuazione del negozio. La sua rilevanza dipende dal fatto che sia correttamente manifestata e dal fatto (di cui parleremo più in là) che si sia liberamente formata. Per quanto riguarda il primo punto, occorre, più precisamente, che l'autore o gli autori del negozio abbiano manifestato una volontà «esteriore» pienamente corrispondente a quella «interna». Possibili cause di discordanza tra manifestazione esteriore e volontà interna sono infatti: *a*) la mancanza di serietà; *b*) la violenza fisica; *c*) l'errore di manifestazione; *d*) il malinteso; *e*) la riserva mentale; *f*) l'accordo simulatorio.

2.7.3. *I contratti sinallagmatici*, che sono negozi giuridici bilaterali (o plurilaterali), sono spesso anche detti (non senza pericolo di equivoci) «contratti 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 (il compratore non sarebbe più tenuto al pagamento del prezzo se l'obbligazione del venditore diventasse invalida, e viceversa); ancora, esso è spesso espressione anche di sinallagma funzionale (la prestazione della merce da parte del venditore implica generalmente che il compratore non possa più sottrarsi al suo obbligo di pagamento del prezzo, e viceversa).

2.8. 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. — Sulla *volontà liberamente formatasi* v. *infra* n. 29.9.

2.8.1. La «mancanza di serietà» si verifica nelle ipotesi di dichiarazioni fatte per ischerzo o a titolo di rappresentazione teatrale («*ioci causa*»), di dichiarazioni fatte a scopi meramente didattici ed esemplificativi («*docendi causa*»), di dichiarazioni fatte a titolo di pura cortesia («*urbanitatis causa*»), di dichiarazioni fatte in stato d'ira passeggera («*iracundiae causa*»). 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 può essere chiamato responsabile della sua incauta dichiarazione.

2.8.2. 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.

2.8.3. L'«errore di manifestazione» (cd. «errore ostativo» o «errore improprio», per differenziarlo dall'errore come vizio del-

---

2.8.1. A proposito della mancanza di serietà, va rilevato che generalmente problemi non sorgono per le manifestazioni *ioci causa*, *docendi causa*, *iracundiae 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 sicuramente 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 luogo (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.

2.8.2. Dalla violenza fisica bisogna ovviamente distinguere la «violenza morale» (*infra* n. 2.9.3). 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», o asservimento psichico) agisca in stato di violenza morale anziché di violenza fisica.

2.8.3. 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. 2.9.2) e siccome la distinzione tra errore proprio e improprio non è sempre praticamente facile, alcuni ordinamenti giuridici collegano anche all'errore di manifestazione la conseguenza dell'annullabilità su istanza di parte.

la volontà) si verifica nella ipotesi di una manifestazione di volontà negoziale che non corrisponda all'intimo volere per effetto di ignoranza o di sbaglio del dichiarante in ordine alla manifestazione (es.: Tizio propone per iscritto la vendita di una cosa al prezzo di lire 1.000, anziché 10.000). In tal caso, la mancanza di una volontà che corrisponda alla manifestazione implica, almeno in linea teorica, la nullità del negozio.

2.8.4. Il «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. In questa ipotesi non si ha, dunque, divergenza tra volontà e relativa manifestazione, ma si ha divergenza 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 sin dall'origine, per mancanza di «*consensus in idem placitum*», cioè di vero accordo fra le parti.

2.8.5. La «riserva mentale» si verifica nell'ipotesi di volontaria omissione di un dato estensivo, integrativo, limitativo o negativo della propria volontà, con l'effetto di porre in essere la manifestazione di una volontà diversa da quella vera o addirittura inesistente. La mancanza di evidenza esteriore del fenomeno implica la impossibilità di invocare la vera volontà sia per l'autore della manifestazione sia anche per la controparte e per i terzi. Il negozio, pertanto, è in ogni caso valido per come è stato manifestato.

2.8.6. L'«accordo simulatorio» (più equivocamente denominato, di solito, con il semplice termine di «simulazione») si verifica

---

2.8.4. Il malinteso nasce sempre da un errore di comprensione della dichiarazione emessa dalla controparte, ma l'errore può essere spesso, a sua volta, agevolato dalla poca chiarezza nell'esprimersi del dichiarante (es.: a causa di influenze straniere o dialettali, oppure a causa di un difetto di parola o di scrittura) o dalla imperfezione del mezzo di trasmissione (documento, telefono, computer ecc.). Il caso è dunque molto più frequente di quanto possa credersi: frequentissimo nell'epoca moderna, con le molte possibilità di errori connesse alla dattilografia, alle telescriventi, alla radiotelegrafia (in minor misura alla fotografia o telefotografia in «fax» dell'originale). Non sempre è facile stabilire sino a che punto l'errore sia di manifestazione piuttosto che di comprensione, né è sempre agevole stabilire se la responsabilità dello stesso, pur quando si tratti strettamente di errore di comprensione, sia dell'una anziché dell'altra (o anche dell'altra) parte. Ad ogni modo la questione della responsabilità del malinteso (e del risarcimento eventualmente dovuto a chi abbia sofferto danni a causa dello stesso) non tocca le sorti del negozio, il quale è sempre e in ogni caso da ritenersi invalido.

2.8.5. La riserva mentale è anche denominata talvolta (e non impropriamente dal punto di vista lessicale) «simulazione». Esempi: «mi impegno a pagare 500 (se lo vorrò)»; «ti dono questa perla (anzi tutte le perle di questa collana)».

2.8.6. L'accordo simulatorio può realizzarsi anche nei negozi unilaterali recettizi, cioè diretti ad uno o più soggetti destinati a riceverli (v. retro nell'ipotesi che le parti di un negozio bi- o plurilaterale si accordino per porre in essere un negozio apparente, cioè solo esteriormente dichiarato (negozio «simulato»), mentre in realtà esse 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 a seconda dei soggetti che sono da esso direttamente o indirettamente implicati: *a*) tra le «parti» il negozio simulato (cioè non voluto) non ha effetto, mentre ha effetto il solo (eventuale) negozio dissimulato (cioè veramente voluto), sempre che di questo sussistano tutti gli elementi richiesti dall'ordinamento; *b*) rispetto ai «terzi svantaggiati» dalla simulazione (es.: i creditori di un simulato alienante, che vedano diminuite le loro aspettative di pagamento dalla simulata alienazione di un bene a terzi) il negozio simulato non vale; *c*) rispetto ai «terzi avvantaggiati in buona fede» dalla simulazione (es.: il subacquirente, purché in buona fede, di una cosa alienata simulatamente ad un primo acquirente) il negozio simulato vale, nel senso che ad essi la simulazione (e quindi la invalidità del negozio) non è opponibile.

2.9. Per quanto riguarda la libera formazione della volontà negoziale, è evidente che, se è ragionevolmente pensabile che la volontà si sia formata a causa di un «vizio» e che senza quel vizio essa non si sarebbe condensata in una decisione (o si sarebbe condensata in una decisione diversa), sorge

---

n. 2.8.2. Esso interviene, in tal caso, tra autore e destinatari del negozio (es.: simulazione di una promessa unilaterale di pagamento concordata tra il promittente e il destinatario della promessa). — La simulazione relativa può riguardare la causa (es.: una donazione figura come una vendita), o 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 infatti con la rappresentanza: *infra* n. 2.10). La persona interposta, nel linguaggio corrente, è detta «uomo di paglia» o «prestanome».

2.9. Gli effetti dei vizi della volontà non possono comportare, secondo logica, sempre e in ogni caso l'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. Ecco il motivo per cui gli ordinamenti giuridici tendono a mettere la questione dei vizi della volontà nelle mani del potere sanzionatorio, al quale spetterà di accertare caso per caso la effettività del vizio denunciato e il suo grado di gravità, decidendo i provvedimenti da prendere: provvedimenti che possono andare dalla comminatoria di una sanzione pecuniaria sino all'annullamento del negozio. V. particolarmente *infra* n. 2.13.3.

quanto meno il dubbio 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 sono inclini a concedere all'autore di un negozio il diritto di chiedere al potere sanzionatorio (cioè ai giudici) l'«annullamento» (cioè l'eliminazione, l'azzeramento) del negozio stesso quando esso risulti inficiato (in misura che il giudice ritenga determinante o comunque inammissibile, intollerabile) da uno di questi tre vizi della sua volontà: *a*) l'errore di fatto; *b*) il dolo; *c*) la violenza morale.

2.9.1. L'«errore di fatto» (anche detto «errore proprio») 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 sua 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).

2.9.2. Il «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 (in genere, la controparte) a volere il negozio stesso: raggiro che abbia avuto «funzione determinante» sulla formazio-

---

2.9.1. Dall'errore di fatto va distinto l'errore di diritto, cioè l'errore cadente su una norma dell'ordinamento giuridico (norma di cui il soggetto ignorava l'esistenza, 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. Tuttavia è un vecchio e grosso problema, particolarmente grave nel mondo moderno, solitamente fitto di numerosi e complicati provvedimenti normativi, quello (legato ad un'esigenza essenzialmente «politica») che il diritto sia da tutti conosciuto (o meglio che nessuno possa invocare la ignorantia iuris e complicare con ciò il lavoro degli organi di giustizia). Di qui l'orientamento giurisprudenziale di tutti i tempi a non porre in discussione come «principio» la regola «ignorantia iuris non excusat», ma ad ammettere, nel contempo, un limitato numero di ragioni eccezionali di scusabilità (di «inevitabilità») dell'ignoranza giuridica: sopra tutto in relazione a gravi difficoltà soggettive (es.: ignoranza della lingua locale da parte di uno straniero) od oggettive (es.: linguaggio eccessivamente tecnico o fortemente equivoco usato dal legislatore) nella comprensione della norma di diritto.

2.9.2. Dolo incidente (non «determinante») è quello senza il cui intervento la vittima del raggiro avrebbe preteso (e verosimilmente ottenuto) condizioni più favorevoli (es.: un prezzo inferiore). È chiaro che il potere sanzionatorio procede 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). — A viziare la volontà occorre il dolo malefico, cioè un raggiro avente una certa consistenza e perciò comunemente riprovato dalla coscienza sociale. La pura e semplice «abilità negoziale» nel presentare le cose (cioè il c.d. «*dolus bonus*») non rileva.

ne 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).

2.9.3. La «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 comprensibile «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 acquistare, mi minaccia di morte o minaccia di rapire un mio stretto familiare e via dicendo).

2.10. L'attività negoziale può essere compiuta tanto personalmente da chi vi abbia interesse, quanto da altri nell'interesse di lui: in questa seconda ipotesi si realizza il fenomeno della *sostituzione nell'attività negoziale*, anche detto della «conclusione del negozio giuridico per interposta persona». Questa sostituzione può essere di due tipi fondamentali: *a*) «sostituzione materiale», che si verifica quando un soggetto si faccia materialmente surrogare da un'altro individuo, pur se incapace (cd. «portavoce» o «*nuncius*»), nella manifestazione della sua volontà; *b*) «sostituzione giuridica», meglio detta «rappresentan-

---

2.9.3. 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 consistente «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. Nel mondo moderno il fenomeno delle intimidazioni (acché si acquisti merce da un certo venditore, o si concedano appalti e subappalti a certi imprenditori) è largamente diffuso là dove fioriscono le cd. organizzazioni di «racket», cioè di estorsione ai danni del prossimo.

2.10. La differenza tra *sostituzione materiale* e *sostituzione giuridica* è importante, perché il rappresentante esprime una propria volontà ed impegna la propria capacità, sia pure nell'interesse del «principale» (cd. *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, di una fotocopia o di un nastro registrato), la volontà manifestata dall'autore del negozio. — 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 pedissequamente 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 egli sia un rappresentante, con tutte le connesse responsabilità.

za», che si verifica quando un soggetto giuridico, cioè un individuo pienamente capace (cd. «rappresentante»), compia il negozio «per conto», cioè nell'interesse, di un altro soggetto giuridico (cd. «rappresentato»).

2.10.1. La «rappresentanza» si scinde, a sua volta, in due specie: *a*) la rappresentanza «diretta», che si ha quando il rappresentante agisce non solo per conto, ma addirittura in nome del rappresentato; *b*) la rappresentanza «indiretta», che si ha quando il rappresentante agisce per conto del rappresentato, ma in nome proprio. Nell'ipotesi della rappresentanza diretta, gli effetti del negozio (es.: l'acquisto in proprietà 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 questi personalmente. Nell'ipotesi della rappresentanza indiretta, gli effetti del negozio ricadono sul rappresentante, il quale dovrà poi trasmetterli con altro negozio al rappresentato: tra i due, infatti, esiste un «rapporto interno», in forza del quale il rappresentato ha diritto di acquisire al proprio patrimonio gli effetti prodotti dall'affare, mentre il rappresentante ha ovviamente diritto di essere rivalso delle spese incontrate e delle perdite eventualmente sofferte.

2.11. *L'efficacia dell'autonomia privata*, cioè l'attitudine del negozio giuridico a produrre gli effetti predisposti

---

2.10.1. Con riguardo alla *fonte costitutiva*, la rappresentanza (diretta o indiretta) può essere ancora distinta in: *a*) rappresentanza «necessaria», cioè imposta dall'ordinamento giuridico per interessi di ordine generale (si pensi al curatore di un minorenne); *b*) rappresentanza «volontaria», cioè scaturente da una richiesta del rappresentato e dalla conseguente accettazione del rappresentante; *c*) 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. — *Gestione di affari altrui* (o «gestione di negozio») è, per verità, il concetto generale che riassume in sé tutti i casi di rappresentanza (necessaria, volontaria o spontanea). Ma la gestione di negozio per antonomasia si verifica solo nell'ipotesi di rappresentanza spontanea.

2.11. I *requisiti negoziali di diritto* costituiscono una vasta gamma 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), sino ai requisiti imposti dall'ordinamento agli stessi elementi negoziali (eventuale forma vincolata, e via dicendo), e ancora sino 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»). — Tra i requisiti negoziali di diritto taluni indicano anche la *legittimazione al negozio*. La sua 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 (costituzione, modificazione, estinzione di uno o più rapporti giuridici), non dipende soltanto dalla sussistenza dei tre «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: *a*) taluni sono pretesi dall'ordinamento giuridico; *b*) talaltri possono essere eventualmente decisi al momento della confezione del negozio dal suo autore o dai suoi coautori. I requisiti negoziali «di diritto» costituiscono una gamma vastissima che qui non è il caso di enumerare. I requisiti negoziali «volontari» altro non sono che avvenimenti futuri («circostanze»), del tutto indipendenti dalla volontà di colui o di coloro che pongono in essere il negozio, al cui verificarsi viene da costui o da costoro volontariamente subordinata, in sede di conclusione del negozio stesso, la sua efficacia.

2.11.1. Il punto delle circostanze negoziali esige qualche cenno di chiarimento e di precisazione. Esse sono chiamate in causa solo se l'autore o i coautori del negozio inseriscono in quest'ultimo una «clausola», cioè una precisazione, che esplicitamente le indichi; e non influiscono, di regola, sulla vita del negozio, ma influiscono solo sulla sua efficacia, cioè sulla concreta produttività da parte sua degli effetti negoziali. Se ne ravvisano due tipi: *a*) la condizione; *b*) il termine.

2.11.2. La «condizione» è un avvenimento futuro ed incerto, dal cui verificarsi (o dal cui non verificarsi) una «clausola

---

pone in essere il negozio inerente a quel rapporto o a quei rapporti spetti a persona (od anche a persona) diversa dagli interessati: es., il venditore di una casa 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.

2.11.1. 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. 2.8.1): «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. — La clausola modale, o «modus», o «onere (negoziale)», è una clausola che non influisce sugli effetti del negozio giuridico. Essa è largamente utilizzata nei negozi a titolo gratuito ed 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 corrispettivo (es.: onere di erigere un monumento funebre al beneficiante; di devolvere una quota dei beni ricevuti ad opere di assistenza e beneficenza).

2.11.2. 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 sono non di rado 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 effica-

TAVOLA SINOTTICA II

- A) *Effetti giuridici*
  - costitutivi (di rapporto giur.)
  - estintivi (id.)
  - modificativi (id.) → successione
    - fra vivi o a causa di morte
    - particolare o universale (nel patrimonio)
- B) *Fatti giuridici*
  - involontari
    - naturali
    - atti del terzo
  - volontari (atti giurid.)
    - illeciti
    - leciti
      - meri atti giuridici
      - atti giuridici di autonomia
        - provvedimenti
        - negozi giuridici
- C) *Capacità*
  - giuridica (= soggettività giuridica)
  - di agire (intendere e volere)
    - dei soggetti individuali
    - dei non soggetti (= mera capacità di agire)
- D) *Negozi giuridici: tipi*
  - unisoggettivi
  - plurisoggettivi
    - unilaterali
      - collettivi
      - complessi
    - plurilaterali (tra due o più parti)
- E) *Negozi giuridici: elem. essenziali*
  - forma (manifestazione)
    - libera
    - vincolata
      - per la prova
      - per l'esistenza
        - concorrente
        - dominante
        - assorbente
  - causa (lecita)
    - neg. di qualificazione
    - neg. di corrispondenza (a titolo oneroso)
      - sinallagmatici
      - non sinallagmatici
  - volontà
    - seria e correttamente manifestata
    - viziata
      - per errore di fatto
      - per dolo (malizioso)
      - per violenza morale
    - scorrettamente manifestata
      - per mancanza di serietà
      - per violenza fisica
      - per errore ostativo
      - per riserva mentale
      - per simulazione
        - assoluta
        - relativa
- F) *Negozi giuridici: sostituzione*
  - materiale
  - giuridica: rappresentanza
    - indiretta (per conto) o diretta (in nome e per conto)
    - necessaria, volontaria, spontanea (gestione di negozio)

Tavola II. A) Gli effetti giuridici (n. 2.2). - B) I fatti giuridici (n. 2.3). - C) La capacità giuridica e la capacità di agire (n. 2.4). - D) I tipi dei negozi giuridici (n. 2.5.1 e 2.7.1-2). - E) Gli elementi essenziali dei negozi giuridici (n. 2.5-9). - F) La sostituzione nell'attività negoziale (n. 2.10).

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: non vincerà) il campionato»; esempio di clausola condizionale risolutiva è «(ti vendo questo oggetto, che è tuo fin da adesso,) a meno 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.

2.11.3. Il «termine» è un avvenimento futuro ma certo dal cui sopravvenire una cd. «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: «(ti loco questo oggetto) sino al prossimo 31 dicembre (oppure: sino a quando vivrà Tizio)».

2.12. L'inefficacia del negozio giuridico, vale a dire l'inettitudine dello stesso a produrre effetti, deriva, in astratto, tutte le volte in cui manchi o venga meno un elemen-

---

ce ab initio; verificandosi la condizione risolutiva, il negozio vale come inefficace (e quindi, praticamente, come privo di vita) ab initio.

2.11.3. 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 31 dicembre 2050). La discriminazione dipende dalla certezza che l'avvenimento futuro (anche se non si sa quando) un giorno si verificherà.

2.12. Per i negozi incompleti (o «imperfetti», nel senso etimologico di *perficere*) il problema dell'inefficacia 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 (ove questa, ad esempio, abbia incontrato spese per preparativi basati su una ragionevole fiducia di conclusione dell'affare). — Negozi esauriti sono quelli che hanno prodotto i loro effetti o che non sono più in grado di produrli (a causa, in questa seconda ipotesi, della loro accertata invalidità, del loro annullamento, della verificazione della condizione risolutiva, della verificazione del termine finale).

to costitutivo o un requisito negoziale. Ma gli ordinamenti giuridici sono solitamente informati al principio di «conservazione dei negozi»: principio che vige purché si tratti di negozi «vitali», cioè non gravemente e irreparabilmente manchevoli o viziati (e quindi non sicuramente e irreparabilmente privi della possibilità presente o futura di produrre anche in parte gli effetti giuridici predisposti), ma siano prevedibilmente recuperabili alla vita del diritto, col tempo o in altro modo, quanto meno in parte. Di conseguenza tendono a distinguere i negozi inefficaci in due grandi categorie: *a*) quella dei «negozi invalidi», cioè affetti da una manchevolezza o da un difetto tanto rilevanti da renderli privi di vita giuridica, o esposti alla quasi sicura perdita della vita giuridica; *b*) quella dei «negozi meramente inefficaci», cioè forniti di vita giuridica (e quindi validi), ma ciò nonostante non pienamente efficaci.

2.13. L'invalidità del negozio giuridico, cioè la sua inconsistenza sul piano dell'ordinamento giuridico (la sua irreparabile inettitudine alla produzione di effetti giuridici), si verifica, di regola: *a*) quando manchi o sia gravemente difettoso uno degli elementi costitutivi (forma, causa, volontà); *b*) quando manchi una delle qualificazioni imposte dall'ordinamento per poter operare sul rapporto o sui rapporti giuridici cui il negozio intende riferirsi; *c*) quando manchi un presupposto richiesto espressamente dall'ordinamento come requisito di validità; *d*) quando sia obbiettivamente impossibile la realizzazione di una condizione sospensiva. In tutti questi casi il negozio: o è privo di vita giuridica sin dall'inizio (per così dire, è nato morto); oppure è transitoriamente vivo (ed eventualmente anche efficace), ma passa a perdere la sua vita giuridica in un momento successivo (e diventa «negozio esaurito»).

2.13. Taluni differenziano 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 tra 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 approssimativa 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, comportando tuttavia solo la comminazione di una sanzione per il suo autore o per i suoi autori.

2.13.1. L'invalidità del negozio giuridico è: *a*) «iniziale» quando il negozio 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); *b*) «sopravvenuta» quando il negozio sia sorto valido, ma poi sopraggiunga una causa di «invalidazione» che lo renda inerte (es.: perché l'oggetto di un contratto di somministrazione periodica viene posto fuori commercio, o perché viene bruciato il documento richiesto a titolo di forma assorbente, o perché diventa inattuabile la sua causa, o perché il negozio viene «revocato», o perché si verifica la condizione risolutiva).

2.13.2. L'invalidità del negozio giuridico è: *a*) «totale» quando investe tutto l'atto nel suo insieme; *b*) soltanto «parziale» quando sia possibile la «riduzione» del negozio stesso a certi requisiti che di esso siano praticamente utilizzabili (non tenendo più in alcun conto il resto), oppure la sua «conversione» in altro negozio alla cui validità sia bastevole quanto vi sia di utilizzabile, di non invalido, nei suoi elementi o requisiti.

2.13.3. L'invalidità del negozio giuridico è: *a*) «operativa di diritto» (e costituisce, come anche suol dirsi, «nullità» *ipso iure*)

2.13.1. L'invalidazione del negozio giuridico, di regola, è operativa dal momento in cui si è verificata, cioè «*ex nunc*» (il che significa che gli effetti prodotti sino a quel momento sono salvi). Tuttavia l'ordinamento giuridico può anche stabilire (contro le strette esigenze della logica, ma per opportunità varie di carattere pratico) che l'operatività dell'invalidazione sia «*ex tunc*», retroattiva sino al momento in cui il negozio è sorto, quindi con eliminazione degli effetti frattanto verificatisi. — 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, desistenza di uno dei conviventi *more uxorio* dalla volontà di stare insieme con l'altro).

2.13.2. *Utile per inutile non vitiatur* è il brocardo cui ci si richiama di solito nei casi di riduzione o di conversione. — Esempio di riduzione del negozio giuridico: limitazione alla durata della vita dell'usufruttuario dell'usufrutto costituito, in contrasto con la normativa in materia, per un tempo maggiore. — Esempio di conversione: utilizzazione come contratto di locazione di un contratto nullo di costituzione d'usufrutto.

2.13.3. La differenza tra nullità e annullabilità è connotata anche dai seguenti indici. 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 con sentenza di mero accertamento ed anche «di ufficio», cioè senza specifica domanda della parte interessata; l'annullabi-

TAVOLA SINOTTICA III

- A) *Negozi giuridici: elementi accidentali*
  - clausola condizionale
    - sospensiva
    - risolutiva
    - circostanza futura e incerta
  - clausola terminale
    - iniziale
    - finale
    - circostanza futura e certa
- B) *Inefficacia del negozio*
  - invalidità
    - cause
      - mancanza o grave difetto di elemento costitutivo
      - illiceità piena della causa
      - manifestazione difforme dalla volontà
      - errore di fatto, dolo malefico, violenza morale
      - impossibilità di attuazione del negozio
    - tipi
      - iniziale
      - sopravvenuta
        - con effetti ex nunc
        - con effetti ex tunc
      - totale
      - parziale
        - riduzione
        - conversione
      - di diritto (nullità)
      - giudiziaria (annullamento)
      - insanabile
      - sanabile
        - sanatoria
        - convalescenza
        - acquiescenza
        - conferma
        - ratifica
  - mera inefficacia
    - cause
      - pendenza di condizione sospensiva
      - pendenza di termine iniziale
      - impedimento sopravvenuto
    - tipi
      - di diritto
      - giudiziaria
        - risoluzione
        - rescissione
        - revocazione
  - cessazione
    - conseguimento dei fini del negozio
    - verificazione della condizione risolutiva
    - verificazione del termine finale

Tavola III: A) Gli elementi accidentali del negozio giuridico (n. 2.15). - B) L'inefficacia del negozio giuridico (n. 2.16-24).

quando è sancita dall'ordinamento come implicazione automatica di una certa manchevolezza o di un certo vizio; *b*) operativa solo «su domanda giudiziale dell'interessato», quando è rimessa da quest'ultimo al potere giurisdizionale affinché decida se sia il caso di porre nel nulla (con efficacia *ex nunc*, oppure *ex tunc*) il negozio. L'ipotesi più propria di «invalidazione giudiziaria» (anche detta invalidazione *ope magistratus*) è quella del provvedimento giurisdizionale (costitutivo) di «annullamento» del negozio giuridico: se gli interessati non si fanno avanti entro i termini (solitamente brevi) concessi per la loro azione giudiziaria o non ottengono il richiesto annullamento, il negozio cd. «annullabile» ottiene la salvezza, diventa cioè valido.

2.13.4. L'invalidità del negozio giuridico è, di regola, «insanabile». Tuttavia, sempre in virtù del principio di conservazione, gli ordinamenti giuridici sogliono ammettere alcune ipotesi in cui l'invalidità è «sanabile», cioè eliminabile: *a*) la «sanatoria ex lege» del negozio invalido, cioè la sanatoria disposta espressamente da un provvedimento legislativo; *b*) la «convalescenza» del negozio annullabile, che si verifica quando siano ormai decorsi i termini per la domanda di annullamento giudiziario; *c*) la «acquiescenza» ad un negozio annullabile, manifestata prima ancora del decorso dei termini per l'annullamento, da parte degli interessati all'annullamento; *d*) la «conferma» dell'atto in dimensioni valide da parte del suo autore o dei suoi autori; *e*) la «ratifica» successiva del negozio da parte del soggetto di cui sarebbe occorsa (mentre non era intervenuta) la volontà di porlo in essere.

2.14. La mera inefficacia del negozio giuridico (o «inefficacia del negozio valido») si verifica quando il negozio

---

lità può essere invece valutata dal giudice 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 vieta 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). — Sui provvedimenti giurisdizionali (di mero accertamento o costitutivi): *infra* n. 3.3.2.

2.13.4. La sanatoria (in senso stretto) è un fenomeno tuttora oggetto di contrastanti ricostruzioni sul piano tecnico-giuridico. Ad esempio, taluni ordinamenti ammettono che non venga considerato nullo un testamento (il quale sia per l'appunto invalido), se esso viene posto volontariamente in esecuzione, ovvero dopo la morte del testatore, da chi, conoscendone la causa, avrebbe potuto far valere la nullità.

2.14. Le cause esterne di inefficacia negoziale (generalmente, tutte «operative su domanda giudiziale dell'interessato») sono: *a*) la «risoluzione» di 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 esterna», cioè fatta valere da soggetti diversi dall'autore o dagli autori del negozio. Sino a che l'impedimento non cessa e nei limiti in cui esso opera, il negozio è totalmente o parzialmente inefficiente, cioè incapace di produrre i suoi effetti.

3. La realizzazione del diritto.

3.1. Affinché l'ordinamento giuridico si traduca in diritto vivente, cioè in effettiva disciplina sociale, e l'ordine giuridico da esso predisposto diventi una realtà concreta, è indubbiamente necessario che si producano i fatti (volontari o involontari) determinativi degli effetti giuridici. È necessario, ma non è sufficiente. Alla piena ed esatta realizzazione del diritto occorre qualcosa di più: *a*) in primo luogo, la «comprensione» da parte dei soggetti di quanto è voluto dall'ordinamento giuridico (o per esso dagli atti di autonomia privata posti in essere dai soggetti giuridici) in relazione ad ogni singolo accadimento della vita sociale; *b*) in secondo luogo, l'«obbedienza» da parte degli stessi soggetti alla volontà dell'ordinamento (o per esso de-

---

un negozio a prestazioni corrispettive per inadempimento della controparte, per impossibilità sopravvenuta della prestazione, per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione; *b*) 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; *c*) 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. La revocazione del negozio *ope magistratus* non deve confondersi con la «revoca» (*retro* n. 2.5.3.1).

3.1. Circa la realizzazione del diritto, sia chiaro che la «comprensione dell'ordinamento» non si limita alle fonti di produzione del diritto, ma deve aversi anche per gli atti di autonomia privata, perché quegli atti sono integrativi dell'ordinamento in ordine alle specifiche fattispecie che regolano. Identiche considerazioni valgono per l'«obbedienza all'ordinamento». — Diritto vivente è locuzione piuttosto ambigua, ma largamente diffusa, con la quale si designa l'interpretazione prevalentemente o durevolmente accettata del diritto o di una delle sue normative. Altra espressione corrente è quella di «interpretazione consolidata»: interpretazione alla quale i soggetti giuridici e, soprattutto, i giuristi e le corti di giustizia si attengono in modo conforme. Ma il «diritto vivente» non è sottratto a più approfondite e diverse interpretazioni operate sia in forza di nuovi argomenti ermeneutici, sia in dipendenza delle situazioni sociali che si evolvono: nei quali casi esso può essere sempre e liberamente contestato, per essere sostituito, in sede di applicazione, dai significati nuovi che gli si attribuiscono.

gli atti di autonomia privata) così come è stata di volta in volta accertata.

3.1.1. La comprensione della volontà dell'ordinamento in relazione ad un fatto determinato si dice «interpretazione giuridica». Essa consiste nella determinazione del «valore giuridico» del fatto, cioè nell'individuazione della normativa giuridica (ed eventualmente dell'atto di autonomia privata) che ne fissa gli effetti. Posto dinanzi ad un accadimento della vita sociale (una

---

3.1.1. La comprensione della volontà dell'ordinamento (inclusi gli 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 sia 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 o superiori) comporta ben più, anzi ben altro che la conoscenza nozionistica, sia pur vastissima, dei princìpi del diritto: esige doti di intuizione e di esperienza strettamente analoghe a quelle che si richiedono ad un provetto medico per effettuare una diagnosi. Solo un lungo esercizio «clinico» permette allo studioso di diritto di diventare un «giurista». Tuttavia è inesatto ritenere, come molti fanno, che l'esercizio clinico consista nella sola pratica delle professioni forensi: dato che l'operatore forense (procuratore, avvocato ecc.) generalmente si limita ad una qualche specialità del diritto (non spaziando su ogni possibile ipotesi) e, in ogni caso, non tratta i casi per risolverli al meglio, ma per difendere (nei limiti del lecito e dell'onesto) gli interessi dei propri assistiti, la esclusiva attività forense (con la frequentazione dei relativi studi professionali) comporta spesso limitazioni e deformazioni culturali di non irrilevante entità. Di più: la tesi, da molti ventilata in sede politica, per cui gli appartenenti all'ordine giudiziario dovrebbero stabilmente «specializzarsi» in un certo settore della loro complessa e delicata attività (materia penale e non materia civile, funzioni di pubblico accusatore e non funzioni di giudice, esperto in reati di sangue e non in reati contro il patrimonio, versato in materia fallimentare e non in materia matrimoniale ecc.), è espressione di scarsa cultura o di ancor più scarso acume intellettuale: essa deriva dalla ignoranza e, a un tempo, dalla incuranza del fatto che il buon magistrato (requirente o giudicante che sia), per poter esercitare col necessario equilibrio la sua funzione, ha essenzialmente bisogno di sapersi «collocare» in ordine allo sterminato ambito giuridico (il che non significa, beninteso, sperdersi nella minuziosa conoscenza di tutte le nozioni in cui esso si frammenta). — L'introduzione di vere e proprie cliniche del diritto nelle facoltà di giurisprudenza, in analogia con le cliniche della facoltà medica, è stata una brillante proposta avanzata negli anni trenta da un grande giurista e avvocato italiano, Francesco Carnelutti. Proposta peraltro irrealizzabile (e irrealizzata anche dal suo ideatore) almeno per due motivi: in primo luogo, perché le cliniche vere (quelle mediche) hanno un «diritto di scelta» dei casi più interessanti di malattie che si presentano agli ospedali pubblici, mentre lo stesso non si potrebbe fare, per ovvi motivi di autonomia e di riservatezza della funzione giudiziaria, con i casi più interessanti che si presentassero alle corti di giustizia; in secondo luogo, perché gli «ammalati» del diritto (cioè le parti di una controversia giudiziaria) avrebbero tutto il diritto di rifiutare la cura «imparziale» del caso controverso offerta dalla clinica (oltre che dalla corte di giustizia) e di esigere invece la «difesa» (sia pure nei limiti già detti del lecito e dell'onesto) delle loro pretese giudiziarie. Al massimo si perverrebbe, insomma, all'esercizio, da parte della presunta clinica, di una difesa più esperta delle ragioni di una delle parti (nel che, per l'appunto, si risolve tutta la «clinic legal education» praticata presso alcune università nord-americane).

nascita, una morte, un incendio, un'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 in tal caso precisamente determina, inquadrandolo nel regolamento giuridico che gli è proprio.

3.1.2. L'obbedienza alla volontà dell'ordinamento può essere, come già 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» il titolare del potere giuridico, di fronte alla resistenza del soggetto passivo ed alla «lite» che ne consegue, passa invece nei suoi confronti all'azione per provocarne la soggezione. Siccome però non vi può mai essere la certezza che il titolare del potere di azione abbia personalmente i mezzi indispensabili per coartare il soggetto passivo (che può anche essere materialmente più forte di lui), solo gli ordinamenti più rudimentali e antiquati concedono di solito largo margine di esplicazione all'esercizio dell'azione diretta cioè della cd. «autotutela». Gli ordinamenti più evoluti e moderni preferiscono invece vietare o limitare fortemente l'autotutela e impongono ai soggetti di ricorrere all'esercizio di un'«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 secondo risultato si dice «processo giurisdizionale».

3.2. *L'interpretazione giuridica* si attua attraverso un'operazione intellettiva, che può scindersi in due momenti: *a*)

3.1.2. La *tutela giuridica privata* ha avuto autonomi sviluppi per influenza della dottrina «pandettistica» del sec. XIX: dottrina, a tendenze spiccatamente sistematiche, 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 n. 2.5. — Conseguenza caratteristica delle liti e dei processi implicati dalle stesse nella vita pratica sono le *formulazioni processuali* dei rapporti e sopra tutto delle situazioni giuridiche (formulazioni, dunque, in termini di procedura giurisdizionale, di azioni, di eccezioni ecc.). La conoscenza della materia processuale, o quanto meno del suo linguaggio di base, è dunque utile (anzi talvolta essenziale) ai fini della comprensione del diritto.

3.2. A proposito dell'*interpretazione giuridica* si avverta che la romanistica espone, di solito, separatamente l'interpretazione delle fonti giuridiche (o «interpretazione del diritto» in senso stretto) e l'interpretazione degli atti di autonomia privata (o «interpretazione negoziale»). Nell'uso oggi corrente, ma meno proprio, l'espressione «interpretazione giurisprudenziale» indica non quella dottrinale, bensì la sanzionatoria, dal momento che al giorno d'oggi si suole denominare «giurisprudenza», in contrapposto a «dottrina», il complesso dei tribunali (e, talvolta, il momento dell'«individuazione del comando» applicabile ad un certo fatto; *b*) il momento dell'«individuazione del senso preci-

---

anche i loro pronunciati). — Varia è l'efficacia delle forme di interpretazione qualificata, sia nei rapporti dell'interpretazione comune sia 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 (salvo che in ipotesi eccezionali previste dall'ordinamento) di rilevanza pari a quella della «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 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.: quello romano preclassico e, parzialmente, classico; oppure quello in cui si trovarono ad operare glossatori e postglossatori; o ancora 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 sopra tutto 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 essa 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, se non i fatti a venire). — Uno dei problemi più delicati della interpretazione giuridica (per l'interpretazione negoziale: *infra* n. 21.4) è costituito dalla varietà del linguaggio in cui le fonti si esprimono ed in cui si esprimono i loro interpreti qualificati. Sarebbe bello se nelle fonti ogni parola ed ogni locuzione avessero un loro preciso e invariabile significato, ma non è e non può essere così: sia perché la «lingua di base» (anche detta «ufficiale») di un ordinamento giuridico è, più spesso che non si pensi, non unitaria, ma multipla (per esempio, in quella che è stata sino al 1991 l'U.R.S.S. e nella Confederazione degli Stati Indipendenti che le è succeduta); sia perché essa, anche quando è unitaria, non è compresa in tutti i luoghi allo stesso modo (per esempio, la lingua latina nel vasto impero romano); sia perché i tempi (e con essi i modi di parlare) cambiano; sia perché cambiano le persone addette alla legiferazione (con i relativi bagagli culturali); sia infine perché spesso alla formulazione delle norme (o dei negozi) si perviene attraverso emendamenti, sub-emendamenti, compromessi ed equivoci (cosa, questa, assai diffusa nei parlamenti moderni). L'errore più grosso, ma anche il più comune, che compiono gli interpreti è di non tener conto di queste «variabili della lingua giuridica» e, non di rado, di costruire raffinati nessi sistematici tra parole e locuzioni che di identico hanno soltanto il suono. Non basta. Altro rilevante errore è dato dall'attribuire significati costanti ai modi di esprimersi degli interpreti «qualificati» (in particolare, i giudici), senza rendersi conto del fatto che si tratta di persone dal livello culturale non sempre sufficientemente elevato e, comunque, esprimentisi ciascuno al riguardo di una fattispecie particolare, non di ipotesi generali. Avviene spesso che, corredandosi la norma giuridica del cumulo incontrollato delle interpretazioni che la concernono, l'effetto sia tale da aumentare, non da diminuire le difficoltà della comprensione. Né va tralasciato di segnalare che le interpretazioni giurisdizionali vengono portate a conoscenza del pubblico, il più delle volte, non nel testo completo dei provvedimenti, ma in brevi «massime» riassuntive dei loro contenuti ed in ancora più brevi «sommari» (o «abstracts») di parole-chiave dei temi trattati e delle so», cioè del cd. «linguaggio» di questo comando. Quando le operazioni interpretative sono compiute da un individuo senza speciali qualità, da un *quivis de populo*, si parla di «interpretazione comune». Vi sono tuttavia tre possibilità di (ben più autorevole) «interpretazione qualificata»: *a*) quella di una interpretazione svolta dai giurisperiti, cioè dagli studiosi professionali del diritto (cd. interpretazione «giurisprudenziale»); *b*) quella dell'interpretazione svolta dagli organi giurisdizionali nell'esercizio della loro funzione (cd. interpretazione «giurisdizionale»); *c*) quella dell'interpretazione offerta dallo stesso autore del provvedimento o del negozio da interpretare (cd. interpretazione «autentica» o «autointerpretazione»).

3.2.1. L'«individuazione del comando» applicabile ad una certa fattispecie (sia esso un comando posto direttamente da una fonte del diritto, sia esso un comando scaturente da un atto di autonomia privata) può essere: *a*) «diretta», quando con-

---

soluzioni adottate: operazione di somma delicatezza, che viene purtroppo svolta, molto sovente, in maniera quanto meno frettolosa e che presuppone, ad ogni modo, proprio quel codice unitario delle parole e dei significati che, come abbiamo detto, non vi è e mai può esservi. Risultato tanto più disorientante e fuorviante, in quanto la prassi degli ultimi decenni è quella di riversare questa ingentissima massa di dati in calcolatori sempre più complessi e veloci (cd. «computers») capacissimi di fornire milioni di dati in pochi secondi, ma non certo capaci di controllare le valutazioni e le scelte in base a cui hanno ricevuto i loro approvvigionamenti («input»).

3.2.1. Non tutti includono l'analogia tra le operazioni di accertamento delle norme giuridiche, né tutti le assegnano la natura di procedimento integrativo dell'ordinamento: la *communis opinio* è infatti nel senso che si tratti di un'operazione interpretativa vera e propria («interpretazione analogica»). A noi invece sembra che solo la definizione qui datane permetta di distinguere nettamente l'analogia dall'interpretazione estensiva (applicazione di una norma a casi non espressamente previsti, ma implicitamente 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 e quelle speciali, le quali tutte possono essere viceversa interpretate estensivamente. — Molti denominano analogia legis l'analogia in senso proprio. Eccone un esempio. Si ponga che una norma stabilisca l'obbligo per gli «albergatori» di risarcire i clienti per i danni subiti dalle loro cose durante la permanenza in albergo; questa norma discende, evidentemente, da un principio più generale, per cui chiunque eserciti attività di ospizio a pagamento deve garantire gli ospiti nel senso veduto: dunque, può concludersi, per analogia (creandosi una norma nuova sulla base del testo della prima norma), che anche il gestore di stabilimenti balneari è tenuto allo stesso modo verso i clienti. — Diversa cosa è la cd. analogia iuris, cioè il ricorso ai cd. «principi generali del diritto vigente»: ricorso che viene operato quando neppure con l'*analogia legis* sia stato possibile reperire un regolamento giuridico per il caso prospettato, ma che rasenta i confini dell'arbitrarietà ed è pertanto molto opinabile come modo di integrazione dell'ordinamento. — Presupposto del ricorso all'analogia è la convinzione che possano esservi lacune negli ordinamenti giuridici, cioè che il diritto, pur ritenendo rilevanti certe fattispecie, ometta di regolarle con specifiche disposizioni, rimettendosi al sano criterio degli interpreti, ed in particolare dei giudici. Materia, questa, ampiamente dibattuta ed esposta, in pratica, a molte incertezze.

sista 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); *b*) «indiretta», quando consista nella ricognizione di ogni altro mezzo atto a segnalare mediatamente (mediante un cd. «dato semiotico»), purché in modo sufficientemente attendibile, 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); *c*) «presuntiva», quando consista nella ragionevole supposizione di un comando implicito nella logica generale del *sistema*. La terza operazione va esplicata solo se le due precedenti sfocino in un risultato negativo, e solo se la mancanza di un comando appositamente relativo alla fattispecie in esame non sia indice di «irrilevanza giuridica» della fattispecie stessa, cioè di disinteresse del diritto per il suo regolamento. Essa (generalmente inapplicabile agli atti di autonomia privata) ha il nome di «*analogia*» (latino *analŏgia*), o meglio ancora di «integrazione analogica», ed esige che l'interprete: cominci con l'individuare il caso più affine a quello considerato; passi ad individuare (direttamente o indirettamente) la norma giuridica che regola quest'ultimo; ricostruisca induttivamente il principio generale da cui quella norma discende; applichi infine al caso considerato il comando che si desume da quel principio superiore.

3.2.2. L'«individuazione del senso preciso» di un comando posto da una «fonte di produzione giuridica» è affidata a tre

---

3.2.2. Le operazioni interpretative in senso stretto, cioè i modi di attuazione dell'interpretazione, oltre a rispondere ai princìpi ed alla tecnica tradizionale dello studio del diritto, in alcuni ordinamenti sono fissati in norme precise: norme, si badi, passibili anch'esse, come tutte le altre, di interpretazione (che, in effetti, è praticata in modo controverso). — Certe enunciazioni generali («brocardi») sono tuttora di frequente citate, anche se non sempre a proposito. 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 si è fatto, diversamente o similmente, circa il problema prima della sua emanazione: i «precedenti conformi» sono il meglio dell'interpretazione delle leggi). 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 operazioni analitiche (cd. «semantiche») distinte, ma complementari: *a*) l'«analisi filologica», consistente nel rilevamento del significato letterale, cioè del «segno» (alla greca: del «*seméion*») da cui è esteriormente manifestato il comando (cioè nell'accertamento della cd. «*vox iuris*»); *b*) 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*»); *c*) 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 (diversamente che per gli atti di autonomia privata) l'«*opinio iuris vel legislatoris*», cioè l'intenzione contingente con la quale un comando posto da un provvedimento è stato a suo tempo emanato.

3.2.3. Il risultato delle operazioni sopra indicate può essere di tre tipi: *a*) «dichiarativo», se il senso del comando risulti col-

---

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). — Il termine brocardo («brocardum»), che sta per «regula iuris», è di incerta derivazione. Solitamente lo si connette al nome del vescovo Burcardo (*Burchardus*) di Worms, vissuto intorno all'anno 1000 e autore di una celebrata raccolta di regole di diritto canonico. Per una buona raccolta di brocardi (con traduzione in tedesco): Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*^{4} (1998). — La tendenza a condensare il diritto in regole giuridiche a carattere riassuntivo è stata sempre e dovunque molto diffusa, tornando utile sia sul piano didattico sia sullo stesso piano della pratica giudiziaria. Ad essa indulsero già i giureconsulti romani, delle cui raccolte di *regulae* rimangono molte tracce, e particolarmente i *Digesta* di Giustiniano (su cui infra n. 11.9.3), i quali si chiudono con un lungo titolo (D. 50.17) intitolato appunto «*De diversis regulis iuris antiqui*» (con riferimento a regole tanto più valide per il presente, in quanto «consolidate» dalla loro antichità). Ma bisogna essere sempre consapevoli del fatto che le «regole giuridiche» (tra cui i brocardi) non sono diritto, non hanno valore cogente: il che, del resto, si legge proprio nel primo brano (del giureconsulto Paolo) del tit. D. 50.17: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (non si desuma il diritto dalla *regula iuris*, ma si formuli, o si confermi di volta in volta, la *regula iuris* sulla base della constatazione del diritto vigente). Si tenga anche presente, a proposito delle «regole» e delle «definizioni», l'insegnamento di Giavoleno Prisco, per esso riportato in D. 50.17.202: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: [parum] <rarum> est enim, quod non subverti possit* (in materia di diritto ogni definizione è pericolosa: è raro infatti che non possa essere sovvertita da un mutamento del diritto vigente).

3.2.3. L'interpretazione estensiva 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, vieta il ricorso all'analogia (es.: in ordine alle norme del diritto criminale, per le quali vige modernamente il principio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», derivato in qualche modo da Ulp. D. 50.16.131.1).

limare con la sua formulazione letterale («*tam dixit quam voluit*»); *b*) «estensivo», se l'ambito di applicazione del comando risulti essere più esteso di quanto si ricaverebbe dalla mera formulazione letterale («*minus dixit quam voluit*»); *c*) «restrittivo», nel caso contrario («*plus dixit quam voluit*»).

3.2.4. L'«individuazione del senso preciso» di un comando posto da un «atto di autonomia privata» si effettua all'ingrosso attraverso le stesse 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: *a*) 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 «soggettiva» o *in concreto*); *b*) 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 «oggettiva» o *in abstracto*). Un ordinamento può attribuire importanza di gran lunga maggiore all'interpretazione soggettiva rispetto a quella oggettiva 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.

3.3. Il processo giurisdizionale è inteso, si è detto, a realizzare il potere di azione di un soggetto attivo nella ipotesi di

---

3.2.4. L'interpretazione oggettiva è caratteristicamente preferita da ordinamenti riflettenti: o una civiltà primitiva, in cui l'espressione esteriore ha grandissimo valore, anche per talune implicazioni magiche, ovvero una intensa e scaltrita vita commerciale, nella quale l'esigenza della ricerca della effettiva volontà dell'operatore giuridico rallenterebbe il flusso dei traffici. — L'interpretazione prevalentemente soggettiva è tipica dei sistemi evoluti, influenzati da fattori storici intimistici (cristianesimo, civiltà bizantina, riforma). — Il problema giuridico dell'interpretazione degli atti privati è anche collegato alle teorie della volontà nel negozio giuridico, del valore della manifestazione, dell'affidamento dei terzi estranei all'atto, della responsabilità e autoresponsabilità degli agenti giuridici. V. retro n. 3.2.1.

3.3. Ogni processo giurisdizionale (o «contenzioso»: di cognizione, di esecuzione, cautelare) implica un suo peculiare *modus procedendi*, cioè un suo sistema procedurale, una sua «procedura». È chiaro, infatti, che, mentre ai fini dell'accertamento di una situazione giuridica è necessario predisporre un'attività processuale di carattere prevalentemente istruttorio (raccolta ed esame di prove, 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 questi 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 ricevono una precisa «domanda di giustizia» di un soggetto giuridico nei confronti di altro soggetto che lo contrasti: e siccome solo quando si instauri una «lite» tra i due essi prendono notizia del fatto o dei fatti da interpretare, dando inizio alla attività interpretativa, può ben accadere che essi giungano infine alla conclusione che la domanda sia priva di fondamento e debba essere, quindi, rigettata per il fatto che il diritto soggettivo (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 tra: *a*) l'azione in senso proprio (o «azione sostanziale»), la quale è espressione, come sappiamo, del diritto soggettivo e costituisce l'oggetto del processo giurisdizionale (esiste o non esiste?, va realizzata o non va realizzata?); *b*) la

---

risoluzione delle controversie circa la loro valutazione ecc.), ai fini dell'esecuzione di un potere giuridico già certo è necessario predisporre una attività di carattere prevalentemente realizzativo (espropriazione della persona o dei beni del debitore, vendita dei beni, assegnazione del ricavato ecc.), e così via dicendo. Tuttavia è ben possibile (sebbene assai raro) che una stessa procedura possa essere utilizzata per due specie diverse di processi ed è altresì possibile (e molto frequente in pratica) che una certa specie di processo disponga, per la sua più opportuna definizione, di due o più procedure diverse (es.: una regolare ed una abbreviata). — Da tenere ben distinto, sia rispetto al concetto di processo sia rispetto a quello di procedura, è il concetto di procedimento giurisdizionale. Si intende per procedimento una serie organica di attività giuridiche tra loro connesse e 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 non risolversi in un unico procedimento; anzi, in pratica, sopra tutto negli ordinamenti giuridici moderni, un processo comporta la possibilità di vari procedimenti connessi e successivi (di prima istanza, di impugnazione, di revisione ecc.). — Le figure di attore e di convenuto si qualificano con riguardo ad ogni singolo procedimento. «Attore» è colui che assume l'iniziativa del procedimento, esperendo l'azione processuale relativa; «convenuto» è colui che l'attore convoca in giudizio e contro il quale lo stesso 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 articola: nel qual caso si parlerà di «attore (del processo)» per colui che ha preso l'iniziativa del processo stesso (cioè del suo procedimento iniziale), di «convenuto (nel processo)» per colui che è stato chiamato in giudizio all'inizio del processo (cioè nel procedimento iniziale dello stesso).

domanda di giustizia, che per vecchia usanza si chiama anch'essa azione (cd. «azione processuale»), la quale è la dichiarazione che un soggetto (il cd. «attore») fa ad altro soggetto recalcitrante (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.

3.3.1. 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 adito dall'attore compete di stabilire se l'azione processuale è fondata o non è fondata e compete altresì, quando le conclusioni siano nel senso del buon fondamento della domanda attrice, 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: *a*) il processo di cognizione; *b*) il processo di esecuzione; *c*) il processo cautelare.

3.3.2. Il «processo di cognizione» (o «di accertamento») è quello promosso da un'«azione di accertamento», cioè da una

---

3.3.1. Il diritto di azione processuale (o «diritto formale di azione») spetta a tutti i soggetti giuridici e comporta l'obbligo (o l'eventuale soggezione in caso di inadempienza, cioè in caso di «denegata giustizia») del giudice adito di pronunciarsi circa la sua fondatezza o infondatezza. Proprio perché a chiunque può venire l'estro di convenire, sia pure senza alcun fondamento, un altro soggetto in giudizio, i vari ordinamenti predispongono, di solito, sanzioni più o meno intense contro i «litiganti temerari» (sanzioni che, nel caso di un'accusa penale che risulti del tutto infondata, sono conseguenti ad una vera e propria ipotesi di reato, la cd. «calunnia»). — Nessuna presunzione di torto riguardo ai soggetti chiamati in giudizio può essere tratta dai terzi sino a che il giudizio non pervenga a sentenza definitiva in questo senso. La diffusa tendenza non solo a nutrire, ma a manifestare apertamente tale presunzione (sia relativamente ai citati in processo civile, sia relativamente agli imputati in processo penale) è arbitraria e incivile, anzi può esporre, nei casi più gravi, a giuste reazioni di carattere civile (es.: responsabilità per danni) e di carattere penale (es.: condanna per calunnia o per diffamazione). Sopra tutto in riferimento alle imputazioni penali, vige nei paesi civili la «presunzione di non colpevolezza» sino a sentenza definitiva (cfr. a. 27 co. 2 Cost.). — Gli elementi dell'azione processuale sono essenzialmente riducibili a tre: *a*) le «*personae*», cioè l'indicazione dell'attore e del convenuto; *b*) il «*petitum*», cioè l'indicazione del provvedimento giurisdizionale richiesto dall'attore; *c*) la «*causa petendi*», cioè l'indicazione delle ragioni su cui si fonda la domanda di giustizia.

3.3.2. 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 (sia da «assolvere»). Il provvedimento con cui si conclude il procedimento si chiama, in tale caso, «provvedimento di accertamento

TAVOLA SINOTTICA IV

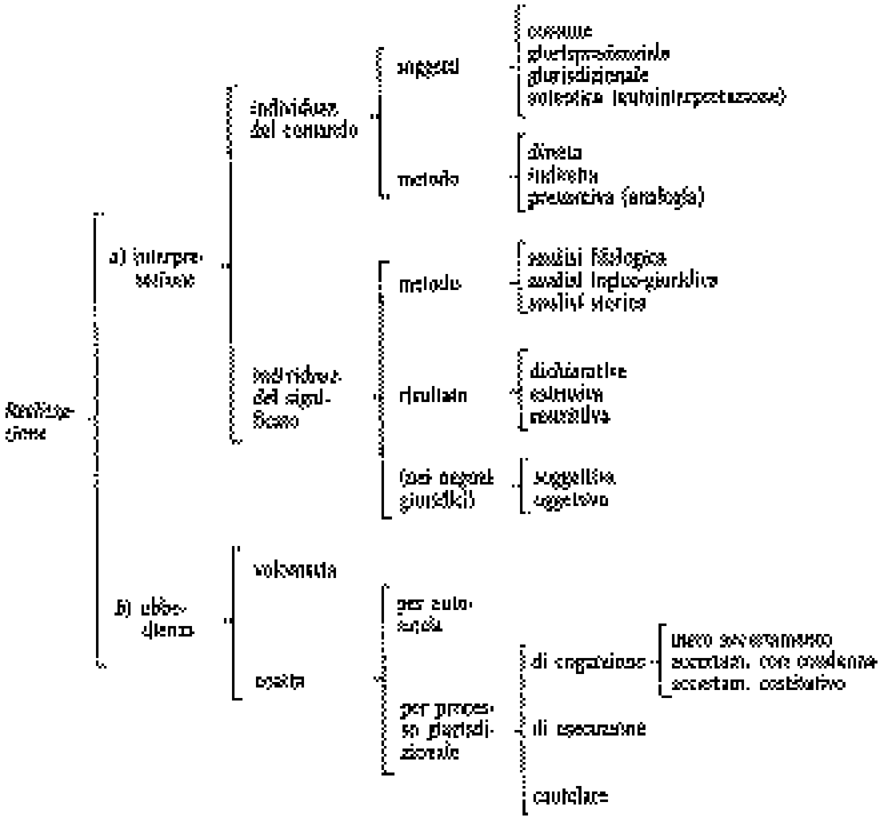

Tavola IV. La realizzazione del diritto (n. 3.1-3).

azione rivolta ad ottenere la dichiarazione autoritaria della esistenza (o inesistenza) di una situazione giuridica controversa. Il processo può essere inteso: *a*) all'accertamento puro e semplice, o «mero accertamento» (es.: che Tizio è creditore di Caio; che Tizio non è schiavo); *b*) ad un accertamento seguito dalla «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); *c*) 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).

3.3.3. Il «processo di esecuzione» è quello promosso da una «azione esecutiva» rivolta ad ottenere la materiale, effettiva esecuzione di un diritto già accertato in un precedente processo di cognizione oppure anche accertato extraprocessualmente (es.: mediante esplicito riconoscimento da parte del soggetto passivo).

3.3.4. Il «processo cautelare» è quello promosso da una «azione cautelare» rivolta ad ottenere misure di preventiva garanzia (di «precauzione») in vista della successiva ed indipendente decisione di un processo di accertamento o di esecuzione ancora in corso o addirittura ancora da iniziare.

---

negativo». — I provvedimenti di cognizione vengono chiamati, nel linguaggio usuale, provvedimenti «di mero accertamento», «di condanna», «costitutivi».

3.3.3. 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 esecutiva. — 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 (da *excutere*, «squassare»), vendita degli stessi ed assegnazione del ricavato (o di parte del ricavato) 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 (di «incidente») nel corso del processo di esecuzione, un «procedimento incidentale» di accertamento del quale è attore l'opponente.

3.3.4. 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 moderno. 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 giudiziale. 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 disperdersi (es.: per morte del futuro testimonio).

4. L'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA.

4.1. L'esperienza del diritto romano, cioè la conoscenza dell'ordinamento e in particolare del «*ius*» che ebbe vita in Roma antica nei tredici e più secoli della sua storia, è un'esperienza irrinunciabile per il giurista (oltre, ovviamente, che per lo storiografo) contemporaneo. L'esperienza romana non è utile solo allo studio dei molti ordinamenti giuridici europei ed extraeuropei, tra cui quello italiano, dei quali costituisce notoriamente un «precedente» illustre, ma è altresì indispensabile alla meditata valutazione di qualsivoglia ordinamento giuridico, anche il più lontano dalle tradizioni latine, a causa del bagaglio amplissimo di elementi di raffronto e di giudizio che è in grado di offrire in ogni suo risvolto. Per quanto ci riguarda, cercheremo, qui di séguito, di esporla adottando il linguaggio «moderno» indicato nei numeri che precedono, e sovrapponendo alle molte-

---

4.1. Sul valore della esperienza giuridica romana: Guarino, *OGR*. n. 2; Wieacker, *Vom Lebenswert des röm. R.*, in *Latein und Europa* (1978) 64 ss.; Orestano, *Introduzione*² (1987) spec. 343 ss.; Guarino, *Il dir. rom.: eredità da rifiutare?* (1981), in *PDR*. 1 (1993) 40 ss.; id., *Conoscere il diritto rom.* (1987), ivi 42 ss.; id., *Il dir. rom. è un optional?*, ivi 60 ss. — Da molti anni e da più parti si parla di una crisi del diritto romano per il fatto che il diritto romano non è più direttamente o indirettamente applicato in nessun paese del mondo, o quasi, e perciò per il fatto che gli studiosi dei diritti vigenti sentono sempre meno il bisogno di conoscerlo e di studiarlo. Il grido di allarme più alto (ma non il primo: Orestano, *L'eredità classica nel mondo moderno*, in *Labeo* 1 [1955] 98 ss.) fu lanciato negli anni del Nazismo dal Koschaker, *Die Krise des röm. R. und die romanistische Wissenschaft* (1938) (per una puntualizzazione «del clima», quello della Germania nationalsocialista, in cui il saggio del Koschaker fu concepito e scritto, v. Guarino, *L'Europa e il dir. rom.*, in *PDR*. 1 [1993] 293 ss.). Ma non bisogna chiudere gli occhi alla realtà. Sta di fatto che, negli anni successivi al secondo dopoguerra (1945), l'insegnamento delle materie di diritto romano è stato sempre più ridotto, dagli ordinamenti universitari dei vari paesi del mondo (tra cui la Francia e la Germania), nell'ambito delle facoltà di giurisprudenza: o per grave incomprensione dell'alto valore dell'esperienza giuridica romana; oppure con la giustificazione, almeno a parole, di una sorta di stato di necessità, il quale imporrebbe di far luogo, nel limitato quadro degli insegnamenti da professare entro le facoltà giuridiche, a certe materie di argomento più attuale (ma non perciò di valore formativo altrettanto riconoscibile), e di confinare il vetusto diritto romano nelle facoltà letterarie. Di qui la recente insorgenza, sopra tutto in Germania, di voci (più o meno autorevoli, ma tutte curiosamente concitate) favorevoli alla riduzione dello studio del diritto romano solo ai fini della costruzione del modernissimo (avveniristico) «diritto europeo» (e perché non «mondiale»?): voci facenti capo al cd. «neo-pandettismo» che non approviamo né poco né punto e che non hanno niente a che vedere con la raccomandazione (che il presente manuale, non meno del nostro testo di «storia del diritto romano», cerca di tradurre in pratica) di esporre il diritto romano (pubblico e privato) con un linguaggio (ma solo con un linguaggio) il più possibile «ammodernato», conforme cioè al linguaggio della teoria generale del diritto. Sul punto: Guarino, *Cinquant'anni dalla «Krise»* (1988), in *PDR*. 1 (1993) 276 ss.; id., *Diritto del presente e diritto del passato*, in *Labeo* 44 (1998) 107 ss.; id., *Capitale* [illegible], in *Riv. dir. civ.* 44 (1998) 157 ss. V. anche *infra* n. 6.5, a proposito del cd. «diritto comunitario».

plici variazioni della storia giuridica romana un ordine unitario delle materie anch'esso di stampo «moderno». Tuttavia, non potremo evitare (anzi sarebbe male se lo facessimo), di tener conto dei «periodi» in cui la storia giuridica romana si divide e dei «sistemi giuridici» che entro questi periodi si affermarono in Roma.

4.5.1. I «periodi» in cui articoleremo nel tempo la storia del diritto romano sono quattro: *a*) un periodo «arcaico», che va dal sec. VIII sin verso la metà del sec. IV a. C.; *b*) un periodo «preclassico», che si spinge sin verso la fine del I sec. a. C.; *c*) un periodo «classico», che giunge sino alla fine del sec. III d. C.; *d*) un periodo «postclassico», che comprende i sec. IV-VI d. C. I passaggi tra questi periodi saranno resi, nella nostra esposizione, meno rigidi e bruschi dall'attribuzione che faremo dei singoli istituti e delle singole famiglie di istituti a certi più specifici «sistemi giuridici» di stampo prettamente romano: sistemi di cui solo alcuni sono fioriti entro un periodo unico, mentre altri, come vedremo, sono fioriti entro spazi temporali di diversa misura ed hanno in certi periodi più o meno a lungo convissuto tra loro.

4.5.1. Sui periodi del diritto romano: Guarino, *SDR* n. 8-10. — La datazione della storia romana, anche a prescindere dalle questioni che si fanno intorno all'epoca esatta di fondazione della città e intorno all'esatta durata di certe fasi particolarmente agitate, deve accogliersi con un certo margine di elasticità. In particolare, le liste dei magistrati eponimi anteriori all'anno 300 a. C. sono riportate in misure diverse dai *Fasti* e dagli storiografi antichi e inducono a prendere atto di almeno tre cronologie: *a*) una cronologia «corta», che fa coincidere la cacciata di Tarquinio il Superbo e la fondazione della repubblica col 500 a. C.; *b*) una cronologia «media», che assegna quell'avvenimento al 504; *c*) una cronologia «lunga» o «volgata» (cioè la più diffusa), per la quale la fondazione della repubblica risale al 510-509. Tralasciando i vari calcoli che si operano per «ridurre» la cronologia volgata in termini esatti, va aggiunto che in età antichissima l'anno era composto da dieci mesi «lunari» (ciascuno di 29 giorni e qualche ora) e che anche dopo che il cd. «calendario di Numa Pompilio» ebbe portato i mesi a dodici (con l'aggiunta di gennaio e febbraio), i mesi rimasero lunari e si dovette stabilire che ogni due anni si intercalasse, tra il 23 e il 24 febbraio, un *mensis intercalaris* o *mercedonius* di 22 o 23 giorni. Dato l'estremo disordine (o arbitrio) con cui i *pontifices* solevano procedere all'inserzione del mercedonio, Giulio Cesare provvide nel 46 a. C., in veste di pontefice massimo, ad una razionale riforma: l'anno fu calcolato in dodici mesi «solari» (7 di 31, 4 di 30, 1 di 28 giorni) e si decise che ogni quattro anni il 24 febbraio fosse ripetuto, cioè contato due volte («*bis sexto Kal. Martias*»). Con ciò furono eliminate quasi totalmente le difficoltà per il futuro, ma non furono potute eliminare molte inesattezze relative al passato. A queste inesattezze altre se ne aggiunsero in seguito, per l'uso, introdotto dal monaco scita Dionigi Esiguo (generalmente detto il Piccolo: m. 526) di calcolare gli anni solari a partire dalla data di nascita di Gesù Cristo (*ab incarnatione Domini*), cioè dal 753 a.u.c. secondo la cronologia di Varrone. A prescindere dal fatto che vi sono buone ragioni per ritenere che Cristo sia nato sei anni prima, va aggiunto che, quando nell'800 d. C. si diffuse l'usanza di contare gli anni anteriori alla nascita di Gesù Cristo come anni *ante Christum natum*, quindi con numerazione negativa, si commise l'errore di intendere il 753 come anno -1, anziché come anno zero, il 752 come anno -2 (anziché come anno -1) a. C. e così via seguitando.

4.1.2. Quanto all'ordine di esposizione della materia nella difficoltà della scelta tra due modi di narrazione: *a*) il metodo «storico-sistematico», che consiste nell'esporre la materia entro il quadro dei singoli periodi storici, e secondo modalità narrative che si rendono di volta in volta particolarmente opportune in ordine ad ogni singolo periodo; *b*) il metodo «sistematico-storico», che consiste invece nell'ordinamento della materia secondo un quadro sistematico generale, unico per tutti i periodi, ma con un accurato rilievo, di volta in volta, delle variazioni subite dagli istituti attraverso i periodi stessi. 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 privato di Roma e i diritti privati oggi vigenti.

4.1.3. Ai nostri fini si potrà fare un conto molto limitato dei modelli offerti dalle sistematiche adottate dai giuristi roma-

---

4.1.2. Il problema dell'ordine di esposizione di una materia storica in una trattazione di sintesi è un problema certamente difficile. In relazione al *ius privatum* 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. Beninteso, le concessioni da farsi alla sistematica moderna non devono superare gli orizzonti limitati dell'esposizione didattica e devono essere, più precisamente, orientate secondo le linee della cd. «teoria generale del diritto» (in questo libro tracciate *retro* n. 1-3). Sul tema: Guarino, «*De iure Romanorum in historiam redigendo*» (1979, 1993), in *PDR.* I (1993) 522 ss.; id., *OGR* n. 7-8. V. anche *retro* nr. 1.6.2.

4.1.3. Sulla metodologia dei giuristi romani: Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (1962), in *Schr.* I (1976) 3 ss., con bibl.; Guarino, *Sobre la credibilidad de la ciencia juridica moderna* (1998). L'elenco potrebbe essere facilmente integrato con molte altre citazioni perché sono pochi i giusromanisti moderni che, nel sottolineare la riluttanza dei giuristi romani verso le categorie dogmatiche, non abbiano nel contempo tentato (forse con un po' di contraddizione) di individuare e precisare le linee tendenziali del loro pensare giuridico. — Se si guarda a ciò che si sa delle grandi opere classiche, le sistematiche giurisprudenziali romane (se pur di sistematiche è il caso di parlare) furono tre: *a*) una sistematica «civilistica», *b*) una sistematica «editale», *c*) una sistematica «divisionale». Su di esse, per tutti: Schulz, *Storia della giurispr. rom.* (tr. it. 1968) *passim*; Lantella, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*, in *Prospettive sistematiche nel dir. rom.* (1975); Cuena Boy, *Sistema juridico y derecho romano etc.* (1998). — Forse i primi spunti della sistematica civilistica sono da ricercare nel testo delle *XII tabulae* o, più precisamente, nel commento che ad esse fu dedicato dal giurista Sesto Elio Peto (*infra* nr. 4.3.7). Ma il vero fondatore della sistematica civilistica è da ravvisare in Quinto Mucio, mentre il perfezionatore della stessa fu certamente Sabino. — La sistematica editale si formò e si incrementò anno per anno attraverso gli editti magistratuali, e particolarmente gli editti dei pretori urbani, i quali si orientarono probabilmente secondo le linee tracciate in un commentario steso dal giurista Aulo Ofilio (sec. I a. C.), che a sua volta prese lo spunto da un commentario steso dal suo maestro Servio Sulpicio Rufo (v. *infra* nr. 4.3.7). Le materie erano considerate ovviamente *sub specie processuale*, ed appaiono perciò ni. E invero l'esposizione razionale degli istituti del *ius privatum* secondo uno schema espositivo organico e consequenziale fu, indubbiamente, l'ultima tra le preoccupazioni della giurisprudenza romana, la quale fu essenzialmente una «giurisprudenza casistica», cioè concentrò la sua attenzione essenzialmente sullo studio dei «casi» specifici e sulle analogie o sulle differenze esistenti tra gli stessi. Pertanto nella produzione scritta della giurisprudenza classica, ma già in parte in quella dell'ultima giurisprudenza preclassica, vennero, al più, solo individuati, in linea approssimativa, alcuni raggruppamenti degli istituti («*genera*») intorno a certi interessi ritenuti rilevanti dalla coscienza giuridica (*status* degli individui, poteri domestici, poteri

---

dell'editto giurisdizionale si ravvisano quattro grandi ripartizioni di argomenti: una prima dedicata ai problemi relativi all'introduzione della lite; una seconda («*de iudiciis*») relativa alle vicende della procedura ordinaria; una terza relativa alle procedure di urgenza; una quarta relativa all'esecuzione della sentenza; in più un'appendice relativa agli *interdicta*, alle *exceptiones* ed alle *stipulationes praetoriae*. Nessuno mai si dette pena di tentare un'inquadratura più razionale dell'editto: non i pretori che si seguirono nei secoli, non Salvio Giuliano nella sua pretesa opera di riordinamento editale (v. *infra* n. 4.4.5), non i giuristi che commentarono l'editto. Di più: la raffazzonata sistematica edittale fu accettata, salvo ritocchi, non solo dai giuristi che dedicarono commentari specifici al testo magistratuale (Paolo, Ulpiano, Gaio), ma anche dagli autori di raccolte di *quaestiones* e *responsa* e dagli autori di *digesta*, i quali ultimi (non eccettuato Giuliano), pur indirizzando 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. Ad essa si conformarono infine i Digesta giustinianei (v. *infra* n. 4.5.10). — La sistematica istituzionale fu quella più obbediente ad esigenze di sintesi, e quindi di inquadramento logico degli argomenti, ma anche in essa si fu ben lontani da impostazioni corrette ed accettabili: Guarino, *I «libri institutionum» etc.*, in *ACPL.* 143 (1998) 17 ss. 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 (*infra* n. 4.4.1): 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 breve premessa sul *ius populi Romani* (v. *infra* n. 3.2.1), 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 principi 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* (vale a dire delle «cose» in senso proprio), del *dominium* sulle stesse e dei modi di acquisto di esse in *dominium*; poi egli passava a discorrere delle *res incorporales*, vale a dire delle *res* in senso metaforico, cioè delle «sostanze economiche» facenti parte del *patrimonium* dei soggetti privati (quindi dei diritti assoluti e relativi), il che gli permetteva di diffondersi largamente sulle successioni *mortis causa* (testamentarie e intestate) e su quelle *inter vivos*.

TAVOLA SINOTTICA V

- A) Per. arcaico (sec. VIII-IV, a. 367 a. C.)
  - civitas Quiritium
    - populus: Quirites (patrizii, clienti (plebei))
    - territorio: tribù urbane 4, varie tribù rustiche (sino a 21)
    - governo
      - consesso dei patres (futuro senato)
      - rex (e poi titolari dell'imperio consolare)
      - comizi curiati (30 curie)
      - concili rivoluzionari della plebe
      - esercito centuriato (con magistrati patrizi)
  - ordinam. sociale
    - accordi di potere (foedus) tra i patres gentium
    - potere consolidato della comunità (mores)
    - leggi proclamate dai re (leges regiae)
  - ordinam. giuridico
    - ius Quiritium (mores maiorum consuetudinari)
    - ius legitimum vetus (leggi del periodo, in partic.: XII Tavole)
    - interpretazione esclusiva dei pontefici
- B) Per. preclassico (sec. IV-I, a. 27 a. C.)
  - respublica romana nazionale
    - populus: cives Romani (criterio-base: nazionalità)
    - territorio: 4 tribù urbane, 31 rustiche: Italia peninsul. e colonie rom.
    - governo
      - comizi curiati, centuriati, tributi, concili della plebe
      - magistrati: a) con imperium: consoli, pretori, dittatore; b) con potestas: censori, edili (curuli e plebei), questori, tribuni della plebe (poteri civili di intercessio); c) promagistrati
  - ordinam. sociale
    - ascesa e crisi della comunità cittadina
    - leggi comiziali (sopra tutto centuriate): leges publicae
    - plebisciti (equiparati alle leggi)
  - ordinam. giuridico
    - ius civile vetus (proveniente dai sistemi arcaici)
    - ius legitimum novum (posto da leges publicae: cd. ius publicum)
    - ius civile novum (dalla giurisdiz. del praetor peregrinus: cd. ius gentium)
    - ius honorarium (dalla giurisdiz. del pretore, degli edili curul. dei presidi provinciali)
    - interpretazione autonoma della giurisprudenza laica
- C) Per. classico (sec. I-III, a. 284 d. C.)
  - respublica romana universale (o principato)
    - populus: cives Romani (senza limiti: 212 d. C. constit. Antoniniana)
    - territ.: Italia (senza privilegi) e provinciali (imperium Romanum)
    - governo
      - organizzaz. repubblicana tradizionale (in decadenza)
      - princeps Romanorum (con sua burocrazia)
  - ordinam. sociale e giuridico
    - ius vetus (tutte le fonti della vecchia repubblica)
    - ius novum (derivanti dal princeps [in particolare: orationes in senatu, edicta, mandata, epistulae, rescripta])
    - interpretaz. sistematica della giurisprud. (spec. con ius respondendi)
- D) Per. postclassico (sec. III-VI d. C.)
  - imperium Romanum (Occidente e Oriente)
    - populus: quasi tutti gli abitanti dell'impero
    - territ.: tutto l'impero (Italia compresa), diviso in 4 prefetture, varie dioces. delle provincie
    - governo
      - resti esangui della repubblica
      - imperator (o imperatori) con burocrazia dipendente
  - ordinam. sociale e giuridico
    - ius vetus (essenzialmente scritti dei giuristi preclassici e classici: iura)
    - ius novum (solo constitutiones imperiali: leges)
    - compilazioni
      - di leges (codici Gregoriano e Ermogeniano [privati], Teodosiano [ufficiale])
      - di iura, o di iura e leges (varie raccolte private)
    - Corpus iuris giustinianeo
      - Institutiones Iustiniani
      - Digesta seu Pandectae
      - Codex Iustinianus
      - … Novellae di Giustiniano e altri

Tavola V: I periodi storici del diritto romano (n. 4.2-5).

dominicali, rapporti obbligatori, successione a causa di morte, principali atti leciti, principali atti illeciti e via di questo passo), ma, a prescindere da ciò, nessun tentativo fu fatto, salvo che in qualche opera a carattere di sintesi elementare, per giungere ad inquadrature più generali, nelle quali ciascun raggruppamento specifico di istituti avesse una sua sede precisa e meditata.

4.1.4. Tanto premesso, la nostra esposizione sarà articolata in tre «sezioni» di cinque capitoli ciascuna: *a*) una sezione di «principi generali», della quale fa parte il presente capitolo, intesa a tracciare un panorama generale di tutto il *ius privatum Romanorum*, non solo nei suoi periodi e nelle sue ripartizioni fondamentali, ma anche nei suoi istituti; *b*) una sezione dedicata alla classificazione e descrizione «specifica» dei «rapporti giuridici assoluti»; *c*) una sezione dedicata alla classificazione e descrizione specifica dei «rapporti giuridici relativi». Nella «parte generale» (quella della sezione prima) la logica vorrebbe che si parlasse, nell'ordine, dei soggetti, degli oggetti, dei fatti giuridici e delle loro vicende (tra cui, importantissima, quella successoria), rinviando l'esposizione del diritto processuale alla fine del

---

4.1.4. Il piano di esposizione di questo manuale diverge sensibilmente dallo schema consueto delle trattazioni istituzionali di diritto privato romano; il che dipende sia da una maggiore aderenza della nostra trattazione alle impostazioni romane, sia dallo sforzo di giungere, attraverso lo sviluppo della materia, al massimo possibile di evidenza della sua storicità (v. Villey, «*Mos geometricus*» *et enseignement du droit romain des obligations*, in *St. Sanfilippo* 3 [1983] 661 ss. nt. 22). I manuali correnti sogliono ospitare una parte generale e quattro parti speciali: rapporti di famiglia, rapporti (assoluti) reali, rapporti (relativi) di obbligazione, successione nei rapporti giuridici (e donazioni). Invece nel presente manuale: *a*) la parte generale (comprensiva dell'argomento della tutela dei diritti) è sostanzialmente contenuta nella sez. I, ma in essa viene inclusa anche la vicenda generale (valevole per tutti i rapporti giuridici) denominata successione; *b*) una prima parte speciale è quella dei rapporti (reali e non reali, quindi anche dei rapporti familiari) a carattere assoluto (sez. II); *c*) una seconda parte speciale è quella dei rapporti relativi (sez. III). La distinzione dei rapporti del *ius privatum* in assoluti e relativi è, oltre tutto, a nostro giudizio, la più aderente alle peculiarità di origine e di sviluppo degli istituti. — PUGLIA. *Un ritorno verso la «sistematica» della giurisprudenza romana si va verificando, in questi ultimi tempi, anche nella metodologia degli studiosi dei diritti moderni. Non pochi tra questi, adeguandosi all'esempio fornito dai cultori dei diritti di stampo anglosassone, tendono a rifuggire dagli schemi generali costruiti dalla Pandettistica e dalla teoria generale del diritto e ad esporre la materia giuridica per tematiche separate, in attinenza ai singoli problemi o gruppi di problemi regolati dall'ordinamento giuridico vigente (per esempio, in Italia, in ordine alle varie partizioni del c.c.), astenendosi dal formulare nei loro libri una «parte generale» anche molto ridotta. Alcuni giungono su questa strada persino ad auspicare l'abolizione dei «codici», cioè di quelli che furono la conquista felice, nel sec. XIX, degli ordinamenti giuridici di tradizione romanistica. Per quanto ci riguarda, osserviamo che queste tendenze e queste proposte certamente non sono senza interesse e certamente implicano i loro vantaggi (di maggiore aderenza alla realtà sociale, di maggiore adeguatezza dei regolamenti ai loro oggetti, di maggiore duttilità dei regolamenti, di maggiore libertà* libro (se non addirittura ad altro manuale), ma la peculiare storia del diritto romano suggerisce uno strappo, suggerisce cioè che si dedichi preliminarmente un capitolo (il capitolo II) alla tutela dei diritti ed ai sistemi processuali relativi. Anche per questo è opportuno procedere, qui di seguito, ad una esposizione sommaria dei quattro periodi della storia giuridica romana (l'arcaico, il preclassico, il classico, il postclassico). Essa ci porrà, infatti, di fronte ad una vicenda in cui ebbe fondamentale importanza l'intervento della giurisdizione (e delle connesse procedure) nel regolamento delle liti tra i privati.

4.2. Il periodo arcaico del diritto romano corrisponde a quello della «*civitas Quiritium*» (la città dei Quiriti), e va dal sec. VIII sin verso la metà del sec. IV a. C.; o, per chi preferisce punti di riferimento più precisi, sebbene assai più arbitrari, dal 754 a. C. (anno della mitica fondazione di Roma) al 367 a. C. (anno delle cd. *leges Liciniae Sextiae*).

4.2.1. La *civitas Quiritium* (la «città dei Quiriti», che solo nel successivo sec. VI a. C. sarebbe stata denominata, con termine etrusco, *Roma*) sorse presumibilmente, checché

---

dell'interpretazione e così via seguitando), ma comportano, in cambio, la perdita o la diminuzione dei vantaggi ben superiori conseguiti dai movimenti che hanno condotto alle sistematiche generali, ai codici, alle grandi leggi organiche di certe materie ecc.

4.2. Sul periodo arcaico amplius: Guarino, SDR. n. 19-72; panorama delle fonti di cognizione ivi n. 292-294.

4.2.1. Per spiegarsi la formazione primordiale delle famiglie potestative (le cd. «familiae» in senso proprio) bisogna rifarsi a quella che era la situazione geo-economica del Lazio antico, nella zona particolarmente ingrata intorno all'isola Tiberina, in cui sorse più tardi la *civitas*. Le estensioni di terreno disponibili, 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 seminomadismo, secondo le esigenze delle rotazioni stagionali, erano ovviamente indotti, se non addirittura costretti, ad organizzarsi in base a schemi elementarmente politici onde poter rivaleggiare efficacemente tra loro. Allo scopo di sopravvivere, in questo rude paesaggio, fu giocoforza che i nuclei parentali (le cd. «famiglie nucleari»: padre, madre e figli sino ad età adulta) reagissero alle naturali spinte centrifughe e si mantenessero uniti e compatti, anzi si arricchissero di nuovi adepti anche di provenienza non parentale, cercando di durare quanto meno sino alla morte del capostipite, il cd. «*pater familias*», accettando la direzione di lui. Su questa linea avvenne anzi che essi rinunciassero spesso, dopo la sua morte, a dissolvere in tutto e per tutto i legami precedenti, e rimanessero pertanto strettamente collegati in «consorzi plurifamiliari» («*consortia fratrum*»), di cui la guida si affidava concordemente ad uno dei fratelli. La tendenza all'unione, al «sinecismo», fece ancora di più, inducendo famiglie e consorzi ad aggregarsi in «genti» (*gentes*), cioè in piccole confederazioni politiche (non sempre e solo costituite da famiglie tra loro apparentate), sotto la dirigenza di un capo (*pater gentis*) eletto dai *patres* delle famiglie confederate. Per il che: a) si determinarono ed individuarono «competenze» sempre più precise, a base gentilizia, nello sfruttamento delle estensioni terriere; b) si formò l'uso, per ciascuna *familia potestativa*, di crearsi un punto di riferimento e di raccolta a carattere stabile ed esclusivo (la *domus*, cioè la casa di abitazione, ed un piccolo orto circostante), in cui il *pater familias* potesse esercitare i culti familiari e potesse accentrare la direzione dica in contrario la notissima tradizione semplificatrice relativa al «fondatore» Romolo, attraverso la confederazione di tre «tribù genetiche» («*tribus gentium*») costituite rispettivamente da elementi di nazione latina, sabina e forse etrusca e insediate sulle rive del Tevere intorno alle cime del Quirinale (cd. *Collis*) e del cd. *Septimontium* (Palatino, Esquilino, Celio): la tribù dei *Ramnes*, quella dei *Tities* e quella dei *Luceres*. Queste tribù erano state a loro volta, nel corso dei precedenti sec. IX-VIII a. C., il risultato ciascuna della progressiva confederazione di minori raggruppamenti politico-parentali, le «*gentes*», vale a dire di «clan», di piccole formazioni politiche, derivate ciascuna a sua volta dall'aggregazione tra loro di gruppi politici elementari, le «*familiae*» a carattere potestativo.

4.2.2. Venuta in essere la *civitas*, l'ordinamento statale quiritario risultò, più precisamente, costituito: *a*) dagli accordi federativi («*foedera*») intervenuti tra i capi delle *gentes* e delle *tribus gentium* all'atto della aggregazione delle stesse nell'unità cittadina; *b*) dalle deliberazioni prese dai *patres* nel loro consesso e successivamente proclamate davanti ai comizi curiati dal *rex* (delibere che appunto perciò furono denominate «*leges regiae*»); *c*) dalle «costumanze degli antenati» («*mores maiorum*»), cioè delle consuetudini già precedentemente formatesi nel seno delle *tribus*, e prima ancora nel seno delle *gentes*, allo scopo di regolare la pacifica convivenza tra le *familiae*.

4.2.3. Non tutto l'ordinamento statale romano ora descritto fu però considerato come ordinamento giuridico, come «*ius Qui-*

---

del gruppo. — La città quiritaria fu concepita appunto come una comunità di padrifamiglia, di *patres familiarum*, e più precisamente di *Quirites*, ciascuno esponente e garante della sua propria famiglia. Essa trovò la sua espressione suprema nella assemblea dei *patres* (più tardi denominata, con netto riferimento alla anzianità, alla *senectus* dei membri, «*senatus*»): assemblea che esprimeva a sua volta, dal proprio seno, un «re» («*rex*») vitalizio, simbolo dell'unità cittadina e sommo sacerdote. Tutti i *Quirites* di sesso maschile (padri e figli) erano chiamati a servire nell'esercito ed erano convocati alle 30 sezioni («*curiae*») dei «comizi curiati» («*comitia curiata*») per presenziare alle cerimonie del culto cittadino e per prendere atto delle delibere proclamate dal *rex*.

4.2.2. Una raccolta di *leges regiae* sarebbe stata operata, secondo la tradizione, da un Sesto Papirio (cd. «*ius Papirianum*»). Cfr. Pomp. D. 1.2.2.2; *FIRA*. 1.3 ss. — L'organizzazione coattiva della *civitas* arcaica assunse una certa qual consistenza solo nella successiva fase etrusca (*infra* n. 4.2.4), 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 familias*.

4.2.3. Sul *ius Quiritium*, nel senso esposto nel testo, *amplius*: Guarino, *OGR*. n. 35-41; «*Ius Quiritium*» (1950), in *PDR*. 4 (1994) 25 ss.; *Dal «ius civile» al «ius Quiritium»*, ivi 39 ss.

ritium» («diritto quiritario»). Col termine di «ius» («ious») vennero denominati, originariamente, solo i *mores maiorum*: costumanze rese particolarmente autorevoli dalla componente religiosa legata al culto degli antenati come esseri divini. 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 dunque comuni a tutte le *gentes* e *familiae* quiritarie, materiarono quel che fu il primissimo nucleo del diritto romano, anzi del diritto privato romano: il «*ius Quiritium*».

4.2.4. Nel corso del sec. VII a. C. la *civitas* quiritaria subì la cd. «dominazione etrusca», nel senso che in essa si inserì, 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 «oplitica», cioè pesantemente armata (la cd. «*classis*»), mentre la cavalleria fu alleggerita ed utilizzata, contrariamente al passato, in funzione ausiliaria. Dato che i Quiriti della *civitas* erano di numero appena sufficiente a contribuire alla cavalleria (agli «*equites*»), Servio Tullio (il re cui la leggenda attribuisce l'istituzione del nuovo organismo) fece principalmente leva, per la fanteria (i «*pèdites*»), sulle famiglie contadine stanziate nei dintorni della città, fidando nell'interesse che esse avevano a difendere, con quest'ultima, anche le terre loro assegnate dalla *civitas* e da loro coltivate con i primi rudimenti del sistema agricolo intensivo. A questo fine fu creata una nuova ripartizione territoriale, compressiva di città e contado, in quattro tribù territoriali «urbane» e in un certo altro numero sempre crescente di tribù territoriali «rustiche» («*tribus civitatis*», quelle territoriali, da non confondere con le tre *tribus* genetiche originarie, di cui abbiamo prima parlato).

4.2.5. I «fanti» («*pèdites*») del nuovo «esercito centuriato» («*exercitus centuriatus*») non erano, dunque, *Quirites* discendenti

---

4.2.4. In ordine alla d o m i n a z i o n e e t r u s c a (su cui v.: Guarino, *SDR.* n. 19, *La rivoluzione della plebe* cit. 85 ss.) va chiarito che la formazione dell'esercito centuriato, verisimilmente attribuita a Servio Tullio, non equivalse all'istituzione dei *comitia centuriata* patrizio-plebei. La trasformazione dell'*exercitus centuriatus* in *comitia* (nei quali era numericamente prevalente il voto dei plebei) 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.

4.2.5. Le o r i g i n i d e l l a *p l e b s* sono tra le più incerte e discusse: Guarino, *La rivoluzione della plebe* cit. 66 ss. Gli storiografi moderni sono d'accordo solo dalle tre tribù genetiche delle origini, ma erano estratti da una «massa» composita di non cittadini (di sudditi), cioè da una «*plebs*» di famiglie non quiriti interessate per motivi economici al mantenimento della struttura statale quiritaria. Della plebe entrarono a far parte, progressivamente: *a*) le famiglie contadine stanziate in nuove tribù rustiche; *b*) molte famiglie artigiane residenti nelle tribù urbane; *c*) 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); *d*) infine quanti altri vennero a stabilirsi nelle tribù territoriali romane. Si trattò, insomma, di una compagine eterogenea, che andò peraltro progressivamente unificandosi e organizzandosi a causa dell'insorgere del suo antagonismo radicale nei confronti dei *Quirites* o *patricii*, quindi a causa del suo desiderio di sostituire al vecchio sistema politico, incentrato sulle sole *gentes* quiritarie, un sistema politico nuovo incentrato sull'esercito centuriato patrizio-plebeo, sul cd. «*populus Romanus Quiritium*».

4.2.6. 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, di una «rivoluzione plebea» sviluppatasi, con alterne vicende, lungo tutto il corso del sec. V e del primo trentennio del sec. IV a. C. Le fasi di questo tormentato 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 ritenere almeno due cose: *a*) che la suprema carica del *rex* non fu abolita

---

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; Dion. Hal. 2.7-8; Plut. *Rom.* 13.2). — L'ipotesi del collegamento della *plebs* con il comune dell'Aventino sembra confermata dalla tradizione secondo cui l'Aventino fu assegnato come sede stabile ai plebei dal re Anco Marcio, nonché dal fatto che la *plebs* effettivamente aveva deità proprie e forse proprie magistrature originarie (gli *aediles*).

4.2.6. 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 dell'*exercitus centuriatus*, il «*praetor*», che era eletto dai comizi centuriati. 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 anziani ex-magistrati (*senes, senatores*).

da un momento all'altro, ma decadde lentamente di fronte al prevalere della carica del *praetor*, cioè del comandante («*praetor*», condottiero), rinnovato ogni anno, dell'esercito centuriato (un comandante tuttora di estrazione patrizia, ma che nei fatti doveva necessariamente risultare gradito ai plebei della fanteria); *b*) che l'*exercitus centuriatus* patrizio-plebeo conquistò progressivamente anche quel rango di assemblea deliberante suprema di «*comitia centuriata*» che inizialmente non aveva. Un «compromesso» patrizio-plebeo del 367 a. C., che la tradizione qualifica come *leges Liciniae Sextiae*, concluse il processo rivoluzionario: i plebei furono finalmente considerati anch'essi cittadini a pieno titolo della comunità politica «romana», e il supremo comando dello stato e del suo esercito fu assegnato a due «pretori» (di cui uno poteva essere anche plebeo) eletti annualmente dall'organizzazione centuriata.

4.2.7. Integrativo del tradizionale *ius Quiritium* fu il cd. «*ius legitimum vetus*» («diritto legislativo antico») venuto in essere nella fase della rivoluzione plebea allo scopo di fronteggiare con adeguate leggi le non poche difficoltà che ostavano alla formazione di nuove consuetudini accettabili come vincolanti non solo dai patrizi, ma anche dai plebei. Ma le leggi di questo più antico sistema giuridico (che appunto perciò abbiamo denominato come *ius legitimum vetus*) furono, si badi bene, di tipo molto diverso dal tipo di quelle che sarebbero state le *leges publicae* del periodo seguente: non furono affatto votate dal popolo, ma vennero concesse («ottriate», elargite) unilateralmente a questo (sia pure dietro forte pressione politica delle masse costituenti l'esercito centuriato) dai *patres* quiritari attraverso la proclamazione fattane dal *rex* o, sempre più spesso, dal *praetor* comandante dell'esercito.

4.2.8. Il nucleo di gran lunga più importante del *ius legitimum vetus* fu costituito dalle «leggi delle dodici tavole» («*leges*

4.2.7. La denominazione come *ius legitimum* del ius derivante dalle leggi patrizie integrative del *ius Quiritium*, denominazione completata da noi con il qualificativo «vetus» (allo scopo di distinguerlo dal *ius publicum*, o «*ius legitimum novum*» dell'età preclassica: *infra* n. 4.3.4), si diffuse solo in epoca posteriore, quando ci si rese appunto conto del fatto che le vecchie *leges* quiritarie avevano assunto via via, per effetto della loro coalizione con il *ius Quiritium*, carattere di *ius* esse stesse. Nel linguaggio più antico, del resto diffusamente conservato in età preclassica, le *leges* furono, infatti, per lungo tempo contrapposte al *ius Quiritium*, come alcunché di estraneo ad esso, pur se con funzioni di complementarità. Sul tema: Guarino, *OGR*. n. 42-47.

4.2.8. Sulle *leges XII tabularum*: Guarino, *OGR*. n. 48 e *SDR*. n. 67, ove si sostiene non essere affatto credibile che le *leges XII tabularum* abbiano contenuto norme di carattere costituzionale o sacrale (amplius in *PDR*. 4 [1994] 67 *duodecim tabularum*»: 451-450 a. C.), la cui emanazione fu strappata con molta difficoltà ai patrizi, e costituì una delle principali tappe della lotta sostenuta dai plebei per la loro emancipazione dallo stato di sudditanza. Le Dodici tavole non ebbero tuttavia carattere accentuatamente innovativo, né contennero norme di aperto favore per la *plebs*, ma furono essenzialmente volte a chiarire ed a precisare il senso di molti principi controversi del *ius Quiritium*. Solo sotto veste di interpretazione estensiva dei principi quiritari, esse regolarono anche alcune situazioni che il *ius Quiritium*, in realtà, non aveva ancora preso in considerazione (e, in particolare, il fenomeno economico degli scambi di ricchezza a credito, cioè a pagamento differito). Sopra tutto esse ebbero il merito di disciplinare rigorosamente e cioè senza possibilità di equivoci, con indubbio beneficio per la classe plebea, le procedure accessibili dai privati per ottenere dall'autorità pubblica (la quale era tuttora costituita da maggiorenti patrizi) la «*iuris dictio*», cioè l'accertamento o la realizzazione delle loro pretese giuridiche (le cd. «*legis actiones*»).

4.2.9. Sullo scorcio del sec. V e nei primi decenni del sec. IV a. C., mentre nuove (tuttavia non molte) *leges* integrative del *ius* continuavano ad essere emanate dai rappresentanti del patriziato, si verificò su scala alquanto vasta una sorta di produzio-

---

m.). Qui tralasciamo, per brevità, il notissimo racconto della tradizione (per il quale cfr. particolarmente Liv. 3.33-38 e 54, Pomp. D. 1.2.2.4 e 24) sui due decemvirati del 451 e del 450 a. C. — In ordine al testo delle *XII tabulae*, va premesso che le *tabulae* erano di legno (cfr. Hor. *ad Pis.* 399; Pomp. D. 1.2.2.4, ove «*eboreas*» va corretto in «*roboreas*»): non sorprende, dunque, che le vicende successive di Roma ne abbiano fatto sparire la redazione originale. Affidate principalmente alla memoria dei cittadini, le leggi decemvirali giunsero ai primi commentatori (Sesto Elio, Valerio Messalla, Servio Sulpicio, Antistio Labeone) in testi malsicuri e non scarsi di varianti. Le ricostruzioni moderne, fatte sulla base delle testimonianze dirette o indirette di cui disponiamo, sono, dunque, estremamente induttive: cfr., per tutte, *FIRA*. 1.23 ss. Una nuova e più accurata palingenesi che se ne volesse tentare difficilmente potrebbe risalire più indietro dell'esposizione approssimativamente sistematica fattane da Sesto Elio (*infra* n. 4.3.7). Sul punto, Guarino, *Una palingenesi delle XII tavole?* (1991), in *PDR*. 4 (1994) 77 ss.

4.2.9. Sulla *interpretatio pontificum*: Guarino, *OGR*. n. 49. Interessante il racconto (sostanzialmente inattaccabile sul piano dell'esegesi testuale) di Pomponio *l. sing. enchir.* in D. 1.2.2.5-6. Il pontefice che ogni anno era designato dai suoi colleghi a presiedere alle consultazioni dei cittadini («*praeesse privatis*») svolse, almeno sino a quando non fu ufficialmente istituito il *praetor* addetto alla giurisdizione (dunque, nel 367 a. C., stando alla tradizione), una funzione che in qualche modo prefigurò l'attività di quel magistrato. È da credere, peraltro, che in termini ufficiali la *iuris dictio* tra i privati non fu mai esercitata, contrariamente a quanto alcuni ipotizzano, dai pontefici: a tal fine una dignità meramente religiosa non era sufficiente. Anteriormente al 367 a. C. la *iuris dictio* fu presa dunque in carico (insieme con la direzione dell'esercito e con gli affari di stato) dal *praetor* o da uno dei due *praetores-consules* con l'ausilio ufficioso prestato, ai fini dell'espletamento di questa delicata funzione, dal collegio pontificale.

ne indiretta di nuovo diritto attraverso l'interpretazione del *ius* esercitata dal collegio sacerdotale dei *pontifices*: la cd. «*interpretatio pontificum*» («interpretazione pontificale»). I pontefici, sacerdoti che erano considerati da sempre i depositari dei *mores* e dei riti del *ius Quiritium*, venivano largamente richiesti dai cittadini di interpretare e chiarire quest'ultimo con riferimento alle diverse vicende concrete: i loro responsi, espressivi di perizia della materia giuridica («*prudentia iuris*», «*iurisprudentia*»), avevano quindi vasta risonanza ed alta autorità. Dopo l'emanazione delle Dodici tavole, continuando il monopolio pontificale patrizio della giurisprudenza, i pontefici, posti di fronte a sempre nuovi e più numerosi quesiti, non esitarono a far passare sotto la veste di *responsa* interpretativi anche costruzioni fortemente originali ed innovative, che rispondevano per verità agli interessi sia dei Quiriti sia dei plebei (o almeno della parte più abbiente della *plebs*). Per tal modo, i sistemi giuridici del *ius Quiritium* e del *ius legitimum vetus* si avviarono ad essere progressivamente integrati e unificati. Con gli elementi da essi offerti, e con altri ancora apprestati dall'*interpretatio pontificum*, andò costituendosi un sistema normativo unitario, più progredito e complesso, che prese il nome di «*ius civile Romanorum*» («diritto civile romano»), cioè di ordinamento giuridico attinente alla comunità politica di tutti i *cives Romani*, sia patrizi sia plebei.

4.3. Il periodo preclassico del diritto romano corrisponde a quello della *respublica* romano-nazionale e va dalla

---

4.3. Sul periodo preclassico *amplius*: GUARINO, *SDR* n. 73-154 e bibl. n. 329; panorama delle fonti di cognizione ivi n. 295-298. I cd. «tempi storici» del diritto romano hanno inizio appunto nel corso del periodo preclassico. Si avverta peraltro che la locuzione è di comodo ed è inoltre molto approssimativa: essa vuol solo intendere i tempi di cui le notizie a nostra disposizione sono meno incerte e prevalgono sulle leggende arcaiche. — *Respublica* («*res publica*», «*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 *plebs* aveva portato al centro dello stato. Il riconoscimento della *respublica* non comportò tuttavia la fine della *civitas* quiritaria, ma implicò la sovrapposizione degli organismi repubblicani al sistema più antico, il quale divenne via via praticamente irrilevante solo a partire dagli inizi del sec. III a. C. Così avvenne che: *a*) la struttura della repubblica restò pur sempre quella di una *civitas* suddivisa in non più di 35 tribù territoriali; *b*) i vecchi istituti della *civitas* quiritaria (il *rex*, i *comitia curiata* ecc.) rimasero ancora formalmente in vita per periodi più o meno lunghi, a causa della riverenza con cui i Romani rispettavano le loro antiche tradizioni e funzioni; *c*) la stessa *respublica* fu non di rado chiamata «*civitas Romanorum*». — La *respublica Romanorum* dei sec. IV-I a. C. merita, a sua più precisa identificazione, la qualifica di repubblica romano-nazionale in virtù del fatto che l'appartenenza al *populus Romanus Quiritium*, cioè a quello che costituiva la «cittadinanza» dello stato romano, non fu riservata ai membri di una o più stirpi patrizie o anche plebee, ma fu liberamente, se pur caumetà circa del sec. IV sin verso la fine del sec. I a. C., oppure, se si preferisce, dal 367 a. C. al 27 a. C. (anno in cui furono conferiti ad Augusto i primi poteri costituzionali di *princeps*).

4.3.1. La struttura di governo della *respublica* riposò su tre gruppi di elementi tra loro complementari: *a*) le «magistrature»,

---

comunità, aperta a chiunque (anche di stirpe non italiana) desse prove concrete di adesione alla «nazionalità romana», cioè alla comunanza di esperienze, di interessi materiali, di aspirazioni e di ideali dei Romani. Quanto al governo, esso fu formalmente (si ripete: formalmente) un governo «democratico», nel senso che, almeno in linea di principio, tutte le funzioni dello stato furono aperte, anche se con diverse e spesso gravose condizioni (particolarmente quella di un certo patrimonio minimo), a tutti i cittadini, senza creazione di caste chiuse e invalicabili, cioè di elementi oligarchici. — 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 costituito dall'*urbs*, dal contado circostante e, finalmente, a séguito di un lungo travaglio evolutivo, dal suolo italico nel suo complesso (ma, quest'ultimo, alquanto più tardi e conseguentemente all'ammissione degli alleati italici alla *civitas romana*: I sec. a. C.). Erano tuttavia anche considerate parte integrante di Roma, a guisa di filiali della *respublica*, le colonie di cittadini romani («*coloniae civium Romanorum*») istituite nei territori non romani (dentro la cerchia del cd. «*imperium Romanum*») e le *civitates* originariamente non romane ai cui cittadini fosse stata concessa la cittadinanza romana (cd. «*municipia civium Romanorum*»).

4.3.1. Sulla struttura di governo della *respublica* e sul suo funzionamento: Guarino, *SDR.* n. 89-92. In teoria i magistrati, sopra tutto se forniti di *imperium*, avevano poteri larghissimi di decisione, ma questi poteri erano limitati e corretti dalle leggi comiziali e, soprattutto, dal «potere 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. — Le principali magistrature («*magistratus*») furono: *a*) quella dei due «consoli» («*consules*» o «*praetores-consules*»), annuali (derivati dall'antico *praetor* comandante l'esercito centuriato), cui erano attribuiti la somma *potestas* e il sommo *imperium* sulla città e sui territori sottomessi; *b*) quella dei vari «pretori» («*praetores*» in senso stretto), annuali, con *potestas* e *imperium* minori rispetto a quelli dei consoli, ai quali erano generalmente assegnate attribuzioni specifiche di rilievo (cd. «*provinciae*»), tra cui quella della amministrazione della giustizia tra privati («*iurisdictio*»: v. nn. 43.5-6); *c*) i due «edili curuli» («*aediles curules*») e i due «edili plebei» («*aediles plebis*»), annuali, muniti di una *potestas* che li rendeva competenti a sovraintendere all'ordine dell'urbe, dei suoi mercati e dei giuochi pubblici («*cura urbis, annonae, ludorum*»), nonché (limitatamente ai due curuli) competenti ad esercitare la «*iurisdictio*» nelle liti insorte nei mercati (v. *infra* n. 4.3.6); *d*) i numerosi «questori» («*quaestores*»), annuali, con *potestas* di ausiliari, sopra tutto in materia finanziaria, degli altri magistrati di rango superiore; *e*) i «tribuni della plebe» («*tribuni plebis*»), annuali, in numero di dieci, con *potestas* di veto (*intercessio*) verso tutti i magistrati e con altre connesse attribuzioni di difesa, anche attraverso interventi di forza o irrogazioni di multe, degli interessi della plebe, cioè praticamente del novantanove per cento del popolo. Ogni cinque anni i comizi centuriati eleggevano inoltre due «censori» («*censores*»), che duravano in carica non più di un anno e mezzo ed avevano *potestas* di revisione delle liste dei cittadini, di 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 particolarmente nei casi in cui una situazione di pericolo della repubblica richiedesse un comando supremo unitache erano uffici (generalmente collegiali) investiti tutti di un potere direttivo («*potèstas*») ed alcuni (quelli supremi) anche di un superiore potere di comando («*impèrium*») civile e militare ai fini dell'amministrazione politica e giudiziaria della comunità; *b*) le «assemblee popolari», che avevano principalmente le due attribuzioni di eleggere i magistrati e di fissare mediante leggi le norme di comportamento dei cittadini e dei magistrati stessi; *c*) il «senato», che era una assemblea di ex-magistrati cui spettavano ampie ed autorevoli funzioni consultive (ma praticamente direttive) nei riguardi dei magistrati in carica, destinatari dei cd. «*senatusconsulta*».

4.3.2. Il «*ius civile vetus*» («diritto civile antico») fu il sistema normativo che costituì, nel periodo preclassico, la spina dorsale dell'ordinamento giuridico. Sue fonti furono gli antichi *mores maiorum* del *ius Quiritium*, le *leges* del *ius legitimum vetus* e, in un certo senso, la stessa «*interpretatio prudentium*» (interpretazione giurisprudenziale): un'attività, questa, che passò tuttavia

---

caso, anche un solo console poteva prendere l'iniziativa di privare se stesso e il collega di tutte o alcune attribuzioni consolari, nominando un «dittatore» («*dictator*») con «*summum imperium*» (comando supremo), 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 province territoriali via via conquistate (e spesso da pacificare con le armi) si provvide dai comizi centuriati assegnandone il governo, con somma «*iurisdictio*» (v. *infra* nr. 4.3.6), a consoli ed a pretori appena scaduti dalla carica (eccezionalmente anche ad altri cittadini provetti nell'arte militare) con il titolo di «pro-magistrati» («*proconsules*» e «*propraetores*»). — Le assemblee popolari veramente operanti furono tre: *a*) i «comizi centuriati» («*comitia centuriata*»: derivanti dall'antico *exercitus centuriatus*), in cui i cittadini maschi di età militare (dai 17 ai 60 anni) erano divisi in 193 *centuriae*, ciascuna esprimente (a maggioranza dei partecipanti alla votazione nel suo interno) un voto; *b*) i «comizi tributi» («*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; *c*) i «concili della plebe» («*concilia plebis tributa*»), ordinati come i comizi tributi, ma con esclusione dei pochissimi patrizi di nascita ancora superstiti. 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 «plebisciti» («*plebiscita*»), cioè di deliberazioni cui fu ben presto riconosciuto valore sostitutivo delle leggi votate dal popolo tutto (cioè delle cd. «*leges publicae*»). — Il senato («*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 designazione dei senatori («*lectio senatus*») era operata ogni 5 anni dai censori.

4.3.2. Sul *ius civile vetus*: Guarino, *SDR.* n. 127-131; *OGR.* n. 40-56. — I contenuti del *ius civile vetus*, così come sommariamente indicati nel testo, divengono 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 pontificale e senatoria, quindi alle famiglie più ricche e, in connessione, più potenti nel campo politico e sociale.

ad essere effettuata non solo dai pontefici, ma anche e sempre più frequentemente da una limitata cerchia di esperti giuristi laici («iuris prudentes»), per lo più appartenenti alla nobiltà, i quali attraverso lo studio specialistico del diritto coglievano con viva sensibilità le istanze di rinnovamento della società romana, non senza adattarle (è umano) agli interessi del loro ceto.

4.3.3 Varie ragioni (vedremo subito) impedirono, peraltro, al *ius civile vetus* di evolversi in proporzioni adeguate all'impetuoso progresso della vita sociale romana nei secoli dal II al I a. C. Fu perciò che gli vennero via via in aiuto, per integrarlo oppure per correggerlo, tre «sistemi giuridici» complementari, i quali emersero: il primo, dalle *leges publicae*; il secondo, dalla particolare attività giurisdizionale del cd. *praetor peregrinus*; il terzo dall'attività del cd. *praetor urbanus* e degli altri magistrati esercenti la giurisdizione tra i cittadini romani. Tre sistemi che furono, più precisamente: *a*) il «*ius legitimum novum*» (o «*ius publicum*»); *b*) il «*ius civile novum*» (o «*ius gentium*»); *c*) il «*ius praetorium*» (o «*ius honorarium*»).

4.3.4. Per rendersi conto del sistema normativo del «*ius legitimum novum*» bisogna premettere che l'ordinamento della

---

4.3.3. I sistemi complementari del *ius civile vetus* avrebbero preso assetto completo e definitivo, come diremo, soltanto nel successivo periodo classico. Solo allora essi sarebbero stati formalmente considerati come partizioni distinte del «*ius civile Romanorum*» in senso lato.

4.3.4. Sull'ordinamento statale repubblicano e sulla sua non giuridicità: Guarino, *OGR.* n. 52. 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*. — 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* (subordinatamente all'intervento, sino alla *lex Hortensia de plebiscitis* del 287 a. C., 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, più precisamente, da un complesso variabile di clausole (uniformi per ogni serie di leggi), le quali avevano lo scopo precipuo di inquadrare saldamente la legge cui si riferivano nel sistema del diritto vigente. — Sul *ius publicum*, nel senso indicato nel testo, e sui rapporti tra *ius* e *lex* (tuttora molto discussi): Guarino, *SDR.* n. 131-138; *OGR.* n. 57-64. L'espressione «*ius legitimum novum*» è da noi preferita perché, come vedremo (*infra* n. 5.3), la locuzione «*ius publicum*» non fu usata solo nel senso di «*ius, quod legibus publicis conditum est*», ma anche in altri sensi, e ciò può generare fraintendimenti.

respublica in quanto comunità, cioè il complesso dei 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 comunitari (*«crimina»*) e via dicendo era estraneo al puro *ius civile*, anzi era privo della qualifica di *ius*. Si trattava, in sostanza, di un vasto nòvero di principî a carattere tradizionalistico (e spesso solo di prassi più o meno consolidate) integrato da un certo numero (peraltro alquanto limitato) di leggi «pubbliche» (*«leges publicae populi Romani»*), vale a dire di provvedimenti normativi votati dalle assemblee. Tra le *leges publicae* ve ne furono peraltro alcune (principalmente a carattere di *plebiscitum*) che incisero nel *ius civile* e nei suoi istituti per apportarvi limitazioni e sopra tutto integrazioni richieste dal pubblico interesse: per esempio, in materia di tutela, di matrimonio, di successione a causa di morte, di manomissione degli schiavi, di usucapione del *dominium* civilistico, di liti giudiziarie tra privati. Sotto questo profilo e in questi limiti (se ed in quanto attinenti ad istituti civilistici) le leggi pubbliche (come già era avvenuto per le leggi del periodo arcaico) furono, con lenta progressione, concepite anch'esse, in virtù di uno spiegabile fenomeno di assorbimento, quali fonti di *ius*: fonti di un *«ius legitimum novum»* (nuovo rispetto al *ius legitimum vetus* dell'età arcaica), che fu peraltro usualmente denominato anche, per breviloquenza, *«ius publicum»* in considerazione del fatto di essere fondato appunto su *leges publicae* (di essere cioè *«legibus publicis conditum»*). L'apporto di questo «nuovo diritto legislativo» permise insomma al *ius civile* di rinnovarsi in quei settori in cui l'interpretazione giurisprudenziale non riuscisse a farlo con i propri mezzi senza cadere in palesi falsificazioni o in evidenti e intollerabili arbitri interpretativi.

4.3.5. Diversa la genesi del *«ius civile novum»*, le cui origini risalgono alla creazione (nel 242 a. C.) della magistratura del

---

4.3.5. Sul praetor peregrinus: Guarino, *SDR.* n. 135; *OGR.* n. 67-68. — Davanti al *praetor peregrinus*, nel luogo in cui egli amministrava giustizia (*«in iure»*), avveniva tra le parti, e col concorso (spesso con l'autorevole consiglio) di lui, la cd. conceptio verborum, cioè la creazione di una formula da sottoporre a giudicanti privati come «regola» a cui attenersi nel pronunciare, previo accertamento dei fatti, la loro *sententia* di accoglimento oppure di ripulsa delle richieste dell'attore. Il *tribunal* del *praetor peregrinus* non era infatti il tribunale delle rigide procedure civilistiche, davanti al quale ogni parte pronunciasse le solenni formule tradizionali delle *actiones* del *ius civile* (cd. *«legis actiones»*), ma era il luogo ove le parti si incontravano per esporre alla buona (gli stranieri, spesso a mezzo di interpreti) le loro contrastanti pretese e le ragioni (non previste dal *ius romano*) su cui queste si fondavano. Il pretore, avendo ascoltato la voce dell'uno e dell'altro contendente, espricd. «pretore peregrino» («*praetor peregrinus*») avente l'attribuzione di «dire il diritto», cioè di esprimere soluzioni giuridiche non tanto alle liti tra cittadini (alle quali provvedeva, di regola, il cd. «*praetor urbanus*») quanto alle liti tra cittadini e stranieri o anche soltanto tra stranieri che si svolgessero in Roma («*dicere ius inter cives et peregrinos vel inter peregrinos in urbe Roma*»). La «*iurisdictio praetoris peregrini*» era però, in tal caso, una «*iuris dictio*», una proclamazione di *ius* tutta particolare: sia perché il *praetor peregrinus* non si richiamava ad un diritto oggettivo già esistente (dal momento che tra Romani e stranieri non esisteva comunanza di diritto); sia perché il suo intervento era subordinato al presupposto che i litiganti gli facessero concorde richiesta di fissare autorevolmente i criteri per la soluzione delle loro controversie affinché queste fossero poi definite da giudici privati («*recuperatores*») di comune fiducia. E siccome attraverso la giurisdizione del pretore peregrino si determinarono progressivamente, quando si presentassero questioni dello stesso tipo, criteri di risoluzione tra loro conformi e difficilmente poi mutati dai giusdicenti successivi, avvenne che in forza di questi «precedenti giurisdizionali» ottennero progressivamente stabile tutela giuridica, anche nei riguardi dei *cives* e nelle liti tra gli stessi, alcuni nuovi tipi di rapporti, prevalentemente a carattere commerciale, come ad esempio le obbligazioni da *mandatum*, da *societas*, da *emptio-venditio*, da *locatio-conductio*. Fu questa la via lungo la

---

poneva i termini alternativi della questione e il cd. «*iudicium*», cioè il criterio più conveniente per la sua decisione. Occorreva dunque che le parti, più o meno come avviene per una scommessa, si mettessero d'accordo sul rischio implicato dal giudizio. Solo se le parti si accordavano sui *verba iudicii* (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, come già quello delle *legis actiones* di accertamento, in due procedimenti: il primo di impostazione della controversia nei suoi termini giuridico-fiduciari (fase «*in iure*»), che culminava nella «*litis contestatio*», cioè nella definitiva determinazione del *iudicium conceptum*; il secondo di risoluzione della controversia secondo i principi indicati dal pretore (fase «*apud iudicem*»), che si perfezionava con la sentenza dei *recuperatores*. — Sulla procedura per concepta verba: *infra* n. 9.1. — Sul ius civile novum: Guarino, *SDR*. n. 139-141; *OGR*. n. 69. 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. — Sul ius gentium, in senso proprio: *infra* n. 5.4.1.

quale prese vita un nuovo sistema giuridico complementare del *ius civile Romanorum*, e perciò appunto un «*ius civile novum*» («diritto civile nuovo»): un diritto valevole sia per i cittadini che per gli stranieri, al quale (anche per questa sua caratteristica di applicabilità a cittadini di varie nazioni o «*gentes*») i giuristi della successiva età classica avrebbero dato spesso, come vedremo a suo tempo, il nome di «*ius gentium*».

4.3.6. La *genesi* del «*ius honorarium*», terzo sistema normativo complementare del *ius civile vetus*, si spiega, a sua vol-

---

4.3.6. Sul *ius honorarium*: Guarino, *SDR.* n. 142-147; *OGR.* n. 70-75. — Sulla crisi della respublica e sulle sue agitate vicende: Guarino, *SDR.* 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*, contrariamente a quanto taluni superficialmente affermano, non ebbe affatto le caratteristiche di una «rivoluzione». La crisi derivò, in buona sostanza, dall'antagonismo politico dei due ceti dominanti, i *nobiles* e gli *equites*, e dalla progressiva decadenza della *nobilitas*. Ai troppo emarginati esponenti del ceto proletario la concorrenza delle forze di lavoro poste a disposizione dei ricchi dalla schiavitù toglieva la possibilità di pretendere corrispettivi politici per il loro non apprezzato lavoro ed apriva solo la strada al servizio militare retribuito 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) riuscirono ad evadere da un'attitudine sostanzialmente passiva e mercenaria, insomma di estranei alle questioni di potere che si agitavano nella repubblica. — Sulla procedura per concepta verba: *infra* n. 9.1. — Anche nella prassi della pretura urbana si crearono gli svariati precedenti giurisdizionali, 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 tutto l'anno, i quali divennero man mano «*tralaticia*» perché ogni pretore, assumendo la carica, usava confermare gli editti dei suoi predecessori, facendovi solo piccolissimi ritocchi e integrandoli spesso con nuovi elementi. Nonostante che i pretori non fossero tassativamente obbligati ad osservare le promesse dei loro editti (un richiamo ad attenersi agli *edicta perpetua* fu operato soltanto dalla *lex Cornelia* del 67 a. C.: *infra* n. 9.2), è comprensibile che essi raramente se ne discostarono, pena la vivace condanna dell'opinione pubblica. — La funzione del *ius honorarium* è scolpita efficacemente 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* (cioè: *ab honore*) *praetorum sic nominatum*. Esprime felicemente il rapporto tra *ius honorarium* e *ius civile* Marcian. D. 1.1.8: *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis* (senza il *ius civile* il *ius honorarium*, che ne è solo la *viva vox*, non avrebbe ragion d'essere; ma senza il *ius honorarium* il *ius civile* non 'comunicherebbe' più con la società romana che si evolve). — Sul diritto alternativo: *retro* n. 1.5.1. — I tipi di *edicta* giurisdizionali noti alla storia del diritto romano furono quattro: *a*) l'«*edictum praetorium*» del *praetor urbanus*, che preannunciava i criteri che avrebbe seguito questo magistrato nella risoluzione delle controversie tra cittadini in Roma; *b*) l'«*edictum peregrinum*» del *praetor peregrinus*, che preannunciava i criteri cui si sarebbe attenuto questo magistrato nella risoluzione delle controversie tra cittadini romani e *peregrini*, tra *peregrini* in Roma, o anche eccezionalmente tra cittadini; *c*) l'«*edictum aedilium curulium*», che preannunciava i criteri ta, col fatto che verso la metà del sec. II a. C. ebbe inizio una importante vicenda sociale e politica detta della «crisi della *respublica romana*»: una vicenda che durò un secolo e mezzo e che corrose fortemente l'assetto democratico repubblicano, favorendo l'affermazione di dittature personali e aprendo le porte, 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, pertanto, che a quest'opera indifferibile di completamento ed ammodernamento si sobbarcassero gli stessi «magistrati giusdicenti», cioè: in primo luogo il pretore urbano (con giurisdizione tra i cittadini); in aggiunta, il pretore peregrino (con giurisdizione anche urbana, ma sopra tutto «peregrina»), gli edili curuli (con limitata giurisdizione sui mercati) i governatori delle province (con giurisdizione tra i cittadini ivi residenti). E «pretore urbano» (*«praetor urbanus»*) che fu quegli che più si distinse in quest'opera di deformazione innovativa, pur senza contestare la formale autorità del *ius civile* (sia *vetus* che *novum*), non esitò ad adottare *inter cives* la spedita procedura già introdotta dal pretore peregrino nelle controversie di sua specifica attribuzione, o ad avvalersi dei suoi vasti poteri discrezionali per formulare «regole di giudizio» (*«iudicia»*) del tutto diverse da quelle civilistiche. Queste regole innovative erano, per vero, subordinate all'accordo tra le parti e non estensibili necessariamente ad altre questioni analoghe, ma rispondevano alle prevalenti valutazioni sociali di cd. *aequitas*, e appunto perciò venivano in pratica da lui e dalle stesse parti preferite a quelle scaturenti da un *ius* ritenuto ormai vecchio e inattuale (*iniquum*). E questa sua iniziativa, presto imitata dagli altri magistrati giusdicenti: in un primo tempo, verso la metà del II sec. a. C., fu appoggiata da una *lex Aebutia*, la quale concesse espressamente ai cittadini di astenersi, se lo volessero, dal ricorso alle tradizionali e rigide *legis actiones* del *ius civile vetus*, impostando il criterio risolutivo delle loro controversie attraverso libere trattative davanti al pretore (*«per concepta verba»*); in un secondo tempo fu favorita dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C., la quale giunse al pun-

---

cui si sarebbero attenuti quei magistrati nell'amministrazione cittadina e nella risoluzione delle controversie che sorgevano entro i mercati; d) l'«*edictum provinciale*» di ogni singolo governatore delle *provinciae* (magistrato o promagistrato), che preannunciava i criteri cui ciascuno si sarebbe attenuto nella sua amministrazione in generale, nonché, in particolare, nel regolamento delle liti tra Romani in provincia.

to di rendere largamente obbligatorio il nuovo sistema procedurale. Di conseguenza, attraverso un lento processo di «precedenti consolidati», si formò un nuovo sistema giuridico: il sistema che (peraltro, solo nel successivo periodo classico) sarebbe stato chiamato del «diritto pretorio» («*ius praetorium*»), anche detto, più in generale, del «diritto onorario» («*ius honorarium*»), con allusione all'*honor*, al rango onorifico che insigniva tutti i magistrati giusdicenti. Un sistema più ampio ed evoluto di quello del ius *civile novum*, che, senza abrogare per esplicito le vecchie norme del diritto civile, contrappose alle stesse una sorta di «diritto alternativo», che le parti potevano mettersi d'accordo nel preferire al diritto ufficiale.

4.3.7. Alle spalle di tutto il vivace processo di trasformazione giuridica dianzi esposto operò efficacemente, come abbiamo già segnalato, la nuova giurisprudenza laica, continuatrice di quella pontificale, che fiorì a partire dal III sec. a. C. L'ambiente dei giureconsulti fu quello stesso della classe dirigente, la

---

4.3.7. Sulla giurisprudenza preclassica: Guarino, SDR. n. 148-154. Per un elenco dei giuristi, cfr. Pomp. D. 1.2.2.36-46. — 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 rilevante 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 fu conseguenza 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 capuscuola e scrisse *libri XVIII iuris civilis*, ammiratissimi in tutto il mondo antico. Servio Sulpicio Rufo, console nel 43 a. C. e allievo di Aquilio Gallo, contrastò vivacemente le dottrine di Quinto Mucio Scevola e scrisse anche una silloge intitolata *reprehensa Scaevolae capita* (o *notata Mucii*). La sua opera, o quella della sua scuola, fu raccolta in 140 libri dal discepolo Aufidio Namusa. Forse fu sulle tracce di due libri *ad Brutum* scritti da Servio che il suo discepolo Aulo Ofilio ordinò per primo, in un commentario di cui peraltro conosciamo solo l'esistenza, la materia dell'editto pretorio. Non va tralasciata l'autorevole figura di C. Trebazio Testa, consigliere di Augusto e maestro di Labeone (n. 4.4.5). — Eccessiva e fuorviante è la qualifica di diritto giurisprudenziale («Juristenrecht») che taluni studiosi assegnano al diritto romano (e più precisamente al diritto privato di Roma) in considerazione del ruolo importantissimo che fu svolto dalla giurisprudenza preclassica, nonché (in diversa misura) dalla successiva giurisprudenza classica (su cui *infra* n. 4.4), al fine della sua evoluzione progressiva e in sede di analisi raffinata dei sottoposti all'attenzione dei giuristi. Va solo segnalato, in proposito, che i giureconsulti romani si attennero in modo eccellente, quanto al *ius privatum*, al detto oraziano (*ep.* 2.1.116) «*tractant fabrilia fabri*» (ogni artefice esercita al meglio l'arte propria), evitando di incorrere nell'errore ascritto da Orazio (ivi 117) a certi poeti suoi colleghi: «*scribimus indocti doctique poemata passim*». Sul tema: Guarino, «*Vapulas*», in *Labeo* 41 (1995) 87 ss.

«*nobilitas*», per il fatto che requisito essenziale per percorrere con successo la carriera politica (in cui si inseriva anche la delicatissima carica di *praetor*) venne opportunamente ritenuto l'approfondita conoscenza dell'ordinamento statale, ed in più (meglio ancora) dell'ordinamento giuridico. I giuristi preclassici, pertanto, non furono solo interpreti del diritto, ma elementi attivi dell'evoluzione giuridica, sopra tutto come magistrati giusdicenti o come loro consiglieri (spesso chiamati ufficialmente a far parte dei «*consilium praetoris*»). 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.

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

4.4.1. Il governo della *respublica* romano-universale, fu pur sempre un governo formalmente democratico, ma il «regime» di esso, cioè il modo del suo funzionamento, fu fortemente accen-

---

4.4. Sul periodo classico. *amplius*: Guarino, *SDR*. n. 155-231; panorama delle fonti di cognizione ivi n. 299-305.

4.4.1. Sulla *respublica* universale: Guarino, *SDR*. n. 166-191. — Il carattere di *respublica* dello stato romano nel periodo 27 a. C. - 284 d. C. fu ancora e sempre quello del 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, a 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 dagli Italici alleati, aveva determinato già dal sec. I a. C. 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 (con la «*constitutio Antoniniana*») a quasi tutti gli abitanti dell'impero, sicché la *respublica* perse progressivamente il suo volto caratteristico e passò a coincidere sempre più chiaramente con la consociazione politica generale di tutti i popoli sottoposti all'*imperium* romano, indipendentemente dalla loro nazionalità specifica ed in contrapposto ai popoli incivili, o comunque antiromani, stanziati fuori dei confini dell'*imperium* e denominati «*externae gentes*» o «*barbari*». Erra peraltro chi parla per questo periodo di «impero» (sia pure di «alto impero»), perché l'ideologia cui si ancorarono i *principes* fu semtrato ed «autoritario». Accanto alle strutture repubblicane ordinarie (magistrature, comizi, senato) si affermò come sommo moderatore della cosa pubblica il «principe» («*princeps civitatis*»), cioè una personalità riconosciuta come il più eminente tra i cittadini della *respublica* e, nel contempo, come l'assegnatario del comando su quel complesso di *provinciae*, ciascuna col relativo esercito di occupazione, che costituivano l'*imperium Romanum*. È perciò che si parla anche, in ordine a questo periodo della storia costituzionale romana, di periodo del «principato» («*principatus*»).

4.4.2. Nel periodo classico i vecchi sistemi normativi tipicamente repubblicani, con le relative fonti di produzione, rimasero tuttora in vita, ma persero rapidamente ogni capacità di accre-

---

pre quella della *respublica*. — Sulla *constitutio Antoniniana*: *infra* n. 15.3. — La *struttura di governo* della *respublica* universale fu caratterizzata dal dualismo tra i vecchi organismi repubblicani (*comitia*, *magistratus*, *senatus*) e la figura del *princeps*, al quale faceva capo tutta una propria e particolare organizzazione amministrativa, tratta principalmente dall'*ordo equester*, un dualismo che si decise progressivamente nella vittoria del *princeps*. — Il *princeps* basò la sua posizione di preminenza costituzionale nel sistema politico romano (costituito dalla *respublica* e dall'*imperium*) su due poteri speciali conferitigli, almeno formalmente, per deliberazione delle assemblee repubblicane: anzi tutto, la «*tribunicia potestas*» (elargitagli inizialmente dai *concilia plebis*, ma più tardi dal *senatus*), che consisteva nel potere di *intercessio*, analogo a quello dei *tribuni plebis*, contro tutti gli atti dei magistrati repubblicani, senza tuttavia il pericolo di subire per converso l'*intercessio* dei tribuni; secondariamente, l'«*imperium proconsulare maius et infinitum*» (concesso per un limitato numero di anni, ma regolarmente rinnovato, inizialmente dai *comitia centuriata* o per essi, più tardi, dal *senatus*), che consisteva in un supremo potere di comando militare sulle *provinciae*, con facoltà di esercitare l'*imperium militiae* anche entro il pomerio della città. — Le *provinciae territoriali* dell'*imperium Romanum* si distinguevano in: *a*) «*provinciae senatoriae*» (o «*populi Romani*»), amministrate da promagistrati repubblicani («*proconsules*»), sottoposti però all'alto controllo del *princeps*; *b*) «*provinciae Caesaris*», attribuite direttamente al *princeps* ed amministrate, in suo nome, da *legati Caesaris pro praetore* (o «*propraetores*»). Le *provinciae Caesaris* passarono, con l'andar del tempo, ad essere, se non le più numerose, certamente le più importanti e le meglio armate. — Un'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 il *fiscus* fu considerato dotazione speciale della funzione di *princeps*, ma l'estensione dei poteri di costui finì per determinare il progressivo assorbimento dell'erario da parte del fisco.

4.4.2. Sul *ius vetus*, in contrapposto al *ius novum*: Guarino, *SDR* n. 199-206; *OGR*. n. 78-85. 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*, rogate 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* giurisdizionali finirono, pertanto, per cristallizzarsi in testi stabili e praticamente immutabili. In ordine ai quali si scimento e di evoluzione. Essi finirono quindi per essere considerati, nel loro insieme, altrettanti settori del «*ius vetus*» («diritto antico»), cioè dell'ordinamento giuridico fondamentale e sommo, ma vetusto e sempre più inetto a nuovi sviluppi, di Roma.

4.4.3. L'influenza dei *principes* sull'evoluzione giuridica (e così pure l'influenza dei funzionarî da essi dipendenti) si fece, sopra tutto a partire da Adriano (117-138 d. C.), ancora più sco-

---

parlo di «*edictum perpetuum*» nel senso pregnante della parola, cioè come di un editto perdurante nei secoli senza limiti di tempo: sì che poté addirittura formarsi, in età postclassica, la leggenda di una «codificazione» dell'editto, che sarebbe stata ordinata dal *princeps* Adriano ed attuata per lui dal giurista Salvio Giuliano: *infra* n. 4.4.5. — Solo il **senato** conservò, tra le istituzioni repubblicane, una ragguardevole vitalità di fronte all'invadenza del *princeps*. Fu appunto perciò che, nel declino registrato dall'attività legislativa delle assemblee e dall'attività giurisdizionale innovatrice dei magistrati giusdicenti, i «*senatus consulta*» («senatoconsulti») acquistarono addirittura valore sostitutivo delle *leges publicae*, divennero cioè fonti di produzione del diritto. Ma i principi non tardarono a coinvolgere anche quest'ultima manifestazione delle autonomie repubblicane. A partire dagli inizi del sec. II d. C., mentre si fece sempre più raro il caso che un magistrato repubblicano si rivolgesse per pareri al senato, divenne dapprima frequente e poi addirittura costante la prassi che i *consulta* li chiedesse lo stesso princeps mediante un'*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 senatoconsulto, 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 ratifica per acclamazione delle proposte del principe.

4.4.3. Sul **ius novum**: Guarino, *SDR.* n. 207-213; *OGR.* n. 78-85. Il *novum ius* 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 parzialmente, rendendolo inoperante ovunque introducesse i propri principî innovatori. Si ripeté, in altri termini, il fenomeno verificatosi qualche secolo prima allorché il *ius honorarium* esautorò in parte 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'avvio ad un processo di reciproca compenetrazione e unificazione, che sarebbe poi divenuto sempre più intenso nel corso del periodo postclassico. — Le **constitutiones principum**, fonti principali del *ius novum*, si distinguevano essenzialmente in quattro tipi: editti, mandati, rescritti, decreti. — Gli **edicta principum** erano, formalmente e sostanzialmente, atti emanati dai *principes* in base al loro *imperium proconsulare maius*. Essi enunciavano i criteri cui gli imperatori desideravano si attenessero i magistrati delle provincie, ai quali erano indirizzati. 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 in quanto governassero (come *proconsules*) le provincie senatorie e fossero perciò sottoposti all'*imperium proconsulare maius* dell'imperatore. — 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, coperta ed evidente attraverso frequenti e diretti interventi nella decisione delle cause criminali e delle controversie private: interventi operati solitamente «*extra ordinem*», al di fuori delle procedure e delle competenze della giurisdizione ordinaria, cioè al di fuori del cd. *ordo iudiciorum* (*publicorum* e *privatorum*). Il risultato fu la formazione, accanto al *ius vetus*, di un complesso di nuovi regolamenti, cui è appropriato assegnare il nome di «*ius extraordinarium*» o, più in generale, di «*ius novum*» («diritto nuovo»).

4.4.4. 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 pri-

---

manda, 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 introducessero modificazioni giuridiche. In quanto tali, una volta conosciute dal pubblico, costituirono «precedenti» e furono costantemente rispettati nei casi simili o analoghi. — I *decreta* erano le decisioni (sia in materia di liti private, sia in materia di repressione del *crimen*) emesse dal *princeps* «*extra ordinem iudiciorum*», cioè senza rispetto dei riti delle procedure ordinarie, 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 istanze ordinarie. Sopra tutto in questa sua funzione delicata di giudice l'imperatore usava far frequente ricorso al consiglio di un *consilium* (cd. «*consilium principis*») di eminenti giuristi e funzionari da lui stesso nominati.

4.4.4. Sulla giurisprudenza classica: Guarino, *SDR*, n. 214-231. — In ordine all'ultimo sessantennio si è parlato di periodo quasi-classico, di età «epiclassica» o pre-postclassica («Frühnachklassische Zeit»), giungendo alcuni sino ad individuare una sorta di anticipazione della giurisprudenza postclassica nell'attività scolastica elementare dei classici, e quindi segnatamente in Gaio. V., però, in senso nettamente critico: Guarino, *Giusromanistica elementare* (1989) 26 ss. — Nella fase augustea la giurisprudenza romana basò la sua relativa autonomia sull'istituto del *ius publice respondendi* («diritto di dare responsi a titolo pubblico», privilegio dei responsi pubblici), che fu introdotto da Augusto e meglio disciplinato da Tiberio. Il *ius publice respondendi* era una sorta di «patente di buon giurista» concessa (piuttosto avaramente) dagli imperatori ai giureconsulti da loro maggiormente stimati e maggiormente ritenuti affidabili. Esso conferiva una particolare autorevolezza ai responsi dei giureconsulti che ne fossero insigniti, ed è ovvio che la concessione del privilegio a giuristi di loro fiducia, umanamente desiderosi di non perdere il loro favore, 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 venire meno di ogni autonomia della giurisprudenza e col prevalere dell'influenza dei *rescripta principum*, mentre si diffuse l'uso di chiamare i più rinomati (o fidati) tra loro a far parte di un «*consilium principis*».

ma fase (cd. fase «augustea»), 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 (cd. fase «adrianea»), 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 del *ius civile* e del *ius honorarium*, l'uno e l'altro aggiornati con riguardo al *ius novum*. Sotto la dinastia dei Severi, aperta da Settimio Severo nel 193 d. C., 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 dare un suo contributo innovatore alla evoluzione del diritto romano.

4.4.5. L'attività giurisprudenziale classica 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 deriva-

---

4.4.5. Le forme letterarie, in cui l'attività della giurisprudenza classica si espresse nelle diverse fasi, furono: *a*) opere di casistica; *b*) opere di commento; *c*) opere monografiche; *d*) 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 immaginarie, 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 principi 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 svariate trattazioni brevi (spesso *libri singulares*, perché scritti su un solo rotolo di papiro) dedicate ad argomenti di diritto pubblico (*de officio proconsulis, de officio praefecti urbi* 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. — In ordine alle scuole sabiniana e proculiana è vano lo sforzo di approfondire le ragioni delle loro divergenze, e lo dimostra la scarsa persuasività dei molti tentativi sinora fatti. Le due scuole non ebbero una ben distinta fisionomia scientifica, ma l'appartenenza dei singoli giuristi alla prima o alla seconda 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 (Sabiniani e Proculiani) non deve stupire che esso non derivi dalle persone di Capitone e di Labeone: fu solo zione postclassica. In strettissima sintesi, va segnalato che: *a*) il punto di contatto e di transizione tra la giurisprudenza repub-

---

le una fase successiva all'attività di questi due giuristi che la loro rivalità si svolse in contrapposizione di «scuole». — Furono giuristi della **scuola sabiniana**, oltre Capitone: Masurio **Sabino**, che scrisse tre libri *iuris civilis* (resi famosi dai commentari dedicativi da giuristi posteriori); C. **Cassio** Longino, discepolo di Sabino che scrisse un'opera di diritto civile in quindici libri e alcuni altri libri di *responsa*; **Giavoleno** Prisco, autore di una o due serie di note ai *posteriores* (libri postumi) di Labeone (attività, questa, notevole perché con essa la scuola sabiniana cominciò a perdere il suo carattere esclusivista). — Furono giuristi della **scuola proculiana**, oltre Labeone: **Proculo**, che scrisse delle *notae ai posteriores* di Labeone e un'opera intitolata *epistulae*; Giuvenzio **Celso** figlio, autore di 39 libri di *digesta*; **Nerazio** Prisco, che scrisse 15 libri di *regulae* e due raccolte di responsi, intitolate *membranae* (pergamene). — Su Salvio **Giuliano**: Guarino, *SDR.* n. 226. Nella sua opera di *digesta*, di cui i primi 58 libri dedicati specificamente all'*edictum perpetuum* (dei due pretori cittadini), Giuliano procedette probabilmente ad un approssimativo riordino della materia, che lasciò tracce profonde nei successivi commentari editali di Gaio, Paolo e Ulpiano. — Una **codificazione dell'editto perpetuo** sarebbe stata attuata da Giuliano su incarico del *princeps* Adriano. Ma si tratta, a nostro avviso, di una mera (e nemmeno molto diffusa) leggenda postclassica, priva di ogni prova o indizio di età classica, alla quale tuttavia la dottrina dominante è tenacemente attaccata. Su di essa: Guarino, *SDR.* 203, *OGR.* n. 74-77, ove si sostiene che il nucleo di verità della leggenda sembra consistere nel fatto che Adriano promosse un *senatusconsultum* volto a stabilire che i vari *edicta provincialia* delle province senatorie dovessero essere tra loro il più possibile conformi e non potessero essere in avvenire modificati se non su iniziativa del *princeps*, titolare dell'*imperium proconsulare maius* e già da tempo direttamente influente sugli *edicta* delle *provinciae Caesaris*. — Sesto Cecilio **Africano**, allievo di Giuliano, utilizzò molto le opinioni del maestro nelle *quaestiones*, l'unica sua opera di cui abbiamo notizia certa. — 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. Scrisse un commento all'editto pretorio in 150 *libri*, commentari *ad Quintum Mucium* e *ad Sabinum*, nonché 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. Fu autore di quattro *libri* (o, come egli dice, *commentarii*) di *institutiones*, che ci sono stati conservati quasi per intero, un commento *ad legem XII tabularum*, di libri *ad edictum praetoris urbani* e *ad edictum provinciale*, nonché (forse) di 7 *libri rerum cottidianarum sive aureorum*, che hanno tutta l'aria di un rifacimento aggiornato (forse in età postclassica) delle *institutiones* (sul tema delle quali v. anche *infra* nr. 4.5.8). — 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 32 libri di *digesta*. — Q. Cervidio **Scevola**, giurista valente, molto stimato da Marco Aurelio, scrisse libri di *digesta*, di *responsa*, di *quaestiones*, 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 libri delle *quaestiones* e 19 libri di *responsa*. — Giulio **Paolo** fu allievo di Scevola e svolse sopra tutto la sua attività nel torno di tempo che va dal 193 (avvento al potere di Settimio Severo) al 222 (morte di Eliogabalo). Tra la vastissima produzione di lui si segnalano libri *ad Sabinum*, libri *ad edictum*, libri di *quaestiones*, di *responsa*. — Domizio **Ulpiano**, proveniente da Tiro, in Fenicia, esercitò la sua attività di scrittore sopra tutto durante il regno di Caracalla. Morì probabilmente nel 228. Fu, come prefetto del pretorio, collega di Paolo. Tra le sue opere: libri *ad Sabi-*

blicana e quella classica stette in una famosa scissione fra due giuristi dell'epoca augustea, Caio Ateio Capitone e Marco Antistio Labeone, le cui divergenze personali, a sfondo anche politico, portarono alla formazione di due distinti circoli («sectae») di giureconsulti: da un lato i «Sabiniani» anche detti «Cassiani», ricollegantisi a Capitone, dall'altro i «Proculiani», ricollegantisi all'insegnamento di Labeone; *b*) le divergenze tra le due scuole furono sopite, nell'età tra Adriano e Antonino Pio, dalla forte personalità di Salvio Giuliano, allievo di Giavoleno Prisco, e autore di 90 libri di *digesta*, in cui trattò e adeguò ai tempi suoi tutto lo scibile del diritto privato (con ampio riguardo all'editto del pretore), fissandolo in un assetto stabile, se non definitivo, che influì potentemente sulla riflessione giuridica successiva; *c*) nell'età degli Antonini (138-192 d. C.) la giurisprudenza classica, superata la divergenza delle scuole, toccò il massimo della fioritura, con le figure di Cecilio Africano, Sesto Pomponio, Gaio, Ulpio Marcello, Cervidio Scevola; *d*) nell'età dei Severi (193-235 d. C.) si ebbero giureconsulti meno brillanti della età precedente, ma fecondissimi di opere e anche perciò largamente sfruttati dalle scuole e dalla prassi curiale nel successivo periodo postclassico: principalmente Emilio Papiniano, Giulio Paolo, Domizio Ulpiano ed Erennio Modestino.

4.5. Il periodo postclassico del diritto romano corrisponde a quello dell'assolutismo imperiale, da Diocleziano (284-305 d. C.) a Giustiniano I (527-565): secoli nei quali si verificò l'esautoramento praticamente completo della *respublica*, a tutto vantaggio dell'*imperium* dei *principes*.

4.5.1. L'«*imperium*» («comando supremo» o, meglio ancora, «impero»), che già nel periodo classico aveva trovato il suo

---

num, libri *ad edictum*, libri di *disputationes*, due libri di *institutiones*. — Erennio Modestino, allievo di Ulpiano, scrisse sopra tutto per l'uso pratico, parte in latino e parte in greco. — Tra i contemporanei di Paolo ed Ulpiano va anche ricordato Elio Marciano, autore di un manuale di *institutiones*.

4.5. Sul periodo postclassico, *amplius*: Guarino, *SDR.* n. 234-280; panorama delle fonti di cognizione ivi n. 306-309. — Dell'organizzazione repubblicana postclassica merita di essere ricordato che il *senatus* (e, con Costantino, i due *senatus*) era composto di tre categorie di *senatores*: quelli effettivi, che partecipavano alle sedute e alle votazioni, e quelli onorari, che erano insigniti soltanto del titolo. 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* annuali, essi erano uno per l'Oriente ed uno per l'Occidente, di nomina imperiale: gli imperatori finirono però per divenire *consules perpetui*.

4.5.1. 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 sommo titolare nel principe, fu la formula in cui si risolse, nel periodo postclassico, tutta l'organizzazione statale e di governo. Esso fu sempre più decisamente concepito, secondo una impostazione tipicamente orientale, come «stato patrimoniale». L'*imperator* o gli *imperatores*, più che sovrani, ne furono i «padroni».

---

distaccato. L'*imperator* era *sacer*, *sacratissimus*, *divinus*, viveva chiuso nei suoi palazzi ed ammetteva solo pochi ed eletissimi 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, facenti parte del suo «*sacrum consistorium*», erano costituiti dai seguenti funzionari: *a*) 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*») e il cerimoniale («*officium admissionum*»); *b*) il «*quaestor sacri palatii*», supremo consigliere giuridico dell'imperatore; *c*) il «*comes sacrarum largitionum*», ministro delle finanze; *d*) il «*comes rerum privatarum*», amministratore del patrimonio imperiale; *e*) il «*praepositus sacri cubiculi*», 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. — Oggetto del dominium imperiale, analogo alla proprietà privata, furono: la «*res privata principis*», costituita dai demani 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 complesso di beni liberamente disponibili; le «*res publicae*», vincolate dalla 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 sino alla messa a morte, alla confisca e via dicendo. — 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. 11.36.23) (*Valens Gratianus et Valentinianus, a. 378*): *Ab executione appellari non posse satis et iure et constitutionibus cautum est* (ecc.). 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, nella sistemazione politico-sociale postclassica, 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 ebbe, 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 consegnati 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 dagli antichi «rotoli» papiracei ai più moderni e resistenti «codices» pergamenacei, avvenuta probabilmente intorno alla fine del III secolo (v. *infra* n. 4.5.4); non solo li colpirono 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 i *domini*: furono cioè gli arbitri indiscussi delle sue sorti, anche se non mancò di distinguersi tra il vero e proprio «*dominium*» (proprietà) imperiale (su beni inanimati, su animali, su schiavi) e il cd. «*dominatus*» politico esercitantesi, in modo ovviamente meno assorbente, sugli uomini liberi e sulle cose in loro disponibilità privata. La conseguenza del nuovo assetto politico fu, nel campo del diritto, il trionfo del *ius novum*, imposto dalle costituzioni imperiali, sul *ius vetus*, 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. Probabilmente, non ai giuristi, ma alla prassi dei tribunali imperiali si dovette anche il riconoscimento, ad integrazione del *ius vetus*, di alcune nuove «consuetudini consolidate» formatesi col tempo. Non di rado il *ius vetus*, essendo ormai diventato improduttivo di nuove norme, venne chiamato sinteticamente «*ius*» o «*iura*», mentre le costituzioni del *ius novum* vennero denominate, altrettanto sinteticamente, «*leges* (*principis* o *imperatoriae*)».

4.5.2. Fonte esclusiva ed autonoma del *ius novum* imperiale fu dovunque considerata, nel periodo postclassico, la volontà dell'imperatore («*quod principi placuit legis habet vigorem*»): esclusiva, perché a nessun altro organo od ente era permesso di creare norme giuridiche («*iura condere*»), salvo che per sua dele-

---

prassi, aggiornandoli, nelle successive edizioni, agli sviluppi della legislazione e della coscienza giuridica. — Sulla *longa consuetudo* e sulla sua subordinazione al *ius novum*: infra n. 5.7.3.

4.5.2. Circa l'oggetto e il tipo delle constitutiones imperiales, si distinse tra *leges generales* e *leges speciales* (o comunque non generales), a seconda che fossero o non fossero relative a tipi di casi ed a categorie di sudditi. Ovviamente, mentre le *leges generales* avevano, nell'ambito del loro riferimento, vigenza illimitata, le altre *leges* avevano applicazione strettamente condizionata al caso o alle persone cui si riferivano: ed anche questa applicazione era subordinata al principio «*si preces veritate nituntur*» (se le richieste sono fondate sulla verità) intendendosi esclusa l'applicabilità della costituzione, ove risultasse falsa la rappresentazione del caso preso in esame. — *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, acché 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*;

ga; autonoma, perché l'imperatore non ripeteva il suo potere supremo da un'investitura di altri organi dello stato, ma si riteneva legittimato per implicito da una vaga «*lex regia*» popolare. Questa concezione accentratrice della normazione giuridica era vieppiù perfezionata dalla convinzione che l'imperatore fosse 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 varie attribuzioni di governo, dalla durata della loro carica, dall'oggetto dei provvedimenti emanati e dal tipo dei provvedimenti stessi.

4.5.3. Altri fattori della decadenza giuridica di Roma, a prescindere dall'assolutismo di governo, furono: la nuova situa-

---

le «*adnotationes*», forme più spedite di risoluzioni, sovente emesse per concedere *beneficia* a singoli; le «*pragmaticae sanctiones*» (o *pragmaticae formae, leges*), altre forme sussidiarie (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 dominio. — Quanto 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. — L'assolutismo imperiale non poté non segnare il trionfo della cognitio extra ordinem. La decadenza sempre più accentuata della procedura ordinaria fu coronata nel 342, dalla sua pratica abolizione, sancita dagli imperatori Costanzo e Costante (*infra* n. 9.1).

4.5.3. Sulla identificazione delle varie cause dell'evoluzione postclassica i giusromanisti 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 riadattamenti formali, allo scopo di essere adeguato alla nuova situazione politica ed alla *cognitio extra ordinem* ormai imperante; *c*) l'orientamento «volgaristico», secondo cui la principale forza evolutrice e corruttrice del diritto romano fu il cd. «volgazione 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 loro, cioè non avviarono il diritto romano verso un'unica direzione. Essi, invece, esercitarono spesso impulsi divergenti o contrastanti, facendo sí che l'ordinamento giuridico dell'età postclassica pullulasse di deviazioni, di cedimenti, di contraddizioni, di incongruenze: tutti ulteriori sintomi del suo decadimento. Se, malgrado tutto, il diritto postclassico rimase, sino a Giustiniano, un diritto essenzialmente «romano», ciò dipese da due causali: 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 concretantesi 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.

---

rismo» 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. — Il cristianesimo fu pienamente legittimato in Roma da Costantino, con l'editto di tolleranza del 313, e fu proclamato religione di stato da Teodosio I nel 380 d. C. Questi riconoscimenti formali facilitarono la sua penetrazione capillare nel mondo romano, e per conseguenza nella coscienza giuridica e nella legislazione. 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 ripercorrersi di preciso, i genuini principi giuridici romani vennero quindi a corrompersi, in una misura che ancora non si è riusciti ad accertare con piena sicurezza. — L'ellenismo, più «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 riceveva, 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. — 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.

4.5.4. La giurisprudenza postclassica, priva ormai di concreta autonomia di giudizio, fu forse il settore che maggiormente denunciò i segni della decadenza. 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, ma in modi sensibilmente diversi tra la parte occidentale e quella orientale. Nei territori di Occidente la giurisprudenza esercitò, sin verso l'età di Costantino (prima metà del sec. IV d. C.), una notevole attività di aggiornamento, e quindi di modificazione, delle opere classiche, di cui apprestò numerose edizioni rivedute, 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. Nei territori d'Oriente la giurisprudenza, al contrario, divenne sempre più attiva e vivace man mano che andò affermandosi l'impero di Bisanzio e che, nel suo seno, acquistarono rinomanza le scuole di Berito (fondata già nel II secolo) e di Costantinopoli (aperta nel 425). 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

---

4.5.4. Sulla giurisprudenza postclassica: Guarino, SDR. n. 255-256. — Uno degli indici più caratteristici della decadenza postclassica della giurisprudenza romana è costituito dalla c.d. 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 (e, tutt'al più, degli altri giuristi da essi esplicitamente citati). Posti di fronte alle opinioni di costoro, i giudicanti altro non avrebbero potuto 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 espresso da Papiniano. L'autonomia di valutazione dei giudicanti fu riconosciuta nella sola ipotesi che le parti non producessero in giudizio opinioni dei dottori classici o che, avendole esse prodotte, non fossero applicabili i criteri preferenziali della maggioranza o di Papiniano. — Sulla giurisprudenza occidentale postclassica sintomatica è la testimonianza di Nov.Th. Valent. 32.6 (a. 451): *Et [illegible] ac iudiciis defensio hodieque quaeret iuris et legum aut raro aut minime reperiri.* L'unica scuola di diritto di una certa importanza e dignità fu, per un certo tempo, la scuola di Roma, cui affluivano numerosi uditori dalle altre province occidentali, nelle quali l'insegnamento del diritto era praticato in centri di minimo conto e di scarsissima autorità. — Della giurisprudenza orientale postclassica non ci sono pervenuti direttamente altrettanti testi quanti quelli della giurisprudenza occidentale. Tuttavia la diagnosi da noi esposta al riguardo si basa con sufficiente sicurezza, a prescindere dalle raccolte di *leges* operate in Oriente (v. *infra* n. 4.5.6), sull'esame della compilazione giustinianea e sulle attestazioni fatte dallo stesso Giustiniano sulle scuole orientali (v. *infra* n. 4.5.9), nonché sui modi in cui la giurisprudenza orientale si comportò, sviluppando il [illegible] di commenti ai *Digesta*, nei suoi scritti (in lingua greca) posteriori alla stessa compilazione giustinianea (v. *infra* n. 4.5.14).

intensamente, per chiarirli, per arricchirli di esempi, per approfondirne taluni motivi: il tutto con un effetto che non poté non essere di grande, se pur involontaria, corruzione, 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.

4.5.5. A prescindere dalla accennata distinzione di sostanza tra giurisprudenza occidentale e giurisprudenza orientale, le for-

---

4.5.5. In ordine ai problemi 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 genere 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 ci 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. Pertanto 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 sull'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 sfornare in edizioni postclassiche di interpolazioni e glossemi immaginari. — Quanto al problema della età delle alterazioni postclassiche, bisogna premettere che la critica romanistica riteneva generalmente, agli inizi del secolo XX, che alterazioni non vi fossero se non nei testi della compilazione giustinianea e che i testi delle compilazioni giuridiche pregiustinianee fossero, al massimo, 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, negli anni ancora successivi, farsi avanti un nuovo indirizzo (Schulz, Wolff, Wieacker ecc.), secondo cui si dovrebbe addirittura ritenere che le più numerose tra le alterazioni dei testi giuridici classici non siano da attribuire né a Giustiniano, né all'attività giurisprudenziale 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 me principali dell'attività giurisprudenziale postclassica possono essere classificate unitariamente come segue: *a*) «interpolazioni», cioè alterazioni deliberate del testo, eseguite o mediante inserzioni di parole e frasi (cd. «interpolazioni positive») o mediante tagli del dettato genuino (cd. «interpolazioni privative»); *b*) «glossemi» interlineari o marginali al dettato originale resi particolarmente insidiosi dal fatto, frequentissimo, della loro successiva incorporazione nel testo in occasione delle edizioni manoscritte posteriori; *c*) «parafrasi» di brani più o meno lunghi: spesso passate, nella successiva tradizione manoscritta, ad incorporarsi nel testo, sostituendo il brano originario o aggiungendosi ad esso; *d*) «epitomi» di interi scritti giurisprudenziali classici, redatte a scopo didattico o a scopo pratico; *e*) «estratti» di scritti giurisprudenziali classici relativi a materie specifiche e limitate (cd. *libri singulares*); *f*) «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 nota preliminare (*inscriptio*) indicativa dell'autore e tutti fra loro approssimativamente concatenati in modo da costituire una trattazione unitaria.

---

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 autorevolmente la voce 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 queste che non hanno determinato un inquinamento vero e proprio dei principî romani, ma hanno soltanto operato una consumazione o riassunto o semplificazione di norme o istituti appartenenti al sistema giuridico dell'età classica. — Per la ricerca delle alterazioni testuali, dapprima affidata esclusivamente alle nozioni filologiche, alla sensibilità, alla fantasia storica dei singoli studiosi, bisogna tener conto di un metodo scientifico complementare, la «Textstufenforschung». Esso tende alla ricostruzione dei testi originali della letteratura classica attraverso l'individuazione delle vicissitudini subite attraverso la loro riproduzione e diffusione: la storia del testo («Textgeschichte») dovrebbe 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, *SDR.* n. 310-313; id., *Giusromanistica elementare* cit. n. 79.

4.5.6. 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*» («codici di leggi»), affinché fossero tenute presenti nella pratica, tutte quelle *leges* che potessero ancora, in tutto o in parte, essere utilmente applicate. Appartengono alla fase di transizione tra il periodo del principato e quello dell'impero assolutistico due collezioni private di *leges*, che ebbero larga fortuna nel mondo giuridico postclassico: il cd. «*Codex Gregorianus*» e il cd. «*Codex Hermogenianus*», che ottennero poi riconoscimento ufficiale da Teodosio II nel 438 d. C.: vi erano contenute solo «*leges speciales*», cioè rescritti e decisioni imperiali relativi a casi singoli (quindi, a rigore, valevoli solo per quei casi), ma portati come esempi degni di essere seguiti in fattispecie simili o analoghe. Carattere ufficiale ebbe invece il «*Codex Theodosianus*» voluto da Teodosio II. Esso fu pubblicato in Oriente il 15 febbraio 438 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*».

4.5.6. Sulle elaborazioni pregiustinianee di *leges* e sui loro precedenti classici: Guarino, SDR, n. 261-264. — 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. Essa 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 dioclezianei degli anni 294-295 d. C. — 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* (v. n. 4.5.7). 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. — 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 come *Novellae Theodosiani* (NovTh.) (cioè *novellae constitutiones*).

4.5.7. Un posto a sé, nel quadro delle fonti giuridiche postclassiche, meritano le cd. «*leges Romanae barbarorum*» («leggi romano-barbariche»), cioè alcune modeste compilazioni di scritti giurisprudenziali e di leges imperiali pubblicate dai re germanici di Occidente sullo scorcio del sec. V d. C. Lo scopo di queste compilazioni fu vario. Alcune furono operate per enucleare quelle regole del diritto romano che i re barbari volevano si applicassero anche alle loro popolazioni, quanto meno nei rapporti con l'elemento romano: altre furono messe insieme per riassumere e sintetizzare i 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 si applicasse anche ai sudditi romani.

4.5.8. Un quadro completo dei resti dell'attività giurisprudenziale postclassica, di cui disponiamo al giorno d'oggi, si ri-

---

4.5.7. 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 domini si estendevano su buona parte della Gallia occidentale e della Spagna. — 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. Va avvertito, a scanso di equivoci, che Teodorico ostrogoto (così come il suo omonimo visigoto) in varie fonti viene indicato come *Theodericus*. — 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*). — 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 coesistè 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.

4.5.8. Sui resti della giurisprudenza postclassica: Guarino, *SDR*. n. 266-270. Per il testo critico, cfr. *FIRA*. 2 (*Auctores*) (ivi altre indicazioni bisolverebbe 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: *a)* un primo gruppo è costituito da opere strettamente limitate alla rielaborazione più o meno vasta ed approfondita di scritti giurisprudenziali classici (i cd. «*iura*» del linguaggio usuale scientifico); *b)* un secondo gruppo è costituito da compilazioni ad impianto più esteso, in quanto miste di *iura* e di *leges*. Tra le raccolte di *iura* possono ricordarsi: i «*Tituli ex corpore Ulpiani*», le «*Pauli Sententiae*», l'«*Epitome Gai*», i «*Fragmenta Augustodunensia*», gli «*Scholia Sinaitica*». Tra le raccolte di *iura* e di *leges* emergono: i «*Fragmenta Vaticana*», la «*Collatio*», il «*Liber Syro-Romanus*», il «*De actionibus*», la «*Consultatio*».

---

bibliografiche). — Non va tralasciato di dire che, in un certo senso, andrebbero annoverate tra i resti dell'attività giurisprudenziale postclassica anche le *Gai Institutiones* (retro n. 4.5), 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. — I cd. *Tituli ex corpore Ulpiani* (o «*Ulpiani liber singularis regularum*») (Tit. Ulp., Ulp. reg., o Ulp.) tramandati 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 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 (285-304), 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 1898. — Gli *Scholia Sinaitica* (Sch. Sin.), trasmessici da un papiro del Monastero del monte Sinai, sono un commento frammentario 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 compi-

4.5.9. Giustiniano I (527-565 d. C.) cercò di riattivare 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 ristretto di anni soprattutto per merito di un collaboratore validissimo di Giustiniano: il suo *quaestor sacri palatii* (e per alcuni anni *magister officiorum*) Triboniano.

---

lazione 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: *de empto et vendito*, *de usufructu*, *de re uxoria ac dotibus*, *de excusatione*, 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 sconosciuto 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 IV secolo. — 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 iurisconsulti* (Consult.) è un'opera di minimo valore culturale, che fu compilata probabilmente in Gallia verso la fine del V o addirittura nel VI sec. d. C. e che ci torna utile per le costituzioni tratte dai codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, nonché per parecchi squarci tratti dalle *Sententiae* di Paolo.

4.5.9. Sulla *compilazione giustinianea*: Guarino, SDR. n. 271-275. — Poco dopo l'ascesa al potere, Giustiniano dispose nel 528 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). Il *Codex Iustinianus* del 529 non è pervenuto sino a noi, perché fu rifuso, dopo solo quattro anni, nel *Codex repetitae praelectionis*. — Le *Quinquaginta decisiones* preparatorie del *Digesto* sarebbero state una raccolta di costituzioni 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*.

4.5.10. Esauriti i lavori preparatori, Giustiniano pubblicò, il 15 dicembre 530, la costituzione «*Deo auctore*», con cui diede appunto incarico a Triboniano di scegliersi dei collaboratori per procedere ad una grande compilazione di *iura*, condotta secondo l'ordine dei *digesta* (raccolte di casi) 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. 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 fu già in grado di pubblicare l'opera, mediante la costituzione bilingue «*Tanta* - Δέδωκεν», indirizzata *ad senatum et omnes populos*. I «*Digesta*» si compongono di 50 libri di varia ampiezza, ciascuno diviso in due o più titoli (salvi 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 intestazione (*inscriptio*) indicante il nome dell'autore, dell'opera ed eventualmente del *liber* di provenienza.

4.5.10. Sui Digesta (D.): Guarino, *SDR.* n. 274-279. — Nella *const.* «*Deo auctore*» 4-5 Giustiniano enuncia, tra l'altro, contenuto, fine, piano dell'opera. 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* n. 3.1.5). Quanto alle opere messe a contribuzione, Giustiniano si vanta di averne utilizzato per un totale di duemila *libri*, ma in realtà i *libri* delle opere escerpite non superano di molto i millecinquecento. — Giustiniano, nella costituzione *Tanta* - Δέδωκεν fissò sette parti dei Digesta, 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 principi generali sul diritto e sulla giurisdizione; *b*) *pars de iudiciis* (libri 5-11): dottrina generale delle azioni e protezione giudiziaria della proprietà e degli altri diritti reali; *c*) *pars de rebus* (libri 12-19): obbligazioni e contratti; *d*) *umbilicus* (libri 20-27): altri istituti della materia delle obbligazioni e rapporti giuridici di famiglia; *e*) *de testamentis* (libri 28-36): eredità, legati e fedecommessi; *f*) parte senza nome (libri 37-44): eredità pretoria e molteplici istituti eterogenei, relativi ai diritti reali, al processo, 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*»).

4.5.11. 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 anche 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*» (alla gioventù vogliosa di conoscenza del diritto). Anche ad essa venne conferita forza di legge alla pari dei *Digesta*, unitamente ai quali le *Institutiones* entrarono in vigore il 30 dicembre 533.

4.5.12. Il notevole numero di costituzioni innovative emanate a partire dal 530 d. C. rese peraltro opportuna una riedizione ed un perfezionamento del *Codex Iustinianus* di *leges* compilato nel 529. 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*» (codice di lettura rifatta, codice riveduto), 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 nota iniziale [*praescriptio*] relativa al nome dell'imperatore e del destinatario della costituzione, e con una nota finale [*subscriptio*] relativa alla data di emanazione dell'atto).

4.5.13. L'attività legislativa di Giustiniano non si chiuse con la compilazione del *Codex repetitae praelectionis*, ma continuò

4.5.11. Benché i vari titoli, in cui ogni *liber* delle *Institutiones* (I.) si ripartisce, formino un discorso unitario, l'opera è frutto di compilazione: furono utilizzati, infatti, passi estratti dalle *Institutiones* di Gaio, dalle *Res cottidianae* dello pseudo Gaio e da varie altre opere, nonché da costituzioni imperiali. Il manuale consta di quattro libri, sul modello delle Istituzioni di Gaio. Il primo libro tratta delle persone; 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 criminale.

4.5.12. Circa il *Codex repetitae praelectionis* (C.I.), è da notare che la costituzione più antica del codice è di Adriano (C.I. 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 criminale; libri X-XII: diritto pubblico.

4.5.13. *Le Novellae* (Novl.) ci sono pervenute per mezzo di tre collezioni: *a*) l'*Epitome Iuliani*, comprendente 122 costituzioni in lingua latina, attribuita ad 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.

4.5.14. Giustiniano fece severo divieto di commenti ai *Digesta* 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, sfidando la pena severissima (al limite, sino alla morte) comminata per il crimine di falso ideologico (*crimen falsi*) minacciata dall'imperatore, la giurisprudenza bizantina non esitò ad aggirare ben presto il divieto: al che fu sospinta 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 redatte parafrasi e sommari in lingua greca, ma furono scritte anche note di commento (παραγραφαί) ed opere monografiche su singoli argomenti (queste ultime a partire dal sec. VII d. C.). Furono poste con ciò le radici di quel diritto, sempre più diversificato dal ceppo dell'autentico diritto romano, che ha avuto vigore per oltre un millennio nei paesi di Oriente (fino alla caduta di Costantinopoli in potere dei Turchi nel 1453) e che va sotto il nome di «diritto bizantino».

---

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.

4.5.14. Sul *crimen falsi*: Guarino, SDR. n. 252. 254. Val la pena di aggiungere che la morte era prevista solo in casi estremi e solo per gli *humiliores*. — Di tutti i lavori scolastici postgiustinianei ci è noto 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: B.), 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. — Sul cd. diritto bizantino: Ferrari dalle Spade, sv. *Diritto bizantino*, in *NNDI.*, con bibliografia essenziale.

4.6. I sistemi giuridici parziali del *ius Romanorum*, cioè gli aggregati di norme implicite o esplicite che ebbero vita nel corso dei quattro periodi della storia del diritto romano, furono, riassumendo, i seguenti: *a*) il *ius Quiritium* originario; *b*) il cd. *ius legitimum vetus*, che lo integrò e corresse; *c*) il cd. *ius civile vetus*, in cui i due primi sistemi confluirono; *d*) il cd. *ius legitimum novum* o *ius publicum* (nel senso peculiare di *ius* introdotto da *leges publicae*), che integrò e corresse il *ius civile vetus*; *e*) il cd. *ius civile novum* (o *ius gentium*), promanato dalla giurisdizione del *praetor peregrinus*, che integrò *ius civile* e *ius publicum*; *f*) il *ius honorarium*, promanato dalla giurisdizione *inter cives* del *praetor urbanus* e degli altri magistrati giusdicenti, che integrò e corresse gli altri sistemi, ponendosi nei loro confronti come un «diritto alternativo»; *g*) il cd. *ius vetus*, nel quale confluirono, a partire dal periodo classico, tutti i sistemi precedenti, suddistinguendosi nel ramo del cd. *ius civile* (*vetus* e *novum*) e nel ramo alternativo del *ius honorarium*; *h*) il cd. *ius novum*, fiorito in età classica e postclassica e dettato precipuamente dalle *constitutiones* innovative (anche dette *leges principales*) dei *principes* e degli *imperatores*.

5. IL «IUS PRIVATUM» DEI ROMANI.

5.1. La concezione del *ius Romanorum* come un complesso di normative (sia pure non tutte esplicite, ma anche

---

4.6. Sui sistemi giuridici v. retro n. 1.6.2. — Dei sistemi giuridici parziali romani analisi più approfondita in: Guarino, *OGR.* passim.

5.1. Sulla dicotomia *ius publicum-ius privatum*: Albanese, *Premesse* (1978) 189 ss.; Giuffrè, *Il «diritto pubbl.» nell'esperienza romana*² (1989); Guarino, *OGR.* n. 91-95. — Parziali ed occasionali sono gli spunti offerti dalle fonti tecniche. Più espliciti e generalizzanti quelli contenuti in talune fonti letterarie, come 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»* [1950], in *PDR.* 4 [1994] 73 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.; Kaser, *«Ius publ.» und «ius priv.»*, in *ZSS.* 103 (1986) 1 ss.; Aricò Anselmo, *«I. publ.» e «i. priv.» in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *AUPA.* 37 (1983) 447 ss.; Stein, *Ulpian and the distinction between «i. publ.» and «i. priv.»*, in *On. Ankum* (1995) 505 ss.; Marotta, *Ulpiano e l'impero* 1 (2000) 183 ss. — La definizione di Ulpiano (1 inst., D. 1.1.1.2) suona esattamente così: *Huius studii* (scil. «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 constitit. privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.* Questo frammento (cui corrisponde quasi alla lettera I. 1.1.4) è stato variamente attaccato dalla critica, ma implicito) coincidente con l'intero ordinamento dello stato fu un traguardo vagamente intravvisto sin dal periodo preclassico, ma mai pienamente e chiaramente raggiunto dall'esperienza giuridica romana. Il punto estremo cui questa pervenne in periodo classico, e più precisamente tra i sec. II e III, fu di ritenere che nell'ambito dell'ordinamento della *civitas* vi fossero due settori di normative (o comunque di principî, di istituzioni, di meccanismi) aventi carattere giuridico: quello del «*ius publicum*» e quello del «*ius privatum*». La distinzione fu esplicitata in una famosa definizione con la quale il giureconsulto Ulpiano dette inizio ad un suo manuale elementare: «lo studio del *ius* può riguardare o il *ius publicum* o il *ius privatum*». Dopo di che il giurista passò a trattare solo di quest'ultimo.

5.2. Il *ius privatum* di Ulpiano (e della giurisprudenza coeva e successiva) altro non era che il complesso delle istituzioni

---

a nostro avviso, essa è genuina anche nella frase «*sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*»: l'imperfetta sistemazione scientifica che vi si rileva dipende dalla scarsa attitudine dei giuristi romani alla concettualizzazione. Possiamo pertanto ritenere che, secondo la definizione ulpianea, il «*ius publicum*» (cioè il *ius populi*, il diritto della comunità statale: «diritto pubblico») è quel ramo dello scibile giuridico che ha per riferimento diretto e immediato l'assetto del *populus Romanus Quiritium*, nella sua organizzazione costituzionale e nel suo funzionamento legislativo, giurisdizionale e amministrativo («*quod ad statum rei Romanae spectat*»), mentre il «*ius privatum*» (cioè il *ius privatorum*, il diritto dei singoli: «diritto privato») è quel ramo dello scibile giuridico che ha per riferimento diretto e immediato il «*privatus*», cioè il singolo individuo, e la tutela dei suoi interessi («*quod ad privatorum utilitatem pertinet*»). Il criterio distintivo tra le due materie di studio è, nel fondo, quello dell'«interesse protetto dall'ordinamento» (l'interesse del *populus* o, rispettivamente, quello del singolo soggetto) e la definizione ulpianea, in effetti, non manca di aggiungere che vi sono cose utili sul piano della collettività e vi sono cose utili dal punto di vista dei privati. — La lingua del diritto privato (ed a maggior ragione del diritto pubblico), dunque il «*sermo iuris Romani*», era ufficialmente la lingua latina, e tale rimase (salvo qualche eccezione concessa espressamente dagli imperatori) sino a tutto il periodo postclassico. Tuttavia, a prescindere dal fatto (non ignoto anche all'età moderna) che la lingua ufficiale variò col procedere dei tempi (sino a rendersi talvolta incomprensibile o quasi anche ai più dotti pratici), ed a prescindere altresì dal fatto che il latino della gente comune fu tutt'altro che quello «letterario» e degradò spesso nei più diversi dialetti, largamente diffusa e tollerata, salvo che nelle formule solenni, fu la lingua greca (di frequente uso negli ambienti romani altolocati e la sola realmente conosciuta nei territori ellenistici di conquista) e qualche indulgenza ricevettero anche altri «*sermones peregrini*» (punici, siriaci, gallici). Largo ricorso si fece, pertanto, anche in sede giudiziaria, ai cd. «*interpretes*» linguistici, di fiducia delle parti o dei giudicanti: traduttori che non di rado mischiavano, almeno in parte, il mestiere ai veri e propri «*interpretes*» giuridici. Sul tema: Wacke, *Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?*, in *ZSS.* 110 (1993) 14 ss.; Manthe, «*Assyrius sermo*» etc., in [illegible] I (1999) 357 ss. V. anche retro n. 5.2.

5.2. Sul concetto di *ius privatum*: Kaser, «*Ius publ.*» - «*ius priv.*», in *SDHI.* 37 (1955) 257 ss., con un'indagine lessicale che lo porta a stabilire l'equazione *ius privatum* = *ius privatorum*. Chi fossero i soggetti del *ius privatum* sarà precisato *infra* n. 15-17, ove risulterà che soggetti del *ius publicum* erano tutti gli uomini liberi e cittadini, soggetti di rapporti giuridici privati erano, tra gli individui liberi e cittadigiuridiche («iura») formatesi intorno al nucleo primigenio del *ius Quiritium* e a titolo di sviluppo di esso. Protagonista («soggetto») dei rapporti di *ius privatum* (il cd. «*privatus*») era, di regola, il *paterfamilias* romano (o, più esattamente, qualunque cittadino romano, anche di sesso femminile, esente da sottoposizione ad altrui *patria potestas*) con tutta la sua sfera di interessi personali ed economici, cioè con tutto il suo *patrimonium*. Integrativa del *ius privatum*, e perciò inclusa in esso, era ritenuta la normativa attinente alla «tutela giuridica» del soggetto privato, sia in quanto concretantesi nell'autotutela sia in quanto riversantesi nel ricorso al processo giurisdizionale: capitolo relativo dunque al «potere di azione», da cui restava fuori soltanto l'organizzazione magistratuale e burocratica predisposta ai fini del processo privato (organizzazione costituente oggetto del *ius publicum*).

5.2.1. Come fonti del *ius privatum* i giuristi romani indicarono (non senza qualche disordine e qualche contraddizione) tut-

---

ai 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*) e tanto meno i soggetti «immateriali», 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 Fest. sv. «*privos*» (L. 252): *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, però, si vuol dire che le regole sulla *testamenti factio* sono «*ius publicum, quod privatorum pactis mutari non potest*» [*infra* n. 5.3.1], ma la volontà privata viene qualificata «*ius privatum*»). «*Lex privata*» si incontra solo in Ulp. D. 3.4.13 pr. (testo sospettato di alterazione). Ampiamente sul tema: Kaser, *Der Privatrechtsakt in der röm. Rechtsquellenlehre*, in *St. Wieacker* (1978) 90 ss.

5.2.1. Dei sistemi giuridici romani quadro riassuntivo retro n. 4.6. — Particolarmente significativo è il catalogo gaiano delle fonti del ius privatum, così come esposto in Gai 1.2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.* 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: Albanese, *D. 1.2.2.12 e il problema della sua attribuzione*, in *St. Pugliatti* 4 (1978) 3 ss. Tornando a Gaio, va aggiunto che il catalogo di *inst.* 1.2 è sviluppato analiticamente nei successivi paragrafi 3-7 e che da tutto il relativo discorso emergono le seguenti particolarità: *a*) la *lex publica* (cui viene equiparato il *plebiscitum*) è la fonte di diritto fondamentale e su ogni altra prevalente; *b*) i senatoconsulti e le costituzioni imperiali «*legis vicem optinent*», cioè fanno le veci di una legge, quando la legge non vi sia (ma non possono surrogare una legge vigente?); *c*) gli editti giurisdizionali sono solo [illegible] «*praecepta*» (indicazioni, esortazioni, prescrizioni) privi di forza di legge (tanto vero, che non possono creare nuove figure di *heredes*: cfr. 3.32); *d*) i *responsa prudentium* rilevanti sono solo quelli emanati dai giuristi dotati di *ius publice respondendi*, ed in tanto *legis vicem optinent*, in quanto siano conformi tra loro (tutti quelli del passato e del presente o solo quelli concretamente presentati al giudice?). Si noti infine che la formulazione del paragrafo 2 non è nel senso che le leggi e via dicendo siano fonti di produzione del diritto, ma è nel li i sistemi normativi che già abbiamo incontrati nel corso storico del diritto romano, dai *mores maiorum* del *ius Quiritium* (solitamente testimoniati in modo attendibile dai *responsa* dei giuristi) alle *constitutiones principum* del *ius novum*, aggiungendovi l'«*inveterata consuetudo*», di cui tracceremo brevemente la storia quando parleremo di *ius ex non scripto*. Del «*ius publicum*» avente a protagonista il *populus Romanus Quiritium* (nelle sue assemblee, nelle sue magistrature, nei suoi sacerdozi, in tutta la sua struttura costituzionale e amministrativa), non è azzardato dire che invece essi ebbero, salvo che per taluni limitati settori (come quello dei riti sacri, degli ordini sacerdotali, delle cariche magistratuali, della repressione criminale e delle procedure relative), una concezione genericamente «istituzionistica», di ordinamento non concretantesi tutto in specifiche «normative».

5.2.2. La concezione del *ius publicum* come diritto relativo allo «*status rei Romanae*», alla materia delle strutture statali ro-

---

stesso che da questi documenti scritti («*acta*») risultano («*constant*») i «*iura populi Romani*», cioè le istituzioni giuridiche del popolo romano. Ciò posto, è vero che tra le fonti giuridiche non sono menzionati i *mores maiorum* e nemmeno la *inveterata consuetudo*, ma bisogna tener presente che delle consuetudini parlavano ampiamente i *responsa prudentium* e gli scritti giurisprudenziali in genere, sicché Gaio, pur se non le indica esplicitamente, vi fa in qualche modo riferimento implicito. Sul catalogo gaiano: Guarino, SDR. n. 307; id., *La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza rom.* (1956), in *PDR.* 1 (1993) 212 ss.; Amirante, *La legge paradigma per una teoria degli «iura pop. Rom.»*, in *St. di storia cost. rom.*² (1991) 119 ss.; Giodice Sabbatelli, *Gli «iura pop. R.» nelle Ist. di Gaio* (1996). — Sulla inveterata consuetudo: *infra* n. 5.7.1. — L'elenco ulpianeo delle materie di *ius publicum* trova giustificazione e rispondenza nella trattatistica degli scritti dedicati specificamente al *ius publicum* dalla giurisprudenza preclassica e classica. L'interesse dei giuristi preclassici alle magistrature ed alle loro funzioni fu probabilmente molto limitato (sui *magistratuum libri* scrisse C. Sempronio Tuditano, *de potestatibus libri* scrisse M. Giunio Graccano, del *senatus* si occupò Q. Elio Tuberone: v. inoltre Bremer 1.1.530). Tuttavia assai intenso fu lo studio dedicato al *sacrum* 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 (cfr. Heuss, *Zur Thematik republikanischer «Staatsrechtslehre»*, in *St. Wieacker* [1978] 71 ss.). Nel corso del sec. I d. C. l'interesse per il «*ius sacrum*», e più in generale per il «*ius pontificium*», decadde notevolmente (v. Bremer 2.1 36 s.), mentre si estese quello per gli «*officia*» delle magistrature repubblicane e dei funzionari imperiali, per i «*iudicia publica*» in materia criminale, per il diritto speciale dei militari (*res militaris*). — Sul *ius sacrum*, più ampiamente: *infra* n. 13.2. — Sulla concezione istituzionistica del diritto: *retro* n. 1.4. — Sulla particolare condizione delle *civitates*, che, diversamente dal *populus Romanus*, potevano essere soggetti di *ius privatum*: *infra* n. 17.2.1.

5.2.1. Sulla nozione di *ius publicum* come diritto promanante dal popolo, e cioè dalle *leges publicae* e dai provvedimenti equiparati v. *retro* n. 4.3.4, nonché: Serrao, sv. *Legge* (*d. rom.*), in *ED*. La conciliazione di questa nozione con quella ulpianea o con quella di «diritto cogente» (di cui *infra* n. 5.3.1) non può certo avvenire sul piano logico (perché si tratta di tre concetti ben distinti), ma solo sul piano storico: tutto sta a vedere quando il processo si sia concluso. Secondo noi la definizione ulpianea, genuina, rappresenta il punto finale (classico) mane, non va confusa con l'omonima del «*ius publicum*» come diritto promanante dalle *leges publicae*, come «*ius legibus publicis conditum*», insomma come *ius legitimum novum*: nozione che già abbiamo incontrato in precedenza e che era anch'essa 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 era l'«oggetto» del regolamento stesso (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 attenesse 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 repubblica si decideva ad intromettersi legislativamente nella disciplina dei rapporti dei privati.

3.3. I rapporti tra *ius privatum* e *ius publicum* furono caratterizzati dalla prevalenza del secondo sul primo, per

---

di una evoluzione iniziatasi in età preclassica. Probabilmente, i Romani cominciarono col denominare *ius publicum* i regolamenti posti da *leges publicae* o 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 (v. *retro* nt. 3.1). 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 or.* 1.46.201) è anche l'autore che ha definito «*publica iura*» quelli che «*sunt propria civitatis atque imperii*».

3.3. La massima per cui *salus publica suprema lex esto* è formulata da Cic. *de leg.* 3.8. Riguardando ad essa Francesco Bacone (*De dignit. et augmentis scientiarum* [1623] 8.3) scrisse: «*ius privatum sub tutela iuris publici latet*». — 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, 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 il *ius civile vetus* non potesse essere toccato e modificato da *leges publicae*. A nostro avviso la tesi della 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* l'ovvio motivo che l'interesse della collettività deve stare al di sopra di tutto («*salus publica suprema lex*»). Non era quindi pensabile che i privati potessero interferire con la loro volontà nei regolamenti pubblicistici, per modificarli o abrogarli, mentre era invece scontato che la volontà pubblica, debitamente espressa in validi provvedimenti normativi o ordinativi (*leges publicae, edicta* e *decreta magistratuum, constitutiones principum* ecc.), potesse interferire nei regolamenti privatistici.

5.3.1. Ma di un «*ius publicum*» inderogabile dai privati si parlò dai Romani, per naturale estensione del concetto, anche in un altro senso, diverso sia da quello di *ius publicum* come regolamento della materia pubblicistica, sia da quello di *ius publicum* nel senso di diritto posto dalle leggi pubbliche. Se ne parlò anche (purtroppo senza curarsi di cercare una denominazione diversa) nel senso di «diritto cogente o inderogabile» in ordine a quei regolamenti del *ius privatum* che, per ragioni di preminente interesse pubblico, non tollerassero la loro modificazione da parte della volontà privata.

5.4. Una fondamentale suddistinzione delle normative privatistiche (e in qualche misura anche di quelle pub-

---

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. Sul punto: Guarino, *OGR.* 397 ss.

5.3.1. Sul «*ius publicum*» come diritto privato cogente (cioè non derogabile dai privati): Nocera, «*Ius publicum*» (*D.* 2.14.38) etc. (1946) passim (che esamina tutti i passi, a cominciare da D. 2.14.38, ove appunto si legge: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*); Honsell, *Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klass. röm. R.*, in *ZSS.* 95 (1978) 93 ss. Probabilmente fu il fatto certo ed incontestabile che la volontà privata non potesse interferire nelle materie di *ius publicum* ad indurre i Romani a definire estensivamente come *ius publicum* anche quelle norme del loro diritto privato che fossero del pari sottratte ad interferenze della privata volontà: il che non contribuisce a ridurre gli equivoci che possono essere implicati dalla terminologia delle fonti. — Sul diritto cogente: retro n. 1.7.1.

5.4. Sulla tricotomia ius civile-gentium-naturale: Voigt, *Das «ius naturale» aequum et bonum und «ius gentium» der Römer* (4 voll., 1856-75); Lombardi, *Ricerche in tema di «ius gent.»* (1946); id., *Sul concetto di «i. g.»* (1947); Waldstein, *Bemerkungen zum «ius nat.» bei den klassischen Juristen*, in *ZSS.* 105 (1988) 702 ss.; id., *«I. n.» im nachklassischen röm. R. und bei Justinian*, in *ZSS.* 111 (1994) 1 ss.; Kaser, *«Ius gent.»* (1993), con bibl. Il nostro punto di vista in: Guarino, *OGR.* 90-93; id., *Il prestigioso «i. g.»*, in *PDR.* 4 (1994) 190 ss. — La tricotomia viene presentata come ripartizione del *ius privatum*, e di esso soltanto, da Ulpiano (D. 1.1.1.2, conforme I. 1.1.4) a conclusione della distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum* (v. retro n. 5.3) e con le parole: «*privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*». Questa limitazione dipende dal fatto che le norme e le istituzioni di *ius publicum* erano per loro natura esclusive del *populus Romanus Quiritium*. Prima di Ulpiano, anche Gaio alluse alla tricotomia, ma ovviamente non la presentò nel quadro del *ius privatum*, pur essendo implicito, dato che le *institutiones* si riferivano alla materia privatistica, che essa non aveva nulla a che fare con il *ius publicum*. — Le radici blicistiche) fu operata dalla giurisprudenza classica su basi sociologiche: a seconda che esse fossero espressione caratteristica ed esclusiva della società politica romana, o fossero invece espressione di «esigenze comuni a tutti i popoli civili», o fossero addirittura espressione di «esigenze elementari di tutti gli esseri animati». Nel primo caso si parlò di «*ius civile*», dando a questa locuzione il senso di «diritto della *civitas* romana»; negli altri casi si parlò di «*ius gentium*» oppure di «*ius naturale*». Lo scopo della classificazione fu duplice: da un lato si intese spiegare la diversa sfera di efficacia delle normative privatistiche quanto ai soggetti cui esse si applicavano (i soli cittadini, oppure tutti i popoli civili, oppure tutti gli esseri umani viventi); dall'altro, si intese graduare il valore di quelle normative quanto alla possibilità di modificarle (immodificabili o più difficilmente modificabili le normative super-romane, più facilmente modificabili quelle romane). Man mano che l'importanza della distinzione tra cittadini e stranieri, sopra tutto a séguito del grandissimo estendimento della cittadinanza operato dalla *constitutio Antoniniana* del 212 d. C., andò riducendosi, la seconda finalità prevalse sulla prima, dando luogo a formulazioni astrattizzanti che in verità non sempre brillano per lucidità e coerenza; e a questo proposito bisogna nettamente distinguere tra due impostazioni dottrinarie: la dicotomia (bipartizione) gaiana; la tricotomia (tripartizione) ulpiano-giustinianea delle normative privatistiche.

5.4.1. La «dicotomia gaiana», formulata da Gaio nelle sue *institutiones*, parte dal presupposto che il diritto sia proprio dei

---

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 nettamente *ius gentium* da *ius naturale* (cfr. comunque: Cic. *de 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 debet*; Cic. *harusp. resp.* 14.32: *Hoc si minus civili iure perscriptum est, lege tamen naturae communi iure gentium sanctum est*). — Mancano i riferimenti al *ius gentium* 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* n. 5.5.1) e forse in Pomp. D. 1.1.2, in cui però si avverte l'intervento dei compilatori (o comunque di glossatori postclassici). — Sulla constitutio Antoniniana: *retro* n. 4.4.1 e *infra* n. 15.5.

5.4.1. 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. populus itaque Romanus partim* soli esseri umani, anzi delle sole società politiche («*populi*»), e distingue due tipi di normative giuridiche: *a*) quelle caratteristiche di ogni singolo *populus*, costituenti il «*ius civile*», il diritto nazionale proprio ed esclusivo di ciascuno di essi; *b*) quelle dettate a tutti i popoli civili da una sorta di «concezione innata» («*naturalis ratio*»), costituenti il «*ius gentium*» (diritto di tutte le *gentes*, di tutti i popoli civili) da ciascuno di essi popoli uniformemente formulato. 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 speciali ragioni di deroga, doveva essere tradotto da tutti i popoli in diritto vigente o doveva, al limite, trovare diretta e immediata applicazione presso tutti i popoli, senza limitazione (ecco il punto) ai soli cittadini.

5.4.2. La «tricotomia ulpiano-giustinianea», formulata da Ulpiano e accolta da Giustiniano, ricalcò in buona sostanza la

---

suo proprio partim communi omnium hominum iure utitur. In considerazione della «*naturalis ratio*», della «naturalità» (rispondenza all'ordine naturale) ad essa sottostante, il giurista fu portato a denominare talvolta il *ius gentium* anche come «*ius naturale*» («diritto naturale»), ma non sempre seppe applicare le nozioni e le terminologie da lui stesso proposte con la necessaria puntualità, sicché, talvolta qualificò di *ius gentium* anche taluni istituti civilistici, cioè propri della civiltà romana, per il solo fatto che erano stati resi applicabili dai Romani anche ai *peregrini*; talaltra fece richiamo al *ius naturale*, alla *natura*, anche per sottolineare il fatto che certi istituti del *ius civile* romano erano stati suggeriti da ovvie esigenze della natura umana, o, al contrario, per segnalare che certi istituti riconosciuti di fatto («*naturaliter*»), cioè sul piano meramente sociale, non avevano tuttavia rilevanza giuridica. Sul tema: Wagner, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius etc.* (1978). — 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, apparet, 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 rell.* Cfr. anche Gai 2.73. — Per l'uso improprio di «*ius naturale*» per il richiamo alla natura cfr. Gai 1.156 (*At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati*), 1.158 (*... civilis 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: Stein, *The development of the notion of «nat. r.»*, in *St. Daube* (1974) 305 ss.; Archi, «*Lex*» *e* «*natura*» *nelle Ist. di Gaio*, in *St. Flume* 1 (1978) 3 ss.

5.4.2. La tricotomia ulpianea, formulata in Ulp. 1 *inst.*, si legge in D. 1.1.1.3, 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 atque 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* dicotomia gaiana, ma con l'artificiosa aggiunta di una terza categoria chiaramente influenzata da dottrine filosofiche e, in età postclassica, chiaramente sostenuta anche dalle visuali della religione cristiana. Il *tertium genus* fu costituito dal «*ius naturale*» in senso stretto, inteso cioè come il complesso dei precetti di convivenza dettati dalla natura non soltanto agli uomini di ogni paese (come già diceva Gaio), ma a tutti gli esseri animali, ivi compresi gli animali subumani: precetti di particolare autorevolezza e stabilità, che costituivano (stando ad una formulazione attribuita a Paolo) «ciò che è giusto in ogni caso» («*quod semper aequum ac bonum est*»). Per effetto di che svanì il presupposto che di diritto si potesse parlare solo relativamente alle società politiche e fossero ad essere qualificati come istituti giuridici (di «*ius naturale*») anche gli istituti cui precedentemente fosse stata riconosciuta una rilevanza puramente sociale, di mero fatto (cioè «*naturaliter*»).

5.5. A titolo di maggior chiarimento di quanto sopra detto, può specificarsi che nel *ius (privatum) civile* si ravvisò, a

---

est civile efficimus. In I. 1.2 pr.-2 i compilatori giustinianei 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*). La tesi però non convince. È fuor di dubbio che il dettato originario abbia subito manipolazioni postclassiche, ma la struttura del ragionamento ulpianeo (che stabilisce una graduazione gerarchica 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 quaque civitate utile est*): dicotomia dunque, ma con un concetto ambiguo del *ius naturale* (il quale potrebbe abbracciare in sé tanto il *ius gentium* quanto il *ius naturale* di Ulpiano). Da altri frammenti risulta comunque che Paolo adottava la dicotomia gaiana, anche se preferiva talvolta denominare «*ius naturale*» il *ius gentium*. Forse il passo, pur riflettendo la sostanza della dicotomia gaiana, è il frutto di una parafrasi postclassica. — Postilla. *L'«analisi etologica» dei comportamenti animali (sia degli uomini sia degli animali subumani) costituisce un ritorno moderno alla concezione ulpianeo-giustinianea del ius naturale, inducendo qualche giurista dei giorni d'oggi a parlare, sia pure con molta prudenza, di un «diritto muto» (non tradotto in linguaggio articolato) che è alla radice del diritto «civile» di cui abitualmente facciamo uso.*

5.5. *Ius civile* in senso sistematico 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*». In generale: Palma, «*Civile, incivile, civiliter, inciviliter*» ecc., in *Index* 12 (1983-84) 257 ss. — A prescindere dal fatto che col termine di *ius civile* fu denominato anche il *ius civile novum*, è opportuno ricordare che partire dalla fase adrianea del periodo classico (sec. II d. C.), l'insieme dei principî privatistici costituenti il «*ius proprium populi Romani*», cioè l'insieme delle normative privatistiche caratterizzanti il solo ordinamento giuridico romano. Di regola le normative del *ius civile* erano applicabili ai soli *cives Romani*, ma poteva darsi che fossero eccezionalmente estese ai *peregrini* e cioè sottoposte al regime proprio delle normative del *ius gentium*: nel qual caso furono anche denominate impropriamente come precetti di *ius gentium*.

3.5.1. Ancora a titolo di maggior chiarimento, può precisarsi che per «*ius* (*privatum*) *gentium vel naturale*» si intese, sempre

---

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 Iav. D. 50.17.202 (*Omnis definitio in iure civili periculosa est* rell.) e 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. 4.5.2), a differenziare il *ius civile «vetus»* dal *ius civile «novum»*. Ci sfuggono tuttavia i motivi per cui la dottrina romanistica dominante, pur quando avverte esplicitamente l'ambiguità del termine (particolarmente lucido al riguardo è Albanese, *Premesse* cit. 137 s., 141 ss.), non prende in considerazione la nostra proposta di designare come «*ius civile novum*» (o in modi analoghi) il *ius gentium* avente radici romane.

3.5.1. Sul *ius gentium* (*vel naturale*) v., oltre alla letteratura già citata: Maschi, *Istituti accessibili agli stranieri e «i. g.»* in *I.* 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 or.* 1.39.176; Gai 3.17; Ulp. Coll. 16.4.2). — Nel senso di diritto comune a tutti i popoli, «*ius gentium*» designa anche, nelle fonti, il cd. diritto internazionale (pubblico), questo meno con riguardo ai principi consuetudinari dei rapporti internazionali. Il riferimento è chiarissimo in Pomp. D. 50.7.18 (17): *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*. Sul punto: Ziegler, «*Ius g.» als Völkerrecht in der Spätantike*, in *St. Ankum* (1995) 677 ss. A nostro avviso, questo concetto «positivo» di *ius gentium* (che non è frequente incontrare nelle fonti giuridiche unicamente perché i giuristi erano di solito 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 e v. *infra* n. 79. 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 rom. di «i. g.»*, in *AUBA.* 4 (1943) 307 ss.; nel secondo senso, Solazzi, *Due note alle Ist. 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 (inavvertitamente), forse in parte giustificato dal fatto che la *stipulatio iuris gentium* ebbe una sorta di formazione autonoma nella prassi del commercio internazionale. — Altro modo per far partecipare i *peregrini* alla vita del diritto romano era quello della *fictio civitatis* nel processo formulare: il *iudicium* (concesso davanti al *praetor urbanus*) invitava il *iudex privatus* a giudicare nei confronti di un peregrino, facendosi finta che si trattasse di un *civis Romanus*: cfr. Gai 4.37. Questo espediente (sul a partire dalla fase adrianea del periodo classico, l'insieme delle normative privatistiche costituenti diritto comune degli esseri umani (*«ius commune omnium hominum»*) in quanto dettate a tutti i popoli civili da una conforme logica naturale (*«naturalis ratio»*), cioè da identiche esigenze di regolare in certi modi la loro interna convivenza. Poteva trattarsi tanto di normative recepite dal diritto privato romano (e quindi tradotte in discipline romane), quanto di normative non accolte esplicitamente nel suo

---

quale v. *infra* n. 9.8.2) fu evidentemente escogitato in epoca anteriore alla creazione del *praetor peregrinus* e in ordine a certi casi eccezionali, in cui al *praetor urbanus* doveva sembrare equo ammettere eccezionalmente 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 (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 datum*) era assai raro, 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 avvalersi 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) 263 ss.; Wolff, *Das Problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike* (1979); Hamza, *Comparative law and Antiquity* (1991) 144 ss.; Biscardi, *Gai 3.134 e il dir. internaz. priv.*, in *St. Hernandez-Tejero* 2 (1994) 75 ss.; Capogrossi Colognesi, *«Ius commercii», «Conubium», «Civitas sine suffragio» etc.*, in *La strada del potere* (1994) 3 ss. A nostro avviso (v. *amplius*, con rassegna degli altrui punti di vista, Guarino, in *Labeo* 7 [1961] 266 ss.), salvo che in qualche caso sporadico, i Romani non sentivano il bisogno 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 1.77, 3.120, Ulp. 20.14 e 22.2, Dosith. 12) sono troppo avare di indizi sicuri (in tal senso anche: Schwind, *Internationales Privatrecht und röm. R.*, in *Labeo* 11 [1965] 311 ss.; in senso contrario: Sturm, *Unerkannte Zeugnisse des röm. Kollisionsrechts*, in *St. Schwind* [1978] 323 ss. e in scritti successivi, cui aderisce Winkel, *La vente entre les droits grec et romain*, in *St. Ankum* [1995] 633 ss.). L'argomento invocato 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 materie di diritto cogente, sicché è difficile ammettere che esse potessero essere regolate validamente secondo le norme di un diritto straniero. Fino a prova 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.: *syngraphae* e *chirographa*, *infra* n. 73.4; *fenus nauticum*, n. 74.5; cd. *lex Rhodia de iactu*, n. 79.8). Comunque, anche l'influenza dei diritti stranieri (in specie, orientali) su quello romano fu molto limitata: v. Volterra, *Dir. rom. e diritti orientali* (1937), con bibl. — Peraltro. *Gli ordinamenti giuridici moderni, pur tendendo in astratto ad un (lontano e improbabile) avvenire di «unificazione» europea (o addirittura mondiale) del diritto privato (v. retro n. 6.3), non mancano di aver ciascuno un più o meno articolato sistema di «diritto internazionale privato» applicabile agli stranieri, agli apolidi e ai soggetti con doppia o plurima cittadinanza, nonché ai provvedimenti stranieri di governo (giudiziari e non). Nel diritto italiano vigente la materia era regolata dagli art. 17-31 prel., nonché da alcuni altri articoli del cc. e del cpc., i quali sono stati sostituiti dalla l. 31 maggio 1995 n. 218.*

seno dal diritto positivo romano, ma da esso peraltro non contraddette attraverso l'istituzione di normative diverse. Dato comune ed essenziale a tutti i principi del *ius gentium* era l'applicabilità loro non solo ai Romani, ma anche ai *peregrini* (questi ultimi, logicamente, se ed in quanto attori o convenuti davanti al tribunale del *praetor peregrinus*): appunto perciò gli istituti propriamente civilistici, che fossero stati estesi anche agli stranieri, furono talvolta qualificati *iuris gentium* e i giuristi romani denominarono spesso e volentieri come *ius gentium* il *ius civile novum*. Caso tipico di istituto civilistico qualificato impropriamente *iuris gentium* fu quello della cd. «*stipulatio iuris gentium*», la quale era accessibile agli stranieri purché fosse contratta senza l'uso del verbo «*spondēre*», ma con l'uso di verbi equivalenti.

5.5.2. Le precisazioni dianzi fatte permettono di aggiungere che per «*ius* (*privatum*) *naturale*», se ed in quanto distinto dal *ius gentium*, si intese infine, a partire presumibilmente da Ulpiano o comunque dall'età dei Severi, l'insieme delle normative privatistiche corrispondenti ad esigenze primarie, naturalistiche e perenni di tutti gli esseri animati. Questa visione 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 acquisiò dignità preminente sopra tutto 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», di un complesso di istituzioni introdotte in certo qual modo dalla divina provvidenza ed appunto perciò stabili e immodificabili per l'eternità (*naturalia iura* che «*divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent*»). Derogare all'ordinamento supremo del *ius naturale* non era lecito, negli orientamenti postclassici, né al *ius civile*, né al *ius gentium*; tuttavia, ove eccezionalmente la deroga

---

5.5.2. Sul ius naturale, oltre alla letteratura già citata, v.: Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* (1937); Nocera, *«Ius nat.» nella esperienza giuridica rom.* (1962). — Le fonti giuridiche 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, 1.1.6 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, 37.4.8.7, 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. 3.5.24, 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.

si verificasse, si ammetteva, tutto sommato, che fosse dovuta obbedienza al precetto derogatorio e non alla regola di *ius naturale*.

5.6. Collegata alla tarda nozione del *ius naturale* è la distinzione tra *ius strictum* e *ius aequum* («stretto diritto» e «diritto equo»). La distinzione fu operata essenzialmente sulla base di valutazioni filosofico-morali: talvolta per differenziare dalle normative informate a criteri di contingente opportunità (a esigenze, come suol dirsi, di «politica normativa») quelle ispirate a criteri superiori di giustizia (cioè di «*aequitas*», di «*bonum et aequum*», di «*iustitia*»); talaltra per differenziare dalle applicazioni troppo rigorose e inflessibili del diritto vigente (le cd. applicazioni «di stretto diritto», di «*summum ius*») quelle più elastiche, più comprensive delle esigenze sociali, eventualmente anche derogatorie, sempre per motivi altamente apprezzabili, delle normative in vigore. Nel primo caso ci troviamo sicuramente dinanzi ad una distinzione scolastica di pretta marca postclassica; nel secondo caso ci troviamo invece, molto probabilmente, di fronte ad una accentuazione astrattizzante palesemente cara alla giurisprudenza tardo-classica, ma che proviene da radici più concrete e più lontane, cioè dalle concezioni che indussero giuristi e magistrati giusdicenti, tra il sec. II a. C. e la fine del sec. I d. C., ad adeguare il rigido e antiquato *ius civile* alle più moderne istanze sociali. Di certo, solo nella fase adrianea del periodo classico (sec. II d. C.) la giurisprudenza romana, aderendo alla concezione filosofica dell'«*aequitas*» come giustizia, discettò talvolta di

---

5.6. Sul tema della aequitas e sui temi che da esso prendono avvio: Guarino, sv. *Equità (d. rom.)*, in *NNDI.* (= *PDR.* 4 [1994] 198 ss.); Maschi, *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel dir. rom.*, in *St. Betti* 3 (1962) 433 ss.; Id., *Filosofia del diritto e dir. positivo ecc.*, in *St. Donatuti* 2 (1973) 709 ss.; Nörr, «*Divisio*» *und* «*partitio*» *ecc.* (1972) *passim*; Biscardi, *Riflessioni minime sul concetto di «aequitas»*, in *St. Donatuti* 1 (1973) 137 ss.; Vacca, *Considerazioni sull'«aequitas» ecc.*, in *St. D'Amelio* 1 (1978) 397 ss.; Talamanca, *L'«aeq. naturalis» ecc.*, in *BIDR.* 96-97 (1993-94) 1 ss. Con riferimento anche ai rapporti di diritto pubblico: Pinna Parpaglia, «*Aequitas in libera republica*» (1973); Watson, *Law making in the later Roman Republic* (1974) 173 ss. — Sulla aequitas magistratus, che presiedeva alla formazione degli istituti di *ius honorarium*: retro n. 4.3.6. — Sulla concezione filosofica di aequitas (come *bonum et aequum* o *iustitia*) cfr.: Cic. *de inv.* 2.53.160: *Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*; D. 1.1.10 pr. - 1 (Ulp. 1 *reg.*): *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*; D. 1.1.1 pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Est autem* [*ius*] *a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*. Sul tema: Guarino, *OGR.* n. 2; Waldstein, *Zu Ulpians Definition der Gerechtigkeit*, in *St. Flume* 1 (1978) 213 ss.; id., *Ist das «suum cuique» eine Leerformel?*, in *SDHI.* 61 (1995) 179 ss.; Manthe, *Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes*, in *ZSS.* 113 (1996) 1 ss. e 114 (1997) 1 ss. — Sulla contrapposizione del summum ius all'*aequitas*: *infra* n. 21.4 e Waldstein, «*Aequitas*» *und* «*summum ius*», in *St. von Lübtow* (1991) 23 ss.

una «equità superiore», cui si era particolarmente ispirata l'azione dei magistrati giusdicenti, generatrice a sua volta del *ius honorarium*, e pose quindi le premesse di una differenza tra istituzioni giuridiche conformi ed istituzioni giuridiche non conformi al parametro di una giustizia ideale, sovrastante gli interessi di parte e contemperatrice di tutte le diverse esigenze sociali.

5.6.1. Alla concezione postclassica, peraltro eminentemente scolastica e perciò alquanto vaga, del *ius aequum* come «diritto giusto» si pervenne, come si è avvertito, essenzialmente per influenza di valori cristiani, come quelli della *humanitas*, della *caritas*, della *pietas*, della *benignitas* e insomma dell'amore del prossimo. La conseguenza fu che il concetto di *ius aequum* tese a coincidere con la concezione cristiana del *ius naturale* e che numerose applicazioni affievolite o derogatorie del diritto vigente furono giustificate con il richiamo ad una *aequitas* non più intesa, come in epoca preclassica e classica, nel senso di espressione delle istanze sociali prevalenti, ma intesa come manifestazione di un diritto superiore a quello vigente perché ispirato da Dio. E naturalmente l'unico e solo interprete di questo diritto fu ritenuto l'imperatore.

5.7. Con riguardo alle fonti normative, la giurisprudenza classica distinse, talora (non sempre) tra *ius ex scripto* e *ius*

5.6.1. Sulla degenerazione postclassica dell'*aequitas* Pringsheim, *Römische aequ. der christlichen Kaiser* I (1935), in *Abh.* 1 (1961) 224 ss.; Biondi, *Dir. rom. crist.* 2 (1952) 44 ss., 148 ss.; Wubbe, «*Benigna interpretatio*» etc., in *Or. Herdlitczka* (1972) 295 ss.; Kupiszewski, «*Humanitas*» et le dr. rom., in *Ess. Uni. Utrecht* (1979) 85 ss.; Silli, *Mito e realtà dell'«aequitas christiana»* (1980); Crifò, *A proposito di «humanitas»*, in *Or. Waldstein* (1993) 79 ss. V. anche *infra* n. 21.4.2.

5.7. Sulla dicotomia *ius ex scripto*-*ius ex non scripto* e sul problema della *consuetudo*: Schmiedel, «*Consuetudo*» *im klass. und nachklass. röm. R.* (1966) con bibl.; Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, in *Or. Felgentraeger* (1969) 353 ss.; Mayer-Maly, «*Necessitas constituit ius*», in *Or. Grosso* 1 (1968) 177 ss.; Gallo, *Interpretaz. e formaz. consuetudinaria del diritto*² (1993); id., *L'«officium» del pretore nella produzione e applicaz. del dir.* (1997); Kunkel, *Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht in der röm. Republik* (1971), in *Sch.* (1974) 367 ss.; Bove, *La consuetudine in dir. rom.* etc. (1971); Flume, *Gewohnheitsrecht und röm. R.* (1975); Guarino, «*L'uso de' marroni è come frondes*», in *Or. Gallo* 1 (1997) 139 ss.; id., *La [illegible] del diritto e l'esperienza romana*, in *Labeo* 42 (1996) 5 ss. — Sulla *desuetudo* in particolare: Thomas, «*Desuetudo*», in *RIDA* 12 (1965) 469 ss.; Nardi (E.), *Norme sulla carta*, in *AG.* 187 (1974) 33 ss.; Gallo, *La sovranità popolare quale fondamento della produz. del dir.* etc., in *BIDR.* 94-95 (1991-92) 1 ss. Per il nostro punto di vista: *La consuetudine e la legge nell'esperienza rom.* (1956), in *PDR.* 3 (1993) 277 ss., nonché *OGR.* 189 ss. e *Giuliano e la consuetudine* cit. *infra* n. 5.7.1. 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 diffusi 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, *[illegible] «ius civile» [illegible]*, in *Or. [illegible]* (1953) 1 ss.

ex non scripto (o «*ius sine scripto*»), cioè tra «diritto scritto» e «diritto non scritto», a seconda che il diritto scaturisse da fonti di produzione solitamente scritte, quali le *leges* e i provvedimenti di governo equiparati, o invece da fonti di produzione solitamente 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*. Ma si trattò di una differenziazione estremamente incerta, della quale non tenne conto, ad esempio, Gaio, il quale sicuramente si adeguò alla realtà dei suoi tempi: tempi in cui i *responsa* giurisprudenziali erano tutt'altro che tipicamente orali, essendo divenuta abitudine costante documentarli con testimonianze scritte («*testationes*»).

5.7.1. Tra le fonti del diritto (non scritto) la giurisprudenza classica non usò annoverare, a prescindere dai *mores* civilistici, la «consuetudine» in generale. Ciò non perché essa escludesse in astratto la possibilità che gli ordinamenti giuridici derivino anche da fonti consuetudinarie, ma perché in concreto la formazione autonoma di consuetudini post-civilistiche, cioè posteriori ai *mores maiorum*, era stata ostacolata in Roma da peculiari condizioni storiche: dapprima dalla tempestiva emanazione di opportune *leges publicae*, di poi dalla sollecitudine degli editti giurisdizionali dei magistrati e dalle costituzioni dei principi (tutti interventi che dettero anticipatamente corpo di principi giuridicamente obbligatori ad esigenze sociali largamente diffuse ma non ancora giunte, attraverso la pratica generale e costante da parte dei soggetti giuridici, al punto di maturazione occorrente per aver veste di consuetudini). Solo i giuristi dell'età adrianea, a cominciare da Giuliano, presero qua e là a segnalare l'esistenza di usi particolari e locali, denominati preferibilmente «*consuetudines*» (e non «*mores*»), e ad affermare che anche essi dovessero essere rispettati dai cittadini cui si riferivano: a condizione però che fossero conformi alle leggi vigenti («*secundum legem*») o relative a materie trascurate dalla legislazione («*praeter legem*»), mai cioè se fos-

---

5.7.1. 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 (v. Nörr, «*Divisio*» und «*partitio*» cit.), ma dipende anche dal fatto che i giuristi classici non si preoccuparono tanto di identificare le fonti di produzione del diritto vigente, quanto di indicarne le fonti tecniche di cognizione: cfr. Gai 1.2 e Guarino, *La consuet. e il catalogo delle fonti* (1975), in *PDR*. 4 (1994) 364 ss. — Per la storia della consuetudine («*inveterata consuetudo*», «*longa consuetudo*» «*usus longaevus*») cfr. il fondamentalissimo D. 1.3.32 (Iul. 84 *dig.*), di cui la nostra ricostruzione si legge in: Guarino, *OGR*. 389 ss. Sul tema, più diffusamente: Guarino, *Giuliano e la consuetudine* (1989), in *PDR*. 4 (1994) 369 ss., con altra bibl.; id., *Giusrom. elementare* cit. 165 ss.

sero contrari alle leggi. La parificazione di queste sopravvenute *consuetudines* agli antichi *mores maiorum*, con la conseguente creazione di un concetto unico e indifferenziato di consuetudine (concetto qualificato come *«inveterata consuetudo»*), si profilò vagamente solo nella scuola postclassica, alla quale va altresì attribuita l'idea assurda, o piuttosto puerile, secondo cui le *leges* potessero essere addirittura abrogate per effetto di lunga disapplicazione da parte di «tutti» i soggetti giuridici, cioè per effetto, come si disse, di *«desuetudo»* (desuetudine).

5.7.2. In funzione dell'accennata evoluzione, la dicotomia *«ius ex scripto - ius ex non scripto»* assunse, in età postclassica, un valore meno impreciso e in parte nuovo, corrispondente alla distinzione razionalistica greca (aristotelica) tra *«nómoi éngraphoi»* e *«nómoi ágraphoi»*. Per *«scriptum ius»* si intesero tutte le fonti giuridiche che si manifestassero solo documentalmente: *leges publicae, plebiscita, senatusconsulta, edicta magistratuum, constitutiones principum* e gli stessi *responsa prudentium* classici, ormai noti esclusivamente attraverso edizioni manoscritte: cosa già vista, del resto, da Gaio. Per *«ius ex non scripto»* si intese il diritto derivante dalle consuetudini di ogni genere (*«diuturni mores consensu utentium comprobati»*), cioè derivante dalla *«inveterata consuetudo»* (consuetudine di antica data). Il diritto consuetudinario aveva, peraltro, un limite: di non poter andare *contra rationem iuris* (contro i principi dell'antico *ius*) o *contra legem* (contro le *leges* imperiali), cioè di non poter modificare né i *iura*, né le *leges* confluenti nello *scriptum ius*.

5.8. Nel quadro del *ius ex scripto* la giurisprudenza romana preclassica e classica non mancò di distinguere tra provvedimenti

---

5.7.2. La distinzione tra νόμοι ἔγγραφοι e νόμοι ἄγραφοι è in Arist. pol. 3.16 e rhet. 1.1. Per la visione postclassica cfr. sopra tutto I. 1.2.3 e 9-10: *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... Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.* Cfr. anche Ulp. D. 1.1.6 pr. — Per i limiti della consuetudo, cfr. Constant. 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.* Il riferimento alle dighe poste dalla *ratio iuris* (*veteris*) e dalla *lex* (*principis*) è evidente.

5.8. Sui privilegia e su tutto il problema del «ius singulare»: Orestano, *«Ius singulare» e «privilegium» in dir. rom.*, in *AUMA*. 11 (1937) 5 ss., 12-13 (1939) 5 ss.; Guarino, *Il problema dogmatico e storico del dir. singolare* (1946), in *PDR*. 6 (1995) 3 ss.; Scarano Ussani, *La forma del privilegio* (1992), con bibl. Contro l'emanazione di disposizioni di privilegio molti pensano che si siano espresse le XII tavole, argomentando da Cic. *de leg.* 3.4.11 («*privilegia ne inroganto*»), ma la testimonianza ciceroniana è del tutto inattendibile: Guarino, *Cicerone come e quando* (1990), in *PDR*. 3 (1994) 78 ss. — Quanto al termine beneficium, si avverta normativi veri e propri e provvedimenti legislativi (o equiparati) meramente «ordinativi», relativi cioè a casi singoli o a persone determinate. A questi ultimi essa dette il nome di *privilegia* («privilegi»), suddistinguendoli all'occorrenza in privilegi sfavorevoli al destinatario («*leges in privos latae*»: es., la famosa *lex Clodia de exilio Ciceronis* del 58 a. C.) e privilegi di favore (anche detti «*beneficia*»). Procedendo oltre su questa strada, la giurisprudenza classica parlò di *privilegia*, e segnatamente di «*beneficia*» («benefici»), anche in relazione a provvedimenti relativi ad interi ceti sociali o a categorie cittadine determinate (ad esempio, i militari). 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 come diritto «speciale», ben diverso dal «*ius commune*» («diritto comune»), perché ovviamente applicabile al solo ceto o alla sola categoria considerata.

5.8.1. In età postclassica si volle dalle scuole trasportare la contrapposizione del *privilegium* al *ius commune* dal piano me-

---

che esso non è usato sempre in senso tecnico; spesso sta ad indicare, genericamente, una posizione di favore in cui viene a trovarsi un soggetto di fronte ad altri. Sul punto: Scarano Ussani, cit. 27 ss. — Sulle leggi meramente formali (categoria generale cui appartengono i *privilegia*): retro n. 1.4.2.

5.8.1. 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 «*quod vero contra rationem ecc.*» di Paul. D. 1.3.14: Guarino, *Il problema dogmatico* cit. Sul punto, da ultimo: Wubbe, *Ius singulare quid sit*, in *St. Waldstein* (1993) 451 ss. — 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 privilegia, 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 contraddizione col divieto di commenti e interpretazioni del materiale di *iura* raccolto nel *Digesto*; sicché la dicotomia finì per assumere un valore puramente astratto. — Sul tema dell'analogia (dal greco «ἀναλογία» v. retro n. 6.2.1) nella giurisprudenza romana (argomento che travalica il punto del ius singulare): Steinwenter, *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie* 1, in *St. Albertario* 2 (1953) 105 ss.; 2, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 169 ss.; 3, in *St. Schulz* 2 (1951) 345 ss.; Reggi, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, in *SPR.* 2 (1952) 105 ss.; Gallo, *Alle origini dell'analogia*, in *St. Provera* (1994) 37 ss., con considerazioni che ci lasciano perplessi (v. Guarino, *Analogia e dintorni*, in *PDR.* 6 [1995] 79 s.); Vacca, *La «svolta adrianea» e l'interpretaz. analogica*, in *St. Gallo* 2 (1997) 443 ss. — *Postilla. Negli ordinamenti giuridici moderni la tendenza generale è a favorire l'analogia, ma le varianti concrete, anche tenuto conto delle differenze tra diritti di tradizione romanistica e diritti di stampo anglosassone, sono molteplici. Nel diritto italiano vigente l'a. 14 prel. stabilisce che «le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati»: principio (come si vede aperto a molte discussioni) che si combina con la norma (peraltro unica nella* ramente positivo a quello razionale e si coniò, in derivazione dal concetto di *privilegium*, quello di «*ius singulare*» («diritto singolare»), cioè di diritto contrario ai principî generali. Dato che i privilegi erano ormai tutti di concessione imperiale, il *ius singulare* risultava, dunque, da costituzioni imperiali («*auctoritate constituentium*»), anzi passò ad identificarsi in qualche modo con tutto quanto il *ius novum*, contrapponendosi al *ius vetus*, identificato a sua volta con il *ius commune*.

5.9. Un succinto panorama della materia del *ius privatum* sarà di opportuno completamento delle linee generali dianzi tracciate. Con riguardo alla differenza fondamentale tra rapporti assoluti e rapporti relativi, distingueremo qui appresso, più precisamente, le seguenti quattro categorie: *a*) rapporti assoluti in senso proprio; *b*) rapporti assoluti in senso improprio; *c*) rapporti relativi di debito; *d*) rapporti relativi di responsabilità.

5.9.1. I «rapporti assoluti in senso proprio» del *ius privatum* vanno scissi in tre gruppi: *a*) rapporti familiari; *b*) rapporti parafamiliari; *c*) rapporti dominicali.

5.9.1.1. I «*rapporti assoluti familiari*» erano quelli connessi ai poteri assoluti (cd. di *mancipium*) riconosciuti dal *ius Quiriti-*

---

derogata) per cui la legge dispone per l'avvenire e non ha effetto retroattivo (a. 25 co. 2 cost., 11 prel., 2 cp.).

5.9. L'assetto della materia privatistica che qui si cerca di delineare è quello, più complesso e articolato, cui si pervenne nel periodo classico e cui, pur con notevoli varianti nel regolamento dei rapporti, fondamentalmente i Romani si attennero anche nel periodo postclassico. La succinta esposizione (per la quale cfr. anche la tavola sinottica VI) concerne solo i «rapporti», non anche le «vicende» degli stessi ed i modi di «tutela» ad essi relativi: argomenti che saranno sviluppati nei cap. II-V di questa sezione prima e precisati, di volta in volta, con riguardo ai singoli rapporti nelle due sezioni successive (cap. VI-XV).

5.9.1. Il quadro dei rapporti assoluti è completato dall'istituto pretorio del possesso interdittale (cd. «*possessio ad interdicta*»: *infra* n. 35). In talune ipotesi il *praetor*, dando rilievo a certi fenomeni di «apparenza» di un diritto, non esitò ad accordare protezione giudiziaria provvisoria, mediante speciali mezzi di tutela (gli *interdicta possessoria*), ad alcune situazioni materiali di *possessio*, cioè di attuale ed effettiva disponibilità dei beni (mobili o immobili) da parte di un soggetto, indipendentemente dall'accertamento del 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 *erga omnes* il fatto certo e inequivocabile che la *res* si trovava nelle mani di un certo *possessor*, purché questo non se ne fosse appropriato in modo ingiusto. A questi casi di possesso interdittale in senso pieno il *ius honorarium* aggiunse via via varie ipotesi di tutela interdittale (ma con *interdicta* diversi e meno efficaci) 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 invalse il parlare talvolta di «*quasi possessio*». Sul tema: *retro* n. 3.12.3.

5.9.1.1. Sui rapporti assoluti familiari: *infra* n. 15 e cap. VII (n. 39-43). La struttura potestativa di questi rapporti 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 mitigaum al solo *pater familias* maschio ed erano intesi ad assicurargli l'autorità domestica sui membri liberi (e cittadini) della sua *familia*, cioè su individui (maschi e femmine) che, pur essendo liberi e cittadini romani, erano a lui disciplinarmente ed economicamente sottoposti. Essi furono: *a*) la «*patria potestas*» sui *filii* e gli ulteriori discendenti da unione matrimoniale (*nepotes*); *b*) la *potestas* sui «*liberi in mancipio*», cioè su alcune persone libere, ma prive di ogni legame di parentela reale o fittizia col *pater* ed a lui assoggettate per altre svariate ragioni (es.: per essere state da lui acquistate presso i rispettivi *patres familiarum*); *c*) la «*manus maritalis*» sulle donne provenienti da altre *familiae* che fossero entrate come sottoposte («*filiarum loco*») nella *familia* del *pater*; *d*) la più blanda «autorità maritale» sulle donne che si fossero unite in matrimonio col *pater* o con uno dei suoi discendenti, evitando peraltro la gravosa sottoposizione alla *manus* e ricorrendo al cd. *matrimonium sine manu*.

5.9.1.2. I «rapporti assoluti parafamiliari» erano anch'essi fondamentalmente connessi al *mancipium* quiritario (quindi ne erano soggetti attivi, di regola, esclusivamente cittadini maschi), ma in età classica avevano ormai solo una parvenza di rapporti potestativi. Oggetto ne 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», e fossero perciò assistiti o eventualmente sostituiti da: *a*) un «*tutor*» (per gli impuberi o per le donne anche puberi); *b*) oppure da un *curator* (per i pazzi, per gli scialacquatori delle sostanze familiari, per i puberi con meno di venticinque anni e per altri).

5.9.1.3. I «rapporti assoluti dominicali» (denominati, sotto l'angolo visuale della situazione attiva, come rapporti attinenti al «*dominium*») erano infine quelli riguardanti l'utilizzazione e l'impiego, da parte del soggetto giuridico (*pater familias* maschio o anche donna libera da *patria potestas*), dei beni economici. Tali: *a*) il «*do-*

---

zioni suggerite dal progresso sociale e politico (che esigeva la equiparazione dei *filii* adulti ai *patres*, così come, del resto, già riconosciuta 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.

5.9.1.2. Sui rapporti assoluti parafamiliari: *infra* cap. VIII (n. 46-48). La struttura potestativa di questi rapporti era sicuramente molto accentuata in età arcaica (e se ne rivelano le tracce negli istituti di più antica formazione, come la *tutela* o la *cura furiosi*).

5.9.1.3. Sui rapporti assoluti dominicali: *infra* n. 19 e cap. X (n. 49-54).

minium ex iure Quiritium» sulle «*res*» mobili e immobili: diritto illimitato al punto da comportare sinanche la possibilità di distruggere l'oggetto; *b*) la cd. «*potestas dominica*» sugli schiavi («*servi*»): variante del *dominium* con punte di affinità alla *potestas* sulle persone *in mancipio*; *c*) la cd. «proprietà pretoria» («*in bonis habere*» o «*in bonis esse*») garantita dal pretore a taluni meri possessori di una *res* in certe situazioni particolari di giusta attesa della loro trasformazione in *domini ex iure Quiritium*; *d*) la cd. «proprietà provinciale»: riconosciuta come diritto dominicale affievolito sui fondi situati nelle province ed estranei all'«*ager Romanus*».

5.9.2. I «rapporti assoluti in senso improprio» del *ius privatum* erano costituiti da un certo numero di cd. «*iura in re aliena*», cioè di diritti assoluti attribuiti ad un soggetto giuridico su una *res* di cui fosse *dominus* un altro soggetto (dunque su una *res aliena*), ed erano differenziabili in due gruppi: *a*) rapporti reali di godimento; *b*) rapporti reali di garanzia.

5.9.2.1. I «rapporti reali di godimento» avevano la caratteristica di assicurare al soggetto attivo il godimento di alcune tra le facoltà giuridiche comprese nel *dominium*, sottraendole alla disponibilità del *dominus* della cosa altrui, ed erano: *a*) le cd. «servitù prediali» («*iura praediorum*» o «*servitutes praediorum*»), che comportavano il diritto del *dominus* di un fondo (rustico o

---

5.9.2. La formazione della categoria dei *iura in re aliena* (con particolare riguardo ai diritti di godimento) fu connessa a tutto un orientamento generale di salvaguardia della proprietà individuale (o meglio familiare), quindi all'accentuata 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. 37-38), 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 lo scioglimento 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 posto al *dominus* della *res* per il beneficio che da questa *res* potesse ricavare l'*extraneus*. Perciò, 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 orientato verso la prima e la terza soluzione.

5.9.2.1. Sui rapporti reali di godimento: *infra* n. 53-61. La terminologia figurata di «*servitus praediorum*» aveva lo scopo di sottolineare che il beneficio (e corrispettivamente il vincolo) era in relazione ai fondi, non alle persone dei loro proprietari. Questi potevano anche cambiare, senza che, di regola, si estinguesse la *servitus*.

urbano) di utilizzare il fondo (il *praedium*) di un *dominus* vicino a fini ben delimitati e di interesse del proprio fondo; *b*) l'«usufrutto» («*ususfructus*»), che comportava il diritto di un soggetto all'utilizzazione temporanea (comunque, non oltre la sua vita) di una *res* fruttifera (mobile o immobile) altrui allo scopo di usarla e di trarne, a tempo debito, i frutti; *c*) alcuni rapporti analoghi all'usufrutto (l'«*usus sine fructu*», l'«*habitatio*», il «*fructus sine usu*», le «*operae servorum*»); *d*) la «superficie» («*superficies*»), che comportava il diritto di un soggetto all'utilizzazione di un suolo altrui per costruirvi un edificio proprio; *e*) l'«enfiteusi» («*emphytéusis*»), sviluppatasi per vero in età postclassica dal «*ius in agro vectigali*» del periodo classico, che 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 al proprietario del fondo (cd. «concedente»).

5.9.2.2. I «rapporti reali di garanzia» avevano la caratteristica di assicurare al soggetto attivo la possibilità, in caso di mancato adempimento di un'obbligazione della quale fosse creditore, di rivalersi direttamente su una *res* del debitore o di un suo garante, nel senso di poterla vendere a terzi per soddisfarsi sul ricavato. Tali: *a*) il «*pignus datum*», per cui il creditore otteneva sin dall'inizio il possesso, la disposizione materiale della *res* (mobile o immobile) oppignorata; *b*) l'«*hypotheca*» (o «*conventio pignoris*»), per cui la *res* rimaneva nella disponibilità materiale del concedente (debitore o terzo garante), essendo però vincolata alle conseguenze dell'eventuale inadempimento.

5.9.3. I «rapporti relativi di debito» (o da causa lecita) avevano tutti ad oggetto la «prestazione» di un comportamento positivo o negativo (di «*dare*», «*facere*», «*non facere*») cui il soggetto passivo («*obligatus*», «*debitor*») era tenuto nei confronti del soggetto attivo

---

5.9.2.2. Sui rapporti reali di garanzia: *infra* n. 61.

5.9.3. Sui rapporti relativi di debito: *infra* cap. XI (n. 63-69). 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: da un lato, molti istituti del diritto familiare passarono, a seguito dell'affievolirsi delle facoltà ad essi inerenti, ad essere concepibili piuttosto come rapporti relativi (intercorrenti, più precisamente, tra avente potestà e sottoposto), se non addirittura ad uscire dal novero dei rapporti di diritto privato; dall'altro lato, lo stesso *dominium* (o almeno la proprietà fondiaria) accennò, sia pur vagamente, a spostarsi verso la struttura 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» (*dominium*) dell'imperatore.

(«*creditor*»): appunto per ciò la loro denominazione tecnica prevalente era quella di «*obligatio*», impostata sulla situazione del soggetto passivo. In relazione ai fatti costitutivi e, nel contempo, ai tipi di prestazione, possono differenziarsi tre gruppi di obbligazioni: *a*) le obbligazioni «*contractae*»; *b*) le obbligazioni «*ex contractu*»; *c*) le obbligazioni «*non contractae*».

5.9.3.1. Le «*obligationes contractae*» erano «costituite» (*contractae*) in virtú del compimento, da parte dei due soggetti o talvolta anche di un solo soggetto, di negozi (leciti) consistenti in una certa formula orale («*verbis*»), in una certa scrittura («*litteris*»), o in una certa dazione di una cosa («*re*»). «*Verbis contractae*» erano le *obligationes* derivanti da taluni 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 verbali («*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 piú varia. «*Litteris contractae*» erano le *obligationes* derivanti da taluni negozi a forma vincolata scritta previsti dal *ius civile* (*vetus* o *novum*): principalmente quelle derivanti dall'«*expensilatio*», cioè dalla registrazione delle partite di credito che il creditore faceva sul proprio «*codex accepti et expensi*» (libro delle entrate e delle uscite) a carico di un certo debitore. «*Re contractae*» erano le *obligationes* derivanti da un effettivo trasferimento di beni (cd. *datio rei*) dal futuro creditore al futuro debitore allorché fosse implicito od esplicito l'obbligo della restituzione da parte del ricevente, derivanti principalmente: da «mutuo» («*mutuum*»), dazione in *dominium* del debitore di una certa quantità di danaro o di altre cose prive di specifica riconoscibilità («fungibili»), con obbligo di restituire altrettanto dello stesso tipo («*tantundem eiusdem generis*»); da «comodato» («*commodatum*»), dazione in detenzione al debitore di una cosa infungibile da usarsi e restituirsi incorrotta dopo l'uso; da «deposito» («*depositum*»), dazione in detenzione al debitore di una cosa infungibile da custodirsi nell'interesse del deponente e da restituirsi a lui senza averla usata; da «pegno» («*pignus*»), dazione in possesso interdittale di una cosa infungibile ad un proprio creditore, con obbligo di restituzione della stessa nell'ipotesi di adempimento dell'*obligatio* principale (e viceversa con diritto di soddisfarsi sul ricavo della vendita della stessa in caso di inadempimento).

5.9.3.1. Sulle *obligationes contractae*: *infra* cap. XII (n. 70-75).

TAVOLA SINOTTICA VI

- rapporti
  - assoluti (c. VII-XI)
    - in senso proprio
      - familiari (c. VIII)
        - patria potestas (n. 38, 40)
        - potestas sui liberi in mancipio (n. 39)
        - manus maritalis (n. 39, 45)
        - autorità maritale sine manu (n. 39, 41, 42)
      - parafamiliari (c. VIII)
        - tutela impuberum (n. 45)
        - tutela mulierum (n. 46)
        - cura furiosi, prodigi ecc. (n. 47)
        - cura minorum (n. 48)
      - dominicali (c. IX)
        - dominium ex iure Quiritium (n. 50, 51, 54)
        - potestas dominica sui servi (n. 52, 54)
        - possesso ad usucapionem (cfr. n. 16)
        - in bonis habere (n. 53)
        - possesso del suolo provinciale (n. 55, 56)
    - in senso improprio
      - reali di godimento (c. X)
        - servitutes praediorum (n. 55-57)
        - ususfructus e affini (n. 58-59)
        - superficies (n. 60)
        - emphyteusis (n. 61)
      - reali di garanzia (c. X)
        - da fiducia cum creditore (n. 62)
        - da pignus datum (n. 62)
        - da pignus conventum (n. 62)
  - relativi (obbligazioni) (c. XII-XV)
    - da lecito
      - verbis contractae (c. XII)
        - da stipulatio (n. 71-72)
        - da dotis dictio (n. 73)
        - da promissio iurata liberti (n. 71)
        - da vadimonia e praediatura (n. 71)
      - litteris contractae (c. XII)
        - da expensilatio (n. 73)
        - da chirographa e syngraphae (n. 73)
      - re contractae (c. XIII)
        - da fiducia cum amico (n. 74)
        - da mutuum (n. 75)
        - da datio pignoris (n. 75)
        - da commodatum (n. 75)
        - da depositum e affini (n. 75)
      - consensu contractae (c. XIII)
        - da emptio venditio (n. 77, 78)
        - da locatio conductio (n. 79)
        - da societas (n. 80)
        - da mandatum (n. 81)
      - non contractae (c. XIV)
        - da pacta (n. 82)
        - da contractus sine nomine (n. 83)
        - da cause non contrattuali (n. 84)
        - da libera negotiorum gestio (n. 85)
        - da cause legittimarie (n. 86)
    - da illecito
      - di responsabilità primaria (c. XV)
        - da iniuria (n. 88)
        - da furtum (n. 88)
        - da rapina (n. 88)
        - da damnum iniuria datum (n. 89)
        - da altri atti illeciti (n. 90)
      - di responsabilità secondaria (c. XV)
        - da inadempimento (n. 91)
        - da mora solvendi (n. 92)
        - da fatti dipendenti (n. 92)

Tavola VI: i rapporti del «ius privatum» (cfr. n. 5.9)

5.9.3.2. Le «*obligationes ex contractu*» (o «*obligationes consensu contractae*») erano costituite con ricorso ai cd. «*contractus*», cioè mediante determinati negozi (leciti) 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 «compravendita» («*emptio venditio*»), intesa ad impegnare le parti (*emptor* e *venditor*) allo scambio di una cosa contro un *pretium* adeguato; la «locazione-conduzione» («*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 un compenso («*merces*») adeguato; la «società» («*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 mandato («*mandatum*»), inteso ad impegnare il mandatario ad eseguire gratuitamente un incarico datogli dal mandante, contro il rimborso delle spese eventualmente incontrate e delle perdite eventualmente subite.

5.9.3.3. Le «*obligationes non contractae*» erano molteplici altre obbligazioni che scaturivano anch'esse da atti giuridici leciti, ma che, essendo state riconosciute posteriormente alle *obligationes contractae* o *ex contractu*, non erano incluse nel relativo elenco. Tali: le obbligazioni 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 (es.: il *legatum per damnationem*, la *pollicitatio*), quelle derivanti da *libera negotiorum gestio* ed altre.

5.9.4. I «rapporti relativi di responsabilità» (o da «causa illecita») erano spesso ma non sempre denominati esplicitamente

---

5.9.3.2. Sulle obligationes ex contractu: *infra* cap. XIII (n. 76-81).

5.9.3.3. Sulle obligationes non contractae: *infra* cap. XIV (n. 82-86).

5.9.4. Sui rapporti relativi di responsabilità del *ius privatum*: *infra* cap. XV (n. 87-92). — 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 causa dell'inadempimento.

come *obligationes* e vanno distinti in due categorie: *a*) quella dei «rapporti di responsabilità primaria», anche detti «*obligationes ex delicto*», derivanti dalla commissione di un atto illecito che fosse lesivo della libertà di un privato o di un suo diritto assoluto («*delictum*»): furto, lesione personale, danneggiamento materiale, rapina ecc.; *b*) quella dei «rapporti di responsabilità secondaria», derivanti dall'inadempimento ingiustificato di un rapporto relativo di debito o di responsabilità primaria.

6. GLI SVILUPPI POSTROMANI DEL «IUS PRIVATUM».

6.1. Dopo la fine della civiltà romana nelle sue realtà sociali e politiche si è verificato un rilevante fenomeno di sopravvivenza del *ius privatum* romano sino ai nostri giorni: non soltanto in Oriente (in diretto collegamento con le vicende dell'Impero bizantino), ma anche, dopo la lunga parentesi del basso medioevo, in Occidente. Discorrerne, anche se succintamente, non rientra nell'economia di questo libro. Basterà dire che, con riguardo ai paesi del mondo occidentale, è forse più esatto parlare di una «reviviscenza» del diritto romano privato, la quale è peraltro dipesa, perdurando poi tanto tenacemente ancora nel sec. XIX (e persino, in misura sempre minore, nel sec. XX), solo in minima parte dalla costituzione del Sacro Romano Impero. In massima

---

6.1. La tradizione romanistica post-romana, di cui fa cenno il presente paragrafo, non va confusa con l'«esperienza giuridica romana», cui è dedicato retro il n. 4. Fermo restando che l'esperienza giuridica romana, quella cioè conclusasi con la compilazione giustinianea, merita di essere integralmente conosciuta e assimilata sul piano storiografico (sia quanto alla materia pubblicistica, sia quanto alla materia privatistica) a causa del suo altissimo valore intrinseco, il presente paragrafo vuol mettere particolarmente in luce un punto diverso: quanto il ricordo del diritto romano ed il ricorso ai suoi principî abbiano concretamente contribuito, unitamente ad altre tradizioni giuridiche, alla formazione del diritto privato di gran parte del mondo moderno. — La esclusione delle materie pubblicistiche dai presenti cenni relativi agli ordinamenti post-romani dipende non soltanto dal fatto che il nostro manuale è relativo al solo *ius privatum*, ma anche da ciò che la storia del diritto pubblico, salvo che nel mondo bizantino, si è rapidamente emancipata, a causa di ovvie influenze di carattere politico, dagli stampi della romanità, anche nella loro impostazione postclassico-giustinianea (quella del cd. «dominato»), seguendo vie proprie e fortemente differenziate anche dopo la costituzione formale del Sacro Romano Impero. — Quanto alla identificazione del *ius privatum* con il *Corpus iuris*, va tenuto presente che essa si ebbe inizialmente, dopo Giustiniano, solo nell'Impero bizantino e, finché durò il dominio bizantino nella penisola italica, nella cd. «Italia romanica» (Venezia, Ravenna, Napoli, Calabria): Guarino, *SDR.* n. 241. Nelle altre plaghe dell'Occidente il diritto romano fu invece conosciuto e applicato, prima della «riscoperta» bolognese del *Corpus iuris* giustinianeo, attraverso la codificazione teodosiana e le cd. leggi romano-barbariche (retro n. 4.5.6-7).

parte essa è infatti derivata dalla «riscoperta» che del *Corpus iuris civilis* giustinianeo ha operato la Scuola giuridica bolognese nel sec. XII, e dalla utilizzazione che del suo ricchissimo materiale privatistico hanno ritenuto opportuno fare molte nazioni europee ed extra-europee sin che non si sono date regolamenti (e in particolare codici e leggi) di fattura autonoma.

6.1.1. Oggi come oggi, se vogliamo escludere dalla nostra visuale i pur importantissimi ordinamenti giuridici di impronta islamica o di altra tradizione, i tre quarti del mondo fanno capo, per il regolamento dei rapporti privati, a due grandi filoni: *a*) quello degli ordinamenti di pura tradizione romanistica (solitamente designati dagli anglosassoni con la locuzione «Civil Law» o «Continental Law»); *b*) quello degli ordinamenti (non esenti peraltro da remote o indirette influenze romane) di stampo anglosassone (solitamente designati dagli stessi anglosassoni con la locuzione «Common Law»).

6.2. Gli ordinamenti privatistici di tradizione romanistica sono quelli derivanti dall'utilizzazione diretta del

---

6.1.1. Per un quadro succinto dei grandi sistemi giuridici vigenti nel mondo moderno: Guarino, *OGR.* n. 3. Più ampie informazioni in: Losano, *I grandi sistemi giuridici*^{2} (1988), con bibl.; David, Jauffret Spinosi, *I grandi sist. giur. contemporanei*^{4} (tr. it. 1994); van Caenegem, *The birth of the english Common Law*^{2} (1988); Mattei, *Common Law etc.* (1992); Pugliese, sv. *Diritto*, in *Encicl. Scienze Sociali* 3 (1994) 34 ss.; Pizzorusso, *Sist. giur. comparati* (1995); Monateri, *Il modello di Civil Law* (1996). Sui rapporti tra «Common Law» e «Civil Law»: Stein, *I fondamenti del dir. europeo* (tr. dall'ingl., 1987); Buckland, McNair, Lawson, *Derecho romano y «Common Law»* (tr. dall'ingl., 1994). V. anche: Gaudemet, *Les naissances du droit* (1997). — Gli ordinamenti islamici meritano (con preferenza rispetto a quelli tradizionali cinesi, giapponesi, indiani e africani) un rapidissimo cenno, solo per ricordare che i principi su cui essi si fondano sono ancor oggi principi religiosi, e non propriamente giuridici, uguali per tutti gli stati dell'Islam. Fonte primaria è il «*Corano*» (libro delle rivelazioni fatte da Dio al profeta Maometto), integrato, secondo la grande maggioranza (cd. sunnita) dei maomettani, dalla «*Sunna*» (raccolta degli atti e delle parole di Maometto). Dalla lettura di queste fonti, sopra tutto quando si manifesti l'interpretazione unanime dei cd. dottori, il fedele apprende quale sia la «via da seguire» (la «*shari'a*»). In pratica, l'interpretazione dottorale (l'«*igtihad*»), ben più autorevole di quella dei *pontifices* romani di età arcaica, è alla radice di tutto, particolarmente in ordine ai rapporti privati. — Il termine inglese «Law» (neutro, in quella lingua, asessuato) viene spesso usato in italiano al femminile (con implicito riferimento al significato di «legge» o di «norma»), mentre noi abbiamo preferito, come altri, parlare «del» Civil law (o Common law), implicitamente richiamando il senso di «diritto».

6.2. Cenni sullo studio postromano del diritto romano in Guarino, *SDR.* n. 11; id., *OGR.* n. 4. V. anche *Ragguaglio bibliografico* n. 11. — Sulla storia del diritto canonico: Schulte, *Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts etc.* (1875-77, rist. 1956), opera tuttora fondamentale sul piano informativo, ma da integrare e correggere alla luce di una ricca letteratura posteriore. — La cd. recezione germanica del diritto romano è stato un fenomeno di tanto rilievo da indurre taluni a parlare di una «famiglia romano-germanica» dei diritti contemporanei.

patrimonio giuridico della compilazione giustinianea e dall'adattamento di quest'ultimo alle nuove istanze sociali via via emerse, nei paesi di sua applicazione, sino al giorno d'oggi. L'opera di adattamento al nuovo ed al diverso ha comportato, come è ovvio, non poche e non piccole modifiche e integrazioni del puro diritto giustinianeo. Modificazioni che sono state dettate principalmente: *a*) dall'interpretazione giurisprudenziale, molto attenta alle incalzanti esigenze della pratica, messa in opera tra il sec. XII e il sec. XVIII dalle scuole italiane (ma anche da alcune scuole «ultramontane») dei Glossatori, dei Postglossatori (o Commentatori), dei Culti, dei Razionalisti (o cultori del cd. «diritto naturale»); *b*) dall'influenza esercitata sui romanisti, soprattutto nei sec. XIII e XIV, dai Decretisti e Canonisti, ricostruttori e interpreti del «diritto canonico», cioè del diritto della chiesa cattolica (costituente, in una col diritto romano, il cd. «*utrumque ius*»); *c*) dalla fioritura in certe zone (per esempio, in Normandia e nella Francia settentrionale) di più o meno rigogliose consuetudini autonome locali; *d*) dall'adattamento (per fenomeno cd. di «recezione germanica») degli istituti giuridici romani alle esigenze particolari dei numerosi piccoli stati germanici costituitisi, nei sec. XIV e XV, in concomitanza col decadere del Sacro Romano Impero; *e*) dal sopravvento in vari tempi di nuovi usi, determinati sopra tutto dallo sviluppo dell'attività commerciale; *f*) dall'intervento, in svariate ma non frequentissime occasioni, di specifici provvedimenti normativi di governo (generalmente denominati «leggi») richiesti dall'interesse pubblico per la riforma di situazioni particolari.

6.2.1. Il sec. XIX (a prescindere da qualche limitata anticipazione verificatasi già sul finire del secolo precedente) è stato teatro di sviluppi particolarmente importanti. Da un lato, si è formata ed ha operato in Germania la grande scuola giurispru-

---

6.2.1. Sulla Pandettistica ottocentesca: ORRÙ, *Pandettistica*, in DIG. V. anche retro n. 2.5. — Il movimento per la codificazione del diritto privato ha avuto le sue radici nel pensiero giusnaturalistico del sec. XVIII, e nella connessa convinzione di poter tradurre in un numero limitato di «articoli» o «paragrafi» di chiara formulazione i principi razionali più adatti al regolamento dei rapporti privati. Il primo codice legislativo informato a queste idee fu emanato, dopo lunghissima ed esitante preparazione, nel regno di Prussia (dal sovrano Federico Guglielmo II) il 5 luglio 1794. Non è questo il luogo per indugiare sui codici che seguirono. Va solo segnalato che la proposta di una codificazione del diritto privato tedesco fu vivacemente e a lungo osteggiata dalla cd. «Scuola storica» di F. C. von Savigny, la quale non ingiustamente temeva che i codici avessero un effetto paralizzante in ordine alla continua evoluzione del diritto richiesta dal progresso sociale. — Il Bürgerliches Gesetzbuch, o BGB, è diviso in cinque libri: parte generale, obbligazioni, diritti reali, diritto di famiglia, successioni a causa di morte. Da segnalare la «parte generale», relativa ai tratti fondamentali dell'ordinamento e dell'ordine giuridico privato.

dentale detta dei «Pandettisti», la quale ha svolto un'importante opera di cernita e di inquadramento delle precedenti esperienze entro un articolato «sistema del diritto romano privato»: sistema che inevitabilmente ha rappresentato in modo spesso storicamente distorto (ciò anche per un'eccessiva tendenza degli autori alle categorizzazioni astratte) la genuina esperienza romana. Dall'altro lato, ha preso sempre più largamente piede l'iniziativa culturale e politica di andare al di là della sistemazione scientifica della Pandettistica (senza con ciò volerne rinnegare i risultati) e di trasfondere il meglio delle precedenti esperienze (con opportuni aggiornamenti e ritocchi) in organici testi di legge e in ancora più complessi «codici» (civili, commerciali, di procedura civile), che fossero costituiti da un limitato numero di sintetici articoli (o paragrafi). La vittoria sul metodo pandettistico del metodo delle codificazioni (e più in generale delle legislazioni a vasto raggio di interessi e aperte ad ulteriori ed anche profonde riforme) è stata portata a termine solo nel 1900, con l'entrata in vigore del Codice civile tedesco («Bürgerliches Gesetzbuch», usualmente indicato con la sigla BGB).

6.2.2. Al presente, salvo che in ristrettissime plaghe e in relazione a limitati settori, gli ordinamenti di tradizione romanistica sono tutti, come suol dirsi, di «diritto scritto» o «legislativo» e si rifanno con i loro codici principalmente agli esempi del codice civile francese (il lucidissimo «Code civil» del 1804, divenuto «Code Napoléon» nel 1807) o del ricordato BGB. Essi vigono, naturalmente con contenuti non sempre conformi, in tutta l'Europa continentale (con la contigua Siberia), nell'America centro-meridionale ed, entro certi limiti oppure in commistione con gli ordinamenti del «Common Law», anche nelle Indie già olandesi, in alcuni stati dell'Africa ed altrove.

6.3. *Ordinamenti privatistici di stampo anglosassone* sono quelli che si rifanno al diritto inglese e che vi-

---

6.2.2. I *codici privatistici e civilprocessualistici* venuti in essere nei sec. XIX e XX non possono essere elencati in questa sede, salvo che per quanto si dirà *infra* n. 6.4. Va solo posto in rilievo che il codice civile francese degli inizi del sec. XIX è tuttora un modello ineguagliato di lucidità e di limpido stile, mentre quello tedesco della fine dello stesso secolo è un modello altrettanto pregevole, anche se di stile letterario un po' greve, di impianto rigorosamente sistematico, a forte impronta pandettistica, della materia regolata. Vi sono nel mondo, per conseguenza, imitazioni più o meno fedeli sia dell'uno sia dell'altro.

6.3. In ordine agli *ordinamenti giuridici anglosassoni*, è da segnalare che non poco del diritto romano giustinianeo (per esempio, in materia di contratti) si è infiltrato anche in essi, sia a causa dell'insegnamento romanistico praticato in tempi diversi da maestri continentali in alcune università inglesi, sia sopra tutto a causa dei contatti commerciali verificatisi con i paesi del continente gono altresì, con differenze più o meno profonde tra l'uno e l'altro, negli Stati Uniti di America (salva in parte la Louisiana) e nei paesi facenti parte del cd. «Commonwealth» britannico (Canada, Australia, Nuova Zelanda, Sud Africa, India, Pakistan, Sri Lanka), nonché, limitatamente a certi istituti, in altri paesi che utilizzano anche il «Civil Law» o propri patrimoni giuridici locali. Caratteristica comune di questi ordinamenti è di essere per gran parte indipendenti, ma non per questo radicalmente diversi, dal diritto romano giustinianeo. Indipendenti a causa del fatto di essere stati promossi, nel sec. XI, dall'iniziativa dei conquistatori normanni dell'Inghilterra di subordinare la giustizia, nelle controversie tra privati, alle decisioni autonome (comunque non estrose, né prive di considerazione anche dell'esperienza romana) di una corte di giustizia reale («King's Council») e di altri tribunali assimilati.

6.3.1. La formazione progressiva di un «common law», di un «diritto comune» degli anglofoni, è stata facilitata da due regole ancor oggi sostanzialmente valide: *a*) la regola giuridica dell'«ordine di giudicare» (cd. «writ»), per cui si poteva chiedere giustizia alle corti solo sulla base di un ordine regio indirizzato alle stesse e nei limiti della formulazione del punto controverso prestabilita in quest'ordine; *b*) la regola pratica del «rispetto dei precedenti» (cd. «*stare decisis*» o «rule of precedent»), per cui, una volta deciso in un certo modo un caso giudiziario originale, i giudici erano tenuti, in linea di massima, ad attenersi nella soluzione di casi identici agli stessi criteri di decisione. Le eccessive durezze del «common law» sono state progressivamente temperate in Inghilterra dall'affermarsi di una giurisdizione relativamente autonoma (fa-

---

europeo. — Alle origini del diritto inglese, cioè dell'ordinamento-guida applicato in Gran Bretagna (con esclusione della Scozia), sta la vittoria sui Sassoni in Inghilterra ottenuta nel 1066 da Guglielmo di Normandia («il conquistatore») e la conseguente istituzione nella capitale (Londra, e più precisamente a Westminster) prima di una *Curia Regis* («King's Council») e poi di un insieme di corti di giustizia presiedute da fiduciari del re, le quali risolsero le controversie tra privati, trascurando le troppo numerose e contraddittorie consuetudini locali anglosassoni e curando di creare criteri di soluzione a carattere unitario, cioè comune a tutti i cittadini. — Il diritto nordamericano, vigente negli Stati Uniti di America, è frutto della recezione del diritto inglese, ma con molte differenze di struttura implicate sopra tutto dall'esistenza di una costituzione scritta e dalla coesistenza del diritto federale unitario con i diritti dei singoli stati.

6.3.1. Sull'ordinamento di equity e sulle sue analogie con il *ius honorarium* romano: Pugliese, «*Ius honorarium* a Roma ed «*equity*» nei sistemi di «*common law*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 42 (1988) 1105 ss. I correttivi dell'«equity» sono ampiamente accettati anche dagli altri ordinamenti di stampo anglosassone, pur se in essi manca una speciale corte di giustizia corrispondente all'inglese Court of Chancery.

cente capo principalmente alla «Court of Chancery», cioè al tribunale dell'importantissimo «lord cancelliere»): giurisdizione che ha dato man mano luogo ad un corpo di norme più moderne ed elastiche, in qualche modo atteggiante al *ius honorarium* romano, che non a caso è stato denominato con la locuzione «Equity».

6.3.2. All'ordinamento inglese del «Common Law» (comprensivo del «common law» in senso stretto e della concorrente «equity») essenzialmente si ispirano, ciascuno con particolarità sue proprie, gli altri ordinamenti privatistici di stampo anglosassone. Le loro fonti sono, riassumendo: *a*) un numero limitatissimo di consuetudini («customs») praticate «da tempo immemorabile»; *b*) un numero più consistente, ma non altissimo, di provvedimenti normativi scritti (costituenti il cd. «Statute Law»); *c*) una vastissima gamma di «precedenti giudiziali», di diverso valore vincolante, provenienti da giurisdizioni di «common law» oppure da giurisdizioni di «equity» (onde si dice che «judge made law», il giudice fa il diritto).

6.4. Il diritto privato italiano vigente si inquadra tra gli ordinamenti giuridici di tradizione romanistica ed è, sin

---

6.3.2. L'assetto contemporaneo del Common Law inglese fa capo ad una serie di provvedimenti normativi di riforma («Judicature Acts») del 1873-75, cui hanno fatto seguito altri provvedimenti che qui non è il caso di ricordare. Negli Stati Uniti di America si è inoltre provveduto ad una parziale codificazione della materia commerciale (Uniform commercial code, 1962). Fuori dal campo del diritto privato, e particolarmente in ordine alla repressione criminale, i paesi anglosassoni ricorrono con larghezza, per ovvie esigenze di massima certezza del diritto, allo Statute Law. Tutto ciò non toglie, peraltro, che si abbia sempre molto rispetto per i precedenti. — Lo *stare decisis* è limitato a quel tanto dei «precedenti» che ne costituisce la «reason», cioè l'essenziale *ratio* [illegible] su cui si basa. Non hanno valore vincolante gli «*obiter dicta*», cioè gli argomenti addotti marginalmente ad ulteriore supporto della sentenza. Per giustificare la deroga al precedente di *ratio affine* i giudici ricorrono ad argomentazioni (indubbiamente impegnative e difficili) dette del «distinguishing». — Per le influenze del Civil Law sul pensiero giuridico anglosassone: Reimann (cur.), *The reception of continental ideas in the Common Law world 1820-1920* (1993).

6.4. Del diritto privato italiano vigente, esistono, a prescindere delle monografie, numerose e aggiornate sintesi espositive (solitamente intitolate «Istituzioni di diritto privato» o «Il diritto civile»), tutte (o quasi), peraltro, sempre meno sensibili, almeno a nostro avviso, all'esperienza della storia giuridica, e particolarmente a quella della storia del diritto romano: le «nozioni» giuridiche romane che talvolta vi si trovano citate sono spesso, anche se esatte, inutili, o addirittura controproducenti, nella loro aridità, ai fini del discorso (v., per un esempio minimo: Guarino, *Il «buon padre» gentiluomo?* [1993], in *PDR.* 7 [1993] 309 ss.). Spicca tra le sue fonti il «codice civile» (cc.) del 1942 (comprensivo anche della materia prima riservata ad uno speciale codice di commercio), il quale è, allo stato, l'espressione più moderna di uno sviluppo (pur diseguale e piuttosto disorganico) del codice francese (seguito assai nei primi tre libri) e del codice tedesco, con forti tracce residue (e non sempre apprezzabili) dell'antico diritto romano. Ma accanto al cc. vanno considerati anche il «codice di procedura civile» (cpc.) e il «codice della navigazione» (cnav.), entrambi dello stesso anno 1942 (ma il primo incisivadal sec. XIX, un diritto essenzialmente scritto, incentrato su codici legislativi parzialmente influenzati da quello francese o da quello tedesco. Le sue «fonti di produzione» sono, nell'assetto attuale: *a*) lo statuto politico denominato «costituzione della repubblica italiana» (entrato in vigore il 1° gennaio 1948), nonché, in aggiunta, gli «statuti» di certe «regioni» ad autonomia speciale e un certo numero di altre «leggi costituzionali» (integrative o modificative della costituzione) votate dal parlamento con il sistema della doppia lettura (cioè della votazione ripetuta una seconda volta); *b*) subordinatamente ai testi scritti sopra indicati, le «leggi ordinarie», votate dal parlamento (o emanate mediante «decreti legislativi» dal governo centrale su espressa delega del parlamento); *c*) a pari titolo delle leggi ordinarie, i «decreti-legge», emanati di propria iniziativa dal governo centrale in casi di necessità ed urgenza (ma privi di valore se non «convertiti» in legge dal parlamento nel termine di due mesi dalla pubblicazione) e certe «leggi regionali» (emanate dalle regioni in base all'a. 117 cost.); *d*) subordinatamente alle leggi ed ai provvedimenti equiparati, i «regolamenti», cioè i provvedimenti normativi mediante cui gli uffici della cd. «pubblica amministrazione» stabiliscono e preannunciano, nell'ambito delle proprie attribuzioni, le modalità di esecuzione di una legge (r. «esecutivi») o le modalità di esplicazione dei propri poteri discrezionali (r. «indipendenti» e «di organizzazione»); *e*) subordinatamente ancora, le «norme corporative» che, pur dopo l'abolizione del cd. sistema corporativo del regime fascista (1922-43), siano tuttora compatibili con i principî costituzionali e con le norme ordinarie sopraordinate; *f*) infine, gli «usi normativi», cioè le consuetudini

---

mente riformato nel 1990), nonché numerose leggi integrative o modificative (cd. «novelle») degli stessi e vari altri testi organici, relativi a materie di particolare complessità, dei quali non è il caso di fare qui il lungo (e mutevole) elenco. — La struttura del cc. italiano è costituita da sei «libri» (più una premessa di «Disposizioni sulla legge in generale», le cd. «Preleggi» [prel.], parzialmente modificata dalla l. 31 maggio 1995 n. 218 a riforma del sistema di «diritto internazionale privato» contenuto negli a. 16-31). Il *libro I* («Delle persone e della famiglia») corrisponde al cap. III (n. 14-19), al cap. VII (n. 39-43) e al cap. VIII (n. 44-48) della presente trattazione. Il *libro II* («Delle successioni») corrisponde al cap. V (n. 27-33) e al cap. XVI (n. 90-94). Il *libro III* («Della proprietà») corrisponde ai cap. III (n. 18-19), VI (n. 35-38), IX (n. 49-54) e X (n. 55-61). Il *libro IV* («Delle obbligazioni») corrisponde ai cap. XI (n. 62-69), XII (n. 70-75), XIII (n. 76-81), XIV (n. 82-86) e XV (n. 87-92). Il *libro V* («Del lavoro») sviluppa gli spunti del cap. IV (n. 25, relativamente all'impresa) e del cap. XIII (n. 79-80, relativamente ai contratti di *locatio conductio operarum* e *operis*, nonché al contratto di *societas*). Il *libro VI* («Della tutela dei diritti») sviluppa spunti vari, tra cui quelli contenuti nel cap. X (n. 62). — Le postille di comparazione distribuite in nota alla presente trattazione (e redatte in caratteri corsivi) daranno, di volta in volta, maggiori particolari sulle corrispondenze (anche con il cpc. ed altre leggi).

(di solito limitate a materie ristrette e a zone poco estese), che peraltro obbligano i soggetti solo se sono esplicitamente richiamate dalle leggi o dai regolamenti (c. «*secundum legem*») o se sono relative ad argomenti giuridicamente rilevanti ma non espressamente previsti dalle fonti scritte (c. «*praeter legem*»), non dunque nell'ipotesi che siano «*contra legem*».

6.4.1. L'efficacia delle fonti ora indicate viene meno: *a*) o per scadenza del termine di durata eventualmente apposto o inerente a certe fonti scritte; *b*) o per l'inequivocabile scomparsa dell'*opinio iuris ac necessitatis* che sta a fondamento degli usi normativi; *c*) o per effetto di «abrogazione espressa» di una fonte scritta ad opera di una fonte posteriore di valore pari o superiore; *d*) o per effetto di «abrogazione tacita» di una fonte scritta, implicata dalla incompatibilità di una sua norma con una norma introdotta da fonte scritta successiva oppure dal rinnovato regolamento di tutta la sua materia da parte di una fonte scritta sopravvenuta; *e*) o per effetto di esito positivo di un «referendum abrogativo» sottoposto a voto popolare (a. 75 cost.); *f*) o per effetto di dichiarazione di «illegittimità costituzionale» di una norma di legge (o equiparata) pronunciata, a termini dell'a. 136 cost., dalla «Corte costituzionale», magistratura incaricata appunto di stabilire, nell'ipotesi in cui sorga in

---

6.4.1. Le decisioni degli organi della giurisdizione (denominate variamente, ma impropriamente, con la locuzione complessiva di «giurisprudenza») sono in Italia, a differenza di quanto avvenuto nel diritto romano e di quanto avviene nei diritti anglosassoni, assolutamente prive di ogni efficacia generale, sia pure imperfetta, di fonte normativa. Esse hanno, al di fuori dello specifico caso deciso, solo valore pratico di indici (particolarmente autorevoli quando si tratti di sentenze emesse dalla corte di cassazione) del cd. «diritto vivente», cioè della migliore (o comunque più conveniente) interpretazione attualmente in corso delle norme giuridiche in vigore. Valore pratico anche più scarso hanno le opinioni espresse dai giuristi privati (usualmente indicati col termine di «dottrina»). V. retro n. 3.2. — La corte costituzionale italiana (prevista e regolata dagli a. 134-137 cost. e da altri provvedimenti integrativi) esercita anche altre importanti funzioni, sulle quali non è qui il caso di soffermarsi. Quanto alla dichiarazione di «illegittimità costituzionale» di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la corte, da un lato, manca della possibilità di effettuarla di propria iniziativa, essendo la sua attività subordinata alla proposizione della questione di costituzionalità (come «non manifestamente infondata») da parte di altre autorità giudiziarie; dall'altro lato, si arroga sempre più spesso (e, a nostro avviso, molto discutibilmente) il potere di emanare, tra i vari tipi di sentenze di accoglimento delle eccezioni di incostituzionalità, anche le cd. «sentenze manipolative» della legge in discussione e, sopra tutto, le cd. «sentenze additive»: sentenze, queste ultime, con le quali essa dichiara l'illegittimità costituzionale di un testo nella parte in cui «non dice» alcunché (es.: sent. n. 364 del 1988, con la quale è stato proclamato illegittimo il principio dell'a. 5 cp., sulla inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, nella parte in cui non esclude l'ipotesi di «ignoranza inevitabile»). Tutto ciò non favorisce né la purezza costituzionale dell'intera legislazione, né la sovranità legislativa del parlamento.

proposito questione nel corso di un processo ordinario, se ed in che limiti le leggi siano conformi ai precetti della costituzione.

6.5. Non va tralasciato di aggiungere che è in via di lenta formazione, nel mondo moderno, una sorta di diritto privato

---

6.5. A proposito del diritto privato comunitario (denominazione nostra, della quale non abbiamo saputo trovare una meno generica e più esatta), rileviamo, come nostra impressione personale, che tende ad influire in maniera eccessiva su di esso, almeno ai nostri giorni, il patrimonio giuridico di stampo anglosassone. Le ragioni politiche di questo fenomeno sono ovvie e si riconnettono all'attuale egemonia mondiale nord-americana, chiaramente visibile nell'istituzione comunitaria più vasta costituita dall'O.N.U. (Organizzazione delle Nazioni Unite, con sede a New York). Alcuni paesi, come Francia e Germania, resistono a questa invadenza in misura maggiore di altri paesi, tra cui l'Italia. Appunto in Italia ci troviamo, al momento, di fronte ad un'esagerata dipendenza della dottrina giurisprudenziale e della stessa legislazione da quella anglosassone: una sorta di soggezione che è, a nostro avviso, non meno deplorevole, nella sua esuberante disponibilità, della dipendenza dalla dottrina germanica registratasi nella prima metà del sec. XX e della dipendenza dalla dottrina francese verificatasi nel corso del secolo precedente. (Sul punto: Guarino, «*His master's voice*», in *Labeo* 43 [1997] 70 ss.). A titolo di esempio del diritto privato comunitario ricordiamo: la Convenzione di Vienna del 1980 sul regolamento uniforme della vendita di cose mobili corporali (*beweglische Sachen, goods, marchandise*) approvato da una settantina di stati e tradotta in Italia nella l. n. 765 del 1985; la convenzione C.E.E. del 1985 sul riconoscimento dell'istituto del «trust» e sulla libertà degli stati consenzienti di arginarne l'invadenza, tradotta in Italia nella l. n. 287 del 1990 (cd. «legge antitrust»). — La Unione europea è stata istituita con una serie di trattati culminati nel Trattato sull'Unione Europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 (e arricchito da adesioni successive), la cui esecuzione in Italia è garantita dalla l. 14 ottobre 1957 n. 1203. — Le decisioni comunitarie delle organizzazioni internazionali non sono, di regola, vincolanti per gli stati membri, ma assumono la forma di «raccomandazioni», di «comunicazioni» *et similia*, che gli stati membri sono impegnati ad introdurre con proprie leggi (o provvedimenti equiparati) nei loro «diritti interni», salvo che non preferiscano ritirarsi dall'organizzazione. Sino a che il «diritto suggerito» dalla comunità internazionale non si traduce in diritti interni, si parla da qualcuno, con locuzione inglese piuttosto equivoca, anche di «soft law» (diritto debole): v. Guarino, «*Soft Laws*», in *Labeo* 39 (1993) 434 s. Da tener presente è, altresì, che il comportamento degli stati membri nell'applicazione interna del diritto suggerito dalla comunità è spesso largamente controllato da apposite «corti di giustizia» o commissioni arbitrali, con conseguenze sanzionatorie di varia intensità. — L'utilità di un diritto comunitario (non soltanto privato, ma tendenzialmente globale) è sostenuta con entusiasmo da molti giuristi di vari stati del mondo moderno. A costo di uscire per un momento dai confini di questo libro, sentiamo il dovere di affermare che, a nostro avviso, questo entusiasmo, anche quando si riferisce più plausibilmente ad una sfera di applicazione più ristretta (in particolare, agli auspicati «Stati Uniti di Europa»), è ingenuo e molto male orientato: ingenuo, perché si basa sull'illusione che le diversità di ordinamento derivate da molti secoli di storia possano essere, salvo che con riferimento a limitatissime materie, agevolmente superate; male orientato (o molto), perché si basa sull'incomprensione dell'importanza di uno sviluppo autonomo della storia delle diverse regioni territoriali e dei diversi ambienti socio-economici che attualmente esistono e che in futuro potranno anche essere indotti, da impulsi difficilmente controllabili, a variare. Altro è l'utopistica unità cui si aspira (sopra tutto a parole), altro è la comprensione sempre maggiore delle varie ineliminabili diversità cui si può (e si deve) concretamente tendere. E sia ben chiaro che a questo processo di comprensione reciproca (e di eventuali riforme che possono venire qua e là influenzate dalle stesse) il diritto romano pubblico e privato è in grado di seriamente contribuire solo se si abbandoni l'idea di poterci direttamente o comunitario, cioè di diritto concordato dalla comunità internazionale in genere o, più spesso, da più limitate comunità di stati (caso più rilevante quello della U.E., cioè dell'Unione europea, succeduta nel 1993 alla più limitata Comunità economica europea, cd. C.E.E.) per il regolamento in modo uniforme, o almeno analogo, di certe materie privatistiche di comune interesse (titoli di credito, società di capitali, concorrenza di mercato ecc.). Tale diritto, di regola, acquista vigenza nei singoli stati solo se le convenzioni internazionali relative sono ratificate dagli stessi o sono dagli stessi convertite in leggi parzialmente o totalmente conformi a quanto da esse stabilito. La ragione di fondo per cui il cd. «diritto privato comunitario» è interessante dal nostro punto di vista sta nel fatto che le discipline normative che lo costituiscono fanno capo, di volta in volta, non tanto a principi di assoluta originalità, quanto a principi di stampo romanistico o a principi di stampo anglosassone, oppure, più spesso, a combinazioni in varia misura (e di identificabilità non sempre agevole) degli uni e degli altri principi. Il che richiede, in sede di interpretazione, la conoscenza approfondita delle varie esperienze coinvolte, tra cui quella del diritto romano e della evoluzione postromana dello stesso.

---

indirettamente attingere dati utilizzabili come «precedenti» degli ordinamenti giuridici moderni (o almeno del diritto privato vigente nei paesi di tradizione romanistica: così, se non erriamo, pensano i «neopandettisti» di cui retro n. 4.1). Nulla di tutto ciò. Il diritto romano è manifestazione di un'esperienza ricchissima e ottimamente analizzata che è durata tredici secoli (da Romolo a Giustiniano), ma che è ormai del tutto esaurita, estinta, morta. Ad essa si può utilmente guardare, dagli studiosi e dai legislatori moderni, solo come utilmente si guarda ad un'esperienza giuridica «straniera» del giorno d'oggi: in sede, dunque, di «comparazione» e, più precisamente, di comparazione «diacronica». Molti (e forse i più) degli insegnamenti che si traggono dal suo studio storico non inducono affatto ad imitarlo, ma inducono piuttosto ad evitarne gli errori.

CAPITOLO II

LA TUTELA GIURIDICA DEI «PRIVATI»

Sommario: 7. La tutela giuridica dei *privati*. — 8. Le *procedure per legis actiones*. — 9. Le procedure *per formulas*. — 10. La struttura dei iudicia formulari. — 11. Lo svolgimento del processo formulare. — 12. I mezzi complementari delle procedure formulari. — 13. Le *procedure extra ordinem*.

7. La tutela giuridica dei «privati».

7.1. La realizzazione coattiva dei diritti dei *privati* (o, detto in altri e più precisi termini, l'esercizio del

---

7.1. Sulla tutela giuridica privata in generale: Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung* 1-3 (1864-73, rist. 1959; i successivi tre voll. riguardano il diritto comune); Bertolini, *Appunti didattici di dir. rom., Il processo civile* 1-3 (1913-15); Costa, *Profilo storico del processo civ. rom.* (1918); Wenger, *Istitut. di procedura civ. rom.* (1924; tr. it. 1938); Luzzatto, *Procedura civ. rom.* 1-3 (1946-50); Pugliese, *Il processo civ. rom.* 1. *Le «legis actiones»*, 2.1. *Il processo formulare* (1962-63); id., *Il proc. formulare* 1-2 (1948-49); Biscardi, *Lezioni sul proc. rom. civ.* (1968); Murga, *Derecho romano clásico* 2. *El proceso* (1980); Betti, sv. *Processo civile (d. rom.)*, in *NNDI.*; Luzzatto, sv. *Giurisdizione (d. rom.)*, in *ED.*; Talamanca, sv. *Proc. civ. (d. rom.)*, in *ED.*; id., *Il riordinamento augusteo del proc. civ.*, in *ACOP.* 8 (1999) 63 ss.; Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*² (1996). Menzione speciale meritano gli eccellenti studi dedicati alla materia dal Wlassak, *Römische Processgesetze* 1-2 (1888-91), nonché in numerosi articoli di *SZ.* e *PW.* V. anche: Kelly, *Roman litigation* (1966); id., *Studies in the civil judicature of the Roman Republic* (1976); Pugliese, *Principi teorici e realtà nella pratica del proc. rom.*, in *L.* 13 (1967) 391 ss.; id., *«Actio» e la «litis contestatio» nella storia del proc. rom.*, in *St. Liebman* 1 (1979) 409 ss.; id., *Diritto e processo nell'esperienza giur. rom.*, in *St. Provera* (1994) 7 ss.; Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato* (1980); Marrone, *Ordine nel processo (storia)*, in *ED.*; Fanizza, *L'amministraz. della giustizia nel principato etc.* (1999). — Fonti di cognizione del diritto processuale romano sono: le *institutiones* di Gaio, e più precisamente il commentario 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*. Queste ultime fonti (particolarmente quelle dei *Digesta*) sono però, il più delle volte, il risultato di un adattamento alle nuove procedure di testi classici relativi al processo *per formulas*. — Il concetto «potere di azione» da parte del soggetto privato che ne fosse titolare) segnò anche nell'ordinamento giuridico romano, così come in vari altri ordinamenti antichi, il fenomeno di un graduale passaggio dall'«autotutela» alla «tutela statale»: dalla difesa del diritto soggettivo operata direttamente dal soggetto giuridico suo titolare contro chi gli resistesse, e desse pertanto luogo ad una «*lis*» (lite, controversia) tra i due, alla difesa del diritto soggettivo operata dal titolare con l'ausilio 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 del periodo classico il sistema dell'autotutela non solo non era scomparso, ma era considerato tuttora, almeno in linea astratta, la regola: e ciò anche se in concreto i soggetti giuridici 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 in periodo postclassico poté parlarsi di una «tutela statale esclusiva», che quasi del tutto escludesse l'alternativa dell'autotutela: il che dipese dal fatto che

---

di lis, nel senso di controversia tra soggetto attivo e soggetto passivo, fu alla base di ogni ipotesi di ricorso alla tutela giuridica privata: senza *lis* non vi era ragione di pretendere la coazione di chi non prestasse resistenza. Di solito, ma non sempre, si tendeva a distinguere dalla *lis* vera e propria (cd. «*lis inimicorum*») il cd. «*iurgium*», cioè il diverbio inteso al conseguimento stragiudiziale di un accordo (cd. «*benevolorum concertatio*»): cfr. Cic. *de rep.* 4.8. Sul punto: Falcone, «*Iurgium, lis, vicinitas*», in *AUPA.* 43 (1995) 479 ss. — L'affermazione della tutela statale esclusiva in materia di liti private fu piuttosto lenta e tardiva per ragioni connesse alla storia generale. Nella Roma repubblicana e in quella stessa del principato furono 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 attraverso dirette azioni, reazioni e sopra tutto accordi di compromesso (v. Volterra, *La base economica della elaborazione sistematica del dir. rom.* [1967], in *St. Santoro-Passarelli* 6 [1972] 1043 ss.). L'autotutela, la quale alle origini era stata il portato della debolezza della *civitas* di fronte alle *familiae* e alle *gentes* che avevano contribuito a costituirla, divenne, in altri termini, una manifestazione della tendenza dei ceti dominanti a fare a meno dell'intervento statale (o almeno a ridurre le liti tra loro esistenti a piccole «controversie campionarie» sottoposte alla giustizia statale per intuirne gli orientamenti): tendenza che si riscontra anche al giorno d'oggi, per molteplici e non sempre limpidi motivi, nelle grandi imprese commerciali (spesso a carattere multinazionale). L'assolutismo imperiale rovesciò progressivamente la situazione, ma è doveroso aggiungere che lo fece più in astratto che in concreto. In concreto il periodo postclassico fu infatti, come sappiamo (*retro* n. 4.5), quello in cui il principio dell'autorità statale, pur solennemente affermato in teoria, subì innumerevoli eccezioni di privilegio a vantaggio di molte categorie sociali organizzate, di famiglie di *potentiores*, di personalità singole. — Una sorta di giustizia sostitutiva di quella statale fu anche posta in essere, come risulta da molteplici indizi, dalle grandi famiglie all'interno delle loro clientele, evitando che queste si rivolgessero alla giurisdizione statale (della quale usavano, del resto, adottare i criteri di valutazione dominanti). V. *infra* n. 7.3.

la *cognitio* imperiale del *ius novum* spazzò via anche sul piano teorico la possibilità di ricorrere ai sistemi procedurali della tradizione repubblicana.

7.1.1. 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. Infatti, anche quando l'organizzazione statale ebbe posto a disposizione dei soggetti privati molti ed elaborati istituti processuali, l'«azione in senso sostanziale», espressione diretta e immediata del diritto soggettivo, rimase lungamente, almeno in astratto, esperibile in modo autonomo, senza necessità di essere portata, per il tramite dell'«azione processuale», alla valutazione degli organi della giurisdizione.

7.1.2. Si spiega altresì, per le considerazioni sopra esposte, la pluralità di significati che il termine «*actio*» ha nelle fonti

---

7.1.1. Sull'inerenza al *ius privatum* del capitolo della difesa dei diritti privati: *retro* n. 5.2. — I soggetti del *ius privatum* titolari delle vicende relative alla difesa dei diritti (e quindi «parti» della contesa) sono già stati sommariamente delineati *retro* n. 5.2. Per maggiori dettagli: *infra* n. 15-17. — L'organizzazione giurisdizionale veniva fatta rientrare nel *ius publicum*: Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains* 1 (1901); Kaser, *Römische Gerichtsbarkeit im Wechsel der Zeiten* (1966), in Schr. (1976) 419 ss.

7.1.2. Sulle significazioni di «*agere*» e di «*actio*»: Wlassak, sv. «*Actio*», in *PW.*; Pugliese, sv. *Azione (dir. rom.)*, in *NNDI.*; Guarino, *Il diritto e l'azione nell'esperienza rom.* (1951), in *PDR.* 1 (1993) 230 ss.; Gioffredi, «*Ius*» e «*actio*», in *Nuovi st. di dir. greco e romano* (1980) 215 ss. Risalente ancor più lontano delle prime testimonianze (*Lex repet.* 57.74 ss.; *Rhet. ad Her.* 2.12.18), come può desumersi dalla notevole antichità del verbo da cui deriva, il termine «*actio*» figura nella lingua dei giuristi con un significato ben preciso, e cioè nel senso di 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 «raggiungere», 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 ad un certo soggetto l'ordinamento giuridico fa lecito promuovere un certo procedimento giurisdizionale a tutela del proprio diritto soggettivo, che si presume (e in quanto si presume) esistente. Indubbiamente vi sono anche molte 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 agisce solo il fatto che abbia assunto l'iniziativa del processo (di cui sia, dunque, l'«attore»), 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. 8.1). — La concezione del diritto soggettivo come *actio* (e quindi la sua definizione come *actio*) si riconnette principalmente a tutte le ipotesi in cui le fonti, prescindendo dall'esistenza di un diritto già riconosciuto giuridiche romane. Ed infatti: *a*) talvolta, il termine serve chiaramente ad indicare il potere di azione, cioè l'«azione in senso sostanziale»; *b*) talaltra, altrettanto chiaramente, esso designa la domanda di giustizia con cui si dà inizio o impulso al processo giurisdizionale, cioè l'«azione in senso processuale»; *c*) altre volte, infine, esso adombra nel suo complesso tutta la procedura occorrente per la realizzazione di un certo scopo di giustizia, cioè il «procedimento giurisdizionale». D'altra parte, non va dimenticato che, in moltissimi casi, il sorgere di un diritto soggettivo fu conseguenza, e non causa, della tutela accordata dai magistrati giusdicenti (in sede, quindi, di *ius honorarium*) ad un soggetto che fosse privo di un diritto spettantegli per *ius civile* («*iure civili*»): dimodoché, come vedremo meglio in séguito, ben prima che si parlasse di diritto soggettivo, di *ius* (e talora senza che mai se ne parlasse), la situazione attiva si configurò in queste ipotesi proprio e solo come «*actio*».

7.2. Il passaggio dall'autotutela alla tutela giurisdizionale fu agevolato dalla stilizzazione degli atti di autodifesa in

---

dall'ordinamento (e particolarmente dall'ordinamento civilistico), attestano che dai magistrati giusdicenti «*actio datur*» (cioè l'*actio* viene «concessa» *ex novo*) ad un soggetto cui essi, anche in mancanza di un diritto in forza del quale l'*actio* «*competit*», ritengono meritevole di tutela: ipotesi frequenti alle origini del *ius civile novum* e del *ius honorarium* (v. retro n. 4.3). — Una definizione 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. — Discusso è il significato del trinomio *actio petitio persecutio*, che figura in vari luoghi: Cassola, «*Actio petitio persecutio*» (1965). 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 persecutiones puto contineri*»). Sul punto: Guarino, «*A. p. pers.*» (1966), in *PDR.* 7 (1995) 12 ss., ove si sostiene che il trinomio sorse in epoca preclassica, nei formulari della giurisprudenza cautelare, per indicare il processo giurisdizionale 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. 46.8.13), ma si assume che il suo valore 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 astruse. — Sulle formulazioni processuali delle situazioni giuridiche, particolarmente frequenti nell'esperienza romana: retro n. 3.1.2.

7.2. 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 anameglio, dei principali e più usuali tra gli stessi) secondo certe forme rituali suggerite, su richiesta dell'interessato, dal sacerdozio dei pontefici: l'esercizio della difesa privata nel calco di questo rigido formalismo non solo assicurava, secondo la concezione degli antichi, la protezione degli dei, ma sopra tutto garantiva, dal punto di vista pratico, una sufficiente probabilità di raggiungere senza resistenza il fine della soggezione del soggetto passivo. Ma i pontefici, sia chiaro, non esercitavano attività giurisdizionale, dal momento che ben raramente erano interpellati da ambedue le parti contrapposte, e che pertanto non decidevano la lite tra le stesse. L'avallo che essi fornivano all'esplicazione di una certa *actio* (in senso sostanziale), indicando le modalità rituali per la sua formulazione, era molto autorevole, ma non andava al di là di questa duplice conseguenza: *a*) quella di conferire al soggetto agente maggior confidenza nel fondamento del proprio diritto; *b*) quella di indurre la controparte alla sfiducia verso la propria tesi, anzi addirittura al timore che l'insistere in essa le facesse piovere sul capo lo sfavore degli dei. Solo in questo senso si poté dire che il diritto era tutto quanto riposto nelle segrete «camere di consiglio» del collegio pontificale («*omne ius in penetralibus pontificum repositum erat*»).

---

tivi della questione): Guarino, *ODR.*, n. 33 ss. (v. anche: Pugliese, *Il processo* cit. 1.138 ss., contro la tesi difesa dal De Martino, *La giurisdiz. nel dir. rom.* [1937] 5 ss.; in senso analogo alla nostra ipotesi: Voci, *Per la definizione dell'imperium* [1953], in *St. d. rom.* [1985] 103 ss.). V. retro n. 4.2. — L'ipotesi dell'autotutela come fase iniziale della difesa dei diritti in Roma è stata formulata magistralmente dal Jhering, *Der Geist des röm. R. auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁵ 1 (1888) 118, 150, 165, 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, derivanti da «*vim dicere*»). Così, ampiamente: Luzzatto, *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in *ZSS.* 73 (1956) 29 ss. 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., 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» etc.* (1959), in *Coniectanea* (1966) 97 ss., che ricollega «*vindex*» all'etimo «*vimex*» (il gruppo agnatizio, o l'appartenente allo stesso) e assume che il *vindex* fosse all'inizio il rappresentante della famiglia agnatizia nel quadro di un processo giurisdizionale istituito sin dagli albori della *civitas* per regolare pacificamente le controversie tra gruppi. Per una critica di queste concezioni: Pugliese, *Il processo* cit. 1. 29 ss.; Luzzatto, *Vecchie e recenti prospettive sull'origine del proc. civ. rom.*, in *SU.* 28 (1959-60) 1 ss. Taluni dei temi ora accennati sono ripresi, approfonditi e sviluppati, con considerazioni molto acute (anche se non altrettanto convincenti), dal Santoro, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA.* 30 (1967) 103 ss.; «*Actio*» *in diritto antico*, in *ACOP.* 1 (1982) 201 ss.; *Il tempo e il luogo dell'«actio» etc.*, in *AUPA.* 41 (1991) 283 ss.

7.3. L'intervento degli organi dello stato nelle vicende della difesa dei diritti fu implicato, in un momento ulteriore, dall'opportunità sempre più largamente sentita, di impedire ingiustificate resistenze o irragionevoli dubbi di fronte alla proclamazione dell'*actio*. Pur senza esigere tassativamente che i

---

7.3. Le origini della *iurisdictio* (*inter cives*) da noi ipotizzate corrispondono in gran parte alla *communis opinio*. In senso contrario taluni hanno congetturato una configurazione «ordalica» del più antico processo: Noll, *Zur Frage des Gottesurteils im vorgeschichtlichen röm. Zivilrecht*, in *ZSS*. 50 (1930) 27 ss.; Dekkers, *Des ordalies en dr. rom.*, in *RIDA*. 1 (1948) 55 ss.; Lévy, *Le problème des ordalies en dr. rom.*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 407 ss.; Luzzatto, *Vecchie e recenti prospettive* cit. 36 ss. e nt. 27 ss.; Tomulescu, *Les ordalies, le «sacramentum» et la «lex Pinaria»*, in *RIDA*. 21 (1974) 323 ss. Secondo queste teorie (che variano alquanto l'una dall'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: Guarino, *OGR*. n. 35. — La soluzione extragiudiziale delle controversie, senza ricorso alla giustizia statale ed a prescindere dalle ipotesi di «giustizia sostitutiva» (*retro* nt. 7.1), fu ovviamente sempre ben vista sia dallo stato (che evitava di sovraccaricarsi dei pesi comportati dall'esercizio della giurisdizione), sia dagli stessi privati (che evitavano le lungaggini dei processi, le spese necessarie per prendervi parte e la possibilità, non sempre gradita, che le loro questioni private venissero a conoscenza del gran pubblico). Come vedremo di volta in volta nei luoghi opportuni, i «surrogati della giurisdizione», che si affermarono nel corso dei tempi, furono principalmente tre: *a*) la «transazione» tra le parti in lite (*infra* n. 23.4 e 83.6); *b*) il «giuramento decisorio», cioè la concorde rimessione della decisione ad un «*iusiurandum voluntarium*» prestato da una delle parti (*infra* n. 84.3); *c*) l'«arbitrato», cioè rimessione della decisione (concordata mediante un «*compromissum*») ad una *sententia* pronunciata da un *arbiter* di comune gradimento (*infra* n. 81.7). Se, avvenuta la decisione stragiudiziale, la parte soccombente vi si sottraeva, la parte vittoriosa aveva azione per ricorrere agli organi della giurisdizione affinché la decisione stragiudiziale fosse eseguita. A tutto ciò va aggiunto, altresì, che il processo romano, pur dopo essere stato messo in moto dall'iniziativa di una parte, offriva ampie possibilità ai contendenti di interromperlo ed estinguerlo mediante una soluzione concordata o mediante una concordata rinuncia. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni il ricorso alla giurisdizione statale è dovunque largamente diffuso, mentre il ricorso a metodi di decisione «ordalici» è ovviamente ignorato (pur non essendo vietato e perseguito, se si effettua in modi civilmente e penalmente accettabili: non più punito penalmente è, in Italia e in molti altri paesi, l'ormai comunque desueto «duello»). Per favorire l'accordo tra i contendenti, molti ordinamenti pongono a disposizione delle parti, in funzione di «conciliatori», gli stessi giudici statali (così, ad esempio, in Italia); anzi nel Nord America questa funzione (cd. di «soft justice») viene spesso esercitata da persone o istituzioni private («Domestic relations Courts», «Small claims Courts» ecc.) con risultati non si sa quanto benefici, dato che aprono il varco al pericolo di un fenomeno di extra o anti-stato, che in Italia prende il nome di «mafia», ma che fuori d'Italia (anche se con nomi non altrettanto famigerati) è non meno largamente diffuso. Quanto all'arbitrato, esso è dovunque ritenuto lecito ed anzi favorito, purché sia relativo a «diritti disponibili» dei privati (cioè a diritti che non esprimano anche pubblici interessi, come, ad esempio, avviene per molti diritti familiari). Inoltre in molti ordinamenti di tradizione romanistica, tra cui quello italiano, si fa qualcosa di più: quando l'arbitrato si svolga con osservanza di un rito formale minimo predisposto a garanzia della giustizia (cd. «arbitrato rituale»), il «lodo» (il motivato parere) emesso dall'arbitro o dal collegio arbitrale, ove depositato presso il magistrato, viene dichiarato da questi esecutivo e si converte con ciò in sentenza giurisdizionale a tutti gli effetti. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 806, 831 cpc. e a. 832-840 cpc. (articoli questi relativi all'arbitrato internazionale e all'esecuzione in Italia di arbitrati stranieri: a. 24 l. 5 gennaio 1994 n. 25).*

soggetti giuridici si rivolgessero a loro, gli organi supremi di governo (a cominciare dagli stessi re arcaici) si misero a disposizione dei soggetti per fare qualcosa di più e di diverso da ciò che avevano fatto e tuttora facevano i pontefici: se le parti in lite si presentavano entrambe dinanzi al loro *tribūnal* (cioè dinanzi al palco sopraelevato, o alla tribuna, su cui solevano assidersi) e pronunciavano ivi, in cospetto l'una dell'altra, le solenni affermazioni di diritto suggerite a ciascuna dai pontefici, essi affermavano la suprema esigenza dell'ordinamento giuridico, di cui erano gli esponenti, a che prevalesse una volta per sempre la parte che aveva ragione e passavano, di conseguenza, a prendere i provvedimenti opportuni al raggiungimento della «decisione». Era in ciò che si esprimeva la funzione detta della «*iuris dictio*» («giurisdizione») o del «*dicere ius*», cioè dell'affermare per esplicito e in modi solenni l'autorità dell'ordinamento giuridico.

7.3.1. Nell'eventualità ora detta la vicenda si articolava approssimativamente in tre fasi: *a*) quella della «comparizione del-

---

7.3.1. La bipartizione del processo nel procedimento «in iure» ed in quello «*apud iudicem*» fu limitata ai soli processi di accertamento e la così si profilò, a nostro avviso, sin dalle origini. Beninteso con l'avvertenza che il ricorso all'attività istruttoria del *iudex privatus* era soltanto eventuale, in quanto non ve n'era necessità né in caso di ammissione del buon diritto di una parte operata dalla controparte, né 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 giudicante esercitasse in ogni caso le funzioni del *iudex* (il che spiegherebbe perché i magistrati maggiori erano detti in antico anche *iudices*) e che la funzione giudicante fosse commessa al *iudex privatus*, tutt'al più, a mero titolo facoltativo. Ma è proprio in questo riconoscere che il giudizio potesse non essere esercitato (sia pure facoltativamente) dal magistrato giudicante che sta la debolezza della tesi dell'originaria unità della funzione giudicante. Sul punto Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (1955) *passim*; Broggini, «*Iudex arbiterve*» (1957); Horvat, *Deux phases du procès romain*, in *St. Lévy-Bruhl* (1959) 163 ss.; Jahr, «*Litis contestatio*» (1960); Wieacker, *Der Prätor etc.*, in *Vom röm. R.*² (1961) 1 ss.; Kaser, *Zum Ursprung des geteilten röm. Zivilprozessverfahrens* (1944), in *Schr.* 2 (1976) 305 ss. — Quanto alla terminologia «iudex», non abbiamo difficoltà a ritenere che essa si riferisse originariamente ai magistrati giudicanti, visto che ammettiamo che questi potevano risolvere personalmente (e forse lo facevano più spesso di quanto si pensi) 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 secondo procedimento era un *privatus*, ma era privato «investito» di funzioni giudicanti dal *magistratus-iudex*. Nulla di strano che, per traslato, questa 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 giudicante fecero sì che il termine «*iudex*» passasse più tardi ad indicare quasi esclusivamente il giudice (o *arbiter*) privato. — Sul contraddittorio tra le parti nei tre sistemi procedurali: Provera, *Il principio del contraddittorio nel proc. civ. rom.* (1970). Il processo non poteva essere iniziato e portato avanti dall'attore all'insaputa della controparte: la quale in certi casi e in certe procedure doveva essele parti»; *b*) quella del «contraddittorio»; *c*) quella della «decisione della lite». La «comparizione» davanti al magistrato («*in iure*») di entrambe le parti poteva avvenire d'accordo tra le stesse oppure, più spesso, su chiamata («*in ius vocatio*») operata dall'una (l'attore), eventualmente con l'aggiunta di adeguate pressioni fisiche, nei riguardi dell'altra (il convenuto). Instaurato con ciò il «contraddittorio» tra le due parti, ognuna di esse (in generale, il convenuto) aveva l'alternativa: o di ritrarsi («*cedere*») e di riconoscere fondate le ragioni dell'avversario o di insistere nella sua affermazione. Nella prima ipotesi l'attore aveva partita definitivamente vinta; nella seconda ipotesi il giusdicente esaminava le opposte tesi e concludeva con un provvedimento favorevole ad uno dei due contendenti (e sfavorevole all'altro) solo quando i termini della questione erano di evidenza immediata. Quando invece non era possibile prendere una decisione su due piedi ed *in iure*, il giusdicente rimetteva le parti, per l'approfondita cognizione della controversia, ad un successivo procedimento (cd. «*apud iudicem*»), cioè alle cure di un privato cittadino, detto *arbiter* o *iudex*, affinché lo sostituisse nell'esaminare le prove e le controprove addotte dai litiganti e risolvesse in sua vece la questione secondo le esigenze obbiettive del *ius*. Il che valse, come chiariremo subito, solo per le procedure cd. «ordinarie», non per quelle «straordinarie».

7.4. I sistemi procedurali che trovarono applicazione nella storia di Roma furono infatti tre: *a*) quello delle *legis ac-*

---

re necessariamente presente *in iure* (di persona o attraverso un rappresentante). In altri casi e procedure (particolarmente nelle procedure *extra ordinem*: v. *infra* n. 7.4) poteva essere assente, ma solo a patto che fossero state compiute certe attività essenziali per renderla edotta della controversia giudiziaria o che si fosse proceduto, a seguito della sua ostinata assenza, a dichiararla «contumace».

7.4. I sistemi procedurali indicati nel testo (e per i quali v., rispettivamente, *infra* n. 8, n. 9-12, n. 13) ammisero, nel loro seno, ciascuno una certa varietà di distinti procedimenti che qui vengono caratterizzati per le loro linee generali (v. anche *retro* n. 4.2.8, 4.3.5, 4.3.6, 4.4.3). Inoltre, non bisogna credere che i tre sistemi stiano ad indicare tre distinte epoche di sviluppo del diritto processuale romano, perché in realtà: il secondo coesistette a lungo col primo, lentamente soppiantandolo (e non del 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 tolse ogni esistenza 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. — Il tempo della *iurisdictio*, in cui il magistrato giusdicente poteva esercitare validamente le sue funzioni, era limitato, nel processo ordinario, ai «*dies fasti*», cioè non interdetti nel calendario dal *nefas*, purché questi giorni non fossero «*dies comitiales*» (giorni nei quali fossero stati convocati i comitia). Il calendario prevedeva inoltre anche alcuni «*dies intercisi*» (cioè spezzati), nei quali si poteva rendere giustizia solo nella parte media della *tiones*; *b*) quello delle *formulae*; *c*) quello della *cognitio extra ordinem*. La procedura delle «*legis actiones*» fu la procedura più antica e fu caratterizzata dal fatto che l'attività del giusdicente (la sua «*cognitio*») era limitata alla presa di conoscenza delle contrastanti affermazioni suggerite alle parti dai pontefici: presa di conoscenza, cui normalmente conseguiva, a seconda delle opportunità, il diretto intervento tutorio del magistrato stesso, oppure (nei processi di accertamento) la eventuale remissione della questione «giurisdizionalizzata» all'arbitro o al giudice privato. La procedura «*per formulas*», sorta in età preclassica, contemplò anch'essa la normale distinzione del processo di accertamento in due procedimenti connessi (quello *in iure* e quello *apud iudicem*), ma differì dalla procedura delle *legis actiones* essenzialmente per il fatto che la cognizione magistratuale, lungi dal rimanere passiva, si concretava in un'attiva e determinante cooperazione con l'attore e col convenuto nella identificazione, per ogni singola controversia, della questione da decidere (del cd. «*thema decidendum*»). Di contro ai due sistemi ora descritti, che costituirono la «giustizia ordinaria» («*cognitio ordinaria*»,

---

giornata, tra il sacrificio mattutino dell'*hostia* e l'offerta serale agli dei delle interiora della vittima (*exta*). Per l'attività dei giudici non vi erano preclusioni religiose, ma (a parte il fatto che non era possibile svolgerla nei *dies comitiales*) l'uso dominante fu che, almeno quanto ai *centumviri*, vi fosse annualmente un periodo di attività ordinaria (cd. «*actus rerum*») ed un periodo di vacanze (cd. «*feriae*»). Behrends, *Die römische Geschworenenverfassung* (1970). In generale: Rüpke, *Kalender und Oeffentlichkeit* etc. (1995). — L'ambito della *iurisdictio*, cioè il campo e l'intensità della sua esplicazione, si sottrae ad una delimitazione precisa, tanto più che le fonti in proposito sono di contenuto molto frammentario e vario. Cfr., in particolare: *FIRA*. 1.86, 1.108 e 1.68, per i riferimenti alla *Lex* (*Thoria*?) *agraria*, *Iulia agraria*, *Placentia de iurisdictione* e *Papiria de sacramento*; Plaut. *Epid.* 25, *Stich.* 126, *Capt.* 307; sopra tutto Varr. *de l. lat.* 6.30: *Dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem 'do, dico, addico'* ecc. Dall'interpretazione di questi testi sono derivate tre diverse teorie: *a*) *iurisdictio* come pronuncia dei *verba legitima* («*do, dico, addico*»); *b*) *i.* come dichiarazione della norma applicabile; *c*) *i.* come statuizione del diritto nella fattispecie concreta. A nostro avviso, la *iurisdictio* fu inizialmente una manifestazione dell'*imperium* e appartenne, in linea di principio, prima al *rex* e poi ai *magistratus cum imperio*; solo nel periodo preclassico potè avvenire che essa fosse intesa come un potere autonomo, praticamente esercitato da taluni magistrati *cum imperio* (principalmente i *praetores*) o talvolta, a fini limitati, da magistrati *sine imperio* (come gli *aediles curules*). Quanto ai cd. «*tria verba legitima*» che Varrone e altri indicano come caratteristiche dell'attività giusdicente, i molteplici tentativi finora fatti per dar loro un senso preciso si basano sul presupposto errato che essi abbiano avuto sempre, e secondo tutte le fonti che li riportano, lo stesso significato. Il più che di quei termini (peraltro dubitativamente) si può ritenere è che, nel passo citato di Varrone, essi stiano ad indicare le tre funzioni precipue del pretore: «*do*» il *dare iudicem*, «*dico*» il *dicere ius*, «*addico*» il dare soddisfazione alla (fondata) richiesta dell'attore (cfr. Fest. L. 12 sv. «*addicere*»: *addicere est proprie idem dicere et approbare dicendo*). Sul punto: Gioffredi, «*Ius dicere*» *e* «*iurisdictio praetoria*», in *St. Guarino* (1984) 2035 ss.

«*ordo iudiciorum privatorum*»), si pose il terzo sistema procedurale, quello della «giustizia straordinaria» («*cognitio extra ordinem*») dilagante già in periodo classico avanzato e prevalente nell'età postclassica, il quale ebbe a sua caratteristica principale il fatto che l'organo giusdicente (magistrato o funzionario imperiale che fosse) avocò a sé la disamina completa di tutta la controversia, assorbendo anche le funzioni del giudice privato e, per conseguenza, fondendo in un procedimento unitario i due momenti dell'individuazione della questione da risolvere e della verifica delle opposte tesi delle parti.

7.5. Quanto all'autotutela, essa rimase, come si è detto, teoricamente aperta alle eventuali preferenze dei cittadini romani sino all'età classica avanzata e (per certi aspetti più limitati) anche oltre, ma è comprensibile che la sua diffusione pratica decadde fortemente per effetto della concorrenza della tutela statale: tanto più che l'utilizzazione della difesa privata poteva

---

7.5. Sulle principali esplicazioni dell'autotutela nel periodo classico: Wesener, *Offensive Selbsthilfe im klassischen röm. R.*, in *St. Steinwenter* (1958) 100 ss., con bibl. 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 pigneratam aufert, non videtur committere* [illegible]). 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. — La violenza sulle persone fu punita per la prima volta dalla *lex Plautia de vi* dell'80-70 a. C. — La vis atrox sulle cose fu contemplata per la prima volta dalla *lex Iulia de vi (publica et) privata* del 17 a. C. — Per le ipotesi romane di reazione commessa a titolo di cd. legittima difesa, che meglio dovrebbe denominarsi «lecita autodifesa», 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). Sul tema: Longo (G.), *Sulla legittima difesa* etc., in *St. von Lübtow* (1970) 321 ss.; Ormanni, sv. *Necessità (d. rom.)*, in *ED.*, con bibl. — In generale, sulla non ripugnanza per la violenza, soprattutto nella Roma repubblicana: Lintott, *Violence in Republican Rome* (1968); Mayer-Maly, sv. «*Vis*» (*als juristischer Begriff*) in *PW.*; Labruna, «*Vim fieri veto*» etc. (1971); Guarino, «*Vanae plagiariae*» (1980), in *PDR.* 2 (1993) 409 s. — *Postilla. 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: v. infra n. 87.1.2. 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 alle persone». E si badi bene che per violenza sulle cose l'a. 392 co. 2 intende, con accezione larghissima, il fatto che la cosa viene danneggiata o trasformata, o ne è mutata la destinazione.*

facilmente scivolare nell'illecito (sopra tutto a causa di un eccesso di vigore in cui si incorresse nella sua esplicazione). Comunque i Romani non solo evitarono per lungo tempo di rendere obbligatorio ed esclusivo il ricorso alla tutela statale, ma si astennero sempre dal configurare sul piano generale un illecito criminale, un *crimen* (oggi si direbbe un «reato»), costituito dall'«esercizio arbitrario delle proprie ragioni». 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 sulla persona» o di «violenza su cose» che fosse particolarmente odiosa («*vis atrox*»). L'antigiuridicità degli stessi atti di violenza fu quindi esclusa in molteplici e importanti ipotesi, tra cui quella della proporzionata reazione alla violenza altrui (cd. «legittima difesa»: «*vim vi repellere licet*») e quella dell'azione violenta compiuta per la necessità di sottrarsi a un pericolo grave e imminente (cd. «stato di necessità»).

7.5.1. Una svolta importante, ma non ancora conclusiva, fu impressa a questa situazione, nel sec. II d. C., da una famosa decisione giudiziaria emessa *extra ordinem* da Marco Aurelio: il

---

7.5.1. Il *decretum divi Marci*, emesso in un processo *extra ordinem*, è riportato da D. 48.7.7 (Call. 5 *cogn.*): *Verba decreti haec sunt. «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] <ipsoque> sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit».* Nel testo (o sommario di verbale d'udienza) 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.*) (v.: 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 dell'imputazione del *crimen vis* agli infrattori, 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 il principio generale del diritto giustinianeo (*Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi*) è stato formulato utilizzando un testo di Paul. 13 *Plaut.* originariamente limitato alla materia interdittale (L. 1.1167 nt. 5) e sistemandolo in D. 50.17, *de diversis regulis iuris antiqui*, fr. 176.

cd. «*decretum divi Marci*». Ad un creditore che, non essendo stato soddisfatto dalla persona verso di lui obbligata (cioè dall'*obligatus*), si era rifatto direttamente sui beni di quest'ultima, l'imperatore rifiutò la protezione giudiziaria dichiarando che ogni creditore che si comportasse in tal modo dovesse essere sottoposto alla sanzione della perdita del credito. Il «precedente» di Marco Aurelio fece testo per tutti i casi analoghi e costituì l'inizio di una evoluzione della prassi giudiziaria e della legislazione postclassica, la quale portò al risultato finale del divieto di esercitare le proprie ragioni anche per il proprietario, oltre che per il creditore, e portò inoltre 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.

8. LE PROCEDURE «PER LEGIS ACTIONES».

8.1. Le procedure «*per legis actiones*» («con ricorso alle azioni di legge») furono quelle originarie del *ius privatum* romano. Gli spunti di esse (e in particolare delle due 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 dell'originario *ius Quiritium*. Tuttavia solo le leggi delle XII tavole, per esaudire una delle più pressanti istanze della plebe, si preoccuparono di tradurre e in parte di trasformare le antiche forme di autodifesa e

---

8.1. Sul sistema delle *legis actiones*, a parte la letteratura generale già citata *retro*, v.: Behrends, *Der Zwölftafelprozess* (1974); Nicosia, *Il proc. privato rom.* 1. *Le origini* (1986). 2. *La regolamentazione decemvirale* (1986); Albanese, *Il proc. privato rom. delle «legis actiones»* (1987). Va ribadito che la materia presenta non poche né lievi difficoltà di ricostruzione, sia nel quadro d'insieme sia negli aspetti particolari, perché mancano fonti coeve o 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 (4.10-31) 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 delle *Institutiones* è stato fortunatamente integrato in parte con un foglio appartenente ad altro manoscritto egiziano, pubblicato nel 1933 dall'Arangio-Ruiz in *PSI.* 11.1182 (v. ora in *St. epigr. e pap.* [1974] 55 ss., 158 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*. V. Gioffredi, *Su Gai. 4.11*, in *St. Sanfilippo* 3 (1983) 325 ss.

le varie pratiche procedurali derivatene in organici e ben determinati procedimenti giurisdizionali, creandone anche di nuovi. Leggi successive dell'arcaico *ius legitimum vetus* e del preclassico *ius legitimum novum* perfezionarono ed arricchirono ulteriormente il sistema. E fu principalmente in considerazione di questo penetrante intervento legislativo che i Romani usarono parlare di «*legis actiones*», cioè di «azioni di legge», di azioni derivanti da leggi.

8.1.5. Le *legis actiones* contribuirono, dunque, in modo determinante all'attuazione di quella «certezza del diritto», cui la plebe 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 col trascorrere del tempo. Infatti, man mano che la vita sociale romana andò successivamente evolvendosi, nell'arco temporale dal sec. V al sec. III a. C., le *legis actiones*, ch'erano più o meno ancora quelle stesse di una volta, misero a nudo il gravissimo difetto di costringere le parti a riversare le loro pretese entro pochi e rigidi e antiquati schemi formali, sempre meno adatti 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 una crescente insofferenza, addirittura un «odio», dei Romani evoluti (diciamo, dei Romani dal sec. III a. C. in poi) verso il vetusto sistema procedurale; e di qui anche, da parte loro, la pratica sempre più diffusa di sottrarsi alle strettoie delle antiquate procedure mediante il ricorso a decisioni arbitrali esclusivamente private suggerite dalla giurisprudenza e spesso avallate dagli stessi magistrati giusdicenti, a cominciare dal *praetor urbanus*. L'affermarsi di queste nuove procedure (denominate, per

---

8.1.5. Sulle ragioni che portarono all'abolizione delle *legis actiones* cfr 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* (poi denominata *actio arborum furtim caesarum*: *infra* n. 90.3) quando taluno la volesse utilizzare allo scopo di reclamare per un taglio abusivo di quella sottospecie di *arbores* che erano le viti: *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* (così Gai 4.11). V. tuttavia, in senso critico: Solazzi, *L'odio per le «legis actiones» in Gai 4.30* (1944), in *Scr.* 4 (1963) 697 ss. Sul tema: Frezza, *Storia del proc. civ. in Roma fino all'età di Augusto*, in *ANRW.* 1.2 (1972) 163 ss.; Cannata, *Introduz. ad una rilettura di Gai 4.30-33*, in *Ott. Guarino* (1984) 1869 ss.; Magdelain, *Gaius IV 10 et 33 et la naissance de la proc. formulaire*, in *T.* 59 (1991) 239 ss. V. *infra* n. 9.1.

ragioni che esporremo più in là, come procedure «*per formulas*») segnò, nel sec. II a. C., l'inizio della sempre più rapida decadenza delle *legis actiones*, sino alla *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C., che in gran parte addirittura, come diremo, le abolì.

8.1.2. Le «*legis actiones*», intese come procedure giurisdizionali (come «*modi agendi*»), furono in tutto cinque: tre «dichiarative» (*legis actiones per sacramentum, per iudicis arbitrive postulationem e per condictionem*) e due «esecutive» (*legis actiones per manus iniectionem e per pignoris capionem*). Ma occorre tener presente che di «*legis actiones*» i Romani parlarono anche, e spesso, per designare molte e più numerose applicazioni specifiche delle varie procedure generali (es.: *legis actio de arboribus succisis, legis actio damni infecti*), e ne parlarono anche, talvolta, per designare certe particolari attività private a carattere negoziale (le cd. «*actiones negoziali*»), quando fossero compiute per maggiore solennità davanti ad un magistrato giusdicente: non per dirimere dunque un conflitto di interessi, ma solo per realizzare solennemente un effetto giuridico di peculiare importanza (es.: la *manumissio vindicta* di uno schiavo).

8.2. Le caratteristiche generali del sistema procedurale delle *legis actiones* si riducono, anche per la scarsità delle

---

8.1.2. Sulle *legis actiones* come modi agendi cfr. Gai 4.12: *Lege autem agebatur modis quinque rell.* Nell'ambito dei diversi modi agendi si formarono, in numero peraltro assai limitato, le *legis actiones* specifiche. — Esempi principali di legis actiones negoziali (cioè di negozi giuridici compiuti davanti a un magistrato giusdicente) sono l'atto costitutivo del *consortium ad exemplum* (*infra* n. 37.4.1; 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* (v. Palmieri, «*Legis actio*» *in alcune fonti giur.*, in *St. Arangio-Ruiz* [1964] 521 ss.). Per queste *legis act.*, non intese a dirimere conflitti di interessi, si parlò talvolta di «*iurisdictio voluntaria*»: v. anche *infra* nt. 31.1 e n. 22.6.

8.2. In ordine ai problemi di origine, ai possibili legami di interdipendenza fra *legis actiones* e difesa privata (utilizzazione di atti o gesti implicanti una lotta fra le parti) e, massime, agli aspetti religiosi del più antico processo, v. (oltre alla letteratura citata *retro* nt. 7.2 e 8.1): Kaser, *Das altrömische «ius»* (1949) 15 ss., 191 ss., con bibl.; Gioffredi, *Diritto e processo* cit. 87 ss.; Biscardi, *L'unità del processo nell'esperienza giur. rom.*, in *BIDR.* 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) sull'altro per trascinarlo a forza davanti al magistrato. Ciò fa intuire che, alle origini, la difesa del diritto offeso era affidata essenzialmente alla *manus iniectio*, all'aggressione fisica, e che 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 fonti a disposizione, a tre punti sicuri: *a*) tutti i procedimenti (sia dichiarativi che esecutivi) si fondavano su una affermazione solenne del proprio diritto da parte dell'attore e su un diniego (o su una pari affermazione solenne del proprio diritto) da parte del convenuto: il tutto da svolgersi (salvo che per la *pignoris capio*) davanti al magistrato giusdicente (*in iure*); *b*) il magistrato giusdicente interveniva al limitato scopo: o di autorizzare l'«esecuzione» del diritto dell'attore; oppure, in caso di contestazione da parte del convenuto o di un terzo, di effettuare un imparziale «accertamento» del buon diritto di una delle parti; *c*) quando il processo era di accertamento (o di cognizione che dir si voglia) non sempre esso era integralmente espletato dallo stesso giusdicente: spesso si scindeva in due fasi (cioè in due procedimenti), di cui la prima era appunto «*in iure*», mentre la seconda (ed eventuale) era svolta «*apud iudicem*», vale a dire davanti al giudice privato.

8.2.5. Il «procedimento *in iure*», cioè davanti al magistrato che rappresentava l'autorità del *ius*, serviva ad instaurare la

---

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 assegnare (*addicere*) a lui il convenuto, convalidando con ciò la *manus iniectio*. — La presenza del magistrato nella fase *in iure* del più antico processo privato romano è posta in dubbio dal Nicosia (*Il processo* cit. 2.12.5 e *passim*), secondo cui il controllo delle dichiarazioni e delle attività delle parti sarebbe stato originariamente, e ancora per le *XII tabulae*, svolto direttamente dalla comunità dei presenti. Ipotesi ardita, contro la quale v.: Corbino, *XII Tab. 2.2 etc.*, in *Om. Iglesias* (1988) 1178 ss. — Sulle ragioni originarie delle due fasi del processo di accertamento v. retro n. 7.3.1.

8.2.5. Il procedimento in iure si svolgeva solo nei *dies fasti* o *endotercisi*, alla luce del giorno, possibilmente tra l'alba e il mezzogiorno (*meridies*), là dove i magistrati giusdicenti alzassero il loro *tribunal* sormontato dalla *sella curulis*. Per il *praetor urbanus* la sede originaria fu la piazza del *comitium*, davanti al tempio di Vesta (*atrium Vestae*), ma col procedere del tempo e con l'aumento dei giusdicenti le sedi furono fissate anche altrove: v. *infra* n. 11.1. — 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. 8.4.1. 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 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*). — Al differimento del processo, dopo avvenuta la comparizione e nell'ipotesi che la procedura non potesse esaurirsi in un solo giorno (in una sola «udienza»), occorreva che il convenuto offrisse all'attore la garanzia costituita dai «*vades*», i quali erano terze persone controversia nei suoi termini formali ed appunto perciò reclamava come indispensabile la presenza di ambo le «parti» contrapposte: pertanto, se il convenuto rifiutava di seguire l'attore davanti al magistrato giusdicente quando riceveva da lui la «citazione in giudizio» (la «*vocatio in ius*»), l'attore, dopo aver fatto constatare il rifiuto da testimoni, poteva trascinarlo *in ius* a viva forza (operando nei suoi confronti una «presa corporale», cioè una *manus iniectio* stragiudiziale), salvo che intervenisse uno speciale garante (denominato «*vindex*») ad assumersi la personale responsabilità (ma non si sa bene come) della sua comparizione ad altra data. Trovandosi finalmente i due davanti al magistrato (*in iure*), l'attore pronunciava l'affermazione solenne del proprio diritto, mentre il convenuto: se l'azione aveva carattere esecutivo (caso proprio della *legis actio per manus iniectionem*), altro non poteva fare che subire; se invece l'azione aveva carattere dichiarativo ed egli non riconosceva il suo torto, poteva replicare con una pronuncia (di contenuto contrario o negativo) altrettanto solenne. In quest'ultima ipotesi (sempre che il giusdicente non desse egli stesso torto al convenuto, ritenendone l'opposizione evidentemente infondata) venivano chiamati dei terzi a testimoni («*testes*») della lite solennemente instaurata («*litis contestatio*»), e il magistrato rinviava le parti ad un *iudex* o *arbiter* privato, il quale avrebbe esaminato, in un distinto «procedimento cognitorio *apud iudicem*», i termini concreti della controversia (con particolare riguardo alle prove addotte o contestate dalle parti) ed avrebbe emesso il suo «parere» decisionale relativamente alla stessa («*sententia iudicantis*», «*iudicatio*», «*arbitrium*»).

8.2.2. Il giudice («*iudex*») o l'arbitro («*arbiter*») privato delle procedure di accertamento era solitamente unico ed era prescel-

---

di sicura solvibilità che si obbligavano (mediante «*vadimonium*») a sopportare le conseguenze della mancata ricomparizione: *infra* n. 76.3. 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. 33.3.2): se egli non desisteva dalla pretesa dell'intervento dei *vades*, il *vocatus*, mancando di queste garanzie, doveva seguirlo nel suo carcere privato e rimanervi sino al giorno della nuova udienza.

8.2.2. Il luogo del procedimento *apud iudicem* era fissato d'accordo tra le parti (e il giudicante): se le parti non si accordavano, le XII tavole stabilivano come luogo d'incontro il *comitium*, cui più tardi fu aggiunta l'alternativa del *forum*: *Ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto* (XII tab. 1.7). Il procedimento poteva svolgersi anche in *dies nefasti*, ma doveva essere chiuso (o differito) entro l'ora del tramonto: «*Si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto*» (XII tab. 1.9). V. anche *infra* nt. 13.6. — Per l'ipotesi di assenza di una delle parti v. *infra* nt. 11.6. — In ordine ai giudicanti delle proto dal magistrato, tra i nominativi iscritti in una aggiornata «lista generale» di persone atte (e disposte) alla funzione giudicante («*album iudicum*»), senza avere particolare riguardo alle sue

---

cedure *per legis actiones*, va detto che senza differenze rilevanti, almeno in apparenza, le fonti conoscono il «*iudex unus*» e l'«*arbiter*» (o eventualmente 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 ampia discrezionalità dell'*arbiter*. Poiché costui, al pari del *iudex*, emetteva un *iudicium*, non è raro che le fonti con tale termine si riferiscano proprio all'*arbitro*: una tendenza, questa, ignota alle più antiche procedure, ma sviluppatasi nell'ambito di quella formulare (comunque, in nessun caso si verificava l'ipotesi opposta, giacché il termine *arbiter* implica, sempre, una funzione determinata e caratteristica). E mentre 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. — Sui centumviri (i quali rimasero attivi sino a tutta l'età classica): Bozza, *Sulla competenza dei centumviri* (1928); La Rosa, «*Decemviri*» e «*centumviri*», in *Labeo* 4 (1958) 14 ss.; Franciosi, *Il processo di libertà in dir. rom.* (1961) 57 ss., 91 ss.; Di Lella, «*Querela inofficiosi testamenti*» (1972) *passim*. Una testimonianza di Festo L. 47 (sv. «*centumviralia iudicia*») chiarisce che i *centumviri* in realtà erano 105, eletti tre per ognuna delle 35 tribù (*et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen, quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti*): poiché le tribù furono portate a 35 intorno al 241 a. C., è lecito far risalire a quella data l'origine dell'organo. Augusto elevò 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 dicemmo, proprio per i giudizi centumvirali, oltre che per le decisioni di *damnum infectum* (Gai 4.31). — Sui decemviri stlitibus iudicandis: Bongert, *Recherches sur les récuperateurs* (1952) 159 s.; La Rosa, «*Decemviri*» e «*centumviri*» cit. 14 ss.; Franciosi, *Sui «decemviri stlitibus iudicandis»*, in *Labeo* 9 (1963) 143 ss.; Hernández-Tejero, *Sobre el origen de los «d. stl. i.»*, in *R. Fac. Der. Madrid* (1964) 1 ss.; Ferenczy, *Vom Ursprung der «d. stl. i.»*, in *ZSS.* 89 (1972) 358 ss. I *decemviri* rientrarono nella magistratura minore dei *vigintisexviri* (con Augusto ridotta a *vigintiviri*). — È da chiedersi se un altro collegio giudicante non sia stato costituito dai tresviri capitales: cfr. Fest. L. 468 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 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 del *iudex* sia stato quello originario e generale, mentre i collegi dei *decemviri* e via dicendo siano sopravvenuti successivamente in vista di funzioni specifiche di giudizio aventi carattere particolarmente impegnativo. Su questi problemi: Behrends, *Die römische Geschworenenverfassung* (1970). — Sull'album iudicum, più dettagliatamente, *infra* n. 30.3.3.

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», che venivano eletti dai comizi tributi per tutto l'anno di carica del pretore: *a*) il collegio dei «centumviri» («*centúmviri*»), i quali giudicavano (talvolta al completo e talvolta in commissione ristretta) talune controversie di maggiore risonanza sociale (prevalentemente, questioni ereditarie); *b*) il collegio dei «decemviri giudiziali» («*decémviri stlitibus iudicandis*»), i quali erano veri e propri magistrati minori 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»).

8.2.3. La *sententia iudicis* con cui si chiudevano i processi di cognizione, anche se emessa su investitura ricevuta dal magistrato giusdicente, era pur sempre un atto proveniente da un privato (o, nel caso dei *decemviri*, da magistrati di minimo livello): essa non poteva quindi coartare oltre certi limiti la persona del soccombente e non poteva, in particolare, imporre a quest'ultimo di restituire all'avente diritto l'oggetto da lui illecitamente appreso o di compiere a favore dell'avente diritto la prestazione da lui illecitamente ineseguita. Per conseguire la soggezione del soccombente occorreva, in altri termini, ricorrere con un'azione esecutiva (in particolare, con quella *per manus iniectionem*) di nuovo all'autorità del magistrato giusdicente, sempre

---

8.2.3. Intorno alla condemnatio pecuniaria, alla sua origine e all'esistenza originaria di una «*condemnatio in ipsam rem*», cfr. Gai. 4.48, riportato *infra* n. 10.4.3, ove si legge che la *condemnatio in ipsam rem* era un qualcosa che «*olim fieri solebat*». Sulla discussa materia, per tutti: Wenger, *Zu drei Fragen aus dem röm. Zivilprozessrecht*, in *ZSS.* 59 (1939) 335 ss.; von Lübtow, *Ursprung und Entwicklung der c. p.*, in *ZSS.* 68 (1951) 320 ss.; Romano (A.), *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica* (1986); Burdese, *Sulla condanna pecuniaria nel proc. civ. rom.*, in *SC.* 1 (1990) 175 ss. Il «tempo antico» (*olim*) in cui Gai 4.48 asserisce che si procedeva alla *condemnatio in ipsam rem* era, a nostro avviso, quello in cui il processo di accertamento si svolgeva integralmente davanti al magistrato-giudice, quindi quello anteriore alla nascita della procedura *per legis actiones*: tuttavia anche nell'epoca delle *legis actiones*, quando l'evidenza del torto del convenuto inducesse il giusdicente a risolvere la questione direttamente, senza rimetterla al procedimento *apud iudicem*. — *In ipsam rem* era, eccezionalmente, l'*adiudicatio* dell'*arbiter* nei giudizi divisori: *infra* n. 8.4. — L'esecuzione spontanea del comportamento dovuto da parte del soccombente era ovviamente subordinata alla esistenza delle condizioni per cui fosse ancora possibile effettuarla: di qui l'origine delle *actiones arbitrariae* del processo formulare (su cui *infra* n. 9.6.3). — La soggezione del soccombente in sede esecutiva (particolarmente in sede di processo *per manus iniectionem*) non garantiva formalmente essa, in linea assoluta, la *ipsa res*, ma poneva il soccombente in una situazione tale da indurlo, pur di potersi liberare, a soddisfare integralmente ed esattamente la controparte.

che lo stesso soccombente non si decidesse di sua volontà a fare quello che in un primo tempo si era rifiutato di fare. Tutto ciò spiega, in concomitanza con le peculiarità dell'azione cognitoria più antica, quella *per sacramentum*, come mai si originò il principio caratteristico (e in certo modo sorprendente) per cui, fatti salvi certi casi eccezionali, la *sententia iudicis* non potesse avere «effetti costitutivi» né potesse comportare una «condanna specifica», cioè ad eseguire la prestazione dovuta (cd. *condemnatio «in ipsam rem»*: per esempio, la condanna alla restituzione del maltolto), ma desse luogo solo ad una «condanna pecuniaria» («*condemnatio pecuniaria*»), cioè al comando di pagare una somma di danaro corrispondente al valore dell'oggetto in contestazione o della obbligazione non eseguita. Caratteristica, questa, che ebbe molta influenza anche sull'impostazione del processo cognitorio *per formulas* e risulterà maggiormente chiarita dai cenni che seguono in ordine alle cinque *legis actiones*.

8.3. La *legis actio sacramenti* o «*per sacramentum*» («azione di legge sacramentale», con ricorso al «giuramento sa-

---

8.3. Sulla legis actio sacramenti: Pflüger, *Die «legis actio sacramenti»* (1898); von Mayr, *Das «sacramentum» der «legis actio»*, in *St. Girard* 2 (1912) 175 ss.; Betti, *L'antitesi storica tra «iudicare» (pronuntiatio) e «damnare» (condemnatio) nello svolgimento del proc. rom.*, in *RISG*. 56 (1915) 1 ss.; Klingmüller, sv. «*Sacramentum*», in *PW*. — Sulla sacralità del «*sacramentum*»: Noailles, «*Fas et ius*» cit. 46 ss.; Gioffredi, *Diritto e processo* cit. 183 ss. Ad avviso nostro e di altri autori, il *sacramentum*, denominazione della più antica e solenne forma di giuramento, consisteva originariamente in un'autoconsacrazione che ciascuna delle parti faceva alla divinità, qualora avesse ingiustamente affermato il proprio diritto: solo più tardi (nello schema storico a noi noto) esso si tradusse in una *summa* (un *aes*) promessa agli dei *poenae nomine* (Gai 4.13) da chi risultasse soccombente in causa: cfr. Fest. sv. *sacramentum* (L. 345). Ovviamente, l'ipotesi vale in quanto si voglia ammettere che al processo si arrivasse in antico solo per questioni di consistente rilevanza. — A proposito della summa sacramenti, sembra ormai accertato che, nei tempi più antichi, si trattò di una penalità da pagarsi in bestiame: cinque pecore per le controversie di minore importanza, massimo di 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 fino 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*»: *infra* n. 162.1) in soli 50 assi: cfr. Gai 4.14. — Il valore della controversia, cioè il *quantum* costituente l'importo della eventuale condanna pecuniaria, era (con tutta probabilità) predeterminato *in iure* d'accordo tra le parti: lo si desume dal fatto che la *summa sacramenti* variava a seconda che il valore in contestazione superasse o non i 1000 assi. Ciò contribuisce a spiegare perché mai conseguenza implicita della *sententia iudicis* fosse appunto l'obbligo del soccombente di pagare una somma di danaro (sempre che il soccombente non si decidesse finalmente ad adempiere il suo obbligo in forma specifica). — 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 (o piuttosto crale») fu una «procedura dichiarativa generale», cioè valevole in ordine a tutte le questioni per cui non fosse specificamente disposta o ammessa una procedura diversa: la procedura più antica, da cui derivarono molte caratteristiche dei procedimenti successivi. La sua peculiarità fu che davanti al giusdicente (cioè *in iure*) l'attore, trovandosi di fronte all'opposizione del convenuto, lo sfidava con un giuramento sacro, con un *sacramentum*, dichiarandosi pronto a sacrificare agli dei un certo numero di capi di bestiame o, in tempi più evoluti, una certa somma di danaro (somma da versarsi al tempio di Saturno, ove era custodito l'*aerarium populi Romani*) per il caso che risultasse il proprio torto, purché altrettanto facesse la controparte: se la sfida (la *provocatio sacramento*) non era accettata, il torto veniva ad essere implicitamente riconosciuto dallo sfidato, sì che l'attore poteva passare ad agire per l'esecuzione; se la sfida era accettata, ciascuna delle due parti procedeva alla solenne promessa sacrale della «*summa sacramenti*» (promessa garantita dall'intervento di solvibili «*praedes sacramenti*») alla presenza di alcuni testimoni (*testes*) che potessero riferire al giudice privato le esatte e contrapposte affermazioni di esse in ordine al tema della contesa (la cd. «*lis*»). Chiuso il procedimento *in iure* con questa «*litis contestatio*», nel successivo procedimento *apud iudicem* il giudice era investito del compito di accertare se fosse conforme al diritto il giuramento dell'una piuttosto che quello dell'altra parte («*utrius sacramentum iustum utrius iniustum*»), e l'autore del giuramento infondato veniva quindi a subire in una volta sola due effetti pregiudizievoli: *a*) quello di dover pagare all'erario la *summa sacramenti* promessa; *b*) quello di essere riconosciuto implicitamente in debito verso l'attore del valore della controversia (controversia al cui accertamento il giudice aveva dovuto necessariamente procedere per stabilire quale dei due *sacramenta* fosse ingiusto). A

---

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, v. Romano (S.), *Gai Inst. IV 2, 3, 4 etc.*, in *Ott. Grosso* 6 (1974) 693 ss. — Sui **praedes** v. *infra* n. 70.6. — **Le denominazioni delle procedure** «*in rem*» e «*in personam*» sono denominazioni venute in essere, come abbiamo segnalato nel testo, in età postdecemvirale, a titolo di designazione riassuntiva e generalizzante delle varie locuzioni utilizzate dalle parti (da un lato, «*aio hunc fundum* [*hanc patellam? hunc hominem* ecc.] *meum esse*»; dall'altro, «*aio te mihi dare* [*facere* ecc.] *oportere*»). Gai 4.13-17 usa queste terminologie, discostandosi da termini tradizionali, in difformità col concetto di *persona* da lui sviluppato nel primo libro (v. *retro* nn. 4.1 e *infra* n. 14.5.3): la «*persona*» della l. a. i. *in personam* non è, infatti, qualunque essere umano, ma solo chi sia soggetto giuridico.

proposito della controversia, bisogna però distinguere tra: *a*) l'ipotesi in cui le parti contendessero circa la spettanza di un diritto assoluto rispetto ad un oggetto giuridico (il più delle volte una *res*) esterno alla loro persona (procedura che fu abbreviatamente detta, in età preclassica avanzata, dell'*actio sacramenti in rem*); *b*) l'ipotesi in cui una delle due parti vantasse la spettanza di un diritto sulla persona stessa dell'altra parte, cioè la titolarità di un diritto relativo (procedura che, in età preclassica avanzata, fu usualmente detta dell'*actio sacramenti in personam*).

8.3.1. Nell'«*actio sacramenti in rem*» («azione sacramentale relativa a una cosa») il procedimento *in iure* si articolava in quattro momenti: *a*) anzi tutto, le due parti, contendendo circa

---

8.3.1. Sulla procedura della legis actio sacramenti in rem cfr. Gai 4.16-17. In dottrina: [illegible], *Studien zum Gebrauch der «l. a. sacramento in rem»* (1889); Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren röm. R.*² (1956) 7 ss. e *passim* (ivi bibl.); Santoro, *Potere ed azione* cit.; Kaser, *Zur «l. a. sacr. in rem»*, in *St. D'Ors* (1987) 671 ss.; Corbino, *La struttura* cit. 137 ss.; Zlinszky, *Gedanken zur «l. a. sacr. in rem»*, in *ZSS.* 106 (1989) 106 ss.; Cannata, *«Qui prior vindicaverat»*, in *St. Wubbe* (1993) 53 ss.; id., *«Quando in iure te conspicio»*, in *St. Provera* (1994) 159 ss.; Albanese, *Sull'intervento dell'«auctor» nella «l. a. sacr. in rem»*, in *Labeo* 41 (1995) 341 ss.; Guarino, *«Et ego te»* (1994), in *PDR.* 4 (1994) 109 ss. — Secondo Gai 4.16, il procedimento in iure si svolgeva in questo modo. I due contendenti si portavano *in ius* con la «*res*», che era posta tra loro due, davanti al magistrato, da colui che la detenesse (tuttavia «*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* [ecc.]»). Indi ciascuna parte procedeva alla *impositio vindictae* e pronunciava (facendosi qui l'esempio della *vindicatio* di uno schiavo) la seguente formula: «*Hunc ego hominem* (schiavo) *ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam: sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*». Il magistrato interveniva, a questo punto, ordinando: «*Mittite ambo hominem*». Allora 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, quingentis* (o *quinquaginta*) *assibus sacramento te provoco*». L'altro: «*Et ego te*». Il *sacramentum* di ciascuno veniva garantito, mediante *praediatura*, dai *praedes sacramenti*. Dopo di ciò, il magistrato procedeva alla *addictio vindiciarum*, curando che l'assegnatario fosse assistito dalla garanzia di «*praedes litis et vindiciarum*», che assumevano su di sé la responsabilità di pagare il valore della *lis* in caso di sua mancata consegna alla controparte, ove questa fosse risultata vincitrice. Alla parte soccombente (o ai suoi *praedes*) il processo veniva quindi a costare la *summa sacramenti* (da versare all'erario) e la *lis* o il suo controvalore (da versare al vincitore). La *vindicta* simboleggiava l'«*hasta*» del dominatore. — Delle parole «secundum suam causam» molto discusso è il senso preciso e, in particolare, il riferimento alla *vindicatio* oppure alla *impositio vindictae* («*secundum suam causam ... vindictam imposui*»). Sul tema: Andreev, *Bemerkungen zum röm. Zivilprozess*, in *ZSS.* 89 (1972) 334 ss.; Corbino, *La struttura* cit. 137 ss. — In antico si procedeva ad un simulacro di lotta tra le parti («*manuum consertio*»). V.: Lévy-Bruhl, *La «manus consertio»*, in *Iura* 4 (1953) 143 ss.; Guarino, *«Manum conserere»* (1985), in *PDR.* 4 (1994) 106 ss. — Sulle vindiciae: Gioffredi sv., in *NNDI.*, con bibl. — Nel procedimento in rem entrambe le parti erano tenute ciascuna ad offrire la prova del loro diritto (non vi era infatti, diversamente dalla *l. a. s. in personam*, una delle due che *negabat*, riversando sull'altra l'*onus probandi*). V. Guarino, *«Et ego te»* cit. — Sulla praediatura: *infra* n. 79.6.

la titolarità di un diritto assoluto su un oggetto giuridico esterno alle loro persone (generalmente una *res*, ma eventualmente anche un *filiusfamilias*, un *servus* ecc.), si presentavano entrambe davanti al magistrato, e quella che deteneva materialmente l'oggetto in contestazione (detto per metonimia la «*lis*») lo portava seco (o almeno, trattandosi di cose immobili o non facilmente trasportabili, portava seco un frammento o un simbolo di esso); *b*) secondariamente, ciascuna parte muoveva verso l'oggetto conteso («*in rem*»), toccandolo con una festuca («*vindicta*») in segno di padronanza, e pronunciava la solenne dichiarazione di esserne l'avente diritto («*vindicatio*»), ma il magistrato ordinava ad ambedue di lasciar stare l'oggetto («*mittite ambo rem*»); *c*) in terzo luogo, le parti, asserendo ciascuna che l'altra aveva fatto una *vindicatio* antigiuridica («*iniuria*») e accordandosi solo nella stima del valore della *lis*, si sfidavano con il *sacramentum* e passavano a formularlo solennemente facendosi forti della garanzia dei «*praedes sacramenti*»; *d*) infine, il magistrato assegnava a sua scelta il possesso provvisorio dell'oggetto («*vindiciae*») ad una fra le parti («*addictio vindiciarum*»), in favore della quale prestavano garanzia altri *praedes* (i «*praedes litis et vindiciarum*»), facendosi luogo alla *litis contestatio*. Nel successivo procedimento *apud iudicem*, il giudicante privato stabiliva, in base alle prove addotte da ciascun *vindicans* a sostegno della sua pretesa, quale dei due giuramenti fosse fondato e condannava il soccombente al pagamento della *summa sacramenti*: se soccombeva quella tra le due parti cui già non fosse stato assegnato il possesso provvisorio 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 doveva essere da lui consegnato alla controparte, ma nel caso che egli si sottraesse a tale obbligo la controparte aveva il diritto di pretenderne esecutivamente il controvalore in danaro o da lui stesso o, in subordinata, dai cd. «*praedes litis et vindiciarum*».

8.3.2. Nell'«*actio sacramenti in personam*» («azione sacramentale relativa alla persona del convenuto») le due parti con-

---

8.3.2. Sulla *legis actio sacramenti in personam* Gai 4.15 si diffondeva in una pagina del codice veronese rimasta, purtroppo, illeggibile. Di qui la grande varietà delle congetture moderne, per le quali segnaliamo: Ambrosino, *La «legis actio sacramento in personam» etc.*, in St. Arangio-Ruiz 2 (1953) 251 ss.; Lévy-Bruhl, *Le «sacram. in pers.»*, in St. Arangio-Ruiz 2 (1953) 15 ss.; Franciosi, *Il processo di Virginia*, in Labeo 7 (1961) 20 ss.; La Rosa, *Il «vindex» nella «in ius vocatio» etc.*, in St. Betti 3 (1962) 299 ss.; Behrends, *Der Zwölftafelprozess* cit. 7 ss. Non può essere seguito, nella sua radicale negazione, Fuenteseca, *Existió la deno-*

tendevano circa la esistenza o meno di un rapporto relativo («*obligatio*») tra loro, cioè circa l'esistenza di un potere dell'una sulla persona dell'altra, limitatamente ad una certa «prestazione». Pertanto l'attore, ritenendo che il convenuto fosse *obligatus* nei suoi confronti, affermava solennemente «*in iure*» il dovere giuridico (l'«*oportere*») del convenuto di compiere la prestazione (di *dare*, di *facere*, o anche di *non facere*): se il convenuto negava, i due si sfidavano reciprocamente al giuramento per un importo garantito dai *praedes sacramenti*. Il procedimento *apud iudicem* aveva caratteristiche e implicazioni analoghe a quelle dell'*actio sacramenti in rem*: condanna del soccombente alla *summa sacramenti* e conseguente obbligo di lui al pagamento del controvalore della prestazione.

8.4. La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* («azione di legge per richiesta di un giudice o di un

---

[illegible] «*legis actio sacramenti in personam*»?, in *AHDE*. 25 (1955) 543 ss., mentre vede è invece un parallelo con la «*clarigatio*», cioè con la solenne richiesta al nemico di restituire il maltolto fatta, in sede di dichiarazione di guerra, dal *pater patratus*, capo dei sacerdoti *feziales* (v. Guarino, *SDR*. n. 41): Volterra, *L'istituto della «clarigatio» e l'antica procedura delle «legis actiones»*, in *St. Carnelutti* 4 (1950) 243 ss.; Donatuti, *La «clarig.» o «rerum repetitio» etc.* (1955), in *St. d. rom.* 2 (1977) 863 ss. A molti sembra legittimo supporre che, derivata dal *sacramentum* nei confronti del *vindex* (tuttavia diverso nei presupposti e, quindi, negli usi dal *sacramentum in rem*), la *legis actio* in questione si venne a configurare non più come procedimento innestato sulla *manus iniectio*, bensì autonomamente, solo quando si riconobbero nuovi tipi di delitti, che imposero un radicale mutamento delle pene (*iniuria*, taglio di alberi, *os fractum* e persino *furtum nec manifestum*) e non comportarono più l'appropriazione del corpo del colpevole e 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 una congettura vuole essere formulata, essa deve essere nel senso che le *XII tab.*, 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 (che qui riferiamo, *exempli causa*, all'obbligo di dare una somma) si svolgeva, presumibilmente, così. Attore: «*Aio te mihi X milia sestertiorum dare oportere: postulo aias an neges*». Convenuto: «*Nego*». Attore: «*Quando tu iniuria negas, quingentis* (o *quinquaginta*) *assibus aeris sacramento te provoco*». Convenuto: «*Et ego te*». — Sulla storia delle *obligationes*, più ampiamente: *infra* n. 53.

8.4. Sulla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* cfr.: Gai 4.17 a (= *PSI*. 11.1182): «*quando tu* [il convenuto] *negas, te, praetor, postulo iudicem* (o *arbitrum*) *uti des*», e v.: Frezza, *Osservazioni sulla «l. a. per iud. arb. post.»*, in *SDHI*. 9 (1943) 71 ss.; Kaser, *AltRöm. «Ius»* cit. 250 ss.; Luzzatto, *Procedura* cit. 2.131 ss.; Scherillo, *La «l. a. per iud. arb. post.»* 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 della nostra *legis actio*, la *iudicis* o l'*arbitri postulatio*, ed anzi suppone che quest'ultima fosse la più antica e costituisse, in certo senso, un'anticipazione del processo 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*. — La arbitro») fu introdotta dalle XII tavole per due fattispecie specifiche: *a*) a tutela di chi vantasse un credito di danaro promessogli mediante una solenne *sponsio*; *b*) a tutela del coerede che chiedesse la divisione del patrimonio ereditario nei confronti degli altri coeredi (*actio familiae erciscundae*). Successivamente la procedura fu estesa alle altre azioni divisorie (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 *in iure* 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, oppure un *arbiter* che avesse il potere eccezionale di effettuare a titolo costitutivo una giusta divisione del patrimonio o della cosa comune e di assegnare a ciascuno il diritto assoluto sulla parte spettantegli.

8.5. La *legis actio per condictionem* («azione di legge per ricomparizione») 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, intimava a quest'ultimo un appuntamento («*condictio*») *in iure* di lì ad almeno trenta giorni, allo scopo di farsi assegnare dal giusdicente un giudice che decidesse circa il suo buon diritto. Questo invito ultimativo era, il più delle volte, sufficiente a indurre il debitore a pagare prima del termine (in occasione, ad esempio, di uno dei mercati settimanali, o «*nundinae*», che avrebbero avuto luogo nel frattempo) e tornava co-

---

formulazione riportata da Gaio riguarda solo i crediti *ex stipulatu* di *certa pecunia*: A.: «*Ex sponsione te mihi decem milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo aias an neges*». C.: («*Nego*»). A.: «*Quando tu negas, te praetor iudicem (sive arbitrum) postulo uti des*». Per la formulazione delle azioni divisorie, un suggerimento proviene dal periodo finale di Gai 4.17 a: *itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur*. Ma v. anche, in proposito, *infra* n. 10.5.2. — Sulla *stipulatio*: *infra* n. 71.1. — Sulle azioni divisorie: *infra* n. 37.4 e 38.5.

8.5. Sulla *legis actio per condictionem* cfr. Gai 4.17 *b* - 18 (= PSI 11.1182: «*Quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico*») e v.: Robbe, *La «legis actio per condict.»*, in *SD*. 1939; Prichard, *The origin of the «l. a. per condict.»*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 260 ss.; Danilović, «*Leg. act. per condict.*» etc., in *Zbornik Radova iz pravne istorije* 1966. Procedura importante, questa, giacché consentì la comparsa di quel gruppo di *actiones in personam* che, ancora in epoca giustinianea, avevano il nome di «*condictiones*»: von Lübtow, *Beiträge zur Lehre der «condictio»* (1952); Schwarz, *Die Grundlage der «condict.» im klass. R.* (1952); Cannata, *Sulla «divisio obligationum»* ecc., in *Iura* 21 (1970) 52 ss.; Santoro, *Studi sulla «condict.»*, in *AUPA*. 1971; Liebs, *The history of the roman «condict.» up to Justinian*, in *The legal mind* (1986) 163 ss.; Pellecchi, *L'azione in ripetizione ecc. Contributo allo studio della «condictio»*, in *SDHI*. 64 (1998) 69 ss.

munque utile per mettersi quanto meno d'accordo tra le parti circa la persona del giudice da proporre al magistrato per la nomina.

8.6. La *legis actio per manus iniectionem* («azione di legge per presa corporale», da non confondere con la *manus iniectio* stragiudiziale, cioè con quella intesa a trascinare il convenuto *in ius*, di cui già si è detto) aveva carattere di azione esecutiva generale e consisteva in ciò. L'attore, avendo portato davanti al pretore il convenuto, affermava solennemente che

---

8.6. Sulla manus iniectio cfr. Gai 4.21-25. Nel caso di «*manus iniectio iudicati*» la formula pronunciata dall'attore era: «*Quod tu mihi iudicatus* (o *damnatus*) *es sestertium decem 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*». — I poteri dell'attore secondo le XII tavole erano quello di tenere l'*obligatus* per 60 giorni in catene (portandolo però, entro questo periodo, a tre mercati settimanali [*nundinae*] consecutivi in cerca di chi lo riscattasse) e finalmente, mancando il riscatto e mancando l'utilità di servirsi dell'*addictus* come lavoratore subordinato, quello di metterlo a morte o di venderlo come schiavo oltre il Tevere (*trans Tiberim*), vale a dire all'estero, oltre il «confine» più antico della città; ma la *lex Poetelia Papiria de nexis* del 326 a. C. mitigò notevolmente questo regime. 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. 20.1.42-52), 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 (*Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat. ... in servum aeque verberatum animadvertebatur ...*: v. *infra* n. 96.3.1). Su questi temi: Noailles, «*Manum inicere*», in «*Fas et ius*» cit. 147 ss.; Arangio-Ruiz, *La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien dr. rom.* (1932), in *Scr.* 2 (1974) 371 ss.; Betti, *La struttura dell'obbligaz. rom. e il problema della sua genesi*² (1955); Peppe, *Studi sull'esecuzione personale 1. Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana* (1981). V. anche *infra* nn. 52.2.1. — Trinundinum era il termine usato per indicare la sequenza dei tre giorni di mercato (sequenza, sia detto per inciso, che era usata anche ai fini del bando di convocazione dei *comitia*: Guarino, *SDR.* n. 921). I mercati erano detti «*nundinae*» perché avevano luogo nell'urbe ogni nono giorno (*nono quoque die*), quindi decorsi otto giorni dalla fine del mercato precedente. Vi è peraltro chi sostiene che dal computo fossero esclusi sia il primo sia l'ultimo dei *novem dies*: il che implicherebbe, più ragionevolmente, che i mercati si svolgessero sempre nello stesso giorno della settimana, sia pur preceduti da una specifica indizione (con connesso apprestamento delle attrezzature) nel giorno precedente e seguiti dallo sgombero delle attrezzature e dei rifiuti nel giorno successivo. — Trenta cd. dies iusti di libertà furono concessi dalle XII tab. 3.1-2 a chi fosse stato condannato e a chi avesse operato la *confessio in iure* del suo debito prima che il vincitore potesse operare la *manus iniectio*: la tregua serviva ad indurlo all'adempimento spontaneo. V. *infra* n. 11.5.1. — Nell'ipotesi di pluralità di creditori l'uomo e solo *obligatus*, dopo essere stato ucciso, poteva in antico essere tagliato a pezzi da ripartire tra gli aventi diritto. Così (stando a Gell. 20.1.49) XII tab. 3.6: «*Tertiis nundinis partis secanto. si plus minusve secuerunt se* (*sine*) *fraude esto*». Sul punto: MacCormack, «*Partes secanto*», in *T.* 36 (1968) 509 ss.; Guarino, «*Partes secanto*» (1973), in *PDR.* 4 (1994) 133 ss.; id., «*Corporis sectio*» (1979), *ivi* 153 ss. L'argomento ha dato facile adito a numerose ipotesi, sulle quali non vale fermarsi. — Sugli addicti v. *infra* n. 16.5.

non gli era stato pagata una somma alla cui prestazione il convenuto era obbligato in virtú di un «titolo esecutivo», cioè di una causa tale da non aver bisogno di accertamenti giudiziali: di fronte al persistere dell'insolvenza dell'*obligatus*, egli dichiarava altresí di volersi impadronire di lui a titolo di sua responsabilità. A questo punto, proprio perché un accertamento del debito non era necessario, il magistrato pronunciava l'*addictio* dell'*obligatus* all'attore. L'ipotesi tipica fu quella della «*manus iniectio iudicati*», relativa alle somme dovute dal soccombente (o dai suoi *praedes*) a séguito di sentenza di condanna pecuniaria (*iudicatio*) pronunciata in un processo di accertamento; ad essa furono equiparati, con la denominazione di «*manus iniectio pro iudicato*», altri casi di crediti pecuniari ben accertati, sia pure non mediante *iudicatio* (per esempio, crediti di danaro basati su *confessio in iure* del convenuto).

8.6.1. Anche alla *manus iniectio* processuale (cosí come a quella stragiudiziale connessa all'*in ius vocatio*) l'*obligatus* poteva eccezionalmente sfuggire se si presentava un «*vindex*» (un «protettore») che lo sottraesse alla presa corporale («*manum ab eo depellere*»). Il vindice, che doveva essere ovviamente persona di sicura solvibilità, poteva: o pagare l'importo dovuto in contanti; oppure assumere su di sé il rischio di uno speciale processo di accertamento inteso alla dimostrazione (estremamente improbabile, ma comunque non impossibile) dell'infondatezza delle ragioni dell'attore. L'attore non poteva sottrarsi all'eventuale contestazione del suo buon diritto («*infitiatio*»: ostinato diniego) ed alla connessa sfida del vindice ad un accertamento speciale, ma se questo accertamento speciale giungeva alla conferma del suo diritto, la condanna del vindice era al doppio della somma dovuta dall'*obligatus*. Col tempo, prima la prassi e poi

---

8.6.1. L'istituto del *vindex*, con la liberazione piena e immediata del debitor resta, nei suoi motivi determinanti, uno dei piú discussi problemi della moderna giusromanistica. Sul tema: Düll, *Vom «vindex» zum «iudex»*, in ZSS. 54 (1934) 98 ss.; 55 (1935) 9 ss.; Betti, *La struttura dell'obbligazione* cit. 71 ss.; La Rosa, *Il «vindex»* cit.; Broggini, *«Vindex» und «iudex»* cit.; Pugliese, *Testo ed esegesi delle XII Tavole (1. 4)*, in *La critica del testo* (1971) 567 ss.; Albanese, *Osservaz. su XII tab. 1.4 etc.*, in *Index* 26 (1998) 15 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, era ovvia: rinviare il processo, dando idonee garanzie (cfr. XII tab. 1.4, ex Gell. 16.10.5: «*Adsiduo vindex adsiduus esto, proletario iam civi quis volet vindex esto*»). Nel secondo caso, invece, la funzione del *vindex* si intuisce meno facilmente, né paiono convincenti (anche se ingegnosi) gli svariati tentativi, su cui sorvoliamo, fatti dalla dottrina per spiegarla. — La *manus iniectio pura* ebbe una lunga storia, di cui fa cenno Gai 4.23-25. La *lex Vallia* non eccettuò soltanto il *iudicatus*, ma anche il debitore principale *pro quo depensum esset* dal relativo garante, di cui alla *lex Publilia de sponsu* (v. infra n. 72.6.1).

una *lex Vallia* (ca. 200 a. C.) ammisero lo stesso *obligatus* (sempre che fosse sicuramente solvibile) a fare da *vindex* a se stesso (cioè ad autogarantire in modi appropriati la sua futura solvibilità) di fronte ad una *manus iniectio pro iudicato* (mai di fronte ad una *manus iniectio iudicati*): in tal caso si parlò di «*manus iniectio pura*».

8.7. La *legis actio per pignoris capionem* («azione di legge per rivalsa») fu praticata solo per certi crediti incontestabili di carattere pubblicistico (es.: il credito dell'esattore di imposta, del *publicanus*, contro il *civis* tenuto a pagargli il tributo) ed ebbe caratteri specialissimi. Essa consisteva nel prendere (*capere*) una cosa mobile dell'*obligatus* (anche non *in iure* e anche in *dies non fasti*) a titolo di diretta rivalsa del credito (*pignus*), accompagnando l'impossessamento con la pronuncia di una formula solenne, che rimane però sconosciuta.

9. LE PROCEDURE «PER FORMULAS».

9.1. Le procedure *per formulas* («procedure formularie, cioè con ricorso alle «formule edittali»), anche dette più

8.7. A seconda delle 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 daper.*»: Gai 4.28); più nota, infine, la «*pignoris capio ex lege censoria*» (Gai 4.28), esercitabile da parte dei *publicani* (su cui *infra* n. 80.2.2) nei confronti del contribuente moroso: Pugliese, *Qualche nuova osservaz. sulla «p. c.» dei pubblicani etc.*, in *On. Ankum* (1995) 415 ss.; Maganzani, *La «p. c.» dei publicani etc.*, in *On. Broggini* (1997). Certe particolarità della *pignoris capio*, che perdura risentiva dell'iniziativa privata ancor più della *manus iniectio*, contribuirono a porne in dubbio l'appartenenza al novero delle *legis actiones*. Sul punto: Kubitschek, sv. «*Aes equestre*» und «*aes hordiarium*», in *PW.*; Steinwenter, sv. «*Pignoris capio*», in *PW.*; De Martino, *La giurisdizione* cit. 95 s.

9.1. Sulla genesi delle procedure formulari, questione ampiamente controversa (v. anche retro n. 4.3, 7.4, 8.1): Partsch, *Die Schriftformel im röm. Provinzialprozesse* (1905); Huvelin, *L'«arbitrium litis aestimandae» et l'origine de la formule*, in *On. Girardin* (1907) 319 ss.; Arangio-Ruiz, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine* (1912), in *Scr.* 2 (1974) 323 ss.; Wlassak, *Die klassische Prozessformel* (1924); Wenger, *Prätor und Formel* (1926); Betti, *Sulla genesi del proc. form.*, in *Conf. XIV cent. Pandette* (1931) 453 ss.; De Martino, *La giurisdizione* cit. 69 ss.; Carrelli, *La genesi del procedimento formulare* (1946); Gioffredi, *Contributi allo studio del proc. civ. rom.* (1947) 61 ss.; Biscardi, *Formula e processo*, in *RISG.* 86 (1949) 44 ss.; Luzzatto, *Procedura* cit. 3. *La genesi del proc. form.* (1950); Serrao, *La «iurisdictio» del «praetor peregrinus»* (1954) 18 ss., 36 s.; Selb, *Zu den Anfängen des Formularverfahrens*, in *On. Fiume* 1 (1978) 199 ss.; Pugliese, *Proc. form.* cit. 1, e *Il processo* cit. 2.19 ss.; Kaser, Hackl, *RZPR.* 151 ss.; Guarino, *OGR.* n. 62-64 ss.; id., *La genesi del procedim. form.* (1946), in *PDR.* 7 (1995) 3 ss. Senza entrare, anche per economia di discorso, in ulteriori particolari, ci limitiamo a segnalare che esattamente (ma più raramente) procedure «*per concepta verba*» (cioè con ricorso a regole di giudizio concepite caso per caso), furono procedure di cognizione (non anche di esecuzione) che sorsero nel periodo preclassico, forse già nel corso del sec. III a. C., e coesistettero a lungo col sistema procedurale delle *legis actiones*. Tutto fa credere, lo abbiamo già detto, che questi tipi più agili e duttili di accertamento processuale si siano affermati

---

li conia si presta alle più diverse (e seducenti) ipotesi, sopra tutto a causa della scarsità delle notizie di cui disponiamo, e che, in argomento, i punti più sicuri (o meno insicuri) sono tre: *a*) la più che probabile insoddisfazione dei Romani (e dei loro magistrati giusdicenti), con l'avanzare dei tempi, in ordine alle troppo rigide e antiquate procedure *per legis actiones*; *b*) la parentela lontana, ma per certi riguardi chiaramente visibile, della nuova procedura con tutto ciò che fosse ancora salvabile della vecchia; *c*) la veste attiva, e non più prevalentemente passiva, assunta dal magistrato giusdicente cittadino, a partire dal *praetor peregrinus* in ordine alle controversie di nuovo tipo che venissero sottoposte alla sua *iuris dictio*. — Intorno alla **lex Aebutia de formulis** (chiamata dalle fonti solo *lex Aebutia*) ed alla sua natura innovatrice: Girard, *La date de la loi Aebutia* (1893) e *Nouvelles observations sur la date de la l. Aeb.* (1908), in *Mél. de dr. rom.* 1 (1912) 67 ss., 114 ss., ove 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. 1.155 ss. e ancora *Die klassische Prozessformel* cit. 20. 157), 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 più recenti ricerche (v. Kaser, *Die «lex Aebutia»* [1953], in *Schr.* 2 [1976] 441 ss.), le quali si dividono, però, nel ritenere che la legge Ebuzia abbia sostituito la procedura più antica con quella formulare solo limitatamente alla *condictio certae rei* e alla *condictio certae creditae pecuniae*. Sul tema: Broggini, *«Iudex arbiterve»* cit. 199 ss.; Tomulescu, *Les origines de la procédure formulaire*, in *RIDA.* 20 (1973) 355 ss.; Sacconi, *Appunti sulla «lex Aebutia»*, in *AG.* 197 (1979) 63 ss. — **Il trionfo delle nuove procedure** rispetto alle *legis actiones* è registrato da Gaio in termini esuberanti e parzialmente inesatti: sia perché esso è attribuito, dopo la *lex Aebutia*, a due *leges Iuliae* (non solo, dunque, alla *lex Iulia iudiciorum privatorum*, ma anche alla *lex Iulia iudiciorum publicorum* dello stesso a. 17 a. C.), sia e sopra tutto perché nella esposizione gaiana sembra che anche le *legis actiones* esecutive, e in particolare quella *per manus iniectionem*, siano state abolite dalla legislazione augustea. Cfr. Gai 4.30-31: ... *itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus. Tantum ex duabus causis permissum est* ... (v. *infra* n. 51.6). È chiaro, a nostro avviso, che l'errore di Gaio è determinato dal fatto che egli ha in mente, scrivendo della procedura formulare, anche i mezzi complementari (per vero, praticamente più efficaci della *manus iniectio*) a carattere esecutivo della stessa (di cui *infra* n. 17). Anche di Gaio è la frettolosa equiparazione dell'«*agere per concepta verba*» con l'«*agere per formulas*», la quale non tiene conto della possibilità di creare, in singole e concrete ipotesi, *iudicia* non previsti dall'editto annuale (v. *retro* n. 43.4). Interessanti indizi in ordine alla *lex Iulia iudiciorum privatorum* emergono anche dai cap. 84-91 della *lex Irnitana* epigrafica di età flavia, sulla quale v., per tutti: Lamberti, *«Tabulae Irnitanae» etc.* (1993) 139 ss. — Sui **giudizi centumvirali** e la loro importanza in materia successoria: *infra* n. 50.4. — Sul **damnum infectum**: *infra* n. 51.6. — **La fine del sistema formulare** non fu mai sancita per esplicito ed in modo specifico, ma risulta implicata sopra tutto da una costituzione di Costanzo e Costante del 342 (cfr. CI. 2.57.1): *iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*. Sul tema: Cuneo, *La legislaz. di Costantino II etc.* (1997) 90 s.; Guarino, *«Aucupatio syllabarum»*, in *On. Cannata* (1999) 347 ss.

nel tribunale del pretore peregrino per le controversie di sua giurisdizione (*inter cives et peregrinos* o *inter peregrinos in urbe Roma*) e siano stati poi utilizzati dallo stesso pretore urbano nelle controversie tra cittadini relative agli istituti del *ius civile novum*: l'estensione alle controversie tra cittadini in ordine anche ai rapporti del *ius civile vetus* si verificò probabilmente nella prassi della *iurisdictio urbana*, ma la sanzione ufficiale venne da una *lex publica*, la *lex Aebutia de formulis* (130 a. C.?): la quale, comunque, non abolì le *legis actiones* dichiarative, ma si limitò, presumibilmente, a stabilire che, se due cittadini si fossero accordati per litigare con ricorso alle formule edittali (*per formulas*), in tal caso non fosse ammesso pentirsene, e in particolare non fosse lecito promuovere successivamente una *legis actio* in ordine alla stessa questione («*de eadem re*»). Le *legis actiones* di accertamento continuarono perciò ad essere utilizzate, sebbene in misura sempre decrescente, anche durante il sec. I a. C.: 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., che peraltro fece salve sia le procedure *per sacramentum* riservate al giudizio dei *centumviri* (procedure che avevano frattanto acquisito un'importanza tutta particolare a causa dell'intraprendenza innovatrice del collegio centumvirale) sia (e per motivi che non è facile intendere) la *legis actio damni infecti*. Ma il trionfo della procedura formulare non andò, sul piano pratico, oltre la fase augustea della *respublica*, cioè oltre gli inizi del sec. II d. C.: la decadenza delle magistrature giusdicenti repubblicane, di fronte al *princeps* ed alla sua organizzazione, favorì, in periodo classico avanzato e in periodo postclassico, la concorrenza sempre più estesa esercitata, nel quadro del *ius novum*, dalla cognitione straordinaria (*cognitio extra ordinem*), la quale avrebbe finito per soppiantare la procedura ordinaria nel corso del sec. IV d. C.

9.2. Le caratteristiche generali delle procedure formulari furono solo in parte diverse da quelle delle procedure co-

---

9.2. Sulle caratteristiche delle procedure formulari: Guarino, sv. *Equità (d. rom.)*, in *NNDI*. 6 in *PDR*. 4 (1994) 398 ss.; Pugliese, *Processo formulare* cit. 2, e *Il processo* cit. 2.10 ss.; Kaser, Hackl, *RZPR*. 151 ss.; Biscardi, *Lezioni sul proc. rom. classico* (1969); Behrends, *Die römische Geschworenenverfassung* cit.; Martini, «*Causae cognitio*» *e discrezionalità*, in *St. Donatuti* 2 (1973) 693 ss.; Sargenti, *Premesse ad una ricerca sulla «discrezionalità» del magistrato rom.*, in *St. Scherillo* 1 (1972) 45 ss. — Sul processo nelle province: Hackl, *Der Zivilprozess des frühen Prinzipats in den Provinzen*, in *ZSS*. 114 (1997) 141 ss. — Il termine *formula* fu usato sia per indicare la concreta *formula iudicii* convenuta con la *conceptio verborum*, sia per indicare l'astratta formula-modello inserita gnitive *per legis actiones*. Il processo cognitorio, di regola, fu del pari distinto in due «fasi», quella «*in iure*» e quella (eventuale) «*apud iudicem*», ed il procedimento *apud iudicem* corrispose anch'esso, in buona sostanza, a quello del sistema processuale più antico. Mutò invece notevolmente il procedimento *in iure*. Le parti non si recavano più a pronunciare *in iure* dichiarazioni solenni e rigide («*certa verba*») scelte entro un numero ristrettissimo di formulazioni predeterminate, ma ricorrevano al magistrato giusdicente per discutere tra loro e con lui, informalmente, la questione concreta (spesso del tutto nuova) che le divideva; dopo di che 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 sino a che punto avrebbe sostenuto le difese del convenuto. Alla fine si perveniva, tra parti e magistrato, alla formulazione concordata («*conceptio verborum*») di una specifica «regola di giudizio» («*formula iudicii*», detta impropriamente, per breviloquenza, «*iudicium*») alla quale si sarebbe dovuto attenere, nella fase *apud iudicem*, il giudicante; ed è ovvio (e già, del resto, sappiamo) che solo quando una certa regola di giudizio, relativa ad un certo tipo di questione, si fosse sufficientemente consolidata, essa passava ad essere recepita nell'editto magistratuale a titolo di «*formula edicti*», cioè come «schema» di *iudicium* già predisposto per ogni futura questione dello stesso tipo. L'essenza del processo stava dunque nella «convenzione trilaterale» da cui scaturiva di volta in volta il *iudicium*: quando si fosse pervenuti all'accordo, l'attore, facendosi forte della implicita approvazione del magistrato, scandiva a voce ben chiara il testo del *iudicium conceptum* al convenuto ed il convenuto dichiarava dal canto suo di accettarlo («*dictare*

---

nell'editto. Sul tema: Cosso, «*Formula*» *dans le cadre de la procédure formulaire*, in AA.VV., *Pouvoir et imperium* (1996) 47 ss. V. anche *infra* nt. 10.3. — Un obbligo di attenersi all'*edictum perpetuum* (cioè emanato all'inizio dell'anno di carica: retro n. 4.3.6) fu fissato solo per il pretore dalla *lex Cornelia* del 67 a. C., ma a titolo di pura esortazione: il giusdicente aveva quindi la possibilità di emettere i cd. *edicta repentina* nel corso d'anno oppure dei «*iudicia decretalia*» in ordine a casi singoli. Sul tema: Metro, *La «lex Cornelia de iurisdictione» etc.*, in *Iura* 20 (1969) 500 ss.; Palazzolo, *La «propositio in albo» degli «edicta perpetua» etc.*, in *St. Guarino* (1984) 2427 ss.; Guarino, «*De albo corrupto*» (1990), in *PDR.* 4 (1994) 347 ss. Siccome non tutti i possibili *iudicia* erano previsti dalle *formulae* edittali, né era strettamente obbligatorio, per i litiganti e per il magistrato, attenersi alle *formulae* stesse (almeno quando si profilasse in concreto una regola di giudizio più avanzata e meglio ragionata), le locuzioni «processo per *formulas*» e «litigare *per formulas*» vanno dunque viste solo come modi di dire, che colgono la maniera più usuale di fare il processo, la quale era appunto quella di utilizzare i formulari già predisposti dall'editto. — Sulla *litis contestatio* e sul «*dictare et accipere iudicium*»: *infra* n. 31.4.

et accipere iudicium»). Sulla base di tale accordo a tre, cui si usò applicare per tradizionalismo l'antico termine di «*litis contestatio*», il magistrato giusdicente emetteva un decreto («*iussum iudicandi*») con cui incaricava il giudice di giudicare, cioè di procedere alla *iudicatio*.

9.2.1. 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 quindi rappresentata dalla giurisprudenza classica sotto le vesti delle azioni processuali relative alle varie situazioni giuridiche attive), ma anche perché la *cognitio extra ordinem* non accantonò il linguaggio del processo formulare, anzi lo recepì in gran parte, modificandolo solo nei limiti delle nuove esigenze giurisdizionali. È alle procedure formulari, quindi, che occorre far capo per alcune fondamentali distinzioni tra le *actiones* processuali che rimasero totalmente o parzialmente in uso sino a Giustiniano. Tali furono quelle tra: *a*) *actiones civiles* e *honorariae*; *b*) *actiones in rem* e *in personam*; *c*) *actiones reipersecutoriae*, *poenales* e *mixtae*; *d*) *actiones stricti iuris*, *bonae fidei* e *arbitrariae*; *e*) *iudicia legitima* e *imperio continentia*; *f*) *actiones directae* e *utiles*.

9.3. La distinzione tra *actiones civiles* e *honorariae* era basata sulla provenienza della tutela processuale. Le «*actio-*

9.2.1. Sulle classificazioni delle azioni formulari per tutti: Kaser, Hackl, *RZPR.* 308 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 impostazione tra i giuristi (o perfino tra «momenti» diversi di uno stesso giurista).

9.3. Sulla distinzione tra *actiones civiles e honorariae*: Krüger, *Ueber «dare actionem» und «actionem competere» etc.*, in *ZSS.* 16 (1895) 1 ss.; Erman, *Recht und praetor*, in *ZSS.* 23 (1902) 421 ss.; Magdelain, *Les actions civiles* (1954), 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 solo nel senso che una differenza tra *actiones civiles* e *actiones honorariae*, e quindi la qualifica di certe azioni come «*civiles*», non poté 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 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 *nes civiles*» («azioni civili») erano fondate su norme del *ius civile* (*vetus* o *novum*) o su provvedimenti integrativi dello stesso (*leges*, *senatusconsulta*), e quindi «competevano» al soggetto giuridico che le invocasse 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*» («azioni onorarie») erano quelle che, pur se promesse nell'*edictum* magistratuale, dipendevano in concreto, volta per volta, da una concessione (*datio*) 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 con il *ius civile* entro il contenitore del *ius vetus*.

9.3.1. Le *actiones civiles* erano tutte, ovviamente, basate su una norma del diritto oggettivo, cioè del *ius civile* o del *ius publicum* (nel senso di diritto posto dalle *leges publicae*). Invece le *actiones honorariae* si suddistinguevano in «*actiones in ius*» e «*actiones in factum*», a seconda che la domanda dell'attore, come vedremo tra poco: *a*) fosse costituita dall'affermazione di una pretesa ormai ritenuta altrettanto «consolidata» quanto un diritto soggettivo civilistico; *b*) oppure consistesse nel richiamo di una situazione soggettiva non prevista come approssimativo potere giuridico neanche dal *ius honorarium*, pur se ritenuta egualmente degna di tutela, sulla base della sua autorità, dal magistrato giusdicente. In realtà, le azioni onorarie erano tutte sorte in origine come *actiones in factum*, concesse discrezionalmente dal giusdicente: la elevazione di un numero sempre maggiore tra esse al rango di *actiones in ius* andò di pari passo con la formazione e con l'estendimento del *ius honorarium*.

9.4. La distinzione tra *actiones in rem* e *actiones in personam* si ricollegava all'antica differenziazione tra *legis ac-*

---

actiones honorariae. L'unica cosa sicura è che l'editto usava la terminologia «*actionem dabo*» per le azioni create dal magistrato giusdicente.

9.3.1. Sulle *actiones in ius* e *in factum*: *infra* n. 10.3.1. Cfr. Pap. D. 19.5.1 pr.: *Nonnumquam evenit, ut, cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur.* — Non classico il concetto di *actio civilis in factum* (che compare, ad esempio, in Pap. D. 19.5.1.1-2 itp.): con esso si volle sottolineare che alcune *actiones in factum* erano azioni (comunque *honorariae*) basate su fattispecie non previste dal *ius civile*, ma strettamente connesse ad istituti civilistici. V. *infra* n. 83.3.3.

9.4. La distinzione tra *actiones in rem* e *in personam*, presente in Gaio (4.2-3), che la riferisce alle sole *actiones civiles*, ma nota pure a Giustiniano (I. 4.6.1), era applicata, in periodo classico, anche nell'ambito delle azioni onorarie. In tal senso: Segrè, *Sulla distinz. delle «a. in rem» e «in personam» etc.*, in *RAL*.

tio sacramenti in rem e *in personam*. «*Actiones in rem*» («azioni reali», anche dette «*vindicationes*») erano quelle volte alla difesa di un diritto assoluto contro l'aggressione di chicchessia. «*Actiones in personam*» («azioni personali», anche dette, per la stretta parentela con la più recente tra le *legis actiones*, «*condictiones*») erano quelle volte alla difesa di un diritto relativo. Ma questa classificazione, proprio per il suo riferimento originario alla sola *actio sacramenti*, non riesce, in realtà, ad applicarsi ad ogni specie di azione: ne rimangono fuori le azioni divisorie (ricollegantisi alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*), l'*actio quod metus causa* (esercitabile contro chiunque possieda la cosa che si è consegnata sotto la pressione della violenza morale), le *actiones noxales* (esercitabili contro chiunque abbia in sua potestà l'autore di un *delictum*) e altre.

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

9.5.1. Le «*actiones reipersecutoriae*» («azioni reipersecutorie»: «*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.

9.5.2. Le «*actiones poenales*» («azioni penali»: «*quibus poenam tantum persequimur*») erano rivolte ad ottenere il pagamen-

---

1929; Pugliese, *Processo formulare* cit. 1.126, e *Il processo* cit. 2.259 ss., i quali respingono l'opinione contraria (interpolazionistica). — *Actiones mixtae* vennero anche disinvoltamente denominate da Giustiniano quelle intermedie tra le *actiones in rem* e le *actiones in personam*. Esse non vanno confuse con le *actiones mixtae* di cui *infra* n. 9.5.3. Sul tema: Berger, «*Interdicta mixta*», in *St. Simoncelli* (1917) 1 ss. — Gaio, ricollegandosi all'antica procedura, distingue anche, nel quadro del processo formulare, tra *actiones ad legis actionem expressae* (cioè modellate sulle *legis actiones*) e azioni di conio originale, «*quae sua vi ac potestate constant*» (v. Biscardi, *Une catégorie d'actions négligées* etc., I. 21 [1953] 140 ss.); 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*. — Sulle azioni divisorie: *infra* n. 33.4 e 38.5. — Sull'*actio metus*: *infra* n. 74.6.1. — Sulle *actiones noxales*: *infra* n. 87.3.

9.5. Sulla distinzione tra *actiones reipersecutoriae, poenales, mixtae* cfr. Gai 4.6-9 e I. 4.6.16-19. Sul tema: Voci, *Risarcimento e pena privata* etc. (1939); Id., *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*. 64 (1998) 1 ss. Gai 4.6 dice, più precisamente: *Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam*. Amplius, sul punto: *infra* n. 87.2. — Sul concorso di azioni penali cfr. Ulp. D. 50.17.130 («*actiones poenales de eadem re concurrentes*»); Mod. D. 44.7.53 pr. («*plura delicta in una re*»). Sul tema: Voci, *Azioni penali in concorso tra loro*, in *SDHI*. 65 (1999) 1 ss.

9.5.1. Sulle *actiones reipersecutoriae*: Giffard, *Études sur les actions personnelles reipersécutoires* (1911). — Sulla pecuniarietà della condanna: *retro* n. 8.2.3.

9.5.2. La natura afflittiva della pena spiega perché le *actiones poenales* derivassero sempre da un debito o, comunque, da un illecito civile o pretorio, dito all'attore di una ammenda pecuniaria, di una «penale» («*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 penale era altrimenti fissata dall'ordinamento, essa non era determinata nel *iudicium* formulato *in iure*, ma era rimessa alla valutazione discrezionale del giudicante (es., nell'*actio iniuriarum*). Nulla impediva che l'azione penale concorresse con quella reipersecutoria: ad esempio, la vittima di un furto poteva in ogni caso ottenere il *duplum* (o talvolta anche più) del valore della cosa rubata agendo contro il ladro con l'*actio furti*, ma poteva inoltre ottenere il controvalore della refurtiva (ove ne fosse anche il proprietario) agendo contro il ladro con la *condictio ex causa furtiva*.

9.5.3. Le cd. «*actiones mixtae*» («azioni miste»: «*quibus et rem et poenam persequimur*») erano intese in una sola volta sia all'ottenimento del controvalore sia a quello dell'ammenda pecuniaria. Col pagamento dell'importo della condanna (*summa condemnationis*) il convenuto si liberava perciò tanto della responsabilità per l'illecito commesso, quanto della responsabilità per il pregiudizio patrimoniale arrecato. Tali le azioni *in duplum* contro chi si ostinasse a non pagare un debito già certo o già giudiziariamente accertato («*infitians*»).

---

versamente 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*, se non un'azione penale che riassumesse in sé la funzione reipersecutoria. Sul punto: De Francisci, *Studi sopra le azioni penali etc.* (1912); Levy, *Privatstrafe und Schadensersatz im klass. röm. R.* (1915); Rossetti, *Problemi e prospettive in tema di «struttura» e «funzione» delle az. pen. private*, in *BIDR.* 96-97 (1993-94) 343 ss.; Blanch Nougués, *La intransmisibilidad de las acciones penales etc.* (1997). — Sulle azioni da furto e sul concorso dell'azione penale con quella reipersecutoria: *infra* n. 88.6. — Le *actiones vindictam spirantes*, così dette dagli interpreti perché l'azione «*magis vindictae quam pecuniae habet persecutionem*» (cfr. Paul. D. 37.6.2.4), costituivano una categoria speciale (caratterizzata da note di particolare severità verso il *reus*) nell'ambito delle azioni penali. Tali, l'*actio iniuriarum* nell'ipotesi di *iniuria atrox* (v. *infra* n. 88.2.2) e l'*actio sepulchri violati* (v. *infra* n. 90.10).

9.5.3. Le *actiones mixtae* sono così chiamate da Giustiniano, in I. 4.6.18. Gaio (4.9) diceva, come abbiamo visto, che con esse «*rem et poenam persequimur*», invitando implicitamente a ritenere che si trattasse di azioni penali il cui esercizio escludesse il concorso dell'*actio reipersecutoria*. Su questa categoria: Betti, *Studi sulla litis aestimatio* 2. *Le «actiones quibus et rem et poenam persequimur»* (1915); Melillo, *«Tignum iunctum»* (1964) 153 ss.; Liebs, *Gemischte Begriffe im röm. R.*, in *Index* 1 (1970) 143 ss; Vacca, *Azioni penali «ex delicto» etc.*, in *Il probl. della pena criminale* (1993).

9.6. La distinzione tra *actiones stricti iuris*, *bonae fidei* e *arbitrariae* ebbe riguardo all'«*officium iudicis*», cioè alle funzioni decisorie conferite con il *iudicium* al giudicante.

9.6.1. Le «*actiones stricti iuris*» («azioni di stretto diritto», anche dette «*iudicia stricta*») erano azioni *in personam* (non *in rem*) caratterizzate da un *iudicium* che enunciava un obbligo del convenuto avente un contenuto certo e determinato: esse non lasciavano quindi al giudice nessuna possibilità di valutazioni discrezionali. Se il giudice perveniva alla convinzione del buon diritto dell'attore, egli non poteva fare altro che condannare il convenuto al preciso importo pecuniario già indicato dal *iudicium*; se il giudice perveniva alla conclusione contraria, o comunque non riusciva a convincersi pienamente delle ragioni della parte attrice, 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*.

9.6.2. Le «*actiones bonae fidei*» («azioni di buona fede», anche dette «*bonae fidei iudicia*») erano *actiones civiles in perso-*

9.6. La tripartizione *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) facendo seguire un paragrafo (4.6.31) sulle *actiones arbitrariae* (*Praeterea quasdam actiones arbitrarias ... appellamus* ecc.). È opportuno notare che la tripartizione ha carattere irregolare (non è una vera e propria tricotomia, una vera e propria divisione 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 classificazione non fu nemmeno intravvista dalla giurisprudenza classica 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*»).

9.6.1. La configurazione dei *iudicia stricta* come contrapposti ai *bonae fidei iudicia* è da molti considerata di conio postclassico: Pringsheim, «*Ius aequum*» *und* «*ius strictum*», in *ZSS.* 42 (1921) 643 ss. Il Biondi, «*Actiones stricti iuris*» (1927), in *Scr.* 2 (1965) 663 ss., considera postclassica (forse a torto) anche la contrapposizione dei *iudicia stricta* ai *bonae fidei iudicia* sulla base del rilievo (peraltro giusto) 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. V. tuttavia Naber, *De* «*strictis iudiciis*», in *MN.* 24 (1896) 55 ss. — Sulla *condictio*: Liebs, *The history of the roman* «*condictio*» *etc.*, in *Op. Honoré* (1986) 163 ss. — Sull'*actio ex stipulatu*: *infra* n. 71.4. — Sull'*actio ex testamento*: *infra* n. 84.2. — Sulla *condictio indebiti*: *infra* n. 86.2.

9.6.2. Sui *bonae fidei iudicia*: Lombardi (L.), *Dalla* «*fides*» *alla* «*bona fides*» (1961) 169 ss.; Carcaterra, *Intorno ai* «*b. f. iudicia*» (1964); Turpin, «*B. f. iudicia*», in *Cambr. L. J.* 1965. Sul problema delle origini: Kunkel, «*Fides*» *als schöpferisches Element im röm. Schuldrecht*, in *Op. Koschaker* 2 (1939) 1 ss.; Wieacker, *Zum Ursprung der* «*b. f. iud.*», in *ZSS.* 80 (1963) 1 ss.; Honsell, «*Quod interest*» *im* «*b. f. iudicium*» *etc.* (1969); Cervenca, *Contributo allo studio delle* «*usu-*

nam (non *honorariae* e non *in rem*) il cui *iudicium* attribuiva al giudice un largo margine di valutazione discrezionale, e cioè il potere di stabilire a suo criterio tutto quanto il convenuto fosse tenuto a dare o fare in base ai principî della buona fede («*quidquid dare facere oportet ex fide bona*»): compito del giudice doveva essere, dunque, 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 espostegli dall'attore e tutte le

---

[illegible] c.d. *legali nel dir. rom.* (1969) 227 ss.; Wilinski, *Zur «litis aestimatio» in den «b. f. iud.»*, in *Index* 3 (1972) 443 ss.; Castresana, *«Fides, bona fides» etc.* (1991). L'origine dei *bonae fidei iudicia* nell'ambito delle procedure svolgentisi davanti al *praetor peregrinus* è indubbia, ma non perciò può parlarsi di natura «onoraria», 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.], *«Actio aestimatoria» e i «b. f. iud.»*, 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 sia per diritto giustinianeo, l'inclusione dell'*actio rei uxoriae*, alla quale non risultano applicate le principali regole dei *bonae fidei iudicia* (es.: la possibilità di tener conto del dolo pur in mancanza di *exceptio doli*): v. *infra* n. 43.3.1 e 2. — Sull'influenza dei *pacta* (problema assai discusso): Grosso, *L'efficacia dei patti nei «b. f. iud.»*, in *SU.* 1927-28; id., *Efficacia dei patti nei «b. f. iudicia»*, in *MT.* 1928, che attribuisce al diritto classico i soli «*pacta in continenti*». In senso contrario (e cioè per la piena classicità della regola «*pacta conventa insunt bonae fidei iudiciis*»): Knütel, *«Contrarius consensus»* (1968); id., *Die Inhärenz der «exceptio pacti» im «b. f. iud.»*, in *ZSS.* 84 (1967) 133 ss.; Guarino, *Per la storia del «contrarius consensus»* (1968), in *PDR.* 6 (1993) 232 ss. — La duttilità dei *iudicia bonae fidei*, in conseguenza della concessione al giudice di tanto vasti poteri di valutazione, costituì un sensibilissimo passo in avanti verso l'eliminazione dell'eccessivo formalismo che il processo formulare aveva ereditato dalle procedure per *legis actiones*: il merito ne va anche e sopra tutto al pretore peregrino, il quale, nella impostazione delle regole di giudizio adatte ai nuovi e complessi rapporti commerciali del mondo mediterraneo, era libero non solo dalle remore sostanziali del *ius civile vetus*, ma anche dalle strutture procedurali delle *legis actiones*. Le parti in causa non ebbero, nei giudizi di buona fede, l'oppressiva preoccupazione di dover sintetizzare tutte le loro ragioni in uno scheletrico *iudicium* redatto *in iure* e il convenuto fu esentato, in particolare, dalla necessità di inserire le sue difese in corrispondenti *exceptiones* e dal rischio di perdere la lite *apud iudicem* se alla formulazione di quelle *exceptiones* non avesse provveduto a tempo debito. Il rovescio della medaglia era che il giudice privato, ove mancasse di una adeguata conoscenza del diritto, redigesse in malo modo la sentenza; ma si tenga presente che egli veniva estratto da un *album iudicum* (o da un collegio) di persone specializzate, veniva concretamente scelto in considerazione delle sue affidanti capacità e veniva opportunamente orientato nella sua attività dalle parti, dai loro difensori tecnici e dai *responsa* dei giuristi o dai *rescripta* dei principi di cui le parti si provvedevano. Ecco il motivo per cui in età postclassica il numero dei *iudicia bonae fidei* fu incrementato ed esteso anche ad alcune azioni *in rem* di peculiare difficoltà. Ed ecco anche, più in generale, lo spunto da cui derivò l'adozione della procedura *extra ordinem*, con l'unificazione del processo davanti ad un *iudex* che, per di più, era un esperto magistrato o funzionario: *infra* n. 13.3.

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 «buona fede» («*bona fides*») in senso oggettivo, di quella «correttezza» nella vita di relazione, che si riteneva dovesse necessariamente informare certi rapporti. Pertanto il giudice, senza affatto abbandonarsi con ciò a decisioni estrose e personali, teneva conto, ai fini della *sententia*, anche delle pattuizioni non formali intervenute tra le parti al momento del contratto («*pacta adiecta in continenti*») o successivamente alla contrattazione («*pacta adiecta 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*»); il che gli permetteva di pervenire ad una conclusione esattamente commisurata non solo ai torti ma anche alle ragioni del convenuto, col risultato che la sentenza poteva essere, al limite, di assoluzione anziché di condanna.

9.6.3. Le «*actiones arbitrariae*» («azioni arbitrarie», anche dette «*iudicia arbitraria*») erano azioni, tanto *in personam* quanto anche *in rem*, il cui *iudicium* attribuiva al giudice, per l'ipotesi che si convincesse del buon diritto dell'attore, il potere di far precedere alla condanna un esplicito avvertimento («*pronuntiatio*») con il quale rendeva noto alle parti le conclusioni cui era pervenuto e poneva in particolare il convenuto nella condizione di scegliere tra il subire la condanna pecuniaria o il ripristinare («*restituere*») spontaneamente lo stato giuridico da lui alterato (e quindi, eventualmente, il rendere all'attore la cosa controversa). Se il convenuto, per evitare la condanna, faceva uso della facoltà di scelta (cd. «*arbitrium de restituendo*») nel senso di reintegrare lo stato anteriore delle cose, egli veniva a guadagnare, sia pure *in extremis*, l'assoluzione. Esempi classici di *iudicia arbitraria* sono costituiti dalla *rei vindicatio* (che era *actio*

9.6.3. Sui iudicia arbitraria (o «*actiones arbitrariae*», o «*actiones per formulam arbitrariam*»): Biondi, *Sulla dottr. rom. dell'«actio arbitraria»* (1911); id., *Studi sulle «a. arb.» e l'«arbitrium iudicis»* (1913); id., *Di nuovo sulla dottr. rom. dell'«a. arb.»* (1913); id., *La categoria delle «a. arb.»*, in *Scr.* 2 (1965) 677 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 «a. arb.»*, in *Gr. Sohm* (1914) 203 ss.; Velazzese, *«Iusiurandum in litem»* (1958). In generale Kaser, Hackl, *RZPR.* 335 ss., con bibl. V. anche *retro* n. 8.2.3. — Sulla rei vindicatio: *infra* n. 51.2. — Sulla condictio certae rei: *infra* n. 74.4.3.

in rem) e in genere dalle *actiones in rem* intese all'ottenimento di una *res* contesa, nonché dalle *actiones in personam* dirette alla restituzione di una certa *res* (es.: *condictio certae rei*); ma l'elenco subì variazioni e integrazioni in periodo postclassico.

9.7. La distinzione tra *iudicia legitima* e *iudicia imperio continentia* ebbe radici preclassiche (e non chiaramente ricostruibili), ma acquistò nuova e peculiare rilevanza per effetto della *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C. In base alla legge augustea la distinzione si applicò ad ogni specie di azione formulare (sia *civilis* che *honoraria*, sia *in rem* che *in personam*) e riguardò la struttura delle relative «regole di giudizio» (dei *iudicia* cd. *concepta*). I *iudicia* furono definiti «*legitima*» («legittimi») se ed in quanto si trovassero ad avere le seguenti tre caratteristiche: *a*) di riguardare una *lis* intercorrente tra un attore e un convenuto ambedue cittadini romani; *b*) di essere relativi ad un processo celebrato a Roma-centro (non oltre la prima pietra miliare dall'urbe); *c*) di rimettere la decisione ad un giudice unico che fosse cittadino romano (e non alla decisione di più *recuperatores* o di un *iudex* non romano). «*Iudicia quae imperio continentur*» («delimitati dall'*imperium* magistratuale») furono conseguentemente denominati quelli mancanti anche di uno solo tra i predetti requisiti.

9.7.1. In ordine ai *iudicia legitima* la legge Giulia stabilì, per dare un tempo congruo all'espletamento del processo, che la

---

9.7. La distinzione fra *iudicia legitima* e *iudicia imperio continentia* è formulata in Gai 4.103-109. Cfr. anche Gai 1.184, 3.83, 180, 181, 4.107, 109; Fr. August. 97-154; Ulp. 11.24, 27; Vat. 47 a; Cic. *pro Rosc. com.* 5. 15; Cic. *part. or.* 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., il quale respinge la *communis opinio*, secondo cui la contrapposizione tra le due categorie di *iudicia* sarebbe stata in stretta connessione con la genesi degli stessi, cioè con l'introduzione del *iudicio* da parte di una legge oppure da parte dell'*imperium* magistratuale. Tuttavia Cic. *pro Rosc. 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 proprio a chiedersi se la dicotomia non ricalchi almeno in parte una distinzione, praticata anteriormente alla *lex Iulia iudiciorum privatorum*, 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: Balzarini, *Considerazioni in tema di «iud. leg.»*, in *St. Volterra* 3 (1971) 449 ss. Ipotesi ancora più audace e meno persuasiva è stata formulata da: Cancelli, «*Iud. legitima*», «*arbitria hon.*» e «*advocatio*» di *pro Q. Roscio com.* 5.15 ecc., in *La giustizia tra i popoli nel pensiero e nell'opera di Cic.* (1993) 143 ss. — Il *primum miliarium* (entro cui dovevano essere celebrati i *iudicia legitima*, dunque «*legitima*» perché conformi alla *lex Iulia*) si calcolava partendo da una colonna eretta nel foro di Augusto presso il tempio di Saturno: colonna che Augusto fece erigere (o restaurare) e dorare (*miliarium aureum*).

9.7.1. La *durata dei iudicia legitima* era fissata a titolo di favore: i *iudicia imperio continentia* avevano infatti a loro disposizione il massimo di un sentenza potesse essere pronunciata entro 18 mesi dalla data della *litis contestatio*. Per gli altri *iudicia* valse invece la regola generale che la *sententia iudicis*, essendo fondata su un conferimento di poteri da parte di un certo determinato magistrato giusdicente («*iussum iudicandi*»), dovesse essere pronunciata entro l'anno di carica del magistrato che avesse emesso il decreto relativo. Scaduti i termini per la pronuncia della sentenza si verificava infatti, salva conferma del magistrato subentrante, la estinzione del procedimento *apud iudicem* per cd. «morte della lite» («*mors litis*»).

9.8. La distinzione tra *actiones directae* e *actiones utiles* ricalca solo in parte una sistematica romana. In realtà essa viene qui costruita, su suggestione di terminologie romane, allo scopo di far differenza tra: *a*) le *actiones civiles* chiaramente identificate nei loro contenuti e nei loro limiti (dette anche perciò «*actiones directae*», cioè azioni «rettilinee»); *b*) i molteplici e svariatissimi adattamenti che delle azioni dirette furono fatti dal *ius honorarium* (e in parte dalla stessa *cognitio extra ordinem*) per poterle indirettamente «utilizzare», più o meno deformandole, al di fuori ed al di là della sfera di applicazione loro propria (donde la terminologia di «*utiliter agere*»). Tra le modalità più caratteristiche di ricorso ad «azioni utili» (ad azioni, potremmo dire, «di ripiego») possono esserne segnalate tre: *a*) la trasposizione di soggetti; *b*) la finzione di un requisito civilistico; *c*) l'imitazione estensiva di un'azione civilistica.

---

anno, ed anzi (il più delle volte) anche meno o molto meno (quando fossero iniziati in corso d'anno). La durata dei *iudicia* aventi i requisiti dei *iudicia legitima* era, anteriormente alla *lex Iulia iudiciorum privatorum*, a nostro avviso, anch'essa limitata al periodo di carica del magistrato. Balzarini, *Considerazioni* cit., ipotizza invece una loro originaria durata illimitata. — Sulla *mors litis*, e sulla possibilità di un nuovo procedimento *apud iudicem*, v. *infra* n. 11.4.2. — Su altri aspetti della distinzione tra *iudicia legitima* e *imperio continentia* v. *infra* n. 11.8.2.

9.8. Sulle *actiones utiles*: Albertario, *Delle azioni dirette ed utili*, in *St.* (1946) 151 ss.; Bortolucci, «*Actio utilis*» 1 (1909); Nicosia, «*Exceptio utilis*», in *ZSS.* 75 (1958) 251 ss.; Valiño, «*A. u.*» (1974); Sotty, *Recherches sur les «u. a.»* etc. (1977). Il Sotty difende una teoria molto riduttiva (le *actiones utiles* come azioni preesistenti, ma inefficaci, rese utilizzabili in qualche modo dal magistrato), che lascia alquanto perplessi. In realtà, la nozione non fu precisa e chiara agli occhi dei classici e dei postclassici. Ad esempio, il Daube, «*Utiliter agere*», in *Iura* 11 (1960) 69 ss., attraverso l'esame di numerosi testi, sostiene la classicità delle espressioni «*utiliter agere*», «*utiliter experiri*» e simili, per concludere che la loro frequenza nei giuristi classici (e in particolare in Giuliano) non vuole peraltro alludere all'esperimento di un'*actio utilis*, bensì soltanto ad un'azione che può essere esperita con successo. Sul tema anche: Wesener, «*Utiles actiones in factum*», in *St. Betti* 4 (1962) 493 ss.; Id., *Nichtedliktale Einreden*, in *ZSS* 112 (1995) 109 ss.; Quadrato, *Ancora su «utiliter agere»*, in *Labeo* 10 (1964) 356 ss.; Fernandez Barreiro, *La frustración de la compraventa por intervención de un tercero* etc. (1972). — Analoghi alle *actiones* (e *exceptiones*) *utiles* furono gli *interdicta utilia*, cioè gli adattamenti opportuni di taluni *interdicta* di base. V. *infra* n. 12.2.

9.8.1. La «trasposizione di soggetti» consisteva nell'invitare (con il *iudicium*) il giudice ad emettere la sua sentenza tra attore e convenuto sulla base dell'accertamento di un rapporto intervenuto non tra loro due, ma tra uno di essi ed altri o esclusivamente tra altri (generalmente in veste di loro rappresentanti o di loro sottoposti privi di capacità giuridica): il che si otteneva (come sarà piú chiaro tra poco) indicando nella *condemnatio* il nome delle parti processuali, ma indicando nella *intentio* il nome dei veri protagonisti del rapporto controverso. Con questo sistema, ad esempio, nelle cd. «*actiones adiecticiae qualitatis*» il pretore poteva far sí che per un debito contratto dal *filius familias* o dal *servus* fosse condannato, in taluni casi, il relativo *pater familias* o *dominus*.

9.8.2. La «finzione di un requisito civilistico» (cd. «*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. Nelle «*actiones ficticiae*» («azioni fittizie», anche dette «*formulae ficticiae*») si poteva fingere come 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*, ovvero fingere che fosse decorso il tempo per l'*usucapio* dell'oggetto in contestazione e via dicendo. I casi piú noti sono quelli delle azioni a tutela del *bonorum emptor* (attore «*ficto se herede*» nella cd. *actio Serviana*) e dell'*in bonis habens* (attore «*ficta usucapione*» nella cd. *actio Publiciana*).

9.8.3. L'«imitazione estensiva di un'*actio* originaria» consisteva nel creare un'azione sostanzialmente nuova, ma giustificata

---

9.8.1. La cd. *trasposizione di soggetti* è testimoniata con precisione da Gai 4.86-87. — *Formula tralaticia* sembra essere denominata la formula con trasposiz. dei soggetti in *Tab. Herc.* 85 (ed. Camodeca). — Su *intentio* e *condemnatio* v. *infra* n. 10.2.1. — Sulle *actiones adiecticiae qualitatis*: *infra* n. 26.3.

9.8.2. In particolare, sulla *fictio iuris civilis*: cfr. Gai 4.32-38. In dottrina: Di Lella, «*Formulae ficticiae*» etc. (1984), con ampia revisione del tema e bibl. precedente. Delle principali azioni (in specie, a tutela del *bonorum possessor*, del *bonorum emptor* e dell'*in bonis habens*) si parlerà nei luoghi opportuni. — Sulla finzione nel diritto, in generale: Dekkers, *La fiction juridique* (1935); Todescan, *Diritto e realtà* etc. (1979); Amarelli, *La realtà e la finzione giuridica*, in *Labeo* 26 (1980) 311 ss.; Hackl, *Sulla finzione nel dir. priv.*, in *St. Biscardi* 2 (1982) 245 ss.; Thomas (Y.), «*Fictio legis*» etc., in *Droits* 21 (1995) 17 ss. (ivi un elenco delle fonti giuridiche sulla *fictio iuris*); Bianchi, «*Fictio iuris*» etc. (1997). — Sull'*actio Serviana* «*ex bonorum emptione*»: *infra* n. 52.6.5. — Sull'*actio Publiciana*: *infra* n. 53.2.3. — Sulla *hereditatis petitio ficticia*, caso peraltro dubbio: *infra* n. 32.7.3. — Sulla *fictio civitatis*: n. 3.5.

9.8.3. Sulle *actiones ad exemplum*: Wesener, «*Actiones ad exemplum*», in *ZSS.* 75 (1958) 220 ss. e *infra* n. 89.2.2. Cfr. Nerat. D. 9.2.53: *Boves alienos in angu-*

dal fatto di essere costruita sul modello formale di un'azione preesistente relativa ad un caso analogo (cd. «*actio ad exemplum*», «azione esemplata»). Esempio: le *actiones ad exemplum* (*actionis*) *legis Aquiliae*, concesse dal pretore in ordine a fattispecie di danneggiamento non perseguibili sulla base di un'interpretazione letterale della *lex Aquilia de damno dato*.

10. La struttura dei «iudicia» formulari.

10.1. La struttura dei *iudicia* formulari era estremamente duttile ed era per di più ridotta a poche frasi essenziali, con l'uso di termini particolarmente significanti, le quali avevano il pregio della massima semplicità, pur nel loro estremo schematismo potevano riuscire e riuscivano spesso poco comprensibili agli inesperti di diritto. Da un punto di vista logico, anche se non sempre sul piano della struttura formale, ogni «*iudicium*» si componeva di quattro parti ben distinte: *a*) la *iudicis datio*; *b*) la *pars pro actore*; *c*) la *pars pro reo*; *d*) il *iussum iudicandi*.

10.1.1. La «*datio iudicis*» («assegnazione del giudice», anche detta «*iudicis nominatio*») era il provvedimento di designazione

---

nam locum exegisti eoque effectum est, ut deciderent: datur 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). Sul tema: von Lübtow, *Untersuchungen zur «lex Aquilia» etc.* (1971) *passim*; Valiño, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la lex Aquilia* (1973); Wesener, *Zur Denkform des «quasi» in der römischen Jurisprudenz*, in *St. Donatuti* 3 (1973) 1387 ss.

10.1. Sulla struttura formulare: Wlassak, *Die römischen Prozessgesetze* cit. 1.77 ss., 2.51 ss.; id., *Prozessformel* cit. 94 ss.; Betti, *Su la formula del proc. civ. rom.*, in *Fil.* 38 (1914) 674 ss.; Bertolini, *Appunti* cit. 2.1 ss.; Arangio-Ruiz, *Les formules des actions etc.* (1914), in *Scr.* 1 (1974) 419 ss.; Giuffredi, *Contributi* cit. 47 ss.; Biscardi, *Processo e formula etc.*, in *RISG.* n.s. 3 (1949) 465 ss.; Kaser, Hackl, *RZPR.*² 310 ss. — Sulla terminologia «*formula*» - «*iudicium*»: Kübler, *Ueber die Bedeutung von «iudicium» und «formula» etc.*, in *ZSS.* 16 (1895) 137 ss.; Beseler, *«Iudicium»*, in *ZSS.* 46 (1926) 131 ss.; Lenel, *«Iudicium»*, in *ZSS.* 47 (1927) 29 ss.; Pugliese, *Processo formulare* cit. 2.92 ss. Si ricordi che «*iudicium*» è termine che indica anche l'attività svolta dal *iudex* nella fase *apud iudicem*: il che può dar luogo ad equivoci (v. Pugliese, sv. *Iudicium* [in *NNDI.*] cit.). È perciò che noi distinguiamo, di norma, tra «regola di giudizio» e «attività di giudizio». V. anche *retro* n. 9.1. — In ordine al problema della scrittura del iudicium: Arangio-Ruiz, *Sulla scrittura della formula nel proc. rom.*, in *Iura* 1 (1950) 15 ss.; Biscardi, *Contro la critica della formula processuale classica*, in *St. Biondi* 1 (1965) 647 ss. A nostro avviso, il *iudicium* era un atto a forma libera, solitamente risultante da una convenzione orale; tuttavia, altrettanto solidamente le parti ricorrevano, come vedremo, a testimoni del loro «*dictare et accipere iudicium*» ed a connesse *testationes* scritte del *iudicium* pattuito. V. anche: Guarino, *Un responso di Delfazio?* (1983), in *PDR.* 5 (1994) 93 ss.

10.1.1. Sulla iudicis nominatio: Mazeaud, *La nomination du «iudex unus»* (1933). Esempi di «*iudicis nominatio*»: «*Titius iudex esto*»; «*Titius Gaius* della persona o delle persone incaricate dal magistrato giudicente, su accordo o con l'assenso delle parti, di emettere la «*sententia*». Si indicava quindi come prima cosa il destinatario del *iudicium* incaricato di realizzare quest'ultimo, cioè di *iudicare*.

10.1.2. Nella «*pars pro actore*» («parte a favore dell'attore»), che seguiva alla clausola di designazione del giudicante, si indicava quale fosse la tesi sostenuta dall'attore e si formulava l'ipotesi che risultassero fondati gli argomenti addotti a sostegno di quella tesi dall'attore (ed infondati quelli eventualmente addotti in contrario, a titolo di «eccezione», dal convenuto): conseguentemente si invitava il giudice ad emettere il provvedimento richiesto dall'attore.

Sempronius recuperatores sunto». Nella procedura formulare non si fece più distinzione tra *iudex* e *arbiter*. — Il iudex privatus, o «*iudex unus*», 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, a partire dal sec. I a. C., anche di rango equestre): v. già *retro* n. 8.2.2. Sul tema: Birks, *New light on the Roman legal system: the appointement of judges*, in *Cambridge L. J.* 1988, 36 ss.; Cardilli, *Designazione e scelta del «iudex unus» alla luce della «lex Irnitana»*, in *MAL* 9.3 (1992) 37 ss. 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 «giudice in affari privati»; diversamente Wlassak, *Judikationsbefehl* (1921) 51 («privato con funzioni di giudice») e Kaser, «*Praetor*» *und* «*iudex*» cit. 329 nt. 5 («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 bibl. — Il munus iudiciale («funzione giudicante») del *iudex* o dei *recuperatores* era, per l'appunto, un *munus publicum*, cioè un compito affidato nell'interesse pubblico, quindi non rifiutabile dal giudicante, il quale poteva (come il magistrato) anche non essere soggetto giuridico privato, purché fosse soggetto giuridico pubblico e capace di agire. Per sottrarsi alla iscrizione nell'*album iudicum* o all'esercizio della funzione giudicante in un singolo processo, il soggetto designato doveva rappresentare al magistrato un plausibile motivo di scusa («*excusatio iudicis*»: malattia, sacerdozio, assenza per giustificati motivi, rapporti di parentela con una delle parti, impedimento sopravvenuto ecc.), eventualmente confortandolo con un giuramento (*iusiurandum*). Cfr. Ulp. 23 *ed.* D. 50.5.13 pr. (*praetor ait, quoscumque intellegit operam dare non posse ad iudicandum, pollicetur se excusaturum* ecc.) e 2 (*qui autem non habet excusationem, etiam invitus iudicare cogitur*). Sul punto: Paricio, *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados* (1987) 53 ss., 101 ss. Sulla funzione giudicante v. anche *infra* n. 11.6. Più in generale: Metzger, *The Judge's Burden* (1995). — I nomi convenzionali delle parti negli schemi formulari erano (lo avvertiamo sin d'ora): *Aulus Agerius* (da «*agere*») per l'attore e *Numerius Negidius* (da «*negare*») per il convenuto. A titolo di abbreviazione, si scriveva (come faremo anche noi): *A.s A.s* e *N.s N.s*.

10.1.2. Esempio di pars pro actore: «*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere* [tesi sostenuta dall'attore], *iudex, N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia condemnato* [conseguenza della verificazione dell'ipotesi]».

10.1.3. Nella «*pars pro reo*» («parte a favore del convenuto») si formulava l'ipotesi inversa e alternativa rispetto a quella della *pars pro actore*, cioè l'ipotesi che non risultassero fondati gli argomenti addotti dall'attore (o risultassero fondati quelli eventualmente addotti in contrario dal convenuto); si invitava conseguentemente il giudice a lasciare indenne il convenuto, cioè ad assolverlo.

10.1.4. Il «*iussum iudicandi*» («ordine di giudicare») era il provvedimento con il quale il magistrato giusdicente investiva pubblicamente il giudicante privato della funzione di giudicare in sua vece e di emettere, a conclusione della propria attività e in conformità della propria opinione («*sententia*») sulla questione esaminata, un «provvedimento decisorio» della lite (cioè: una *condemnatio*, un'*absolutio*, una *adiudicatio*).

10.1.5. In conclusione, ed a maggior chiarimento di quanto dianzi detto, ecco come si presentava, riducendola allo stretto

---

10.1.3. La *pars pro reo* si riduceva a pochissime parole: «*si non paret, absolvito*» (o, ancora più brevemente: «s.n.p.a.»).

10.1.4. Sul *iussum iudicandi*: Wlassak, *Der Judikationsbefehl der röm. Prozesse* (1921); Mucsaud, *La nominatio* cit. 127 ss.; Lemosse, *Indications nouvelles sur le i. i.*, in *RH.* 47 (1969) 291 ss.; Guarino, *OGR.* n. 64. Testimonianze in proposito si leggono nella *lex Rubria* 19.3, 20.25 («*ius deicito iudicia dato iudicareque iubeto cogito*») 20.21 e 32, in *tab. Pomp. secund.* 34 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*: mentre questa era certamente situata all'inizio del *iudicium* (prima del merito), 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* doveva 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* n. 11.4.2), sospeso (arg. Ulp. D. 40.12.24.3 s.), revocato (cfr. Cels. D. 42.1.14: *quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et remittere licet*).

10.1.5. Un esempio documentale di *iudicium* ci è pervenuto attraverso una *testatio* conservata nella *tabula Pompeiana secunda* 34 (= 31 nell'ed. critica di Camodeca, *Tab. Pomp. Sulpiciorum* [1999] 97 ss.), sulla quale v. per tutti: Santoro, *Le due formule della Tabula Pompeiana 34*, in *AUPA.* 28 (1985) 335 ss.; Guarino, *OGR.* n. 64 (e ld. relativa). Il testo (qui semplificato) del documento è il seguente: «*A) C. Blossius Celadus iudex esto. Si paret C. Marcium Saturninum C. Sulpicio Cinnamo sestertium... milia dare oportere, qua de re agitur, C. Blossius Celadus iudex C. Marcium Saturninum sestertium... milia C. Sulpicio Cinnamo condemnato; si non paret absolvito. B) Blossius Celadus iudex esto. Si paret C. Marcium Saturninum C. Sulpicio Cinnamo sestertium... milia dare oportere, qua de re agitur, C. Blossius Celadus iudex C. Marcium Saturninum sestertium... milia C. Sulpicio Cinnamo condemnato; si non paret absolvito. C) Iudicare iussit Publius Cossinius Priscus duumvir. D) Actum Puteolis Fausto Cornelio Sulla Felice et Quinto Marcio Barea Sorano consulibus*». Il documento è chiaramente relativo a due diverse obbligazioni, per due essenziale e scegliendola tra le più diffuse, una regola di giudizio del processo formulare: «Sia giudice della causa Tizio. Se (in base all'istruttoria da compiere) ti sembra che la pretesa vantata da Aulo Agerio (l'attore) nei confronti di Numerio Negidio (il convenuto) è una pretesa fondata, allora tu, giudice Tizio, condanna Numerio Negidio a pagare ad Aulo Agerio la somma *x*; se invece ciò non ti sembra, assolvilo. Nella mia qualità di magistrato giusdicente investo (esplicitamente e pubblicamente) Tizio della potestà di giudicare (in ordine alla predetta questione)».

10.2. Il merito del *iudicium* (cioè quella parte della regola di giudizio in cui si puntualizzava il *thema decidendum*, la questione che esigeva, che «meritava», di essere risolta tra le parti) era, naturalmente, costituito dalle *partes pro actore e pro reo*. Analizzato nella sua struttura, esso si componeva: *a*) di due «elementi essenziali», l'*intentio* e la *condemnatio*; *b*) di svariati «elementi accidentali» (che potevano cioè anche non essere inseriti nel *iudicium*, ove ne mancasse l'esigenza specifica): *demonstratio, adiudicatio, praescriptio, taxatio, exceptio* (e clausole affini a quest'ultima).

10.2.1. *Intentio* e *condemnatio* avevano carattere essenziale perché non potevano, di regola, mai mancare. Un *iudicium* pri-

---

diverse somme di danaro, assunto da Marcio Saturnino nei confronti di Sulpicio Cinnamo: questo spiega perché i *iudicia*, ciascuno con la relativa *iudicis nominatio* di Blossio Celadio, sono due (quello riportato *sub* A e quello riportato *sub* B), mentre unico per entrambi è il *iussum iudicandi* del duoviro puteolano Cossinio Prisco (riportato *sub* C). L'anno deducibile dalla indicazione dei consoli (riportata *sub* D) è il 52 d. C.

10.2. 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 4.39-44 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. In pratica poteva 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*: Audibert, «*Formules sans intentio*», in *St. Girard* 1 (1912) 35 ss.; Pugliese, *Studi sull'iniuria* (1941) 83 ss.; id., *Processo formulare* cit. 2.101 ss.

10.2.1. Sull'*intentio* cfr. Gai 4.41: *Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars formulae: «si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia dare oportere»; item haec: «quidquid paret N. Negidium 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*. V. anche Vallejo, «*Intentio*» *en el Digesto etc.*, in *St. Alvarez Suárez* (1978) 539 ss. — Sulla *condemnatio* cfr. Gai 4.43: *Condemnatio est ea pars formulae, qua iu-*

vo dell'uno o dell'altro elemento non avrebbe avuto consistenza giuridica. Infatti l'«*intentio*» («tesi attrice») era l'affermazione dell'azione sostanziale dell'attore (azione contrastata dal convenuto) e la «*condemnatio*» («richiesta di condanna») era il consequenziale invito rivolto al giudice affinché condannasse il convenuto (o, in alternativa, lo assolvesse, se la pretesa processuale dell'attore risultasse inaccoglibile).

10.2.2. La sola e vera eccezione alla regola della essenzialità della *condemnatio* o di un suo surrogato fu costituita dai «*praeiu-*

---

dici condemnandi absolvendique potestas permittitur velut 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* .. *si non paret*»). Nel secondo esempio di Gai 4.43 la *condemnatio* è limitata da una *taxatio* (su cui *infra* n. 10.5.3).

10.2.2. Sui *praeiudicia*: Triantaphyllopoulos, «*Praeiudicium*», in *Labeo* 8 (1962) 73 ss.; Hackl, «*Praeiud.*» *im klass. röm. R.* (1976). Per le fonti cfr. spec. D. 44.1 (*De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*). — Si avverta che «*praeiudicium* - *praeiudicare*» ha spesso il senso atecnico di precedente, cioè di decisione giudiziale precedente che può influire di fatto su un giudizio successivo (cd. «*probatio inartificialis*» delle fonti retoriche: *infra* n. 11.6.2): 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* etc., in *AUPA*. 1955, 365 ss., il quale sostiene (poco convincentemente) che i *praeiudicia* avevano efficacia sempre incidentale, cioè costituivano sempre «incidenti» di un corso giudizio in cause parentesi 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: *infra* n. 72.6.1: v. Triantaphyllopoulos, «*Praeiud. legis Cicereiae*», in *Labeo* 10 [1964] 74 ss.), e non davano quindi luogo a decisione efficace *erga omnes*. Poco persuasiva anche l'opposta tesi del Sieber, «*Praeiudicia*» *als Beweismittel*, in *Fs. Wenger* 1 (1944) 59 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, *Einlassungszwang und Urteilsnorm* (1877) 150 ss. — L'elenco dei *praeiudicia* comprende, tra i principali, i seguenti: «*an liber 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. Papin. D. 42.5.30). — Diversa l'ipotesi delle *exceptiones praeiudiciales* proposte 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* (d. rom.), in *NNDI*.

dicia» (detti anche «*formulae praeiudiciales*» o «*actiones praeiudiciales*»: «azioni pregiudiziali»). Questi erano dei *iudicia* che invitavano il *iudex* ad un «mero accertamento», ritenuto indispensabile per poter passare a stabilire, in un secondo momento, 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, l'invito ad accertare a quanto ammontasse la dote di una donna: «*quanta dos C. Seiae sit* [*iudex, vide*]»). Si trattava, in altri termini, di azioni di accertamento cautelare, aventi funzione preparatoria di una successiva *litiscontestatio* e di un'ancor successiva decisione giudiziale.

10.3. L'*intentio* («tesi attrice»), avendo lo scopo di identificare l'azione sostanziale vantata dall'attore, doveva, di solito, enunciare chiaramente tre punti: *a*) i soggetti del rapporto di responsabilità (le cd. «*personae*» del linguaggio processuale oggi corrente); *b*) l'atto illecito (del convenuto o di altri) che aveva dato causa alla costituzione del rapporto di responsabilità (cd. «*causa petendi*» del corrente linguaggio moderno); *c*) la situazione giuridica attiva (e più precisamente il potere di azione) in ordine a cui si chiedeva pertanto il provvedimento giurisdizionale di tutela (cd. «*petitum*», sempre del linguaggio modernamente in uso).

10.3.1. L'*intentio* poteva essere: *a*) *in ius* (*concepta*); *b*) *in factum* (*concepta*). L'*intentio* «*in ius concepta*» («riferita a un diritto») era formulata con riguardo ad un rapporto o ad una si-

---

10.3. In ordine all'*intentio*, a parte la letteratura citata retro n. 10.1, v.: Juncker, *Die gaianische Definition der «int.»*, 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 N.m N.m* [= *personae*] *furtum factum esse paterae aureae* [= *causa petendi*], *quam ob rem N.m N.m pro fure damnum decidere oportet* [= *petitum*] (ecc.)». 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*. — Sugli elementi dell'azione processuale (*personae, petitum, causa petendi*): retro n. 3.3.2.

10.3.1. 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), in *Ét.* (1931) 359 ss.; Perozzi, *Intorno a Gai 4.60* (1926), in *Scr.* 3 (1948) 499 ss.; Philonenko, *«Intentio» dans les formules «in factum»*, in *St. De Visscher* 2 (1949) 235 ss.; Solazzi, *«Int. in f. c.»?* (1953), in *Scr.* 5 (1972) 489 ss. In senso conservativo: Lenel, *«Int. in f. c.»*, in *ZSS.* 48 (1928) tuazione giuridica soggettiva, riconoscibili dalle locuzioni tipiche «*ius esse* (*actori*)» o «*dare* (*facere*) *oportere* (*reum*)» (per esempio: «*rem qua de agitur ex iure Quiritium A.i A.i esse*»; oppure «*N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia dare oportere*»). L'*intentio* era invece «*in factum concepta*» («riferita ad un fatto»), cioè era formulata con riguardo non ad un preciso diritto soggettivo, ma ad una fattispecie ritenuta degna di tutela dal magistrato, anche se non prevista o esattamente prevista dal diritto vigente: nel qual caso era dal *factum* descritto nell'*intentio* che scaturiva l'invito al giudice 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 giusdicenti si tradusse anch'essa in *ius* (*honorarium*), le *actiones honorariae* furono spesso formulate con *intentio in ius* (per esempio, l'*actio depositi in ius*), senza perciò perdere l'originaria possibilità della formulazione *in factum*.

10.3.2. L'*intentio in ius concepta* poteva essere: *a*) *certa*; *b*) *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 esatta valutazione pecuniaria, all'oggetto dell'azione sostanziale. Caratteristica dell'*intentio incerta* era, pertanto, la richiesta generica di «*quidquid dare facere oportet*» (tutto ciò che il convenuto deve dare o fare): formula che veniva integrata, nei *iudicia bonae fidei* (tutti con *intentio incerta*), dalla clausola «*ex fide bona*» (secondo i principî della buona fede). La distinzione tra il chiedere un *certum* e il chiedere un *incertum* da valutarsi *apud iudicem* era di grande importanza, come vedremo, ai fini della *sententia*, perché l'eventualità della perdita della lite per «*pluris petitio*» (eccesso di richiesta) incombeva solo sull'attore che avesse formulato una *intentio certa*.

10.4. La *condemnatio* (cioè la *condemnatio concepta*, da intendere come «richiesta di condanna»), avendo lo scopo di in-

---

1 ss. A nostro avviso, anche se guasto, Gai 4.46 depone con sufficiente chiarezza a favore dell'*intentio in factum*. — Sull'*actio depositi*: *infra* n. 75.4.3.

10.3.2. Sulla distinzione tra *intentio in ius certa* e *intentio incerta* ai fini della «*pluris petitio*» cfr. Gai 4.53-54. In materia: Selb, *Formeln mit unbestimmter «intentio iuris»* (1974); Kaser, *Formeln mit «intentio incerta» ecc.*, in *Labeo* 22 (1976) 7 ss. — Sulla *pluris petitio*: *infra* n. 11.7.2.

10.4. Sulla *condemnatio* cfr. Gai 4.43: *Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur* (rell.). — Sulla trasposizione di soggetti: *retro* n. 9.8.1.

durre il *iudex* a condannare (oppure, si badi, ad assolvere), poneva in evidenza: in primo luogo, il destinatario del provvedimento (che, nelle formule con trasposizione di soggetti, non coincideva col soggetto o coi soggetti dell'azione sostanziale); in secondo luogo, la concreta *sententia iudicis* richiesta dall'attore (cd. «*petitum* processuale»).

10.4.1. Il *petitum* processuale (di condanna) era sempre riferito ad una somma di danaro. Tuttavia, poteva esservi: *a*) una «*condemnatio certa*» (o «*certae pecuniae*»), relativa ad una somma di danaro predeterminata nello stesso *iudicium* (es.: «*N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia condemnato*»); *b*) 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*) che non fosse relativa ad una precisa *summa* pecuniaria. Quanto ai «criteri di decisione» cui il giudice doveva attenersi, in questo secondo caso, nella determinazione dell'importo della eventuale condanna («*summa condemnationis*»), essi erano principalmente quattro: *a*) il *quanti ea res est*; *b*) il *quanti actoris interest*; *c*) il *quidquid dare facere oportet*; *d*) il *quantum aequum* (*et bonum*) *videbitur*.

10.4.2. La *condemnatio* del tipo «*quanti ea res est* (*erit, fuit*), *tantam pecuniam condemnato*» (cioè l'invito a condannare a «quanto vale, o varrà, o valse la res litigiosa») era la più diffusa. Essa era adottata, tra l'altro, per le *actiones in rem*, per le *actiones in personam* con *intentio in ius certa* (beninteso, quando questa già non fosse relativa ad una precisa *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

---

10.4.1. Sulla condemnatio pecuniaria: retro n. 8.2.3. Qui torna opportuno riprodurre integralmente il testo di Gai 4.48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, velut 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.*

10.4.2. Sulla portata del «quanti ea res est (*erit, fuit*)», per tutti: Kaser, «*Quanti ea res est*» (1935); id., *Die Stipulationsklausel «q. ea r. e.»*, in *ZSS.* 90 (1973) 184 ss.; Medicus, «*Restitutio, q. ea r. e., id quod interest*», in *ZSS.* 115 (1998) 66 ss. Sul punto cfr. 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.* Cfr. anche Ulp. D. 50.16.193. — Spesso i giudici, su suggerimento della giurisprudenza, andavano oltre questo criterio astratto di valutazione e scendevano sul terreno concreto dell'effettivo pregiudizio economico (superiore allo stretto valore della cosa) subito dall'attore. Sul tema: Talaro, *La «interpretatio» di 'verba' «q. ea r. e.» etc.* (1980).

ad un oggetto giuridico («*res*») patrimonialmente valutabile. In sostanza, il giudice era invitato a rapportare l'importo della condanna al valore di stima della cosa litigiosa («*litis aestimatio*»): valore da determinarsi, di regola, con riguardo al momento della *litis contestatio* («*q. e. r. est*»), oppure, eccezionalmente, con riguardo al momento successivo dell'emanazione della sentenza («*q. e. r. erit*»), o con riguardo al momento passato della violazione giuridica lamentata («*q. e. r. fuit*»).

10.4.3. La *condemnatio* del tipo «*quanti A.i A.i interest* (*intererit, interfuit*), *tantam pecuniam condemnato*» (cioè l'invito a condannare a «quanto è, sarà, o fu l'interesse dell'attore») 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 oggettivo della prestazione, ma anche al pregiudizio economico sofferto dall'attore per il mancato conseguimento della prestazione stessa.

10.4.4. La *condemnatio* del tipo «*quidquid dare facere* (eventualmente: *ex fide bona*) *oportet, eius condemnato*» (cioè l'invito a condannare a «tutto ciò che deve essere dato o fatto dal convenuto», eventualmente «secondo buona fede») si incontrava nelle formule con *intentio in ius incerta*. Essa invitava il giudice ad identificare anzitutto la prestazione; quindi a quantificare l'interesse dell'attore alla stessa. Si evitava con ciò, come si è detto, il pericolo di una *pluris petitio* da parte dell'attore.

10.4.5. La *condemnatio* del tipo «*quantum iudici aequum* (*et bonum*) *videbitur, tantae pecuniae condemnato*» (cioè l'invito a

---

10.4.3. Sulla portata del «*quanti actoris interest*» (*intererit, interfuit*)»: Medicus, «*Id quod interest*» (1962) spec. 275 ss., con bibl.; «*Quod interest*» im «*bonae fidei iudicium*» cit.; Kupisch, «*Id quod interest*» etc., in *T.* 43 (1975) 1 ss. Secondo il Beretta, *Le formule in «id quod int.»*, 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 periodo classico vi fu un progressivo avvicinamento tra le formule nel «*quantum interest*» e quelle nel «*quantum ea res*». Sul punto: Tafaro, «*Emptio uno pretio*» e «*id quod int.*», in *Labeo* 19 (1973) 31 ss.

10.4.4. Sulla portata del «*quidquid* (*ex fide bona*) *dare facere oportet*»: Medicus, «*Id quod interest*» cit. 28 ss., 232 ss.; Wilinski, *Zur «litis aestimatio»* cit. — Sulle *actiones bonae fidei*: retro n. 9.6.2.

10.4.5. Sulle *actiones* «*in* (*bonum et*) *aequum*»: Guarino, «*Actiones in aequum conceptae*» (1962), in *PDR.* 7 (1995) 21 ss., 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 del giudicante. Sul tema anche: Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»* (1986).

condannare a «quanto il giudice riterrà equo [e ben fatto]») si incontrava in alcune azioni relative a violazioni giuridiche di valutazione assai mutevole ed elastica (es., l'*actio iniuriarum*). Essa autorizzava il giudice a rapportare la condanna, con prudente discrezionalità, alle valutazioni correnti nell'ambiente sociale dell'epoca del giudizio.

10.5. Elementi accidentali, cioè eventuali, del *iudicium* furono, come si è detto: *a*) la *demonstratio*; *b*) l'*adiudicatio*; *c*) la *taxatio*; *d*) la *praescriptio*; *e*) l'*exceptio* e le clausole affini all'*exceptio*.

10.5.1. La «*demonstratio*» («descrizione») era una clausola mediante cui, nei casi di *intentio incerta*, si chiarivano e dettagliavano 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 («poiché», «siccome»).

10.5.2. La «*adiudicatio*» («aggiudicazione»), 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: tuttavia, siccome la divisione o la precisa ripartizione della *res* o del *patrimonium* conteso non erano sempre e in tutto materialmente possibili, l'*adiudicatio* era normalmente accompagnata da una *condemnatio* intesa alla eventuale condanna di alcuni o di ciascuno a pagare agli altri le opportune somme di conguaglio.

10.5. Sugli elementi accidentali del *iudicium* e sulla loro giustificazione: retro n. 10.2.

10.5.1. Sulla demonstratio cfr. Gai 4.40: *Demonstratio est ea pars formulae quae principio ideo inseritur ut demonstretur res de qua agitur, velut 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 agli inizi la *demonstratio* sarebbe comparsa esclusivamente nei *iudicia* inerenti a valutazioni quantitative (ad es., azioni divisorie, *actio iniuriarum*) 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 «*aestimatio*», ma al «*condemnatio-absolutio*»). *Contra*, spec.: Wlassak, *«Praescriptio» und bedingter Prozess*, in ZSS. 33 (1912) 81 ss.

10.5.2. Sull'adiudicatio cfr. Gai 4.42. In dottrina: Arangio-Ruiz, *Studi formulari 2. In tema di «adiudicatio»* (1922), in *Scr.* 1 (1974) 25 ss.; Kaser, *«Adiudicare» etc.* (1968), in *Schr* (1976) 115 ss. V. anche *retro* n. 8.4. relativamente alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. — Sulle azioni divisorie: *infra* n. 32.4 e 36.5.

10.5.3. La «*taxatio*» («delimitazione») era una clausola con cui, nei casi di *condemnatio incerta*, si limitava entro un certo *maximum* l'importo pecuniario 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 convenuto 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* alla stessa conseguente (per esempio, ne usufruiva il *socius* che fosse convenuto in giudizio dall'altro socio con l'*actio pro socio*).

10.5.4. La «*praescriptio*» («premessa») 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. Esempio: «*ea res agatur cuius rei dies fuit*», *praescriptio pro actore* con cui si limitava l'azione contro il debitore rateale alle rate per cui fosse già venuto il giorno di scadenza (*dies*).

10.5.3. Sulla *taxatio* cfr. Gai 4.49-51, e v.: Hefke, *Bedeutung und Anwendungen der «taxatio» im röm. R. etc.* (1879); Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*² (1978); Kürz, *Zur «condemnatio cum taxatione» im röm. Zivilprozess*, in *ZSS.* 112 (1995) 51 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. 87.7, nonché Guarino, *La condanna nei limiti del possibile* cit.; Marrone, *Note di diritto romano sul c.d. «ben. comp.»*, in *AUPA.* 36 (1976); Gildemeister, *Das «ben. comp.» im klass. röm. R.* (1986). 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. 10.5.4) con la quale limitava, al momento, la richiesta all'«*id quod reus facere potest*».

10.5.4. Sulla *praescriptio* cfr. Gai 4.132: *Praescriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est.* In dottrina: Wlassak, *«Praescriptio»* cit., ove si propone lo schema di una evoluzione storica dalla *praescriptio pro reo* all'*exceptio*, attraverso la *denegatio actionis*. Sul punto, più in generale: Schlossmann, *«Praescr.» und «praescripta verba»* (1907); Pétrau-Gay, *Évolution historique des «exceptiones» et des «praescriptiones»* (s. 1916); Kolitsch, *«Praescr.» und «exceptio» ausserhalb des Formularverfahrens*, in *ZSS.* 76 (1959) 265 ss. (ivi altra letteratura). — Esempi di *praescriptiones pro actore* in Gai 4.130-137. 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*. — Sulle *actiones praescriptis verbis* e sull'asserita loro connessione con la *praescriptio*: *infra* n. 83.3.3.4.

10.5.5. L'«*exceptio*» («eccezione») era una clausola inserita nel *iudicium*, subito dopo l'*intentio*, 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

---

10.5.5. Sull'exceptio e le clausole affini cfr.: Gai 4.115-137; D. 44.1; C. 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. velut 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 tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere* (ecc.). In dottrina, anche con riguardo alle origini dell'istituto: Lenel, *Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen* (1876); Wlassak, *Der Ursprung der röm. Einrede* (1910), in *Labeo* 13 (1967) 231 ss.; Wesener, *Nichtediktale Einreden*, in *ZSS.* 109 (1992) 109 ss. In generale, Wenger, sv. «Exceptio», in *PW.*; Chiazzese, sv. *Eccezione* (d. rom.), in *NNDI.*; Luzzatto, sv. *Ecc.* (d. rom.), in *ED.* — L'effetto dell'exceptio era quello di elidere totalmente la *condemnatio*: la classicità di una *exceptio* in diminuzione della condanna è da escludere, malgrado Paul. D. 44.1.22 pr. («*modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem*»). Sul punto: Arangio-Ruiz, *L'exceptio in diminuz. della condanna* (1930); ma contra, Solazzi, *Sull'«exceptio» in diminuz. della condanna* (1934), in *Scr.* 3 (1960) 401 ss., e *Sulle classificaz. delle «exceptiones»* (1949), in *Scr.* 5 (1972) 137 ss. V. *infra* n. 13.3. — *Exceptiones personae cohaerentes* erano quelle intrasmissibili ad altri soggetti; «*exceptiones rei cohaerentes*» erano invece quelle trasferibili a terzi, e in particolare ai garanti del debitore (es., l'*exceptio doli mali*). La distinzione è enunciata in un testo, peraltro parecchio alterato di Paul. D. 44.1.7 pr. e 1. Sul punto: Mannino, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale in d. rom. classico* (1992). V. anche *infra* n. 72.6. — Per meglio intendere il meccanismo della *replicatio* (cioè della eccezione alla *exceptio*) e delle ulteriori eventuali *adiectiones*, cfr. Gai 4.126: ...*si verbi gratia pacti sumus, 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*) intende 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). 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* poiché le circostanze relative potevano essere fatte presenti direttamente al giudicante: *retro* n. 9.6.1. — 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.).

mutuatario al pagamento della somma ricevuta in prestito poteva essere fatta dipendere, oltre che dalla validità del *mutuum*, dalla inesistenza o dalla infondatezza di un *pactum de non petendo* vantato a propria difesa dal convenuto. Se l'*exceptio* risultava fondata, il convenuto veniva dunque assolto. Clausole affini all'*exceptio*, che articolavano ulteriormente la dialettica del 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*); la «*duplicatio*» del convenuto contro la «*replicatio*»; la «*triplicatio*» dell'attore contro la *duplicatio* ecc.

10.5.6. Un'importante suddistinzione delle *exceptiones* era quella in perentorie e dilatorie. «*Exceptiones peremptoriae*» («eccezioni perentorie»; letteralmente, «mortifere») 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 mai più il debito. Le «*exceptiones dilatoriae*» («eccezioni dilatorie») 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 quei periodi di tempo o in quelle circostanze. Se poi l'attore, malgrado l'opposizione di una *exceptio dilatoria* (si pensi all'ipotesi di un convenuto che eccepisse il patto di inesigibilità del credito sino ad un certo termine), anziché ritrarsi, o modificare il suo atteggiamento per poterla evitare, insisteva nell'azione proposta,

---

10.5.6. Sulla distinzione tra *exceptiones peremptoriae* e *dilatoriae* cfr. 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: a) «*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 promuovesse l'azione prima della scadenza del termine previsto per il *non petere*); b) «*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.

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*).

11. LO SVOLGIMENTO DEL PROCESSO FORMULARE.

11.1. **Lo svolgimento del processo formulare**, dalla iniziale citazione in giudizio proposta dall'attore sino alla esecu-

---

11.1. Sullo svolgimento del processo formulare in generale: Kaser, Hackl, *RZPR.* 151 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, *SDR.* cit. *passim*). V., peraltro: quanto ai «magistrati giusdicenti», retro n. 4.3-4; quanto al «[illegible]», retro nr. 97; quanto ai «giudici», retro nr. 10.3.1. Va solo aggiunto: a) che la giurisdizione del pretore si estendeva anche ai *municipia* italici, ma ivi era esercitata o da *praefecti iure dicundo* nominati da lui in sua vece (i cd. *praefecti Capuam Cumas etc. missi*), oppure da *quattuorviri* (o *duoviri*) *iure dicundo*, eletti dai comizi municipali, ma con poteri limitati (lo stesso si dica per le *coloniae civium Romanorum*); b) che nelle province la giurisdizione era esercitata dai rispettivi governatori (*praesides*), i quali potevano e solevano lasciarne ai loro *legati* (intendendosi, in tal caso, la cd. «*iurisdictio mandata*»), ma non prima che fossero entrati in provincia (cfr. Ulp. D. 1.16.4.6 e v. Fanizza, «*Iurisd. mandata*», in *SDHI.* 60 [1994] 363 ss.). Non pochi erano, dunque, i casi in cui i soggetti giuridici dovevano recarsi, per ottenere giustizia, davanti ai magistrati esercenti in Roma-urbe. I tentativi di 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. Sul punto Wlassak, *Römische Prozessgesetze* cit. 1.124 ss.; Pugliese, *Il processo* cit. 2. 160 ss.; Ziegler, *Kompetenzvereinbarungen im röm. Zivilprozessrecht*, in *St. Kaser* (1976) 557 ss. — Il luogo della giurisdizione (ove era eretto il *tribunal* del magistrato giusdicente): per i due *praetores* (*urbanus* e *peregrinus*) dall'originario *Comitium* (in prossimità dell'*atrium Vestae*) passò al *Forum* e, dopo la relativa costruzione, al *Forum Augusti*, ma non era detto che non potesse essere sito anche altrove; per gli *aediles curules*, era il foro o la sede del mercato annonario (zona del Velabro); per i magistrati municipali solitamente era il foro municipale; per i magistrati provinciali era 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*». Sul punto: Gioffredi, sv. *Tribunal*, in *NNDI.*; Foti Talamanca, *Ricerche sul processo nell'Egitto greco-rom. ecc.* (1974); Guarino, «*Ante acta*» (1981), in *PDR.* 7 (1995) 31 ss. — 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 senza ricorso al *tribunal* (cioè, come usava dirsi, *de plano*) e dovunque. 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, anche *in transitu*, «*veluti cum praetor aut pro consule in balneum vel in theatrum eat*». Quanto alla terminologia *iurisdictio* «*voluntaria*», essa la si incontra, per indicare la *iurisdictio* non contentiosa, in un testo di Marciano (1 *inst.* D. 1.16.2 pr.: *Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam scil.*): testo da accordare con Ulp. D. 1.16.4.6 già cit. e, a nostro avviso, evidentemente glossato, anche se il glossema può qualificarsi, una volta tanto, felice. Sul tema: Fernandez de Buján, *Jurisdicción voluntaria en der. rom.* (1986); Wacke, «*Iurisd. volunt.*», in *ZSS.* 104 (1988) 180 ss.; Guarino, *OGR.* nr. 24.

zione coattiva della sentenza che il convenuto soccombente non avesse voluto eseguire, merita una sommaria descrizione non solo per completezza di discorso, ma anche perché la *cognitio extra ordinem* si sforzò puntigliosamente di richiamarsi (pur molte volte travisandoli) alle forme e ai linguaggi del processo ordinario: sia con riguardo alla funzione di accertamento (la quale, come si è detto, fu quella cui si limitò il vero e proprio *agere per formulas*), sia con riguardo alla funzione di esecuzione (la quale, come vedremo tra poco, fu ancora e sempre imperniata su una parvenza residua dell'antica *legis actio per manus iniectionem*). Ciò premesso, i punti che passiamo ad illustrare sono i seguenti: *a*) le «parti in causa» ed i regolamenti ad esse relativi; *b*) le caratteristiche del «procedimento *in iure*» nel suo assetto normale; *c*) le caratteristiche della «*litis contestatio*» conclusiva del procedimento *in iure*; *d*) le ipotesi anormali di definizione dell'«accertamento senza *litis contestatio*»; *e*) le caratteristiche del «procedimento *apud iudicem*» conseguente alla litiscontestazione; *f*) le caratteristiche della «*sententia iudicis*»; *g*) le caratteristiche della «*res iudicata*», cioè della definizione non più contestabile del processo di accertamento; *h*) i lineamenti delle «procedure di esecuzione» del giudicato.

11.2. **Parti processuali** («*partes*», o anche *litigatores*, *adversarii*) erano di regola, nei ruoli di attore e di convenuto,

---

11.2. Sulle parti nel processo: Pugliese, *Il processo* cit. 2.259 ss.; Kaser-Hackl, *RZPR.* 204 ss. — Sulla mera capacità di agire (e sulla possibilità dei non soggetti di compiere atti giuridici o di essere parti in giudizio): *infra* n. 20.4. — Sui difensori o «coadiutori»: Neuhauser, «*Patronus*» *und* «*orator*» (1958); Nicols, «*Patronum cooptare, patrocinium deferre*», in *ZSS.* 109 (1979) 303 ss.; Crook, *Legal advocacy in the Rom. World* (1995); David, *Le patronat judiciaire au dern. siècle de la Rép. Rom.* (1992). Nel processo civile, che si svolgeva davanti ad un magistrato esperto e poi davanti ad uno o pochi giudicanti, l'arte retorica degli *oratores* non era tanto importante (e quindi diffusa) quanto di fronte alle numerose ed emotive giurie delle *quaestiones* criminali. V. anche *infra* n. 79.6.1. — La possibilità del litisconsorzio, cioè di una pluralità di parti (attive o passive) accomunate dallo stesso interesse ad una certa pronuncia giudiziale, è controversa. Giustamente in senso affermativo: Wenger, *Istituzioni* cit. 76 ss.; Pugliese, *Il processo* cit. 2.275 ss.; Kaser-Hackl, *RZPR.* 208 s. Ma v. *contra*: Biondi, *La compensazione in dir. rom.*, in *AUPA.* 1928, 221 ss. — A tutela del decoro esteriore della giustizia erano posti i cd. divieti di *postulare*, cioè di svolgere ed argomentare 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: *a*) il «*postulare pro se*» ai sordi e ai minori di 17 anni (ma il magistrato provvedeva a nominare eventualmente un *advocatus*); *b*) il «*postulare pro aliis*» alle donne, ai ciechi ed inoltre a varie categorie di persone poco raccomandabili (*infames*: *infra* n. 56.6.3); *c*) il «*postulare pro aliis nisi pro certis personis*» ad altre categorie di *infames*. V. Leifer, sv. «*Postulatio*», in *PW.*; Lemosse, «*Postulare*» *dans la procédure rom. classique*, in *St.* (1958) 481 ss.; Lenel, *EP.*³ § 14-16. Il divieto di *postulare pro aliis* fatto alle donne gli stessi soggetti del rapporto giuridico litigioso (cioè del rapporto in ordine al quale era insorta controversia): salvo eccezioni che vedremo a suo tempo parlando della «mera capacità di agire», erano dunque esclusi dal processo coloro che mancassero di soggettività giuridica (*filii*, *servi*, taluni *peregrini*). Se vi era concorso di due o più persone nella posizione di parte attrice o di parte convenuta, era ammesso (e in taluni casi era necessario) che esse agissero congiuntamente nel cd. «litisconsorzio» attivo o passivo («*consortium eiusdem litis*»). Non era richiesta l'«assistenza tecnica» delle parti ad opera di patrocinatori («*defensores*») versati in materia giuridica, ma in ordine ai casi più delicati e complessi le parti non trascuravano né di munirsi del *responsum* favorevole di qualche rinomato giurista, né di ricorrere alla abilità dialettica e alla facondia di *advocati, patroni, oratores*. Quanto alla presenza delle parti *in iure* e *apud iudicem*, essa non era, di regola, indispensabile: vi furono anzi casi di «sostituzione necessaria» nell'attività processuale e furono previste, al di fuori di quei casi, ampie possibilità di «sostituzione volontaria».

11.2.1. La sostituzione nell'attività processuale era «necessaria» in tre ordini di ipotesi: *a*) quando parte in causa fosse un soggetto giuridico immateriale, nel qual caso interveniva in giudizio, a titolo di rappresentanza, l'individuo fisico deputato a questo scopo dall'amministrazione dell'ente; *b*) quando parte in causa fosse un soggetto incapace di agire, nel qual caso interveniva in giudizio, a titolo di rappresentanza (o di integrazione o di sostegno della volontà espressa dallo stesso incapace), il relativo tutore o curatore.

11.2.2. La sostituzione nell'attività processuale era «volontaria», cioè decisa dalla parte stessa al fine di essere esentata dal

---

dall'editto (v. anche *infra* n. 16.4) e ricollegato da Ulp. D. 3.1.1.5 al comportamento scandaloso di una certa Carfania durante le sue difese in giudizio, ma giustamente dubitativo si dimostra: Labruna, *Un editto per Carfania?*, in *Adminicula*³ (1995) 167 ss. In ordine ai ciechi Guarino, *Il dito sulla piaga*, in *Labeo* 44 (1998) 247 ss.

11.2.1. Sulla sostituzione necessaria v. *infra* n. 17 (relativamente ai soggetti giuridici immateriali) e n. 43-48 (relativamente ai soggetti giuridici, maschi e femmine, sottoposti a tutela o a curatela). — La *postulatio pro aliis* per donne, ciechi e minori di 17 anni (v. *retro* n. 11.2) non era un caso di rappresentanza necessaria, ma un'ipotesi di sostituzione materiale, salvo che il *postulator* fosse nominato anche rappresentante (volontario).

11.2.2. Sulla sostituzione volontaria v. *infra* n. 26. — Sull'*advocatus* v. *infra* n. 11.6. — Sul *cognitor*: Eisele, *Cognitur und Procuratur* (1881); Wlassak, *Zur Geschichte der Cognitur* (1893); Bonifacio, «*Cognitor*», «*procurator*» *e rapporto processuale*, in *St. De Francisci* 4 (1956) 535 ss.; Zablocka, *La costituzione del «cognitor» etc.*, in *Index* 12 (1983-84) 141 ss. Per maggiori particolari sull'istituto (scomparso in diritto giustinianeo e assorbito in tutti i casi dal procuparlare personalmente o addirittura dal presentarsi in giudizio, in due ipotesi: *a*) quando la parte si presentasse *in iure* per indicare alla controparte un suo uomo di piena fiducia, il cd. «*cognitor*» (letteralmente: conoscitore, stretto conoscente), come suo rappresentante diretto e questa nomina fosse accettata (oltre che dal *cognitor*) dall'avversario; *b*) quando, in luogo della parte, si presentasse *in iure* un terzo, asserendo di essere procuratore speciale («*procurator ad litem*») o addirittura amministratore generale («*procurator omnium bonorum*») della parte stessa ed assumendosene, subordinatamente al consenso della controparte, la rappresentanza indiretta. Il *cognitor* (nominato solitamente con la formula «*L. Titium in eam rem tibi cognitorem do*») era inserito nella *condemnatio* della formula al posto dell'attore o del convenuto da cui era stato nominato: se nominato dal convenuto, peraltro, occorreva che quest'ultimo prestasse all'attore anche una promessa stipulatoria appoggiata da garanti (la «*cautio* [*satisdatio*] *iudicatum solvi*») per assicurargli che l'importo della eventuale condanna sarebbe stato pagato da lui personalmente, ove il *cognitor* non vi avesse provveduto. Quanto al *procurator*, di cui torneremo a parlare in sede di un discorso più generale dedicato alla rappresentanza, è chiaro che la controparte assai difficilmente lo avrebbe accettato se non avesse prestato idonee garanzie: pertanto l'editto imponeva al *procurator* dell'attore una «*cautio* (*satisdatio*) *ratam rem dominum habiturum*»

---

rator), cfr. Gai 4.83. L'uso del termine «*cognitor*» (conoscitore, conoscente) va inteso come allusivo al fatto che la parte presentava come suo sostituto una persona di notoria onestà (cfr. Cic. in Verr. 2.1.5.13) e di solida posizione economica (cfr. Cic. in Verr. 2.5.65.168), facendosi forte insomma di una buona «conoscenza». — Incapaci a dare cognitorem erano precipuamente gli *infames* e le *mulieres*: Lenel, *EP.*³ § 25. Incapaci ad esser *cognitor* erano i *milites*, le *mulieres*, gli *infames*: Lenel, *EP.*³ § 25. Ma il punto è controverso: forse le *mulieres* o gli *infames* potevano essere *cognitores in rem suam* (in quanto cessionari del diritto dell'attore: cfr. PS. 1.2.1-3). — Actio iudicati (per la quale v. *infra* n. 11.9) spettava di regola, attivamente e passivamente, soltanto 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: «*si ipsi cognitorem dederit, causa cognita permittam eum abdicare vel mutare*». V. *infra* n. 11.4.1. — Sulla cautio iudicatum solvi cfr. Gai 4.101. — Sulle exceptiones cognitoriae: retro n. 10.5.6. — Sul procurator cfr. Gai 4.84; D. 3.3; C. 2.12; I. 4.10. — Sulle due cautiones procuratoriae: La Rosa, *La struttura della «cautio iudicatum solvi»*, in *Labeo* 2 (1956) 160 ss.; Donatuti, *Studi sul «procurator» 1. Dell'obbligo di dare la «cautio ratam rem d. h.»*, in *AG.* 89 (1923) 190 ss.; Guizzi, *In tema di origini della «cautio de rato»*, in *Labeo* 7 (1961) 330 ss. V. anche *infra* n. 32.4.

(promessa di rivalere il convenuto dell'importo della condanna, ove l'attore, cd. *dominus litis*, non ratificando il suo operato, agisse direttamente contro di lui), mentre imponeva al *procurator* del convenuto una «*cautio* (*satisdatio*) *iudicatum solvi*» (promessa stipulatoria di pagare all'attore l'importo della condanna, ove il convenuto, *dominus litis*, non vi provvedesse).

11.3. Il procedimento *in iure* («davanti al magistrato»), considerato nel suo sviluppo normale, aveva inizio con la comparizione delle parti davanti al magistrato ed aveva termine con la *litiscontestatio*. Lo scopo cui esso ordinariamente tendeva era quello della «*conceptio verborum*», cioè della formulazione della «regola di giudizio» da prescrivere al giudicante. Ma poteva anche accadere per vari motivi che tale scopo non si realizzasse.

11.3.1. La «comparizione del convenuto» era richiesta dall'attore, come già per la *legis actio*, mediante la «*in ius vocatio*»

11.3. Sul procedimento *in iure*: Pugliese, *Processo formulare* cit. 2.1 ss.; Kaser-Hackl, *RZPR*. 220 ss.; Buti, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare* cit. — Il *consilium praetoris* tornava molto utile al pretore (e analogamente agli altri magistrati giusdicenti) nella formulazione dell'*edictum* e nella fase *in iure*.

11.3.1. Sulla *in ius vocatio* (anche detta «*denuntiatio litis*») cfr.: D. 2.4; CI. 2.2. Cfr. Lenel, *EP.*³ § 11-13. — La citazione *in ius* era un atto esclusivamente privato e non solenne, che creava, come già nella procedura delle *legis actiones*, un obbligo di comparizione a carico del chiamato e consentiva all'attore il ricorso alla aggressione in caso di inosservanza. Unico limite era che essa non poteva essere compiuta entro le mura della *domus* del convenuto: cfr. Gai. D. 2.4.18, Paul. D. 2.4.21 (*Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet*) e v. Licandro, «*In ius vocatio*» *e violazione del domicilio*, in *SDHI*. 57 (1991) 205 ss. (sulla «*domus*»: *infra* n. 15.7.2). Nella procedura formulare 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: cfr. Gai 4.183. — Sulle forme usuali notizie in Hor. *serm.* 1.9.35 ss., 74 ss. (cioè, nella notissima «satira del seccatore»), ove si legge una rappresentazione vivida e pienamente verosimile, con particolare riferimento al *vadimonium* (su cui *infra* n. 11.3.2), delle vicende connesse alla *in ius vocatio* e del modo tradizionale con cui si richiedevano i testimoni della chiamata in giudizio («*Licet antestari?*», domanda ad Orazio colui che aveva convenuto *in ius* l'implacabile attaccabottoni del poeta. E Orazio, pur di liberarsi dal fastidio, narra di sé «*ego vero oppono auriculam*»: il che significa che si fa dare una tiratina ad un orecchio e si fa dire per giunta, forse, la parola «*memento*»). Sulle prescrizioni intorno al luogo: Gai. 1 *ad l. XII t.* D. 2.4.18. In materia: Pugliese, *Les voies de recours sanctionnant l'«in ius vocatio»*, in *St. De Visscher* 2 (1949) 249 ss. — Sull'*actio in factum* contro il resistente alla *in ius vocatio* cfr. Gai 4.46. — 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*», sulla base di un'*actio in factum*. Sull'istituto: Schlossmann, *Der «vindex» bei der «in ius vocatio»*, in *ZSS*. 24 (1903) 279 ss.; id., *«Praes», «vas», «vindex»*, in *ZSS*. 26 (1905) 285 ss.; Broggini, *«Vindex» und «iudex»* cit.; Fernández Barreiro, *Autorización pretoria para la «in ius vocatio»*, in *I*. 22 (1971) 261 ss. — L'*absentia* del soggetto da vocare *in ius* era una grossa difficoltà per l'esperimento della *in ius vocatio*. Essa era giustificata (anzi non considerata vera e propria *absentia*) solo se causata dal servi-

(«citazione»): atto di invito, che creava un obbligo del chiamato a seguire immediatamente l'attore davanti al tribunale del magistrato giusdicente e che giustificava, ormai però solo in astratto, il costringimento fisico del convenuto in caso di recalcitranza. Ad evitare l'accusa di citazione «temeraria», cioè fatta alla leggera, e al fine di mettersi al riparo dalle responsabilità relative, l'attore usava accompagnare la *vocatio* con una indicazione sommaria della pretesa che intendeva far valere e dell'azione che si proponeva di esercitare: questo usuale preannuncio della *editio actionis* giudiziale (cioè della esposizione *in iure* dell'azione) era solitamente pur esso denominato, non senza equivoci nella terminologia, «*editio actionis*» (beninteso «stragiudiziale»). Per poter prendere tempo ed ottenere dall'attore un «differimento» della comparizione il convenuto doveva a sua volta, come nel processo *per legis actiones*, produrre un solvibile «*vindex*» che garantisse per lui, oppure doveva promettere, mediante un «*vadimonium*» (stragiudiziale), il pagamento di una congrua penale in caso di assenza nel giorno richiesto dall'attore: in mancanza di che (o comunque in mancanza del consenso dell'attore) egli si esponeva al successivo esercizio nei propri confronti di una azione penale *in factum*. Ove poi il convenuto non obbedisse nemmeno alla *vocatio* per l'azione penale, l'attore poteva considerarlo «latitante» («*latitans*»), cioè colpevolmente restio al processo, e poteva pertanto ottenere dal magistrato la *missio in bona* a suo danno (un istituto di cui parleremo tra poco), esponendolo al rischio di una rovinosa *bonorum venditio*.

---

zio dello stato (*rei publicae causa*), e in particolare dalla prigionia di guerra («*ab hostibus captus*», non estesa alla prigionia nelle mani di *latrones*: cfr. Ulp. D. 50.16.199); altrimenti, salvo le ipotesi di occasionale irreperibilità, dava luogo alla «*latitatio*». Appunto perciò, in certi casi speciali (particolarmente ai fini della prestazione della *cautio damni infecti*: *infra* n. 51.6), la giurisprudenza si preoccupò di stabilire gradatamente in quali luoghi l'*absens* dovesse essere ricercato (cfr. Ulp. D. 39.2.4.5: *Praetor ait: «eum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam»... sed domum «in quam dici denuntiari» sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitet, ibi ei denuntietur: quod si nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel etiam inquilinis*). — **L'editio actionis stragiudiziale** (Ulp. D. 2.13.1 pr.: *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet* [...]) si faceva o consegnando al convenuto il testo scritto dell'azione prescelta, sì che egli prendesse appunto («*copiam describendi facere*»), oppure indicandogli la *formula* esposta nell'albo del magistrato (ancora Ulp. D. 2.13.1 pr.). Peraltro la necessità di questa *editio actionis* preventiva rispetto alla *in ius vocatio* era tale, a nostro avviso, solo sul piano logico: infatti non vi era espressamente una clausola edittale che disponesse alcunché in proposito, ma era implicito che un soggetto che volesse *in ius vocare* un altro soggetto dovesse «motivargli» questa sua iniziativa. In tema: Lemosse, *«Editio actionis» et procédure formulaire*, in *Labeo* 21 (1975) 49 ss. — Sul **vadimonium extraiudiciale**: *infra* n. 11.3.2. — Sulla **missio in bona** a carico di chi «*fraudationis causa latitat*»: *infra* n. 12.5.1. — Sulla **[illegible] temeraria**: *infra* n. 11.4.

11.3.2. Avvenuta la comparizione del convenuto *in iure*, poteva darsi (ed era anzi frequente) che il procedimento durasse

---

11.3.2. Il tema del vadimonium (termine da tradurre, all'incirca, come «garanzia promessa») 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*» (cfr. D. 2.8-11, e v. Aru, sv. «*Vadimonium*», in *NNDI*.). Si può far capo a Gai 4.184-187, alle *Tabulae Herculanenses* e alle *Tab. Pompeianae secundae*. Ricostruzione approssimativa degli editti in Lenel, *EP*.³ § 6 n 17-24. Sul tema: Pilliaux, *Le vadimonium* (1908); Arangio-Ruiz, *Il processo di Giusta* (1948), in *St. epigr. e pap.* (1974) 327 ss.; Gimenez-Candela, *A proposito del «vadim.» en las «tabulae Pompeianae»*, in *Ott. Sanfilippo* 1 (1982) 181 ss.; Wolff, *Das sogenannte Ladungsvadimonium*, in *Ott. Feenstra* (1985) 59 ss.; Camodeca, *L'archivio puteolano dei Sulpicii* 1 (1992) 37 ss.; id., *Tab. Pomp. Sulpiciorum* (1999) 47 ss. — Del vadimonium stragiudiziale già si è detto retro n. 11.3.1. Esso era inteso ad evitare l'intervento del *vindex* e consisteva in una *stipulatio* concordata tra le parti, con la quale il convenuto prometteva di pagare una penale più o meno alta in caso di mancata «prima comparizione» *in iure*. Documenti (*testationes*) in materia nei citati volumi del Camodeca. Cfr. anche Cic. *pro Quinct.* 5.22, 6.23; *pro Tull.* 8.20. — Era uso procedere a testationes sistendi, cioè ad accertamenti confermati su *tabulae cerae* da testimoni, per mettere bene in chiaro l'avvenuto intervento del convenuto (o dello stesso attore) in giudizio («*stetit quod diceret se cum Titio vadimonium habere*»). — Il vadimonium giudiziale era, probabilmente, una intimazione dell'attore al convenuto affinché si ripresentasse ad una certa udienza: intimazione autorevolmente appoggiata dal magistrato e contestualmente accompagnata dalla richiesta di promettere ex *stipulatu* 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 (cioè del semplice «*vadimonium facere*»), 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 (o 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. 27.3.19.1. «*vadimonium recuperatoribus suppositis*»: sul quale v. peraltro, con una ipotesi piuttosto ardita, Lemosse, «*V. r. s.*», in *RH.* 71 [1993] 39 ss.). Il rifiuto di aderire al *vadimonium*, nelle modalità stabilite dal magistrato, implicava, in quanto dimostrazione di *indefensio*, la *missio in bona* immediata. V. anche *infra* n. 33.4.1, a proposito della *cautio iudicio sisti*. — Uno speciale tipo di *vadimonium* era il vadimonium Romam (*faciendum*), indetto davanti ad un magistrato municipale ad un convenuto per questioni che dovessero essere trattate nel tribunale del *praetor* a Roma: cfr. Gai. D. 2.11.1 (ove si precisa: *vicena milia passuum in singulos dies dinumerari praetor iubet*). 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 una *actio poenalis*: Lenel, *EP*.³ § 6. Sul troppo a lungo per poter essere esaurito in una sola udienza e che occorresse perciò un differimento della causa. In tal caso l'attore invitava il convenuto alla «ricomparizione» nella nuova udienza purché aderisse ad un «*vadimonium*» («vadimonio giudiziale») da lui formulato, e cioè gli promettesse solennemente, in cospetto del magistrato, di essere presente all'udienza di rinvio, o altrimenti di pagargli (eventualmente col supporto di garanti) una congrua «*summa vadimonii*». Se il convenuto non era in grado o si rifiutava di prestare il *vadimonium* richiesto, il magistrato lo considerava, a quanto sembra, responsabile di «mancata difesa» («*indefensus*») e pronunciava quindi, a suo carico e a favore dell'attore, la *missio in bona*.

11.3.3. Di fronte al convenuto comparso effettivamente *in iure* l'attore: *a*) procedeva alla formale «*editio actionis*» («esposi-

---

tesso: Rodger, «*Vadimonium*» *to Rome (and Elsewhere)*, in *ZSS*. 114 (1997) 160 ss. — 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*: cfr. Gai 4.186.

11.3.3. *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* (v. *retro* n. 11.2). 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. In argomento: Burge, *Zum Edikt «de edendo»*, in *ZSS*. 112 (1995) 1 ss.; Provera, *Il principio del contraddittorio* cit.; Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza rom.* (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 tendenza (socialmente deprecabile 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. Sul tema: Metro, *La «denegatio actionis»* (1972); Id., «*Denegare petitionem*», «*denegare persecutionem fideicommissi*», in *BIDR*. 75 (1972) 133 ss.; Ankum, «*Denegatio actionis*», in *ZSS*. 102 (1985) 453 ss. — Cause di improcedibilità dell'azione erano, tra 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*.

zione dell'azione»), cioè ad una indicazione puntuale della propria pretesa, designando eventualmente (se era già prevista dall'editto) la *formula* edittale relativa; *b*) rivolgeva pertanto al magistrato la «*postulatio actionis*», cioè la richiesta di concedergli un apposito *iudicium*. Sul punto il convenuto era libero di intavolare una discussione, illustrando i motivi di fatto o di diritto per cui l'*actio* contro di lui esercitata dovesse essere denegata sul momento dal magistrato o comunque sicuramente respinta dal *iudex*. A séguito di questa discussione e (indipendentemente dalle richieste delle parti) sulla base dei suoi propri e discrezionali rilievi, il magistrato giusdicente decideva: *a*) se l'azione fosse da «*denegare*», da respingere, perché improcedibile, cioè perché inammissibile per ragioni formali; *b*) subordinatamente, se l'azione pur essendo procedibile, fosse da «*denegare*» perché manifestamente infondata o iniqua; *c*) subordinatamente ancora, in quali termini l'azione, essendo procedibile e non manifestamente infondata, fosse da trasfondere in un «*iudicium*».

11.3.4. In talune ipotesi l'editto permetteva all'attore di procedere ad una «*interrogatio in iure*» («interrogazione davanti al magistrato») del convenuto, allo scopo di accertare prima della *litiscontestatio* se egli fosse veramente il titolare dell'obbligo (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; la risposta negativa (che poteva anche essere non veritiera) lo poneva al bivio tra il rinunciare all'azione processuale o l'insistervi, assumendosi il carico di provare che il convenuto aveva dichiarato il falso.

11.3.4. Sull'*interrogatio in iure* cfr. D. 11.1 (*De interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus*), che è titolo di confezione giustinianea. Sul tema: Sanfilippo, «*Interrogatio in iure*» (1939), in St. Jovene (1955) 633 ss.; Medicus, *Zur Funktion der «i. in i.»*, in St. Volterra 5 (1971) 419 ss.; Lanosse, «*Actiones interrogatoriae*», in Labeo 34 (1988) 7 ss.; Spengler, *Studien zur «i. in i.»* (1994). — 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 chiamata all'eredità 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.: «*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 soggetto tenuto a subire una *actio noxalis* e che serviva a quest'ultimo per l'eventuale, immediata «*noxae deditio*» del *servus*.

11.3.5. Affinché il procedimento *in iure* pervenisse alla *litis contestatio*, cioè all'accordo di rimettere la questione al giudice, 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, sopra tutto, manifestando il suo consenso in ordine al *iudicium*. La cd. «*indefensio*» («mancata difesa») non bastava a giustificare un processo in contumacia (cioè in assenza ritenuta colpevole) del convenuto, ma implicava che il procedimento *in iure* subisse una «sospensione», restasse in sospeso. Per costringere indirettamente il convenuto a *litem contestare* (oppure ad effettuare la *confessio in iure*, di cui parleremo) furono però escogitati vari sistemi, che confluivano, in ultima analisi, nella solita *missio in bona* a carico dell'*indefensus*: il convenuto aveva quindi tutto l'interesse ad addivenire alla contestazione della lite, piuttosto che correre il rischio di una procedura concorsuale sul suo patrimonio.

11.4. La *litis contestatio* («litiscontestazione»: vecchia terminologia, si è detto prima, per un concetto del tutto nuovo)

11.3.5. Sui complessi problemi della cd. *indefensio* (meglio: del *reus* che «*rem non defendit*» o che «*se non defendit*»): Kaser-Hackl, *RZPR.* 274 ss., con bibl. (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 riconoscere il trattamento dell'*indefensio* nelle *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 nascita del *iudicium*. — Nell'ipotesi di un processo generato da un'*actio in rem* bisognava distinguere le seguenti ipotesi: *a*) trattandosi di immobili e di complessi patrimoniali o di diritti *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. 12.2); *b*) 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*; *c*) 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 quindi 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 cosiddetto concorso dei creditori sui suoi beni (*infra* n. 12.6).

11.4. 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 era il «momento» processuale in cui, raggiuntasi l'intesa a tre circa la persona del giudice e la formulazione del *iudicium*: *a*) da un lato, il giusdicente proclamava formalmente il nome del giudice (*«datio iudicis»*); *b*) dall'altro lato, l'attore scandiva i pre-

---

configura la *litis contestatio* come accordo delle parti. A tale risultato egli giunse in reazione al Keller, *Litiskontestation und Urteil* (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 *St. Windscheid* (1889) 65 ss., sostenne, appunto, che la *litis contestatio*, a differenza della *datio iudicis*, compiuta questa esclusivamente dal magistrato, era un atto delle parti e consisteva in un accordo fra attore e convenuto sull'adozione di una determinata formula (v. anche: Wlassak, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer* (1917) 6, 43 ss., 175, e *Anklage und Streitbefestigung etc.* (1920) 9 ss., 16 ss.). In adesione, da ultimo: Pugliese, *Proc. form.* cit. 2.240 ss.; mentre in senso contrario è specialmente: 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., 125 ss., che riprende un accenno non dissimile dell'Arangio-Ruiz. Sull'argomento, ancora: Bonifacio, *Appunti sulla natura della «l. c.» nel proc. formulare*, in *St. Albertario* 1 (1953) 63 ss.; id., *«Translatio iudicii»* cit. 27 ss.; id., sv. *«Litis contest.»*, in *NNDI.*; id., *Riflessioni su Gai 4.106*, in *St. Volterra* 4 (1971) 401 ss.; Biscardi, *La «l. c.» nell'«ordo iudiciorum»* (1953); id., *Esquisse d'une histoire critique de la «l. c.»*, in *RH.* 33 (1955) 1 ss.; Jahr, *«L. c.»* (1960), con trattazione accurata ma non convincente; Bellocci, *La genesi della «litiscont.» nel processo formulare* (1965, rist. 1970); id., *«Dictare actionem» e «iudicium dictare»*, in *Labeo* 18 (1972) 333 ss.; Wolf (J. G.), *Die «litiscontest.» im röm. Zivilprozess* (1968); Kaser, *Zum Formproblem der «litiscontest.»*, in *ZSS.* 84 (1967) 1 ss.; id., *Nuovi studi sul proc. civ. rom.*, in *Labeo* 15 (1969) 190 ss.; id., *Cicero ad Atticum 16.15.2: Formularprozess ohne «l. c.»?*, in *St. Guarino* (1984) 3151; Kupisch, *Cicero ad Atticum 16.15.2 etc.*, in *ZSS.* 96 (1979) 43 ss. Per la nostra opinione: Guarino, *La genesi del proc. form.* cit.; id., *«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 agitur»*), erano previste varie misure (cfr. Gai 4.171-182) e, più precisamente: *a*) vi erano azioni (come quelle *iudicati, depensi, damni iniuriae, legatorum ex damnatione*) in cui il convenuto *«infitians»*, che si opponeva alla sentenza di condanna, era esposto alla condanna *in duplum*; *b*) vi erano azioni (come l'*actio certae creditae pecuniae* e 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; *c*) 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; *d*) 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; *e*) il convenuto poteva, in certi processi particolarmente delicati (per esempio, in 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: Bonini, *Il titolo «de poena temere litigantium» (4.16) delle Istituz. giust.*, in *AG.* 176 (1969) 27 ss.; Brutti, *La problematica del dolo* cit. *passim*; García Camiñas, *Ensayo de reconstrucción del tit. IX del ed. perp.: «de calumniatoribus»* (1994); id., *Régimen jurídico del «iusiur. cal.»*, in *SDHI.* 60 (1994) 457 ss., Domingo, *Existió un título edictal IX «de calumniatoribus»?*, in *SDHI.* 60 (1994) 637 ss. V. anche *infra* n. 13.3.2.

cisi termini del *iudicium* al convenuto, ottenendone un comportamento (anche di silenziosa acquiescenza) affermativo (*«dictatio et acceptio iudicii»*). La vecchia terminologia si adattò al nuovo istituto per il fatto che, di solito, anche in questo caso alcuni testimoni erano chiamati ad assistere alla vicenda e inoltre si procedeva ad una documentazione probatoria scritta (*testatio*) per informare meglio il giudicante circa i termini del *iudicium*. Concettualmente indipendente dalla *litiscontestatio*, sebbene il più delle volte tacitamente implicato da essa, era, come abbiamo anche detto, il *«iussum iudicandi»* rivolto dal magistrato al giudice, cioè l'investitura di quest'ultimo (se ed in quanto fosse presente e fosse adeguatamente informato dal magistrato stesso) nella potestà di giudicare.

11.4.1. Effetto della *litiscontestatio* era la *«res in iudicium deducta»*, detta anche *«res iudicanda»* («cosa giudicanda», «re-

---

11.4.1. Gli effetti della *litiscontestatio* non vanno confusi con quelli, in parte diversi, della *sententia iudicis*, per i quali v. *infra* n. 11.8. — Ai giureconsulti romani l'obbligazione delle parti di 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 obbligazioni 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* [segg.]). È da supporre peraltro che questa visuale specifica (riferita da Gaio solo all'*obligatio*) si inquadrasse in una visuale più ampia, anche se molto più approssimativa, per cui la *litiscontestatio* «consumava» («consumere» è il verbo usato dalle fonti) i rapporti preesistenti (talvolta 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 nei limiti 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 *alienatio iudicii mutandi causa* e su tutta la problematica delle alienazioni di *res litigiosae* in corso di processo: De Marini Avonzo, *I limiti alla disponibilità della «res litigiosa» etc.* (1967), con bibl. Probabilmente, l'*«alienatio iudicii mutandi causa facta»* (cfr. Lenel, *EP.*³ § 46, in relazione a D. 4.7, CI. 2.54 [55]) era 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*, cioè la sostituzione di una delle parti del *iudicium* con un altro soggetto, era ammessa solo a favore del successore universale (del morto e 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 giudicanda»), vale a dire la fissazione, non più retrattabile o modificabile, della materia del contendere nei termini indicati dal merito del *iudicium*. Le parti erano quindi da quel momento reciprocamente obbligate a subire le conseguenze della *sententia* che avrebbe emesso il giudicante: l'eventuale *condemnatio*, il convenuto; l'eventuale *absolutio* di quest'ultimo, l'attore.

11.4.2. Effetto del *iussum iudicandi* era l'investitura del giudicante nella potestà di condannare o di assolvere il convenuto entro il termine finale (termine peraltro, prorogabile con nuovo *iussum iudicandi*) di 18 mesi dalla *litiscontestatio* per i *iudicia legitima* o dell'anno magistratuale per i *iudicia imperio continentia*.

11.5. Eccezionalmente, ad una decisione senza *litis contestatio* (e senza necessità del successivo procedimento *apud iudicem*) si poteva pervenire, nel corso del procedimento *in iure*, a causa: *a*) di una «*confessio in iure*»; *b*) di un «*iusiurandum in iure*» a carattere decisorio. Entrambe queste ipotesi avevano effetti equiparabili a quelli di una *sententia iudicis*.

11.5.1. La «*confessio in iure*» («confessione davanti al magistrato») consisteva nel riconoscimento esplicito, operato *in iure*

---

convenuto e il magistrato giusdicente, il quale ultimo lo concludeva con un *decretum*. Sul tema: Bonifacio, «*Translatio iudicii*» cit., con bibl. — Procedimento analogo alla *translatio iudicii* era adottato per la *mutatio iudicis*, nell'ipotesi di morte o sopravvenuta incapacità del giudicante originariamente nominato.

11.4.2. Sugli effetti del *iussum iudicandi*, diversi a seconda che si trattasse di *iudicia legitima* o di *iudicia imperio continentia*, cfr. Gai 4.104-105, riportato *retro* n. 9.7. — Di *mors litis*, cioè di estinzione del processo, si parlava nell'ipotesi che il termine per la pronuncia della *sententia iudicis* trascorresse senza che seguisse la pronuncia. 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*: la *mors litis* era soltanto l'estinzione del procedimento *apud iudicem*. È da ritenere pertanto che l'attore ben potesse chiedere al magistrato una conferma del «*iussum iudicandi*» emesso, in ordine al *iudicium*, dal suo predecessore, ed è altresì probabile che molto raramente la richiesta fosse (come pur poteva essere in teoria) respinta dal nuovo magistrato. Sul punto: Bonifacio, *L'estinzione del giudizio per «mors litis»*, in *AG*. 142 (1952) 51 ss. con bibl. sulla dibattuta questione.

11.5. La decisione senza *litis contestatio* non si verificava nel caso dell'«*indefensus*» (*retro* n. 11.3.9) 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*». V. *infra* n. 12.6. — 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*.

11.5.1. Sulla *confessio in iure* cfr. D. 42.2 (*De confessis*), CI. 7.59. Sul tema: Di Paola, «*Confessio in iure*» 1 (1952); Scapini, *La confessione nel d. r.* 1 (1973); Litewski, «*Confessio in iure*» e «*sententia*», in *Labeo* 22 (1976) 252 ss. V. anche *retro* nr. 8.6. — Gli effetti della *confessio in iure* sono molto controversi. La necessità della *condemnatio pecuniaria* faceva sì che si potesse passare all'azione esecutiva solo allorché la *confessio* puntualizzasse la *certa pecunia* dovuta (il che peraltro non accadeva, secondo taluni, soltanto quando l'azione fosse rivolta personalmente dal convenuto, del buon 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*» (il confesso vale come giudicato), e ciò stava a significare due cose: *a*) anzitutto, che la *confessio* faceva stato tra le parti alla stessa guisa di una *sententia iudicis*; *b*) secondariamente che la *confessio* relativa ad un'azione intesa ad ottenere una «*certa pecunia*» (una somma di danaro) era pienamente equiparata ad una *sententia* di condanna a quella somma e dava quindi adito all'esecuzione forzata. Se l'azione era intesa all'ottenimento di un «*certum* che non fosse somma di danaro», ma necessitasse di una traduzione in danaro, oppure se essa era intesa al conseguimento del controvalore di un «*incertum*», la confessione del convenuto non valeva ad eliminare del tutto la necessità di addivenire alla *litiscontestatio* ed alla successiva *sententia*: di questa vi era pur sempre bisogno, se non per accertare il buon diritto dell'attore (ormai riconosciuto dal convenuto), almeno per stabilire la *summa condemnationis* che il convenuto era tenuto a pagare.

11.5.2. Il «*iusiurandum in iure*» («giuramento davanti al magistrato») era il solenne giuramento del buon fondamento delle

---

alla *certa pecunia*, ma anche 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 sé stante, distinguendola dalla *confessio apud iudicem*. È per gli stessi motivi che credo 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). Sul tema: Mayer-Maly, *Die unzutreffende «confessio in iure»*, in *St. Biscardi* 3 (1982) 303 ss.

11.5.2. Sul cd. *iusiurandum in iure* (la specificazione «in iure» non appare nelle fonti) cfr. D. 12.2 (*De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali*), CI 4.1. Sul tema: Amirante, *Il giuramento prestato prima della «litiscontestatio»* etc. (1954); Stiegler, *Marcell. D. 37.10.16* etc., in ZSS. 85 (1968) 304 ss.; Sturm, *Der Eid im Dienst von Abrede und Schuldübernahme*, in *St. Scherillo* 2 (1972) 535 ss. V. anche *infra* n. 82.3, a proposito del *iusiurandum* in generale. — Le conseguenze del *iusiurandum datum* del convenuto erano fissate dall'editto pretorio (cfr. Ulp. D. 12.2.3 e 7): «*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.

proprie ragioni che una parte (convenuto o attore) era invitata a compiere (mediante una «*delatio iurisiurandi*», un «deferimento a giurare») dalla sua controparte. Se il destinatario dell'invito a giurare si assumeva la responsabilità religiosa e giuridica di giurare di aver ragione (cioè del «*iusiurandum dare*»), il suo buon diritto era posto fuori discussione, con tutte le conseguenze del caso; se invece egli si rifiutava di giurare, si procedeva alla normale *litiscontestatio*. Solo in talune ipotesi di cd. «*iusiurandum necessarium*» (cioè di irrecusabilità del giuramento) il magistrato appoggiava con la sua autorità la delazione del giuramento fatta dall'attore al convenuto e trattava quindi quest'ultimo, ove si rifiutasse di giurare, come *indefensus*. Ma si badi bene: il destinatario del deferimento a giurare (attore o convenuto che fosse) poteva sempre rovesciare la situazione, invitando a sua volta la controparte (con una «*relatio iurisiurandi*», «riferimento» o rilancio del giuramento) a giurare essa di avere ragione (cioè di non dover subire la condanna, se in situazione di convenuto; oppure di dover ottenere la condanna, se in situazione di attore), in conseguenza di che la decisione della controversia era rimessa appunto alla controparte.

11.6. Il procedimento *apud iudicem* («davanti al giudicante»), cioè la «*iudicatio*» della procedura formulare di accer-

---

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 formale tra «*iusiurandum voluntarium*» e «*iusiurandum necessarium*» fu coniata in età postclassica.

11.6. Sul procedimento *apud iudicem* abbiamo poche e frammentarie notizie, anche in considerazione del fatto che esso non era legato ad un preciso rituale. Sul punto: Kaser, Hackl, *RZPR.* 350 ss.; Szymoszek, *Les garanties de l'impartialité du juge dans le procès romain*, in *St. Guarino* (1984) 2677 ss.; Cremades e Paricio, *La responsabilidad del juez en el der. rom. clás.*, in *AHDE.* 54 (1984) 179 ss.; Paricio, *Sobre la administración de la justicia en Roma* cit. 59 ss., 87 ss. — Un consilium iudicis non era previsto, ma è probabile che il giudicante lo nominasse per essere assistito non tanto sul piano giuridico quanto sul piano tecnico da «periti» della materia. Cfr. Val. Max. 8.2.2, Gell. 14.2.9, Tab. Hercul. 185 (ed. Camodeca). — La comperendinatio era prevista già dalle *XII tabulae* in ordine al processo *per legis actiones*: cfr. Prob. 4.9 (*in diem tertium sive perendinum*) e Gai 4.15. — Di intertium, parola chiaramente di gergo curialesco, parlano le *tab. pomp. secundae* n. 32-33 (ed. Camodeca) e la *lex Irnitana epigrafica* c. 90-91. Sul tema: Rodger, *The «lex Irnitana» and procedure in the civil Courts*, in *JRS.* 81 (1991) 74 ss.; Lamberti, *«Tabulae Irnitanae»* cit. 185 ss. Il rinvio al terzo giorno non va preso alla lettera: nella pratica processuale poteva indicare un'udienza anche più lontana, purché si trattasse di un'«udienza fissa». — I difensori delle parti (da non confondere con i loro rappresentanti: *cognitores* e *procuratores*) eratamento, aveva inizio: in astratto, nel momento della *litiscontestatio*, cioè nel momento in cui, chiusa la fase *in iure* con l'emissione del *iussum iudicandi*, si apriva la decorrenza dei termini per la pronuncia della sentenza; in concreto, nel momento in cui una delle parti (generalmente, ma non necessariamente, l'attore) provvedeva a comunicare alla controparte, rendendolo altresí noto al giudicante (*iudex*, *arbiter*, *recuperatores*), un «invi-

---

no denominati, piuttosto confusamente, «patroni», «advocati» o «oratores». I *patroni* o gli *oratores* erano coloro che prendevano la parola per i loro assistiti, gli *advocati* erano una categoria più varia di assistenti: dall'*advocatus* della *postulatio pro aliis* (*retro* n. 11.2) al consigliere (giuridico o non giuridico), al sostenitore che era stato *convocato* (come largamente si usava) allo scopo di plaudire tra il pubblico. Solo ai primi si riferiva la *lex Cincia* (su cui *infra* n. 23.4.1). Cfr. Ascon. in Cic. *Div. Caec.* 11. In generale: Crook, *Legal advocacy in the Roman world* (1995). — L'assenza di una parte (o di un *cognitor* o *procurator* che la sostituisse: v. *retro* n. 31.2.2) nel dibattimento *apud iudicem* era per la stessa, come è ovvio, praticamente nociva, dal momento che le impediva di curare momento per momento la difesa dei propri interessi: ma non implicava necessariamente, a rigor di diritto, la sua soccombenza (cioè la sua condanna, trattandosi del convenuto, oppure l'assoluzione del convenuto, trattandosi dell'attore), sopra tutto se essa era stata inizialmente presente ed aveva provveduto, prima di allontanarsi, alla «*causae coniectio*» ed alla cosiddetta «*peroratio*», cioè alla indicazione o predisposizione delle prove. Una norma delle *XII tabulae* (ma probabilmente di formazione alquanto posteriore: Plin. n. h. 7.60.212) stabiliva in proposito (a titolo dispositivo, cioè derogabile convenzionalmente dalle parti) «*post meridiem praesenti litem addicito*», ma non nel senso che dopo l'ora sesta del giorno (v. *infra* n. 20.3) il giudice dovesse dare senz'altro causa vinta alla parte presente, bensì nel senso che il giudice fosse tenuto ad adeguarsi alla condotta processuale di quest'ultima, fermo restando il suo dovere di giudicare imparzialmente, con possibilità di emettere una *sententia* favorevole alla parte assente. Sul tema: Albanese, *La menzione del «meridies» in XII Tab. 1.6-9*, in *AUPA*. 42 (1992) 95 ss.; Guarino, *«Praesenti litem addicito»* (1993), in *PDR*. 4 (1994) 128 ss.; Wacke, *«Audiatur et altera pars» etc.*, in *Fs. Waldstein* (1993) 369 ss. — Il cd. iusiurandum iudiciale (giuramento davanti agli dei, e anche «*per genium principum*», di ben giudicare, sia nelle forme esteriori che nel merito) ci è attestato con piena verosimiglianza sopra tutto da Giustiniano (a. 530: C. 3.1.14 pr.), che passò a disciplinarlo meglio ed a farne uno dei cardini del processo dei tempi suoi. — Esimenti del giudicante, cioè cause di sua esenzione dalla funzione di giudizio, erano le *excusationes* di cui *retro* n. 10.3.3. Di solito, le persone chiamate a giudicare come *iudex*, *arbiter* o *recuperatores* le sottoponevano in iure al magistrato nel momento stesso in cui questo si apprestava alla *datio iudicii* e al *iussum iudicandi*. Se alla *litiscontestatio* il giudicante non era presente o se la causa di *excusatio* sopravveniva posteriormente, il giudicante poteva sempre ricorrere al magistrato sotto le cui ali il processo si svolgeva. Qualche fonte (per es., la cd. *lex Irnitana* epigr. c. 91) fa intendere che anche in vista di ciò il magistrato giusdicente nominava dei «giudici supplenti», i quali presumibilmente assistevano all'attività dei giudici titolari per poterli eventualmente surrogare (ipotesi, questa, che contribuisce a spiegare Alf. D. 5.1.76, là dove riferisce l'opinione di Servio, secondo cui «*non modo si unus aut alter sed et si omnes iudices mutati essent, tamen ... iudicium idem quod antea fuisse permanere*»). — La sovrintendenza del magistrato a tutta l'attività di giudizio, con potestà di sospenderla o di provocarne la «*solutio*», è comprovata da Paul. D. 5.1.58: *iudicium solvitur vetante eo qui iudicare iusserat etc.* — Sulla parzialità del giudice e sull'ipotesi del «*iudex qui litem suam facit*»: *infra* n. 90.7. In questo caso la parte che avesse sofferto pregiudizio aveva contro il giudice un'azione penale. — Sul patrocinium in iudicio: *infra* n. 79.6.1.

to a comparire» davanti al giudicante stesso in un certo luogo e in una certa ora di un giorno non festivo dilazionato di almeno due giorni (cd. «*comperendinatio*», cioè rinvio sino a tutto il posdomani, anche detto «*intertium*» o altrimenti). La normalità era che il procedimento si svolgesse in «contraddittorio» tra le parti (al pari di come era richiesto per la fase *in iure*) e che il giudice desse ascolto ad ambedue i contendenti («*audiatur et altera pars*»); tuttavia, se la parte convocata non compariva, né di persona né in persona di un suo sostituto (*cognitor* o *procurator* che fosse), l'attività di giudizio si svolgeva in sua assenza (o sin quando perdurasse la sua assenza) sulla base dei soli elementi addotti dalla parte diligente: il che spiega come essa avesse tutto l'interesse ad essere presente sin dall'inizio, e come poi tutte e due si adoperassero ad influire sul convincimento del giudicante non solo di persona, ma anche con l'ausilio («*patrocinium*») di efficaci difensori (*patroni, advocati, oratores*). Quanto al giudicante, egli esordiva con un solenne giuramento («*iusiurandum iudicis*») che lo impegnava davanti agli dei a svolgere la sua funzione non solo con assoluta imparzialità, ma anche con piena diligenza nel procedere alla direzione delle udienze ed alla fissazione degli eventuali rinvii («*diffissiones*») in modo tale che fosse evitata la *mors litis*. Ove al magistrato giusdicente giungessero (principalmente per iniziativa di una parte insoddisfatta) notizie attendibili di un suo comportamento gravemente irregolare, il giudice poteva ricevere l'ordine di sospendere momentaneamente la sua attività o addirittura il divieto di portarla a termine.

11.6.1. Il procedimento si svolgeva, spesso in molteplici udienze, con «dibattimento orale», ma era uso documentarlo in

---

11.6.1. Sull'istruzione probatoria nella fase *apud iudicem*: Lemosse, «*Cognitio*». *Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique* (1944) 127 ss.; Longo (G.), «*Onus probandi*» (1955), *Nuovi contributi in tema di «onus probandi»* (1957), *L'onere della prova nel proc. civile romano* (1960), in *Ricerche romanistiche* (1966) 7 ss.; Pugliese, *L'onere della prova nel proc. «per formulas»*, in *RIDA.* 3.3 (1956) 349 ss.; id., *Regole e direttive sull'onere della prova etc.*, in *St. Calamandrei* 3 (1958) 579 ss.; id., *Per l'individuaz. dell'onere della prova etc.*, in *St. De Francesco* 1 (1957) 533 ss.; Fernandez Barreiro, *Los principios 'dispositivo' y 'inquisitivo' en el proc. rom.*, in *SDHI.* 41 (1975) 125 ss. — Per il *falsum testimonium dicere* le XII tavole avrebbero comminato la precipitazione dalla rupe Tarpeia (cfr. Gell. 20.1.53), ma la notizia è poco credibile e va, comunque, probabilmente riferita alla falsa testimonianza in giudizi criminali. Certo è che la pena non si irrogava in età preclassica e classica. — La materia dell'*onus probandi* (o «*necessitas probandi*») è molto più incerta di quanto non dica la massima «*ei incumbit probatio qui dicit*» (cfr. Paul. D. 22.3.2, Marcian. D. 22.3.21). Sul punto: Levy (E.), *Beweislast im klassischen Recht* (1953), in *Schr.* 1 (1963) 407 ss., secondo cui il giudice aveva in età classica ampia libertà nell'addossare il carico della prova all'una piuttosto che all'altra parte; Longo G., negli scritti citati ma, in senso opposto, Pugliese cit.; Giuffrè, «*Necessitas probandi*» (1984); Wacke, *Zur Beweislast im* iscritto (con la cd. «verbalizzazione» del linguaggio corrente odierno). La direzione spettava al giudicante, il quale: da un lato, era tenuto a lasciar parlare le parti ed a permettere loro di proporre le prove che ritenessero opportune (il che si diceva «*causae coniectio*», cioè impostazione della causa); 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 giudicante di basare la *sententia* su indagini svolte personalmente o per sua iniziativa («*inquisitiones*»), ché anzi egli era strettamente tenuto a giudicare sulla base delle allegazioni e delle prove offerte dai litiganti («*iuxta allegata et probata*»). L'onere della prova («*onus probandi*») spettava, di regola, a chi affermasse una circostanza, non a chi la negasse («*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*»): quindi spettava all'attore in ordine alle affermazioni contenute nell'*intentio* o nella *replicatio*, mentre gravava sul convenuto in ordine alle affermazioni contenute nell'*exceptio* o nella *duplicatio*.

11.6.2. Mezzi di prova («*probationes*»), o comunque di convincimento del giudicante («*argumenta*»), potevano essere: i do-

---

Mass. Zivilprozess, in *ZSS.* 109 (1992) 431 ss., quest'ultimo in termini sostanzialmente accettabili, ma forse eccessivamente polemici nei confronti della posizione del Levy, cui va tuttavia il merito di aver chiaramente intravisto la differenza di condizione del *iudex privatus* nel processo formulare rispetto al giudice del processo *extra ordinem* specie del periodo postclassico. Sul punto v. anche: Guarino, *Tagliacarne*, in *Labeo* 39 (1993) 121, e *infra* n. 13.4.

11.6.2. Sui mezzi di prova: Pugliese, *La prova nel processo rom. class.*, in *J.* 11 (1960) 386 ss.; Pugliese, *La preuve dans la civilisation romaine*, in *RSJB.* 16 (1964); Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire etc.* (1964); Wieacker, *Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz*, in *St. Kaser* (1976) 3 ss.; Vincenti, *«Duo genera sunt testium»* (1989); Lévy, *Autour de la preuve dans les droits de l'Antiquité* (1992). — La classificazione delle prove non era materia di studio giuridico, ma di studio retorico: Gresti, *Sulla teoria della prova nella «Institutio oratoria» di Quintiliano*, in *Riv. scient.* suppl. 3 (1975) 127 ss. La distinzione più corrente era tra *probationes inartificiales* e *artificiales*: *a*) le «*probationes inartificiales*» (πίστεις ἄτεχνοι) erano quelle «*quae non excogitantur ab oratore, sed in re posita ratione tractantur*» (Cic. de or. 2.27.116): «*praeiudicia*» (v. retro n. 10.2.2), «*famae atque rumores*» (fatti notori o largamente risaputi), «*tormenta*» (torture: 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*»); *b*) le «*probationes artificiales*» (πίστεις ἔντεχνοι) costituivano la materia «*quae tota in disputatione et in argumentatione oratoris collocata est*» (Cic. cit.): «*argumenta*», «*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 bibl.; Schipani, *Zum «i. in l.» bei den dinglichen Klagen*, in *St. Kaser* (1973) 169 ss. — È assai dubbio che fosse praticato anche il cd. iusiurandum in iudicio, deferito da una parte all'altra cumenti; le testimonianze («*testimonia*») sopra tutto se spontanee (che avevano quasi il carattere di interventi a difesa); le consulenze tecniche di esperti; i «fatti notori» (cioè talmente e tanto diffusamente conosciuti, 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» (integranti la cd. «*confessio in iudicio*») e il «*iusiurandum in litem*» («giuramento sulla cosa contestata»), proposto (non imposto) all'attore dallo stesso giudicante, affinché stimasse il valore della cosa controversa («*lis*») o del danno sofferto. Dalla valutazione di questo materiale, rimessa esclusivamente al suo «libero convincimento», poteva, peraltro, ben darsi che il giudicante non riuscisse a trarre elementi per una serena decisione a favore dell'attore o del convenuto. In questa ipotesi gli era permesso di rinunciare al compito di emettere la *sententia*, purché affermasse con giuramento che la soluzione non gli riusciva chiara («*iurare rem sibi non liquère*»), sí che la causa era rimessa dal magistrato giusdicente alla cognizione di un altro giudice («*mutatio iudicis*»).

11.7. La *sententia iudicis* («sentenza giudiziale»), con la cui proclamazione («*prolatio sententiae*») si chiudeva la fase

---

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 «iusiur. in iudicio»*, in *St. Betti* 3 (1962) 13 ss., con bibl. V. anche *retro* n. 11.5.2. — Il libero convincimento del giudicante implicava che egli non fosse tenuto ad adeguarsi ai «precedenti giudiziali» (da non confondere con i precedenti giurisdizionali, relativi ai magistrati: *retro* n. 4.3), cioè ai giudizi precedentemente formulati in casi simili. Tuttavia è ovvio che sopra tutto in periodo classico (anche ad evitare l'intervento *extra ordinem*, in sede di appello, dei *principes*) i giuristi consigliassero di tener conto della «*consuetudo interpretandi*» (cfr. Paul. D. 1.3.37) ed è spiegabile che ad un certo punto Settimio Severo, specie in ordine ai dubbi di interpretazione relativi alle *leges* repressive dei *crimina*, abbia stabilito con un rescritto (cfr. Call. D. 1.3.38) che «*in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere*». Per la posizione di Giustiniano v. *infra* n. 13.4. — 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. Sul punto: Rabello, «*Non liquet*», in *AG.* 185 (1973) 31 ss.; Paricio, «*Iurare sibi non liquere*», in *ASG.* 111 (1980) 411 ss.; Mayer-Maly, «*Iurare sibi non liq.*» *etc.*, in *St. Matscher* (1993) 349 ss. Cfr. Gell. 14.2.25.

11.7. Sulla *sententia iudicis*: Visky, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, in *RIDA.* 18 (1971) 715 ss.; Kaser, *Das Urteil als Rechtsquelle im röm. R.*, in *St. Schwind* (1978) 115 ss.; Litewski, *Zwischenbescheide im röm. Proz.*, in *RIDA.* 24 (1977) 155 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, *Lineamenti storici su «iudicare» («pronuntiatio») e «damnare» («condemnatio») etc.*, in *RISG* *apud iudicem* del processo, era un atto complesso, costituito: *a*) da un «parere» sulla controversia contestata, che il giudicante emanava a conclusione della «*cognitio*» da lui effettuata («*sententia*» in senso stretto); *b*) 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 non si risolveva in una *adiudicatio*, ma consisteva in una «*condemnatio*», il convenuto diveniva titolare di una obbligazione di eseguire la condanna («*obligatio iudicati*») da assolvere a favore dell'attore.

11.7.1. La eventuale condanna del convenuto consisteva sempre in una somma di danaro, determinata già 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 dava preventivo soddisfacimento all'attore del suo credito di cosa determinata («*satisfactio actori*»). Diversamente dai Proculiani, i Sabiniani, giustamente basandosi sulla separazione concettuale esistente tra *sententia* in senso stretto e provvedimento, sostennero pertanto che il convenuto potesse sino all'ultimo momento ottenere in

---

56 (1915) 1 ss.; Biondi, *Appunti intorno alla sentenza nel proc. civ. rom.* (1918), in *Scr.* 2 (1965) 368 ss.; Salomone, «*Iudicatum facere*» etc., in *Index* 25 (1997) 299 ss. — Nell'ipotesi di **pluralità di giudici** (*recuperatores*), alla emissione della *sententia* dovevano partecipare tutti, ma prevaleva il parere della maggioranza: cfr. Paul. D. 42.1.36. Se non si formava una maggioranza, ma vi era parità di voti (più qualche *non liquet*), la decisione era quella favorevole al convenuto (assoluzione o condanna alla somma minore). Non era necessaria una dettagliata «motivazione» (v. invece *infra* n. 13.5, per il processo *extra ordinem*), né erano richieste una forma od una pubblicità particolari (Wesener, sv. «*Prolatio sententiae*», in *PW*.): essa 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* pronunziate dal giudice o dal presidente del collegio. Non si vede, infine, per quale motivo il giudicante dovesse, come alcuni sostengono, confermare la sentenza con un giuramento finale, dal momento che sin dall'inizio si era esposto con un giuramento alla punizione degli dèi in caso di «*periurium*». — **Le spese della procedura** non erano a carico del soccombente, ma costituivano un onere per ciascuna parte che le avesse fatte nel proprio interesse. — Sul **linguaggio della sentenza** *infra* n. 13.5.

11.7.1. Sulla **pecuniarietà della condanna**: *retro* n. 10.4.1. *Adde*: Mank, «*Condemnatio pecuniaria*» und *Sachzugriff*, in *ZSS*. 99 (1982) 303 ss. — Sugli effetti della **satisfactio actori** prima della «pronuntiatio» cfr. Gai 4.114. — Sulla **satisfactio**: *infra* n. 67.1.1.

ogni caso l'assoluzione, ove restituisse la cosa o eseguisse la prestazione (e in questo senso si disse «*omnia iudicia absolutoria esse*»).

11.7.2. La «*sententia iudicis*» poteva essere invalida solo per motivi di forma e, in particolare, per la non corrispondenza del pronunciato del giudicante alle limitazioni a lui imposte dalla regola di giudizio, cioè dal *iudicium* formulato in sede di *litis contestatio*. Se validamente emessa, la sentenza era irrevocabile dal giudicante, inoppugnabile dal soccombente, inevitabile dalla parte che non avesse (o non avesse più) interesse alla sua pro-

---

11.7.2. Sull'invalidità della sentenza: Apelt, *Die Urteilsnichtigkeit im röm. Prozess* (1936); Medicus, *Zur Urteilsberichtigung in der «actio iudicati» des Formularprozesses*, in *ZSS.* 81 (1964) 233 ss. — Casi principali di invalidità: *a)* incapacità di agire del magistrato, del giudice, di una parte, di un rappresentante processuale (si noti che il magistrato e il giudice potevano anche non essere sottoposti familiarmente, cioè non essere soggetti giuridici privati); *b)* sentenza emessa fuori termine; *c)* sentenza non emessa con la partecipazione di tutti i componenti il collegio giudicante; *d)* sentenza a contenuto indeterminato (in particolare, senza indicazione precisa della *summa condemnationis*) o emessa nei confronti solo di alcune parti; *e)* 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*). — Sulla irrevocabilità della sentenza cfr. 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. Cfr. anche Alf. D. 42.1.62. — Sulla *pluris petitio*: Provera, *La «pluris petitio» nel proc. civ. rom.* 1 (1958), con bibl.; De Freitas Guimarães, *Sulla «p. p.»*, in *St. Grosso* 5 (1972) 279 ss.; Sturm, *«Ante condicionem petere»*, in *St. Donatuti* 3 (1973) 1273 ss.; Wiegand, *«Plus petitio»* (1974); Sacconi, *La «p. p.» nel processo formulare* etc. (1977). 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 4.53: *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.). — I tipi di *pluris petitio* erano: *a)* «*re*» (l'*intentio* porta un credito di 20 invece di 10); *b)* «*tempore*» (l'*intentio* porta come esigibile un credito non scaduto o sotto condizione); *c)* «*loco*» (l'*intentio* porta come dovuta la prestazione in Roma, omettendo di specificare che essa si sarebbe dovuta eseguire altrove, per esempio ad Efeso); *d)* «*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 una *minoris petitio* (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*» e una «*exceptio rei residuae*». Sul tema: Cantarella, *Il «minus petere» e le sue conseguenze nel proc. form.*, in *SDHI.* 35 (1969) 99 ss.

nuncia. Particolarmente rigorosa era la regola dell'«inevitabilità», la quale si riferiva: *a*) alla parte (attore o convenuto) assente *apud iudicem*; *b*) alla parte 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); *c*) all'attore che fosse incorso in «eccesso di domanda» («*pluris petitio*»), che avesse cioè preteso con l'*intentio* un diritto più vasto o più intenso di quanto il giudicante avrebbe potuto accertare: nel qual caso, dato che il giudicante non poteva sfuggire all'alternativa tra il dichiarare esattamente fondata o non esattamente fondata l'*intentio*, la conseguenza era l'assoluzione del convenuto.

11.8. La *sententia iudicis* validamente emessa (o la *confessio in iure* nei casi in cui era ad essa equiparata) determinava la *res iudicata* («cosa giudicata» o «regiudicata»), 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.

11.8.1. Conseguenza della cosa giudicata era, a maggior ragione che per la regiudicanda, il divieto di riprodurre la stessa

---

11.8. Sulla *res iudicata* cfr. D. 42.1 (*De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*), C.I. 7.52. Sul tema: Wieling, *Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im röm. R.*, in ZSS. 102 (1985) 291 ss.; Marrone, *Dal divieto* etc. *alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *St. Gallo* 2 (1997) 3 ss.; Id., *La riparazione della rivendica formulare e il problema dell'«eadem res»*, in *SDHI.* 64 (1998) 47 ss. — Per la definizione, cfr. 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. 11.4.1), i *veteres* (cioè i giuristi dell'età repubblicana) solevano dire: *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*. Sul tema: Liebs, *Die Klagenkonsumption des röm. R.*, in ZSS. 86 (1969) 169 ss.

11.8.1. 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.; v. *retro* nt. 11.4.1. In generale (anche con riferimento al processo per *legis actiones*): Marrone, *«Agere lege», «formulae» e preclusione processuale*, in AUPA. 42 (1992) 209 ss. — L'inammissibilità dell'*agere actum*, cioè del compiere due o più volte un'azione allo stesso fine, era il principio generale da cui derivava la preclusione processuale: Liebs, *Die eigentliche Bedeutung von «actum est»*, in *Fs. Hübner* (1984) 101 ss. Cfr. anche: Gai. D. 50.17.57: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.* — Si discute se l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* fosse unica o se le *exceptiones* fossero due. Secondo noi: 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 cioè con il giudicato si fossero prospettate situazioni giuridiche che la *deductio in iudicium* non avesse completamente determinate, 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 es. nell'ipotesi in cui *apud iudicem* fosse stata fatta valere una ragione di questione in giudizio, vale a dire: non solo la inammissibilità di un nuovo procedimento *apud iudicem* (che sarebbe stato invalido), ma soprattutto 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*»: non vi sia azione due volte per la stessa questione). L'eventuale infrazione di questo divieto dell'«identità di causa» non produceva sempre le stesse reazioni: *a*) 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; *b*) se si trattava invece di altri *iudicia* (cioè di *iudicia legitima in personam* con formula *in factum*, di *iudicia legitima in rem* e di *iudicia imperio continentia*), la esistenza di una identità di regiudicata o di regiudicanda (cioè l'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 «eccezione di identità di causa» («*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*»). In questa seconda ipotesi la posizione del convenuto era, dunque, di gran lunga meno favorevole, potendo egli ben essere condannato di nuovo per una questione identica ove non avesse provveduto a opporre tempestivamente (*in iure*) l'eccezione.

11.8.2. A prescindere dall'efficacia preclusiva, la cosa giudicata e la cosa giudicanda (o meglio, gli atti di cui esse erano

---

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*). Sul punto: Sacconi, *L'exceptio rei in iudicium deductae*, in *Sod. Guarino* (1984) 1909 ss. — 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*.

11.8.2. Sugli effetti ordinativi della *res iudicata* (cioè sulla cd. «cosa giudicata in senso sostanziale»): Betti, *D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in d. r.* (1922); Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza* cit.; id., *L'effetto normativo della sentenza*² (1965); Wacke, *Drittwirkung und* 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, erano invece 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'«identità di causa» (cioè dell'«*eadem res*», *iudicanda* o *iudicata*). In linea approssimativa, i giuristi romani giunsero a stabilire che la cosa giudicata o giudicanda: *a*) incontrassero i loro «limiti oggettivi» 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*); *b*) incontrassero i loro «limiti soggettivi» 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).

11.9. L'esecuzione forzata della sentenza di condanna, nella ipotesi che il soccombente non adempisse l'*obliga-*

Rechtskraftgrenzen richterlicher Gemeinschaftsteilung, in *St. Baumgärtel* (1990) 603 ss. 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. 75 *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* (etc.). — 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.

11.9. Sull'esecuzione della sentenza di condanna, in generale: [illegible], *Histoire des voies d'exécution en dr. rom.* (1914); Andolina, *I presupposti dell'esecuzione forzata nel dir. rom.*, in *I.* 17 (1966) 163 ss. — I *dies iusti* concessi al soccombente prima della *ductio* rimasero 30 (v. retro n. 4.6). Tuttavia il giudice poteva abbreviare o allungare, per motivi di evidente opportunità, il *tempus iudicati*: cfr. Ulp. D. 42.1.2. — In particolare, sull'*actio iudicati*: Wenger, *Zur Lehre von der «a. iud.»* (1901); La Rosa, *L'«a. iud.» nel dir. rom. class.* (1963), con bibl.; ead., *La formula dell'«a. iud.»*, in *St. Grosso* 4 (1971) 235 ss.; Medicus, *Zur Urteilsberichtigung in der «a. iud.»* cit.; Gandolfi, *In tema di «auctoritas rei iudicatae»*, in *St. Grosso* 4 (1971) 135 ss.; Melillo, *Modificabilità convenzionale dell'«obl. iudicati»*, in *St. Grosso* 2 (1968) 299 ss.; Buzzacchi, *Studi sull'«a. iud.» nel proc. rom. class.* (1996). — L'*infitiatio*, cioè la contestazione del fondamento del *iudicatum*, era ovviamente l'ipotesi più rara, dato che poteva portare alla condanna nel doppio («*lis infitiando crescit in duplum*»). Al soccombente conveniva farla solo se fosse in condizione di dimostrare la nullità o la falsità della *sententia* (cioè l'invalidità del *iudicatum*) o di addurre argomenti a sostegno di una inefficacia del *iudicatum* per sopravvenuto adempimento o per altra causa paralizzante. — Al soccombente era possibile anche la cd. *revocatio in duplum* dell'*actio iudicati*.

tio iudicati, non era conseguibile sulla base della stessa sentenza. Acché si formasse il «titolo esecutivo», giustificante appunto l'esecuzione forzata, occorreva che l'attore passasse a promuovere una speciale «*actio iudicati*», intesa ad ottenere la piena «conferma della sentenza» a suo favore e, per conseguenza, la condanna del convenuto al doppio della primitiva *summa condemnationis*. Ma il convenuto poteva addurre, a sostegno della sua ostinata riluttanza all'adempimento (cioè a conforto della sua cd. «*infitiatio*»), solo argomenti intesi a dimostrare la invalidità della sentenza (invalidità limitata, come già si è detto, a questioni di forma): il che generalmente lo sconsigliava dal pervenire alla *litiscontestatio* e dall'esporsi alla condanna nel *duplum*, inducendolo, sia pur con ritardo e malvolentieri, al pagamento della somma dovuta o almeno alla *confessio in iure* del suo obbligo (confessione che gli evitava il carico del *duplum*, pur avendogli concesso qualche ulteriore momento di respiro).

11.9.1. Il «titolo esecutivo» costituito dalla sentenza di condanna conseguente all'*actio iudicati* (o dalla confessione del torto nel procedimento *in iure* aperto con quell'azione) dava finalmente all'attore la possibilità, sempre che il soccombente insistesse nel non adempiere, di agire contro lo stesso soccombente con la *legis actio per manus iniectionem* allo scopo di farselo assegnare in potestà (*addicere*) dal magistrato e di essere ripagato del proprio credito mediante il suo lavoro. La procedura relativa si semplificò, dopo la *lex Iulia* del 17 a. C., sino al punto che bastava al creditore la cd. «*ductio*», cioè la «traduzione» *in ius* del debitore, e ivi la richiesta informale della *addictio* al magistrato, per poter conseguire il risultato. Tuttavia le difficoltà e le mitigazioni comportate dall'adozione di questo sistema erano ormai tanto ingenti, che ad esso si ricorreva esclusivamente nell'ipotesi in cui il debitore si fosse ridotto sul lastrico e qualcosa si potesse ricavare da lui solo utilizzando il suo lavoro subordinato: per pochi che egli avesse di beni al sole, meglio era far

---

Previo pagamento dell'importo della condanna, egli poteva chiedere un riesame completo (nella forma e nel merito) della causa con l'effetto di una condanna in *duplum* nell'ipotesi di conferma. Precedente, questo suo «ire in duplum», dell'*appellatio* del processo *extra ordinem*: v. *infra* n. 13.5.1. — Una *transactio post rem iudicatam* era astrattamente possibile, ma il tema è discusso: Salomone, *La transat.* «*p. r. i.*», in *Index* 28 (2000) 379 ss.

11.9.1. La *ductio debitoris*, cui si era ridotta praticamente la *legis actio per manus iniectionem*, conveniva al creditore solo nei casi in cui la controparte, per evitare l'umiliazione della condizione di *addictus*, fosse in grado di farsi tutelare da un *vindex* solvibile: cosa per uno spiantato estremamente improbabile. Ma v. *infra*, quanto al periodo postclassico, n. 13.6. — Sulla condizione di *addictus*: *infra* n. 16.5.3. — Sulla *missio in bona debitoris*: *infra* n. 12.5.1.

capo al procedimento speciale della immissione conservativa nel suo patrimonio (*missio in bona*) posto a disposizione dei creditori dai magistrati *cum imperio*.

12. I MEZZI COMPLEMENTARI DELLE PROCEDURE FORMULARI.

12.1. Molte ragioni, tra cui non ultime la limitazione della procedura formulare al processo di accertamento e la subordinazione del processo con 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, sempre che il magistrato fosse fornito di *imperium*. Vennero detti perciò «*magis imperii quam iurisdictionis*» e furono precisamente: *a*) gli *interdicta*; *b*) le *in integrum restitutiones*; *c*) le *stipulationes praetoriae*; *d*) la *missio in possessionem*; *e*) la *bonorum venditio*; *f*) la *bonorum distractio*; *g*) la *datio bonorum possessionis*.

12.2. Gli *interdicta* («interdetti»), venuti probabilmente in essere ancor prima della procedura formulare, erano «prov-

---

12.1. Sui mezzi complementari delle procedure formulari, con ampia bibl.: Luzzatto, *In tema di origine del processo «extra ordinem»*, in *St. Volterra* 2 (1969) spec. 684 ss.; Kaser, Hdb. *RZPR*. 318 ss., 408 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 bibl.). 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* variava a seconda del tipo di provvedimento: per esempio, era molto sommaria in ordine agli *interdicta*, mentre era molto intensa in ordine alle *in integrum restitutiones*. Sul punto: Martini, *Il problema della «causae cognitio» pretoria* (1960).

12.2. Sugli *interdicta* cfr. D. 43.1, C. 8.1, I. 4.15, Gai 4.138-170; Lenel, EP.³ tit. 43 (p. 446 ss.), con elenco di tutti gli interdetti ricostruibili. Sul tema: Biscardi, *La protezione interdittale nel proc. civ. rom.* (1937); Gandolfi, *Contributo allo studio del processo interdittale rom.* (1955); Luzzatto, *Il problema di origine delle «cogn. e. ord.»* 1 (1965) 142 ss. — Gai 4.140 distingue *decreta* e *interdicta* vedimenti ingiuntivi di urgenza», emessi dal magistrato *cum imperio*, in contraddittorio tra le 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 una di queste tre attività: *a*) ripristinare (*restituere*) uno stato di cose che avesse alterato (*interdictum «restitutorium»*); *b*) esibire un oggetto che tenesse riservato o un soggetto giuridico che tenesse prigioniero (*interdictum «exhibitorium»*); *c*) astenersi da un certo comportamento (*interdictum «prohibitorium»*). L'*interdictum*, appunto per il suo carattere di urgenza, era emanato *in iure* (presenti, dunque, l'attore e il convenuto) previo un accertamento molto sommario e approssimativo della fondatezza delle asserzioni del richiedente, allo scopo di porre subito riparo, mediante un ammonimento impartito dal magistrato, ad una situazione che altrimenti poteva essere in pochissimo tempo pregiudicata: se il destinatario dell'ingiunzione si rifiutava o

---

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, recuperandae possessionis causa comparata*». — *Interdicta duplicia* erano detti taluni interdetti proibitori che il magistrato, per evitare di andare più a fondo nell'indagine, rivolgeva, ad ogni buon conto, ad entrambe le parti, vietando un certo comportamento a quella tra loro che si trovasse in una certa situazione. Negli interdetti duplici le *actiones ex interdicto* erano ovviamente due, reciprocamente promosse l'una contro l'altra dalle parti. — L'*actio ex interdicto* non è facilmente ricostruibile. Ne parla, in modo piuttosto contorto, Gai 4.141, dal cui 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 (*in iure*), salvo che il destinatario dell'interdetto (o uno dei due destinatari dell'*interdictum duplex*) promettesse di obbedire all'ordine ricevuto. — Nel *procedimento 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*, pronunciando le conseguenziali condanne e assoluzioni. Cfr. Gai 4.166-166 *a* (relativo ad una ipotesi di *interdictum prohibitorium*). — Nel *procedimento sine poena* (procedura ammessa soltanto per gli *interdicta exhibitoria e restitutoria*) la parte interessata all'esecuzione dell'interdetto (cioè al ripristino o all'esibizione) procedeva, in considerazione del rifiuto di obbedienza dell'altra parte, alla proposizione 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. — Sugli *interdicta possessoria*: infra n. 34.2 e 36.3.

mancava di ottemperarvi, l'altra parte poteva passare ad esercitare nei suoi confronti un'«*actio ex interdicto*» (*in personam*), dalla quale scaturiva un regolare processo di accertamento volto a confermare (o ad escludere) il buon fondamento dell'interdetto e l'ingiusto inadempimento del destinatario. Di regola, la procedura susseguente a mancata esecuzione di un interdetto era un procedimento cd. «*cum poena*», nel senso che comportava il pagamento di una congrua penale pecuniaria (preventivamente promessa *in iure* mediante uno scambio di *sponsiones*) da quella delle due parti che risultasse aver sostenuto a torto la propria tesi.

12.3. Le *in integrum restitutiones* («ripristini integrali») erano provvedimenti giurisdizionali «costitutivi» di annullamento, che invalidavano, per autorità del magistrato (*ope magistratus*), fatti giuridici formalmente validi (per esempio, un ne-

---

12.3. Sull'*in integrum restitutio* cfr. D. 4.1 (*De in integrum restitutionibus*), C. I. 2.21 e 49. Sch. Sin. 13. Lenel, *EP*.^{3} tit. 10 (p. 109 ss.). Sul tema: Lauria, «*Iurisdictio*» cit. 513 ss.; Carrelli, «*Decretum*» e «*sententia*» *nella «rest. in int.»*, in *AUBA*. 1938; Id., *Sul «beneficium restitutionis»*, in *SDHI*. 4 (1938) 5 ss.; Levy, *Zur nachklassischen «in int. rest.»*, in *ZSS*. 68 (1951) 360 ss.; Raggi, *La «rest. in int.» nella «cognitio extra ordinem»* (1965); Cervenca, *Per lo studio della «rest. in int.»*, in *St. Biondi* 1 (1965) 599 ss.; id., *Studi vari sulla «rest. in int.»* (1965); Sargenti, *Studi sulla «rest. in int.»*, in *BIDR*. 69 (1966) 193 ss.; Fabbrini, *Per la storia della «rest. in int.»*, in *Labeo* 13 (1967) 200 ss.; Hartkamp, *Die Drittwirkung der «in int. rest.»*, in *St. David* (1974) 131 ss.; *ZSS*. 94 (1977) 101 ss.; Buigues Oliver, *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en derecho rom.* (1992), con un elenco completo dei casi di applicazione. — Sull'accertamento preliminare dei fatti: Lemosse, «*Cognitio*» (1944) cit.; 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*. 66 (1963) 318 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). — Le cause di *in integrum restitutio* previste dall'editto pretorio erano principalmente: il *metus*, il *dolus malus*, la minore età, il *falsus tutor*, l'*absentia rei publicae causa* (e casi analoghi), l'«*alia iusta causa*», l'*alienatio iudicii mutandi causa facta*, la *fraus creditorum*. Per qualche caso particolare: Fox, «*Rest. in int.*» *e manumissioni coatte*, in *SDHI*. 39 (1973) 135 ss.; Kupisch, «*In int. rest.*» *und «vindicatio utilis»* etc. (1974). — La *datio restitutionis* era operata talvolta extraprocessualmente anche dai *consules*, ma, se richiesta *in iure* davanti al *praetor*, non era indispensabile un *decretum* cui facesse seguito, per l'attuazione, un separato *iudicium rescissorium* (giustamente in tal senso la dottrina dominante, contro l'opinione espressa in materia dal Carrelli): era sufficiente che il magistrato concedesse 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. — In generale, sulla revocazione della sentenza: Lobo da Costa, *A revogação da sentença* etc., in *Rev. Fac. Dir. São Paulo* 72 (1977) 135 ss.

gozio o anche una *litiscontestatio*), e quindi avevano l'effetto di ripristinare integralmente («*restituere in integrum*») una situazione giuridica soggettiva che quei fatti avessero compromesso. Il magistrato emanava tali provvedimenti di «annullamento» su richiesta dell'interessato, previa una «*causae cognitio*» approfondita, cioè previo un 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 formulava un «*decretum* (*restitutionis*)» relativo al fatto giuridico da invalidare e subordinatamente concedeva al beneficiato, nell'ipotesi di inosservanza del *decretum*, un «*iudicium rescissorium*» («giudizio rescissorio») da esercitare per le vie ordinarie contro l'inosservante. Ma in pratica, se la domanda di *restitutio* era stata fatta nel corso della fase *in iure* di un processo, egli ometteva spesso la formalità del *decretum* e inseriva direttamente nel *iudicium* (più precisamente: nell'*intentio* ove si trattasse dell'attore, nella *exceptio* ove si trattasse del convenuto) una «*fictio rescissoria*» (finzione di avvenuta rescissione), in forza della quale il *iudex* doveva considerare non avvenuto il fatto da lui invalidato.

12.4. Le *stipulationes praetoriae* («stipulazioni pretorie»), anche dette «*cautiones praetoriae*» («promesse imposte dal pretore»), erano la conseguenza di altrettanti provvedimenti cautelari con i quali il magistrato ordinava ad una parte di effettuare ad una controparte una solenne promessa di garanzia nel-

---

12.4. Sulle *stipulationes praetoriae* cfr. D. 46.5 (*De stipulationibus praetoriis*) e Lenel, *EP*³ tit. 45 (p. 534 ss.) e § 295. Sul tema: De Martino, *La giurisdizione* cit. 203 ss., 218 ss.; Guarino, «*Praetoriae stipulationes*» (1942), in *PDR*. 7 (1995) 89 ss.; id., *La classificaz. delle «stip. praet.»* (1962), ivi 93 ss.; Palermo, *Il procedimento cauzionale nel dir. rom.* (1942); Negro, *Le cauzioni per le spese* etc. (1954); Mozzillo, *Contributo allo studio delle «stip. praet.»* (1960); Kaser, *Die Stipulationsklausel «quanti ea res erit»* cit. — Sulle *stipulationes* e sulla loro struttura: *infra* n. 79. — In età classica le categorie delle *stipulationes praetoriae* erano probabilmente due: quella delle «*stipulationes iudiciales*», miranti a garantire il buon andamento di un processo in cui si inserivano (es.: la *cautio vadimonium sisti*, la *cautio 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'interessato 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 tenuta solo dalla *cautio*; se essa si rifiutava, il provvedimento di cui rimaneva oggetto era solo quello minacciato per questa ipotesi (cioè la *denegatio actionis*, la *missio in possessionem* ecc.). — Nelle fonti vi è ricordo anche di *stipulationes aediliciae*, ordinate cioè dagli edili curuli, malgrado che questi magistrati fossero carenti di *imperium*: cfr. Lenel, *EP*³ § 294.

la forma del negozio di *stipulatio*. Se il destinatario del comando pretorio non si impegnava (in veste di *promissor*) a pagare una somma di danaro alla controparte (in veste di *stipulans*) per garantirla in ordine al verificarsi di un evento temuto (es.: *cautio rem pupilli salvam fore*; *cautio ratam rem dominum* [*negotii*] *habiturum*), la sanzione a suo danno era una *denegatio actionis*, una *missio in possessionem* o altro provvedimento pregiudizievole per i suoi interessi. Le *cautiones praetoriae* si distinguevano, più propriamente, in due tipi: *a*) quello delle «*repromissiones*» («promesse semplici»), se era richiesta la sola promessa del destinatario del comando pretorio; *b*) quello delle «*satisdationes*» («promesse con garanzia di terzi»), se il pretore esigeva che la *promissio* del destinatario fosse accompagnata, a maggior tutela della controparte, da garanzie personali o reali di terze persone.

12.5. Le *missiones in possessionem* («immissioni in possesso») erano provvedimenti magistratuali aventi finalità cautelari oppure di costrizione indiretta all'adempimento. Esse consistevano nella concessione ad un soggetto del potere di avere la disposizione effettiva («*custodia et observatio*») di alcuni o di tutti i beni appartenenti *iure civili* ad un altro soggetto in attesa che se ne chiarisse la sorte definitiva: pertanto al titolare del diritto civilistico il magistrato denegava l'azione se pretendesse di riacquistare la materiale disponibilità dei suoi beni. Nel caso di *missio in possessionem* relativa ad un singolo bene si parlava di «*missio in rem*» (immissione su cespite singolo); se invece la *missio* riguardava l'intero patrimonio di un soggetto si parlava di «*missio in bona*» (immissione nel complesso dei beni).

12.5.1. Il campo più vasto e importante di applicazione della *missio in possessionem* era quello della «*missio in bona*

12.5. Sulle *missiones in possessionem* cfr. D. 42.4 (*Quibus ex causis in possessionem eatur*). Sul tema: Solazzi, *Il concorso dei creditori in d. rom.* 1-4 (1937-43); Lepri, *Note sulla natura giuridica delle «miss. in poss.»* (1939); Branca, «*Miss. in poss.*» *e possesso*, in *St. Solazzi* (1948) 483 ss.; De Sarlo, «*Miss. in poss.*» *e «possessio»*, in *St. Albertario* (1953) 477 ss. Cfr. Lenel, EP³ 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). — Sulla possessio da concessione (che era in sostanza una specie di «*detentio*»): *infra* n. 36.3.

12.5.1. Sulla *missio in bona rei servandae causa* spec.: Solazzi, *Il concorso* cit. 1. Il provvedimento era indubbiamente drastico, perché riguardava *rei servandae causa»* («immissione conservativa nel patrimonio»), cioè dell'immissione di tutti i creditori nella disposizione del patrimonio di un debitore in stato di «insolvenza», vale a dire di evidente incapacità di far fronte ai suoi debiti. Il magistrato *cum imperio* la concedeva, su semplice richiesta (*«postulatio»*) fatta da un creditore insoddisfatto nell'interesse di tutti i creditori: il creditore immesso nel patrimonio dissestato acquistava la detenzione dei beni immobili e mobili del debitore, e doveva darne avviso mediante pubblico bando (*«proscriptio»*) affinché gli altri eventuali creditori potessero farsi avanti con le loro richieste di pagamento e i debitori dell'esecutato fossero avvertiti del blocco all'attività patrimoniale di costui. Spesso, quando i creditori istanti erano numerosi, il pretore nominava un *«curator bonorum»* («curatore del patrimonio dissestato») per le funzioni di conservazione dei *bona* e di *proscriptio*. La durata della *missio* era però limitata (30 giorni al massimo per l'immissione nei *bona* di un debitore vivente, 15 giorni al massimo per l'immissione nei *bona* di un debitore morto) se, scaduto il termine, il debitore non era riuscito a soddisfare i creditori o a mettersi d'accordo con loro, l'insolvenza diventava irreversibile e sul capo del debitore (vivo o morto che fosse) ricadeva l'*infamia*, mentre i creditori erano autorizzati a passare alla *bonorum venditio*.

12.6. La *bonorum venditio* («vendita del patrimonio») era un procedimento di esecuzione sul patrimonio di un debito-

---

tutti i *bona* del debitore, ma era preso, nell'interesse di tutti quanti i creditori, se ed in quanto fosse evidente il pericolo di sempre maggior dissesto del debitore e fosse quindi opportuno mettere al sicuro (*servare*) il suo residuo patrimonio. — Le *cause di missio in bona* sono in parte riferite da Gai 3.78 (relative 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 lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. mortuorum bona veneunt veluti eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere*. Da aggiungere (v. 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 mortui* nell'ipotesi che costoro siano tenuti a rispondere, *rescissa capitis deminutione*, dei debiti contratti prima dell'*adrogatio* e della *conventio in manum* (cfr. Lenel, EP³ 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, EP³ 434; Solazzi, *Il concorso* cit. 2). — Un'*actio in factum* penale era concessa al *missus* contro coloro che impedissero l'esplicazione dei suoi compiti.

12.6. Sulla *bonorum venditio* cfr. Gai 3.77-81, PS. 5.5 A.8, I. 3.12, D. 42.1-8, CI. 7.53 e 71-75, CI. 8.25-22. Sul tema: Giuffrè, *Sull'origine della «b. v.»*

re divenuto chiaramente e irreversibilmente insolvibile (il cd. «*decoctor*», dissipatore, cioè, a dirla in termini moderni, «fallito») cui, come già si è detto, si faceva largamente ricorso in sostituzione o in rinforzo dell'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 «a saldo» di tutti i suoi cespiti patrimoniali attivi ai creditori (cd. «*cessio bonorum ex lege Iulia*»).

12.6.1. La procedura era schematicamente questa. I creditori iscritti (o cessionari) procedevano all'elezione di un «*magister*

---

come esecuzione patrimoniale, in *Labeo* 39 (1993) 317 ss., con bibl. Il processo di formazione dell'istituto è incerto e piuttosto discutibile: di qui la varietà delle ipotesi avanzate in dottrina (tra le quali la più seducente, anche se non in tutto persuasiva, ci sembra quella del Giuffrè, secondo cui tutto sarebbe progressivamente avvenuto tra il sec. II e il sec. I a. C. e l'*actio Serviana*, suggerita forse da Servio Sulpicio Rufo, avrebbe preceduto la più duttile e conveniente *actio Rutiliana*, probabilmente suggerita da P. Rutilio Rufo). — Analoga alla *bonorum venditio* era l'istituto pubblicistico (e di origine più antica) della bonorum sectio («dissezione del patrimonio»), relativo 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*»: Colacino, sv. «*Bonorum sectio*», in *NNDI.*; Salerno, *Dalla «consecratio» alla «publicatio bonorum»* (1990) 161 ss. — Sulla cessio bonorum cfr. D. 42.3, C.I. 7.71. Sul tema: Guenoun, *La «cessio bonorum»* (1920); Solazzi, *Il concorso* cit. 4.130 ss.; Pakter, *The mistery of «cessio bon.»*, in *Index* 22 (1994) 323 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 Iulia» de bonis cedendis*, in *Labeo* 18 [1972] 173 ss.). Il debitore insolvente senza sua particolare colpa («*sine dolo*») era ammesso a chiedere al pretore di convocare i creditori per rinunciare spontaneamente a tutto il suo patrimonio, per «ritirarsi» dai suoi beni («*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 credito residuo: la condanna del convenuto era, in ogni caso, nei limiti dell'«*id quod facere potest*» (sul punto: Guarino, *La condanna nei limiti del possibile* cit. 38 ss.). — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni riconoscono tutti una procedura cd. di «fallimento» (e taluni anche di «liquidazione coatta amministrativa») corrispondente, nelle grandi linee, alla missio in bona e alla successiva bonorum venditio del diritto romano. Dato il grande rilievo del fenomeno dell'insolvenza (sopra tutto se di carattere commerciale) pure sul piano della vita internazionale, i paesi dell'UE hanno stretto anche una convenzione (Istanbul, 15 giugno 1990) per il coordinamento delle varie discipline interne sulla materia. Per ulteriori notizie: infra n. 15.7.3.*

12.6.2. Il magister bonorum era uno tra i creditori, cui erano demandati compiti di amministrazione del patrimonio debitorio sino al momento della esecuzione della vendita: cfr. Gai 3.79. Egli doveva procedere alla *venditio bonorum* non prima che fosse trascorso un certo termine, ma è assai dubbio se potesse ricevere *bonorum*», 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*» («compratore del patrimonio») era considerato dal diritto onorario successore universale 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*.

---

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. Par 1. 3.12 pr.). — Il **bonorum emptor** acquistava sui beni a lui venduti l'«*in bonis habere*» (la cd. «proprietà pretoria», di cui *infra* n. 53.2: 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*: v. *infra* n. 32.7). Per la riscossione dei crediti del fallito gli erano attribuite due azioni (cfr. Gai 4.35): a) l'«*actio Serviana (ex bonorum emptione)*», azione *ficticia* che lo parificava all'erede del fallito, nel caso che questo fosse defunto, b) 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 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*. In materia v. anche: Impallomeni, *La surroga del sovventore nel privilegio, nel pegno e nella legittimazione alla revoca*, in SC. 8 (1996) 34 ss. — 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 ricostituisse una nuova 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. C. 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. 12.6. — Potevano esservi **residui attivi** da restituirsi dal *bonorum emptor* al debitore, dopo il soddisfacimento al completo di tutti i creditori? A nostro avviso, anche se qualcosa eccezionalmente superava dopo il pagamento dei crediti, è ovvio che questo residuo fosse incamerato dal *bonorum emptor*. In tal senso la dottrina dominante, ma in senso contrario (a favore della concessione al debitore di un'*actio utilis negotiorum gestorum*): Urso, *Sul problema di un residuo attivo nella «bon. vend.»*, in SDHI. 60 (1994) 361 ss., con bibl.

12.7. In talune 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* («distrazione dei singoli beni», «vendita parcellare»), consistente nella vendita alla spicciolata dei cespiti patrimoniali sino a concorrenza dell'ammontare dei crediti.

12.8. Sostanzialmente analoga ad una *missio in bona* era la «*datio*» della *bonorum possessio* («possesso para-ereditario del patrimonio»): provvedimento mediante il quale il pretore concedeva ad una o più persone («*bonorum possessores*») il potere di disporre del patrimonio di un defunto a guisa di eredi dello stesso («*loco heredum*»), quindi a titolo di successori universali per diritto onorario. La ragione per cui l'istituto va distinto da una ordinaria *missio in bona* del defunto è da vedersi nel suo scopo caratteristico, che era, come diremo meglio a tempo debito, quello di integrare, a favore dei *bonorum posses-*

12.7. Sulla *bonorum distractio*, oltre alla bibl. cit. supra nt. 12.6, v.: Cosentini, *Sui limiti dell'applicabilità della «bon. distr. ex edicto»*, in *SDHI.* 11 (1945) 1 ss.; Lenel, *I §§ 9-12 del D. 42.4.7 ecc.*, in *St. Ferrini Milano* 2 (1947) 116 ss.; Scarano Ussani, *Diritto e politica nell'origine della «bon. distr. ex senatus consulto»*, in *Labeo* 22 (1976) 178 ss. — *Le applicazioni classiche* dell'istituto furono, a quanto pare, tre: *a*) la «*distractio ex edicto*», disposta in ordine ai beni di un debitore defunto, quando l'eredità spettasse ad un impubere privo di *tutor* (e anche, per estensione giurisprudenziale, ad un *furiosus*, ad un *prodigus* e ad altri incapaci di agire privi di *curator*); *b*) la «*distractio ex senatus consulto*», riconosciuta a favore dei *senatores* e di altre *clarae personae*; *c*) 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.

12.8. Sulla *bonorum possessio* e sulle relative richieste («*agnitio*»: letteralmente, presa d'atto della previsione edittale) e concessione («*datio*») cfr. I. 3.9, D. 37.1-13, C. 6.11-19. Cfr. anche Lenel, *EP.*³ tit. 25 (p. 342 ss.). Il tit. «*de bonorum possessionibus*» dell'editto è ben distinto dal tit. 38 («*quibus ex causis in possessionem eatur*») e dal tit. 39 («*de bonis possidendis proscribendis vendundis*») così come ben distanti dalle trattazioni relative a questi ultimi sono i libri sulle *bonorum possessiones* nei commentari dei giuristi classici. Per la bibl., v. *infra* nt. 77.3.4, ove è sistemata la trattazione specifica dell'istituto. — *L'origine della bonorum possessio* può farsi risalire al sec. III-II 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. 29.3.3). — *Le ipotesi principali di bonorum possessio* saranno esposte nella trattazione relativa alla «*successio in ius defuncti vel capite minuti*», e particolarmente *infra* n. 78-80. — *Sulla possessio da concessione*: *infra* n. 36.3.

sores, il meccanismo ristretto e antiquato della successione prevista dal *ius civile* (la «*hereditas*»).

12.8.1. A tutela del loro potere sui beni ereditari i *bonorum possessores* avevano l'«interdetto *quorum bonorum*» (così usualmente detto dalle parole iniziali della formula): 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 cum re*: *a*) la «*bonorum possessio sine re*» («non inclusiva dell'eredità», cioè delle «sostanze» ereditarie, della cd. «*res hereditaria*») costituiva la regola e comportava che il *bonorum possessor* potesse difendere la sua situazione giuridica contro tutti, fuorché contro gli eredi civili che si fossero già impossessati dei *bona* o ne chiedessero la restituzione con l'azione civilistica spettante a tutela del loro diritto («*hereditatis petitio*»); *b*) la «*bonorum possessio cum re*» («inclusiva della sostanze ereditarie»), che finì per avere sempre maggior diffusione nel periodo classico, comportava invece che il *bonorum possessor* prevalesse anche sugli eredi civili: i quali non solo soccombevano anch'essi all'interdetto *quorum bonorum* se si fossero impossessati dei *bona defuncti*, ma inoltre, ove agissero con la *hereditatis petitio*, se la vedevano paralizzata da una *exceptio doli*.

13. LE PROCEDURE «EXTRA ORDINEM».

13.1. Le procedure *extra ordinem*, che presero a diffondersi in Roma sin dal periodo classico nell'ambito del *ius no-*

12.8.1. Dell'*interdictum quorum bonorum* cfr. il testo riportato da 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*». — *Cum re* e *sine re* sono espressioni connesse al senso di *res* come «sostanza patrimoniale»: v. *infra* n. 18.2. — La *bonorum possessio cum re* si verificava tanto nel caso in cui il *bonorum possessor* prevalesse sugli *heredes* civilistici, quanto, ovviamente, nei casi che non vi fossero *heredes*.

13.1. Sulla *cognitio extra ordinem* (meglio si direbbe «*cognitiones e. o.*») cfr. Call. D. 50.13.5 pr. Sull'argomento: Kaser, Hackl, *RZPR.* 517 ss.; Hartmann-Ubbelohde, *Der «ordo iudiciorum» und die «iudicia extraordinaria» der Römer* (1886); Scherillo, *Lezioni sul processo. Introduz. alla «cogn. e. o.»* (1960); Bonini, *I «libri de cognitionibus» di Callistrato etc.* (1964); Luzzatto, *Il problema d'origine della «cogn. e. o.»* 1 (1965); Raggi, *La «restitutio in integrum» nella «cogn. e. o.»* cit. spec. 15 ss.; Kaser, *Gli inizi della «cogn. e. o.»* (1968), in *Schr.* 2 (1976) 499 ss.; Orestano, *La «cognitio e. o.»: una chimera*, in *SDHI.* 46 (1980) 236 ss.; Id., *«Diritto». Incontri e scontri* (1981) 468 ss.; Schipani, *Osservazioni sulle categorie sistematiche «actio» e «persecutio» dal punto di vista delle Ist. di Giust.*, in *Om. Provera* (1994) 133 ss. — La terminologia *cognitio extra ordinem*, largamente presente nelle trattazioni moderne, risulta in realtà raramente usata nelle fonti: tre *vum*, furono altrettante esplicazioni della cd. «*cognitio extra ordinem*» («cognizione straordinaria», «*extraordinaria*»): termine, questo, con cui si designano tutti gli interventi di carattere giudiziario, effettuati a fini di tutela sia degli interessi privati sia di quelli della comunità, i quali si discostassero dalle regole più caratteristiche dell'*ordo iudiciorum* (*privatorum e publicorum*) fissato 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 della cognizione straordinaria furono di due tipi: *a*) da un lato, vi fu la «*cognitio senatus vel magistratuum*», relativa a materie speciali ed esercitata, secondo metodi spediti e concentrati di procedura, direttamente dal *senatus* oppure da magistrati repubblicani specializzati (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); *b*) dall'altro lato, vi fu la «*cognitio principis*», cioè quella che specificamente il *princeps* e la gerar-

---

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*), parecchie 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. 50.16.101) costituisce un dato storiografico sicuro, sopra tutto per l'età postclassica. Significativo è, ad esempio, I. 4.15.8: *De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum* (rell.). — Sulle origini della *cognitio extraordinaria* i punti di vista sono vari. Secondo un primo orientamento, tra *ordo* e *cognitio* vi fu sempre, o sin dall'inizio, radicale differenza di struttura (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. A nostro modo di vedere, il terzo orientamento è fortemente esagerato, ma contiene un nucleo di verità: è innegabile, infatti, che sin dall'epoca delle *legis actiones* il magistrato giusdicente, là dove ha avuto il modo e il tempo di farlo, si è mostrato incline a risolvere direttamente (e in tal caso con largo impiego di discrezionalità decisionale) le liti a lui sottoposte. — Quanto alla *cognitio* relativa a materie speciali: Buti, «*Praetor fideicommissarius*», in *RIDA*. 15 (1968) 393 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.

chia dei «funzionari imperiali» (non *magistratus*) a lui subordinati esercitarono, in concorrenza con la *cognitio ordinaria* dei magistrati giusdicenti, in riferimento 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*.

13.1.3. Il secondo tipo di *cognitio* (cioè la «*cognitio principis extra ordinem*») assunse via via, soprattutto a cominciare dalla fase adrianea del periodo classico, diffusione e importanza tanto grandi da soppiantare in moltissimi casi (pur senza abolirla) la normale *iurisdictio* dei *magistratus*, e comunque soprattutto da sovrapporsi, in sede di «controllo» e di «revisione», ad essa. In età postclassica la *cognitio* imperiale delle controversie

---

13.1.3. Per la *cognitio extraordinaria principis*, sia classica che postclassica: Fonti Talamanca, *Ricerche sul proc. nell'Egitto greco-romano, 2. L'introduzione del giudizio* (1979-84); Zilletti, *Studi sul proc. civ. giustinianeo* (1965); Simon, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess* (1969); Provera, *Lezioni sul proc. civ. giustinianeo* (1989). Altre indicazioni e suggestioni in: De Dominicis, *Rapporti tra «iudicium privatum» e «iudicium publicum» dal diritto classico a Giustiniano*, in *Om. Giuffrè* 1 (1967) 231 ss.; Giffard, *Études sur la procédure du Bas-Empire* (1935-36), in *Ét.* (1972) 151 ss.; Dupont, *La procédure civile dans les constitutions de Constantin. Deux caractéristiques*, in *RIDA*. 21 (1974) 191 ss.; Palazzolo, *Processo e politica giudiziaria nel principato* (1980); Peachin, *«Iudex vice Caesaris»* (1996). — L'organizzazione giudiziaria delle *cognitiones extra ordinem* fu troppo complessa, e variante col cambiare dei tempi, per poter essere qui descritta: per essa, e per la sua parziale identità con la *cognitio* in materia criminale, si rinvia, una volta per tutte, ai cenni contenuti in Guarino. *SDR*. particolarm. n. 212 e 258. Basti ribadire che in età postclassica, quando la *cognitio* del *princeps* divenne (anche se con qualche eccezione) universale, lo schema dell'organizzazione giudiziale coincise con quello dell'organizzazione dell'*imperium*, distinguendosi fra le *civitates*, le *provinciae* in cui le città erano raggruppate, le *dioeceses* cui facevano capo le province, le quattro *praefecturae praetorio* che si spartivano le diocesi e finalmente, al sommo, se ed in quanto la cognizione non fosse stata esercitata in suprema istanza dai prefetti del pretorio o fosse in suprema istanza riservata esclusivamente a lui, l'*imperator «dominus et deus»* (con l'assistenza del suo *quaestor sacri palatii* e del suo *consistorium*). Solo per le cause di minore importanza decidevano localmente i cd. «*iudices pedanei*» (giudici subalterni che non sedevano sull'alto di una tribuna) con giudizio definitivo (cfr. CTh. 1.16.8 = CI. 3.3.5, Iulian. a. 362); per le altre cause il principio era quello della impugnazione della sentenza, con ricorsi ad un giudice di secondo grado ed eventualmente anche ad un giudice di grado superiore. Di qui derivò un complesso (e intricato) sistema di ripartizione dell'attività cognitoria giurisdizionale per «competenze giudiziali» (per territorio, per materie di giudizio in primo o unico grado, per gradi successivi di giudizio): sistema che è stato ereditato (con tentativi più o meno riusciti di migliore disciplina) dagli ordinamenti giuridici moderni di ogni paese, ivi compreso quello italiano (a. 1-50 cpc.). — Una *cognitio extraordinaria senatus* venne esercitata, subordinatamente al gradimento del *princeps*, sebbene in misura sempre minore, nell'età del principato non solo in materia criminale, ma anche (più limitatamente e meno direttamente) in materia civile, a titolo di decisioni di appello relativamente a sentenze ordinarie. Vari *senatusconsulta* cd. «normativi» (v. retro n. 4.4.3) furono in realtà originati dalla richiesta di migliore esame di una controversia concreta. Sul tema: Arcaria, *«Senatus censuit»* (1992), con bibl.

private finì per trionfare del tutto, articolandosi in una gerarchia di gradi e di competenze facenti capo all'istanza suprema dell'*imperātor* o dei *praefecti praetorio* che giudicavano in sua vece («*vice sacra*»). Tuttavia, anche se il ricorso alle *formulae* del processo ordinario fu messo da parte e finì per essere addirittura abolito, le nuove procedure, come si è già accennato, utilizzarono largamente, pur se spesso deformandoli, le forme processuali e i linguaggi dell'*ordo iudiciorum privatorum*: ragion per cui rimasero sempre concepite, al fondo, come procedure «*extra ordinem*».

13.1.2. In armonia col crescere e con l'affermarsi, sopra tutto nel periodo postclassico, del principio della assoluta supremazia dell'imperatore, se non come fonte esclusiva del diritto (che

---

13.1.2. Per la subordinazione ai precedenti imperiali da parte dei giudici della *cognitio extra ordinem*, v. retro n. 4.5. Sul punto: Nörr, *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, in ZSS. 98 (1981) 1 ss.; Turpin, *Imperial subscriptions and the administration of justice*, in JRS. 81 (1991) 101 ss.; Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi* etc. (1983); Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziali nella compilaz. giustinianea*² (1995), con rinvio soprattutto a Iust. C. 1.14.12.3 (a. 530): *Definimus autem omnem imperatoris legum interpretationem sive in precibus sive in iudiciis sive alio quocumque modo factam ratam et indubitatam haberi.* Si tenga anche presente la procedura speciale per *rescriptum*, di cui infra n. 13.7.2. — Sulla legge delle citazioni: retro nt. 4.5.4 — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni, che sono tutti ispirati al principio della «tutela statale dei diritti privati» (v. però retro nt. 7.3), le procedure civili sono molto diverse tra loro e sono per di più anche soggette a frequenti variazioni di carattere legislativo suggerite dall'intento di superare le disfunzioni che via via si manifestano nella prassi: particolarmente tormentata la storia del c.p.c. italiano, entrato in vigore nel 1942, ma poi riformato in varie misure da una serie di leggi e provvedimenti equiparati che vanno dalla l. n. 353 del 1990 alla l. n. 534 del 1995 ed al d. lgs. n. 51 del 1998. Qui va segnalato che il modello più o meno lontano di ogni procedura civile moderna è quello della* cognitio extra ordinem *romana giusta le caratteristiche generali indicate* infra n. 13.2: *unità del procedimento, ufficialità dello stesso, procedibilità contumaciale, impugnabilità (in uno o più gradi successivi di giurisdizione) della sentenza, specificità della condanna ed esecutività ufficiale della stessa. Va però subito aggiunto che gli ordinamenti giuridico-processuali di stampo anglosassone differiscono da quelli di tradizione romanistica, quanto ai principî di fondo, essenzialmente per un maggiore sviluppo delle sanzioni previste nei confronti dei comportamenti contumaciali (i quali sono rigorosamente perseguiti nelle molteplici forme del c.d. «contempt of Court», disprezzo della corte di giustizia), nonché per il fatto che sul rispetto della libertà di interpretazione del giudice prevale il rispetto dovuto all'autorità dei precedenti giurisdizionali (c.d. «stare decisis»): cose ambedue abbastanza facilmente spiegabili, se si ricorda che tutto il diritto inglese ebbe origine dalle decisioni della suprema Curia regis (v. retro n. 6.3). Nel tralasciare ulteriori precisazioni in materia (per le quali v., [illegible] retro nt. 6.1.3 passim), vogliamo limitarci a precisare che l'architettura generale del «processo civile italiano» è la seguente: a) processo di cognizione in primo grado ripartito (in base a criteri di competenza per materia, per valore e per territorio) tra «giudici di pace» (magistrati onorari a termine quadriennale), e «tribunali»; b) processo di cognizione in «appello» ripartito tra tribunali (quanto alle sentenze dei giudici di pace) e «corti di appello» (quanto alle sentenze dei tribunali); c) processo di (eventuale) «cassazione» delle sentenze di merito per motivi di errori di forma, di motivazione o di applicazione del diritto vigente; d) processo di esecuzione, sulla base di titoli esecutivi, di competenza dei tribunali; e) procedimenti speciali vari a carattere di cognizione sommaria o cautelare, oppure relativi a tipi particolari di liti; f) procedimenti integrativi di arbitrati rituali (v. retro nt. 7.3).*

fu e rimase sempre, per gran parte, il cd. «*ius vetus*»), almeno come interprete di esso, la *cognitio extra ordinem* venne sempre più chiaramente ispirata, attraverso variazioni molteplici che qui non è il caso di descrivere, al principio di base della «subordinazione ai precedenti imperiali». Subordinazione da intendersi in due sensi: *a)* da un lato, nel senso che i giudicanti, essendo le loro specifiche decisioni sottoposte all'istanza suprema dell'imperatore (o di chi ne facesse le veci), erano ovviamente tenuti a rispettare i «precedenti» interpretativi del diritto (*vetus* o *novum* che fosse) costituiti dalle decisioni supreme; *b)* dall'altro lato, nel senso che i giudicanti dovevano altresì tenere nel massimo conto, ad evitare la riforma delle loro sentenze, anche i precedenti costituiti dalle *leges speciales* che gli imperatori avessero pronunciate e pubblicate al di fuori della sede giudiziaria. Se si tiene conto delle ulteriori limitazioni che furono imposte prima dalla cd. «legge delle citazioni» del 426 e poi dai divieti giustinianei di discostarsi dai principî della grande compilazione del 529-534, la conclusione è che la libertà dei giudici fu in pratica sempre più mortificata.

13.2. Le caratteristiche generali delle procedure *extra ordinem* (e in particolare della *cognitio extraordinaria principis*)

13.2. 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 dell'età classica (da ritenersi piuttosto un appunto steso dal giurista, che non un vero e proprio verbale) in D. 28.4.3 pr. (Marc. 29 *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 advocatus 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 nel 165 d. C.: Valerio Nepote, dopo aver fatto testamento a favore di certi eredi, aveva cambiato parere («*mutata voluntate*») e, rotti i lacci 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 più *here-*

furono le seguenti sei: *a*) 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; *b*) l'«ufficialità del procedimento», nel senso che il funzionario-giudice, una volta introdotta la causa, aveva poteri assai lati di indagine (di *inquisitio*) sul merito dedotto alla sua cognizione, pur non potendo andare al di là delle richieste formulate dalle parti («*ultra petita partium*»); *c*) la «procedibilità contumaciale», nel senso che la presenza del convenuto (e la sua adesione all'impostazione del *thema decidendum*) non fu più indispensabile, potendosi la procedura espletare, sino alla pronuncia della *sententia*, in «*contumacia*», cioè nell'ingiustificata assenza del convenuto o anche talvolta dello stesso attore; *d*) 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 *praefectus praetorio* e talvolta addirittura al *princeps*; *e*) la «specificità della condanna», nel senso che la *condemnatio* non fu più necessariamente pronunciata in una somma di danaro, ma venne pronunciata «*in ipsam rem*» (cioè nella stessa prestazione oggetto di controversia), salvo a tradursi in equivalente pecuniario se la esecuzione in forma specifica della prestazione non fosse più possibile; *f*) la «esecutività ufficiale», nel senso che, anche in dipendenza dell'ufficialità del procedimento, l'esecuzione forzata della sentenza di condanna fu rimessa ad appositi ufficiali giudiziari statali (gli «*apparitores*» o «*officiales*»).

13.2.1. Tanto premesso sul piano generale, ometteremo volutamente di seguire le molteplici vicende delle procedure *extra or-*

---

des scripti, il fisco, facendosi forte di una costituzione di Antonino Pio per la quale gli *heredes scripti* cancellati dal testatore erano da trattare come *indigni* (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 (sopra tutto 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, *Dir. ereditario rom.* 2^2 (1963) 498 ss.; Garcia Sanchez, *A proposito de D. 28.4.3*, in *St. Sanfilippo* 3 (1983) 297 ss.

13.2.1. Gli esempi della conservazione e imitazione delle forme esteriori del processo ordinario (e del relativo linguaggio), di cui ci dà preziosa no-

dinem, sopra tutto in periodo postclassico. Ci limitiamo a ribadire che il processo *extra ordinem*, pur essendo sostanzialmente sempre più diverso dalla procedura formulare ordinaria, ne conservava o cercava di imitare esteriormente le forme e il relativo linguaggio (es.: *intentio*, *condemnatio*, *exceptio*, *praescriptio* ecc.): il che può trarre in inganno chi legga poco cautamente le fonti di conoscenza a noi pervenute attraverso le compilazioni postclassiche. Dopo di che concentreremo i cenni che seguono su questi cinque punti: *a)* l'apertura del processo di cognizione e le garanzie del suo svolgimento; *b)* gli sviluppi dell'istruzione probatoria; *c)* la sentenza conclusiva del procedimento di cognizione in primo grado e i modi del suo riesame nei gradi superiori; *d)* le caratteristiche del procedimento di esecuzione forzata; *e)* i principali procedimenti speciali.

13.3. Il processo di cognizione era introdotto da un atto non più esclusivamente di parte, quale era la vecchia *in*

---

lizza il manuale di Gaio) potrebbero essere numerosissimi e corrispondono, del resto, alla peculiare tendenza romana a mascherare i mutamenti di sostanza degli istituti sotto l'intatto velo delle vecchie forme e del vecchio linguaggio. Qui ci limitiamo ad indicare due casi particolarmente vistosi: quello della *praescriptio longi temporis* (su cui v. *infra* n. 53.3.2) e quello dell'*actio praescriptis verbis* (su cui v. *infra* n. 83.3.5). Da segnalare è altresì che la *exceptio*, essendo considerata un mezzo generico di opposizione del convenuto all'attore, perse non di rado la sua caratteristica di evitare *in toto*, se accolta, la condanna: v. *infra* n. 13.3.2.

13.3. Sulla evocatio, e particolarmente sulla «*litis denuntiatio*» e sulla procedura «*per libellos*»: Kipp, *Die Litis Denuntiation als Prozesseinleitungsform etc.* (1887), e sv. «*Denuntiatio litis*», in *PW.*; Mitteis, *Zur Lehre von den «libelli» etc.*, 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.; Id., *Das Verfahren «sine scriptis» im justinianischen Prozessrechte*, in *ZSS.* 70 (1953) 306 ss.; Williams, *The «libellus» procedure and the Severan papyri*, in *JRS.* 64 (1974) 86 ss.; Martin, «*Propositio libellorum*», in *AIPH.* 100 (1979) 111 ss.; Foti Talamanca (cit. *retro* n. 13.1.3) 25 ss., 65 ss.; Margetić, *La «litis denuntiatio» etc.*, in *AG.* 212 (1992) 485 ss.; Vincenti, *Gli effetti della «l. d.» etc.*, in *AAC.* 9 (1993) 364 ss.; Lévy (J.-Ph.), *La «l. d.» etc.*, in *Om. Magdelain* (1998) 247 ss. — Altri modi di evocazione furono: *a)* la «*evocatio litteris*», fatta recapitando direttamente al convenuto un ordine del giudice a comparire davanti a lui; *b)* la «*evocatio edictis*», fatta ottenendo che il giudice provvedesse direttamente alla fissazione di udienza e alla sua comunicazione alle parti. Su tutto: Ferrari, *Citazione (d. rom.)*, in *NNDI.*, con altra bibl. — Una impetratio actionis, cioè una dettagliata richiesta dell'azione che si chiedesse al giudicante di ammettere, era l'ovvio presupposto della *evocatio*. Dato però che i convenuti in giudizio presero il malvezzo di esercitare una «*exceptio non impetratae actionis*» per bloccare le domande giudiziali che non corrispondessero esattamente all'*impetratio* (ed alla relativa concessione da parte del funzionario giudice), una costituzione di Teodosio II e di Valentiniano III (a. 428, cfr. CTh. 2.3.1 e CI. 2.57.2) stabilì che l'*exceptio* non fosse accoglibile purché sussistesse un'approssimativa conformità sostanziale tra l'*intentio* e l'azione svolta in giudizio. Giustiniano, semplificando, intitolò CI. 2.57 «*De formulis et impetrationibus actionum sublatis*» e incluse in questo titolo del Codice anche la costituzione *de formulis* emanata nel 342 da Costanzo e Costante (v. *retro* n. 9.3). Sul tema: Me-

ius vocatio, ma integrato in maggiore o minore misura, dall'autorità dello stato: la «convocazione in giudizio» («*evocatio*»). I modi di convocazione prevalenti furono quello mediante «denuncia della lite» («*evocatio denuntiationibus*») e quello mediante «scambio di comparse» («*evocatio per libellos*»), che prevalse in età giustinianea. La denuncia della lite («*litis denuntiatio*») era un atto che l'attore notificava al convenuto per mezzo di un «ufficiale giudiziario» («*exsecutor*») allo scopo di comunicargli la sua pretesa e di invitarlo a presentarsi davanti al giudice in una «udienza fissa» (evidentemente suggerita, in considerazione del proprio «ruolo» di cause pendenti, dal giudice stesso). Lo scambio delle comparse (dette «*libelli partium*») avveniva mediante notifica tra le parti, a mezzo di ufficiale giudiziario, di un'argomentata comparsa di attacco redatta dall'attore («*libellus conventionis*») e poi da un'argomentata comparsa di difesa redatta dal convenuto («*libellus contradictionis*»): comparse entrambe preventivamente vistate dal giudice anche ai fini della fissazione di udienza.

13.3.1. La comparizione in giudizio, nelle udienze fissate dal giudice, aveva carattere obbligatorio sia per il convenuto sia per lo stesso attore, trattandosi non solo e tanto di soddisfare un interesse di parte, ma anche e sopra tutto di obbedire ad un ordine emesso dal giudice nell'interesse superiore della giustizia. Ad ogni buon conto, quando il convenuto non fosse notoriamente abbiente, l'attore gli faceva ordinare dal giudice la prestazione a suo favore di una specifica promessa, garantita terzi, di pagare una congrua somma nell'eventualità di assenza in giudi-

---

ero, L'«*imperatio actionis*» etc., in *Om. Pugliatti* 4 (1980) 585 ss., con bibl. — Era ammessa la recusatio iudicis, cioè la ricusazione del giudice competente (per motivi personali ritenuti attendibili dall'imperatore), purché il *libellus* relativo fosse depositato prima della *litis contestatio*. Cfr. spec. Iustin. C. 3.1.16. Sul tema: Litewski, *Die Ablehnung des Richters etc.*, in *T.* 67 (1999) 39 ss.

13.3.1. Sulla comparizione delle parti spec.: Giffard, *Études* cit.; Provera, *Il principio del contraddittorio* cit. 183 ss. — Sulla cautio iudicio sisti e sugli spunti ravvisabili nel *vadimonium* (su cui retro n. 11.3.2): Lemosse, «*C. i. s.*», in *RIDA*. 73 (1995) 19 ss. — Il processo contumaciale ebbe, tra periodo classico e periodo postclassico, variazioni e complicazioni di gran lunga superiori a quanto facciano intuire i cenni da noi dati nel testo. Sul tema: Steinwenter, *Versäumnisverfahren* (1914); Arù, *Il processo civ. contumaciale* (1934); Bellodi Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia etc.* (1998). La «*contumacia*» (derivante probabilmente da *contemnere*) era un illecito in quanto manifestazione di «disprezzo per il giudice»: cfr. Hermog. D. 42.1.53 itp. — Sull'edictum peremptorium cfr. Ulp. D. 5.1.68-70 itp.: *Ad peremptorium edictum hoc ordine venitur: ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum per intervallum non minus decem dierum, et tertium: quibus propositis tunc peremptorium impetrat, quod inde hoc nomen sumpsit, quod perimeret disceptationem, hoc est ultra non pateretur adversarium tergiversari.*

rio («*cautio iudicio sisti*»): senza di che, il convenuto poteva anche essere tenuto in stato di arresto dall'*executor* sino alla pronuncia della sentenza. Comunque, nell'ipotesi di mancata comparizione del convenuto e (con l'andar del tempo) anche talvolta nell'ipotesi di mancata comparizione dell'attore, il processo poteva egualmente svolgersi in «*contumacia*» dell'assente, purché la parte comparsa in giudizio lo richiedesse esplicitamente e purché la parte non comparsa insistesse nell'astenersi dal comparire malgrado quattro successivi ordini emessi nei suoi confronti dallo stesso giudice con quattro successivi editti, l'ultimo dei quali era detto «editto perentorio» («*edictum peremptorium*», o più semplicemente «*peremptorium*»).

13.3.2. La trattazione della causa davanti al giudice («*causae coniectio*») aveva inizio con la «contestazione della lite» («*litis contestatio*»), intesa nel nuovo senso di momento in cui al giudice era sottoposto il materiale di causa dalle due parti. Seguiva il cd. «*medium litis*», nel corso del quale si dava corpo allo scontro tra la «*narratio*» dell'attore e la «*contradictio*» del convenuto, potendosi aggiungere alle istanze iniziali anche eccezioni e controrepliche (*exceptiones e replicationes*) intese nel senso di nuovi argomenti e nuove richieste per l'attore e il convenuto. In una udienza finale («*ultima cognitio*») le parti rassegnavano le loro conclusioni e il giudice chiudeva il dibattimento, riservandosi di decidere. Poiché il processo poteva aver luogo anche in contumacia di una delle parti (e in particolare del convenuto), era imposto alle parti (o a quella presente in causa) un «*iusiurandum calumniae*», giuramento solenne di non pronunciare ac-

---

13.3.2. Sulla *litis contestatio* nel processo *extra ordinem*: Steinwenter, *Die Litiskontestation im Libellprozesse*, in ZSS. 50 (1930) 24 ss.; Di Paola, *La «litis cont.» nella «cogn. extra ord.»*, in *AUCT*. 1948; Bonetti, *La «l. c.» in uno scolio dei Basilici*, in *St. Biondi* 1 (1965) 467 ss. — Le *exceptiones* (e così pure le *replicationes*, le *duplicationes* ecc.) divennero, nella procedura *extra ordinem*, argomenti più o meno forti ed eventuali nuove domande di giustizia, che le parti sottoponevano al funzionario-giudice per contrastare gli argomenti delle controparti. Le si potevano esporre anche nel corso del processo, sempre che il giudice le ritenesse proponibili: Lemosse, *À propos du régime des exceptions dans le procès postclassique*, in *St. Sanfilippo* 1 (1982) 601 ss. Si profilò inoltre la possibilità di una *exceptio* in diminuzione della condanna, inconcepibile nella procedura formulare (*retro* n. 10.3.3). In proposito: Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*² (1978) 17 s. — Sul problema della *calumnia*: Scapini, *Il titolo «de poena temere litigantium»* cit. *retro* n. 11.4.1 e la bibl. ivi indicata. — Per i rappresentanti tecnici delle parti: Andreotti, *Problemi della «constitutio de postulando» etc.*, in *RIDA*. 19 (1972) 181 ss.; Lisowski, *L'effet libératoire de la «litis cont.» etc.*, in *Labeo* 24 (1978) 301 ss. V. *retro* nr. 11.4. — *Scripturae terribiles* furono denominate nell'Impero cristiano (Iustin. a. 530 C. 3.1.13.4) le Sacre Scritture (rimedio in caso di spergiuro), su cui le parti erano chiamate a giurare. V. Nardi, *Scripturae «terribiles»*, in *St. Sanfilippo* 2 (1982) 431 ss.

cause 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.

13.4. L'istruzione probatoria nel processo di cognizione fu sottratta al dominio delle parti e fu affidata in prevalenza all'iniziativa del funzionario-giudice, in omaggio al sistema cd. dell'«*inquisitio*». Ma il giudice, quando non fosse personalmente l'imperatore, la cui volontà era legge, doveva obbedire a sua volta a tutto un complesso di regole (complesso determinato in parte da esplicite *leges principales* ed implicato per altra parte dal principio della «subordinazione ai precedenti imperiali») relative all'assunzione delle prove, alla loro gerarchia ed alla loro intrinseca importanza. I «mezzi di prova» offerti all'assunzione da parte sua furono, nell'ordine: *a*) le «constatazioni dirette» di cose o persone, eventualmente operate mediante «accesso giudiziale» in luoghi diversi dalla sede di giustizia; *b*) i «documenti scritti», ritenuti particolarmente degni di fede se redatti da pubbliche autorità e relativi ad elementi dalle stesse constatati; *c*) la «confessione giudiziale» («*confessio in iudicio*»), cioè l'ammissione di fatti contrari alle proprie ragioni resa da una parte spontaneamente, oppure a séguito di un «interrogatorio giudiziale» («*interrogatio in iudicio*») fattole dal giudice su richiesta della controparte (interrogatorio «formale») o di propria iniziativa (interrogatorio «libero»); *d*) il «giuramento giudiziale» («*iusiurandum in iudicio*») effettuato da una parte circa il buon fondamento delle proprie ragioni (secondo le regole venute in essere già in sede di procedura formulare). Se questi mezzi di prova

---

13.4. Sull'istruzione probatoria e sui vari mezzi di prova nella *cognitio extra ordinem* dell'età classica, in quella del periodo postclassico pregiustinianeo e in quella regolata da Giustiniano nella sua compilazione e nelle novelle successive v. la letteratura citata *retro* sb. 13.1. Adde: Archi, *La prova nel diritto del Basso Impero* (1961), in *Scr.* 3 (1981) 1855 ss.; Zilletti, *Studi sulle prove nel dir. giust.*, in *BIDR.* 67 (1964) 167 ss. In generale: Lévy (J.-Ph.), in *Diachroniques* (1995) 13 ss., 47 ss., 89 ss., 115 ss. Per le fonti cfr. particolarmente D. 22.3 (*De probationibus et praesumptionibus*), CI. 4.19 (*De probationibus*). — L'onere della prova continuò ad obbedire al principio classico «*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*» (Paul. D. 22.3.2), ma con complicazioni (e non poche confusioni) comportate dal potere del giudice di intervenire *ex officio* e dal fatto che le asserzioni e le controasserzioni delle parti si intrecciavano spesso in maniera disordinata tra loro e con le presunzioni operate dal giudice. In proposito: Kaser, *Beweislast und Vermutung im röm. Formularproz.*, in *ZSS.* 71 (1954) 221 ss., con accenni anche al nostro argomento; Rozwadowski, *Nuove vedute sull'onere della prova nella legge anastasiana*, in *St. Volterra* 4 (1971) 217 ss., con particolare riferimento a CI. 4.35.22 (Anastas. a. 506); Fernandez Barreiro, *Los principios dispositivo y inquisitivo* già cit. *retro* sb. 11.6.1. — Sulla confessione giudiziale, in cui confluirono la *confessio in iure* e quella *apud iudicem* del processo formulare: Scapini, *La confessione nel dir. rom.* 2 (1983). Per le fonti, cfr. D. 42.2 (*De confessis*), CI. 7.59 (*De confessis*).

mancavano, o eccezionalmente non erano ritenuti sufficienti alla definizione della controversia, sovvenivano le presunzioni e le testimonianze, che meritano però un cenno speciale.

13.4.1. Le «presunzioni giuridiche» («*praesumptiones iuris*») erano le conseguenze tratte da un fatto noto per risalire, attraverso una congrua argomentazione logica, ad un fatto ignorato. Largamente usate già in sede retorica come sussidio argomentativo nelle accuse e nelle difese giudiziarie (e perciò dette, in termini generali, «*praesumptiones hominis*»), esse assunsero man mano (già con qualche precedente in periodo preclassico e classico) il rango di presunzioni «giuridiche» se ed in quanto, relativamente a questioni di interesse giuridico, fossero autorevolmente e largamente sostenute da responsi di giuristi, da rescritti dei *principes*, o da precedenti giudiziali. Le presunzioni dispensavano da qualunque altra prova (ed in particolare dal ricorso ai testimoni) la parte a favore della quale fossero stabilite, ma potevano ben essere superate dalla controparte con la prova convincente del contrario. Solo in taluni casi eccezionali, espressamente sanciti da disposizioni di legge, la prova del contrario era esclusa: in ordine a tali si parlava di «*praesumptiones iuris et de iure*», cioè di presunzioni «assolute», ben distinte da quelle «relative» (o «*praesumptiones iuris tantum*»), che costituivano la regola.

13.4.2. Le «testimonianze» («*testimonia*») fornite da terzi, su indicazione delle parti interessate e dietro interrogatorio del giu-

---

13.4.1. Sulle presunzioni giuridiche: Donatuti, *Le «praesumptiones iuris» in dir. rom.* (1931), in *St.* 1 (1976) 421 ss. Una delle figure più antiche e caratteristiche di presunzione giuridica (mai però dalle fonti denominata esplicitamente come «presunzione») fu la *praesumptio Muciana*, per la quale v. *infra* n. 42.2.3.

13.4.2. Sulla prova testimoniale, per tutti: Vincenti, «*Duo genera sunt testium*» (1989) cit. *retro* n. 13.6.2, spec. 107 ss., con opportuna distinzione tra il regime fino a Diocleziano, quello dei sec. IV e V, quello giustinianeo, nonché relativa bibl. Sui riflessi criminalistici della falsa testimonianza: Piazza, *La disciplina del falso in dir. rom.* (1991) 214 ss. Per le fonti, cfr. D. 48.18 (*De quaestionibus*), C.I. 9.41 (*De quaestionibus*), D. 22.5 (*De testibus*), C.I. 4.20 (*De testibus*), tenendo presente che spesso la materia privatistica si confonde con quella criminalistica. — Sulla subordinazione alla prova documentale, cfr. PS. 5.15.4: *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt*. Per la congrua «*fides tabularum*» cfr. PS. 5.25.6 (con riferimento al SC. *Neronianum adversus falsarios*). — Sulla capacità testimoniale: Levy (J.-Ph.), «*Dignitas, gravitas, auctoritas testium*», in *St. Biondi* 2 (1965) 27 ss., con particolare riferimento a Call. D. 22.5.3 pr. (*Testium fides diligenter examinanda est rell.*) e a Mod. 8 reg. D. 22.5.2 (*In testimoniis autem dignitas, fides, mores, gravitas examinanda est rell.*). Fra i molti altri testi che potrebbero essere citati, cfr. spec. Constant. a. 334 CTh. 11.39.3: *Iurisiurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, iam dudum artari praecipimus, et ut honestioribus potius fides testibus habeatur. simili modo sanximus ut unius testimonium nemo iudicum in quacumque causa facile patiatur admitti. et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat.* (Dunque: necessità del giuramendice, erano il mezzo di prova più debole e meno favorito: non ammissibili nei confronti della prova documentale e delle altre prove dianzi indicate e prive di ogni valore, salvo casi eccezionali, quando si riducessero alle dichiarazioni di una persona soltanto («*unus testis nullus testis*», si usava dire). A renderle più credibili non fu praticata la tortura (come si faceva invece nei giudizi criminali in confronto agli schiavi), ma fu richiesto un solenne giuramento preventivo. Inoltre molto dipendeva dal livello sociale e morale dei *testes*: più attendibili se di ceto elevato (*honestiores*), meno o punto se di ceto inferiore o infimo (*humiliores*).

13.5. La *sententia* («sentenza giudiziale») era pronunciata dal giudice in pubblica udienza, dopo essere stata redatta e

---

ne; prevalenza degli *honestiores* sugli *humiliores*; insufficienza dell'*unus testis*, anche se di elevato rango sociale). — Il libero convincimento del giudicante, entro i limiti segnati nel testo, non fu mai esplicitamente contraddetto, ma si ridusse progressivamente ad una larva. Giustiniano, che nei *Digesta* aveva riportato i passi riferiti *retro* nt. 11.5.2, proclamò solennemente in C.I. 7.45.13 (a. 529) la libertà del giudice, ma affermando nel contempo (cfr. C.I. 1.14.12, a. 529) che vero e supremo interprete del diritto era l'imperatore. Sul punto: Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiz.* cit. *retro* nt. 13.2.3. — POSTILLA. *Nel processo civile italiano (cui ci limitiamo) le prove sono accettate e valutate dal giudice in sede istruttoria, secondo regole dettate dal cpc. Quanto ai mezzi di prova, cfr. cc. (libro VI, tit. II: «Delle prove») a. 2697-2739: premesso che l'onere della prova è a carico di chi asserisce un fatto a fondamento della sua tesi (cfr. a. 2697-2698), segue la ripartizione in: a) prove documentali (a. 2699-2720: atti pubblici, scritture private nelle loro principali varianti, scritture contabili delle imprese registrate, riproduzioni meccaniche, taglie e tacche di contrassegno, copie degli atti ecc.); b) prova testimoniale (a. 2721-2726); c) presunzioni (a. 2727-2729); d) confessione (a. 2730-2735: dichiarazione giudiziale o stragiudiziale della verità di fatti sfavorevoli alla parte dichiarante e favorevoli alla controparte); e) giuramento decisorio o suppletorio (a. 2736-2739).*

13.5. Sulla *sententia* cfr. C.I. 7.45.6 e v.: Vazny, *Osservazioni generali sulla sentenza e la «res iudicata»*, in *BIDR*. 47 (1940) 108 ss.; Biondi, *Appunti intorno alla sentenza* cit. 29 ss.; Visky, *Quelques remarques sur la thèse «ipsam rem condemnare» et ses rapports économiques*, in *RIDA*. 19 (1972) 469 ss. Cfr. I. 4.6.32: *Curare autem debet iudex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel (certae) rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum sit.* — Sulla motivazione della sentenza, cioè sulla necessaria argomentazione della stessa in fatto e in diritto: Scapini, *Il problema della motivaz. della sentenza* ecc., in *SPR*. 35 (1983) 233 ss.; Murillo, *La motivación de la sentencia* etc. (1995); Marrone, *Contributo allo studio della motivaz. della sent.* ecc., in *St. Cannata* (1999) 53 ss.; Guarino, *Gli argomenti del giudice*, in *Trucioli di bottega* 4 (2000). Per il processo formulare v. invece *retro* nt. 11.7. — Le questioni incidentali sollevate dalle parti in corso di giudizio (dette generalmente anche *interlocutiones*) erano risolte spesso con un'ordinanza *de plano*, ma potevano dar luogo all'apertura di procedimenti incidentali e a relative decisioni interlocutorie, rispetto alle quali la decisione finale nel merito si diceva «*sententia definitiva*». Qualche anticipazione è ravvisabile anche nel processo formulare classico: Litewski, *Zwischenbescheide im röm. Proz.*, in *RIDA*. 44 (1997) 155 ss. — Il linguaggio della *sententia*, che era stato sempre ufficialmente il latino (con mera possibilità pratica di traduzione a beneficio dei soggetti che non fossero in grado di capirlo), poté ufficialmente essere, in età postclassica, anche quello greco: cfr. C.I. 7.45.12 (a. 397). Ma la concessione (di Arcadio ed Onorio al proconsole di Asia) fu evidentemente subordinata al presupposto che nel luogo della pronuncia si parlasse correntemente il greco. I commentatori medievali (e, in particolare, Baldo degli Ubaldi) trassero spunto dalla citata costituzione per costruire il «motivata» 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 e delle «questioni incidentali» («interlocutiones») eventualmente da risolvere, intorno ai tre anni. La condanna era, nei limiti del possibile, «*in ipsam rem*».

13.5.1. Il sistema delle impugnazioni delle sentenze (se impugnabili, come di regola) faceva capo all'«appello» («*appella-*

---

principio fortemente espressivo «*Ubi non est intellectus ibi non est sententia*» (v. sul punto: Kiefner, «*Ubi rell.*», in *T.* 40 [1972] 261 ss.). — Sulla condemnatio in ipsam rem cfr. I. 4.6.32: *Curare autem debet iudex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat rell.* — Postilla. *Tutti gli ordinamenti giusprocessualistici moderni ammettono che le parti possano, in corso di processo, addivenire ad una «conciliazione giudiziale», per effetto della quale (debitamente verbalizzata in giudizio) il processo si estingue. Il c.p.c. italiano raccomanda espressamente ai giudici, sia in primo grado che in appello, di favorire tale soluzione, ed anzi esso (a. 322) ammette che al giudice di pace ci si rivolga, purché la controversia sia entro i limiti della sua competenza, per una «conciliazione in sede non contenziosa». Di più. Secondo il diritto italiano vigente (a. 113-114, 822, 829): a) il giudice di pace, entro certi angusti limiti di valore, decide inappellabilmente la causa secondo equità, anziché secondo lo stretto diritto; b) qualunque giudice o arbitro può essere investito concordemente dalle parti a decidere inappellabilmente secondo equità le questioni, di qualunque valore, che siano relative a diritti da loro disponibili. Naturalmente, anche le decisioni secondo equità devono essere ragionevolmente motivate.*

13.5.1. Sull'appellatio: Pergami, *L'appello nella legislaz. del tardo impero* (2000); Sanfilippo, *Contributo esegetico alla storia dell'appellatio* (1934); Orestano, *L'appello civile in dir. rom.*² (1953, rist. 1966); Villers, *Appel devant le prince et appel devant le sénat au premier siècle de l'Empire*, in *St. De Francisci* 1 (1956) 315 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.; id., *L'admissibilité de la transaction en cours d'appel dans la procédure civile romaine*, in *RIDA.* 11 (1964) 233 ss.; id., *La «supplicatio» contre la sentence rendue par le préfet du prétoire*, in *AG.* 185 (1973) 3 ss.; Balestri Fumagalli, *Il divieto di appello contro le sentenze dei prefetti del pretorio (CTh. 11.30.16)*, in [illegible] (1980) 223 ss.; Garnsey, *The «lex Iulia» and appeal under the Empire*, in *JRS.* 56 (1966) 167 ss.; Zilletti, *Note sulla «restitutio in integrum damnatorum»*, in *St. Grosso* 2 (1968) 35 ss.; [illegible] de la Vega, *Le procès en contumace et les formes spéciales d'appellation de la sentence*, in *St. Guarino* (1984) 2603 ss.; Arcaria, *Note sulla pretesa scomparsa della giurisdiz. d'app. senatoria in età post-classica*, ivi 79 ss. Per le fonti, cfr. 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 amplissimis praetorianae praefecturae iudiciis, si contra ius se laesos adfirment, non provocandi, sed supplicandi licentiam indulgemus, 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 oblato nostro numini contra cognitionales sedis praetorianae praefecturae sententias, post successionem iudicis numerandum, supplicandi eis tribuatur facultas.* Amplius: Gaudemet, *Constitutions constantiniennes relatives à l'appel*, in *ZSS.* 98 (1981) 47 ss. V. anche *infra* n. 78.3 (sul caso della *Rutiliana puella*). — Connesso all'istituto dell'appellatio fu il singolare istituto della cd. consultatio ante sententiam (taluno dice «*appellatio more consultationis*», vietata peraltro da Giustiniano): prima di emettere la sentenza il giudice inferiore poteva inviare una richiesta al 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 in-

tio») rivolto per la revisione della sentenza ad un'istanza superiore nonché ad un eventuale «secondo appello» contro le sentenze emesse in sede di primo appello. All'appello si procedeva, dal soccombente o anche dal vincitore non completamente soddisfatto, depositando un ricorso previa notifica alla controparte, presso il giudice *a quo* (cioè presso il giudice che aveva emesso la *sententia*), il quale doveva aver cura di trasmettere l'atto e i fascicoli di causa al giudice superiore, accompagnandoli con una relazione («*litterae dimissoriae*»). Davanti al giudice di appello l'appellante poteva, oltre che rappresentare meglio le proprie ragioni e criticare la prima sentenza, anche proporre nuove domande, nuove eccezioni, nuove prove (cd. «*ius novorum*»): lo stesso valeva per la controparte. Fin che l'appello non era deciso, l'esecuzione della *sententia* era sospesa. Normalmente, non si ammettevano più di due istanze successive, la seconda delle quali al prefetto del pretorio, le cui sentenze erano inoppugnabili perché emesse, come si è già detto, nelle veci del principe («*vice sacra*»). Tuttavia si poteva eccezionalmente ricorrere mediante «*supplicatio*» all'imperatore, affinché ingiungesse allo stesso *praefectus praetorio* un riesame del caso.

13.6. Il processo di esecuzione poteva dar luogo ad esecuzione tanto sulla persona quanto sul patrimonio del soccombente. L'esecuzione personale («*ductio*») riacquistò una certa convenienza per il creditore man mano che venne a mancare la manodopera schiavile. Tuttavia il sistema dell'esecuzione patrimoniale fu pur sempre il più diffuso, anche perché innumerevoli erano gli esenti, per privilegio, da esecuzione personale.

13.6.1. L'esecuzione patrimoniale aveva luogo mediante l'apprensione di beni determinati («*missio in rem*») o mediante l'op-

---

teriore è praticamente preclusiva dell'*appellatio*. Sul tema: Litewski, «*Consult. ante sent.*», in *ZSS.* 86 (1969) 227 ss.; Vincenti, *Per uno studio sugli appelli «ante sent.»*, in *BIDR.* 86-87 (1983-84) 65 ss.; Id., *«Ante sent. appellari potest»* (1986). — Sul ius novorum: Scapini, *Il «ius novorum» nell'appello civile romano*, in *SPR.* 21 (1978). Di regola, il *ius novorum* non era ammesso nella *consultatio ante sententiam*, che si svolgeva, almeno formalmente, senza intervento delle parti.

13.6. Sull'esecuzione del giudicato, in particolare: Wenger, *Zur Lehre von der «actio iudicati»* cit. 223 ss.; Liebman, *L'«a. iudicati» nel proc. giustinianeo*, in *St. Bonfante* 2 (1929) 397 ss. Sulla ductio e uno speciale procedimento esecutivo postclassico, denominato tradizionalmente «*manus iniectio*»: Molè, *La «manus iniectio» nel Cod. Teodosiano*, in *RISG.* (1964) 1 ss. — I dies iusti per il *tempus iudicati* (v. retro nn. 8.6 e 11.9) furono fissati in non più di quattro mesi da Iust. C. 7.54.2. — *Peraltro l'esecuzione in forma specifica costituisce la regola (sempre che sia ancora possibile) dei processi civili moderni. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 474-482 cpc.*

13.6.1. Sull'esecuzione patrimoniale v. retro n. 12.5-2. In dottrina: Aversano, *«Constitutio principis» ed interpretazione giurisprudenziale in D. 42.1.15.4* pignorazione 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* (vendita alla spicciolata).

13.7. In periodo postclassico si formarono svariate giurisdizioni e procedure speciali. Ne segnaliamo tre: *a*) l'*episcopalis audientia*; *b*) il procedimento *per rescriptum*; *c*) la *cognitio de plano*.

13.7.1. La «*episcopalis audientia*» («udienza episcopale») era la giurisdizione esercitata inappellabilmente 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.

13.7.2. Il «procedimento *per rescriptum*». L'attore, dopo aver introdotto il giudizio, inviava il suo libello direttamente all'imperatore con preghiera di esprimere con un rescritto 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 fossero fondate sulla verità («*si preces veritate nituntur*»). Se il rescritto imperiale era favorevole all'attore, e questi pertanto insisteva nel promuovere il processo, il giudice doveva adeguarvisi, sicché

---

etc., in AG. 193.1 (1977) 79 ss. — Sul *pignus in causa iudicati captum*: Litewski, «*Pignus in causa iudicati captum*», in *SDHI*. 40 (1974) 205 ss.; Fecht, *Die Forderungspfändung im röm. R.* (1969).

13.7. Sulle giurisdizioni e le procedure speciali dell'età postclassica: Kaser, Hackl, *RZPR*. 633 ss.

13.7.1. Sull'*episcopalis audientia*: Vincenti, sv. «*Audientia episcopalis*», in *NNDI*., con bibl.; Waldstein, *Zur Stellung der «Ep. aud.» im spätröm. Prozess*, in *Fs. Kaser* (1976) 309 ss.; Cuena Boy, *La «ep. aud.». La justicia episcopal etc.* (1985); Cimma, *L'ep. aud.* etc. (1989); Vismara, *La giurisdizione dei vescovi (sec. I-XI)* (1995); Cremades, *Derecho rom., comunidad cristiana y «ep. a.»*, in *SC*. 81 (1996) 99 ss.; Harries, *Law and Empire in Late Antiquity*, cap. X. Cfr. CTh. 1.27.2 (Arcad. Hon. Theod., Theodoro p. p., a. 408): *Episcopale iudicium sit ratum omnibus, qui se audiri a sacerdotibus elegerint, eamque illorum iudicationi adhibendam esse reverentiam, quam vestris referre necesse est potestatibus* (cioè ai poteri dei *praefecti praetorio*), *a quibus non licet provocare per iudicum quoque officia, ne sit cassa episcopalis cognitio, definitioni exsecutio tribuatur*. Dunque, l'esecuzione delle sentenze cognitorie episcopali era rimessa ai giudici imperiali. V. anche *infra* nr. 75.2.

13.7.2. Sul *procedimento per rescriptum*: Villers, *Appel* cit.; Kelly, «*Princeps iudex*» cit.; Maggio, *Note critiche sui rescritti postcl. 1. Il c.d. processo «per rescriptum»*, in *SDHI*. 61 (1995) 285 ss. Per la conoscenza di un caso pratico: [illegible], «*Rescriptum divi Pii*» etc. (1962). La procedura era affine al principio di subordinazione del giudice ai precedenti imperiali: v. *retro* n. 13.1.2.

l'unico mezzo a disposizione del convenuto per sfuggire alla soccombenza (e per dar modo al giudice di valutare liberamente la controversia) era di dimostrare che l'attore non aveva rappresentato veridicamente la situazione di fatto.

13.7.3. Le procedure abbreviate dette del «*summatim cognoscere*» («cognizione sommaria», detta anche «*cognitio de plano*») 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.

13.7.3. Sulla cd. summaria cognitio: Biondi, «*Summatim cognoscere*» in *BIDR.* 30 (1921) 220 ss.; id., sv. «*Cognitio summaria*», in *NNDI.*; Krüger (H.), *Das «summ. cogn.» und das klassische Recht*, in *ZSS.* 45 (1925) 39 ss.; Steinwenter, *Das Verfahren «sine scriptis»* cit.; Simon, «*Summ. cognoscere*», in *ZSS.* 83 (1966) 142 ss. (con rassegna 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. V. anche: Nörr, *Zu einem fast vergessenen Konstitutionentyp: «interloqui de plano»*, in *St. Sanfilippo* 3 (1983) 519 ss.

CAPITOLO III

I RAPPORTI DEL «IUS PRIVATUM»

Sommario: 14. I rapporti del *ius privatum*. — 15. Le qualificazioni soggettive regolari. — 16. I soggetti giuridici limitati. — 17. I soggetti giuridici immateriali. — 18. Gli oggetti giuridici. — 19. Le *res*.

14. I RAPPORTI DEL «IUS PRIVATUM».

14.1. La configurazione come rapporti intersoggettivi (assoluti o relativi) degli istituti del *ius privatum* è, a nostro avviso, 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 di alcuni istituti privatistici. La seconda è che la riflessione

---

14.1. Il problema della configurabilità come rapporti intersoggettivi (vuoi assoluti e vuoi relativi) degli istituti del *ius privatum* romano (e subordinatamente il problema della effettiva configurazione degli stessi come rapporti tra soggetti) non è problema dei più sentiti, e forse dei meglio compresi, dalla romanistica moderna. V. tuttavia: Perozzi, *Ist.* 1.418 ss. (con considerazioni lucidissime, anche se non in tutto accettabili); Grosso, *I problemi dei dir. reali nell'impostazione romana* (1944); Archi, *Il concetto della proprietà nei diritti del mondo antico* (1959), in *Scr.* (1981) 199 ss.; Scherillo, *Il concetto di diritto reale ecc.*, in *St. Betti* 4 (1962) 83 ss.; Pugliese, sv. *Diritti reali*, in *ED.*, con altra bibl. È chiaro che il problema si articola in tre distinti quesiti: *a*) se la concettualizzazione del «rapporto giuridico» (intersoggettivo) 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. Guarino, *OGR.* n. 23 e 98; id., *Il diritto e l'azione nell'esperienza rom.* (1953), in *PDR.* 1 (1993) 230 ss. In senso contrario (tra gli altri, dal 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, *Ist.* 175 e nt. 1: realtà economica sì, ma realtà giuridica no.

dei giuristi romani, anche per deficienza di interesse alle costruzioni di carattere sistematico, non giunse mai ad una identificazione esplicita ed esauriente 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*.

14.2. Per quanto attiene alla riflessione giuridica romana, la identificazione da parte sua degli istituti privatistici come rapporti intersoggettivi non si presta a seri dubbi in ordine alle *obligationes* ed agli istituti affini, i quali furono sicuramente ed esplicitamente concepiti come rapporti giuridici relativi (tra *creditor* e *obligatus*). Dubbi più consistenti si pongono invece per la categoria dei cd. *iura in re aliena* e, sopra tutto, per la vastissima gamma dei poteri familiari, parafamiliari e dominicali, a cominciare dal *dominium ex iure Quiritium*.

14.2.1. I cd. «*iura in re aliena*» (diritti su cosa di proprietà altrui) erano, come vedremo a suo tempo, caratterizzati o da una funzione di godimento di una cosa altrui da parte del titolare (es.: l'*ususfructus*) oppure da una funzione di garanzia assicurata al titolare dalla disponibilità da parte sua di una cosa altrui (es.: il *pignus* di una cosa del debitore). Essi valevano *erga omnes* ed erano pertanto tutelati mediante *actiones in rem*, ma ai Romani non sfuggiva che, al fondo degli stessi, vi era sempre un'obbligazione del proprietario della *res aliena* verso il titolare del *ius in re*: dunque che gli istituti erano altrettante manifestazioni di rapporti giuridici assoluti in senso improprio.

14.2.2. I diritti del soggetto giuridico sui membri liberi della sua *familia*, su alcuni incapaci di agire a lui affidati e, sopra

---

14.2. La concezione delle *obligationes* (e degli istituti affini) come rapporti intersoggettivi (relativi) risulta da innumerevoli testimonianze testuali, a cominciare dalla definizione dell'*obligatio* riferita *infra* n. 63.1, che non mette conto di riportare. Su di esse v. *infra* cap. XI-XV.

14.2.1. La configurazione dei *iura in re aliena* come rapporti intersoggettivi risulta con sufficiente chiarezza da Pomp. 33 *Sab.* D. 8.1.15.1: *Servitutium 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 solo il *dominus* del fondo serviente). Sugli istituti v. *infra* cap. X.

14.2.2. Per il *dominium ex iure Quiritium* e gli istituti affini (in ordine ai quali v. *infra* cap. VII-IX) 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 v. Pugliese, sv. *Diritti reali* cit. 755 nt. 11. Naturalmente incertezze 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 setutto, sugli oggetti del suo *dominium* non erano solitamente configurati o addirittura chiaramente concepiti, particolarmente dagli inesperti di diritto, come rapporti che determinassero per il titolare (es.: il *pater familias*, il *tutor*, il *dominus ex iure Quiritium* ecc.) situazioni attive *erga omnes*, cioè valevoli in confronto a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento: il più delle volte, anzi, essi erano visti esclusivamente come espressioni di una sorta 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). È pertanto lecito,

---

rio. — La configurazione degli istituti del *ius privatum* come rapporti intersoggettivi ha suggerita, anzi tutto, dalla storia della loro formazione e del loro successivo divenire. A) Chiave per la comprensione del problema è l'istituto arcaico del *mancipium*, che costituì l'antica e sola materia regolata dal *ius Quiritium*. In forza del *mancipium* di cui era titolare, il *paterfamilias* aveva ogni più ampia facoltà (financo 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. Ma il *ius Quiritium*, come abbiamo detto a suo tempo, 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. Esso si preoccupò invece di regolare e garantire la qualifica subiettiva 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'azione la sua qualifica nei confronti delle eventuali aggressioni degli altri *patres*. La ragion d'essere del *mancipium* come istituto giuridico, la 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. B) Quanto ai rapporti di credito, già conosciuti dal costume extragiuridico e dalla religione, essi ebbero riconoscimento 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. Non è da credere, peraltro, che il riconoscimento giuridico dei rapporti relativi abbia potuto sovvertire, 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?: v. Scherillo, *Il concetto di diritto reale* cit. 39), si preoccupò di specificare che esso riguardava solo «*quae per aes et libram fiunt, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur*» (Varr. *de l. L.* 7.105). V. *infra* n. 63.2.1.

anzi doveroso porsi questa domanda: gli «*omnes*» obbligati a rispettare le facoltà del titolare vi erano tenuti in quanto soggetti passivi di un rapporto intersoggettivo, 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 dubbio sta in ciò: che la «*vindicatio*» (cioè l'affermazione di diritto sul *filius*, sulla *mulier*, sulla persona *in mancipio*, sulla *res*, fatta nei confronti di chi si impossessasse abusivamente dell'oggetto) non consisteva nell'affermare contro l'aggressore un «*ius mihi esse*» (cioè «mi spetta nei tuoi confronti il diritto su questa cosa»), ma consisteva 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 la soluzione a nostro avviso preferibile è che «*res mea est*» (o «*res mihi est*») fosse soltanto un modo di dire suggerito dal linguaggio corrente (corrente, del resto, anche nel mondo moderno), mentre è decisivo il rilievo che, ove 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 sua personale responsabilità (alla stessa guisa che contro un *furtum* o una *rapina*), cioè processualmente mediante un'*actio in personam*: la *vindicatio* e l'*actio in rem* costituiscono proprio la prova del fatto che «chiunque» fosse il violatore di un diritto assoluto in senso proprio (o anche in senso improprio) era considerato soggetto passivo del rapporto.

14.3. Ad ogni modo, è un fatto innegabile che la giurisprudenza romana ebbe sempre una visione imprecisa del po-

---

14.3. 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 soggettive. V., per tutti: Pugliese, «*Actio*» *e dir. subbiettivo* (1939), con vasta bibl.; Villey, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RH.* 24-25 (1946-47) 201 ss.; id., *Du sens de l'expression «ius in re» en dr. rom. class.*, in *St. De Visscher* 2 (1949) 417 ss.; D'Ors, *Aspectos objectivos y subjectivos del concepto de «ius»*, in *St. Albertario* 2 (1953) 277 ss.; Pugliese, «*Res corporales*», «*res incorporales*» *e il problema del dir. 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) 356 nt. 1, 363 nt. 13) i giuristi romani avrebbero del tutto ignorato la concezione di situazione giuridica soggettiva: non di diritti soggettivi essi avrebbero parlato, ma solo di *res*, cioè di istituzioni giuridiche, e in particolare di *res incorporales*. Contro questa tesi, con caute osservazioni: Pugliese, «*Res corporales*» cit., il quale, in particolare, dimostra che la tere giuridico e del corrispondente «dovere giuridico». Ed infatti il termine «*ius*», quando non sta a significare l'ordinamento giuridico (cioè il cd. diritto oggettivo), 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, il suo «*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 oggettivo era 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 (che esprimeva il favore dell'ordinamento giuridico con la locuzione «*ius mihi esse*», cioè «essere il diritto oggettivo a mio vantaggio»), utilizzare il termine «*ius*», piuttosto che per indicare il potere giuridico, per indicare specificamente le facoltà dallo *stesso* implicate.

14.3.1. La rarità e l'incertezza dell'uso di «*ius*» per designare il potere giuridico è spiegabile anche per altre ragioni. I rap-

---

concezione degli istituti giuridici come *res incorporales* (su cui *infra* n. 18.2) era conosciuta solo da Gaio e da pochissimi altri giuristi, sì che «non costituiva affatto un'idea centrale della giurisprudenza romana», e che però l'utilizzazione di quelle categorie non esclude per nulla che Gaio e gli altri giuristi abbiano avuto una concezione, sia pure imperfetta, delle situazioni giuridiche soggettive (sul punto v. anche: Kreller, «*Res*» *als Zentralbegriff des Institutionensystems*, in ZSS. 66 [1948] 572 ss., nonché i citati *infra* n. 18.2). Il nostro pensiero in ordine al problema delle situazioni giuridiche soggettive è espresso in: Guarino, *Il diritto e l'azione* cit. Per una lucida analisi della terminologia: Gioffredi, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel dir. rom.*, in BIDR. 70 (1967) 227 ss., del quale condividiamo solo entro certi limiti l'affermazione per cui «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.; id., *La idea del derecho subjectivo en el ordenamiento romano*, in BIDR. 80 (1977) 23 ss.

14.3.3. Per riassumere e precisare quanto esposto nel testo, può dirsi che la riflessione giurisprudenziale romana non individuò mai in modo esatto e completo le situazioni giuridiche soggettive 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 sopra tutto la soggezione) del soggetto passivo (appunto, l'«*obligatus*»); *c*) che, per quanto riguarda sia i rapporti assoluti sia 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*».

porti assoluti del *ius privatum* (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* per il vantaggio di un certo soggetto. Infine, se e quando veniva in essere la necessità di indicare proprio e solo la situazione giuridica attiva, era uso dei Romani (come non raramente è uso di noi moderni) parlarne sotto il profilo della soggezione, quindi sotto il profilo dell'«*actio*» (*in rem* o *in personam*).

14.4. La riflessione giurisprudenziale romana pervenne altresì, sebbene a gradi successivi, ad una concezione del patrimonio come 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

---

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.

14.4. Generalmente si ritiene che il termine patrimonium stia ad indicare nelle fonti il complesso dei beni ereditati dal *pater*, ma ci sembra preferibile credere che esso designi ciò che spetta al *paterfamilias*, cioè al soggetto giuridico per antonomasia. 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. — 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 vediamo che contrasti, anzi ci sembra che in fondo collimi, il principio, spesso ripetuto, che *propria bona dici non possunt, quae plus incommodi* (= passivo) *quam commodi* (= attivo) *habent* (Iav. 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 iuris: Biondi, *La dottrina giur. dell'«universitas» nelle fonti rom.*, in *BIDR.* 61 (1958) 1 ss. V. anche *infra* n. 39.2 e 27.2.

«*patrimonium*» (o «*substantia*», o «*facultates*», o «*bona*», o «*pecunia*») una visione limitata alle sole situazioni giuridiche attive («*commoda*»): essa intese cioè 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 (ciò che «*est in actionibus petitionibus persecutionibus*»); siccome, peraltro, non le sfuggiva affatto che il soggetto potesse essere gravato anche da debiti e gravami («*incommoda*»), essa tenne sempre conto della esistenza di questi ultimi al fine di stabilire se il soggetto disponesse o non disponesse, sul piano economico, di un «attivo patrimoniale». Viceversa, la giurisprudenza postclassica, proprio in considerazione di ciò e molto più opportunamente, estese la sua visuale anche alle situazioni giuridiche passive: essa intese cioè il *patrimonium* come tutto l'insieme (l'«*universitas*», la globalità) delle situazioni del soggetto, comprensivo sia dei vantaggi che degli svantaggi (sia dei *commoda* che degli *incommoda*).

14.4.1. Gli oggetti dei rapporti giuridici (è importante notarlo sin d'ora) non costituivano per i Romani delle entità appartenenti ad una categoria sempre e necessariamente diversa da quella dei soggetti. Vi erano entità che altro non potevano essere se non oggetti di diritti e doveri, ed erano le cose inanimate e gli animali subumani. Ma vi erano anche entità che potevano essere, a seconda delle situazioni, tanto oggetti quanto soggetti di rapporti giuridici, ed erano gli esseri umani: *servi*, *filii in potestate*, *mulieres in manu*, *liberi in mancipio* e persino (ovviamente, con particolari modalità e limitazioni) gli stessi soggetti giuridici nell'ipotesi che fossero *obligati*, vincolati da un'*obligatio* verso un creditore.

14.5. Tre concezioni ambivalenti degli esseri umani confermano la possibilità per questi ultimi di essere non solo soggetti, ma anche oggetti di rapporti giuridici privati. Quelle: *a*) di *persona*; *b*) di *status personae*; *c*) di *caput*.

14.4.1. Sugli oggetti dei rapporti di ius privatum: *infra* n. 18. — 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 pervenire mai. La seconda: che in talune ipotesi il soggetto passivo del rapporto poteva anche essere oggetto dello stesso.

14.5. Le tre concezioni ambivalenti degli esseri umani di cui si parla nel testo si prestano, proprio per la loro varietà di significati (nonché per le variazioni di senso che subirono col passare dei secoli), ad *equivoci* ed a dubbi che non sempre la lettura delle fonti ci aiuta a risolvere.

14.5.1. «*Persona*» fu termine usato a partire dall'avanzato diritto classico, per chiara influenza della filosofia stoica, allo scopo di designare l'«uomo», con esclusione dei soggetti giuridici immateriali e con inclusione, viceversa, dei *servi*, dei *peregrini*, dei *filii familiarum* (cioè anche degli uomini privi della soggettività giuridica). Il motivo pratico di questa impostazione era nel fatto che *servi*, *peregrini* e *filii familiarum* avevano tutti le possibilità di acquistare la soggettività giuridica, di tramutarsi essi stessi in soggetti di *ius privatum*: la giurisprudenza (e così va detto, in particolare, per Gaio) trovò conseguentemente opportuno trattare anche 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*».

14.5.2. «*Status personae*» («stato personale»: 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: *a*) «*status libertatis*» fu usato per classificare le *personae* in *liberae* e *non liberae* e per trattare dei modi in cui queste

---

14.5.1. Sul concetto di persona e sulla evoluzione storica: Schlossmann, «*Persona*» *und* πρόσωπον *im Recht und im christlichen Dogma* (1906); Hirzel, *Die Person etc.*, in *SBA.* 1914; Costa, *Cicerone giureconsulto* 1 (1927) 74 ss.; Duff, *Personality in Rom. priv. l.* (1938); Le Bras, *Capacité personnelle et structures sociales etc.*, in *Ml. Lévy-Bruhl* (1959) 417 ss. Per gli sviluppi postclassici: Coing, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person*, in *Deutsche Landesreferate zum III. Intern. Kongr. für Rechtsvergleichung in London* (1950) 1 ss.; Biondi, *Dir. rom. cristiano* 2 (1952) 342 ss.; Fuhrmann, «*Persona*», *ein römischer Rollenbegriff*, in *Identität* (1979) 83 ss. 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 *Persephone*): Nédoncelle, «*Prosopon*» *et* «*persona*» *dans l'antiquité classique etc.*, in *Rev. Sc. religieuses* (1948) 277 ss. — In periodo postclassico si manifestarono due tendenze: da un lato, ad escludere i servi dal novero delle *personae* (cfr. spec. Paraf. 2.14.2, 3.17 pr., 3.29.3: ἀπρόσωποι); dall'altro, ad includere tra le *personae* anche i soggetti incorporali (cfr., ad es., I. 2.14.2: *nondum adita hereditas personae vicem sustinet*): per i quali v. *infra* n. 17.1. — Postilla. *Nei moderni ordinamenti giuridici (sia di tradizione romanistica sia di stampo anglosassone) la categoria «persona» ha avuto largo (e forse non del tutto meritato) successo per indicare tanto i soggetti giuridici singoli (cd. «persone fisiche») quanto taluni (non tutti) tra gli enti immateriali (cd. «persone giuridiche»). Amplius sul secondo punto: infra n. 17.1.*

14.5.2. Sul concetto di status: Castello, *Il pensiero giustinianeo sull'origine degli «status hominis»*, in *St. Albertario* 2 (1953) 197 ss.; Gaudemet, «*Membrum*», «*persona*», «*status*», in *SDHI.* 61 (1995) 1 ss. Sullo «*status libertatis*», cfr.: Gai 1.89 ss., Ulp. 5.10. Sullo «*status civitatis*», Gai 1.90, D. 1.5.18. Sullo «*status familiae*»: Gai 1.55, D. 1.5.11. Indicativo è Gai 1.89: ... *hi, qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur; ... et hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt.*

ultime (i *servi*) potessero acquistare la *libertas*; *b*) «*status civitatis*» fu usato in modo analogo per distinguere le *personae liberae* (non le altre) in *cives* e *non cives*; *c*) «*status familiae*» fu usato in senso analogo per distinguere tra gli appartenenti ad una *familia* (come *pater*, come *filius*, come *uxor in manu* ecc.) e gli estranei alla *familia* stessa.

14.5.3. «*Caput*» («capo», non nel senso di testa, ma nel senso di «unità» facente parte di un gruppo) stette a significare l'appartenenza ad una particolare categoria di *personae* libere: quella appunto degli uomini liberi (*liberi*); quella dei liberi che fossero cittadini (*cives*); quella dei membri liberi di una *familia* (il *pater* e i suoi sottoposti). In rapporto a ciò, «*capitis deminutio*» (letteralmente, «diminuzione del capo» subita dal gruppo, ma, per traslato, perdita del ruolo coperto nel gruppo subita da un suo membro: «dequalificazione giuridica» dello stesso) significò il mutamento dello *status* giuridico di una persona libera in dipendenza della sua definitiva uscita dal gruppo. Pertanto i

---

14.5.3. Sul concetto di caput: Radin, «*Caput*» et «σῶμα», in *St. Fournier* (1929) 1 ss.; Gioffredi, «*Caput*», in *SDHI*. 11 (1945) 301 ss. La limitazione del concetto ai soli uomini liberi risulta, ad esempio, da I. 1.16.4: *Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit*. Si noti altresì che la «*poena capitis*» consisteva nella morte del reo o anche, in alternativa, nella sua «*aqua et igni interdictio*» comportante la perdita della cittadinanza: *infra* n. 15.5. — Sulla capitis deminutio: Krüger (H.), *Geschichte der «capitis deminutio»* 1 (1887); Desserteaux, *Études sur la formation historique de la «c. d.»* 1-3 (1909-28); Coli, *Saggi critici sulle fonti del dir. rom.* 1. *«C. d.»* (1922), in *Scr.* (1973) 151 ss.; Ambrosino, *Il simbolismo della «c. d.»*, in *SDHI*. 6 (1940) 369 ss.; Kaser, *Zur Geschichte der «c. d.»*, in *Iura* 3 (1952) 48 ss.; D'Ors, *Sobre el edicto «De capite minutis»*, in *St. Hernandez-Tejero* 2 (1994) 127 ss. 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 senatus consulto 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*. Cfr. anche I. 1.16, D. 4.5 (ivi Gai. D. 4.5.1: *Capitis deminutio est status permutatio*). — Sulla adrogatio: *infra* n. 40.4. — Sulla conventio in manum: *infra* n. 39.4. — La capitis deminutio media (cioè la perdita della sola cittadinanza) aveva effetti radicali (o quasi) in materia di diritto pubblico, ma non ne aveva altrettali (sopra tutto col procedere dei tempi) per lo *ius privatum*. Sulla condizione giuridica degli stranieri (purché liberi) v. *infra* n. 16.3. — Il furiosus ed il prodigus furono equiparati dal diritto arcaico, almeno a nostro avviso, ai soggetti colpiti da *capitis deminutio maxima* o *media*: *infra* n. 41.2-3.

giuristi classici parlarono: *a*) della «*capitis deminutio maxima*» di chi uscisse dal novero degli uomini liberi (divenendo *servus*); *b*) della «*capitis deminutio media*» di chi uscisse dal novero dei *cives Romani* (divenendo *peregrinus*); *c*) 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 anche per diventare *sui iuris* (in forza di *emancipatio*). La *capitis deminutio* non equivalse, dunque, in ogni caso, alla perdita di capacità giuridica, alla cd. «morte civile»: lo fu solo quando fosse massima, o media, o quando un soggetto giuridico si lasciasse volontariamente prendere sotto la sua *patria potestas* (in virtù di «*adrogatio*» o di «*conventio in manum*») da un altro soggetto, divenendone con ciò un sottoposto.

15. LE QUALIFICAZIONI SOGGETTIVE REGOLARI.

15.1. Le qualificazioni soggettive regolari del *ius privatum* romano, cioè i requisiti normalmente indispensabili per essere «soggetti pieni» (attivi o passivi) di rapporti giuridici privati, di tutti i rapporti privati, o (come si usava dire) per essere «*persona sui iuris*», furono le seguenti cinque: *a*) l'appartenenza alla specie umana, *b*) l'esistenza, *c*) la libertà, *d*) la cittadinanza romana, *e*) l'autonomia familiare. Dopo averle descritte una ad una qui di seguito, diremo qualche parola di ulteriore chiarificazione in ordine al punto della identificazione concreta del soggetto giuridico.

15.2. Il requisito dell'appartenenza alla specie umana implicava l'esclusione dal novero dei soggetti giuridici non sol-

---

15.1. 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*» o «*incapax*»). In particolare, si parlava di «*capere non posse*» (e quindi di mancanza di *capacitas*) in ordine ai casi in cui, pur avendosi la capacità di essere istituiti per testamento, si fosse soggetti ad una interdizione dell'effettivo acquisto dei beni relitti. V. *infra* n. 51.4. — Sulle qualificazioni soggettive regolari: Watson, *The law of persons in the later Roman Republic* (1967); Albanese, *Le persone nel dir. priv. rom.* (1979); id., sv. *Persona* (*storia*), in *ED*. Per le fonti: D. 1.5 (*De statu hominum*). Ivi, in D. 1.5.2, l'insegnamento di Ermogeniano: «*hominum causa omne ius constitutum sit*».

15.2. In ordine al requisito dell'appartenenza alla specie umana, si rilevi anzi tutto che gli dèi 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 piuttosto carattere religioso e filosofitanto degli animali subumani, ma anche degli esseri sovrumani, cioè degli dèi, perché il diritto inerisce solamente agli umani («*hominum causa omne ius constitutum est*»). Discusso era il caso degli «esseri anormali» («*ostenta*»), e in particolare dei «*monstra vel prodigia*», cioè dei nati da donna che mancassero di forme umane o che presentassero irregolarità rilevanti rispetto alla struttura umana normale (es.: tre mani). È probabile che i giuristi classici siano stati piuttosto rigorosi nel negare ad essi ogni considerazione ai fini della soggettività; in diritto postclassico si fece luce, invece, una tendenza larghеggiante, almeno nel senso che anche i figli mostruosi potessero far numero con gli altri figli per il riconoscimento alla madre del *ius liberorum*, cioè dei benefici concessi, come diremo a suo tempo, a chi avesse un certo numero minimo di figli.

15.3. Il requisito dell'esistenza esigeva che l'essere umano di struttura normale fosse nato effettivamente vivo e fosse in

---

co: esso derivò essenzialmente dalla sottrazione alla disponibilità giuridica e umana delle *res sacrae* (*infra* n. 59.4.2), le quali furono pertanto ritenute in disponibilità degli dèi (cfr. Macr. *Sat.* 3.3.2: *Sacrum est, ut Trebatius libro primo de religionibus refert, quicquid est quod deorum habetur*). In senso contrario: Scherillo, *Le cose* (1945) 40, che costruisce l'appartenenza delle *res sacrae* agli dei e sostiene che questa concezione fu diffusa in Roma sino al sopravvento delle credenze cristiane (assolutamente contrarie, queste ultime, alla soggettivizzazione a livello umano della divinità). Ma la tesi, oltre che ampiamente contrastata in vario senso, è ben poco persuasiva: le *res sacrae* erano ritenute dai Romani «*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 dir. rom.*, in *St. Volterra* 3 (1971) 23 ss. — In ordine ai monstra (*vel prodigia*): Impallomeni, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Iura* 22 (1971) 99 ss.; Garland, *The eye of the beholder etc.* (1995). I dubbi e le discussioni al proposito risultano essenzialmente dai seguenti 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. 50.16.38 (Ulp. *25 ed.*): *Ostentum Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. duo genera autem sunt ostentorum: unum quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est: alterum, cum quid prodigiosum videtur* [rell.]; 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*]. — Sul ius liberorum (introdotto a favore dei coniugi prolifici dalla legislazione matrimoniale augustea): *infra* n. 43.7.

15.3. Sul requisito dell'esistenza in rebus humanis cfr. Paul. D. 50.16.129: *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt*. Sul tema: Pugliese, *Il ciclo della vita individuale nell'esperienza giur. rom.*, in *AAC* 6 (1984) 55 ss. — 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 condizioni di vitalità. La «nascita» era segnata dal distacco del feto dall'alveo materno («*partus editus*»), mentre la «vita» effettiva era dimostrata da ogni sua manifestazione caratteristica, e perciò sopra tutto dal respiro o, nei neonati, dal primo vagito.

---

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, istituendo un minuzioso procedimento, da effettuarsi a richiesta dell'interessato (es.: il marito, un aspirante alla successione) per il controllo della gravidanza e del parto: l'«inspectio ventris». Cfr. D. 25.4 (*De inspiciendo ventre*), D. 25.5 e 6; cfr. anche Lenel, *EP*^{3} tit. 25 (p. 315 ss.). Sul tema: Metro, *La denegatio dell'editto «de inspiciendo ventre custodiendoque partu»*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 944 ss.; Gomez Iglesias, *«Nasciturus»* etc., in *SC.* 9-10 (1997-8) 281 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: Ambrosino, *Il requisito della vitalità per l'acquisto della capacità giuridica in dir. rom.*, in *RISG.* 15 (1940) 3 ss.; 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 emiserit*» (soluzione accolta da Giustiniano in C.I. 6.29.3). — Sui riti relativi alla nascita: Köves-Zulauf, *Römische Geburtsriten* (1990). Ivi anche particolari sul cerimoniale del «*tollere liberos*» (*infra* n. 42.3.1). — Sulla nascita ex iusto matrimonio: *infra* n. 42.3. — I registri della popolazione (cd. «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 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*; 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 cd. legittimi (a partire da Marco Aurelio, anche dei figli illegittimi) il *ius novum* fece un elemento probatorio di rilievo ai fini del riconoscimento dello stato di *civis Romanus*: il che, sopra tutto nelle province, era molto importante anche agli riguardi fiscali, perché i *cives* (e inoltre alcune categorie privilegiate di provinciali) erano esentati dall'imposta personale della «*capitatio*», che gravava sulla generalità (cfr. in proposito Ulp. D. 50.15.3 pr.: *Aetatem in censendo significare necesse est, quia quibusdam aetas tribuit, ne tributo onerentur* ecc.). 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) 65 ss.; Lanfranchi, *Ricerche sul valore giuridico delle dichiarazioni di nascita in dir. rom.* (1951); Weiss, *«Professio» und «testatio»* etc., in *BIDR.* 51-52 (1948) 315 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.; id., *Nouvelles observations sur les «professiones liberorum»*, in *St. Macqueron* (1970) 439 ss. Lo studio delle iscrizioni sepolcrali, numerosissime, conferma la poca cura che si aveva nella indicazione dell'età (la quale, in quelle iscrizioni, viene di solito esplicitamente o implicitamente arrotondata ad un multiplo di 5 o di 10): Suder, *L'utilizzazione delle iscrizioni sepolcrali romane nelle ricerche demografiche*, in *RSA.* 5 (1975) 217 ss. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni non mancano mai di provvedere all'organizzazione del cd. «stato civile» delle persone fisiche, registrandone nascita, cittadinanza, matrimoni, divorzi, morte ecc. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 449-455 cc.*

Quanto alla «vitalità», cioè all'attitudine a vivere dopo la nascita, essa era desunta principalmente dal fatto che il parto fosse stato un «*partus perfectus*», a séguito di gestazione regolare di almeno *sette mesi*. Siccome mancò in ogni tempo un sistema di pubblica «registrazione» obbligatoria delle nascite e delle morti, le une e le altre, in caso di incertezza o di contestazione, dovevano costituire oggetto di specifica prova.

15.3.1. Il rigore di questi princìpi 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 successione nei beni del *pater* defunto, nominandosi addirittura un curatore («*curàtor ventris*») per la conservazione ed amministrazione dei cespiti relativi; ma è 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: la quale, come vedremo tra poco, 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

---

15.3.1. Sulla rilevanza giuridica del concepimento: Albertario, «*Conceptus pro iam nato habetur*» (1923 e 1926), in *St.* 1 (1933) 1 ss., peraltro con esegesi ipercritica di alcuni testi; Castello, *Sulla condizione del figlio concepito etc.*, in *St. De Visscher* 3 (1950) 267 ss.; Meinhart, *D. 50.16.231 etc.*, in *ZSS.* 82 (1965) 188 ss.; 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 pr. — Sulla durata della gestazione (normalmente, da 182 a 300 giorni): *infra* n. 42.3. — Sulla *missio ventris in possessionem*, *infra* n. 29.3.1. — Ai nascituri («*postumi*» *adgnati*) poteva riservarsi una quota successoria mediante *testamentum*: v. *infra* n. 28.7. — Sulla rilevanza dell'aborto volontario («*partus abactus*») nel mondo greco-romano, da ultimo: Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco romano* (1971); id., *Aborto e omicidio nella civiltà classica*, in *ANRW*. 2.14 (1982) 366 ss. Pur ritenendosi da molti moralmente condannevoli le pratiche abortive, l'orientamento di gran lunga prevalente fu quello della irrilevanza *iure civili* dell'aborto, in quanto praticato su un *partus nondum editus* e cioè su un essere non ancora diventato soggetto giuridico. Solo sul piano della repressione criminale il procurato aborto fu punito *extra ordinem* nell'età dei Severi, ma lo fu solo se praticato per offendere il marito o per alterare l'ordine successorio: cfr. Marcian. D. 47.11.4, Ulp. D. 48.8.8, Tryph. D. 48.19.39.

infelice, che si presta alla falsa interpretazione di un riconoscimento, sia pur parziale, della capacità giuridica del concepito: «*conceptus pro iam nato habetur, quotiens de eius commodis agitur*» (il concepito vale come nato, tutte le volte che si tratti di favorirlo).

15.3.2. 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, sulla memoria del quale veniva quindi a ricadere l'*infamia* conseguente alla *missio in bona*.

15.4. Il requisito della libertà implicava che, per essere soggetti giuridici, occorresse appartenere alla categoria degli uo-

---

15.3.2. La prova della morte dei soggetti giuridici, non risultando da pubbliche registrazioni, doveva essere data da chi vi avesse interesse. — Problemi delicati sollevava la commorienza, cioè l'ipotesi che due o più soggetti morissero nella stessa contingenza (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 ritenere che i due o più fossero morti nello stesso istante. Solo in ordine all'ipotesi della morte del genitore e del figlio si profilò 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: Iavol. D. 34.5.22 (23): *Cum pubere filio mater naufragio periit, [cum explorari non possit, uter prior extinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse]*; Gai. D. 34.5.23 (24): *Si mulier cum filio impubere naufragio periit [, priorem filium necatum esse intellegimus]*. Sul tema: Jolowicz, *Some curiosities in the history of commorientes rule*, in *St. Schulz* 2 (1950) 289 ss.; Lambertini, *La problematica della commorienza* etc. (1984). — Sulla *missio in bona mortuorum* (e sulla connessa *bonorum venditio*): retro n. 11.5 e 6. La *missio* era motivata dal fatto che la situazione di insolvenza, di cui soffrivano attualmente i creditori, era stata provocata, col suo comportamento di cattivo amministratore, dal morto: giusto, dunque, che si procedesse alla *bonorum venditio* relativamente al patrimonio del morto e che sulla memoria del morto ricadesse l'*infamia*.

15.4. 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 quod 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 postclassica (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 ottenute dalla condizione dei *servi* già nel periodo classico, sino a Giustiniano, il quale dichiara che la schiavitù fu resa necessaria «*ab hostili ferocitate contra naturalem libertatem*» (Iust. C. 7.24.1). Su questi temi: Wirszubski, «*Libertas*», *Il concetto politico di libertà a Roma* etc. (tr. it. 1957); Crifò, *Su alcuni aspetti della libertà in Roma*, in AG. 154 (1958) 3 ss.; id., *Staatliche Ordnung* mini liberi, occorresse 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 (soprattutto tra il sec. IV a. C. e il sec. III d. 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*» («favore per la libertà»), in virtù del quale si ritenne opportuno risolvere i casi dubbi agevolando il riconoscimento o l'acquisto della libertà da parte di persone che fossero formalmente in stato servile e ponendo viceversa remore alla perdita di essa, quanto meno da parte dei cittadini.

15.4.1. Fatti costitutivi della libertà furono considerati: *a*) la nascita da madre che fosse stata libera, sia pur per un breve

---

und Freiheit, in ZSS. 92 (1975) 239 ss.; Biezunska Malowist, *Les hommes libres face à l'esclavage*, in *Index* 10 (1981) 3 ss. — Sulla schiavitù a Roma: *infra* n. 52. — La classicità del *favor libertatis*, come criterio direttivo della giurisdizione e della giurisprudenza, è stata vivacemente contestata dall'Albertario, *Schiavitù e «favor libertatis»*, in St. 1 (1933) 63 ss., ma a torto: Imbert, *«Favor lib.»*, in *RH*. 27 (1949) 274 ss.; Castello, *In tema di «f. lib.»*, in *SDHI*. 22 (1956) 348 ss.; Huchthausen, *Zum Problem der Freiheitsbegünstigung («f. lib.») im röm. R.*, in *PHIL*. 120 (1976) 47 ss.; Härtel, *Der «f. lib.» im ingenium Romanum etc.*, in *Index* 5 (1974-75) 181 ss. — Problema pratico e giuridico di grande delicatezza era quello dell'accertamento dello status libertatis nel caso che sorgesse il dubbio che un uomo libero fosse invece schiavo o che, viceversa, uno schiavo fosse invece libero: alla sua soluzione era intesa la c.d. «*causa liberalis*», sulla quale v. *infra* n. 52.3.1. Qui interessa rilevare che l'equivoco era nel mondo romano molto frequente: sia perché non esistevano sicuri segni distintivi della condizione di schiavo o di libero (colore della pelle, lingua, iscrizione in appositi registri); sia perché era molto diffuso il fenomeno dei «*servi fugitivi*», che (togliendosi il collare di ferro e la *bulla* indicativa del loro proprietario, nei rari casi in cui li avevano) si allontanavano dalla loro sede e si comportavano come uomini liberi (di uno di essi, Barbario Filippo [cfr. Ulp. D. 1.14.3 pr.] si racconta che si presentò addirittura alle elezioni e fu «designato» *praetor*, donde il problema se i provvedimenti da lui eventualmente emessi quale «magistrato di fatto» fossero o non fossero validi: v. da ultimo, Guarino, *La pretura di Barbario Filippo* [1988], in *PDR*. 3 [1994] 411 ss.); sia infine perché non mancavano i poveri in canna, i semplicioni o le vittime di azioni violente che prestavano opera di schiavi pur essendo in realtà liberi. — Sui problemi connessi alla condizione di servus fugitivus: *infra* n. 36.5.5. — Sulla singolare ipotesi del liber homo bona fide serviens: *infra* n. 52.3.2.

15.4.1. 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* [fra 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 dir. rom.*, in *St. Solazzi* [1948] 389 ss., che identifica la legge con la *lex Minicia*), i figli nascenti dall'unione di un uomo libero con una periodo soltanto, nel tratto di tempo tra il concepimento ed il parto; *b*) la «*manumissio*», cioè l'affrancazione dallo stato di schiavitù, su cui ci fermeremo parlando del requisito della cittadinanza. Gli esseri umani liberi dalla nascita si dicevano «*ingenui*»; i liberi a séguito di manumissione si dicevano «*libertini*» o «*liberti*».

15.4.2. Fatti estintivi della libertà furono: *a*) la «*captivitas*» («prigionia»), o più precisamente la caduta del cittadino in pri-

---

schiava, «*quam 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. 15.5. V. inoltre, per la struttura degli atti, *infra* n. 52. — Sugli ingenui cfr. ancora Marcian. D. 1.5.5.2, e v. Longo, sv. *Ingenui*, in *NNDI*. — Sui libertini: *infra* n. 16.2. — Anche speciali provvedimenti di governo potevano talvolta far acquistare la libertà agli schiavi. V. *infra* n. 52.3.3.

15.4.2. Sui fatti estintivi della libertà (e quindi costitutivi della schiavitù) di una persona vivente: *infra* n. 52. — Sulla captivitas e sul ius postliminii cfr. D. 49.15, CI. 8.50 (51). In argomento: Bechmann, *Das «ius postliminii»* (1872); Guarino, *Giavoleno e il «i. p.»* (1941), in *PDR*. 5 (1994) 168 ss.; Imbert, *«Postlim.»* (1944); Amirante, *«Captivitas» e «p.»* (1950); [illegible], *Il matrimonio del prigioniero in d. r.*, in *SDHI*. 58 (1992) 85 ss.; Cursi, *La struttura del «p.» nella repubblica e nel principato* (1996), con bibl. 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 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: Solazzi, *La pendenza dei diritti nelle fonti romane* (1953); id., *Il «ius postliminii» in Gai 1.129* (1954), in *Scr.* 5 (1972) 431 ss. e 6 (1972) 619 ss., con indicazione di altri scritti in argomento dell'autore; Amirante, *Ancora sulla «captivitas» ed il «p.»*, in *St. De Francisci* 1 (1956) 519 ss.; id., *Gai 1.135: appunti per la storia del dogma della pendenza*, in *BIDR*. 71 (1961) 109 ss.; id., *Pendenza e prigionia di guerra*, in *Labeo* 9 (1963) 23 ss.; Gioffredi, *Sul «i. p.» I. La struttura dell'istituto*, in *SDHI*. 16 (1950) 13 ss.; Bona, *Sull'«animus remanendi» nel postliminio*, in *SDHI*. 27 (1961) 185 ss.; Maffi, *Ricerche sul «p.»* (1992); [illegible], *«Et perrui postliminium dicitur»*, in *St. Waldstein* (1993) 331 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. V. anche *infra* n. 41.4 (a proposito della coabitazione dei coniugi). — Dubbia la classicità del concetto di postliminium in pace, relativo all'ipotesi (peraltro non infrequente già prima dell'età postclassica) di chi fosse caduto in prigionia non di veri e propri nemici (*hostes*), ma di gente estranea alle relazioni con i Romani. Su di esso cfr. principalmente Pomp. 37 *ad Q. Muc.* 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*. Il sospetto che il testo sia interpolato si basa sul fatto che altrove Pomponio (2 *ad Q. Muc.* D. 50.16.118) definisce i non *hostes* come «*latrones*» o «*praedones*», cioè come briganti (su questi ultimi: Manfredini, *Voleurs, brigands et légitime défense en dr. rom.*, in *RHD*. 74 (1996) 505 ss.). Tuttavia Ulp. D. 49.15.24 (cfr. anche Paul. D. 49.15.19.2) esplicitamente afferma che «*qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est*»: è evidente, dunque, il riferimento del passo alla categoria delle popolazioni cd. barbare («*barbari*»). Sul tema: Bona, *«Postliminium in pace»*, in *SDHI*. 21 (1955) 249 ss. — Si usa parlare di gionia di guerra presso popolazioni straniere («*reductio civis in captivitatem*»); *b*) certe condanne penali o certi provvedimenti normativi intesi a punire con la schiavitù le malefatte di un cittadino. In ordine alla *captivitas*, ch'era una situazione non irreversibile e che, comunque, era ovviamente guardata con sfavore, intervennero tuttavia, a mitigarne gli effetti per i cittadini romani, due istituti caratteristici: *a*) il *ius postliminii*; *b*) la *fictio legis Corneliae*. Il «*postliminium*» («postliminio») o «*ius postliminii*» era un vecchio principio consuetudinario in forza del quale, se il cittadino riusciva a sottrarsi alla prigionia ed a rientrare entro i confini (entro i *limina*) di Roma, la sua *capitis deminutio* (*maxima*) veniva considerata nulla: quindi, egli riacquistava tutte le situazioni giuridiche (attive o passive) di cui era stato titolare in precedenza, così come se lo stato di prigionia non avesse mai avuto luogo. La «*fictio legis Corneliae*» («finzione della legge Cornelia») 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*: per evitare che il testamento di lui fosse dichiarato nullo essendo egli defunto 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 capacità di fare testamento.

15.3. Il requisito della cittadinanza romana comportava che, per essere soggetti giuridici, si appartenesse alla catego-

---

postliminium rerum in ordine alle «*res quae postliminio redeunt*» ai loro proprietari quando sia cessata un'*occupatio bellica*: cfr. Paul. D. 49.15.19 pr. Sul tema: Cursi, cit. 243 ss., con bibl. — Sulla piaga dei latrones e sui mezzi posti in opera per combatterla: Giuffrè, «*Latrones desertoresque*», in *Labeo* 27 (1981) 214 ss., con bibl.; Manfredini, *Municipi e città nella lotta ai «latrones»*, in *AUFE*. 6 (1992) 23 ss. — Sulla fictio legis Corneliae: Balogh, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes*, in *St. Bonfante* 4 (1930) 623 ss.; Wolff (H.J.), *The «lex Cornelia de captivis» and the Rom. l. of succession*, in *T.* 17 (1941) 136 ss. Generalizzato da Giustiniano è l'insegnamento di Ulp. 35 *Sab.* D. 49.15.18: [*In omnibus partibus iuris*] *is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.*

15.3. Sulla cittadinanza: Sherwin-White, *The Roman citizenship* (1939); Castello, *L'acquisto della cittadinanza e i suoi riflessi nel dir. rom.* (1951); Levy (E.), «*Libertas*» *and* «*civitas*» (1961), in *Sch.* 2 (1963) 3 ss.; Gioffredi, *Libertà e cittadinanza*, in *St. Betti* 2 (1962) 511 ss.; Luraschi, *Sulle «leges de civitate» etc.*, in *SDHI*. 44 (1978) 321 ss.; Id., *La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo della repubblica*, in *SDHI*. 61 (1995) 17 ss.; Balestri Fumagalli, «*Libertas id est civitas*», in *Labeo* 33 (1987) 61 ss. Per un quadro generale: Nicolet, *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma* (1976; tr. it.² 1999); Capogrossi Colognesi, *Cittadini e territorio* cit. (2000). — Il complesso delle situazioni attive e passive connesse alla qualifica di *civis Romanus* prendeva il nome di «*ius Quiritium*» o di ius Romanorum. Il ria dei *cives Romani*, cioè non si fosse 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, sí 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 salve poche eccezioni.

15.5.1. Fatti costitutivi della cittadinanza romana (*civitas Romana*) furono: *a*) la nascita da *matrimonium iustum* tra due

---

quale andava, in quanto tale, distinto dal «*ius Latinum*» e dal «*ius Italicum*» (qualifiche privilegiate di *peregrinitas*: *infra* n. 16.3). Le capacità più caratteristiche del *civis Romanus* erano: *a*) il «*ius honorum*»; *b*) il «*ius suffragii*»; *c*) il «*ius connubii*» (che comportava la possibilità di contrarre *iustae nuptiae* con altri cittadini romani); *d*) 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 specie ai *Latini*. Sul tema: Guarino, «*Commercium*» e «*ius commercii*», in *Le origini quiritarie* (1973) 246 ss. — Sulla constitutio Antoniniana e sui problemi connessi: Guarino, *SDR.* n. 160; Sasse, *Die «Const. Antonin.»* (1958); Herrmann, *Ueberlegungen zur Datierung der «const. Antonin.»*, in *Chiron* 2 (1972) 519 ss.; Sherwin-White, *The «tabula» of Banasa and the «const. Antonin.»*, in *JRS.* 63 (1973) 86 ss.; Wolff (H.), *Die «const. Antonin.» und Papyrus Gissensis 40.I*, 1. *Teil* (1976). 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 testo completo della costituzione era probabilmente riportato, in lingua greca, dal PGiess. 40.I, 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 considerati i soli *Latini prisci* ed i *peregrini alicuius civitatis*, mentre erano esclusi dalla concessione i *peregrini dediticii* e i *dediticiorum loco* (*infra* n. 16.3.2); 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, discussissimo, 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*»): Thomas (Y.), *Origine et commune patrie* (1996).

15.5.1. Sui fatti costitutivi della civitas Romana v. particol. Castello, *Commissio* 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. 16.3), istituendo una *quaestio* criminale per l'usurpazione della cittadinanza da parte degli stranieri; e ancora, la *lex Minicia de liberis* (pur essa anteriore alla cd. «guerra sociale»: Castello, *La data della l. Minicia*, in *St. Arangio-Ruiz* 3 [1953] 301 ss.; Luracittadini romani (romani almeno al momento del concepimento), oppure tra un cittadino romano al momento del concepimento ed una straniera munita di «*conubium*» (capacità al matrimonio) con i Romani; *b*) la nascita non *ex iusto matrimonio* da madre romana al momento del parto; *c*) la «*civitatis donatio*» («concessione della cittadinanza»), cioè la naturalizzazione concessa dagli organi di governo della *respublica* a singoli stranieri o ad intere categorie di stranieri; *d*) la manumissione dalla schiavitú, purché fosse una «*manumissio iusta ac legitima*», cioè operata nelle forme antiche e tradizionali, di cui parleremo piú in là, della *manumissio testamento*, della *manumissio censu* o della *manumissio vindicta*.

13.5.2. Fatti estintivi della *civitas Romana* furono: *a*) quelli stessi che valevano a far estinguere la *libertas* (ond'è che, di re-

---

schi, *Sulla data e sui destinatari della «lex Min. de liberis»*, in *Ric. Scient.* 3 (1976) 97 ss.) stabilí, non soltanto che il figlio di una romana e di un peregrino privo di *conubium* fosse *peregrinus*, ma anche che fosse *peregrinus* il figlio di un romano di sesso maschile e di una peregrina priva di *conubium*, pur se la donna fosse divenuta romana al momento del parto (cfr. Gai 1.78-79; Ulp. 5.8). Dopo la «cd. guerra sociale» (la rivolta degli alleati [*socii*] italici desiderosi di ottenere la cittadinanza e conclusasi col cedimento di Roma tra il 90 e l'88 a. C.: Guarino, *SDR.* n. 81), 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 *liberti*, dall'altro furono progressivamente ridotte le difficoltà che si frapponevano agli stranieri per il conseguimento della *civitas*. Difatti: *a*) un *senatusconsultum* proposto da Adriano stabilí che il nato da un latino e da una romana fosse cittadino romano (cfr. Gai 1.80); *b*) 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; *c*) un altro senatoconsulto di età adrianea ammise la «*erroris causae probatio*» (cfr. Gai 1.67 ss.), 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 stessa moglie; *d*) per concessioni *ad personam*, i *milites* congedati con *missio honesta* (congedo con onore) conseguirono progressivamente il 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: Volterra, *Un'osservazione in tema di «tollere liberos»*, in *St. Schulz* 1 [1951] 388 ss.). — Sull'*erroris causae probatio*: Terreni, *Gaio e l'«e. c. p.»*, in *Labeo* 45 (1999) 333 ss. — Sul *tollere liberum*: *infra* n. 42.3.1. — Sulla *manumissio iusta ac legitima*: *infra* n. 32.4. L'effetto di far acquistare non solo la libertà, ma anche la cittadinanza romana allo schiavo, che solitamente era uno straniero, si spiega come conseguenza del fatto che la *manumissio* sorse prima del diffondersi della schiavitú, allo scopo limitato di liberare dalla *manus* sottoposti, acquistati da altre famiglie (i cd. «*liberi in mancipio*»), che già appartenevano al mondo romano. Sul punto: Guarino, «*Addicti*» e «*servi*» (1979), in *PDR.* 4 (1994) 117 ss.

13.5.2. Sui *fatti estintivi della civitas Romana*, in generale: Mitteis, *RPR.* 123 ss. — Sull'*exilium*: Crifò, *Ricerche sull'«exilium» nel periodo repubblicano* 1 (1961). — Sull'*aqua et igni interdictio* e sulle altre gola, si perdeva in una sola volta la *civitas libertasque*); *b*) lo stabile e volontario abbandono del patrio suolo da parte del cittadino (cd. «*exsilium*»), che ammetteva peraltro il riacquisto delle situazioni giuridiche a titolo di postliminio in caso di concessione del suo ritorno in patria; *c*) la solenne «*aqua et igni interdictio*» («interdizione dall'acqua e dal fuoco») da parte dei comizi, e più in generale la dichiarazione di «*homo sacer*» oppure di «*hostis publicus*»: in forza di che, se si varcavano i confini di Roma, non solo non si riacquistava la soggettività giuridica perduta, ma si era esposti alla libera aggressione mortale di qualunque cittadino romano.

15.6. Il requisito dell'autonomia familiare consisteva nell'essere esente dalla subordinazione alla *patria potestas*, alla

---

proscrizioni di carattere religioso («*sacertas*») o di carattere politico («*hostis publicus*» ecc.); Fiori, «*Homo sacer*» (1996), con bibl.; Cantarella, *La sacertà* etc., in *Op. Magdelain* (1998) 47 ss. Va notato che in periodo classico l'*aqua et igni interdictus* non fu più esposto alla aggressione degli ex-concittadini, ma fu spesso sottoposto alla pena pubblica della deportazione a vita in luogo isolato («*deportatio in insulam*»). — Un singolare fatto estintivo della *civitas Romana* era costituito dalla deductio in coloniam Latinam: quando Roma costituiva *coloniae Latinae* (v. *infra* n. 17.2.1), i Romani che si trasferivano in esse diventavano *Latini* (cfr. Gai 1.131). — Sulla apolidia: Volterra, *Gli* ἀπόλιδες *in dir. rom.*, in *Op. Messineo* (1959) 471 ss.; Lemosse, *Brèves remarques sur les* ἀπόλιδες, in *St. clasice* (1965) 49 ss. — Postilla. *La «cittadinanza» (anche detta, spesso, «nazionalità») è oggetto di regolamenti approssimativamente (ma non del tutto) conformi da parte degli ordinamenti giuridici moderni. Per il diritto italiano vigente cfr. l. 15 febbraio 1992 n. 91 (e relativo regolam. di attuaz. del d. pres. 12 ottobre 1993 n. 572), tenendo altresì presente che è in via di formazione una «cittadinanza europea» connessa alla UE (su cui retro n. 14.5).*

15.6. Sull'autonomia familiare cfr. 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 manu, aliae in mancipio 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 cfr. Ulp. D. 50.16.195.2: ... *pater familias appellatur, qui in domo dominium habet* ..., *quamvis filium non habeat* (ove, sia pure 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 *mulieres alieno iuri subiectae*). Più spesso esso ricorre per designare la *uxor* del *paterfamilias*, da questo incaricata di presiedere all'amministrazione domestica pur se priva di soggettività giuridica perché *in manu* di lui. Stando a Cic. *top.* 14 (ma cfr. anche Serv. *ad Aen.* 11.581), l'uso (probabilmente più antico) era di riferire il termine alle sole donne *in manu*: *genus enim est uxor; eius duae formae: una matrum familias, eae sunt, quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantummodo uxores* (cioè *sine manu*) *habentur*. Comunque la decadenza della *conventio in manum* (per la quale v. *infra* n. 49.2.2) fece impallidire la distinzione riferita da Cicerone. In età classica per *materfamilias* si intendeva genericamente la «*matrona*», vale a dire la donna di specchiati costumi (cfr. Ulp. D. 50.16.46.1: *eam, quae non inhoneste vixit* ..., *nam neque nuptiae neque natales faciunt matremfamilias, sed boni mores*). Sul punto: Carcaterra, «*Materfamilias*», in *AUBA.* 1940; Wolodkiewicz, «*Materfam.*», in *CPH.* 1964; Fiori, «*Materfam.*», in *BIDR.* 96-97 (1993-94) 455 ss.; Chiusi.

manus maritalis, al *mancipium* altrui: cioè nel non trovarsi nello stato di *filius familias*, di *mulier in manu*, di *liber in mancipio*. Chi (maschio o femmina) godesse di autonomia familiare era detto «*persona sui iuris*» (o, più concisamente, «*sui iuris*»), persona appunto giuridicamente autonoma, in contrapposto alle «*personae alieni iuris*», cioè ai subordinati ad altrui *potestas*. Tuttavia solo chi fosse maschio poteva avere sotto la sua *potestas* altre persone libere (*filii familiarum*, *mulieres in manu*, *liberi in mancipio*), ed appunto perciò egli veniva solitamente anche denominato «*paterfamilias*»: le femmine, che nei tempi più antichi (cioè nel sistema del *ius Quiritium*) erano state addirittura considerate soltanto *alieni iuris*, mancavano della titolarità di ogni potestà familiare. Pertanto, almeno a partire dal periodo preclassico, il diritto privato prese a differenziarsi radicalmente dal diritto pubblico anche per il fatto di riconoscere una limitata soggettività alle persone di sesso femminile, e di esigere per la soggettività giuridica delle persone di sesso maschile e femminile un requisito (quello di non essere *in potestate*, *manu mancipiove*) che il *ius publicum* non richiedeva.

15.6.1. La ragione di questa peculiarità del diritto privato romano va ricercata nella storia (in certo senso, singolare) dell'isti-

---

«*Mores*» e «*interpretatio prud.*» *nelle definiz. di «materfam.» etc.*, in *St. Gallo* 1 (1997) 303 ss. — In ordine alla donna sui iuris si diceva «*mulier autem familiae suae et caput et finis est*» (Ulp. D. 50.16.195.5), e cioè che essa era principio e fine della sua *familia* (intesa questa nel senso di aggregato di persone libere).

15.6.1. Sulla *familia* romana: retro n. 4.2 e, più diffusamente, *infra* n. 39 ss. — Si avverta che il termine «*familia*» ebbe nelle fonti romane varie accezioni, per se tutte determinate da un'unica origine storica dell'istituto: *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* n. 15.6.4); *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 urbana*» e nella «*familia rustica*», Pomp. D. 50.16.166). Giustiniano, culminando una evoluzione tipicamente postclassica, intese per *familia* (quanto meno in ordine all'ipotesi di un fedecommesso fatto «*familiae suae*»: *infra* n. 33.7) tutti i parenti di sangue, gli affini e i liberti (o i patroni). — Sulle origini del nome (a nostro avviso dall'etrusco «*fame*», che è lo stesso di «*domus*»): Henrion, *Des origines du mot «familia»*, in *AC.* 10 (1941) 37 ss. e 11 (1942) 253 ss., ivi altra bibl. — Sul particolare ordinamento della *familia*, anche dal punto di vista sociologico, e con sguardo comparativo: Westrup, *Introduction to early Rom. L. The patriarchal joint family*. 3 voll. (1934-44); Volterra, *Sui «mores» della «fam.» romana*, in *RAL.* 1940.50 (ivi bibl.). La ricostruzione della *familia* arcaica da noi accolta è sostanzialmente quella del Bonfante. Al proposito, v. la polemica tra il Voci, *Esame delle tesi del Bonfante sulla «fam.» romana arcaica*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 101 ss., nonché *Qualche osservazione sulla familia romana arcaica*, in *SDHI.* 19 (1953) 307 ss., e il Betti, *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla «fam.» romana arcaica*, in *SDHI.* 18 (1952) 241 ss., e *Wesen des altrömischen Familienverbands*, in *ZSS.* 71 (1954) 1 ss., il quale difende la visione bonfantiana. Penetranti tuto familiare in Roma. Quivi, come abbiamo segnalato a suo tempo, il carattere di microrganismo politico-economico, cioè sovrano, che la *familia* aveva avuto in età precivica, non svanì rapidamente, come generalmente altrove, per effetto dell'assorbimento delle *familiae* prima nelle *tribus* e poi nella *civitas*: la *civitas*, infatti, 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» della comunità. Le *familiae* divennero, in altri termini, una sorta di «enti parastatali», aventi 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 originaria: perdurò, quanto al *ius privatum*, pur con molte successive attenuazioni, sino a Giustiniano; venne invece quasi totalmente meno, quanto al *ius publicum*, già a partire dagli ultimi tempi del periodo arcaico, cioè sin da quando divenne fulcro dello stato l'esercito centuriato, costituito da *patres* e da *filii* (maschi) sostanzialmente equiparati tra loro nelle funzioni di governo e difesa della *civitas*. Dal loro canto, le donne fruirono di riflesso di questa evoluzione, rimanendo in ogni tempo escluse dai comizi e dalle magistrature, ma acquistando anche esse una capacità, sia pur limitata, di rapporti giuridici privati.

15.6.2. Fatti costitutivi dell'autonomia familiare furono: *a*) la nascita al di fuori di una *familia* e quindi al di fuori di ogni *patria potestas* altrui; *b*) la cessazione della *potestas* familiare cui

---

osservazioni su tale questione anche in: Albanese, *La successione ereditaria in dir. rom. antico*, in *AUPA*. 1949, spec. 43 ss. V. retro n. 4.2.1.

15.6.2. Sui fatti costitutivi dell'autonomia familiare: *infra* n. 49 (a proposito dei fatti estintivi e costitutivi della *potestas*). Va solo aggiunto che i *liberi in mancipio* acquistavano la libertà per affrancazione (*manumissio*: retro n. 15.5.2); 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*. — Sui *vulgo concepti* cfr. Mod. D. 1.5.23: *Vulgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet. qui et spurii dicuntur παρὰ τὴν σποράν (i.e.: a generando)*. Hanno padre «illecito» i nati da unioni incestuose od equiparate, cfr. Gai 1.64. V. anche *infra* n. 45.11.2. Sul tema: Beltrami, *Il sangue degli antenati etc.* (1998). — Del tutto singolare la situazione giuridica dei figli di ignoti, cioè dei cd. «trovatelli» (esposti dalla nascita), di cui non si conoscessero né padre né madre. Non li si poteva evidentemente considerare né cittadini né liberi: dunque la regola era che chi li ritrovasse e li allevasse (il cd. «nutritor») li trattasse come suoi schiavi, con tutte le conseguenze (spesso spiacevoli) del caso. Sul tema: Memmer, «*Ad servitutem aut ad lupanar...*» etc., in ZSS. 108 (1991) 21, con bibl.; Frey, *Das Pflegekind in der Rechtsgeschichte* (1996). Non era da escludere, peraltro, che ad un certo momento si presentassero sulla scena la vera madre o addirittura il vero padre (quest'ultimo in quanto avesse ordinato, a suo tempo, l'esposizione del figlio o della figlia): in tal si fosse subordinati, il che poteva avvenire per morte o *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 *pater familias* romano premorto al momento della loro nascita, oppure figli di madre romana non unita in *iustum matrimonium* con l'altro genitore («*vulgo concepti*»).

15.6.3. 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*.

15.6.4. A completamento dei cenni sul sistema familiare romano è indispensabile tener presente che la «parentela naturale»

---

caso il trovatello poteva, attraverso un processo di libertà, essere riconosciuto come *vulgo conceptus* (quindi come *sui iuris*) o come figlio (ed erede) dal padre che lo aveva esposto. Su ciò v. *infra* n. 39.7.4.

15.6.3. Sui fatti estintivi dell'autonomia familiare: *infra* n. 40.3.3.

15.6.4. La cognatio (termine derivante da «*cum nasci*», nascere da un ceppo biologico comune) aveva rilievo, nei tempi più antichi, solo nella sfera del *fas*, il quale vietava come *incestae* le «nozze» (o piuttosto le unioni) 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 (*infra* n. 23.4.1); così, ancora, della *cognatio* tenne conto il *praetor* in materia di *bonorum possessio ab intestato* (*infra* n. 29.3.3). — La «cognatio recta», era costituita da ascendenti e discendenti. Da essa si distingueva 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, escludendo 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. Cfr. Gai 1.156 (riportato *infra*); I. 3.6; D. 38.8.1; D. 38.10.1; D. 38.10.4; PS. 4.11 (*Tractatus de gradibus cognationum*); Nov. 118. Sul tema: Maschi, *La concezione naturalistica del diritto etc.* (1937) 143 ss.; Castello, *Studi sul dir. familiare e gentilizio rom.* (1942) 123 ss.; Guarino, *Questioni intorno a Gai 3.10* (1944), in *PDR.* 5 (1995) 89 ss.; Scherillo, *Sul «Tractatus de gradibus cognationum»* (1933), in *Scr.* 1 (1992) 317 ss. Contro la dottrina dominante, che limita la *cognatio* al settimo grado (cfr. D. 38.10.4 pr.): Perozzi, *Circa il limite della cognazione in Roma* (1900), in *Scr.* 3 (1948) 65 ss. — Connessa alla *cognatio* era l'adfinitas derivante da *matrimonium iustum*: *infra* n. 42.3.7 e 42.4. — Sull'adgnatio v. retro n. 4.2 e cfr. Gai 1.156: *Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus* (zio paterno) *et patrui 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* (zio materno) *et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. item amitae* (zia paterna), *materterae* (sorella della madre) *filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et invicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur patris, non matris familiam secuntur*; Gai 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* (cioè la consanguineità) tra i membri della *familia* (cd. «*cognatio*») aveva, salvo eccezioni, un rilievo puramente sociale. Dal punto di vista del diritto rilevava essenzialmente la «dipendenza» dei componenti dal *paterfamilias*. Tuttavia, quando i sottoposti erano anche parenti naturali del *pater*, od erano ai parenti espressamente parificati dall'ordinamento, la dipendenza familiare era graduata sulla falsariga della *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 parificate alle figlie, *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 comprensibile che di essa si conservasse a lungo il ricordo. Pertanto, alla *familia* in senso proprio o stretto («*familia proprio iure*») i giuristi classici giustapposero quella in senso lato («*familia communi iure*», anche detta, con ricorso improprio ad una vecchia terminologia, «*gens*»), la quale era costituita da tutti coloro che si sarebbero trovati sotto la *potestas* di un certo capostipite, se questi non fosse venuto meno per morte o *capitis deminutio*: il che aveva, come vedremo nei luoghi opportuni, le sue ripercussioni in tema di *successio ab intestato*, di *tutela*, di *cura*.

---

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. Qua 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. Sul tema: Guarino, «*Sui* e *agnati* nelle «*XII Tabulae*» (1949), in *PDR.* 4 (1994) 128 ss.; Solazzi, «*Adgnati*» (1950), in *Scr.* 5 (1972) 261 ss. Contro la tesi di una limitazione dell'*adgnatio* al settimo o a qualunque altro grado: Guarino, «*Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis*» etc. (1944), in *PDR.* 5 (1994) 392 ss.; Id., *Sui gradi dell'«adgnatio»* (1946), in *PDR.* 6 (1995) 101 ss. — Per la distinzione della *familia proprio iure* dalla *familia communi iure* cfr. 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... 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, qui 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 loro componenti (cd. «*nomen gentilicium*»: v. *infra* 15.7). Sul tema: Franciosi, *Famiglia allargata e «fam. communi iure» etc.*, in *SDHI.* 60 (1994) 597 ss. — *Liberi* venivano anche usualmente chiamati i sottoposti liberi e in particolare i discendenti dal *pater*. Cfr. Call. D. 50.16.220. V. *infra* n. 29.3, 39.1.

15.7. La **identità del soggetto giuridico**, cioè la distinzione di lui dagli altri soggetti dell'ordinamento, era accertata dal diritto (pubblico e privato) solo in minima parte, particolarmente attraverso le operazioni di periodico censimento. Per la parte di gran lunga maggiore, l'identificazione del soggetto (quanto alla nascita, quanto alla denominazione, quanto alla morte e così via) era rimessa al controllo sociale e dipendeva, in sede amministrativa e giudiziaria, o da una non contestata «notorietà» o da *testationes* (cioè da documenti testimoniali) raccolte tra persone degne di fede. Quanto agli indici preminenti di identificazione, essi erano tre: *a*) la denominazione; *b*) la sede; *c*) l'attività economica esercitata.

15.7.1. La «denominazione individuale» del soggetto era costituita non solo e non tanto dal nome specifico della persona

---

15.7. Le operazioni di censimento, effettuate sin dall'epoca arcaica (in modi peraltro approssimativi), ebbero il loro periodo di maggior fioritura nell'età preclassica (quando ad esse provvedeva, ogni cinque anni, l'apposita magistratura dei *censores*) e si mantennero importanti nell'età del principato (quando ad esse provvidero, sia pure meno regolarmente, i *principes* in luogo dei censori). La crisi del sec. III, la estensione della cittadinanza a quasi tutti gli abitanti dell'impero, il decentramento di questo in province e in *civitates* spesso lontanissime da Roma e dall'Italia, la articolazione e le tensioni più apparenti che reali del dominato imperiale contribuirono, in età postclassica, a rendere le operazioni di censimento molto rare, sporadiche nei luoghi ed approssimative nei dati: al punto che può dirsi, senza tema di esagerare, che l'impero romano postclassico ebbe una conoscenza molto vaga di se stesso e che la ricognizione della popolazione, sollecitata dall'interesse alla percezione dei tributi, fu operata (in modi però non sempre uguali e, sopra tutto, non sempre sufficientemente penetranti) essenzialmente dalle autorità locali (governatori delle province e autorità municipali). Comunque, il tema non è stato ancor oggi, in sede di storiografia generale o di storiografia giuridica, approfondito in misura soddisfacente. — Conosciuti e praticati sin dal periodo del principato furono i registri della popolazione, in cui si segnavano, su richiesta degli interessati, le nascite e talvolta anche le morti: v. *retro* n. 15.2. Tuttavia, a completamento di quanto si è già detto in proposito, va segnalato che la pratica dei registri non fu attuata dovunque (per quel che sappiamo, ebbe luogo quasi esclusivamente in Egitto ed in qualche altra provincia) e va ribadito inoltre che la registrazione non fu obbligatoria per i cittadini: dunque, la registrazione era effettuata, là dove era effettuata, su libera richiesta di chi vi avesse interesse, e quindi a titolo di surrogazione (con un mezzo di prova più autorevole) della *testatio* privata, resa cioè da cittadini privati, cui solitamente si ricorreva in ogni campo a fini di prova (v. *infra* n. 22.4).

15.7.1. Sulla denominazione individuale dei soggetti giuridici e degli individui in genere: Mommsen, *Die römischen Eigennamen*, in *Schr.* 4 (1906) 404 ss., 465 ss.; Doer, *Die römische Namengebung* (1937), con bibl.; Lanfranchi, «*Lustratio*» e «*nominis impositio*», in *Synt. Arangio-Ruiz* (1964) 384 ss.; Kajanto, *Latin cognomina* (1965). Ciascun romano aveva un *nomen* (da *noscere*), quale segno distintivo della sua identità, ma si trattava essenzialmente di un uso sociale. — Per gli individui maschi si pervenne in epoca preclassica all'uso dei tria nomina: il *praenomen*, o nome individuale, che distingueva il soggetto da altri membri della famiglia (es.: *Marcus*); il *nomen gentilicium* 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 do-

(cd. «*praenomen*»: es., *Titius*, *Caius*), ma anche e sopra tutto dal «*nomen familiae*», cioè dal nome della *familia* di cui il soggetto era a capo: nome di solito corrispondente (salvi i casi in cui il soggetto fosse figlio di padre ignoto) al *nomen* della *familia communi iure* di cui il soggetto era discendente agnatizio, cioè al cd. «*nomen gentilicium*». Ma si avverta che questa struttura minima della denominazione individuale variò e si complicò attraverso i secoli in modi diversi, che qui non mette conto di specificare, a seguito di ramificazioni, di adozioni, di parentele

---

correnti ufficiali, indicare anche la provenienza e filiazione (es.: *Cornelia 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 solo il nome individuale, seguito dall'indicazione della condizione servile: es., *Hermodorus Iulii Marci* (*servus*). Le persone di sesso femminile erano solitamente indicate col nome gentilizio al femminile: es., *Cornelia*, *Iulia* (ed eventualmente: *Cornelia prima*, *secunda*, *tertia* ecc.). Per gli adottati v. *infra* n. 40.4. — Il *nomen gentilicium* non faceva riferimento alla «*gens*» nel senso arcaico del termine, cioè nel senso di gruppo, di «clan» costituito dagli antichi *Quirites* o *patricii* (v. *retro* n. 4.2), e non anche dai *plebei*. A nostro avviso, è altamente verosimile, anche se da alcuni contestato (in proposito, da ultimo: Falcone, *Liv. 10.8.9*: «*plebeii gentes non habent?*», in *SDHI*. 60 [1994] 613 ss., con bibl.), che l'estraneità dei plebei all'organizzazione per *gentes* risulti abbastanza chiaramente da Liv. 10.8.9, da Gell. 10.20.5 (che riporta l'insegnamento di Capitone) e da Gell. 17.21.27. Di «*gentes*» si parlò in epoca storica anche per i *plebei*, ma solo con allusione alle *familiae communi iure* di particolare rilievo sociale, equivocando con le genuine *gentes* quiritarie. — Già in periodo classico, ma sopra tutto in periodo postclassico, si verificò una degenerazione dei modi tradizionali di denominazione dei cittadini, anche a causa della varietà delle province e del prevalere degli usi locali su quelli romani. Seguire la storia di queste vicende e individuarne i diversi criteri direttivi è compito (finora non molto largamente assolto) della storiografia specificamente sociale. A noi basta qui segnalare che all'ordinamento romano fu sempre quasi del tutto estranea la concezione moderna (v. ad es. a. 7-10 c.c. italiano) della tutela accordata ai cd. «diritti della personalità», quali il diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine, alla riservatezza della vita privata ecc.: v. anche, per qualche considerazione in materia: Gaudemet, *Les «droits de l'homme» ont-ils été reconnus dans l'Empire romain?*, in *Labeo* 33 (1987) 7 ss.; Bauman, *Human rights in ancient Rome* (2000). Il massimo cui si giunse, nel corso del periodo classico, fu di ritenere estensivamente applicabile la *lex Cornelia de falsis* dell'81 a. C. (con relativa gravissima sanzione criminale) a chi si fosse attribuito un falso *nomen* o *cognomen* allo scopo di realizzare un illecito guadagno (per esempio, un acquisto patrimoniale a titolo successorio): cfr. PS. 5.25.11, Pap. D. 48.10.13 pr. e v. Solinas, *Cenni sull'onomastica romana e sulla «lex Cornelia de falsis»*, in *Om. Pastori* (1995) 281 ss. Al di fuori di queste ipotesi estreme, il cittadino era libero (sebbene la cosa fosse inusuale) anche di cambiare la sua denominazione personale (cfr. Diocl. et Maxim. a. 293 in C.I. 9.25: *Sicut initio nominis praenominis cognominis recognoscendi singulos impositio privatim libera est, ita horum mutatio innocentibus periculosa non est. ecc.*). — Mezzo sussidiario di identificazione era l'anello con sigillo, che si usava portare all'anulare sinistro e sostituiva la moderna firma autografa: cfr. Capito in Macr. *Saturn.* 7.13.12 (*veteres non ornatus sed signandi causa anulum secum circumferebant*). Sembra riferirsi in qualche modo a ciò Plin. n. h. 33.6.28, su cui: Albanese, «*Sponsio anulo exibente*», in *AUPA*. 41 (1991) 5 ss. Con la morte del soggetto, l'*anulus signatorius* veniva solitamente spezzato; vi si ricorreva anche a causa della larga diffusione dell'analfabetismo: v. *infra* n. 77.2.3.

vantate e di altre consimili vicende. L'uso preclassico fu quello detto dei «*tria nomina*» (prenome, nome gentilizio e un *cognomen* indicativo del ramo familiare cui il cittadino appartenesse); ma successivamente, cioè in periodo classico e postclassico, le denominazioni individuali tesero ad essere moltiplicate in più lunghe sequele di prenomi, di nomi e sopra tutto di cognomi.

15.7.2. La «sede» del soggetto giuridico e della sua *familia* era data, in età preclassica e ancora in buona parte dell'età classica, dalla *tribus* territoriale (sul totale di 35) cui il soggetto, pur se residente in zone italiche ed extraitaliche lontanissime, era formalmente iscritto. Ma col tempo, nel venir meno dell'uso di riunire la cittadinanza in assemblee politiche e nel prevalere del decentramento dell'*imperium Romanum* in province e in *municipia* ivi situati, l'appartenenza alle tribù cittadine cedette il passo ad un criterio più realistico (e più atto ad individuare quali fossero i cittadini tenuti alle gravose prestazioni dei «*munera*», cioè degli oneri patrimoniali o personali richiesti loro dalle diverse città): il criterio del «*domicilium*», vale a dire del

---

15.7.2. Sulle tribus cittadine: Guarino, SDR. n. 28, 88. Il numero di tali tribù si fermò a 35 (di cui 4 *urbanae* e 31 *rusticae*) con le estensioni territoriali dell'*urbs* nel centro-Italia verificatesi nel 241 a. C. Da allora in poi gli abitanti romanizzati degli altri territori italici annessi e i membri delle *coloniae civium Romanorum* (sparse un po' dovunque anche fuori della penisola italica) vennero assegnati ad una delle tribù *rusticae* e si propagò l'usanza di contraddistinguere i cittadini romani, oltre che con i *tria nomina*, anche con tre lettere poste dopo il nome e indicanti le iniziali della tribù di appartenenza (es.: «*Rom.*», iniziale della tribù Romilia, «*Ter.*», iniziale della tribù Teretina). Tuttavia il sempre più largo diffondersi della cittadinanza romana, culminato nella *constitutio Antoniniana* del 212, rese sempre meno realistica l'appartenenza di tutti i cittadini alle 35 regioni dell'*urbs* e favorì sempre più, all'incontro, il rilievo della loro appartenenza alle varie province e, nell'ambito di queste, alle varie *civitates* ivi sistemate. Di qui la valorizzazione progressiva (e, per la verità, non caratterizzata da linee di certezza) dei criteri del «*domicilium*» e, in concorrenza, dell'«*origo*»: criteri ormai dominanti in periodo postclassico. V. già retro nt. 15.5. — La domus del soggetto giuridico, cioè la casa da lui e dalla sua famiglia abitata usualmente, aveva un rilievo particolarmente importante, anche perché vi si celebrava il culto delle divinità familiari. Cfr. Cic. *de domo* 41.109: *Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscuiusque civium? hic arae sunt, hic foci, hic di penates, hic sacra, religiones, caerimoniae continentur; hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit*; Gai 1 ad *XII tab.* D. 2.4.18: ... *domus cuique tutissimum refugium atque receptaculum sit*. Da questa concezione (per vero, rappresentativa essenzialmente dei ceti abbienti, che una casa di proprietà l'avevano: non dei ceti emarginati, viventi in sovraccarichi e poverissimi edifici multipiani) derivavano il divieto di *in ius vocatio* entro le mura domestiche (retro nt. 15.6) e la diffusa idea che, ad entrare in casa altrui, sia pure a fini di *in ius vocatio*, si commettesse un crimen (per Gaio il *crimen vis*, per Ulp.-Paul. D. 47.10.23 il *crimen iniuriae ex lege Cornelia*). Con tutto ciò non sembra potersi affermare con sicurezza che la *domus* (almeno quella di proprietà) fosse concepita e concepibile addirittura come una «*res sancta*» (su cui v. *infra* n. 19.9.1). V. peraltro: Polak, *The roman conception of the inviolability of the house*, in *St. van Oven* (1946) 240 ss.

luogo in cui il soggetto avesse il centro principale dei suoi interessi (e quindi, almeno solitamente, la *domus*, la *familia* e la normale residenza). Tuttavia anche in questo settore non mancarono le incertezze e le variazioni di regime: particolarmente a causa dei diversi luoghi di attività cui il soggetto facesse capo, nonché a causa della concorrenza con il *domicilium* attuale di lui del criterio dell'«*origo*», cioè del luogo di origine suo e della sua famiglia.

15.7.3. L'«attività economica esercitata» dal soggetto (e quindi della *familia* che a lui faceva capo) poteva essere ed era, nei

---

15.7.3. La imprenditorialità a Roma non è argomento che possa essere affrontato nelle sue linee generali in questa sede. Ne parleremo, in seguito, solo quando (e nei limiti in cui) sarà necessario o opportuno farvi specifico riferimento per chiarire le esigenze sociali cui corrisposero i vari istituti del *ius privatum*. Qui va solo segnalato che non raramente i soggetti giuridici romani facevano capo, per essere aiutati o sostituiti nell'amministrazione delle loro imprese, a «direttori di impresa» (in inglese, «*managers*») *alieni iuris* (specie a schiavi particolarmente dotati): v. anche *infra* n. 20.4.3, 26.3. Sul punto: Serrao, *L'impresa in Roma antica*, in *St. De Sarlo* (1989) 675 ss.; Gallo, «*Negotiator*» *e mutamenti giuridici nel mondo rom.*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica* (1992) 133 ss.; Di Porto, «*Filius*», «*servus*» *e* «*libertus*», *strumenti dell'imprenditore rom.*, ivi 231 ss.; Aubert, *Business Managers in Anc. Rome* (1994) con altra bibl. — Sulle nundinae: *retro* n. 8.6. — Sugli imprenditori commerciali: *infra* n. 26.3.1 e 2. — Sulle imprese bancarie: *infra* n. 92.5. — Di un diritto commerciale romano parlano, a nostro avviso fortemente esagerando, taluni autori. Sul tema: Di Porto, *Il diritto commerciale romano etc.*, in *St. Gallo* 3 (1997) 413 ss., con bibl.; Guarino, «*Romanitas phoenicissa*», in *Labeo* 44 (1998) 357 ss. — Positiva. *I moderni ordinamenti privatistici (tanto se di tradizione romanistica, quanto se di stampo anglosassone) hanno da secoli (non tutti) rinunciato sul piano formale, a seguito di ben noti processi storici, sia alla subordinazione giuridica dei discendenti al paterfamilias, sia all'istituto della schiavitù, sia ad ogni altra (o quasi) discriminazione tra i soggetti per ragioni di nazionalità, di sesso, di caratteri genetici (cd. «razza»), di religione e via dicendo. Il principio di eguaglianza giuridica è proclamato per esplicito, ad esempio, dall'a. 3 co. 1 Cost. italiana e rappresenta un indubbio passo in avanti non solo rispetto al diritto romano, ma anche rispetto a molti ordinamenti posteriori (basti pensare a quelli feudali e ad alcuni di quelli informati al privilegio di una religione rispetto alle altre). Tutto ciò non significa, purtroppo, che l'eguaglianza tra coloro che sono formalmente eguali, sopra tutto in certi paesi di più recente o di più approssimativa civilizzazione, risulti anche nei fatti: del che si rende lucidamente conto, quanto all'Italia, l'a. 3 co. 2 Cost., impegnando appunto la repubblica a fare tutto quanto è possibile per avvicinarsi gradualmente alla realizzazione dell'eguaglianza effettiva quanto meno tra i suoi cittadini. Sempre nei moderni ordinamenti giuridici, il concetto di «imprenditore economico», che nel ius privatum romano si intravvede in forme generalmente molto elementari, ha conseguito anche qui per effetto di ben noti processi storici (particolarmente in materia di rapporti commerciali), uno sviluppo ed un approfondimento di grande rilievo, che ha portato i paesi di «Civil Law» a distinguere tra occasionale operatore economico e vero e proprio imprenditore (che è, ad esempio, nell'a. 2082 c.c., il soggetto che esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi) ed ha indotto altresì questi ordinamenti a distinguere tra «imprenditori commerciali» e «imprenditori agricoli», nonché tra imprenditori di sufficiente consistenza economica e «piccoli imprenditori», col risultato di riservare ai soli imprenditori commerciali (non piccoli) la sanzione, in caso di insolvenza, cioè di obbiettiva impossibilità di saldare i creditori, del fallimento e di altre procedure concorsuali (cfr., per il diritto italiano, r.d. 16 marzo 1942 n. 267). Gli ordinamenti di stampo anglosassone, in analogia col ius privatum romano (v. retro n. 12.6) ritengono invece che tutti i soggetti che compiono non* fatti, dei tipi i più diversi, che qui non è il caso di specificare. In linea di larga approssimazione, può dirsi che la sede ordinaria di incontro per scambi e trattative era costituita dai «mercati settimanali» («*nundinae*») e che la gamma andava: dalla condizione minima dei «nullatenenti» (che vivevano alla giornata e costituivano nelle città la cd. *plebécula*, plebaglia) alla condizione, peraltro variegatissima, degli «imprenditori», cioè di coloro che organizzavano, sia pure in forme embrionali, beni e forze di lavoro proprie o anche altrui allo scopo di determinare un prodotto che servisse al mantenimento o, se possibile, all'arricchimento loro (e delle loro famiglie), nonché degli eventuali soggetti cointeressati. Gli imprenditori (sempre da intendersi in senso molto elementare) erano, sopra tutto: coltivatori diretti o indiretti dei loro fondi agricoli (i quali potevano anche pervenire alle dimensioni di grandi aziende agrarie), artigiani, commercianti, banchieri. Per le loro attività si servivano in vario modo di collaboratori liberi, dei figli e discendenti, degli schiavi. Dato che ponevano le loro famiglie e le loro più complesse organizzazioni a contatto col pubblico, di cui utilizzavano la fiducia, l'ordinamento giuridico (cominciando dal *ius honorarium*) li sottopose tutti indistintamente, in caso di insolvenza, cioè di impossibilità di far fronte ai debiti assunti, alle procedure esecutive concorsuali della *bonorum venditio* e della *bonorum distractio*. Inoltre le principali categorie furono regolamentate in modi più o meno incisivi, sino a giungere ai vincoli nel pubblico interesse di cui parleremo tra breve.

16. I SOGGETTI GIURIDICI LIMITATI.

16.1. I soggetti giuridici regolari, muniti delle qualificazioni soggettive dianzi illustrate, erano *una* regola che soffriva peraltro

---

iniziate operazioni economiche di credito e di debito con altri soggetti siano per ciò solo imprenditori (pur se piccolissimi) da sottoporre, se insolventi, alle conseguenze del fallimento («bankruptcy»). Non può tralasciarsi di segnalare che il legislatore italiano ha estrosamente creato (l. 3 marzo 1993 n. 88) la figura della società a responsabilità limitata con socio (sin dalla costituzione) unico: ciò al fine di realizzare una direttiva CEE del 1989 favorevole alla responsabilità limitata (non solo delle società, ma anche) dei singoli imprenditori commerciali. V. infra n. 80.5.

16.1. 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. 20). Appunto perché 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 è questo: un soggetto limitato nella capacità giuridica non può, tra l'altro, numerosissime eccezioni: sia in senso migliorativo (cioè quanto a privilegi riconosciuti a vari ceti o individui) sia in senso peggiorativo. Lasciando da parte la prima serie di eccezioni, è necessario fermarsi ora sulla vasta gamma dei **soggetti giuridici limitati**: «limitati» perché non ammessi alla soggettività di tutti i rapporti giuridici, ma 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 identificate, in linea di larga approssimazione, con le seguenti qualifiche: *a*) libertinità; *b*) extraromanità; *c*) sesso femminile; *d*) assoggettamento quasi servile; *e*) bassezza morale; *f*) condizione sociale; *g*) confessione religiosa.

16.2. La **libertinità** («*libertinitas*»), cioè lo stato di ex-schiavo affrancato, determinava limitazioni di capacità non solo

---

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 o può essere titolare. Sul tema dei soggetti giuridici limitati: Brósz, *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. — POSTILLA. *Le limitazioni di capacità giuridica elencate in ordine al diritto romano sono quasi tutte sparite (salvo che, in qualche residua misura, per le donne) negli ordinamenti giuridici moderni. Il diritto italiano vigente non soltanto si fonda sul principio di piena «eguaglianza davanti alla legge» sancito dall'a. 3 co. 1 Cost., ma ammette espressamente anche gli stranieri (persone fisiche e persone giuridiche) a godere dei diritti civili riconosciuti ai cittadini solo «a condizione di reciprocità» (cioè subordinatamente alla circostanza che negli stati cui gli stranieri appartengono sia concessa parità di diritti ai cittadini italiani: cfr. a. 16 prel.). Dato che la schiavitù e la subordinazione familiare sono state abolite, si può dunque concludere che la soggettività giuridica privata si acquista oggi da tutte le persone fisiche sin dalla nascita.*

16.2. Sulla **libertinità**: Cosentini, *Studi sui liberti* 1 (1948), 2 (1950); Fabre, *Libertus* etc. (1981); Treggiari, *Roman freedmen during the late Republic* (1969); Duff, *Freedmen in the early Roman Empire* (1958); Boulvert, *Domestique et fonctionnaire sous le Haut-Empire Romain* (1974); Kirschenbaum, *Sons, Slaves and freedmen in roman commerce* (1987); Masi Doria, *Zum Bürgerrecht der Freigelassenen*, in *Ott. Waldstein* (1993) 231 ss.; id., *«Bona libertorum»* etc. (1996). V. anche *infra* n. 52.4-6. — Quanto alla **terminologia**, va rilevato che 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 1.56)*, 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). — Sulla **schiavitù** («*servitus*») e sulle sue gradazioni (senza di che non è possibile rendersi chiaramente conto dell'argomento della *libertinitas*): *infra* n. 52. — Sui *liberti orcini*: Lovati-Lazzini, *La condizione del liberto orcino* etc., 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** (clienti): cate-

iure publico (particolarmente con riguardo al *ius honorum*), ma anche *iure privato*. Pur quando il liberto, essendo stato affrancato con *manumissio iusta ac legitima*, acquistava la cittadinanza romana, la sua condizione era deteriore rispetto a quella dell'*ingenuus*, del nato libero: per esempio, la donna *libertina*, per potersi liberare dalla tutela in base al *ius liberorum* delle leggi Giulia e Papia, doveva dimostrare di aver avuto almeno quattro figli, mentre alla donna *ingenua* erano sufficienti tre figli. Le limitazioni più sensibili derivavano però dal «*patronatus*», cioè dal rapporto che si istituiva, a séguito della *manumissio*, tra l'ex-domino («*patronus*») e lo schiavo affrancato. A questo rapporto si sottraevano soltanto: *a*) i cd. «*liberti orcini*», cioè gli schiavi manomessi dal padrone col suo testamento (il cui patrono era *ab initio* inesistente, perché defunto, all'Orco); *b*) i «*liberti nullius*» (liberti dipendenti da nessun patrono), cioè gli schiavi affrancati eccezionalmente per intervento della pubblica autorità, senza la volontaria *manumissio* del domino; *c*) gli «*ex-liberti*», cioè coloro su cui il patrono, come diremo, avesse perduto il *patronatus* per disposizione di legge o per rinuncia.

16.2.1. Il «*patronatus*» importava indubbiamente qualche onere per il patrono: il quale era tenuto (per vero, piuttosto dal

---

goria che ebbe rilevanza giuridica solo in età predecemvirale e arcaica nell'ambito delle *gentes patriciae* della *civitas Quiritium*. 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. Hal. 2.10.3 attribuisce a Romolo), sancivano un obbligo del *patronus* di difendere il proprio *cliens*, quindi la liberazione del cliente dal patrono che lo avesse danneggiato: «*patronus si clienti fraudem fecerit* [*cliens*] *liber esto*». Sul tema: Ferenczy, *Clientela e schiavitù nella repubbl. rom. primitiva*, in *Index* 8 (1978-79) 167 ss.; Franciosi, *Un'ipotesi sull'origine della clientela*, in *Labeo* 32 (1986) 263 ss. — La clientela dell'epoca storica (repubblicana e imperiale), o «*clientela patronorum*», fu tutt'altra cosa dalla clientela delle origini. La dipendenza del cd. «*cliens*» dal suo cd. «*patronus*» e la protezione che il patrono esercitava a vantaggio del suo cliente non riflettevano esigenze dell'ordinamento giuridico, ma esprimevano solo condizioni di fatto, sia pure socialmente molto rispettate. Il ricevere al mattino la *salutatio* di molti clienti, l'essere circondato e seguito da questi in strada e specialmente nel foro, l'averne per procacciarsi voti era uno «*status symbol*» del romano facoltoso e influente, patrizio o plebeo che fosse. I clienti (che per far da corteo al patrono erano tenuti a rabberciarsi una toga: «*opera togata*» chiama perciò i loro servigi Mart. 3.46.1) ricevevano in cambio dal patrono protezione legale (o anche illegale), «panieri» di generi di consumo per nutrirsi (*sportulae*) e altri favori: senza di che erano liberi di passare sotto le ali di un patrono più generoso, e lo facevano non infrequentemente. — Sul *ius liberorum*: *infra* n. 41.5.

16.2.1. Sui rapporti di patronato: Cosentini, *Studi* cit.; Nicols, «*Tabulae patronatus*» etc., in *ANRW*. 2.13 (1980) 535 ss. Per le fonti: D. 37.14 (*De iure* punto di vista sociale, che a stretto rigore di diritto) a prestare al liberto protezione e assistenza, particolarmente nel caso che

---

patronatus). Cf. n. 4. — Viva è la discussione circa le origini del patronatus. Secondo la *communis opinio* (vigorosamente difesa dal Kaser, *Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene*, in ZSS. 58 [1938] 92 ss., e ancora nella rec. 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 financo esercitare nei suoi confronti una *manus iniectio* stragiudiziale (cfr. Quint. *inst. or.* 7.7.9): egli era, in altri termini, in condizioni fondamentalmente analoghe a quelle di un *cliens* e si sarebbe liberato da questa condizione solo nel V a. C., epoca di riconoscimento della *manumissio vindicta* prima e della *manumissio censu* dopo. Tuttavia, premesso che la schiavitù prese consistenza a Roma solo intorno al sec. V-IV (e che prima essa era un fenomeno socio-economico poco o punto rilevante), a noi pare di poter accogliere, nelle sue grandi linee, la tesi del Cosentini, secondo cui sin dall'inizio i *liberti* furono, 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* sui *liberti*) devono attribuirsi a provvedimenti normativi del periodo della *respublica* nazionale (nel quadro, aggiungiamo, 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, pur se con qualche modifica, in persona delle foltissime masse dei *manumissi*; 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 (in pratica, a partire dal sec. IV a. C.) 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 assicurare la prestazione delle *operae officiales*, dovevano ottenere la *promissio iurata liberti*. — *Liberti nullius* erano principalmente quelli cui fosse stata accordata la cd. «*libertas Claudiana*», per la quale v. *infra* n. 52.3.3. — L'*obsequium erga patronum* del liberto era un vincolo generico di deferenza e di fedeltà molto intenso sul piano sociale, ma con rilievo piuttosto limitato sul piano dello stretto diritto. Esagera forse nello svalutarlo Waldstein cit. *infra*, 51 ss. — Sulle *operae liberti*: Lambert, *Les «op. liberti»* (1934); Cosentini, *Studi* cit. 1.93 ss.; Lavaggi, *Nuovi studi sui liberti*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 93 ss.; Pescani, *Le «op. libertorum»* (1967); Waldstein, *«Op. libertorum»* etc. (1986); Masi Doria, *«Impudicitia», «officium» e «op. libertorum»*, in ZSS. 110 (1993) 77 ss. Le fonti (D. 12.6.26.12; 38.1.6; 38.1.9) 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 libero si impegnasse a prestare a qualunque terzo). La classicità della distinzione è contestata, ed è effettivamente dubbia dal punto di vista terminologico: a noi sembra, tuttavia, che difficilmente si possa negare ai giuristi classici il merito di aver giustamente sostenuto che le *operae fabriles* (o comunque le si vogliano chiamare) erano dovute anche ai successori *mortis causa* del patrono e a qualunque altro soggetto cui il patrono le avesse cedute con atto *inter vivos*, mentre le *operae officiales* erano da prestarsi esclusivamente al *patronus* vivente ed ai suoi successori nel patronato (sui quali v. *infra* n. 16.2.2). A parte ciò, sulla vasta serie delle ipotesi e dei regimi relativi alle *operae libertorum*: Waldstein cit. *passim* e *infra* n. 70.4 (in tema di *promissio iurata liberti*). — L'accertamento dell'ingenuitas era di grande interesse, sia *iure publico* e sia *iure privato*, per chi fosse invece ritenuto libertino: di qui la frequenza dei cd. «processi di libertà» (da non confondere con le *causae liberales*: *infra* n. 32.3.3), in cui contro la pretesa di *ingenuitas* del libero si schierava, per ovvi motivi di interesse, il presunto *patronus*. Una documentazione papiroegli fosse convenuto in giudizio. Di contro, sul liberto gravavano a favore del patrono obblighi non solo di carattere sociale, ma anche di sicuro carattere giuridico, i quali si riassumevano nel termine «*obsequium*» (o anche «*reverentia, honor*»). In virtù dell'*obsequium* («deferenza»), ricordo dell'antica soggezione schiavistica, il liberto non poteva mai citare in giudizio il patrono 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 di ciò che il patrono fosse in grado di pagare (oltre l'*id quod patronus facere potest*), ma sopra tutto doveva prestargli gratuitamente certi servigi («*operae officiales*»): servigi che il patrono generalmente aveva avuto cura di farsi precisare ed assicurare mediante una sua «promessa giurata» («*promissio iurata liberti*») di cui parleremo più ampiamente a suo tempo. Inoltre la successione *ab intestato* al liberto defunto che non avesse lasciati discendenti *in potestate* spettava, come si dirà, al patrono ed ai suoi discendenti.

16.2.2. La cessazione del patronato non era implicata, fin che il liberto fosse in vita, dalla morte del patrono, perché nelle relative situazioni attive succedevano i discendenti di lui. L'estin-

---

logica molto nota di processo di libertà si ha nelle tavolette ercolanesi universalmente conosciute come il «processo di Petronia Giusta», sul quale v., per tutti: Arangio-Ruiz, *Tavolette cerate ercolanesi: il processo di Giusta* (1959), in *St. epigr. e papir.* (1974) 552 ss. — Sulla condanna in *id quod facere potest*: *retro* n. 10.5.3. — Sulla *promissio iurata liberti*: *infra* n. 70.4. — Sulla *successio ai liberti* e sul problema della «*societas Rutiliana*»: *infra* n. 29.2.2.

16.2.2. Sulla successione nel *patronatus* dei discendenti del *patronus* (e di essi soltanto, senza possibilità di estendere il patronato ad *heredes extranei*) cfr. Gai. 3.58-62, 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 *SDHI*. 1945; Cosentini, *Studi* cit. 2.107 ss. — Sulla *restitutio natalium* cfr. 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*: cfr. 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 tutti i liberti dalla Nov. 78. — Sulla rinuncia al *patronatus*: Harada, *Der Verzicht auf den Patronat* etc., in *ZSS.* 58 (1938) 136 ss.; Id., *Zwei Quellenstellen zum Patronatsrecht*, in *St. Koschaker* 1 (1939) 401 ss. — Costantino introdusse la *revocatio in servitutem* del liberto ingrato (cfr. CTh. 4.10.1 e CI. 6.7.2): De Francisci, *La «rev. in serv.»* etc., in *St. Cornil* 1 (1926) 295 ss. In età classica, la *lex Aelia Sentia* aveva concesso al patrono un'«*accusatio ingrati liberti*», tendente alla irrogazione di una pena pubblica: Cosentini, *Studi* cit. 206 ss.; Litewski, *La «retractatio» de la sentence établissant l'«ingenuitas»*, in *RIDA*. 23 (1976) 153 ss.

zione del patronato era determinata invece da tre cause principali: *a*) 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; *b*) la «*restitutio natalium*» («ricostruzione della nascita»), cioè la concessione al liberto di uno *status* pari a quello dell'ingenuo, la quale era concessa dal *princeps* con l'assenso del patrono; *c*) un'espressa disposizione di legge o anche, in diritto giustinianeo, la rinuncia da parte del *patronus*. I *principes* solevano anche concedere generosamente ai *libertini*, di cui largamente si circondavano nella loro amministrazione dell'impero, il cd. «*ius anuli aurei*» («diritto dell'anello d'oro»), cioè il privilegio di portare l'anello d'oro caratteristico degli *equites*: tuttavia questo privilegio equiparava *iure publico* i liberti agli *ingenui*, ma non eliminava *iure privato* il *patronatus*.

16.3. La extraromanità, cioè la estraneità alla comunità romana («*peregrinitas*»), implicava, in linea di principio, la completa esclusione dalla partecipazione al diritto romano, sia pubblico che privato. Ma era pura teoria. In realtà, fin dai più antichi tempi gli stranieri (*peregrini*), a cominciare da quelli appartenenti alle città del Lazio, ottennero una parziale equiparazione ai *cives Romani*, quindi una parziale ammissione all'utilizzazione del *ius privatum*. In periodo classico, prima che la *constitutio Antoniniana* del 212 elevasse tutti (o quasi) gli abitanti dell'impero al rango di cittadini romani, si ravvisavano varie categorie di *peregrini* (o di individui equiparati ai *peregrini*) in condizione di soggetti giuridici limitati del *ius privatum*: categorie costituite sopra tutto dai «*Latini*» e dai «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.

16.3.1. La categoria dei *Latini* era costituita anzi tutto dai *Latini* autentici, detti «*Latini prisci*», che erano i cittadini delle

---

16.3. Sulla peregrinitas: De Visscher, *La condition des pérégrins à Rome jusqu'à la constitution Antonine de l'an 212*, in *Rec. Soc. Jean Bodin* (1958) 195 ss.; Gaudemet, *L'étranger dans le monde romain* (1965), in *Ét.* (1979) 419 ss. In particolare: per le origini, Guarino, «*Commercium*» e «*ius commercii*» cit.; per le vicende primitive e repubblicane dei rapporti con stranieri, Catalano, *Linee del sistema sovrannazionale romano* I (1965). — Sulla constitutio Antoniniana: retro n. 13.5. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni (sia di tradizione romana sia di stampo anglosassone) la qualità di straniero tuttora determina una totale esclusione (o quasi) dalla partecipazione al governo dello stato, mentre è del tutto parificata (o quasi) a quella del cittadino quanto alla repressione criminale, ai rapporti giuridici privati e al processo giurisdizionale relativo.*

16.3.1. Dei Latini prisci (o «*veteres*») il nucleo originale fu costituito dagli appartenenti alle comunità latine che strinsero con Roma, secondo la tradizio-

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 ai *cives*, perché venivano loro riconosciuti *ab antiquo* sia il «*conubium*» (o «*ius conubii*») con i Romani, cioè la capacità di contrarre *matrimonium iustum* con i cittadini di Roma, sia il «*commercium*» (o «*ius commercii*») con gli stessi, cioè la capacità di avvalersi, nei rapporti economici (non connessi al matrimonio) con i Romani, di tutto il *ius privatum* romano, ivi compreso il *ius civile vetus*. Categorie, a dir così, «artificiali» di *Latini* (costituite da persone non di stirpe latina, ma fruenti della condizione giuridica dei *Latini*, cioè del cd. «*ius Latii*») furono inoltre le seguenti tre: *a*) quella dei «*Latini coloniarii*», cittadini romani degradati a *Latini* perché inviati a far parte delle *coloniae Latinae*, che Roma istituiva in alcune località ove non voleva impegnare il suo nome attraverso l'istituzione di *coloniae civium Ro-*

---

ne, 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.). Sul tema: Mancini, «*Cives Romani-Municipes Latini*» (1996). — Di un cd. ius migrandi dei Latini, almeno fino al 95 a. C. (v. *retro* n. 15.5.1), vi è traccia nelle fonti letterarie e si fa parola dalla storiografia giusromanistica: Humbert, «*Municipium*» *et* «*civitas sine suffragio*», in *MEFRA*. 36 (1978) 109 nt. 72, con bibl.; Laffi, *Sull'esegesi di alcuni passi di Livio etc.*, in *EPIGR*. 34 (1995) 43 ss. In realtà, si tratta di una prassi dei *censores* di tollerare l'iscrizione nel *census* anche dei *Latini* di sicura fedeltà, e quelli diventavano cittadini romani in virtù di questa immigrazione (*migratio*). Di questa prassi profittarono talvolta (non senza opposizione e reazioni romane) gli *Italici*, ricorrendo all'espediente di acquistare prima la cittadinanza di un municipio (o di una colonia) dalla *Latinitas* e poi, col benestare di censori poco attenti, la *Romanitas*. La vicenda ebbe comunque fine con la conclusione della guerra sociale. — Sui Latini coloniarii, anche in rapporto agli *Iuniani*, cfr. Gai 3.56: ...*admonendi sumus* ... *eos qui nunc Latini Iuniani dicuntur, olim ex iure Quiritium servos fuisse* ... *postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Iunianos: Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives Romani ingenui qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt* ... Cfr. anche Ulp. 5.4 e 19.4, e v. *infra* n. 17.2.2. — Sui Latini Iuniani e Aeliani, cfr. specificamente Gai 1.13 ss. Sul tema: De Dominicis, *La «Latinitas Iuniana» e la legge Elia Senzia* (1966), in *Scr.* (1970) 181 ss.; id., *Les Latins Juniens dans la pensée du législateur romain*, in *RIDA*. 20 (1973) 311 ss. In particolare, cfr. 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. C. 7.6.1 a: ...*sublatis omnibus modis, per quos Latinorum nomen inducebatur, penitus conquiescant et non Latinos pariant, sed ut pro nullis habeantur.* Tutti i *Latini* vennero quindi assunti nel novero dei *cives Romani*. — Sulle leggi relative alle manumissiones: *infra* n. 57.5.2-5.

manorum; *b*) quella 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 sia di fare testamento sia di far pervenire i propri beni *ab intestato* ai loro discendenti, con la conseguenza che tutto ciò che lasciavano al momento della morte andava a finire al patrono («*vivunt quasi ingenui, moriuntur ut servi*»); *c*) quella dei «*Latini Aeliani*», schiavi manomessi in età inferiore ai 30 anni o da un *dominus* di età inferiore ai 20, 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.

16.3.2. I *peregrini* in senso stretto (cioè gli stranieri non *Latini*) si distinguevano in tre specie: *a*) quella dei «*peregrini alicuius civitatis*» («stranieri aggregati in *civitates*») i quali nei rapporti con i Romani e con i *peregrini* delle altre città si valevano del *ius civile novum* (cd. *ius gentium*), con possibilità di ricorso alla giurisdizione del *praetor peregrinus*, ma nei rapporti interni tra loro vivevano secondo gli ordinamenti privatistici delle rispettive *civitates*; *b*) quella dei «*peregrini dediticii*» («stranieri dediticii»), cioè privi di *civitas* perché arresisi a discrezione ai Romani (mediante *deditio*), che vivevano esclusivamente secondo le norme del *ius civile novum* (altrimenti detto *ius gentium*); *c*) quella dei (*peregrini*) «*dediticii Aeliani*», istituiti artificialmente dalla *Lex Aelia Sentia*, di cui poc'anzi si è detto, i quali altri non erano se non *libertini* esclusi sia dalla *civitas Romana* sia 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* (site al di fuori dei confini dell'impero), nonché i *dediticii Aeliani*; ma Giustiniano dette un colpo di spugna, abolendola, anche su quest'ultima categoria.

16.4. Il sesso muliebre («*sexus muliebris*»), che nel sistema del *ius Quiritium* comportava la totale incapacità giuridica,

---

16.3.2. 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. C. 7.5.1 (*de dediticia libertate tollenda*).

16.4. I vari limiti alla capacità giuridica delle donne («*mulieres*») sono stati e saranno indicati nei luoghi opportuni (v. *retro* n. 15.6 e *infra* n. 20.3). In generale: Quadrato, «*Hominis appellatio*» *e gerarchia dei sessi in Gaio*, in nelle età successive, dopo il riconoscimento delle donne come persone *sui iuris*, implicò tuttavia limitazioni gravissime della soggettività, cui vanno aggiunte quelle relative alla capacità di agire e connesse al pregiudizio della innata debolezza mentale delle donne («*infirmitas sexus*»). A prescindere dall'incapacità to-

---

BIDR. 94-95 (1991-92) 309 ss.; Rizzelli, *Le donne nell'esperienza giur. di Roma antica* etc. (2000). — Complessa la situazione delle vedove, le quali originariamente erano esortate a non risposarsi (a restare *univirae*), ma dalla legislazione augustea furono indotte a prender nuovamente marito: *infra* n. 41.7 e 10. In considerazione della tendenza a non lasciarle prive di mezzi di sostentamento furono emanati vari provvedimenti, riassunti nel brocardo «*vidua non debet abire nuda*» (sul quale: Heyse, «*V. n. d. a. n.*» [1994]). A puro titolo di curiosità può essere ricordata la Novell. Maior. 6.5 (a. 458), abolita però dalla successiva Novell. Sever. 1 (a. 463) (v. tuttavia sul punto: Cass. *La désuétude de la Nov. Maior. 6* etc., in St. 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. — Sugli atti per aes et libram: *infra* n. 22.3. — Sulla incapacità alla postulatio pro aliis: *retro* n. 11.2. A questo proposito va osservato che, al di sotto del generico antifemminismo, covava una sorta di timore per l'attitudine peculiare delle donne al litigio e per l'acume che esse dimostravano nell'argomentare giuridicamente. Giovenale (*sat.* 6.242-45) ne fornisce involontariamente prova quando, dopo aver accusato le donne di smodata litigiosità, continua dicendo: «*componunt ipsae per se formantque libellos / principium atque locos Celso* (persino ad un giurista del livello di Giuvenzio Celso) *dictare paratae*». — Sulla limitata capacità successoria delle donne: *infra* n. 28, 29, 33 *passim*. La *lex Voconia* del 169 a. C. (*infra* n. 33.5) stabilì anche, con disposizione successivamente caduta in desuetudine, che gli appartenenti alla prima classe dei *comitia centuriata* (con patrimonio di almeno 100.000 assi) non potessero istituire eredi le donne. In argomento: Monaco, «*Hereditas*» *e* «*mulieres*» etc. (2000). — Sulla incapacità alla intercessio pro aliis cfr. D. 16.1, CI. 4.29. Sul tema: Vogt, *Studien zum «SC. Vellaeanum»* (1952); Medicus, *Zur Geschichte des «SC. Vell.»* (1957); Diaz Bautista, *L'intercession des femmes dans la législation de Justinien*, in *RIDA.* 30 (1983) 81 ss.; Sacconi, *L'interpretatio del «SC. Vell.» e la «iurisdictio»*, in St. Gallo 2 (1997) 235 ss.; Mönnich, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften* etc. (1999). Il *Sc. Velleianum* (o *Vellaeanum*?), probabilmente emesso nel 46 d. C. a coronamento di due precedenti editti di Augusto e di Claudio, dichiarò invalidabili *ope exceptionis* non soltanto i negozi di garanzia (personale e reale) posti in essere dalle donne a favore di terze persone, ma tutte le esposizioni patrimoniali (per esempio, le dazioni di danaro a mutuo) operate anche non esplicitamente nell'interesse altrui da soggetti giuridici di sesso femminile. Ove il negozio di *intercessio* fosse stato già portato ad effetto, sicché non fosse più possibile paralizzarlo in giudizio mediante l'*exceptio SC. Velleiani*, il pretore concesse ai creditori della donna una cd. *actio institutoria* speciale direttamente contro chi avesse tratto vantaggio dall'*intercessio* di costei. Tutto ciò perché le donne «*virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum*» (cfr. Ulp. D. 16.1.2.1). V. anche *infra* n. 72.4 e 5. — Sull'infirmitas sexus: Solazzi, «*Infirmitas aetatis*» *ed* «*infirmitas sexus*» (1930), in *Scr.* 3 (1960) 357 ss.; Guizzi, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano* cit. *passim*; Del Rosso, «*Virgines Vestales*», in *AAA.* 85 (1974) 161 ss.; Beaucamp, *Le vocabulaire de la faiblesse féminine* etc., in *RH.* 54 (1976) 485 ss.; ead., *Le statut de la femme à Byzance* 1 (1990); Cantarella, *L'ambiguo malanno* etc. (1981); Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna rom. in età repubbl.* (1984); Dixon, «*Infirmitas sexus*» etc., in *T.* 52 (1984) 343 ss.; Quadrato, «*Inf. s.*» *e* «*levitas animi*», in *Atti conv. sassarese* etc. (2000); Guarino, «*Minima de mulieribus*», in *PDR.* 2 (1993) 341 ss.; Mercogliano, *Sulla rilevanza giur. della divisione dei sessi* etc., in St. Wołodkiewicz (2000) 597 ss. Per la legislazione cristiana: Biondi, *Dir. rom. crist.* cit. 2.209 ss. Cfr. Pap. D. 1.5.9: *In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*.

tale *iure publico*, possono segnalarsi, quanto al *ius privatum*: *a*) una limitata capacità nella successione *mortis causa*, della quale parleremo a suo tempo; *b*) l'incapacità a fungere da testimonio in un atto *per aes et libram*; *c*) l'incapacità (già ricordata) ad avere una *potestas* sui discendenti, con la conseguente incapacità (almeno in diritto classico) di avere anche figli adottivi e di esercitare i poteri di tutore e di curatore; *d*) l'incapacità (anch'essa già ricordata) di difendere altri («*postulatio pro aliis*»), nel processo *in iure*; *e*) l'incapacità all'«intervento a favore di altri» («*intercessio pro aliis*»), cioè all'impiego delle proprie risorse patrimoniali nell'interesse di terze persone, sancita quest'ultima dal SC. Velleiano del sec. I d. C.

16.5. L'assoggettamento quasi servile di un soggetto giuridico ad un altro («*subiectio servi loco*») si verificava in certi casi eccezionali di sua sottoposizione a guisa di schiavo («*servi loco*»), sia pur con possibilità di riscattarsi o di essere riscattato. Durante la subordinazione si produceva un «affievolimento» temporaneo della capacità giuridica del soggetto quanto meno *iure privato* (ma forse, a maggior ragione, anche *iure publico*).

16.5.1. Due ipotesi di alta antichità furono quelle degli «*addicti*» e dei «*nexi*». Già sappiamo che gli «*addicti*» (letteralmen-

---

16.5. L'assoggettamento quasi servile 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 se 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. 79.6.1), 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. 19.3), 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. — Non va taciuto che nella società romana, sopra tutto nelle campagne, diffusissimo era il fenomeno dei *servi de facto*, cioè degli uomini formalmente liberi, ma utilizzati (per loro ineducazione, o per loro indigenza, o per loro sottoposizione agli estremi del così detto *plagium*, cioè della sopraffazione anche psicologica esercitata da assuntori di mano d'opera) come schiavi: «*liberi homines bona fide servientes*», come si diceva quando l'iniqua situazione veniva allo scoperto (v. *infra* n. 52.3.2). Le «rivolte servili» del II e I sec. a. C., particolarmente la famosissima rivolta di Spartaco (73-71 a. C.) e il cd. «*bellum Spartacium*», furono alimentate non solo da *servi* veri e propri, ma anche, in larghissima misura, dal contadiname e dal bracciantato agricolo dei *servi de facto*. Sul punto: Guarino, *Spartaco etc.* (1979); id., *A proposito di Spartaco*, in *PDR.* 3 (1994) 396 ss.

16.5.1. Sugli *addicti* (*retro* n. 8.6 e 11.9.1) si legga Gell. 20.1.51: *Addici ... nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt.* Tuttavia è poco credibile che ai tempi di Gellio (sec. II d. C.) i debitori insolventi fossero in condizione di *addicti* perché malvagi: era piuttosto perché non erano in grado di essere riscattati da terzi, e tanto meno era possibile ucciderli o venderli *trans Tiberim*, sicché ai creditori non restava che utilizzarli come servitori (oppure, non convenendo ciò, mandarli liberi). — Secondo alcuni, i *nexi* (v. *infra* n. 63.2.1) erano la stessa cosa degli *addicti*, in quanto sarebbero stati *addicti* ai te: «assegnati di autorità») erano le persone portate davanti al magistrato dal loro creditore ed assoggettate a costui dal magistrato stesso. I «*nexi*» («autovincolati») erano invece coloro che, a garanzia di un proprio o altrui debito, mettevano volontariamente se stessi, 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.

16.5.2. Istituti analoghi, diffusi in epoca storica, furono quelli degli *auctorati* e dei *redempti*. Gli «*auctorati*» («ingaggiati») erano i soggetti giuridici che si erano impegnati verso un impresario (*lanista*), mediante uno speciale giuramento («*auctoramentum*»), a partecipare senza discutere agli spettacoli gladiatorii (*ludi*) ch'egli indicasse, sino a subire eventualmente la morte. I «*redempti ab hostibus*» («riscattati dalla prigionia») erano i

---

loro creditore dal *praetor* a seguito di una *in iure cessio operarum*: v. Tomulescu, «*Nexum*» bei Cicero, in *Iura* 17 (1966) spec. 70 ss. Per la teoria secondo cui l'*addictio* per debiti insoluti sarebbe stata la prima forma di schiavitù in Roma: De Martino, *Intorno alle origini della schiavitù in Roma* (1974), in *Dir. e soc. nell'antica Roma* (1979) 163 ss.; ma v. contra: Guarino, «*Addictus*» e «*servi*» (1979), in *PDR.* 4 (1994) 117 ss. V. anche *infra* nt. 52.2.1. — Sulla *lex Poetelia Papiria*: *infra* n. 63.4.

16.5.2. Sull'*auctoramentum*: Biscardi, *Nozione classica ed origini dell'«auctoramentum»*, in *St. De Francisci* 4 (1956) 107 ss.; Kunkel, «*Auctoratus*», in *Eos* 48.3 (1957) 207 ss.; Diliberto, *Ricerche sull'«auctoramentum» etc.* (1981); Sanfilippo, *Gli «auctorati»*, in *St. Biscardi* 1 (1982) 181 ss.; Guarino, *Spartaco* cit. 147 ss.; Id., *I «gladiatores» e l'«auctoramentum»* (1983), in *PDR.* 6 (1995) 134 ss. La formula dell'*auctoramentum* (ricavata particolarmente da Sen. *ep.* 37.1, Hor. *serm.* 2.7.58-59, Petr. 117) è stata così, credibilmente, ipotizzata dal Biscardi: «*iuro me uri vinciri verberari virgis ferroque necari et quid quid 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 *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 del *gladiator 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 pure presenziasse un tribuno della plebe, sottostesse il più delle volte una *locatio operarum*). I *ludi* gladiatorii, formalmente aboliti da Costantino nel 325 (cfr. CTh. 15.12.1), furono praticati in Occidente fino a tutto il sec. IV d. C.: Biondi, *Dir. rom. crist.* cit. 2.180 ss., 3.454 s. — Sulla *redemptio ab hostibus*: Amirante, *Appunti per la storia della «redemptio ab host.»*, in *Labeo* 3 (1957) 171 ss. con bibl.; Ziegler, *Lösegeld-probleme im röm. Privatrecht*, in *St. Kaser* (1986) 381 ss.; Mentxaka, *Sobre la existencia de un «ius pignoris» del redemptor etc.*, in *RIDA.* 3.32 (1985) 273 ss.; Maffi, *Ricerche sul «postliminium»* cit. 167 ss.; Sanna, *Ricerche in tema di «r. a. h.»* (1998). È appena il caso di dire che i *redemptores* di prigionieri erano tutt'altro che uomini dediti alla beneficenza: il loro era un mestiere di ben calcolata redditività. Fonti essenziali in argomento sono da considerare: D. 49.15, CTh. 5.7.2, CI. 8.50.20.

soggetti giuridici che, essendo stati riscattati dalla *captivitas* ad opera di un concittadino (il *redèmptor*), erano tenuti a prestare servizio a costui a guisa di schiavi sin tanto che non fosse stato rimborsato (da loro stessi o da altri) il danaro del riscatto.

16.6. La bassezza morale («*turpitudo*») fu causa di riprovazione sul piano sociale («*minutio existimationis*») ed anche, spesso, di sanzioni e incapacità *iure publico* connesse con la *nota censoria* (deplorazione da parte dei censori) o con la *nota consularis* (deplorazione da parte dei consoli) che colpivano i cittadini di cattiva condotta. Dal punto di vista del *ius privatum*, non poche limitazioni di capacità a carico di persone moralmente riprovevoli furono introdotte da leggi, da costituzioni imperiali e dall'editto del pretore. Così: *a*) le Dodici Tavole dichiararono incapace di fare il *libripens* («*improbus*») o incapace di testimoniare in una *mancipatio* («*intestàbilis*»), rispettivamente, chi, dopo aver fatto già da *libripens* o da *testis* in una *mancipatio*, si rifiutasse di confermarlo in giudizio; *b*) la *lex Iulia de adulteriis* del 17 a. C. sancì la incapacità dell'adultera colta in flagrante ad unirsi in matrimonio con un *ingenuus*; *c*) 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; *d*) l'editto pretorio, come già sappiamo, negò la capacità di difendere nella fase *in iure* del giudizio (*postulare pro aliis*, e talora persino *pro se*) a numerose categorie di persone *ignominiosae*.

16.6.1. La giurisprudenza classica dette un particolare risalto alle incapacità processuali sancite dall'editto pretorio e chia-

---

16.6. In generale, sulla cd. turpitudo: Greenidge, «Infamia». *Its place in roman public and private law* (1894); Baltrusch, «*Regimen morum*» etc. (1988). — La marginalità sociale, con le sue implicazioni giuridiche, è un fenomeno ancora poco studiato e che si è esteso, sopra tutto in età postclassica, ben oltre le ipotesi di *turpitudo*: alla mendicità, al brigantaggio, alla criminalità dei rei. Per uno sguardo: Neri, *I marginali nell'Occidente tardo-antico* (1998), con bibl. — In ordine all'improbus intestabilisque va detto che *XII tab.* 8.22 (Gell. 15.13.11) è oggetto di diverse interpretazioni: Wieacker, *Zwölftafelprobleme*, in *RIDA.* 3.3 (1965) 464 ss. Il testo è: «*Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto*». Secondo l'interpretazione da noi accolta, «*improbus*» è l'incapace di «*probare*», cioè di fare la giusta pesatura propria del *libripens*, mentre «*intestabilis*» è l'incapace di essere uno dei *testes* della *mancipatio*. — Curiosa la condizione dei philosophi, i quali furono solamente molto disprezzati, ma in taluni momenti del principato e del dominato se la videro brutta: o a causa della loro eccessiva libertà di pensiero e di espressione, oppure a causa dell'infiltrazione, sotto la copertura dell'attività filosofica, dei parolai e degli affabulatori. Domiziano giunse all'eccesso di scacciarli da Roma, alla pari degli astrologi («*mathematici*»): cfr., ad es., Gell. 15.11.3-5. — Sui divieti di postulare: retro n. 11.2.

16.6.1. Sul concetto di infamia (anche detta «*ignominia*») e sulle sue conseguenze: Pommeray, *Études sur l'infamie en dr. rom.* (1937); Kaser, «*Infamia*» und mò usualmente «*infames*» («infami», di mala fama, di cattiva reputazione) coloro che ne erano afflitti. Erano *infames*, in particolare: *a*) la gente di malaffare, cioè gli esercenti attività turpi o socialmente disdicevoli (lenoni, meretrici, gladiatori, attori ecc.); *b*) i militari disonorati, cioè licenziati dall'esercito con disonore (cd. *missio inhonesta*); *c*) i dissoluti, cioè i violatori delle regole fondamentali di un buon matrimonio (bigami, adultere colte in flagrante, vedove passate precipitosamente a seconde nozze senza il rispetto del *tempus lugendi*); *d*) i malfattori, cioè i condannati per *crimina* (reati perseguiti *iure publico*), o per taluni illeciti a reazione privata (*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, fu concepita come una categoria non più solo processuale, ma generale di minorazione della capacità giuridica e si accrebbe perciò di numerosi altri effetti: l'incapacità di rappresentare altri in giudizio o di farsi rappresentare in giudizio da altri, l'incapacità di essere ascoltati come testimoni in giudizio, l'incapacità di esercitare *actiones populares* (cioè le azioni il cui esperimento fosse concesso a qualunque cittadino), l'interdizione dalle cariche pubbliche.

16.7. La condizione sociale («*condicio in civitate*») influì in modi molteplici sia a vantaggio che a svantaggio dei

---

«*ignominia*» etc., in *ZSS.* 73 (1956) 220 ss.; Spruit, *L'éloignement de l'«ars ludicra» sous la République*, in *St. Volterra* 3 (1971) 579 ss.; Pennitz, *Zur Postulationsfähigkeit der Athleten im röm. Zivilprozess*, in *ZSS.* 112 (1995) 91 ss. Il novero variò (e si arricchì) con l'andar del tempo; l'accertamento era rimesso (eventualmente, su sollecitazione della controparte interessata) al magistrato adito. Testo fondamentale è D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.* [ma itp.]), che riporta l'elenco degli *infames* fissato nell'editto pretorio; ma cfr. tutto D. 3.2 (*De his qui notantur infamia*) e CI. 10.59. — Sui *gladiatores* v. anche *infra* nt. 79.3.4. — Sulle *meretrices* («*prostitutae*», «*feminae quaestuariae*», «*publicae*»): Stumpp, *Prostitution in der römischen Antike* (1998), spec. 296 ss. V. anche *infra* n. 41.1. — *Actiones famosae* erano dette quelle implicanti, in caso di condanna, l'*infamia*. Sul tema: Kupisch, «*Actio famosa*», in *St. Sirks e Wessel* (1993) 1587 (con particolare riguardo all'*actio doli*: *infra* n. 24.5.3).

16.7. Sulla rilevanza di determinate classi o professioni: Bartošek, *Le classi sociali nella Roma antica*, in *Ét. Macqueron* (1970) 43 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); Wacke, *Die «potentiores» in den Rechtsquellen*, in *ANRW.* 2.13 (1980) 562 ss.; Rilinger, «*Humiliores-honestiores*» etc. (1988). — Tra le fattispecie di età classica segnaliamo le seguenti: *a*) ai *senatores* era interdetto il matrimonio con *libertinae* e l'esercizio del commercio marittimo; *b*) ai magistrati provinciali era interdetto acquistare beni nella *provincia* amministrata o sposare donne appartenenti alla stessa; *c*) ai militari era interdetto di sposarsi e di manomettere schiavi. — Arti e mestiesoggetti giuridici. Lasciando da parte le implicazioni sul piano del *ius publicum* comportate dalle distinzioni tra *patricii* e *plebeii*, tra *nobiles* e non nobili (cd. *ignobiles* o *populares*), tra *honestiores* e *humiliores*, e sorvolando sulla miriade di fattispecie che possono segnalarsi in ordine al *ius privatum* dell'età classica e di quella postclassica, riteniamo opportuno sottolineare che in periodo postclassico l'assolutismo politico e la connessa statalizzazione dell'economia portarono alla formazione di «arti e mestieri» necessitati ed ereditari, cioè di attività di lavoro specializzato obbligatorie non solo per chi le praticasse, ma anche per i suoi discendenti.

16.7.1. Tra le arti e i mestieri ereditarii subirono limitazioni di capacità assai intense: *a*) quello dei cd. «*servi fisci*» («servi del fisco»), cioè degli operai (formalmente liberi e cittadini) ad-

---

ri a carattere obbligatorio ed ereditario furono un fenomeno postclassico che si riconnette alla storia delle relative corporazioni e della loro costituzione, la quale agli albori del periodo classico fu assolutamente libera e solo influenzata dalle opportunità di mercato: sul che v. *infra* n. 17.2.2. Gli imperatori ricorsero a questo rimedio estremo solo dopo un lungo periodo di «incentivazioni» (mediante *privilegia*, *excusationes*, prezzi politici di favore), le quali peraltro non bastarono ad arginare, nella dilagante decadenza economica, le sempre più diffuse desistenze da parte dei lavoratori specializzati. Si pensi (senza voler qui fare un elenco completo) ai battellieri (*navicularii*), ai mulattieri (*muliones*), ai mugnai e panificatori (*pistores*), agli allevatori di bestiame da macello (*pecuarii*, *suarii*), ai tessitori (*lintearii*): attività di cui alcune anche negli stati moderni sono molto attentamente sorvegliate e regolamentate (o, come spesso si dice, «protette»).

16.7.1. Sui servi fisci: Eder, «*Servitus publica*» (1980). Sul *fiscus Caesaris*: *infra* n. 17.2. — Sul colonatus: Johne-Köhn-Weber, *Die Kolonen in Italien und den westlichen Provinzen des römischen Reiches* etc. (1983); De Neeve, «*Colonus*» (1984); De Martino, *Coloni in Italia*, in *Labeo* 41 (1995) 35 ss.; Lo Cascio (cur.), *Terre, proprietari e contadini dell'impero rom.* (1997); Giliberti, *Servi della terra* etc. (1999). V. anche *infra* n. 79.2.5. — Sulle origini del colonato, in particolare: Mitteis, *Der Ursprung des Kolonats* (1901); id., *Studien zur Geschichte des Kolonats* (1910); Carlsen, «*Vilici*» *and Roman estate managers until AD. 284* (1995). Le origini sono tuttora oscure ed hanno punti limitati di contatto con la *locatio fundi* ai *coloni* (v. *infra* n. 79.2.3). Già nei primi secoli dell'era volgare l'amministrazione fiscale egiziana prevedeva il vincolo dei coltivatori della terra al loro villaggio (vincolo che si inquadrava nel più generale sistema del domicilio coatto in quella località dei lavoratori specializzati, come i pompieri, necessari alla sua vita: *idia origo*). La grande crisi economica del sec. III d. C. e l'assolutismo imperiale fecero il resto. Chiudendo una lunga serie di precedenti interventi, Giustiniano (in C.I. 11.48.23.1, a. 531-534) affermò la libertà (peraltro *sui generis*) dei coloni e dei loro figli: *sancimus liberos colonorum esse quidem in perpetuum secundum praefatam legem liberos et nulla deteriore condicione praegravari, non autem habere licentiam relicto suo rure in aliud migrare, sed semper terrae inhaereant, quam semel colendam patres eorum susceperint*. — Nell'ambiente postclassico fiorì, variamente contrastato dagli imperatori, l'istituto del patrocinium dei potentiores (o *honestiores*), consistente in una sorta di protettorato esercitato dai notabili sugli *humiliores* o su interi villaggi (*vici*) contadini (donde il *ius emphyteuticarium*, di cui *infra* n. 61.3.3 e la *cessio in potentiorem*, di cui *infra* n. 69.4.2.1). Sul tema: Guarino, *SDR*. n. 344; Giglio, *Patrocinio e dir. privato nel tardo imp. rom.* (1995).

detti alle officine statali; *b*) quello dei cd. «*coloni*», anche chiamati «*servi glebae*» («servi della gleba» o «*adscripticii*»), cioè delle persone addette alla coltivazione dei latifondi privati. In particolare, i *coloni* erano anch'essi liberi e cittadini, capaci di matrimonio, di proprietà, di successione ecc.; tuttavia, quanto alle necessità del fondo cui erano addetti, la loro condizione era analoga, se non addirittura identica a quella degli schiavi veri e propri, nel senso che venivano considerati come una pertinenza del fondo stesso, e pertanto 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 colonario solo per il fatto che il fondo fosse loro donato dal proprietario.

16.8. La confessione religiosa («*cultus deorum*») fu causa di limitazioni della soggettività se ed in quanto differisse dal culto ufficiale romano, ma con rilevanza ben diversa tra i tempi anteriori e i tempi posteriori al trionfo della religione cristiana, verificatosi in età postclassica a partire da Costantino I (313-337). Nei periodi precristiani (arcaico, preclassico, classico) il ripudio del culto ufficiale romano, cioè di quello che fu chia-

---

16.8. Sulle pregiudiziali di carattere religioso la letteratura è vastissima e può essere qui soltanto sfiorata, anche perché concerne essenzialmente il diritto costituzionale e quello criminale. A prescindere da casi isolati come quello della repressione dei baccanali nel 186 a. C. (su cui: Pailler, *Bacchanalia* [1988]), può ricordarsi che sin dal sec. I a. C. furono stabilite penalità a carico di chi passasse al giudaismo, mentre Claudio, nel secolo successivo, proibì che gli ebrei si riunissero a scopi cultuali. In argomento: Grant, *The Jews in the Roman world* (1973); Rabello, *The legal condition of the Jews in the Rom. Empire*, in *ANRW.* 2.13 (1980) 662 ss.; id., *Il problema della «circumcisio» in dir. rom. ecc.*, in *On. Biscardi* 2 (1982) 187 ss.; Noethlichs, *Das Judentum und der röm. Staat* (1996); De Bonfils, *Legislaz. ed ebrei nel IV sec. Il divieto dei matrimoni misti*, in *BIDR.* 90 (1987) 427 ss.; id., *Gli schiavi degli ebrei nella legislaz. del IV secolo* (1992). Egualmente ostile l'atteggiamento dello stato verso l'introduzione di riti egizi e caldei. — Sull'influenza del cristianesimo in ordine alle limitazioni di capacità dei non cristiani: Biondi, *Dir. rom. crist.* cit. 1 spec. cap. 9. Il processo che dall'indifferenza originaria per la qualificazione religiosa del soggetto portò all'atteggiamento di intransigenza su esposto, salva la breve parentesi di Giuliano l'Apostata (360-363), 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: Lauria, *«Nomen christianum»* (1968), in *St.* (1983) 477 ss.; Molthagen, *Der römische Staat und die Christen im zweiten und dritten Jah.* (1970); Gaudemet, *Les relations entre le pouvoir politique et les communautés chrétiennes d'après le Code Théodosien*, in *AAC.* 4 (1981) 431 ss.; De Giovanni, *Costantino e il mondo pagano*² (1996); Zuccotti, *«Furor haereticorum»* (1992); Alvarado, *La religión como causa modificativa de la capacidad jurídica etc.*, in *On. Hernández-Tejero* 2 (1994) 19 ss.; Baccari, *Cittadini, popoli e comunione nella legislaz. dei sec. IV-VI* (1996). Quadro generale in: De Martino, *Storia della cost.* cit. 5.330 ss. V. anche AA.VV., *Religione e politica nel mondo antico* (1981). — Sulle pregiudiziali di carattere razziale: Sherwin White, *Racial prejudice in imperial Rome* (1967); Cracco Ruggini, *Pregiudizi razziali etc.*, in *Ath.* 46 (1968) 139 ss.

mato *a posteriori* il culto pagano, implicava ovviamente l'esclusione dalle cariche pubbliche per via della renitenza a compiere i riti ad esse connessi; esso incideva invece negativamente sulla sfera privata solo quando si riversasse in manifestazioni singole o collettive (o addirittura in cospirazioni) contrarie all'ordine pubblico od alla moralità corrente e determinasse perciò la repressione o la condanna penale (per esempio, a titolo di *crimen maiestatis*, cioè di attentato alla sovranità dello stato) di coloro che vi partecipassero (caso dei baccanali, di alcuni riti orientali, di alcune manifestazioni dei culti ebraici o cristiani): le persecuzioni in massa dei cristiani, che indubbiamente vi furono e che culminarono in quelle ordinate da Diocleziano, vanno viste secondo questa ottica. Diversamente andarono le cose in periodo postclassico, causa la sempre crescente intolleranza degli imperatori cristiani verso i praticanti di culti non cristiani o addirittura di culti cristiani ereticali, cioè non ortodossi rispetto alle dottrine di fede proclamate come verità incontestabile: ebrei («*iudaei*»), «*pagani*» (così detti perché rarissimi nelle grandi città e caratteristicamente numerosi nei piccoli villaggi rustici, nei *pagi*), apostati, eretici («*haeretici*») delle più diverse sette (donatisti, manichei, eunomiani, priscillianisti ecc.). La gamma delle limitazioni subite da costoro è tanto vasta che sarebbe troppo lungo enumerarle: basti accennare al divieto di nozze tra cristiani ed ebrei, alla incapacità dei non cristiani di testare o addirittura di ricevere per testamento, alla preclusione per i non cristiani di avere schiavi cristiani ed alla frequente attribuzione agli eretici di una sorta di pazzia incontenibile («*furor haereticorum*») con tutte le conseguenti limitazioni di capacità del caso.

17. I SOGGETTI GIURIDICI IMMATERIALI.

17.1. Una categoria del tutto anomala di soggetti giuridici, da esaminare a parte, è quella dei soggetti giuridici

---

17.1. Sui soggetti giuridici immateriali: Schnorr von Carolsfeld, *Geschichte der juristischen Person* 1 (1933), con bibl.; Eliachevitch, *La personnalité juridique en dr. priv. rom.* (1942); Philipsborn, *Der Begriff der juristischen Person im röm. R.*, in ZSS. 71 (1954) 41 ss.; von Lübtow, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person*, in *Europa e dir. rom.* 2 (1954) 479 ss.; Orestano, *Il «problema delle pers. giur.» in dir. rom.* 1 (1968); Id., *«Nomi collettivi» e «situazioni unificate» da Alfeno a Seneca*, in *Diritto* (1981) 275 ss.; De Robertis, *Personificazione giuridica e ordinamenti corporativi nella compilaz. giustin.*, in *St. Santoro-Passarelli* 6 (1972) 277 ss. Come si vede, la dottrina romanistica usa generalmente la terminologia di «persona giuridica», e talora quella alquanto ridicola di «ente morale», pur preoccupandosi di immateriali (o «incorporali»), solitamente (ma goffamente) denominata delle «persone giuridiche» (tali perché distinte dai soggetti dotati di fisicità corporea, cioè dalle cd. «persone fisiche»). Essa fu costituita da taluni enti non corporali, privi cioè di alcune tra le qualificazioni regolari di ogni altro soggetto giuridico, ma risultanti: *a*) dall'aggregazione societaria di certi soggetti giuridici per la costituzione di un patrimonio speciale e per il suo impiego a determinati fini; *b*) oppure dalla destinazione a determinati fini di un patrimonio speciale a se stante, cioè non oggetto della titolarità di altri soggetti giuridici. Il termine più usuale per designare la prima ipotesi è oggi quello di «associazione» (ma anche di «corporazione» o di «società»); il termine più usuale per designare la seconda ipotesi è oggi quello di «fondazione». Le caratteristiche comuni ad entrambe furono (e sono tuttora) due: *a*) quella di essere considerate soggetti di *ius privatum* (le associazioni in quanto titolari di un patrimonio speciale ben distinto da quello dei suoi membri, le fondazioni in quanto auto-titolari del loro patrimonio); *b*) quella di avere, a causa della mancanza di fisicità corporea, una capacità di diritti non estesa al di là della sfera patrimoniale, e più precisamente della sfera economica (quindi, con inettitudine ai rapporti familiari e parafamiliari e con forti limitazioni in materia successoria e in altri campi). Ecco ora qualche cenno di più analitica illustrazione delle due specie (e delle principali sottospecie) di soggetti giuridici immateriali e delle loro vicende nel quadro della storia giuridica romana.

17.2. Per quanto riguarda le associazioni di altro non si trattò, a mente dei Romani non meno che di noi moderni, se

---

avvertire che essa non è romana, anzi contrasta con la concezione che della persona ebbe il diritto romano classico. La teoria dei soggetti immateriali come «persone giuridiche» (terminologia, tra l'altro, equivoca, perché sembrerebbe implicare che gli altri soggetti giuridici, cioè le cd. «persone fisiche», non siano anch'essi persone giuridiche, cioè giuridicamente rilevanti) fu sviluppata essenzialmente dai canonisti ed è dominante nella dottrina civilistica moderna. Che per i Romani gli enti immateriali non fossero persone è confermato da Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.1, ove si avverte che l'editto sul *metus* si applica sia alle *singulares personae*, sia al *populus*, alla *curia*, ai *collegia*, ai *corpora*, che dunque *personae* non sono. V. anche retro n. 14.3.1.

17.2. Sul fenomeno societario (apolitico o politico): retro n. 1.2. — Al populus Romanus Quiritium i giuristi preclassici e classici riconobbero in qualche modo una individualità distinta da quella dei suoi componenti (cioè dei cittadini romani), ma questa configurazione impallidì notevolmente nell'età postclassica, man mano che la sovranità fu identificata con la persona del monarca. Sul punto: Robleda, *Sobre la capacidad jurídica del «populus Romanus»*, in St. Grosso 3 (1959) 201 ss. V. anche: Catalano, *«Populus Romanus Quirites»* (1974). — In periodo postclassico si manifestò la tendenza a considerare come soggetto giuridico il fiscus Caesaris, il quale si era ormai fuso con l'*aerarium populi Romani* della repubblica. Il *fiscus*, infatti, era *res principis*, ma non era trattato alla non di «società umane» (cioè di aggregazioni di soggetti giuridici in un'organizzazione societaria) sottostanti alle regole del *ius privatum*. Il loro modello fu costituito, nei tempi storici (cioè nei tempi successivi al superamento delle antichissime *gentes* e delle successive *tribus* genetiche), dalla società politica denominata «*populus Romanus Quiritium*». Ad esso guardarono i giuristi della tarda età preclassica e dell'età classica per chiedersi: *a*) se il *populus* potesse entrare a guisa di privato anche in taluni rapporti rapporti privati (es.: di vendita dei prodotti dei propri fondi, assunzione di obbligazioni attive o passive con soggetti privati ecc.); *b*) se altre corporazioni sufficientemente compatte potessero avere, almeno in parte, rilevanza giuridica privata. Al primo quesito la risposta (diversamente da ciò che oggi generalmente si ritiene in ordine agli stati moderni) fu negativa, in considerazione del fatto che il *populus* sovrano non poteva perdere in nessuna contingenza la sua supremazia nei confronti dei privati. Al secondo quesito la risposta fu invece cautamente positiva, e diede luogo al riconoscimento di due sottospecie di soggetti giuridici associativi *iure privato*: *a*) quella dei *municipia* e delle *coloniae*; *b*) quella dei *collegia* e delle *sodalitates*.

17.2.1. *Municipia e coloniae* (anche detti complessivamente «*civitates*» o «*universitates*») erano enti politici (cioè *publici*) che

---

stregua del patrimonio personale dello stesso: 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: Bolla, *Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt etc.* (1938); Brunt, *The «fiscus» and its development*, in *JRS.* 56 (1966) 75 ss.; Masi, *Ricerche sulla «res privata» del «princeps»* (1971); Bellen, *Die «Verstaatlichung» des Privatvermögens der römischen Kaiser im 1. Jahrhundert n. Chr.*, in *ANRW.* 2.1 (1974) 91 ss. — Discorso a parte merita la Chiesa cristiana (*ecclesia christianorum*) del periodo postclassico, da Costantino in poi, la cui storia esorbita peraltro, in gran parte, da quella dell'ordinamento giuridico privato. Su essa e sulle sue istituzioni minori (particolarmente sui «*claustra*», chiostri) esiste una letteratura vastissima, che omettiamo di riportare (v. per tutti: Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'église aux IVe et Ve siècles²*, 1972). Tra i molteplici privilegi via via conseguiti dalla chiesa: *a*) l'«*episcopalis audientia*», su cui retro n. 33.7.1; *b*) il «*ius asyli*», cioè il (contestatissimo) diritto di dare asilo e di sottrarre alla giurisdizione statale coloro che si fossero rifugiati nei luoghi sacri (su cui: Ducloux, *«Ad ecclesiam confugere» etc.*, 1994). Sul tema: Gaudemet, *L'Église dans l'Empire romain etc.²* (1989).

17.2.1. Sulle civitates (*municipia, coloniae*) e sul loro ordinamento: Liebenam, *Städteverwaltung in der Kaiserzeit²* (1900); Reid, *The municipalities of the Roman Empire* (1913); Rudolph, *Stadt und Staat im römischen Italien* (1935); Jones, *Rome and the provincial cities*, in *T.* 39 (1971) 513 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>s appellatio [in compluribus causis] ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur.* — I municipia si distinguevano in: «*municipia (Romanorum) cum suffragio*» (e talvolta anche *cum ius honorum*), «*municipia sine suffragio*», «*municipia* con *ius Latii*», «*municipia* con *ius Italicum*», tutti organizzati comunque sul modello del po-

potevano assumere solo in certe ipotesi ben determinate la veste di soggetti giuridici privati. Più precisamente: *a*) i «*municipia*» («municipi») erano comunità cittadine diverse dalla *civitas Romanorum* sottoposte al «protettorato» della repubblica e fruenti di una autonomia interna nei confronti dei loro cittadini («*municipes*»); *b*) le «*coloniae*» («colonie») erano comunità create da Roma nel territorio dell'*imperium Romanum* fruenti del pari di autonomia. Questi enti di minore importanza potevano molto più facilmente del *populus* svestirsi di ogni carattere sovrano per entrare a far parte di rapporti giuridici privati: nel qual caso di essi si diceva che erano equiparati ai soggetti giuridici privati («*privatorum loco habentur*») ed era loro pertanto concesso di compiere ogni attività, anche processuale, limitatamente alle relazioni giuridiche di carattere economico. Entro questi limiti di operatività le *civitates* operavano: o direttamente, a mezzo dei propri funzionari di governo; o, in singoli casi, a mezzo di speciali agenti («*actores*»); o infine, in età più tarda, a mezzo di stabili organi rappresentativi («*curatores*» o «*syndici*»). Pur se con una certa difficoltà, fu progressivamente ammesso che esse potessero venir onorate di legati e fedecommessi e potessero persino accettare eredità.

17.2.2. I «*collegia*» («collegi») e le «*sodalitates*» («sodalizi») erano consociazioni denominate anche (meno propriamente)

---

pulus Romanus. — L'editto pretorio non parlava di *municipia* o di *civitates*, ma dei loro membri, i municipes, e regolava dettagliatamente l'ipotesi di azioni esercitate «*municipum nomine*». Quanto ai lasciti a favore delle comunità locali, cfr. precipuamente Ulp. 22.5, 24.28; CI. 6.24.12. — Le coloniae erano di due tipi: «*coloniae civium Romanorum*», vere e proprie «filiali» o succursali della repubblica, di cui i membri erano Romani a tutti gli effetti; o «*coloniae Latinae*», i cui membri erano *Latini coloniarii*, parificati nella condizione giuridica ai *Latini*. Sui *Latini coloniarii* v. già retro n. 16.2.1.

17.2.2. Su collegia o sodalitates: Waltzing, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains* (1895-1900); Coli, «*Collegia*» *e* «*sodalitates*» (1913), in *Scr.* (1973) 1 ss.; De Robertis, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano* (1971); id., *Autonomia statutaria e personificazione giuridica nel regime associativo romano*, in *St. Macqueron* (1970) 591 ss.; id., «*Syndicus*» etc., in *SDHI*. 36 (1970) 304 ss.; Randazzo, *I* «*collegia tenuiorum*» etc., in *SDHI*. 54 (1988) 223 ss. Testi da consultare: D. 50.16.85; D. 3.4.7.1 (*Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent*); D. 47.22.4; D. 40.3.1 (*Divus Marcus omnibus collegiis, quibus coeundi ius est, manumittendi potestatem dedit*); D. 34.5.20 (*Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est* ...); 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, era esso estinto? Sembrerebbe escluderlo Ulp. D. 3.4.7.2: ...*si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire* «*societates*» o «*corpora*»: *a*) gli uni consistenti prevalentemente in confraternite a scopo di culto in comune, e quindi spesso con la finalità di garantire una sepoltura ai membri («*collegia funeraticia*»); *b*) le altre consistenti prevalentemente in circoli a fini di ricreazione e di mutua assistenza dei soci. La loro ragion d'essere era che si trattava di aggregazioni di gente dai mezzi economici limitati («*societates tenuiorum*»), o di umili esercenti di arti e mestieri («*corpora artificum*») ispirate al concetto che l'unione (in qualche misura) fa la forza e basate generalmente su una convenzione trasfusa in uno statuto scritto, che disciplinava l'organizzazione e il funzionamento del gruppo («*lex collegii vel sodalicii*»). La concezione di queste associazioni come enti diversi dalle persone dei soci e come soggetti autonomi di rapporti giuridici si profilò tuttavia soltanto agli inizi dell'età classica, per effetto della *lex Iulia de collegiis*, fatta votare da Augusto in un anno imprecisato: legge che (a quanto sembra) volle far fronte al pullulare di associazioni che mascheravano attività di opposizione politica o addirittura di violazione dell'ordine pubblico, e pertanto dispose lo scioglimento di tutti i *collegia* esistenti, salvo un ristretto numero di antica e nobile tradizione, e subordinò la costituzione di nuovi enti corporativi a requisiti minimi tra loro conformi e ad autorizzazione espressa del senato (cui più tardi fu equiparata quella del *princeps*). La rappresentanza processuale dei *collegia* «autorizzati» («*collegia licita*») fu conseguentemente regolata dall'editto pretorio.

17.2.3. Il progressivo, sempre più chiaro riconoscimento, durante il periodo classico, della soggettività giuridica dei «*collegia*

---

et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis. Ma l'interpretazione del passo è discussa. — In ordine ai collegia illicita ed alle *sodalitates* non autorizzate si stentò, almeno per molto tempo, ad ammettere che essi potessero avere una vita giuridica a sé, pur quando avessero una organizzazione interna efficiente. Sul tema: Randazzo, *Senatus consultum quo illicita collegia arcentur etc.*, in *BIDR*. 94-95 (1991-92) 49 ss., il quale attribuisce (con altri) la *lex de collegiis* a Giulio Cesare. — I collegia artificum e, più in generale, le «corporazioni di arti e mestieri» (costituite da artefici esercitanti singole branche di attività: *retro* n. 16.7.1), furono sempre molteplici, ma raramente giunsero a livelli organizzativi tali da renderli equiparabili alle *societates*. Solo in periodo postclassico essi furono presi in considerazione e spesso coattivamente trattati come soggetti giuridici, per motivi economici già accennati a suo tempo, dagli imperatori. Sul vasto e complesso argomento v. specialm. le opere già citate dal Waltzing e dal De Robertis.

17.2.3. Sui fenomeni societari nel *ius privatum romanum*: *infra* n. 80. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni le crescenti esigenze di mettere insieme grandi concentrazioni di capitali (privati o pubblici, non di rado multinazionali) al servizio di sempre più imponenti finalità produttive ha determinato la moltiplicazione e il tendenziale gigantismo dei soggetti giuridici incorporali, sia nella struttura delle corporazioni, sia nella struttura (per la quale v. infra n. 17.3) delle fondazioni. Mentre gli ordinamenti di tradizione* *licita*» portò con sé la conseguenza: *a*) che degli obblighi e delle responsabilità assunte dai rappresentanti del *collegium* rispondesse, nei limiti del patrimonio comune, il solo *collegium*; *b*) che pertanto i suoi membri (anche detti «*corporati*») fossero considerati, di regola, soci «a responsabilità limitata», tenuti verso i creditori entro i limiti dei conferimenti da ciascuno fatti o promessi alla cassa comune («*arca communis*»). Le ragioni per cui i vantaggi implicati da questo regime giuridico non favorirono, come a tutta prima si potrebbe essere indotti a pensare, la diffusione e, sopra tutto, il potenziamento economico degli enti corporativi (che rimasero sempre limitati nelle finalità e nei patrimoni), furono molteplici: mancanza di rilevante numero di piccoli e medi risparmiatori in grado di concorrere alla formazione di consistenti capitali sociali; tendenza dei più verso l'affidamento delle proprie disponibilità economiche a ben individuati affaristi di fiducia (a titolo cioè di «associazione in partecipazione» con questi esperti capi-cordata); preferenza da parte dei grossi capitalisti per il sistema delle «alleanze di affari» (*societates* in senso proprio) rispetto a quello del concorso alla formazione di enti economici non direttamente gestiti da tutti; esigenza diffusa (sopra tutto nel mondo del grande commercio mediterraneo) di avere a fronte imprenditori (o alleanze di imprenditori) che offrissero la garanzia della «responsabilità illimitata»,

---

romanistica non hanno difficoltà a tradurre tutte queste fattispecie come enti distinti dalle persone dei soci o dei fondatori, gli ordinamenti di stampo anglosassone rifuggono invece dalla visuale dell'ente autonomo e preferiscono (in singolare coincidenza con le impostazioni romane) parlare di alleanze, di «joint ventures», di affidamenti fiduciari di capitali ad uno o più affaristi («trusts»), isolando la sola (o quasi la sola) ipotesi dell'ente societario a responsabilità limitata («limited company»). Caratteristica di tutti gli ordinamenti, e in tutti assai diffusa, è il sistema della formazione di capitali sociali mediante la raccolta di «quote» o di «azioni» (titoli di credito verso l'ente) presso miriadi di piccoli risparmiatori, tra i quali vengono ripartiti pro parte sia gli utili, che le perdite risultanti dai bilanci annuali. Ben difficilmente, peraltro, queste organizzazioni capitalistiche evitano la concentrazione di «pacchetti» (di quote o di azioni) nelle mani di un socio, il quale si assicura con essi il sostanziale dominio dell'ente: pacchetti «di maggioranza», o anche solo di consistenza sufficiente a tener testa alla dispersione del capitale tra gli altri soci (pacchetti «di riferimento»). Gli affari di maggior portata sono affrontati spesso col ricorso, tra grandi società, a super-società direttive («holdings») o a svariate forme di «joint ventures», se non addirittura a gigantesche alleanze strategiche del tipo «trusts»: formazioni peraltro generalmente (almeno entro certi limiti) vietate, poiché soffocatrici della libera concorrenza tra imprese, dalle principali legislazioni e da convenzioni internazionali. Per quanto attiene all'ordinamento giuridico italiano, il regime generale delle «persone giuridiche» (corporazioni e fondazioni) è dettato dagli a. 14-35 c.c., nei quali si fissa il principio che la personalità in senso pieno spetta a quei soli enti che siano riconosciuti come persone giuridiche dalla legge o da specifici provvedimenti di governo e che abbiano una certa organizzazione minima. Esistono, per conseguenza, numerosi e vari «enti impersonali», privi cioè di riconoscimento, la cui principale caratteristica è, ove si tratti di associazioni, la responsabilità illimitata. Quanto alla vasta gamma degli enti a carattere di «società» (solo alcuni dei quali godono per legge della personalità), v. infra n. 315.

cioè della possibilità di essere chiamati a rispondere delle loro obbligazioni con l'intero loro patrimonio. Anche se molte volte (per esempio, nelle *societates publicanorum* e nelle grandi *societates* commerciali, di cui parleremo a suo tempo) un'organizzazione interna non mancava, questa struttura amministrativa aveva carattere del tutto accessorio rispetto all'attività imprenditoriale, non si identificava con essa.

17.3. Per quanto riguarda le fondazioni, va sottolineato che è assai discusso che i Romani, mancanti come erano di spiccate tendenze all'astrazione, abbiano mai riconosciuto la soggettività giuridica ai patrimoni speciali privi di titolari, e per conseguenza titolari di se stessi (o, in altre parole, autonomi), che fossero 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 solitamente si adducono sono quelli delle *piae causae* e dell'*hereditas iacens*: in ordine ai quali, peraltro, quanto meno il diritto classico non giunse a ravvisare la soggettività giuridica.

17.3.1. L'ipotesi delle «*piae causae*» («pie cause», «opere pie») era quella di patrimoni destinati per testamento a scopi duraturi di pietà e affidati per questo fine (*causa*) ad un ente corporativo o ad un ufficio (la chiesa, il vescovo ecc.) aventi la qualità giuridica di successori a causa di morte (eredi, legatari, fedecommissari). Proprio perciò la giurisprudenza classica ritenne che, anche quando il testatore (il cd. «fondatore») non lo avesse espressamente disposto, il lascito entrasse a far parte del patrimonio generale del soggetto giuridico destinatario dei beni e che quest'ultimo fosse caricato dell'obbligo (a titolo di *modus*) di realizzare gli scopi prefissati dal fondatore. Le cose non mutarono di molto in età postclassica, nella quale il propagarsi della beneficenza privata e pubblica sotto l'influsso della religio-

---

17.3. Sulla nozione di fondazione e in particolare sulla genesi e l'affermazione delle «*piae causae*» in diritto postclassico: Casoria, *De personalitate iuridica piarum causarum* (1937); Murga, *Donaciones y testamentos «in bonum animae» en el der. rom. tard.* (1968); id., *La continuidad «post mortem» de la fundación cristiana etc.*, in *AHDE.* 38 (1968) 481 ss.; id., *Las practicas consuetudinarias en torno al «bonum animae» etc.*, in *SDHI.* 34 (1968) 330 ss.; Barone Adesi, *Dal dibattito cristiano sulla destinaz. dei beni economici alla configuraz. in termini di persona delle «venerabiles domus» destinate «piis causis»*, in *AAC.* 9 (1993) 231 ss. Per le fonti cfr.: I. 2.23.7, C.I. 1.2.19, e, fondamentale, Nov. 120 (a. 544).

17.3.1. Prima ancora che l'affermarsi del cristianesimo portasse alle *piae causae*, già dai tempi di Nerva e Traiano furono concesse a certe città erogazioni in danaro, così da permettere l'assistenza ai cittadini particolarmente indigenti. Sull'argomento: Segrè (G.), *Le istituzioni alimentari imperiali*, in *BIDR.* 2 (1889) 78 ss. — Sul *modus* negoziale v. anche *infra* n. 15.2.

ne cristiana portò sopra tutto alla creazione di numerosi ospizi di vario genere (per vecchi, per poveri, per pellegrini ecc.). Solo Giustiniano compì passi decisivi sulla via del riconoscimento della soggettività giuridica alle istituzioni di beneficenza, accordando loro la capacità di ricevere legati e fedecommessi per testamento e quella di stare in giudizio in nome proprio e a mezzo di rappresentanti.

17.3.2. L'ipotesi della «*hereditas iacens*» («eredità giacente») era quella del patrimonio successorio in attesa di essere accettato o rifiutato dal chiamato all'eredità (quindi provvisoriamente senza titolare). A rigor di diritto, il compendio patrimoniale era da considerarsi una *res nullius*, una cosa di nessuno, sicché chi si impadronisse di una eredità non ancora accettata né comunque presa in proprio possesso dalla persona designata come erede non commetteva furto. Ma sin dalla età classica si avvertì l'opportunità, sia pure limitatamente a casi ed a fini del tutto speciali, di trattare l'*hereditas iacens* come provvisoriamente sostitutiva essa stessa del soggetto giuridico che avrebbe finito per acquistarla. Muovendo da questi spunti, la giurisprudenza e gli

---

17.3.2. Sulla *hereditas iacens*: *infra* n. 31.6. Prima dell'intervento giustinianeo (cfr., ad es., D. 45.1.22 Flp.) che in un certo modo sancì la soggettività del patrimonio ereditario, la concezione della *hereditas iacens* come *res nullius* (cfr. Gai 2.9 e D. 1.8.1 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. 41.3.61 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. Sul tema: 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'h. g.*, in *SDHI.* 30 (1964) 154 ss.; Gioffredi, *Osservazioni sulla dottrina romana dell'h. g.*, in *St. Zanobini* 5 (1965) 285 ss.; De Simone, *D. 47.10.1.6-7*, in *Labeo* 12 (1966) 355 ss.; Cenderelli, *«Facturi personae operaeve substantiam»* etc., in *SDHI.* 35 (1969) 413 ss.; von Lübtow, *Betrachtungen zur «her. iacens»*, in *St. Grosso* 2 (1968) 503 ss.; Robbe, *La «hereditas iacens»* etc. 1 (1975); Orestano, *«Hereditas nondum adita»*, in *Iura* 33 (1982) 1 ss. — Il principio *furtum rei hereditariae non fit* si legge, con riferimento all'*hereditas nondum adita*, in Marcell. D. 47.2.69 e altrove. Sull'ipotesi del *«furtum servi manumissi»* (operato dallo schiavo prima dell'*aditio* e quindi prima della sua affrancazione): *infra* n. 90.3. — Nel sec. II d. C. Marco Aurelio introdusse la repressione del *crimen expilatae hereditatis*, cioè della depredazione o saccheggio dei beni ereditari (generalmente mal custoditi) che fossero in attesa della accettazione. V.: Solazzi, *Sul «crimen exp. h.»* (1936), in *Scr.* 3 (1960) 563 ss.; Zilletti, *Annotazioni sul «crimen stellionatus»*, in *AG.* 161 (1961) 287 ss.; Bonini, *D. 48.19.16* etc., in *RISG.* 10 (1965) 39; Lemosse, *«Crimen exp. h.»*, in *RHD.* 76 (1998) 255 ss. — Non va confusa con l'*hereditas iacens* la *hereditas vacans*, cioè l'eredità che fosse stata rifiutata o non potesse più essere accettata, e che per conseguenza passava in proprietà dell'erario pubblico, almeno a termini della *lex Iulia et Papia*: *infra* n. 35.8.

imperatori postclassici furono lentamente portati a ravvisare costantemente in essa una sorta di soggetto giuridico «provvisorio», sicché Giustiniano completò il processo evolutivo affermando senza mezzi termini che l'*hereditas iacens* fosse in ogni caso equiparabile al titolare del patrimonio in cui si sostanziava («*dominae locum obtinet*»).

18. GLI OGGETTI GIURIDICI.

18.1. Degli oggetti giuridici privati secondo il *ius Romanorum* esistono tracce, assai più evidenti che altrove, di un notevole distacco tra la considerazione del fenomeno nella

---

18.1. Il concetto romano di oggetto giuridico privato nella nostra ricostruzione 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. 19.6). 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 c.d. 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. D'altronde la concezione genuinamente romana dell'oggetto giuridico privato non è del tutto aliena dalle idee giuridiche anche moderne: ad esempio, la dottrina tedesca, sopra tutto nel secolo XIX, usava 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 della «fonte di interessi per il soggetto attivo». Così il Bierling, *Juristische Prinzipienlehre* 1 (1894) 239 ss., trattando del «Rechtsobjekt», precisa «Rechtsobjekt im strengbegriffenen Sinne des Wortes: das von einer Rechtsnorm geforderte Verhalten des Verpflichteten»; ed il Gierke (O.), *Das deutsche Genossenschaftsrecht* 2 (1873, rist. 1954) 56 ss. e *Deutsches Privatrecht* 2. *Sachenrecht* (1905) 1 ss., addirittura asserisce: «unter den Begriff des Rechtsobjektes im weitesten Sinne fallen daher auch die Rechtssubjekte». Sulla teoria generale dell'oggetto giuridico, per tutti: Lovatelli, sv. *Oggetto dei diritti*, in *NNDI*. V. inoltre già *retro* n. 8.8. — 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, tuttavia *res* sottratta al *dominium* ed agli altri rapporti assoluti reali (v. in proposito: Guarino, *Il dir. rom. è un «optional»?*, in *PDR* 1 [1993] 80 ss.). 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 voglia 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 identipratica 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 e imperfetta formulazione «naturalistica» della giurisprudenza romana.

18.1.1. Le «qualificazioni oggettive regolari», cioè i requisiti normalmente necessari per assumere il ruolo di oggetto giuridico privato, di fonte di interessi per il soggetto attivo di un rapporto, risultano essere state le seguenti: *a*) la concretezza; *b*) l'utilità; *c*) la limitatezza; *d*) la disponibilità privata; *e*) l'estraneità al soggetto attivo del rapporto.

18.2. Il requisito della concretezza stette a significare che l'oggetto giuridico, per essere tale, doveva appartenere al

---

ficazione, 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.

18.1.1. In ordine alle qualificazioni oggettive regolari (o, quanto meno, in ordine alle prime quattro fra esse) è sempre utile la consultazione delle seguenti opere romanistiche, limitate peraltro (per motivi esposti *retro* n. 18.1) alla teoria delle *res*: Bonfante, *Corso* 2.1 (1926, rist. 1966); Scialoja, *Teoria della proprietà* cit. 21 ss.; Longo (C.), *Distinzione delle cose* (corso, 1935); Id., *Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto* (corso, 1946); Grosso, *Le cose* (corso, 1941); Sargenti, *Le «res» nel diritto del basso impero*, in *Labeo* 40 (1994) 309 ss.

18.2. Relativamente 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. 90.5.7): 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 passi *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*, cioè le entità prive di concretezza, di materiale tangibilità. Di «*res incorporales*» parla in senso tutto peculiare Gai 2.14 (*retro* n. 6.1 e 14.3); ma questo concetto (espresso anche in D. 1.8.1.1 e in I. 2.2) fu usato da lui, 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 2.12-14: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, velut 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* [ecc.]). A nostro avviso, la distinzione gaiana, chiaramente influenzata dalla filosofia greca, si spiega: da un lato, seguendo sopra tutto Cic. *top.* 5.26 ss.: *Definitionum autem duo sunt genera prima, unum earum rerum, quae sunt, alterum earum, quae intelleguntur. 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 agnationem definias* (ecc.); dall'altro lato, tenendo presente che «*res*» significava metaforicamente anche patrimonio (o cespite patrimoniale) che i rapporti diversi dal *dominium* erano appunto 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 di cui si cibavano gli dei) o di quella extraumana (es.: il suolo facente parte 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 ecc.).

18.3. Il requisito della utilità stette a significare l'attitudine dell'oggetto a soddisfare un bisogno della vita di relazione, e più precisamente un'esigenza dei soggetti del rapporto giuridico.

18.4. Al requisito dell'utilità si connetteva strettamente il requisito della limitatezza, nel senso della limitata, ristretta, insufficiente disponibilità dell'oggetto per i bisogni umani: donde derivava nei soggetti (particolarmente nel soggetto attivo) l'interesse ad accaparrarsi l'oggetto giuridico, a sottrarlo alla di-

---

res nel senso di «sostanze patrimoniali»: Guarino, *I «libri institutionum» etc.*, in *ACl.* 143 (1998) 17 ss. Sul tema (con argomentazioni che non condividiamo o che condividiamo solo in parte): Grosso, *La distinzione fra «res corporales» e «res incorporales» etc.*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 791 ss.; Triantaphyllopoulos, *Varia Graeco-Romana II.3. Le nombre des choses corporelles (Gai 2.13)*, in *St. Grosso* 5 (1972) 197 ss.; Zamorani, *Gaio e la distinzione «res corp.» «res incorp.»*, in *Labeo* 20 (1974) 362 ss.; Bona, *Il coordinamento delle distinzioni «res corp.-res incorp.» e «res mancipi-res nec mancipi» nella sistematica gaiana*, in *Prospettive sistematiche nel dir. rom.* (1976) 407 ss.; Orestano, *Gaio e le «res incorp.»*, in «*Diritto*» (1981) 297 ss.; Tellegen, *«Res incorp.» et les codifications modernes du droit civil*, in *Labeo* 40 (1994) 35 ss.; Bretone, *I fondamenti del dir. rom. Le cose e la natura* (1997); Burdese, *«Res incorporalis» etc.*, in *Labeo* 45 (1999) 98 ss. V. anche retro n. 14.3. — Postilla. *I moderni ordinamenti giuridici, non soltanto riconoscono e disciplinano anche le energie (es.: quella elettrica e quella atomica: cfr., ad es., a. 814 c.c.), ma prevedono larga protezione anche alle «opere dell'ingegno», ai cui creatori (o ai cui cessionari) concedono l'utilizzazione esclusiva, quanto meno per un congruo periodo di tempo, mediante la regolamentazione dei cd. «diritti di autore» (relativi a scritti, a composizioni artistiche, a film ecc.), o dei «brevetti» (relativi alle invenzioni industriali), o dei «marchi» (relativi agli emblemi dei prodotti), o di altri istituti che sarebbe troppo lungo elencare (cfr. ad es. a. 2575 ss. c.c.).*

18.3. Il requisito dell'utilità dell'oggetto giuridico acquistava risalto pratico nelle ipotesi di «inutilizzabilità» dello stesso, cioè in ordine a quegli oggetti che la tradizione riteneva non utilizzabili dai privati nei loro rapporti. Caso tipico è quello del cadavere umano e delle sue parti (membra, ossa ecc.), su cui cfr. Mod. D. 45.1.103: *Liber homo in stipulatum (dari) 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. 41.1.1 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.

18.4. Fuori del diritto, perché prive del requisito della limitatezza, erano considerate le cd. «*res communes omnium*», cioè le entità illimitatamente a disposizione di tutti (aria, acqua piovana, mare). V. tuttavia *infra* n. 19.9.3.

sponibilità comune di tutti i consociati per poterne trarre personale utilità.

18.5. 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 ai rapporti privati non fosse estraneo per sua natura o non fosse sottratto dall'ordinamento (es.: le vittime dei sacrifici religiosi, la preda bellica, gli edifici pubblici ecc.).

18.6. Il requisito dell'estraneità al soggetto attivo del rapporto stette a significare che tutto e tutti (beninteso, se provvisti dei requisiti precedentemente 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 postclassico), 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* e persino ai soggetti, ai *sui iuris*: a questi ultimi (si aggiunga subito) se ed in quanto fossero sottoposti temporaneamente ad una *potestas* altrui oppure fossero vincolati entro i ristretti limiti di un'*obligatio* verso un altro soggetto.

18.6.1. La possibilità che il ruolo di oggetti giuridici (non addirittura di *res*, si badi) fosse coperto persino da soggetti giu-

---

18.5. Sul requisito della disponibilità privata: *infra* n. 19.5.

18.6. Sul requisito dell'estraneità al soggetto attivo, v. l'avvertenza fatta *retro* nt. 18.1. — 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 procreavimus*». V. anche *infra* n. 52.1.

18.6.1. In ordine alla qualifica di oggetti giuridici attribuita 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. 16.3.1-2) persone che perdevano solo temporaneamente la soggettività giuridica per effetto della loro condizione di sottoposti e di cui era «affievolita» (non integralmente sospesa) la qualifica di *patres familiarum* nei confronti dei membri delle proprie famiglie. Per i soggetti subordinati a *tutela* od a *cura* l'evidenza era molto minore, perlomeno nel periodo classico, in cui 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. 44 ss. Relativamente agli *obligati*, la dimostrazione accennata nel testo sarà ribadita in sede di studio approfondito delle *obligationes* (*infra* n. 63 ss.). Comunque, sufficientemente indicativa è, a quest'ultimo proposito, la definizione di I. 3.13 pr.: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura.* — POSTILLA. *Negli ordinamenti giuridici moderni (è appena il caso di accennarlo) l'affermazione* ridici (purché non si trattasse dello stesso soggetto attivo) non solo non contrasta con la logica astratta, ma può essere spiegata sul piano della storia. Basta riflettere che, alle origini, nel sistema del *ius Quiritium*, altro diritto soggettivo non era riconosciuto ai *sui iuris* che la *potestas* assoluta: sia su *res*, sia anche su *liberi* e *cives* e perfino su taluni altri *sui iuris* (quali gli *addicti* e i *nexi*). In prosieguo, sin dai primi tempi del sistema del *ius civile vetus*, la qualifica di oggetti giuridici rivestita da alcuni *sui iuris* quando fossero sottoposti ad altri soggetti giuridici non fu eliminata, ma venne solo progressivamente mitigata, tenendosi 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 stesso in quanto *sui iuris*, non all'avente potestà. Di qui il mai completo abbandono di una concezione che la giurisprudenza romana classica non considerò certo favorevolmente, ma nemmeno riuscì a rimuovere del tutto, come non riuscì a rimuoverla la stessa giurisprudenza postclassica. Ancora in diritto giustinianeo le *potestates* su liberi *alieni iuris* e su individui *sui iuris* rimasero formalmente riconosciute, e perfino l'*obligatio* di un soggetto verso un altro fu vista come qualcosa di più intenso del semplice dovere incombente sul soggetto passivo: fu vista cioè come un «*necessitate adstringi*».

19. LE «RES».

19.1. La sempre più accentuata riluttanza della giurisprudenza romana, a partire quanto meno dal periodo classico, verso la inclusione dei soggetti giuridici nel novero dei possibili

---

sempre più convinta della dignità della persona umana, confortata (in tempi, per verità, relativamente recenti) dallo sviluppo sempre maggiore delle garanzie accordate ai lavoratori dipendenti, ha portato ad accantonare del tutto, sul piano «positivo», la concezione che un soggetto giuridico possa essere asservito ad un altro, possa subire la prigionia per debiti, possa essere comunque oggetto di rapporti obbligatori (ivi compresi quelli di lavoro subordinato). V., tuttavia: Guarino, Spirito del diritto del lavoro e materia del contratto individuale (1950), in PDR. 2 (1993) 253 ss.

19.1. Sulla nozione di res (e, più genericamente, di «materia») e sulla influenza del pensiero greco sulla sua genesi: Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht: Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und in der modernen Gesetzgebung* 1 (1902) 44 ss.; Stroux, *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung des röm. R.*, in *ACIR*. 1 (1934) 127 ss.; Schermaier, *«Materia» etc.* (1992). — La gamma delle significazioni del termine, sia nella lingua latina in genere che oggetti di rapporti giuridici privati si tradusse in un concentrarsi della riflessione giurisprudenziale sugli oggetti giuridici aventi il carattere di *res* («cose»), cioè di entità estranee ai soggetti giuridici, anzi a tutti gli uomini liberi. Pur non disconoscendosi e non contestandosi, in punto di realtà, 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 essenzialmente sulle *res*. E per *res* (o «*bona*», «beni») furono intesi: in senso stretto, le entità materiali e gli animali subumani; in senso lato, anche gli schiavi.

19.1.1. Delle *res* le fonti offrono alcune utili classificazioni sulla base dei seguenti criteri distintivi: *a*) composizione; *b*) divisibilità economica; *c*) produttività; *d*) consumabilità; *e*) surrogabilità; *f*) trasportabilità; *g*) funzione sociale; *h*) disponibilità privata; *i*) appartenenza privata.

19.2. In base al criterio della composizione si distinse tra: cose semplici, cose materialmente composte e cose economicamente composte. Cose «semplici» erano ritenute quelle create

---

nel linguaggio giuridico in particolare, è notoriamente vastissima (v. Forcellini, *Lexicon t. Lat.* s.v.: «vocabulum est latissimi generis quae 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 con due definizioni, forzando non poco i dettati dei giuristi classici dalle cui opere le ha tratte: *rei appellatio latior est quam pecuniae, quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur quae in patrimonio sunt* (Paul. D. 50.16.5 pr., a commento dell'*edictum de vadimonio Romam faciendo*); *rei appellatione et causae et iura continentur* (Ulp. D. 50.16.23, a commento, pare, dell'editto *de satisdando*). — Sulle *res incorporales* di Gai 2.14: *retro* n. 18.2.

19.1.1. Sulle classificazioni delle *res*, v. la bibliografia indicata *retro* n. 19.1. — *Postilla. Anche gli ordinamenti giuridici moderni comportano tutte, all'incirca, le classificazioni qui indicate, fatta salva qualche differenza per cui v. retro n. 18.6.1 e infra n. 19.8 e 9.*

19.2. 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. V.: Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit. 111 ss.; Schnorr von Carolsfeld, *Geschichte der juristischen Person* cit. 177 ss.; Olivecrona, *Three essays in Rom. L.* (1949) 20 ss. 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 usucapione quaestionem non habet. secundum et tertium habet.* Cfr. anche: Alf. D. 5.1.76 (testo che alcuni ritengono sospetto di itp.); Paul. D. 6.1.23.5; I. 2.20.18. A chiarimento della concezione e dello stesso unitarie dalla natura, alitate da un unico soffio naturale («*quae uno spiritu continentur*»), 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 mediante l'artificiale unificazione di più cose semplici («*quae ex pluribus inter se cohaerentibus constant*»), come un edificio, una nave, un vestito. Cose «economicamente composte» erano ritenute quelle materialmente distinte tra loro, ma idealmente accomunate per l'attuazione di una finalità economica unitaria («*quae ex pluribus inter se distantibus constant*»), come un gregge, una mandria, un armento, una biblioteca.

19.3. In base al criterio della divisibilità economica si distinse tra: cose divisibili e indivisibili. Cose (semplici o

---

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 congiunta ad altre. Non è dato intuire con precisione che cosa pensi il giurista al proposito, ma è chiaro che per lui la questione può farsi solo in ordine alle cose composte: è per sostenere questa tesi che Pomponio 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 *ususfructus 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. 14.4, ivi bibl., a cui *adde*, in relazione a quanto qui detto: Vallet de Goytisolo, «*Pignus tabernae*», in *An. der. civ.* 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 dir. rom.* (1963) spec. 193 ss.; Melillo, «*Legatum mundi – universitas rerum*», in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 589 ss.; Hammerstein, *Die Herde im röm. R. etc.* (1975); Daubermann, *Die Sachgesamtheit als Gegenstand des klass. r. Rechts* (1993). — Discussa è la classicità dell'estensione del regime del «*grex*» all'«*armentum*», all'«*equitium*» e a tutte le *res quae gregatim habentur*: cfr. Ulp. D. 6.1.1.3 (itp.), Ulp. D. 7.1.70.3. — Che la *bibliotheca* fosse considerata una *universitas* è ancora più incerto. — I riflessi pratici più importanti della nozione di *universitas facti* si ebbero in tema di *dominium* (e relativa *vindicatio*) *gregis* e di *ususfructus gregis*: 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. Il gregge rimaneva giuridicamente (ed economicamente) tale e quale pur quando ne fosse diminuita la consistenza per morte di alcuni suoi capi e pur quando la consistenza ne fosse aumentata per nascita di altri capi.

19.3. Sul concetto di cosa indivisibile, cfr. Paul. D. 6.1.35.3; Gai. D. 35.2.80.1. Brósz, *Il concetto delle cose divisibili e indivisibili in dir. rom.* (in ungherese), in *Acta Fac. Pol. Iur. Budapest* 1966. — Si intende che una *res*, pur quando non ammetta la possibilità di scindersi in «*partes pro diviso*», ammette di regola la ripartizione in *partes pro indiviso*, cioè in quote ideali di partecipazione composte) «divisibili» erano ritenute quelle suscettibili di ripartizione materiale in parti (*partes*) aventi funzione corrispondente o utilità economica proporzionale al tutto (es.: un fondo, una casa, un pezzo di pane). Cose «indivisibili» («*res quae sine interitu dividi non possunt*», cose che non possono essere divise senza andare distrutte) erano ritenute quelle insuscettibili di ripartizione nel senso predetto (es.: un animale vivo, una pariglia di cavalli addestrata, una macchina), cioè quelle che ad essere materialmente divise perdessero la funzione e il valore originari.

19.3.1. Diversa dalla parte di cosa è la «pertinenza», cioè la cosa (autonoma) durevolmente destinata al servizio o all'ornamento di un'altra 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: arnesi da lavoro, animali e così via (cd. «scorte» dell'azienda).

19.4. In base al criterio della produttività si distinse tra: cose fruttifere e cose infruttifere. Cose «fruttifere» erano ri-

---

alla sua utilizzazione da parte di due o più soggetti che costituiscono una «*communio pro indiviso*» (cfr. Paul. D. 50.16.25.1). Sul tema: *infra* n. 37.5.

19.3.1. In ordine alle cd. pertinenze: Steinwenter, «*Fundus cum instrumento*», in *SAW* 1942; Rossi, *La pertinenza* etc. (1935). Cfr. 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 gli immobili pertinenziali (ad altri immobili), oltre che le pertinenze di cose mobili a cose immobili o ad altre cose mobili. In senso affermativo depone sopra tutto 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. 19.1.17.6: *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. 50.3) unicamente perché di essa è meno importante e costituisce il naturale complemento. Forse in tal senso alcuni testi parlano dell'«*instrumentum fundi*» (es., Paul. D. 33.7.2 pr.: *sive cum instrumento fundus legatus est sive instructus, duo legata intelleguntur*). Sul tema, per qualche elemento e qualche spunto, v. anche: Dohr, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten* etc. (1970) spec. 8 ss.; Holthöfer, *Sachteil und Sachzubehör* etc. (1972); Astolfi, *Riflessioni in tema di «instr. fundi»*, in SDHI. 63 (1997) 522 ss.

19.4. Il concetto romano di fructus e l'evoluzione storica dallo stesso subita sono tuttora alquanto discussi. Sul tema: Thielmann, *Produktion als Grundlage des Fruchterwerbs*, in *ZSS.* 94 (1977) 76 ss.; Cardilli, *La nozione giuridica di «fructus»* (2000); Zuccotti, «*Fruges fructusque*» etc. (2000). L'elenco dei *fructus* da tenute 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.

19.5. In base al criterio della consumabilità si distinse tra: cose consumabili e cose inconsumabili. Cose «consumabili»

---

poi indicativamente dato nel testo si aggiunse, stando a talune fonti di dubbia classicità, di altri elementi, quali le *operae* dei servi, il ricavo delle locazioni («*mercedes*»), e via dicendo, di cui si legge che stanno «*loco fructuum*» o «*pro fructibus*». — Sicuramente estranei al novero dei frutti furono, in ogni età, gli interessi («*usurae*») 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» (e di cui molte legislazioni moderne fissano anche il cd. «tasso legale», cioè la percentuale da prestare *ipso iure*, in mancanza di diverso accordo tra le parti). Sul punto: Appleton, *Contribution à l'histoire du prêt à intérêt. Le taux du «fenus unciarium»*, in RH. 43 (1919) 467 ss. Sotto altro profilo: Cervenca, *Contributo allo studio delle «usurae» cd. legali nel dir. rom.* (1969) passim. V. infra n. 66.5. — Le specie dei fructus secondo le fonti giuridiche erano principalmente queste: a) «*fructus pendentes*» (o «*percipiendi*») cioè quelli ancora naturalmente collegati alla cosa fruttifera, ma in grado di essere utilmente colti; b) «*fructus percepti*» cioè quelli colti e resi quindi cose autonome; c) «*fructus separati*» cioè quelli staccati dalla cosa fruttifera per una qualunque causa (mano dell'uomo, impeto del vento ecc.); d) «*fructus extantes*» cioè quelli colti, ma non ancora consumati; e) «*fructus consumpti*» cioè quelli consumati. — 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 postclassici, invece la spiegano osservando: *absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit* (Gai. D. 22.1.28.1 itp.). Cfr. anche Ulp. D. 7.1.68 pr. Sul punto: Kaser, «*Partus ancillae*», in ZSS. 75 (1958) 156 ss., con bibl.; Linderski, «*P. a.*» etc., in *Labeo* 33 (1987) 192 ss.; Watson, «*P. a.*», in *Labeo* 38 (1992) 333 ss.; Zuccotti, «*P. a. in fructu non est*», in St. Dell'Oro (2001).

19.5. Sulle cose consumabili e inconsumabili: Kübler, *Exegetische und kritische Bemerkungen*, in ZSS. 59 (1939) 569 ss.; Crifò, *Due note sulle cose consumabili etc.*, 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. — Sulla pecunia numerata, cioè sul denaro e sulla moneta: Zehnacker, «*Moneta*» etc. (1973); Hasler, *Studien zu Wesen und Wert des Geldes etc.* (1980). Sull'origine e sui motivi del ricorso a questo mezzo di intermediazione negli scambi (dapprima costituito da animali, cioè da buoi o da pecore; poi costituito da bronzo con peso segnato su ogni pezzo, cioè da «*aes signatum*»; infine costituito da monete di vario metallo) cfr. la semplicistica, ma non insulsa rievocazione di Paul. D. 18.1.1 pr.: *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aesti-*

(«*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).

19.5.1. In età postclassica le cose «deteriorabili», cioè 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.

19.6. In base al criterio della surrogabilità si distinse tra: cose fungibili e cose infungibili. Cose «fungibili» furono ri-

---

tio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. In questo passo il termine «*permutatio*» ha il significato generico di «baratto», non quello della cd. *conventio sine nomine* nota come contratto di permuta: v. *infra* n. 77.3.1, 85.4. Sul tema: Melillo, *Economia e giurisprudenza a Roma* (1978) 53 ss. — Pecunia (non *numerata*) era termine che indicava anche le *res nec mancipi* facenti parte del patrimonio di un soggetto: *infra* n. 19.8 e 34.3.3. Inoltre non era scorretto ricorrere al termine «*pecunia*» per indicare qualunque mezzo di pagamento delle obbligazioni di *dare*. Cfr. Ulp. D. 50.16.178 pr.: *Pecuniae verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora ecc.* Nel senso di oggetti di un *patrimonium* (anche se *res incorporales*, anche se *iura*) intende i possibili significati di *pecunia* Herm. D. 50.16.222 (il quale si spinge forse troppo oltre in direzione del linguaggio atecnico).

19.5.1. Le res quae usu minuuntur rientravano in età classica tra le cose inconsumabili. Solo la giurisprudenza postclassica le assimilò alle cose consumabili: cfr. la rubrica di D. 7.5 (*De usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur [vel minuuntur]*), su cui [illegible], *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste* (1900) 167 s.; inoltre Ulp. D. 7.5.1 ss., I. 2.4.2. I postclassici si basarono su un concetto diverso da quello originario della «consumabilità»: non come perdita della cosa mediante l'uso, ma come distruzione materiale della cosa. Si avverta tuttavia che le fonti sono in proposito assai incerte.

19.6. Sulle cose fungibili e infungibili: Savagnone, *La categoria delle «res fungibiles»*, in *BIDR.* 55-56 (1952) 18 ss.; Genzmer, «*Pondere, numero, mensura*», in *RIDA.* 2 (1952) 469 ss. Il testo da cui è scaturito il vocabolo (non romano) «fungibile» è Paul. D. 12.1.2.1: *Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum 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.* Fungibili sono state pertanto dette le «*res quae in genere suo functionem recipiunt*». — Va rilevato che non esiste esatta corrispondenza tra cose fungibili e cose generiche, cioè consistenti in un *genus*. Anche una cosa generica può essere resa infungibile dalla volontà dei soggetti: es., «questo mucchio di grano». — Il sistema metrico adottato dai Romani (a titolo di memoria) era il seguente. A) Le «misure di lunghezza» erano: il *pes*, di 29 c. e 56 tenute quelle individuabili attraverso la loro appartenenza ad un tipo, ad un *genus* più o meno esteso («*quae in genere suo functionem recipiunt*»). Per esse quindi non aveva rilevanza la individuabilità 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 surrogate, sostituite tra loro. Cose «infungibili» furono intese quelle individuate nella loro specifica identità («*singula corpora*»: es., un certo cavallo, un determinato schiavo), e quindi tali da non poter essere surrogate le une con le altre.

19.7. In base al criterio della trasportabilità si distinse tra: cose «immobili» («*res immobiles*», «*immobilia*»), cioè non trasportabili da un punto all'altro (es.: un fondo, un edificio, il bagno installato in un edificio), e cose «mobili», («*res mobiles*», «*mobilia*»), cioè trasportabili da un luogo all'altro o addirittura semoventi («*res semoventes*», es.: un cavallo).

19.8. In base alla loro funzione sociale, si differenziarono le *res màncipi* dalle *res nec màncipi*: distinzione di fon-

---

mm. (spesso ripartito in quattro palmi, di 73,9 mm. ciascuno); il *gradus* (due piedi e mezzo: 73 cm. e 90 mm.); il *passus* (due gradi, cioè cinque piedi: 1 m. e 478 cm.); il *mille passuum* (miglio: m. 1478). B) Le «misure di superficie» erano costituite dal quadrato di quelle di lunghezza (da ricordare, in particolare, l'*iugerum* di 120 x 240 *pedes*, cioè di 28.800 *pedes* quadrati, pari a mq. 2520,5, cioè a circa 0,252 ettari). C) Le «misure di capacità» erano: l'*amphora* o *quadrantal* (26 litri e 20 centilitri), suddivisa in tre *modii* (pari a 8,733 litri), in 48 *sextarii* (1/16 di *modius* ciascuno: 0,545 litri), in 192 *quartarii* (ciascuno di 1/4 di *sextarius*, cioè di 1/64 di *modius*, pari a litri 0,136); inoltre 20 *amphorae* costituivano un *culleus* (524 litri). D) Le «misure di peso» erano: la *libra* di 327,45 grammi; l'*uncia* (1/12 di *libra*, pari a grammi 27,28); lo *scripulum* (1/24 di *uncia*, cioè 1/288 di *libra*, pari a gr. 1,13). E) Quanto alle «misure del valore», si ricordi che l'unità monetaria di calcolo fu costituita dalla *libra* di rame (dunque, 327,45 gr. di rame), denominata anche *as libralis* e ripartita in 12 *unciae* (v. anche *infra* n. 32.4). Sul tema ci è pervenuta, indipendentemente dai *Digesta*, una operetta del giurista classico Meciano: Ruggiero, *L. Volusio Meciano tra giurisprudenza e burocrazia* (1983) 71 ss.

19.7. 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: Kübler, «*Res mobiles*» und «*immobiles*», in *St. Bonfante* 2 (1930) 347 ss.; Schiller, «*Res mobiles*» «*immobiles*» and «*semoventes*», in *ACNSR*. 2 (1934) 433 ss.; Schönbauer, *Beiträge zur Geschichte des Liegenschaftsrechts im Altertum* (1924); Naber, *De rebus mobilibus et immobilibus*, in *RSDI*. 14 (1941) 23 ss.; Di Marzo, «*Res immobiles*», in *BIDR*. 49 (1946) 236 ss.; Provera, «*Partus et fetus et fructus*» etc., in *St. Waldstein* (1993) 99 ss. — 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 e gli sviluppi postromani che portarono alla formazione della categoria delle «cose da registrare», su cui *infra* n. 19.8.

19.8. Sulla fondamentale distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi* sopra tutti: Bonfante, «*Res mancipi*» e «*res nec mancipi*» (1888). Vedila con damentale importanza sino a tutto il periodo classico, ma decaduta in età postclassica e abolita da Giustiniano. «*Res mancipi*» erano le cose che in età arcaica avevano formato oggetto del rapporto di *mancipium*, per essere strettamente collegate alle necessità di vita della *familia*: i terreni facenti parte del territorio romano (*fundi in agro Romano*: quest'ultimo passato a coincidere, nel corso del periodo preclassico, con l'*ager Italicus*), i

---

postille di aggiornamento in *Scr.* 2 (1918) 14 ss.; De Visscher, «*Mancipium*» et «*res mancipi*» (1936), 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. (e rec. a Gallo); Scherillo, «*Res mancipi*» e «*res nec mancipi*» - *cose immobili e mobili*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 83 ss. — Sulle radici storiche della distinzione le opinioni divergono notevolmente. Per il Gallo, che fa leva su un accenno di Gai 1.192 (unica *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 quella più attendibile, 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. 54.2-3. — 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.; id., *Il testo di Gai 2.15 e la sua integrazione*, in *Labeo* 14 (1968) 167 ss.; Guarino, *Elefanti che imbarazzano* (1978), in *PDR.* 2 (1993) 313 ss. Gai 2.15 (che riportiamo nella ricostruzione del Nicosia) riferisce di una controversia in proposito tra sabiniani e proculiani: *Sed quod diximus et boves equos 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: v. Guarino, rec. a Nicosia, in *Labeo* 14 (1968) 227 s. — POSTILLA. *Negli ordinamenti giuridici moderni la distinzione tra res mancipi e res nec mancipi è in certo modo ricomparsa nel senso che il ruolo delle cose di maggior rilievo sociale è stato assunto non solo dalle cose immobili, ma anche da molte cose mobili (es.: navi, aeromobili, automobili), tutte da sottoporre per tale a iscrizione nei pubblici registri (ond'è che si parla di «cose da registrare»: cfr. a. 812-815 c.c.), nonché dall'«azienda» (cfr. a. 2555 ss. c.c.: «complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa»). Da notare che nei diritti di stampo anglosassone (e in particolare nel diritto inglese) i beni immobili (terreni ed edifici) sono generalmente denominati (per antonomasia) «property»: v. infra n. 49.4.*

servi, gli animali da briglia e da soma («*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 acquedotto (*aquaeductus*). Per questa essenziale funzione ricoperta in antico dalle *res mancipi* il *dominium ex iure Quiritium* sulle stesse non poteva essere trasferito mediante semplice consegna (*traditio*), ma solo mediante *mancipatio* o anche (salvo le predette quattro servitù rustiche) mediante *in iure cessio*. Ma attraverso un'evoluzione postclassica coronata da una riforma giustinianea la *traditio* (anticamente riferibile alle sole *res nec mancipi*) valse anche per il trasferimento della proprietà sulle antiche *res mancipi*.

19.9. In base al criterio della disponibilità privata (cd. «commerciabilità») si distinse tra: *res in commercio* e *res extra commercium*. «*Res in commercio*» («cose commerciabili», 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*» («cose incommerciabili», anche dette «*res extra patrimonium*») furono definite le cose sottratte alla disponibilità privata e quindi inidonee a far parte di un *patrimo-*

19.9. Sulla ripartizione delle *res in commercio* e *res extra commercium*: cfr. 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 argomento: 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); 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 dei patrimoni 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 meglio: l'incuranza verso le categorie generali) è ancora maggiore: ... *Quae* (*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* (ecc.). — Sul concetto di *patrimonium*: retro n. 15.4.

nium privato. *In commercio* erano, in altri termini, tutte le cose che il costume o i provvedimenti di governo non qualificassero *extra commercium*. Quanto alle *res extra commercium*, la categoria fu, a sua volta, suddivisa da alcuni giuristi in due branche: *a*) quella delle *res divini iuris*; *b*) quella delle *res extra commercium humani iuris*.

19.9.1. «*Res (extra commercium) divini iuris*» erano quelle tipicamente destinate a soddisfare esigenze religiose. Tali furono:

19.9.1. Sulle *res divini iuris*: Murga, *La venta de las «res div. i.» en el der. rom. tard.* (1971); Bonanno, «*Ne quid in loco sacro religioso sancto fiat*», in *SDHI.* 43 (1977) 265 ss. — Sulle *res sacrae*: Brassloff, *Die Befugnis zur Dedikation* 1 (1923); Musel, *Réflexions sur quelques aspects de la condition juridique des temples en dr. rom. class.*, in *Mél. Falletti* (1971) 109 ss.; Murga, *Nulidad o ilicitud en la enajenación de las «res sacrae»*, in *AHDE.* 41 (1971) 555 ss.; Fiori, «*Homo sacer*» cit. 25 ss. Cfr. Gai 2.4; 2.5.8; CI. 1.2.21. — Sulle *res religiosae*, in particolare: Fadda, *Le «res religiosae» nel dir. rom.* (1899), in *St.* 1 (1910) 147 ss.; Biondi, *Dir. rom. crist.* cit. 2.250 ss.; Albanese, «*Bidentale*», «*mundus*», «*ostium orci*» nella categoria delle «*res relig.*», in *I.* 20 (1969) 205 ss.; Fabbrini, *Dai «religiosa loca» alle «res relig.»*, in *BIDR.* 73 (1970) 197 ss. Cfr. Gai 2.4 cit.; CTh. 3.37.4 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. sv.: *Idem religiosum quoque esse, quoniam sit aliquid, quod sibi homini facere non liceat; quod si faciat, adversus deorum voluntatem videatur facere*): il contrario di «*religiosum*» si esprimeva col termine «*purum*» (onde la distinzione tra «*loci puri*» e «*loci religiosi*»). — Sul regime giuridico dei *sepulchra*: De Visscher, *Le droit des tombeaux romains* (1963), con bibl.; Kaser, *Zum römischen Grabrecht*, in *ZSS.* 95 (1978) 15 ss.; Fabbrini (F.), *La deposizione di Gesù nel sepolcro etc.*, in *SDHI.* 61 (1995) 97 ss.; Mayer Maly, *Deposizione e sepoltura*, in *SDHI.* 61 (1995) 89 ss. V. anche: AA.VV., *La mort au quotidien dans le monde romain* (1995). Per «*sepulchrum*» si intendeva il pezzo di terra in cui era stato inumato il corpo di un morto (o l'urna 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* (cfr. Ulp. D. 6.1.43): 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*»): v. Ferretti, *De cenotaphiis diatriba*, in *SDHI.* 66 (2000) 415 ss. Fondamentale la distinzione tra «*sepulchra familiaria*» e «*sepulchra hereditaria*»: questi ultimi erano i sepolcri trasmissibili ereditariamente, mentre i primi erano i *sepulchra* che esplicitamente 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*»). Sul tema: Lazzarini, «*Sepulchra familiaria*» etc. (1991). — Sulle *res sanctae*: Fanizza, *L'inquadramento classico delle «res sanctae»*, in *Labeo* 1 (1955) 94 ss.; Seston, *Les murs, les portes et les tours des enceintes urbaines et le problème des «res sanctae» en dr. rom.*, in *Mél. Piganiol* 3 (1966) 1489 ss. Cfr.: 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 v., però, Solazzi, «*Quodam modo*» nelle Istituz. di Gaio (1933), in *Scr.* 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 Fanizza, 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*. — Sul problema della *pomerium* come *res sancta*: retro n. 15.7.2.

a) le «*res sacrae*», dedicate da un provvedimento di governo o da un'autorevole delibera sacerdotale al culto pubblico (templi, arredi sacri, are ecc.); *b*) le «*res religiosae*», destinate dai privati al culto dei defunti («*dis Manibus relictae*»: tra cui il terreno funerario e i sepolcri); *c*) le «*res sanctae*» (inviolabili), 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.).

19.9.2. «*Res extra commercium humani iuris*» erano quelle non destinate a soddisfare esigenze religiose, ma sottratte alla

---

19.9.2. Sulle *res extra commercium humani iuris*, in generale: Cortese, sv. *Demanio (d. rom.)*, in *ED*. — Nel gruppo delle *res extra nostrum patrimonium* un posto di rilievo occupano le *res publicae*, anch'esse ulteriormente suddistinte in cose riservate all'uso di organi pubblici e in cose aperte anche all'uso diretto da parte dei privati («*res in usu publico*»: vie, fiumi pubblici ecc.). 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 di proprietà. Sul tema: Lombardi, *Ricerche in tema di «ius gentium»* (1946) 49 ss.; Branca, *Ancora sulle «res publ. iuris gentium»*, in *St. Redenti* 1 (1951) 177 ss.; Segrè, *La condizione giuridica dei ponti sui fiumi pubblici etc.*, in *BIDR*. 48 (1941) 17 ss.; Costa, *Le acque nel dir. rom.* (1919); Longo (G.), *Il regime rom. delle acque pubbliche*, in *RISG*. 3 (1928) 245 ss.; Grosso, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici nel dir. rom.*, in *ATO*. 1931; Lauria, *Le derivazioni di acque pubbliche* (1932), in *St*. (1983) 195 ss.; Scherillo, *Le cose* cit. 131 ss.; Pekáry, *Untersuchungen zu den römischen Reichsstrassen* (1968); Murga, *La extracomercialidad de los bienes afectados a un destino colectivo en el bajo Imperio romano*, in *RIDA*. 18 (1971) 561 ss.; Bruun, *The water supply of ancient Rome* (1991); Pugliese, «*Res publicae in usu populi*» *e «in patrimonio populi»*, in *St. Scherillo* (1994) 153 ss.; Zoz, *Riflessioni in tema di «r. p.»* (1999). V. anche: Ashby, *Gli acquedotti dell'antica Roma* (1935, tr. it. 1991). Cfr.: D. 50.16.15; D. 43.12.1.3; D. 43.7.3. — *Interdicta popularia* erano concessi (in analogia con le *actiones populares*: *infra* n. 87) a tutela urgente dell'interesse del *quivis de populo*, contro chi abusasse di «*res in usu publico*». Sul tema: Di Porto, *Interdetti popolari e «res in usu publico»*, in *St. Provera* (1994) 483 ss. — I modi di impiego dell'*ager publicus*, quando lo stato non potesse o volesse tenerlo per sé, né volesse assegnarlo in *dominium ex iure Quiritium* ai privati, erano, più precisamente, i seguenti: *a*) «*ager occupatorius*» in senso stretto, la cui *possessio* (sopra tutto da parte delle famiglie della *nobilitas* repubblicana) era «tollerata», spesso anche senza il pagamento di un canone simbolico, dalla pubblica autorità (v. *infra* n. 35.4.1); *b*) «*ager censorius*» (o «*scripturarius*»), costituito da *fundi* coltivabili che i *censores* davano in una sorta di *locatio conductio* (v. *infra* n. 79.2) a concessionari fissi e contro il pagamento di una congrua *merces*; *c*) «*ager quaestorius*», concesso analogamente ai privati dai *quaestores* (su autorizzazione di una *lex publica*) dietro pagamento di una cd. «*scriptura*» predeterminata e commisurata al tempo dell'utilizzazione; *d*) «*ager compascuus*», lasciato a disposizione collettiva, contro il pagamento di un canone minimo, di comunità contadine per pascolo, legnatico ed altri modi di cd. «uso civico» (su di esso: Laffi, «*Ag. compascuus*», in *REA*. 100 (1998) 533 ss.). Vi erano inoltre, ma ne parleremo nei luoghi più opportuni, le concessioni dei «*fundi stipendiarii vel tributarii*» (v. *infra* n. 33.3.2), le concessioni di «*agri vectigales*» e le loro derivate postclassiche (v. *infra* n. 63) ed altre forme minori. Sul tema, in generale: Pérez-Gómez, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas etc.* (1996). V. anche *infra* n. 49.4.1. — Sulle *res communes civitatium*: Schwarz von Carolsfeld, *Geschichte der jur. Person* cit. 193 ss., 305 ss. Cfr.: Gai 2.11; D. 1.8.2 pr. (cfr. I. 2.1 pr.); D. 1.8.6.1. — [illegible] disponibilità privata per considerazioni di opportunità sociale. Tali furono: le «*res publicae*», amministrate dagli organi di governo statali e destinate all'uso collettivo e a finalità di interesse pubblico (*ager publicus* e pubbliche strade, acquedotti, fiumi, edifici, schiavi, danaro ecc.); le «*res universitatis*», appartenenti a comunità municipali o coloniarie e analogamente destinate a finalità di interesse collettivo. Ma è subito da aggiungere che sopra tutto l'«*ager publicus*» (cioè il complesso delle terre italiche e provinciali di pertinenza statale) era «concesso» di sovente ai privati a titolo di possesso (come «*ager occupatorius*»), contro il pagamento di un canone almeno virtuale, dando vita ad istituti di vario tipo dei quali parleremo a suo tempo.

19.9.3. Posizione ambigua ebbero le «*res communes omnium*», cioè le cose illimitatamente a disposizione di tutti (l'aria, il mare, l'acqua 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* (lido del mare, battigia), che era invece piuttosto una *res publica*.

19.10. In base al criterio dell'appartenenza privata le *res in commercio* (e quindi astrattamente *in patrimonio* dei sog-

---

Negli ordinamenti giuridici moderni le cose appartenenti allo stato o ai minori enti pubblici territoriali sono variamente denominate, con preferenza per la terminologia di «demanio» (dal francese «domaine»). Il diritto italiano vigente (cfr. a. 822-831 c.c.) disciplina separatamente i beni dello stato (suddivisi in «demaniali» e «patrimoniali») e quelli degli enti pubblici subordinati (nonché degli enti ecclesiastici, che definisce tutti «patrimoniali»): per alcuni beni patrimoniali cd. «disponibili» è poi facile, su delibera dell'ente cui appartengono, il passaggio alla disponibilità privata.

19.9.3. 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, *Ist.* 1.595 ss., il concetto non sarebbe «nè classico nè postclassico, ma senza idea bizantina priva di qualsiasi contenuto e importanza giuridica». Il testo in discussione è D. 1.8.2pr.-1 (Marcian. 3 *inst.*): *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens et mare, et per hoc litora maris*. Per quanto riguarda il «*litus maris*», cfr. anche D. 50.16.96 pr. (Cels. 25 *dig.*): *litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit* (reli.); I. 2.1.3. Sul tema: Branca, *La condizione giuridica del mare e del «litus maris»* (1935), in *Scr.* 1 (1965) 107 ss.; Dell'Oro, *Le «res communes omnium» etc.*, in *SU.* 1962-63; Grosso, *Postilla su Orazio, Ars poet. 128-130*, in *ATO.* 1971-72; De Giovanni, *Giuristi severiani: Elio Marciano*² (1989) 34 ss.; Ankum, «*Litora maris*» *etc.*, in *Index* 26 (1998) 361 ss. A nostro avviso, è difficilmente negabile il carattere alquanto infelice dell'inserzione nel catalogo marcianeo (probabilmente riferito ad un concetto classico: quello delle *res communes omnium*) quanto meno dell'*aqua profluens* (letteralmente: acqua che scorre, forse acqua piovana) e forse del *litus maris* (che era piuttosto una *res universitatis*). Ampia revisione dell'argomento con particolare riguardo alle interpretazioni dei Glossatori medievali, in: Behrends, *Die allen Lebewesen gemeinsamen Sachen*, in *Fs. Lange* (1992) 3 ss.

19.10. Sulle *res in bonis alicuius*, v. già retro nt. 19.9. — Sulle *res nullius* (o sulle *res derelictae*): *infra* n. 30.8. Non raro il caso, nelle fonti, che getti del *ius privatum*) si distinsero, al loro interno, in: *a*) *res in bonis alicuius*; *b*) *res nullius*. «*Res in bonis alicuius*» furono ritenute le cose effettivamente rientranti in un patrimonio privato, cioè concretamente appartenenti in punto di diritto ad uno specifico soggetto del *ius privatum*. «*Res nullius in bonis*», o «*res nullius*» («cose di nessuno») furono dette le cose che, pur essendo aperte alla disponibilità privata, non appartenessero o non appartenessero più, in concreto, ad un privato (tali le cose non ancora reperite o non ancora apprese da nessuno, e le cose abbandonate da chi le avesse a sua disposizione).

19.10.1. La condizione giuridica delle «*res in bonis alicuius*» (è bene avvertirlo sin d'ora) poteva consistere in una di queste tre specie: *a*) nell'essere oggetto di cd. «*dominium*», cioè di *dominium ex iure Quiritium* o di altro rapporto assoluto affine allo stesso (cd. *in bonis esse* pretorio o cd. *possessio vel usus fructus* provinciale); *b*) nell'essere oggetto di «*possessio ad interdicta*» («possesso interdittale», o *possessio* per antonomasia), riconosciuta dal pretore a certi soggetti in certe situazioni; *c*) nell'essere oggetto di cd. *possessio naturalis* («detenzione»), esercitata da un mero detentore in luogo del *dominus* e con pieno riconoscimento della situazione giuridica di *dominus* dello stesso.

---

venissero chiamate estensivamente *nullius* anche le *res extra commercium*. In argomento: Robbe, *La differenza sostanziale fra «res nullius» e «res nullius in bonis»* ecc. (1979), relativo a *res communes omnium*, *res nullius* e *res publicae*; De Malafosse (J.), «*Res nullius*», in *Om. Gaudemet* (1999).

19.10.1. Sui vari tipi di disponibilità privata degli oggetti giuridici: *infra* n. 35.3 (*possessio naturalis*), 36 (*possessio ad interdicta*), 49-60 (*dominium*, e altri rapporti affini).

CAPITOLO IV

L'ORDINE DEL «IUS PRIVATUM»

SOMMARIO: 20. L'ordine del *ius privatum*. — 21. Gli atti di autonomia del *ius privatum*. — 22. La forma nei negozi giuridici. — 23. La causa nei negozi giuridici. — 24. La volontà nei negozi giuridici. — 25. Le clausole accidentali dei negozi giuridici. — 26. La sostituzione nell'attività negoziale.

20. L'ORDINE DEL «IUS PRIVATUM».

20.1. L'ordine predisposto dal *ius privatum* romano non esige di essere configurato, nelle sue linee essenziali, in

---

20.1. L'ordine giuridico privato romano, data la (più volte ricordata) riluttanza della giurisprudenza di Roma alle inquadrature generalizzanti, non è caratterizzato nelle fonti da una terminologia appropriata alla visione (del tutto moderna) dell'ordine giuridico. Il presente capitolo va dunque letto in costante riferimento alle linee di «teoria generale» tracciate retro n. 2 (con annesse tavole sinottiche II e III), tenendo presente che esso cerca, nei limiti del possibile, di riferirsi alla terminologia ivi adottata, avendo peraltro cura di segnalare di volta in volta le «varianti» (nonché, in taluni casi, le totali o parziali coincidenze) del linguaggio giuridico romano. — In questa sede valgano solo due avvertenze generali: *a*) che molto frequentemente la giurisprudenza impiegò il termine «causa» per indicare la «causa efficiente» degli effetti giuridici (o, in altri termini, i fatti giuridici); *b*) che non raro fu anche il ricorso, per indicare la causa efficiente dell'ordine giuridico privato, alla circonlocuzione della «*condicio sine qua non*», cioè della situazione di fatto senza la quale non si sarebbe potuto verificare un effetto giuridico (es.: un certo danneggiamento). Sul secondo punto: Wollschläger, *Die Verwendung der Denkfigur der «c. s. q. n.» bei den römischen Juristen* (1968). — A titolo sussidiario di quanto diremo qui e altrove nel testo, si abbia conto dei cenni che seguono in ordine al rilievo giuridico del decorso del tempo. A) 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 plane, non exacto die, quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus*»). B) Se modo diverso da come correntemente lo si configura in sede di teoria generale del diritto. Ciò vale sia per per gli «effetti» (costitutivi, estintivi, modificativi di rapporti giuridici), sia per le «cause efficienti», cioè per i «fatti giuridici» (involontari e volontari, leciti o illeciti, negoziali o non negoziali) determinativi degli effetti stessi. Perciò, evitando di ripetere classificazioni e definizioni che abbiamo già esposto precedentemente ed alle quali senz'altro rinviamo, fermeremo la nostra attenzione, prima di passare alla descrizione analitica degli istituti positivi, su tre

---

per il prodursi di un certo effetto (es.: l'usucapione) doveva decorrere un certo periodo di tempo (es.: un anno), questo periodo si intendeva completamente trascorso 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*). C) Fatta eccezione per i casi in cui avesse rilievo il momento preciso di un certo avvenimento (cioè il cd. «attimo giuridico»), l'unità normale di tempo era il «*dies*», nel senso di giorno, il quale era costituito dalle ventiquattro ore che andavano 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*). D) Nel computo di un periodo di più giorni si incominciava dal giorno stesso di inizio di quel periodo (*dies a quo*), anche se quel giorno era già andato molto avanti nelle ore; si applicava, insomma, un sistema inverso a quello corrente negli ordinamenti giuridici moderni (la cui regola è: «*dies a quo non computatur in termino*»). E) *Iure civili* il decorso del tempo si rapportava alla successione dei giorni indicata dal calendario (cd. «*tempus continuum*»), mentre *iure honorario* il decorso del tempo era depurato, in alcuni casi, da tutti o da alcuni *dies nefasti*, in cui non era possibile ricorrere alla giustizia (cd. «*tempus utile*»), sicché per il computo del termine di esperimento delle *actiones honorariae* si partiva dal primo giorno non nefasto e per il computo del termine di cento giorni per l'*agnitio bonorum possessionis* si escludevano tutti i giorni nefasti (cioè si procedeva a calcolare il tempo utile *ratione cursus*). In argomento: Donatuti, *Due questioni relative al computo del tempo* (1956), in *St.* (1977) 953 ss.; Guarino, «*Dies a quo*» (1980), in *PDR.* 7 (1995) 191 s.; Weyand, *Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde* (1989); Guarino, *L'attimo giuridico* (1990), in *PDR.* 2 (1993) 491. — Le ore del giorno erano numerate in ragione di dodici per il periodo di luce solare e di dodici per il periodo dal crepuscolo all'alba: dunque la loro lunghezza variava a seconda delle stagioni e, fuori dell'urbe, a seconda della latitudine in cui erano rilevate. A Roma urbe: le dodici ore diurne (solitamente calcolate con orologi a sestante) andavano dalle 4,27 alle 19,33 nel giorno del solstizio di estate e dalle 7,33 alle 16,27 nel giorno del solstizio d'inverno; le rimanenti dodici ore notturne erano solitamente calcolate con orologi ad acqua. Importante era il «*meridies*», cioè il mezzogiorno, che si verificava alla fine dell'*hora sexta diurna*, nel momento in cui il sole batteva a picco sullo spazio intercorrente tra i *Rostra* delle navi anziati (portati in trofeo da Caio Duilio e fissati nel foro dopo la vittoria del 338 a. C.) e la *Graecostasis* (il tempietto destinato sulla fine del sec. IV a ricevere le ambasciate greche). Il *meridies* era annunciato, per antica tradizione, da un araldo dei consoli; ma per lungo tempo l'*accensus consulis* provvide anche, probabilmente, ad annunciare pubblicamente quanto meno l'*hora tertia*, l'*hora nona* e il compimento dell'*hora duodecima* o *suprema* del giorno, cioè il *solis occasus*: cfr. Plin. *n.h.* 7.60.212. La vita degli affari si svolgeva prevalentemente *ante meridiem* e si chiudeva comunque con la *suprema tempestas* del tramonto, che segnava la fine delle votazioni comiziali e la chiusura dell'udienza *apud iudicem* del processo privato. V. anche retro nt. 11.6, nonché: Radke, *Die Grenzen von Tag, Monat und Jahr vor Caesars Reform in Rom*, in *St. von Lübtow* (1991) 35 ss. — Per il calendario romano: retro nt. 4.1.5.

argomenti che meritano un'illustrazione specifica: *a*) il presupposto della «capacità di agire» (oppure della «mera capacità di agire»), richiesto per i fatti giuridici volontari, al quale dedicheremo il presente paragrafo; *b*) il regime degli «atti di autonomia privata», al quale dedicheremo i paragrafi successivi del presente capitolo; *c*) il regime di quell'importante effetto modificativo dei rapporti che i Romani denominarono della «*successio in ius*», al quale dedicheremo tutto il capitolo seguente.

20.2. La cd. capacità di agire, cioè la capacità d'intendere e di volere, 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 riscuoteva le conseguenze (specie se fossero a lui svantaggiose) dei suoi atti giuridici, i quali erano considerati, di regola, giuridicamente invalidi o invalidabili; anzi, è probabile che in periodo arcaico la incapacità di agire di un individuo libero e familiarmente autonomo addirittura escludesse la rilevanza della stessa capacità giuridica, nel senso che l'incapace di agire (beninteso, sin che durasse lo stato di incapacità) fosse provvisoriamente sottoposto ad una *potestas* sostanzialmente non dissimile da quella incombente sui *filii familiarum* e sui *liberi in mancipio*. Comunque, il presunto regime arcaico venne progressivamente meno nei tempi storici, sicché nel corso del periodo preclassico gli incapaci di agire che fossero familiarmente autonomi (cioè esenti da sottoposizione a *patria potestas*) furono sempre più decisamente considerati soggetti di pieno diritto: soggetti che erano, peraltro, opportunamente sostenuti, agevolati, cooperati nell'azione giuridica da altri soggetti sicuramente capaci di agire, le cui funzioni «ausiliarie» furono espresse significativamente con le terminologie di «*tutela*» (*impuberum, mulierum*) e di «*cura*» (*furiosi, prodigi, minorum, debilium personarum*).

20.2.1. Di regola, per lo meno sino a tutto il periodo classico, non si richiese che la capacità di intendere e di volere esi-

---

20.2. Sulla capacità di agire e sulla problematica relativa: Albanese, *Le persone nel dir. priv. rom.* (1979) 431 ss. — Sulla arcaica incapacità giuridica degli incapaci di agire: Guarino, *La «lex XII tabularum» e la «tutela»* (1945), in *PDR*, 4 (1994) 146 ss.; id., *Il «furiosus» ed il «prodigus» nelle «XII tabulae»* (1949), *ivi* 154 ss. In senso contrario (limitatamente al *prodigus*): Kaser, *Vom Begriff des «commercium»*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953), spec. 154 ss., 156 ss.; ma, in replica, Guarino, *«Commercium» e «ius commercii»*, in *Le origini quiritarie* cit. 266 ss. V. anche, sul punto, *retro* n. 15.6, 17.4. Il carattere relativamente tardo della terminologia «*tutela* (*tutor*)» e «*cura* (*curator*)» è unanimemente ammesso: v. *infra* n. 44.4.

20.2.1. Per la tendenza tardo-classica e postclassica a dare rilevanza alla concreta capacità di intendere e di volere cfr., ad esempio, PS. 3.4

stesse *in concreto*: non si seguì cioè il sistema (che sarebbe stato, oltre tutto, assai pregiudizievole per la speditezza della vita giuridica) di accertare caso per caso se l'agente, al momento preciso della commissione dell'atto, fosse effettivamente capace di intenderlo e di volerlo, se avesse insomma la cd. «capacità naturale» di agire. Fu ritenuta sufficiente, salvo evidenza contraria (es.: uno stato di chiara ubriachezza), la «capacità astratta di agire», cioè la sussistenza nell'agente, al momento della commissione dell'atto, di alcuni requisiti che astrattamente, in considerazione della normalità dei casi, facessero ragionevolmente indurre la sua idoneità fisica e mentale. Solo nel tardo periodo classico, e maggiormente nel periodo postclassico, si profilò sempre più accentuata la tendenza a controllare *in concreto*, ove sorgessero dubbi o contestazioni in proposito, il concorso della effettiva capacità di intendere e di volere: la tendenza a ritenere invalido l'atto che risultasse concretamente compiuto in istato, sia pur momentaneo, di incapacità naturale.

20.3. Requisiti regolari della capacità di agire furono, in età storica: *a*) l'età pubere; *b*) l'appartenenza al sesso

---

c. 15 (= Paul. D. 28.1.17): *In adversa corporis valetudine mente captus eodem 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» etc.*, 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). V. anche: Burdese, *Capacità naturale e perdita del possesso*, in *St. Guarino* (1984) 759 ss. — Bonus pater familias (o anche «*bonus vir*» o «*diligens paterfamilias*») veniva usualmente chiamato il «galantuomo», cioè il soggetto giuridico (anche di sesso femminile) che amministrasse il suo patrimonio ed intrattenesse rapporti giuridici con gli altri soggetti secondo i canoni della normale oculatezza e della media affidabilità (anche detto «uomo medio»). Sul tema: Guarino, *Il «buon padre» gentiluomo?* (1991), in *PDR.* 2 (1993) 309 ss.; Albanese, *La «sponsio» processuale sulla qualifica di «vir bonus»*, in *SDHI.* 60 (1994) 135 ss. (con analisi di Gell. 14.2.26). V. anche *infra* n. 24.3.2 (intesa fiduciaria), n. 66.2.1 (*arbitrium boni viri*), n. 91.5.2 (*diligentia boni patris familias*).

20.3. La giurisprudenza classica usò 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. particolarm. 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. 16.4). — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni non mancano di dar rilievo ai requisiti della «capacità di agire», ma tendono generalmente a superare del tutto il pregiudizio della incapacità di agire delle donne e a ritenere che la «maturità psico-fisica», con conseguente capacità di agire, si raggiunga da tutti, iure privato e iure publico, con gli anni diciotto (cfr., per il diritto italiano, a. 2 c.c.): solo per taluni atti è richiesta eccezionalmente un'età maggiore, oppure è ammessa un'età minore (es.: nel diritto italiano può essere autorizzato al matrimonio dall'autorità giudiziaria, se [illegible]* maschile; c) la normalità psichica e fisica. I soggetti giuridici (i *sui iuris*) 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 erano totalmente inetti ad agire, bensì erano variamente «limitati» nella loro capacità a seconda del tipo di situazione di inferiorità in cui versavano. La tendenza dominante era, infatti, quella di disconoscere la capacità di agire solo nei limiti di quelle azioni giuridiche al cui ragionevole compimento il soggetto giuridico fosse ritenuto assolutamente inadatto.

20.3.1. La «pubertà» (*«pubèrtas»*) si aveva per conseguita, secondo l'opinione (proculiana) dominante, con il compimento

---

età matura, chi abbia compiuto i sedici anni: cfr. a. 84 c.c.). Sulla «sanità mentale» e sui connessi istituti in ausilio di chi ne sia sprovvisto v. infra n. 47.2.3. Qui è opportuno far cenno di due cose: a) che molti ordinamenti ammettono l'annullabilità officio iudicis degli atti di cui si dimostri che sono stati concretamente compiuti in stato di «incapacità naturale» (per il diritto italiano, cfr. a. 428 c.c.); b) che in materia criminalistica si è sviluppato e articolato il concetto dell'«imputabilità» (sempre come capacità di intendere e di volere), la quale viene solitamente esclusa prima dei quattordici anni e in presenza di un vizio totale di mente; deve essere specificamente provata per i soggetti di età tra i quattordici e i diciotto anni; è spesso limitata in presenza di un vizio parziale di mente; è, per converso, pienamente rilevante quando risulti che sia stato artatamente provocato dall'autore dell'atto (ipotesi delle c.d. «actiones liberae in causa»).

20.3.1. Sulla *pubertas* degli individui (anche non soggetti), spesso più propriamente denominata per le donne «viripotentia» (o «viripotentia»): Pugliese, *Appunti sugli impuberi e i minori in dir. rom.*, in *St. Biondi* 4 (1965) 469 ss.; Tafaro, *«Pubes» e «viripotens» nell'esperienza giuridica rom.* (1988). Il problema non riguardava solo la capacità di agire (e in particolare la capacità matrimoniale anche dei non soggetti: infra n. 43.3.1), ma anche altri settori. — 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, cioè mediante una specifica «inspectio corporis»: 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.: ... *nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo sancta constitutione promulgata* (cfr. Iust. C. 5.60.3) *pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur*. Sul punto: Schwartz (A. B.), *Die justinianische Reform des Pubertätsbeginns etc.*, in ZSS. 69 (1952) 345 ss. — I pubertati proximi, cioè i ragazzi precocemente sviluppati e presumibilmente già dotati di capacità di intendere e di volere, erano forse ritenuti, eccezionalmente, capaci (e quindi responsabili) anche di atti illeciti. — La distinzione degli impuberes in «infantes», «infantiae proximi», «infantia maiores» e «pubertati proximi» è stata sostenuta postclassica da: Tumedei, *Distinzioni postclassiche riguardo all'età*, in AG. 89 (1923) 252 ss. e Albertario, *«Infantiae proximus» e «pubertati proximus»* (1923), in St. 1 (1933) 81 ss. La tesi non convince: Solazzi, *«Qui infanti proximi sunt»* (1955), in Scr. 5 (1972) 579 ss.; Perrin, *L'apparition du «proximus pubertati» en dr. rom. class.*, in St. Arangio-Ruiz (1964) 469 ss. Pertanto, è probabile che i giuristi classici non abbiano mai fissato con precisione l'età dei vari stadi, degli anni 14 per i maschi e degli anni 12 per le femmine: gli *impuberes* (maschi o femmine che fossero) erano privi della capacità di fare testamento (cioè della cd. *testamenti factio* attiva) e privi della capacità di compiere atti illeciti (cioè privi della responsabilità per i *delicta* che avessero commessi), mentre per la commissione di atti leciti erano differenziati in: *a*) «*infantes*» (inetti a parlare distintamente, «*qui fari non possunt*»); *b*) «*infantiae proximi*» (approssimativamente fino ai 7 anni), atti a esprimersi, ma non in modo sufficientemente affidabile; *c*) «*infantia maiores*», cioè usciti dallo stato di infanzia. Gli ultrasettenni (cioè gli *infantia maiores*) potevano compiere validamente tutti quegli atti che determinassero un sicuro incremento del patrimonio loro destinato (es.: l'occupazione di una *res nullius*, l'accettazione di una liberalità), ma per ogni altro atto negoziale

---

non fosse altro perché era di comune nozione che lo sviluppo puberale avesse tempi diversi per gli uomini e per le donne: Solazzi, *Saggi di critica romanistica* 4. *L'età dell'«infans»* (1947), in *Scr.* 4 (1963) 653 ss.; Ankum, *Les «infantiae proximi» dans la jurisprudence classique*, in *Ofr. Hernandez-Tejero* 2 (1994) 53 ss. — L'ultradatazione della *pubertas* ai 18 anni per gli uomini e ai 14 anni per la donna limitatamente agli *alimenta* (su cui *infra* n. 84.6) sembra affermata da Ulp. 2 *fideicomm.* D. 34.1.14.1: *Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquantur, si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi, sciat Hadrianum constituisse, ut pueri usque ad decimum octavum, puellae usque ad quartum decimum annum alantur, et hanc formam ab Hadriano datam observandam esse imperator noster rescripsit. sed etsi generaliter pubertas non sic definitur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus aetatis esse observandum non est incivile*. Sul passo Tafaro cit. 199 ss. (con bibl.), che ne difende la genuinità e sostiene che in esso si trova una vera e propria «definizione» di *pubertas*, sia pure non a carattere generale. A nostro avviso, posto anche che il periodo finale (*sed et* [illegible]) sia genuino, è invece abbastanza evidente che in esso «*definitur*» non ha il senso di «viene definita (descritta)», ma ha quello di «viene delimitata»: il che è stato già giustamente sostenuto da Martini, *Le definizioni dei giuristi romani* (1966) 63 n. 9. In un libro relativo ai fedecommessi e volto ad indirizzare la giustizia *extra ordinem* ad essi relativa, Ulpiano sottolinea e approva l'interpretazione larheggiante data dagli imperatori, sin dai tempi di Adriano e sulla base della loro autorità, al fedecommesso di alimenti a favore di un *puer* o di una *puella* in stato di bisogno «sino al raggiungimento della pubertà»: ci vuole normalmente qualche anno di più perché il fanciullo o la fanciulla, anche se diventati puberi, possano divenire, da poveri che erano, economicamente autosufficienti. — I limiti della capacità di agire dell'*impubes* (*infantia maior*) rispetto agli atti leciti sono indicati da: Gai 2.83 (*meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est*); Gai. D. 2.14.28 pr.; I. 1.21 pr. (*placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore*). Per gli atti illeciti cfr. Gai 3.208, forse sospettato a torto (*plerisque placet, quia furtum ex adfectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et ob id intellegat se delinquere*): passo in cui il *furtum* è chiamato «*crimen*» perché probabilmente Gaio ha in mente anche i numerosi furti perseguiti ai suoi tempi *extra ordinem* con pena pubblica (come, ad es., quelli di bestiame commessi dagli *abactores* o quelli delle borse di danaro commessi dai *saccularii*: v. anche *infra* n. 87.1.3 e 88.3). Sul punto: Burdese, *Sulla capacità intellettuale* cit. — Sulla *tutela impuberum*: *infra* n. 45.

(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 conforme volontà del tutore («*auctòritas tutoris*»).

20.3.2. L'«appartenenza al sesso femminile» determinava, dopo il raggiungimento della *pubertas*, la sottoposizione del soggetto alla «*tutela mulierum*». La donna (pubere) era ritenuta pienamente capace di atti illeciti (ed era quindi responsabile per i medesimi); inoltre aveva, in epoca storica, la *testamenti factio* attiva, dopo esserne stata a lungo priva in età arcaica. In ordine agli atti leciti essa si trovava invece, almeno in teoria, nelle condizioni di un «*infantia maior*», con conseguente necessità di intervento dell'*auctoritas tutoris* per tutti gli atti che non fossero incrementativi del suo patrimonio. Ma, in pratica, il tutore (lo vedremo a suo tempo) faceva solitamente tutto quel che lei volesse.

20.3.3 La «normalità psichica e fisica» mancava ai soggetti giuridici 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*», a curatela dei loro interessi. Le principali categorie erano costituite: *a*) dal pazzo («*furiosus*»), che era considerato totalmente incapace di atti leciti e illeciti; *b*) dal dilapidatore dei beni di famiglia («*pròdigus*»), che era ritenuto incapace di atti negoziali determinanti un decremento del patrimonio familiare avito; *c*) dalle persone minorate («*debiles personae*»), affette appunto da qualche deficienza fisica (mutismo, sordità, cecità ecc.), che erano incapaci per forza di cose di compiere gli atti che richiedessero la qualità fisiologica di cui erano manchevoli (si pensi alla *stipulatio*, per il compimento della quale era necessario uno scambio di domande e risposta verbali); *d*) dai puberi di ambo i sessi che fossero però «minori di venticinque

---

20.3.2. Sulla condizione della donna *viripotens* maggiori precisazioni retro n. 16.4 e *infra* n. 46. Qui basti aver segnalato che la mulier in *tutela* non può 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*. Sul tema: Fuchs, *Die rechtliche Stellung der Frau im alten Rom*, in Ov. Genvig (1960) 31 ss.; Busch, *Die Frau in der griechisch-römischen Antike* (1969).

20.3.3. Sulle curatele: *infra* n. 47-48. — La sostanziale parificazione dei *minores* agli *impuberes* in età postclassica implicò che il limite dei venticinque anni cominciasse a parere eccessivo: gli imperatori concessero perciò, caso per caso, la «*venia aetatis*» («indulgenza dell'età»), comportante l'abbassamento del tetto dell'età minore a 20 anni per gli uomini e a 18 anni per le donne. La «*venia aetatis*» fu regolata da Costantino: cfr. CTh. 2.17.1; CI. 2.44.2 (a. 321). Sul punto: Bellodi Ansaloni, *La «v. aet.» etc.*, in *Labeo* 46 (2000) 40 ss.

anni» («*minores viginti et quinque annorum*»), i quali in età classica incontravano difficoltà nel compiere atti negoziali senza il parere favorevole di un *curator*, mentre in età postclassica passarono ad essere trattati addirittura da incapaci di agire ed a venir parificati agli impuberi «*infantia maiores*».

20.4. Una mera capacità di agire, analoga a quella dei soggetti giuridici, venne largamente riconosciuta anche agli *alieni iuris* (*filii familiarum, liberi in mancipio, uxores in manu*) e persino ai *servi*. Si trattò di un'eccezione alla regola per cui la capacità di agire aveva per suo presupposto la capacità giuridica; ma lo strappo fu motivato da opportunità pratiche e fu giustificato dalla considerazione che i «sottoposti a *potestas*» (*patria* o *dominica* che fosse) 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: *a*) taluni atti che implicassero un incremento del *patrimonium* del *pater* o *dominus*; *b*) taluni atti che implicassero per quest'ultimo un decremento del *patrimo-*

20.4. La categoria della mera capacità di agire delle *persone alieni iuris* (sulla quale v. già retro n. 2.4.2) 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 risposta esplicita a questa domanda, 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 dei *delicta* commessi 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. 20.4.3), 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. — Ai sottoposti a *potestas* erano equiparati nella mera capacità di agire: i servi in usufrutto e le persone (anche libere) che fossero *bona fide servientes*: cfr. Gai 2.86. — *Postilla. Gli ordinamenti giuridici moderni, avendo tutti rinunciato alla schiavitù e ad altre cause di eliminazione o limitazione della capacità giuridica, ignorano ovviamente la categoria della «mera capacità di agire». Presupposto della capacità di agire è, dunque, sempre e solo la soggettività giuridica.*

nium; *c*) taluni atti che implicassero addirittura una situazione di debito (mai però di credito) per lo stesso sottoposto.

20.4.1. L'ammissione dei sottoposti a *potestas* al compimento di taluni atti che implicassero un «incremento del *patrimonium* del *pater* o *dominus*» fu prevista già dal *ius civile vetus*. In forza di esso, i sottoposti: *a*) potevano intervenire pienamente, forse senza neanche l'autorizzazione del *pater* o *dominus*, nei negozi traslativi di *dominium* o costitutivi di *iura in re aliena*, quando vi figurassero in veste di acquirenti o beneficiari, essendo implicito che l'incremento patrimoniale relativo avrebbe avvantaggiato automaticamente (*ipso iure*) il *pater* o *dominus*; *b*) potevano, a maggior ragione, acquistare la *possessio* di una cosa, essendo implicito che l'atto sarebbe andato a vantaggio del *pater* o *dominus*; *c*) potevano anche rivestire i panni dello *stipulans* (e perciò del creditore) a favore del *pater* o *dominus* nel negozio di *stipulatio*, ma presumibilmente solo dietro autorizzazione (*iussum*) di quest'ultimo. Il *ius civile*, invece: *a*) escludeva che i sottoposti, pur se autorizzati, compissero validamente per il *pater* o *dominus* atti (leciti) di alienazione o atti determinativi di *obligationes* (quindi di passività patrimoniale) a suo carico; *b*) stabiliva che per ogni atto illecito (*delictum*) effettuato da un sottoposto (non importa se in stato di incapacità di intendere e di volere) la responsabilità primaria ricadesse sempre, inevitabilmente, sul *pater* o *dominus* (al quale era solo concesso di liberarsene mediante «*noxae datio*», cioè trasferendo il sottoposto all'offeso o ad un terzo che si assumesse per lui la responsabilità stessa).

20.4.2. L'ammissione dei sottoposti a *potestas* al compimento di taluni atti leciti che implicassero un «decremento del *patri*-

---

20.4.1. Sulle acquisizioni del *paterfamilias* a causa di atti leciti compiuti dai sottoposti cfr. diffusamente Gai 2.86-87: *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. 26.2. — L'in iure cessio era preclusa ai sottoposti, anche come acquirenti, perché si svolgeva davanti al magistrato (*infra* n. 12.6), ma il *filius familias* poteva, se autorizzato dal padre (*iussu patris*), effettuare la *manumissio vindicta* (*infra* n. 52.4.1). — Sulle obbligazioni nossali: *infra* n. 87.3.

20.4.2. Sulle cd. actiones adiecticiae qualitatis: *infra* n. 26.3. — 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 specifica del *pater* o *dominus* non era necessaria per le *res* rientranti nel *peculium* da lui assegnato al sottoposto. V. anche *infra* n. 50.12.

monium del *pater* o *dominus*» fu prevista solo dal *ius honorarium* e dalla connessa riflessione giurisprudenziale del tardo periodo preclassico e del successivo periodo classico. Stante il larghissimo ricorso che si faceva alla cooperazione dei sottoposti più capaci (sia *filii* che *servi*) nella vita commerciale, il pretore ritenne equo che questi ultimi creassero obbligazioni a carico dei 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 abilitato all'assunzione del debito dal «benestare» (*iussum*) del *pater* o *dominus*. Lungo questa via si giunse sino al punto di ammettere che il sottoposto, purché espressamente autorizzato, ben potesse alienare a terzi un cespite del *patrimonium* del *pater* o *dominus* utilizzando il negozio non solenne della *traditio* ed altri modi di alienazione a forma libera.

20.4.3. L'ammissione dei sottoposti a *potestas* all'assunzione di «obbligazioni passive in proprio» (cioè obbligazioni a proprio nome e a proprio carico) costituì ovviamente il caso limite. A nostro avviso: *a*) la «responsabilità primaria da atto illecito» del

---

20.4.3. Sulla responsabilità ex delicto del sottoposto la dottrina è divisa fra la classicità della regola e la sua derivazione dalla specializzazione postclassica. In genere, si usa escludere che il diritto classico conoscesse [illegible], allegando l'incompatibilità fra *actio noxalis* e *actio directa*. Il Mandry (cit. *infra*) sostenne per primo la tesi della generale capacità del *filius familias*. Più tardi ha cercato di ricondurre a Giuliano o alla sua epoca l'introduzione della capacità del *filius* a rispondere personalmente dei *delicta* il [illegible], *La responsabilité délictuelle de l'impubère en dr. rom. class. etc.*, in *St. Senn* (1954). Sul tema: Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *St. Carnelutti* 2 (1950) 115 ss.; id., *Obbligazioni del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *St. Albertario* 1 (1953) 233 ss.; Bonifacio, «*Translatio iudicii*» (1956) 107 ss. — In ordine alla classicità delle obligationes pro se del filius familias maschio (e quindi in ordine alla classicità della regola per cui egli poteva essere convenuto con l'azione *in personam*) la dottrina può dirsi concorde: v. Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht* 1 (1871) 339 ss. Sull'editto «*quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur*» (Lenel, *EP*³ 273): Bonifacio, «*Translatio iudicii*» cit. 103 ss. Sulla controversa questione della possibilità di assoggettare il *filius* all'esecuzione forzata conseguente alla condanna: Koschaker, «*Translatio iudicii*» *etc.* (1905) 173 ss., che difende convincentemente la *communis opinio* (negativa), di contro alle tesi del Solazzi, *Sulla capacità del «filius familias» di stare in giudizio* (1898), in *Scr.* 1 (1955) 31 ss., secondo cui non la *bonorum venditio*, ma almeno la *ductio* personale era esperibile. — Sul SC. Macedonianum e sul cd. divieto dei mutui ai *filii familias*: *infra* n. 74.4.3. — Sulle obligationes naturales: *infra* n. 64.3.

sottoposto (e quindi la possibilità ch'egli fosse convenuto in giudizio con un'*actio ex delicto*) fu addossata direttamente ai *filii* ed ai *servi* solo dal diritto tardo classico e postclassico, in connessione con la decadenza della *noxae deditio* e delle azioni nossali; *b*) circa le «obbligazioni da atto lecito», bisogna invece distinguere tra la situazione del *filius familias* maschio e quella degli altri sottoposti (*filiae*, *liberi in mancipio*, *nepotes*, *servi*): mentre questi ultimi rimasero in ogni tempo incapaci di obbligarsi *pro se* (sia per il presente sia per il futuro) e furono ritenuti vincolati verso chi avesse fatto loro credito solo da una «*obligatio naturalis*» alla (eventuale) restituzione, il *filius familias* maschio (e di primo grado), essendo prevedibilmente futuro successore del *pater*, usufruì di un trattamento speciale. Egli fu, infatti, considerato capace sin dall'età classica di assumere obbligazioni in proprio («*pro se*»), pur se probabilmente non poteva essere citato in giudizio per il mancato loro adempimento e pur se sicuramente non poteva essere assoggettato ad esecuzione forzata (cioè a *ductio* personale o a *bonorum venditio*): solo per le obbligazioni da *mutuum* (cioè da prestito di danaro contratto in modo informale) si ammise il creditore a convenirlo in giudizio di cognizione per ottenerne la condanna, sì da predisporre per tempo l'eventuale processo esecutivo; ma l'intervento di un *SC. Macedonianum* del sec. I d. C. indusse il pretore a concedere al *filius* una *exceptio peremptoria* (cd. *exceptio SC. Macedoniani*) intesa a paralizzare anche l'azione creditoria.

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

21.1. Gli atti di autonomia del *ius privatum*, cioè i «negozi giuridici» del diritto romano, sono rintracciabili e rico-

---

21.1. In ordine agli atti di autonomia del *ius privatum* va detto che la romanistica contemporanea, pur essendo ormai molto avanzata sulla via del ripensamento storicistico del diritto romano, ancora non ha saputo completamente liberarsi dalla suggestione «modernistica» della dottrina pandettistica del negozio giuridico (v. *retro* n. 2.3, 4.1.2). 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*» (che invece è ormai certo aver avuto tutt'altra accezione che quella moderna nelle fonti romane: v. *infra* n. 21.1.B), mentre v'è, per converso, qualcuno che bandisce rigorosamente dalla sua opera 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. Per quanto ci riguarda, non sarà mai ripetuto abbastruibili attraverso un'indagine non meno lecita di quelle che solitamente si svolgono, e che abbiamo ricalcato anche noi, per accertare le qualificazioni generali (soggettive, oggettive e via dicendo) dell'ordinamento privatistico in Roma. Ma è particolarmente importante tener presente, a questo riguardo, che in nessuna epoca del diritto romano si formò mai una consistente «dottrina», una compiuta «teoria generale» del negozio giuridico in quanto tale. Gli scritti della giurisprudenza preclassica e classica sono indubbiamente pieni di osservazioni molto acute, ma non sempre conformi tra loro, sì che non è facile armonizzarle

---

stanza che i Romani non ebbero alcun concetto del negozio giuridico, ma si limitarono per lo più a studiare gli atti giuridici privati ognuno per conto suo, nella sua configurazione tipica, o tutt'al più in raggruppamenti parziali, ciascuno giustificato da strette analogie di struttura o di funzione. V. sul punto: Betti, *La tipicità dei neg. giur. rom. e la cosiddetta atipicità del dir. moderno* (1966), in *Diritto etc.* (1991) 325 ss. — Qui vogliamo solo mettere in luce gli spunti romanistici dell'attività negoziale: spunti, sia pure parziali e contraddittori, che stanno alla base della dottrina moderna del negozio giuridico (v. sul punto: Guarino, *La freccia del Parto* [1984], in *PDR.* 1 (1993) 303 ss.). Spunti, si aggiunga, 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 (tra cui spiccano quelle del Mitteis e del Betti): Scialoja, *Negozi giuridici* (rist. 1950); Dulckeit, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klass. röm. R.*, in *St. Schulz* 1 (1951) 148 ss.; D'Ors, *Las declaraciones juridicas en der. rom.*, in *AHDE.* 34 (1964) 565 ss.; Frezza, *Il precetto della legge e il precetto dell'autonomia privata nell'ordinam. rom.*, in *St. Zanobini* 9 (1965) 105 ss.; Schmidlin, *Zum Gegensatz zwischen römischer und moderner Vertragsauffassung etc.*, in *Fs. Univ. Utrecht* (1979) 11 ss.; Magdelain, *L'acte juridique au cours de l'ancien dr. rom.*, in *BIDR.* 28 (1986) 37 ss.; Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* (1990); Cannata, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI.* 57 (1991) 155 ss.; Albanese, *Gli atti negoziali nel dir. priv. rom.* (1982), con vasta disamina di fonti. Altre trattazioni complete, anche se storicamente meno sensibili, sono quelle dell'Alvarez Suárez, *El negocio jurídico en der. rom.* (1954), e del René Vigo, *Doctrina del negocio jurídico* (1977). Nel senso da noi indicato, o almeno con critiche (peraltro, a nostro avviso, eccessive) che non riguardano sostanzialmente la nostra concezione: Schiavone, sv. *Negozio giuridico (d. rom.)*, in *ED.* 27 (1977) 906. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni, pur non codificando esplicitamente la materia del negozio giuridico in generale (indirizzo cui fanno eccezione, peraltro, il BGB. germanico nel suo primo libro, nonché i codici del Brasile, della Grecia, delle repubbliche già facenti parte dell'URSS., della Polonia, della ex-Cecoslovacchia e, limitatamente ai diritti patrimoniali, dell'Olanda), non escludono la sua costruzione da parte della dottrina giurisprudenziale, anzi in certi casi la suggeriscono per note assai chiare. Così è per il c.c. italiano vigente, il quale dedica regolamentazioni parallele alla materia testamentaria (libro secondo) e a quella contrattuale (libro quarto), quivi aggiungendo (a. 1324) che, «salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale». La dottrina meno incline ad adottare le visuali pandettistiche del negozio giuridico (o almeno a tenerne conto) è spiegabilmente, nel suo forte tradizionalismo, quella anglosassone. Scarsa è anche la propensione verso la teoria del negozio giuridico nella dottrina francese (e in altri ambienti dottrinali dalla stessa influenzati), la quale è comprensibilmente attaccata alla felice speditezza concettuale del suo codice civile. Meno spiegabile è la tendenza di alcuni privatisti italiani contemporanei ad esporre la materia civilistica secondo l'ordine del c.c. e delle altre principali leggi, lasciando studiatamente del tutto da parte il linguaggio degli atti e dei negozi giuridici: il che non facilita certo l'intesa del diritto privato moderno con l'esperienza giuridica romana. Sul tema: Guarino, La «parte generale» (1989), in PDR. 1 (1993) 541 ss.*

in una concezione sostanzialmente organica e coerente; anzi bisogna dire che sotto certi aspetti, sopra tutto per quanto concerne la sollecitudine verso i problemi dell'identificazione della volontà, l'evoluzione tardo-classica e postclassica rappresentò addirittura un passo avanti verso la formazione di una nozione unitaria del negozio giuridico.

21.1.1. Data la situazione frammentaria che le fonti romane ci presentano, e dato che manca in esse anche una terminologia univoca, pur se approssimativa, per indicare gli atti negoziali, il compito di chi voglia oggi ricostruire sul piano storiografico gli atteggiamenti del negozio giuridico in Roma è pari a quello di chi tenti l'introspezione di una complessa personalità umana per ricercare l'individualità intima che in essa si cela. Si tratta cioè di intuire, mediante l'analisi di tutte quelle che appaiono, almeno a prima vista, le manifestazioni concrete dell'attività negoziale in Roma, 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. Quanto all'«esperienza giuridica romana» da penetrare, è evidente, qui più che altrove, che essa consiste essenzialmente nei modi e nei risultati dell'«interpretazione qualificata» degli atti giuridici. Sopra tutto 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.

21.1.1. L'assenza di una terminologia unitaria nelle fonti romane non si limita alla mancanza di un termine che rappresenti il concetto di «negozio giuridico» (mancante tuttavia a tanti ordinamenti giuridici moderni, ivi compreso quello italiano), ma si estende alla inafferrabilità anche approssimativa di certe parole che, a tutta prima, potrebbero indurre a ritenere che si voglia quanto meno adombrare il concetto. «*Negotium*» ha il senso lato di affare, di manifestazione di attività (quale che sia, anche non negoziale) del soggetto privato. Termini generici sono anche «*actus*» e «*actio*» (quest'ultimo quando non sta ad indicare l'azione 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 fissare meglio il valore di queste terminologie si afferma 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, ed estremamente sfumati, 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: Kaser, *Zur juristischen Terminologie der Römer* (1965), in *Schr.* 1 (1976) 35 ss.; Wunner, «*Contractus*» (1964), spec. 29 s. 34. V. anche *infra* nt. 65.3.

21.2. Le linee generali del negozio giuridico in tutta la lunga storia dell'esperienza giuridica di Roma furono tendenzialmente le seguenti tre: *a*) la *species* dell'atto negoziale si distaccò lentamente, come istituto a se stante, dal *genus* degli atti giuridici e la separazione non fu mai, o quasi mai, tanto completa da poter determinare piena sicurezza nella sua identificazione; *b*) del pari lenta e mai del tutto netta fu la differenziazione che si verificò, nel seno degli atti negoziali, tra gli elementi della forma, della causa e della volontà; *c*) una progressione ancora più lenta, anzi mai soddisfacentemente completa, si ebbe quanto ai concetti di validità e di efficacia del negozio, sui quali generalmente prevalse il concetto più semplicistico e approssimativo della utilità giuridica dello stesso. Salvo che per qualche limitato aspetto del periodo postclassico-giustinianeo, le sottilizzazioni concettuali furono in genere subordinate alla diffusa esigenza pratica di adeguare le conclusioni giuridiche alle caratteristiche delle specifiche fattispecie: esigenza tradotta usualmente nel brocardo «*ex facto oritur ius*» (il diritto nasce dal fatto).

21.2.1. Sin d'ora è opportuno illustrare (rinviando il resto ai paragrafi successivi) la terza caratteristica tendenziale: quella del ricorso al parametro, indubbiamente imperfetto, dell'«utilità giuridica dell'atto», o meglio della «utilizzabilità» delle esplicazioni di autonomia privata ai fini della produzione di effetti giuridici. In altre parole, i Romani (e per essi i giuristi) ragionarono così: per ogni azione umana «giuridicamente rilevante» sorge la necessità di accertare se essa sia effettivamente atta alla produzione di effetti giuridici o se invece, malgrado le apparenze, essa non serva a questo scopo, sia cioè, alla resa dei conti, inetta a

---

21.2. *Ex facto oritur ius*: il brocardo medievale è stato generato da una glossa a D. 9.2.52.2 (Alf. 2 *dig.*) là dove, a proposito di una certa complicata fattispecie, il giurista romano scrive «*respondi in causa ius esse positum*»; dal che il postglossatore Baldo degli Ubaldi (1327-1400) trasse spunto per commentare: «*Nota quod ius ex facto oritur, et quod ius est implicitum in facto*». Sul tema: Bianco, «*Ex f. o. i.*», in *Riv. dir. civ.* 41 (1995) 1 787 ss., con bibl.; Guarino, «*Ius est factum*» (1962), in *PDR.* 1 (1993) 242 ss.

21.2.1. Manca, di solito, alle trattazioni generali sul *ius privatum* romano una autonoma precisazione concettuale delle nozioni di validità ed efficacia e del 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 le venga precisando e ricavando dalla minuziosa problematica relativa alla invalidità dell'atto negoziale. Per visuali di insieme v. per tutti: Masi, *Il negozio «utile» o «inutile» in dir. rom.*, in *RISG.* 1962; id., *Nullità e inesistenza degli atti giuridici nelle istit. gaiane*, in *Il modello di Gaio* (1981) 329 ss.; Robleda, *La nulidad del acto jurídico*² (1964); Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in dir. rom.* (1966); Quadrato, *Sulle tracce dell'annullabilità. «Quasi nullus» nella giurisprudenza rom.* (1983).

produrre quegli effetti e quindi «inefficace». Il negozio efficace, pur potendo essere al limite anche talvolta invalido, era pertanto qualificato «*utile*»; il negozio inefficace (valido o invalido che fosse) era invece qualificato «*inutile*» (o «*inane*», o «*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 che vale zero, cioè di atto che è lo stesso che niente («*quod nullum esse videtur*», o «*quod nullum est*», o «*quod non est*»).

21.3. Cause di inutilità degli atti negoziali furono: *a*) la contrarietà ai divieti del *fas* e del *ius* (inteso quest'ultimo nel senso più lato); *b*) la mancanza di requisiti indispensabili alla vita dell'atto negoziale; *c*) l'inutilizzazione giurisdizionale.

21.3.1. Il negozio «contrario al *fas*» (cioè «*nefas*» o «*nefarium*») era ovviamente sempre e del tutto inutilizzabile. Per il

---

21.3. L'inutilità del negozio poteva risultare, nei primi due casi indicati nel testo, oltre che dalla libera ammissione degli interessati, 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* tardo-classica e 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 fondamentalmente coerente attività di interpretazione casistica. — Il cd. *falsum adseveratum* («falsità o falsificazione volontaria») produceva effetti di inutilizzazione del negozio principalmente sotto specie di *dolus malus* (v. *infra* n. 24.5) come tale accertato in giudizio privato. Molta influenza, peraltro indiretta, aveva al riguardo l'accertamento della fattispecie come «*crimen falsi*», cioè come reato di falso «materiale» (per esempio, di un documento) o di falso cd. «ideologico» (cioè di dichiarazione volutamente falsa, o più in generale di mendacio). Relativamente a questa ipotesi di reato fondamentale fu la *lex Cornelia de falsis* dell'81 a. C., relativa alla falsificazione dei documenti testamentari e (importante accostamento) alla falsificazione delle monete in corso pubblico. Seguirono altri provvedimenti di governo, sui quali non è qui il caso di fermarsi, che estesero l'ipotesi del falso testamentario a tutte le falsificazioni di documenti e aggravarono notevolmente le pene (*deportatio in insulam* per gli *honestiores*, morte per gli *humiliores*). Sul tema: Piazza, *La disciplina del falso in dir. rom.* (1991), con bibl. V. anche n. 4.5.14 (falso nel contenuto dei *Digesta Iustiniani*), 11.6.1 e 13.4.2 (falsa testimonianza), 15.7.1 (falsa dichiarazione del proprio nome), 22.2.1 (*SC. Neronianum adversus falsarios*), 90.6 (*falsum modum dicere*). Per le fonti, cfr.: PS. 5.25.1 («*Falsum est, quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur*»), D. 48.10, CTh. 9.19, CI. 9.22.

21.3.1. La contrarietà del negozio al *fas* o al *ius* si verificava, principalmente, ma non esclusivamente, in ordine all'elemento della causa. Ecco perché ne parliamo qui, piuttosto che in sede di causa negoziale. — Sui negozi negozio «contrario al *ius*» (cioè «*iniustum*»), bisogna invece rilevare che: *a*) l'atto negoziale contrario al *ius civile vetus* (detto anche «*iniustum*» in senso stretto) era anch'esso completamente inutilizzabile come quello *nefas*; *b*) l'atto negoziale contrario alle *leges publicae*, ai *senatusconsulta* normativi e alle *constitutiones principales* era o diventava inutilizzabile solo se ciò fosse esplicitamente disposto da quei provvedimenti, fatte salve l'eventuale comminazione di penalità per chi lo utilizzasse e 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, sí che in età postclassica anche il negozio *contra leges*, *contra senatusconsulta* e, sopra tutto, *contra constitutiones* fu ritenuto assolutamente inutilizzabile, a meno che il provvedimento di governo ne permettesse, esplicitamente o implicitamente, la utilizzazione.

21.3.2. Il «negozio incompleto», mancante di un elemento costitutivo o di altro requisito essenziale prescritto dall'ordinamento, era inutilizzabile sino al momento in cui l'elemento o requisito mancante si realizzasse o a partire dal momento in cui esso venisse a mancare. Nella prima ipotesi, che richiama il concetto della cd. «invalidità iniziale», si parlava talvolta anche di «*negotium imperfectum*», volendosi con ciò intendere che il negozio era già chiaramente prefigurato dal concorso di molti

---

contrari alle prescrizioni del ius: Metro, *La lex Aelia Sentia e le manomissioni fraudolente*, in *Labeo* 7 (1961) 147 ss.; Di Paola, *Contributi* cit. *passim*. La concezione postclassica dell'invalidità fu 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 particolare dell'illiceità della causa del negozio, v. *infra* n. 23.2.

21.3.2. Di negotium imperfectum le fonti non parlano solo nel senso di negozio incompiuto e perciò inutilizzabile (cfr. *VIR.* e Heumann-Seckel, sv. *perfectio, perficio, imperfectus*), ma ne parlano talvolta anche nel senso di negozio inutilizzabile pur se completo. Tale è il caso della *emptio venditio imperfecta* (valida, ma non ancora efficace), di cui *infra* n. 77.4; tale è anche il caso della *donatio imperfecta* (valida, efficace, ma non ancora pervenuta alla *datio rei donatae*), di cui *infra* n. 23.4.1. A proposito di questa seconda ipotesi, vedremo tra poco che l'*exceptio legis Cinciae* era opponibile al donatario finché l'atto di donazione non fosse *perfectum*, cioè eseguito, portato a termine, realizzato: il che implica che la donazione era considerata «*imperfecta*» non solo in quanto fosse strutturalmente incompleta come negozio, ma anche successivamente, cioè fin quando il donante non l'avesse concretato. — Sulla perseverantia consensus (necessaria, ad esempio, nel matrimonio e nella società) e sul cd. «*contrarius consensus*»: Knütel, «*Contrarius consensus*» etc. (1968); Guarino, *Per la storia del «contrarius consensus»* (1969), in *PDR.* 6 (1995) 232 ss.; Liebs, «*Contr. cons.*» etc., in *Fs. Wieacker* (1970) 111 ss. *Amplius* sul punto: *infra* n. 76.2.1. — Sul matrimonium (*sine manu*): *infra* n. 43.6. — Sulla societas: *infra* n. 80.3.

tra i requisiti occorrenti, ma non poteva dirsi giunto ancora a compiutezza (a «*perfectio*»); nella seconda ipotesi, che richiama il concetto della cd. «invalidità sopravvenuta», il negozio, da completo che era, diveniva (di regola *ex nunc*) non più utilizzabile, cioè (se si vuole ricorrere a questa analogia) incontrava il momento della sua morte. L'accertamento della inutilità iniziale o sopravvenuta (oppure anche totale o parziale, perpetua o temporanea) era rimesso, in caso di contestazione, al potere giurisdizionale, ma il più delle volte (almeno nei periodi preclassico e classico) era raggiunto d'accordo tra le parti con l'intermediazione autorevole dei *responsa* giurisprudenziali ed eventualmente dei *rescripta* dei principi.

21.3.3. Il «negozio disattivato» era quello inizialmente utile, ma reso inutile successivamente mediante un provvedimento giurisdizionale «costitutivo» richiesto da chi avesse interesse alla sua inutilizzazione. Nell'ambito della *cognitio ordinaria* l'inutilizzazione era attuata mediante *denegatio actionis*, *exceptio* e sopra tutto *restitutio in integrum*; nell'ambito della *cognitio extra ordinem* l'inutilizzazione era attuata mediante *restitutio in integrum* o addirittura mediante esplicito annullamento dell'atto. Fu per questa via che in qualche modo si profilò, in periodo postclassico, il concetto di «annullabilità» (o «impugnabilità») del negozio.

21.4. Meritano qualche parola di più, a questo punto, gli orientamenti di massima, cui si ispirò la giurisprudenza romana

---

21.3.3. 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; essa si contrappone, concettualmente, alla «invalidità *ipso iure*» (od «*ope legis*», che dir si voglia), cioè alla invalidità assoluta, che nei linguaggi giuridici moderni viene qualificata «nullità». In proposito: Raggi, sv. «*Ipso iure*», in *Scr.* (1975) 163 ss.; Cerami, sv. *Risoluzione del contratto* (*d. rom.*), in *ED*.

21.4. In ordine ai problemi dell'interpretazione del negozio giuridico in diritto romano: Betti, sv. *Interpretazione dei negozi giuridici* (*d. rom.*), in *NNDI*.; Voci, sv. *Interpretaz. del neg. giur.* (*d. rom.*), in *ED*.; Dordese, *Note sull'interpretazione in dir. rom.*, in *BIDR*. 78 (1988) 191 ss. In argomento non può non prendersi le mosse dall'indirizzo di ricerche aperto nel 1926 dallo Stroux in Germania, con il lavoro intitolato «*Summum ius summa iniuria*» (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» etc. 3. Das «strictum ius» und «aequum et bonum» der Römer* (1875) 88 ss.). Codesto indirizzo, che ha avuto in Salvatore Riccobono uno strenuo ed autorevolissimo difensore, prende avvio da un famoso detto citato da Cicerone (*de off.* 1.33): «*summum ius summa iniuria*» (l'interpretazione eccessivamente rigorosa del diritto porta spesso a conseguenze di iniquità: v. anche *retro* n. 5.6); esso pertanto 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*, l'intimo e vero volere dell'autore del negozio. In tema di negozio *mortis causa*: Riccobono, *Fasi e fattori critici e rico-*

nella sua imponente opera di interpretazione degli atti giuridici negoziali. Ma è indispensabile una premessa. Al-

---

strattivi, a proposito della dissertazione di L. Mitteis, etc., in AUPA. 1925; *La formazione della categoria generale del «contractus»*, in St. Bonfante 1 (1930) 125 ss.; *Der Wille als Entwicklungsfactor im röm. R.*, in St. Ferrini Milano 4 (1949) 5 ss. e *La «voluntas» nella prassi giudiziaria guidata dai Pontefici*, in St. 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. (v. anche Pringsheim, *«Animus» in Rom. L.* [1933], in Schr. 1 [1961]) 300 ss.; tuttavia vari ulteriori contributi sulla storia della giurisprudenza preclassica e classica tendono a confermare che l'indagine sulla *voluntas* avveniva anche presso i giuristi di quelle epoche. Sui rapporti tra retorica e giurisprudenza ai fini del presente problema: Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani* (1938) spec. 143 ss.; Coing, *Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz etc.*, in St. Arangio-Ruiz 4 (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). — Sui problemi specifici dell'ermeneutica negoziale romana: Gandolfi, *Studi sull'interpretaz. degli atti negoziali in dir. rom.* (1966) con bibl.; Watson, *Narrow, rigid and literal interpretation in the later Roman Republic*, in T. 37 (1969) 351 ss.; Wund, *Die Fiktion «pro non scripto habetur» als Beispiel fiktionsbewirkter «interpretatio»*, in St. von Lübtow (1970) 333 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»* (1970), in Scr. 1 (1981) 83 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 röm. R.* (1972); Gandolfi, *Criteri sussidiari e fine primario dell'ermeneutica negoziale*, in St. Scherillo (1972) 29 ss.; Forzieri Vannucchi, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana* (1973); Albanese, *Volontà negoziale e forma in una testimonianza di Q. Mucio Scevola*, in St. von Lübtow (1980) 155 ss.; Backhaus, *«Casus perplexus» etc.* (1981); Tellegen, *«Oratores», «iurisprudentes» and the «Causa Curiana»*, in RIDA. 30 (1983) 293 ss.; Finazzi, *La sostituzione pupillare* (1997) 81 ss. Per la sentenza «summum ius summa iniuria» Cic. de off. 1.33 parla di «proverbium iam tritum sermone». — Sulle accezioni di «interpretatio»: Fuhrmann, *«Interpretatio». Notizen zur Wortgeschichte*, in St. Wieacker (1970) 80 ss. — La causa Curiana, che tante discussioni ha sollevato nella romanistica contemporanea, merita di essere brevemente riassunta, sulle tracce di quanto ne dice, enfatizzando, Cicerone nel dialogo *de oratore* e in altri luoghi. Un testatore, forse di nome Coponio, aveva nominato suo erede Marco Curio, un *extraneus*, ma solo per il caso che il figlio da lui atteso e non ancora nato fosse morto prima di raggiungere la pubertà e di acquistare la capacità di fare testamento: «*si filius meus prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc M. Curius heres esto*». Sul piano dei *verba* adoperati, Curio era stato dunque chiamato a succedere come *substitutus pupillaris* (v. *infra* n. 28.5). Dato che il figlio postumo (*postumus suus*: v. *infra* n. 28.7) di Coponio non era nato, l'*adgnatus proximus* del testatore, chiamato anch'egli Marco Coponio, aveva portato Curio davanti ai centumviri per farsi attribuire l'eredità *ab intestato*. Di Coponio aveva assunto la difesa in giudizio il giureconsulto Q. Mucio, sostenendo che, siccome l'*heres postumus* non era addirittura nato e tanto meno era stato sottoposto a tutela, non si poteva prendere in considerazione l'ipotesi che fosse morto prima di uscire di tutela: dunque, la vocazione *ex testamento* era andata a vuoto. Contro questo rigoroso ragionamento il difensore di Curio, che era il famoso e abilissimo oratore L. Licinio Crasso, ebbe buon gioco nell'ironizzare sull'argomento di Mucio, che per poter morire bisogna prima nascere, e nel sostenere che, al di là dei *verba* della *substitutio*, la *voluntas testantis* era stata chiaramente l'esame dei giureconsulti (e così pure a quello degli organi giurisdizionali e dei *principes* rescriventi) le esplicazioni di autonomia privata non venivano sottoposte tutte e in ogni caso, ma venivano portate, ovviamente, solo nell'ipotesi in cui i soggetti giuridici interessati nutrissero dubbi o entrassero in controversia circa la loro utilizzabilità: se dubbi e controversie non insorgevano, 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 e specifici negozi in ordine ai quali i soggetti privati fossero in dubbio o in controversia circa la loro esatta significazione.

21.4.1. Alla luce di queste precisazioni, si rivela per gran parte mal posta e ingiustificata una vivace discussione, che divi-

---

quella di escludere dalla eredità i successori *ab intestato* ove egli avesse avuto un figlio in età pubere ed ove, mancando il figlio, vi fosse stato quanto meno Curio (da intendersi, se non come sostituto pupillare, quanto meno come sostituto volgare). E bisogna dire che Crasso non aveva torto, tanto più che l'uso prevalente era, nei testamenti, di non ricorrere alla formula di *substitutio* adoperata da Coponio, ma di scrivere: «*si filius mihi heres non erit* (perché premorto al testatore o non venuto in vita dopo la sua morte), *sive erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto*». I *centumviri* dettero ragione a Curio (e a Crasso), ma questioni identiche o analoghe si ripresentarono anche nei secoli seguenti: cfr. infatti Mod. D. 28.6.4 pr., che riporta una decisione di Marco Aurelio e Lucio Vero (i c.d. *divi fratres*). — *Stat pro ratione voluntas* (la volontà sta in luogo della ragione) è un detto famoso desunto da Giovenale (*Sat.* 6.223), che a una moglie prepotente, la quale impone al marito di mettere a morte uno schiavo, attribuisce la seguente battuta: «*Hoc volo, sic iubeo: sit pro ratione voluntas*».

21.4.1. A completamento di quanto è detto nel testo, è bene precisare che tra 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 promananti meramente «in facto». — Quanto ai *rescripta principum*, non solo valgono considerazioni analoghe a quelle ora fatte per i *responsa*, ma abbiamo già detto che essi erano rilasciati, di regola, sulla base di una succinta esposizione del «caso» sottoposto al *princeps* e con l'esplicita limitazione, da parte di costui, «*si preces veritate nituntur*» (se le richieste di parere del privato sono fondate su verità). Il materiale, di cui disponiamo per la ricostruzione degli orientamenti 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 esercitavano nell'interpretazione *in abstracto*. — Peculiari difficoltà furono create all'interpretade da tempo 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 affermazioni nel senso che l'interpretazione *in concreto* debba prevalere su quella *in abstracto*; tuttavia, anche perché molte di queste affermazioni hanno chiaro sapore di glossemi e interpolazioni, vi è chi sostiene che la giurisprudenza classica (e ancor più quella preclassica) fu rigorosamente ligia ad una «interpretazione tipica» o «oggettiva» dei negozi (e cioè dette rilievo esclusivamente al significato usuale, corrente della manifestazione esteriore), mentre la giurisprudenza postclassica passò ad adottare esclusivamente una «interpretazione individuale» o «soggettiva» di ogni singolo negozio (andando cioè sempre 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 soggettiva fu invece adottata già nell'età preclassica e classica, ma lo fu con temperata prudenza, anche e sopra tutto a tutela dell'«affidamento dei terzi», cioè dell'affidamento che i terzi estranei 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 non fosse di per se stessa sicura ed evidente, al negozio si attribuiva il senso e il valore che fossero desumibili dalla causa e dalla forma. La giurisprudenza postclassica, sem-

---

zione negoziale (oltre e più che a quella legislativa) romana dalla varietà del linguaggio usato nella manifestazione della volontà (v. in generale, *retro* n. 3.2). La lingua ufficiale di Roma fu sempre quella latina (pur con forti concessioni al greco nelle province orientali in periodo postclassico), ma, a parte il fatto che per i privati il latino non era obbligatorio (ed era spesso sostituito o interpolato con espressioni greche), il latino dei Romani (e più in generale delle persone ammesse alla soggettività giuridica) variò fortemente con i tempi, con i luoghi e con i ceti sociali: il che è provato non solo dalla letteratura a noi pervenuta, ma anche (e molto più) dal «materiale documentario privato» (cd. materiale dei «*negotia*») di cui disponiamo (v., per un quadro sommario: Guarino, *SDR*. n. 283. 303 e *passim*). Vero è che i privati, quando fossero inesperti del diritto e del linguaggio relativo, si rivolgevano di solito per suggerimenti ai giureconsulti o a professionisti di minor rango (*scribae*, *tabelliones* ecc.), ma l'opera esercitata da costoro valse a diminuire, non ad eliminare o a fortemente ridurre, specie in periodo postclassico, il disordine del linguaggio giuridico e gli errori di traduzione della volontà dei loro clienti in formulazioni giuridiche pertinenti. Di qui scaturirono le molte questioni sottoposte ai migliori giureconsulti circa il significato da attribuirsi (sul piano oggettivo, non su quello soggettivo) a singole parole (es.: «*suppellex*»: cfr. D. 33.10) o a proposizioni delle cui implicazioni nemmeno gli autori (e i loro consiglieri) si erano probabilmente resi conto (es., Labeo 3 *post. a Iavol. epit.* D. 36.2.30: *Quod pupillae legatum est «quandoque nupserit», si ea minor quam viripotens nupserit, non ante ei legatum debebitur, quam viripotens esse coeperit, quia non potest videri nupta, quae virum pati non potest*). A conferma di quanto qui accennato, valga la lettura, sia pur sommaria, di *FIRA*. 3 (*Negotia*, a cura di Arangio-Ruiz).

pre a nostro avviso, si comportò solo meno cautamente 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 oggettivo per i classici, quello soggettivo per i postclassici), ma stette piuttosto nel modo diverso in cui fu dosato il ricorso ad ambedue i metodi interpretativi.

21.4.2. A parte le tendenze generali ora esposte, si affermarono, taluni in età classica e talaltri in età postclassica, alcuni

---

21.4.2. Sul *favor testamenti*: Costa, *Papiniano* 3. «*Favor testamentorum*» e «*voluntas testantium*» (1896); Suman, «*Favor testamenti*» e «*voluntas testantium*» (1926); Biondi, *Success. testament. Donaz.*² (1955) 7 ss.; Bund, *Erbrechtliche Geldquellen römischer Kaiser*, in *Fs. Wieacker* (1978) 50 ss. — Sul *favor libertatis* le opinioni sono contrastanti: bibl. retro n. 11.4. 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, «*Adempta libertas*» *implicata da* «*legatum*» 4 (1963), in *PDR.* 6 (1995) 358 ss. Cfr. 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*: Stella Maranca, *Intorno alla regola* «*interpretatio contra stipulatorem*», in *AUBA.* 1929; Troje, «*Ambiguitas contra stipulatorem*», in *SDHI.* 28 (1962) 93 ss.; Krampe, *Die ambiguitas-Regel: Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem*, in *ZSS.* 100 (1983) 185 ss.; Dobbertin, *Die Auslegung der Stipulation im klass. röm. R.* (1987). V. anche *infra* n. 71.2.3 e cfr. D. 34.5.26 (27) (Cels. 26 *dig.*: *Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*); Ulp. D. 45.1.38.18. Il principio operava, per questo riguardo, 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*). Sul *favor debitoris*: Quadrato, «*Favor rei*» ed «*aequitas*» etc., in *St. Gallo* 2 (1997) 173 ss., che cita Gai. D. 50.17.125: *favorabiliores rei potius quam actores habentur*; Giuffrè, *Il debitore favorito?*, in *St. sul debito etc.* (1997) 172 ss., che è viceversa molto scettico sulla esistenza del principio. A nostro avviso, non vi è dubbio che in diritto giustinianeo (e, più in generale, in periodo postclassico) vi sia stato un principio del *favor debitoris* (non a caso la frase di Gaio fu accolta in D. 50.17: *de diversis regulis iuris antiqui*), ma il *favor debitoris* era limitato all'ipotesi del debitore convenuto in giudizio («*reus*») ed al caso che vi fosse dubbio in ordine alla sua condanna: Guarino, «*Romanorum phoenices*», in *Labeo* 44 (1998) 358 ss. — Sul *favor benignitatis*: Berger, «*In dubiis benigniora*», in *ACIV.* 2 (1953) 187 ss., con tendenza peraltro conservatrice; Wubbe, «*Benigna interpretatio*» *als Entscheidungskriterium*, in *Fs. Herdlitczka* (1972) 295 ss.; Palma, «*Benignior interpretatio*» etc. (1997). Cfr. Marc. D. 28.4.3 pr. (... *in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius*); Gai. D. 50.17.56 (*Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*). — Per *altri criteri ermeneutici*: Branca, *Consideraz. minime sulla regola* «*qui bis idem promittit ipso iure amplius quam semel non tenetur*», in *Fs. Lewald* (1953) 28 ss.; Bickert, «*Plus nuncupatum minus scriptum*», in *ZSS.* 70 (1953) 179 ss.; Pringsheim, «*Id quod actum est*», in *ZSS.* 78 (1961) 1 ss.; Giaro, «*Excusatio necessitatis*» *nel dir. rom.* (1982); Liebs, *Die eigentliche Bedeutung von* «*actum agere*» *und* «*actum est*», in *Fs. Hübner* (1984) 101 «canoni interpretativi specifici», da adottarsi, in ordine a certe determinate materie, quando si versasse nell'incertezza (*in re dubia*) sia dal punto di vista dell'interpretazione individuale sia da quello dell'interpretazione tipica. Tali canoni, che consigliavano il favore verso una soluzione piuttosto che verso un'altra, furono principalmente: *a*) 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 defunto autore non era ormai più in condizioni di poterlo rinnovare; *b*) 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; *c*) 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 adesione» (*per adhaesionem*), senza potersi rendere conto delle eventuali insidie da esse implicate; *d*) il «*favor debitoris*», prevalentemente postclassico, per cui qualunque debitore, se convenuto in giudizio, doveva essere assolto in caso di dubbio; *e*) 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 elevare questi canoni al livello di «*praesumptiones iuris*» («presunzioni giuridiche»), in forza delle quali il *favor* si presumeva anche fuori dei casi dubbi, salvo dimostrazione del contrario.

21.5. Può dirsi, riassumendo, che la giurisprudenza romana dei tempi storici (a partire da quella preclassica) fu sempre

---

ss.; Palma, «*Humanior interpretatio*» (1992). V. anche *retro* n. 5.6.1. — Sulle *praesumptiones iuris*: *retro* n. 13.4. — Postilla. *Nel diritto italiano vigente gli a. 1362-1371 c.c. sono espressamente dedicati a dettare regole per l'interpretazione dei contratti (regole ritenute estensibili, nei limiti del possibile, anche ai negozi giuridici unilaterali). Principalmente si richiede: a) che l'interprete miri ad individuare l'intenzione comune dei contraenti, deducendola anche dal loro comportamento complessivo, pur dopo la conclusione del negozio (a. 1362); b) che si debba ritenere (fino a prova contraria), che le parti si siano comportate «secondo buona fede», cioè da persone di normale correttezza (a. 1366); c) che, nel dubbio, sia da preferire l'interpretazione che favorisca la «conservazione» del negozio (a. 1367: v. infra n. 21.5).*

21.5. Che il principio di utilizzazione negoziale (o di «conservazione» del negozio) fosse la guida dell'attività ermeneutica della giurisprudenza preclassica e classica non è unanimemente ammesso, anche se, per la orientata verso il principio di utilizzazione negoziale, cioè verso il principio di «conservazione del negozio», piuttosto che verso la caducazione delle manifestazioni di autonomia privata. La sanatoria dei vizi inficianti un atto giuridico venne, di solito, attuata *sub specie* d'interpretazione cd. «correttiva», ovvero sfruttando la peculiarità del *ius privatum* di essere costituito dalla concorrenza di diversi sistemi giuridici (e, in particolare, dalla concorrenza del *ius civile* e del *ius honorarium*) nel regolamento in modi diversi 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 l'emanazione di provvedimenti normativi (quali, ad esempio, il *SC. Neronianum de legatis* del sec. I d. C. o l'*oratio Severi de donationibus inter virum et uxorem* del 206 d. C.) che autorizzassero procedimenti conservativi di atti giuridicamente non vitali.

21.5.1. In diritto preclassico e classico l'utilizzazione dei negozi inutili di per sé fu prevalentemente attuata secondo tre

---

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, vengono 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'intervento delle tecniche di utilizzazione: alla maggiore 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 esempio, in Iul. 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 quid non esse* [rell.] (sul testo: Arangio-Ruiz, *La compravendita in dir. rom.*² [1954] 356 s.). — Sul SC. *Neronianum de legatis*: infra n. 33.4. — Sull'*oratio Severi de donationibus*: infra n. 42.2.4.

21.5.1. *Le modalità dell'utilizzazione degli atti negoziali* furono poste in opera, 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. Neronianum). Perciò, e dato anche l'atteggiamento speculativo della giurisprudenza romana, aliena da recise definizioni e classificazioni, non si può formulare una precisa elencazione né dare una terminologia univoca o tecnica. Pertanto, la ripartizione degli indirizzi classici delle tecniche conservative è convendirettive: *a*) quella della riduzione del negozio; *b*) quella della convalidazione; *c*) quella della conversione. La «riduzione» si

---

nis speciale. — Circa la riduzione del negozio giuridico per invalidità soltanto parziale, è controverso, per la verità, il limite della classicità del concetto (per tutti, v.: Windscheid, *Pandette* 1.§.333 e nt. 12 e la nt. «bb» di Fadda e Bensa *ad l.* p. 291 s.). Sul tema: Cugia, *La nullità parziale del neg. giur. 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, *Ist.* 1.181, secondo il quale la distinzione è postclassica. A nostro avviso, peraltro, esempi classici non mancano: così D. 45.1.1.5 (Ulp. 48 *Sab.*), D. 13.6.17 pr. (Paul. 29 *ed.*) e D. 16.3.7 (Ulp. 30 *ed.*). Del resto, lo stesso Betti (*Ist.* 1.190 nt. 48) ritiene classiche talune fattispecie che egli qualifica di «conversione 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 essendo stata costruita 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 provvedimenti conservativi degli atti giuridici. Seiler, «*Utile per inutile non vitiatur*», in *St. Kaser* (1976) 127 ss. — Sulla convalidazione del negozio giuridico viziato: Koschaker, *Fr. 4.32 D. 46.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel dir. rom.*, in *Iura* 4 (1953) 1 ss. 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. Giuffrè, «*Convalescere*» *in Gai 2.218*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 673 ss.). Tipici 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 *pater familias* 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 discusse: *infra* n. 33.6.2) che ne ostacolava la sanatoria, quando fossero mancati i presupposti o gli elementi indispensabili sin *ab initio* per la vita del negozio giuridico. Sul tema: Voci, *Dir. eredit. rom.* 2² (1963) 998 ss.; Hausmaninger, *Celsus und die «reg. Cat.»*, in *T.* 36 (1968) 469 ss.; Buti, «*Reg. Cat.*» *e convalidazione*, in *Index* 12 (1983-84) 230 ss.; Flume, *Die «reg. Cat.»*, in *St. Niederländer* (1991) 17 ss.; Wacke, «*Ex post facto convalescere*» *etc.*, in *St. Wołodkiewicz* (2000) 1023 ss. — Quanto alla conversione (il cui termine, improprio, non è romano): Gandolfi, *Introduzione metodologica allo studio storico della conversione*, in *I.* 15 (1964) 252 ss.; id., *I testi romani sul trattamento di «conversione» attraverso il filtro della pandettistica*, in *AAC.* 4 (1981) 653 ss.; Giuffrè, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante «conversione» in dir. rom.* (1965); Cornioley, *La conversion des actes nuls en dr. rom.: réalité ou fiction?*, in *T.* 37 (1969) 77 ss.; Krampe, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts* (1980). La fattispecie più nota di conversione sono quelle dell'*acceptilatio inutilis* (v. *infra* n. 66.1-2), che viene mantenuta in vita come *pactum de non petendo* e 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. 28.10.3), dato che nell'ipotesi la sanatoria è predisposta originariamente dal privato stesso, con una manifestazione di volontà, per così dire, suppletiva. Discusso è anche se il *SC. Neronianum* (v. *infra* n. 33.4) 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 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*»: ciò che è utile non viene viziato per via di ciò che è inutile). 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 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 almeno in parte realizzati con i suoi elementi, idoneamente acconciati in un altro stampo negoziale, i fini pratici che esso tendeva a realizzare.

21.5.2. In diritto postclassico le tecniche di consolidazione degli atti giuridici furono precisate, discriminate ed autorizzate, almeno in teoria, su più larga scala. In particolare, numerosi furono i casi di «riduzione» dei negozi per invalidità parziale e quelli di «convalidazione» degli stessi per scomparsa di elementi originariamente invalidanti (o non più valutati come 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 più disparate fattispecie), e si cristallizzò in schemi rigidi: schemi suggestivi in astratto, ma in pratica di difficile applicazione.

«conferma», a cui seguì, nell'età postclassica, il trattamento mediante conversione (Sul Senatoconsulto Neroniano, in Op. Guarino 5 [1994] 651 ss.).

21.5.2. Sull'evoluzione postclassica dei metodi di consolidazione degli atti giuridici v. spec.: Giuffrè, *L'utilizzazione* cit. 380 ss. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni: se di stampo anglosassone, tendono a dare molto rilievo all'inutilizzazione degli atti privati irregolari o riprovabili mediante interventi magistratuali; se di tradizione romanistica, offrono generalmente materia, sia pure non sempre esplicitamente, per una chiara distinzione fra nullità, annullabilità ope magistratus e semplice inefficacia dei negozi. Per il diritto italiano vigente, cfr. specialmente c. 1418-1424 (nullità), 1425-1446 (annullabilità), 1447-1452 (rescissione), 1453-1469 (risoluzione) cc., tutti con riferimento esplicito ai contratti, ma tutti riferibili, nei limiti del possibile e fatte salve talune espresse eccezioni, anche ai negozi giuridici unilaterali.*

22. LA FORMA NEI NEGOZI GIURIDICI.

22.1. Lo studio dell'elemento della forma nei negozi del *ius privatum* invita a ritenere, sia pure induttivamente, che 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 abbiamo visto essere avvenuto per le *actiones* esercitate a

---

22.1. Sul formalismo negoziale: Corbino, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* (1994), con particolare riguardo all'età più antica. — L'esclusivismo arcaico della forma come elemento integratore (ed individuatore) dell'agire giuridico è un dato generalmente riconosciuto 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. — Le ragioni del fenomeno ora segnalato non possono essere rapportate solo al semplicismo degli ordinamenti primitivi. Sarebbe troppo poco: si spiegherebbe perché la *traditio* della *res nec mancipi* (cioè della *pecunia*, delle *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 esclusivamente 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 costituirsi progressivo di una tradizione ritenuta severa e inderogabile. Per quanto riguarda gli istituti del *ius Quiritium*, tutto ci richiama, dunque, ai *mores maiorum* e ai *pontifices*, cioè indirettamente 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 religiose. — Una certa corrente di dottrina, procedendo lungo questa via, si è spinta 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); id., *Das magistratische «ius» in seinem Zusammenhang mit dem Sakralrechte* (1929); 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 concezioni magiche esistevano indubbiamente nel *ius privatum* dell'età storica (e ancor più nel diritto criminale), ma non ci sembra che esse autorizzino l'induzione di una originaria importanza preminente della magia anche in Roma. — In ordine al sistema dell'actio regolata e ritualizzata: retro n. 7.2. La legislazione decemvirale non intaccò (anzi, forse, rafforzò) l'esclusivismo della forma in materia di difesa di diritti. Stando a Gai 4.11, le *«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 quando si perveniva alla fase *in iudicio* era ormai troppo tardi per modificare l'impostazione data alla pretesa dalla pronuncia *in iure* della *legis actio*. — Il termine «forma» (da cui «formula»: retro n. 17.2) è di largo impiego nelle fonti giuridiche romane, proprio allo scopo di indicare l'aspetto esteriore degli atti. Sopra tutto esso si trova usato in ordine ai «provvedimenti» (es.: *formula census* o *censualis*, *legis*, *senatusconsulti*, *edicti*, *iurisdictionis*). Sul tema, oltre i vocabolari: Falletti, *Note sur l'emploi du terme «f.» etc.*, in *St. Fournier* (1929) 239 ss.

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, dalla loro ritualità esteriore, insomma dalla loro «forma», senza che assumessero alcuna rilevanza la causa e la volontà intrinseche al 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 loro attività di assistenza ai privati. 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, questa impostazione del *ius Quiritium* si inquadrava nella concezione generale (e primordiale) dei tempi, la quale era sempre, anche fuori della sfera del *ius*, orientata nel senso che un certo comportamento, se 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, dagli accordi tra i *patres* delle genti o delle famiglie.

22.1.1. 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: *a*) la «*vindicatio*» (letteralmente: proclamazione di forza), cioè l'affermazione pubblicamente fatta del potere giuridico

---

22.1.1. La vindicatio e i negotia 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 alcuni testimoni (anche *filiifamiliarum*) che appartenessero ai *comitia curiata* o potessero all'occorrenza riferire agli stessi o, in caso di contestazione, al giudicante. Nel secondo caso era richiesta la convocazione dei *comitia curiata* (cd. «*testamentum calatis comitiis*»). Sul punto: Guarino, «*Commercium*» e «*ius commercii*» (1973), in *Le origini quiritarie* (1973) 266 ss. — Altri atti esclusivamente formali della sfera antichissima del *ius Quiritium* furono, per quanto è dato supporre: la *confarreatio* e la *diffarreatio*, che implicavano l'automatico acquisto e l'automatica perdita della *manus maritalis* (*infra* n. 35.4.2-3); il *iusiurandum* (*in verba alicuius*), che consisteva nell'adesione per il futuro ad un vincolamento formulato dalla controparte (v. anche *infra* n. 82.4); le formule di autoesecrazione, generalmente connesse con un giuramento, costituite dal *sacramentum* (v. *retro* n. 8.3); forse anche una prima versione, non gladiatoria (poi quasi del tutto disusata) dell'*auctoramentum* (v. *retro* n. 16.5.2).

(«*vis*») spettante sull'oggetto («*aio hunc hominem meum esse*» e simili); *b*) il «*legatum*», cioè la dichiarazione pubblicamente fatta (mediante 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 processo quando si volesse affermare il proprio diritto sull'oggetto contro un usurpatore) era solitamente adattata anche al trasferimento del *mancipium* su un oggetto da un alienante ad un acquirente: nel qual caso la pronunciava l'acquirente di fronte all'alienante (che dimostrava col silenzio la sua acquiescenza), ponendo la propria mano sull'oggetto 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 passò a parlare più propriamente di «*mancipatio*»: letteralmente, di apprensione con la mano da parte dell'acquirente). Ma troppe precisazioni su questi assetti primitivi della vita giuridica romana sarebbero esclusivamente di fantasia, ed è preferibile tralasciarle.

22.1.2. La progressiva emersione della struttura del «negozio giuridico» vero e proprio ebbe inizio, sempre nell'ambito del periodo arcaico, con il passaggio dal sistema del *ius Quiritium* a quello del *ius civile vetus*, e ne restano tracce principalmente nelle *XII tabulae*. Influirono su questa evoluzione due fattori: *a*) 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; *b*) il connesso diffondersi della esigenza di specificare e dettagliare, anche in ordine al *mancipium*, gli effetti che il soggetto intendesse raggiungere (costituzione di una *manus maritalis*, 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: *a*) da un lato, l'«adattamento funzionale» della sua struttura, cioè l'adatta-

---

22.1.2. Sull'adattamento funzionale degli atti giuridici più antichi resta fondamentale l'impostazione del Rabel, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in ZSS. 27 (1906) 290 ss. e 28 (1907) 311 ss. (v. anche *infra* n. 24.2). — Sulla nuncupatio (*nominis capitio*), per tutti: Noailles, *Du droit sacré au droit civil* (1949) 300 ss. Cfr.: Gai 2.104 (... *nuncupare est enim palam nominare*); Ulp. 20.9; Fest. 176 L. 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. *de l. l.* 6.60. Da non confondere con le *nuncupationes* sono le cd. «*leges mancipationis*», che altro non erano se non *pacta adiecta* subordinati al regime di cui *infra* n. 82.

mento della sua struttura a funzioni (a «cause» negoziali) diverse da quelle sue proprie: il che si verificò nell'ipotesi della «*mancipatio nummo uno*» (mancipazione contro il versamento di una moneta di minimo valore: che serviva ai trasferimenti del *mancipium* senza apprezzabile corrispettivo, quindi alla *noxae datio*, alla *coëmptio* ecc.); *b*) dall'altro lato, la precisazione degli effetti voluti mediante «*nuncupatio*», cioè mediante l'aggiunta di una apposita «dichiarazione orale». 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 precisato nella *nuncupatio* («*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*»).

22.1.3. La piena emersione degli atti a struttura negoziale nell'esperienza giuridica romana si verificò, in ogni caso, solo in periodo preclassico e nel sistema del *ius civile vetus*. Ma i negozi civilistici furono ovviamente sopra tutto negozi formali e più precisamente, nei primi tempi, negozi materialmente astratti. Occorsero una lunga elaborazione giurisprudenziale preclassica e il parallelo sopravvento del *ius civile novum* prima e del *ius honorarium* poi acché andasse articolandosi quella ricca gamma di atti negoziali anche a forma libera che ci è stata tramandata dalle fonti del diritto classico e dello stesso diritto postclassico.

22.2. Nel *ius privatum* classico e postclassico si può dire con sicurezza che la regola sempre più diffusa e con-

---

22.1.3. 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. In una società, in cui i dialetti erano numerosi e diversi tra loro e in cui la cultura della gran massa della popolazione era minima, le formulazioni precise e immutabili a cui far capo davano una notevole garanzia ai soggetti meno provveduti di non restar vittime dell'inganno altrui.

22.2. Sull'aspetto del ius privatum classico e postclassico in ordine alla forma dei negozi giuridici v.: 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). — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni adottano, di regola, il principio della forma libera dei negozi giuridici. Pochi sono i casi in cui si esige la forma scritta ad substantiam, rarissimi sono quelli in cui si richiede una determinata forma orale (si pensi alle ipotesi di giuramento). Quanto allo scritto, di solito basta la «scrittura privata» (fatta o dettata dall'autore e da lui sottoscritta in autografo: cfr., per diritto italiano, a. 1350 c.c.), ma vi sono casi in cui si esige l'«atto pubblico» (ad es., per diritto italiano, cfr. a. 782 c.c. sulle donazioni) ed in cui, per di più, l'atto vale rispetto ai terzi in quanto sottoposto a pubblicità mediante «trascrizione» nei pubblici registri (ad es., per diritto italiano, cfr. a. 2643-2696 c.c.). Linee generalissime, quelle qui trac-*

solidata fu 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 progressivamente in disuso, anzi in età postclassica furono in gran parte addirittura 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 ogni buon conto, soddisfatta e tanto per poter assicurare ai diritti nascenti dal negozio anche la tutela delle azioni civilistiche (es.: l'*actio ex stipulatu*) connesse ai negozi formali del *ius civile*.

22.2.1. Tuttavia, mentre si verificava questo progressivo scadimento delle vecchie forme civilistiche, andò diffondendosi,

---

date, alle quali gli ordinamenti che si adeguano più alla [illegible], e con particolarità che non è possibile descrivere in questa sede, sono gli ordinamenti di stampo anglosassone.

22.2.1. L'uso della scriptura comparve in Roma relativamente tardi e, soprattutto per ragioni economiche, fu sempre ridotto al minimo. Quadro generale in: Talamanca, sv. *Documento e documentazione (d. rom.)*, in *ED.*, [illegible]. Si aggiunga che nel mondo romano l'«autografia» fu sempre molto poco praticata a causa dell'alto tasso di analfabetismo (cd. «*imperitia litterarum*») della popolazione: [illegible], «*Imperitia litterarum*», in ZSS. 104 (1987) 85 ss.; Romano, *Il «collegium scribarum»* (1990), sugli «scribae» (scrivani), sui «[illegible]» (nel senso di [illegible]) e sugli «histriones» (nel senso di mimi dei fatti accaduti o delle situazioni più tipiche); Sarangeli, «*Epistulae*» e «*negotia*» etc., in *St. Serrao* (1999) 393 ss., sulle lettere private e sulla negoziazione «per corrispondenza». — In particolare, sull'editoria: Kleberg, *Buchhandel 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 avvolti 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, testimoniato 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 eguali dimensioni fissati tutti sul margine sinistro (v. per talune implicazioni: *retro* n. 4.3.5). — I documenti privati erano redatti normalmente su tavolette di legno lievemente scavate e spalmate di cera (*tabulae ceratae*, dette anche semplicemente *cerae*) utilizzando 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 (*codices*) mediante nastri o 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. *retro* n. 15.7.1). Gran copia di documenti negoziali ci è pervenuta conservata in questo modo, sopra tutto dalla Transilvania (ed ora nel Museo di Budapest) e da Pompei ed Ercolano. Le tavolette di Transilvania sono unite a tre 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 dapprima nella prassi negoziale classica e postclassica e poi anche nelle normative del *ius novum* postclassico, una nuova specie di formalità: la «*scriptura*», cioè la «scritturazione», 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, fu lo stesso ordinamento ad esigere, naturalmente in ordine ai negozi di più spiccata importanza sociale, che la forma scritta fosse «vincolata», quindi obbligatoria, talvolta non solo a fini di prova ma addirittura *ad substantiam*, come requisito di esistenza dell'atto.

---

inalterabile mediante un lacciuolo di lino che passa tre volte attraverso due fori praticati (uno in alto e l'altro in basso) nella parte centrale delle due prime tavolette, nonché mediante una serie di sigilli che fissano il nastro nella 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 a sinistra: 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 *tabulae ceratae* erano usate tavolette sottili di bronzo inciso o scolpito (ad es.: per i *diplomata* militari, che erano una via di mezzo tra l'encomio solenne, e le medaglie al valore dei tempi moderni). In età tardo-classica e postclassica l'uso delle *tabulae 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: Sachers, sv. «*Tabulae*», in *PW.*; Luzzatto, sv. «*Tabulae*», in *NNDI.* V. anche *infra* n. 73.2.1. — Quanto ai tipi di documento, essi furono fondamentalmente due: *a*) il «documento oggettivo», in cui si descrivevano imparzialmente (con la tecnica cd. del protocollo) le dichiarazioni e le azioni delle parti e dei testimoni; *b*) 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 sopra tutto 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*» o 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 L. Cecilio Giocondo). — In età postclassica assunsero molta importanza nella redazione dei documenti i «*tabelliones*» e i «*notarii*», intesi come esperti del ramo ed eventualmente anche come garanti della veridicità dell'attività negoziale attestata dal documento: Luzzatto, sv. «*Tabelliones*», in *NNDI.*; Amelotti, Costamagna, *Alle origini del notariato italiano* (1975); Amelotti, sv. *Notaio* (*d. rom.*), in *ED.*; id., *Genesi del documento e prassi negoziale*, in *ACOR.* 4 (1990) 309 ss.; Ankum, *Les tabelliones romains etc.*, in *Atlas du Notariat* (1989) 5 ss. Sotto questo profilo si distinse, in diritto giustinianeo, un triplice tipo di documenti: *a*) l'«*instrumentum privatum*» (soggettivo), in cui non figurava né l'intervento di *tabelliones* né quello di testimoni; *b*) l'«*instrumentum quasi publice confectum*», in cui non figurava l'intervento di *tabelliones*, ma figurava quello di almeno tre testimoni; *c*) l'«*instrumentum publice confectum*», redatto da un *tabellio* (o in stesura soggettiva o con descrizione oggettiva della 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

22.2.2. Ma i negozi formali del *ius privatum* classico e postclassico vanno descritti, nei loro diversi tipi, con qualche maggiore attenzione. Per poterlo fare è utile distinguerli in quattro gruppi: *a*) negozi librali; *b*) negozi verbali; *c*) negozi documentali; *d*) negozi a forma complessa.

22.3. I negozi librali (o «*gesta per aes et libram*») erano quelli derivanti dall'antichissima *vindicatio* e dalla successiva,

---

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. 73 del 538 tolse ogni valore probatorio, sancendo che potesse avere efficacia solo se riconosciuto dalla parte contro la quale dovesse far prova. — Un S.C. Neronianum (adversus falsarios) del 61 d. C. sancì la inefficacia probatoria dei polittici relativi ad atti *inter vivos* a carattere convenzionale, quando fossero privi di doppia scrittura e di suggellamento della *scriptura interior* col sistema del triplice giro di lino attraverso due fori (superiore e inferiore) centrali. Cfr. PS. 5.25.6: *Amplissimus ordo* (i. *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]* <*et*> *scripturae fidem interior[i] servent[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, v.: Guarino, *Note sul testamento segreto romano* (1968), in *PDR*. 6 (1995) 298 ss.; Camodeca, *Nuovi dati dagli archivi campani sulla datazione e applicazione del S.C. Neronianum*, in *Index* 21 (1993) 353 ss. — Quanto al valore della forma scritta, bisogna aggiungere che non risulta sempre 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: il che, quando si vogliano analizzare i negozi documentali dell'esperienza giuridica romana, invita il ricercatore a rinunciare al tentativo di una rigorosa separazione tra negozi a scrittura costitutiva e negozi a scrittura meramente probatoria.

22.2.2. La classificazione dei negozi formali da noi tentata ricalca in parte, completandola, quella di Mitteis, *RPR*. 256 ss. — Il Mitteis (255 s. e 289 s.) ha posto anche in evidenza, molto brillantemente, 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 ricollegare 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 ciascun 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. 20.4) e ce ne confermeremo tra poco (*infra* n. 23 e 24) parlando dell'emersione della causa e della volontà.

22.3. Nei *gesta per aes et libram* dell'età storica la «*nuncupatio*» era pronunciata di regola dal *mancipio accipiens*, il quale specificava così tutta la fiper essa assai risalente, *mancipatio* precivilistica. Essi erano tipici dei rapporti assoluti di più stretta discendenza 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 oggetto «*mancipio*» contro *aes rude* con la cooperazione di un *libripens* e la testimonianza di un numero di cittadini puberi, anche se non autonomi familiarmente, che fu fissato nel minimo di cinque: opportune «*nuncupationes*» (dichiarazioni integrative) ed eventuali «*pacta adiecta*» (patti aggiunti) servivano a moltiplicare e ad articolare gli impieghi del negozio per i diversi fini pratici. Così, ad esempio: per il trasferimento del *dominium ex iure Quiriti*-

---

nalità 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 «*raudusculo 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*). Sul tema: Di Salvo, «*Nuncupare*», in *Index* 12 (1983-84) 570 ss. — Sulla *mancipatio* e sui suoi rapporti col *nexum*: *infra* n. 90.10. — Sulla *mancipatio familiae* e sul *testamentum per aes et libram*: *infra* n. 72.6.1 e 28.2.1. — Sulla *fiducia* e sul relativo *pactum* inteso ad impegnare l'acquirente al ritrasferimento (*remancipatio*) dell'oggetto all'alienante: *infra* n. 74.3. — Gli effetti della *mancipatio* erano irreversibili: non poteva essere predisposta nel negozio la restituzione dell'oggetto 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 divorzio). 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 a titolo oneroso quanto un negozio a titolo gratuito: in questo secondo caso si parlava di «*mancipatio nummo uno*» (alienazione «per un solo soldo»). Sul tema: Tomulescu, *Un autre anachronisme dans le manuscrit de Gaius de Vérone*, in *BIDR*, 82 (1979) 305 ss., che però erroneamente parla di un anacronismo di informazione in Gai 3.174: a nostro avviso, Gaio esprimeva fedelmente lo stato del diritto ai suoi tempi e anacronistica era la formula tuttora pronunciata (con il suo accenno alla presenza dell'*aes rude*) nel II-III sec. d. C. — Il numero dei testimoni, che finì per essere fissato in almeno cinque, fu forse correlato alla presa d'atto delle cinque classi dei *pedites* dei *comitia centuriata*: si badi, infatti, che non era richiesto che i *testes*, oltre che puberi e cittadini, fossero anche soggetti di *ius privatum*, cioè dotati di autonomia familiare. — Altri impieghi della *mancipatio*, in dipendenza di *nuncupationes* peraltro non note, furono 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 mancipii*); la concessione *in manum* 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 *coemptio*). Sul tema: Corbino, *Forma librale e intermediazione negoziale*, in *St. Guarino* (1984) 2257.

um 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 dell'oggetto dal *mancipio dans* a lui («*eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libra*»); 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 via di questo passo.

22.3.1. Un cenno particolare merita, a questo proposito, quel tipo antichissimo di *gestum per aes et libram* che fu la «*nexi datio*» («autovincolamento»). Si trattava della *mancipatio* di se stesso che un soggetto giuridico faceva ad un altro soggetto giuridico per garantire a quest'ultimo, con la stessa sua 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'inverso (il cd. *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 utilizzava più per estinguere il vincolo stabilito da una *nexi datio*, ma lo si adoperava, 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*» («scioglimento per mezzo di atto librale») 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*»).

22.3.2. La complessità eccessiva dei negozi librali favorì il loro abbandono da parte dei Romani già lungo il corso dell'età

22.3.1. Sulla nexi datio: *retro* n. 16.3.1 e *infra* n. 63.2.1. — Sulla solutio per aes et libram e sui suoi impieghi liberatori: *infra* n. 66.2. Ivi la *nuncupatio* completa e la descrizione del *gestum*.

22.3.2. 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'usuclassica. 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 formale *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.

22.4. 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 un'ipotesi praticamente frequentissima), la testimonianza degli astanti e la documentazione scritta del negozio (cioè la *testatio*) non costituivano requisiti sostanziali. Il campo di esplicazione dei negozi verbali fu duplice: *a*) quello della costituzione, modificazione od estinzione di rapporti obbligatori; *b*) quello delle disposizioni di ultima volontà nei *testamenta per aes et libram*. Dato che il discorso relativo alle disposizioni di ultima volontà 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.

22.4.1. In materia di *obligationes* il negozio verbale di gran lunga più importante fu la «*stipulatio*», derivata dall'antichissima «*sponsio*» a carattere religioso (ed extragiuridico) dei tempi del *ius Quiritium*. Lo schema essenziale fu sempre quello di una domanda 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'inverso (l'*actus contra-*

---

capio, 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*. — Sull'actio Publiciana: *infra* n. 53.2.3.

22.4. Quadro completo delle obligationes verbis contractae: *infra* n. 70-72. — A proposito delle disposizioni testamentarie verbali, va aggiunto che *certa verba* erano richiesti, se non nell'antichissimo *testamentum in procinctu*, sicuramente nell'altrettanto antico *testamentum calatis comitiis*. Non è dato sapere, peraltro, quali fossero di preciso le formule. V. *infra* n. 28.3 e n. 28.2.

22.4.1. Le applicazioni della stipulatio (sulle quali *infra* n. 72) 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*», «*fidepromissio*» ecc.), novazione di un'*obligatio verbis non contracta* in un'*obligatio ex stipulatu* («*stipulatio Aquiliana*» ecc.) e via dicendo. Sul punto: Wolf (J. G.), «*Causa stipulationis*» (1970); Wacke, *Zur «causa» der Stipulation*, in T. 40 (1972) 231 ss., con bibl. — Sull'acceptilatio verbis: *infra* n. 68.2.2.

rius) di questo negozio, utilizzato per estinguere il rapporto obbligatorio da esso creato, fu la cd. «*acceptilatio verbis*», in cui l'*obligatus* chiedeva al creditore se era stato soddisfatto («*acceptum habes?*») e il creditore contestualmente e congruamente diceva di sì («*acceptum habeo*»).

22.4.2. 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 riguardante la stessa prestazione. La pratica di questa «clausola stipulatoria» («*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 clausola stipulatoria si ridusse, in età postclassica, ad una formula di stile («*stipulatus spopondit*»: richiesto di promettere, promise), che stava ad indicare, più che altro, l'avvenuto e definitivo accordo tra le parti di un negozio giuridico bilaterale: quello che oggi si dice appunto, nel linguaggio corrente, «stipulazione».

22.5. I negozi documentali, caratterizzati da una forma vincolata scritta, possono distinguersi in tre gruppi: *a*) un primo gruppo costituito dall'antichissima «*expensilatio*» e dalla cd. «*acceptilatio litteris*» che ne costituiva l'*actus contrarius*: re-

---

22.4.2. 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 mutuo: «*Denarios LX qui die petierit probos recte dari fide rogavit Iulius Alexander, dari fide promisit Alexander Cariccii: et se eos denarios LX qui supra scripti sunt, mutuos numeratos accepisse et debere se dixit rell.*». — A titolo di esempio di clausula stipulationis («*stipulatus spopondi*» o «*spopondit*») si legga *FIRA*. 3 n. 149. Si tratta di un papiro (P. Thead. 8) 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 praescripto easdem capras et pecora quasi immunitate adulta probe restituam ita ut iam recepi. rata est conductio, et stipulatus spopondi*».

22.5. Per i negozi documentali: *infra* n. 73 e *retro* n. 22.2.1. Probabile esempio di negozio con forma scritta vincolata *ad substantiam* il cd. «*testamentum iure praetorio factum*» di cui *infra* n. 28.2.2. — I motivi della esigenza di pubblicità degli atti privati di maggior rilievo economico furono vari. Sulla componente fiscale: Cerami, *Pubblicità e politica fiscale nel trasferimento della proprietà immobiliare etc.*, in *Vendita e trasfer. della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* (1991) 631 ss. V. anche *infra* n. 34.3.4. — Sull'acceptilatio litteris: *infra* n. 66.2.2. — Sugli instrumenta: *retro* n. 22.2.2.

gistrazioni operate sul libro cassa (cd. «*codex accepti et expensi*») 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; *b*) un secondo gruppo 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); *c*) un terzo gruppo costituito da svariate scritturazioni («*instrumenta*») che furono richieste, soprattutto 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, ciascuno dei quali portavano i suggelli personali ed eventualmente le *subscriptiones*.

22.6. **I negozi a forma complessa**, taluni di origine assai risalente, talaltri di formazione classica o addirittura postclassica, vanno distinti in due gruppi: *a*) un primo gruppo costituito da negozi in cui concorrono formalità di diverso tipo; *b*) un secondo gruppo 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

---

22.6. Per i negozi a forma complessa, rinviamo ai luoghi in cui si parlerà specificamente di ciascuno: *infra* n. 50.3.1 (*in iure cessio*), n. 57.4.1 (*manumissio vindicta*), n. 52.4.2 (*manumissio censu*), n. 28.2 (*testamentum calatis comitiis*), n. 40.4 (*adrogatio*), n. 40.3 (*emancipatio*). — In ordine alla *insinuatio* va ricordato che la pratica postclassica di far redigere gli *instrumenta* (ai fini di maggior forza probatoria) aprì il varco ad una prassi ulteriore: quella di rivolgersi alle autorità pubbliche affinché «ricevessero» le dichiarazioni delle parti, le leggessero pubblicamente ed eventualmente prendessero nota dei vari negozi nel loro registri o archivi (di qui, ad esempio, la prassi del «*testamentum apud acta*»: *infra* n. 28.2.3). Un passo ancora successivo 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: 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). Per le fonti, fra le tante, cfr.: CI. 8.53.36.3; CI. 6.30.22.2; CI. 6.22.8 e I. 7.32.4; 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.

processo, ed otteneva l'*addictio* della *res* (*mancipi* o *nec mancipi* che fosse) a séguito 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 *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 tutti i casi postclassici in cui, per la realizzazione di un certo fine, non bastava la confezione di un *instrumentum*, ma era richiesta la trascrizione o la menzione riassuntiva dell'atto (c.d. «*insinuatio*») nei pubblici registri, cioè la sua «pubblicità» rispetto ai terzi.

22.6.1. Negozio a forma complessa tutto speciale fu 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 sia 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.

22.6.1. Sul *testamentum per aes et libram* e sull'evoluzione postclassica: *infra* n. 28.2.3 e 7. — In epoca molto risalente, nel passaggio dal periodo arcaico a quello preclassico, divenne elemento essenziale del *testamentum per aes et libram* la *heredis institutio*, nella forma «*Titius heres esto*» (della quale solo più tardi si ammisero formule equivalenti).

23. La causa nei negozi giuridici.

23.1. La rilevanza della causa (cioè della «funzione oggettiva») nei negozi del *ius privatum* ebbe inizio, ovviamente, solo in coincidenza con l'epoca e con le occasioni in cui la forma perse in Roma il suo carattere esclusivistico originario: dunque, non prima dell'intervento del *ius legitimum vetus* (e in particolare delle *XII tabulae*) e in approssimativa coincidenza con il passaggio dal periodo arcaico a quello preclassico (sec. V-IV a. C.). Anzi va aggiunto che, sebbene la fine dell'esclusivismo della forma abbia implicato *in abstracto* la possibilità di una rilevanza giuridica sia della causa sia della volontà, tuttavia *in concreto* l'emersione dell'elemento causale deve aver preceduto a sua volta 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 nascente *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 (circa la sua vera attitudine a produrre certi effetti giuridici, e non altri), si procedeva, ma nel contempo ci si limitava, all'accertamento della funzione oggettiva dell'atto, vale a dire all'accertamento di quella che noi oggi sogliamo denominare la causa negoziale.

23.1.1. Da rilevare è altresì che i Romani, pur quando acquistarono (si ripete: a partire dal V-IV sec. a. C.) la coscienza

---

23.1. La bibliografia generale sulla causa negoziale in diritto romano è tutt'altro che soddisfacente. V., comunque: Bonfante, *Il contratto e la causa del contr.* (1908), in *Scr.* 3 (1926) 125 ss.; Voci, *«Iusta causa traditionis» e «iusta causa usucapionis»*, in *SDHI.* 15 (1949) 141 ss.; Wolf (J. G.), *Zur «causa stipulationis»* cit.; Díaz Bialet, *La «causa» en el der. rom. etc.*, in *St. Volterra* 3 (1971) 363 ss.; Beck-Mannagetta, *Geschäftsgrundlage, Voraussetzung und «causa»*, in *Index* 3 (1972) 514 ss.; Vacca (cur.), *Causa e contratto etc.* (1997). Particolarmente eleganti, anche se non in tutto convincenti, le pagine dedicate all'argomento, entro una inquadratura di molto interesse, da Albanese, *Atti negoziali* cit. 243 ss.

23.1.1. Sulle accezioni giuridiche del termine *causa*, in relazione agli atti negoziali, quadro completo in Heumann-Seckel, sv. «*Causa*». V. poi: Cugia, *Indagini sulla dottrina della causa del negozio giuridico: l'espressione «mortis causa» in dir. rom. class. e giustinian.* (1910), il quale mette in luce che l'espressione corrente 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 la langue juridique*, in *Ét. philol. jurid.* 1 (1940) 120 ss. — Altre espressioni, che colgono talvolta il senso di causa negoziale, sono, nelle fonti, «*nomen*», «*titulus*», «*res*». Ma in realtà, a prescindere dall'uso infelice di «*causa*» (in latino e in italiano) per rappredell'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 (siamo pienamente consci di ripetere quanto già detto in precedenza) solo in rare occasioni il vocabolo 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 costitutivo del rapporto stesso), o anche a «situazione giuridicamente rilevante» (nella quale si trovi un soggetto o un oggetto), 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 alla funzione dell'atto.

23.1.2. Comunque, tralasciando altre induzioni più minute e perciò appunto più incerte, veniamo all'assetto del *ius privatum*

---

sentare la funzione oggettiva del negozio (v. *retro* nr. 1.2), le fonti non esprimono quasi mai la causa negoziale con un termine esplicito: il concetto è, il più delle volte, implicito nel modo in cui le fattispecie vengono esposte o discusse.

23.1.2. La ricognizione della causa negoziale fu impresa cui i giuristi romani mostrano di essersi dedicati molto intensamente, anche se in modi spesso non accorti e perciò tali da porre in qualche imbarazzo i lettori delle loro conclusioni. Qualche esempio varrà a confermare la nostra affermazione. — La causa del *mutuum* (*infra* n. 74.4) era la messa a temporanea e piena disposizione (più precisamente, in proprietà) del mutuatario di una somma di danaro (o di una quantità di cose fungibili): importo da restituirsi poi al mutuante (se del caso, dietro esercizio di una *condictio* da parte di costui) nell'esatto equivalente. A questo proposito, 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 dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse*) fa due casi, risolvendoli entrambi secondo il parere di Proculo. Primo caso: se Tizio ha dato a Caio dieci unità di danaro, pattuendo con lui la restituzione di solo nove unità, Caio è obbligato *ex mutuo* (nel linguaggio di Ulpiano: *ipso iure*) a restituire nove (e non più di nove può chiedergli con la *condictio* Tizio). Secondo caso: se Tizio ha dato a Caio dieci unità, pattuendo la restituzione di undici, egli non può chiedere con la *condictio* la restituzione di più di dieci (e Caio è obbligato *ipso iure* a restituire dieci). Nel secondo caso, che è quello più evidente, sono state messe a piena disposizione del mutuatario Caio dieci unità: dunque la causa del mutuo impedisce che se ne possano chiedere in restituzione, con la *condictio*, undici. Nel primo caso, solo nove unità sono state messe a piena disposizione di Caio, perché non si può sapere che cosa abbia stabilito il patto tra mutuante e mutuatario in ordine alla decima unità (per esempio, può aver stabilito che Caio la conservasse presso di sé, o che la rimettesse a un terzo ecc.): dunque, la causa del mutuo esige che Caio sia tenuto a restituire solo nove (e implica che, se Tizio agirà contro di lui per la restituzione di dieci, Caio possa bloccarne la richiesta con una *exceptio pacti*). — La causa del *pignus* (*infra* n. 75.2) era la messa a disposizione (in *possessio ad interdicta*) del pignoratario di una o più cose a garanzia di un credito: cose da restituirsi all'oppignorante in caso di *satisfactio* del credito, oppure da vendersi a terzi (per appropriarsi, nei limiti del dovuto, del ricavo) in caso di inadempimento. A questo proposito, Ulp. D. 20.1.19 (*Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto universo quantum debetur*) pone il classico e postclassico. In esso la causa rivelò la sua importanza sotto un duplice scopo: *a)* ai fini della «qualificazione dell'atto negoziale come lecito», e quindi come produttivo di effetti giuridici conformi alla volontà manifestata dal suo autore; *b)* ai fini della sua «individuazione tipica», e quindi ai fini della determinazione del regolamento ad esso applicabile.

23.2. La causa era un parametro rilevante per la qualificazione come lecito o come illecito del negozio. Anche se il negozio era per ogni altro verso inattaccabile, la funzione oggettiva di esso poteva risultare illecita, e bastava questo perché il negozio tutto ricevesse il marchio dell'illiceità, divenendo pertanto *inutile*. D'altra parte, se la funzione del negozio era lecita, nessuna influenza aveva il fatto che fossero illeciti i «motivi personali» dell'autore, a meno che quest'ultimo li avesse imprudentemente conclamati nella sua dichiarazione negoziale, o li avesse comunque resi facilmente riconoscibili da parte degli

---

quesito se, di più cose ricevute in pegno, il pignoratario sia tenuto a restituirne qualcuna in caso di inadempimento parziale dell'obbligazione (e, ovviamente, di copertura sufficiente del residuo credito mediante le restanti *res pignori datae*). La risposta è no (cioè che il pignoratario non sia tenuto a restituire nulla sin quando non vi sia stata la completa *satisfactio*), e ciò perché la causa del pegno riguarda la copertura dell'intera *obligatio*. — La causa dell'*emptio venditio* (*infra* n. 77.1) era lo scambio di una *merx* contro un *pretium* in danaro di valore obbiettivamente corrispondente. Ecco perché Gaio nega che la compravendita sia venuta a compimento se all'aspirante compratore il venditore risponde rimettendo il prezzo alla sua esclusiva volontà o al suo esclusivo giudizio (Gai. 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*).

23.2. Sull'illiceità negoziale, v. anche *retro* n. 20.2-3, ove si illustra l'argomento preminentemente sotto il profilo della incapacità di agire dei soggetti. — Per un esempio di rilevanza dei motivi illeciti, cfr. Ulp. D. 17.1.12.11: *Si adulescens luxuriosus mandat tibi ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est quasi perdituro pecuniam sciens credideris. sed et si ulterius directo mandaverit tibi ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit*. Ulpiano (il cui dettato originario ha probabilmente subito qualche inquinamento da mano postclassica) fa due ipotesi, che è bene esaminare in ordine inverso. Seconda ipotesi: un giovanotto di costumi sregolati dà incarico a Tizio di aprire per suo conto un credito ad una meretrice: siccome favorire una prostituta, dando incentivo al suo mestiere, è *res turpis*, il mandato è nullo per illiceità della causa e Tizio non potrà chiedere il rimborso all'*adulescens* con l'*actio mandati contraria*. Prima ipotesi: il giovanotto di costumi sregolati ha dato mandato a Tizio, non di far credito alla meretrice, ma di prestar garanzia in favore della meretrice stessa (*pro meretrice*) per una obbligazione che essa vuole assumere nei confronti di un terzo: la causa di questo mandato non può dirsi illecita, ma se Tizio è *sciens*, cioè consapevole, del fatto che il mandato si inserisce in un'operazione intesa alla *res turpis* di cui sopra, egualmente egli non avrà l'*actio mandati contraria* perché la nullità del mandato sarà stata implicata dall'affiorare del motivo illecito. Sul punto, dibattutissimo, da ultimo: Guarino, «*Mandatum credendi*» (1982) 71 ss.; Fusco, «*Adulescens luxuriosus*». *Mandat «contra bonos mores»?*, in Nörr, Nishimura (cur.), *Mandat und Verwandtes* (1993) 387 ss.

estranei (con ciò ostentando un intollerabile disprezzo dei principî fondamentali dell'ordinamento giuridico). Quanto all'ipotesi di «illiceità della causa», essa poteva, più precisamente, consistere: *a*) in una contrarietà patente della funzione del negozio con i principî fondamentali del *ius privatum*; *b*) in una contrarietà della funzione negoziale con taluni provvedimenti di governo; *c*) in una contrarietà della funzione negoziale con le regole del buon costume.

23.2.1. La contrarietà della causa ai «principî del *ius privatum*» si concretava essenzialmente in un contrasto della funzione oggettiva del negozio con le limitazioni poste all'agire privato dal *fas* e dagli altri principî tradizionali (cioè sanciti da antichi e consolidati *mores maiorum*) che caratterizzavano particolarmente il *ius civile vetus*. Un negozio che si trovasse in queste condizioni (che fosse cioè «*negotium nefarium*» oppure «*negotium iniustum*») era, di regola, del tutto privo di valore, assolutamente inutilizzabile. Solo eccezionalmente il passare del tempo e il mutare delle esigenze sociali determinarono qualche fenomeno di affievolimento di alcuni antichi divieti, inducendo taluni provvedimenti di governo ad abolirli esplicitamente o viceversa, in qualche caso isolato, a confermarli e a rafforzarli.

23.2.2. La contrarietà della causa a taluni «provvedimenti di governo» (e cioè, per antonomasia, alle *leges publicae*) poteva es-

---

23.2.1. Il caso più rilevante di negotium nefarium (e quindi *iniustum*) era costituito dal *matrimonium* tra parenti e affini: v. *infra* n. 41.3.2 (ove si sostiene che il matrimonio *sine manu* aveva carattere di negozio giuridico bilaterale). *Iniustae* (e a volte addirittura *nefariae*) erano, del resto, tutte le *nuptiae* (apparenti *nuptiae*) intercorrenti tra persone prive di reciproco *conubium*: se la verità diveniva palese o era accertata giudizialmente, i figli nati da unioni di questo tipo erano considerati «*vulgo concepti*» ed erano quindi attribuiti alla sola madre (cfr. Gai 1.64). Altro esempio di *negotium iniustum* (non addirittura *nefarium*) era costituito dalle *donationes inter virum et uxorem*: *infra* n. 42.2.4. — I provvedimenti confermativi o limitativi dei negozi a *causa iniusta* furono, ad esempio: la *lex Iulia et Papia Poppaea* (v. *infra* n. 41.7), che rafforzò le regole relative al *matrimonium* e alla donazione tra coniugi; per converso, il SC. *Claudianum*, che abolì il divieto di nozze tra zio e nipote *ex fratre* (v. *infra* n. 41.3.2). — Un interessante esempio di causa illecita si ravvisa nella *emptio venditio*, negozio la cui causa (*infra* n. 77.3) era lo scambio del *pretium* con una cosa che non fosse già del compratore. È con riferimento a questo principio ciò che scrive Pomp. D. 18.1.16 pr.: *Suae rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi: sed si ignorans emi, quod solvero repetere potero, quia nulla obligatio fuit*. La compera di cosa propria non vale, anche se il compratore ne era a conoscenza; tuttavia, se il compratore era ignaro del fatto che la merce era già sua, solo in tal caso egli potrà esigere la restituzione del *pretium*.

23.2.2. Per i negozi contra legem (e contro ogni provvedimento di governo in genere: *senatusconsulta, constitutiones principum, edicta magistratuum* ecc.), cfr. Ulp. 1.1-2: «*Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae. perfecta lex est... imperfecta lex est, quae fieri aliquid vetat, nec tamen, si fac-*

sere di due tipi: *a*) contrarietà «diretta», nel qual caso si parlava di negozi antigiuridici perché *contra legem* (contrari alla legge); *b*) contrarietà «indiretta», nel qual caso si parlava di negozi antigiuridici perché *in fraudem legis* (in frode alla legge). Per quanto attiene ai «*negotia contra legem*», occorre precisare che la *inutilitas* del negozio si aveva solo in caso di contrarietà alle *leges* cd. «*perfectae*», cioè ai provvedimenti legislativi che sancissero espressamente l'inutilizzabilità degli atti ad esse contrari: non dunque in caso di collisione con le cd. *leges* «*minus quam perfectae*», cioè con quelle che comminavano solo una *poena* a carico di chi trasgredisse i loro divieti, né in caso di collisione con le cd. *leges* «*imperfectae*», cioè con quelle (numerosissime) che si limitavano a proclamare i divieti, senza ricollegare loro nessuna sanzione repressiva. Per quanto attiene ai «*negotia in fraudem legis*», occorre precisare che la «frode alla legge» («*fraus legi facta*») si verificava allorché un negozio fosse apparentemente lecito, ma risultasse in realtà destinato indirettamente (dissimulatamente) ad aggirare un divieto di legge (es.: vendita di un oggetto fatta dal marito alla moglie per un prezzo minimo: nego-

---

tum sit, rescindit; qualis est lex Cincia, quae plus quam..., ‹donare› prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit. minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei qui contra legem fecit; qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere, praeter exceptas personas, et adversus eum qui plus ceperit quadrupli poenam constituit. Il testo dell'*Epitome Ulpiani* è mutilo, ma la ricostruzione della sua struttura essenziale è sicura. In particolare, è sicuro che la *lex perfecta* «*rescindit*», cioè rende nullo l'atto contrario ai suoi divieti: per esempio, la *lex Cornelia de sponsu* (81 a. C.: *infra* n. 72.6.1), la *lex Falcidia de legatis* (40 a. C.: *infra* n. 53.5), la *lex Aelia Sentia de manumissionibus* (4 d. C.: *infra* n. 52.5.4). Sul tema: Di Paola, «*Leges perfectae*», in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 1075 ss., con bibl. precedente; Chorus, *Handelen in Strijd met de Wet* (1976); Kaser, *Ueber Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im röm. R.*, in SAW. 1977; Ankum, *Verbotsgesetze und «Ius publicum»*, in ZSS. 97 (1980) 288 ss.; Guarino, *OGR*. n. 61; id., «*Lex Voconia*» (1982), in *PDR*. 3 (1994) 259 ss. Per il diritto postclassico-giustinianeo, cfr. C.I. 1.14.5 (Theod. II Valentin. III, a. 439): *Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem ... nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente* (ecc.). — Quanto alle *leges minus quam perfectae* o *imperfectae*, va aggiunto che la contrarietà alle leggi rientranti in queste due categorie (leggi che erano poi quelle più antiche, tutte anteriori all'età classica), se non comportava di per sé la inutilizzabilità del negozio, la poteva tuttavia causare indirettamente ove intervenisse il pretore (o altro magistrato giusdicente) a rendere inutilizzabile l'atto con propria iniziativa (di solito, mediante concessione di un'*exceptio* alla persona interessata a non subire le conseguenze del negozio). — Sulla *fraus legi facta*: Rotondi, *Gli atti in frode alla legge* (1911); Honsell, «*In fraudem legis agere*», in *St. Kaser* (1976) 111 ss.; Behrends, *Die «fraus legis»*, in GRS. 123 (1982); Fascione, «*Fr. legi*» (1983); Id., *Ancora sulla «fr. legi»*, in *Labeo* 33 (1987) 324 ss. Non mancano fonti in cui di *fraus legis* si parla in senso estensivo, come di frode a principi cogenti del diritto: v. *infra* n. 90.7. — Un caso esemplare di *fraus legi* (più precisamente, di frode al SC.

zio che, quale che fosse l'intenzione delle parti, implicava oggettivamente un'infrazione del divieto di donazioni tra coniugi).

23.2.3. 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 antigiuridici e considerati pertanto assolutamente inutilizzabili.

23.3. La causa era elemento indispensabile anche alla precisa individuazione dei vari negozi leciti: 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.

Macedonianum: infra n. 74.4.3) si legge in Ulp. D. 14.6.7.3: ... *verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim senatus «mutuam pecuniam dedisset», sed si fraus sit senatusconsulto adhibita, puta frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filio familias*. Dato che il senatoconsulto vieta espressamente di dare danaro a mutuo ai *filiifamilias*, costituisce frode dare in mutuo a costoro altre cose fungibili, vendendo le quali i *filiifamilias* possano procurarsi del danaro. Probabilmente interpolata è la conclusione favorevole a chiudere un occhio sulla frode. — 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 vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*. Cfr. anche Ulp. D. 1.3.30. Sul tema: Bueno Salinas, *«Fr. legis»: un estudio sobre D. 1.3.29*, in SDHI. 62 (1996) 139 ss.

23.2.3. Sui negozi *contra bonos mores*: Macqueron, *L'histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations en dr. rom.* (1924); Merger, *Stipulationen und letztwillige Verfügungen «contra bonos mores»* (1929); Siber, *Schuldverträge und sittenwidrige Leistungen*, in St. Bonfante 4 (1930) 103 ss.; Kaser, *Ueber Verbotsgesetze* cit. 69 ss.; Mayer-Maly, *«Contra bonos mores»*, in St. Kaser (1976) 151 ss.; id., *«Verecundia»*, in St. Iglesias 1 (1988) 375 ss.; Plescia, *The development of the doctrine of «boni m.» in Rom. L.*, in RIDA. 34 (1987) 265 ss.; Sicari, *«Leges venditionis»* cit. (1996) 336 ss. Per le fonti cfr.: D. 12.5.8, D. 2.14.27.4, D. 17.1.6.3, D. 17.2.57; nonché PS. 1.1.4 e 4a; in partic. Pap. D. 28.7.15: ... *quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*.

23.3. Per la funzione della causa come elemento di individuazione del negozio: Betti, *Ist.* 1, spec. 104 ss., 122 ss. Sopra tutto 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. Di qui numerose e sottili discussioni tra i giuristi di cui riteniamo utile portare un esempio. — «Leasing» di *gladiatores*. Gai 3.146 (... *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 M, 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*...) espone una fattispecie che anticipa di qualche millennio l'istituto anglosassone, largamente recepito oggi anche in ogni altro paese industrializzato, che ha il

23.3.1. 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 altro negozio ad esso approssimativamente 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.

23.3.2. Si dava talvolta 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, al fine della 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 correttivo del tradizionalismo romano, di cui abbiamo già visto applicazioni antichissime relativamente alla *mancipatio*.

---

nome di «leasing»: Tizio fornisce a Caio una partita di *gladiatores* (retro n. 16.5.2) con l'intesa (*conventum sub condicione*) che per ogni gladiatore che gli verrà restituito integro gli saranno corrisposti venti denari, mentre per ogni gladiatore che verrà ucciso o reso inservibile gli saranno corrisposti mille denari. Il quesito, largamente dibattuto tra i giuristi prima di Gaio, era se il contratto in questione fosse una *locatio conductio* o una *emptio venditio* e la soluzione adottata dalla maggioranza (*et magis placuit*) fu che nell'ipotesi dei gladiatori restituiti integri si trattasse di locazione, mentre nell'ipotesi dei gladiatori *occisi vel debilitati* (e, presumibilmente, non restituiti) si trattasse di vendita. Sul tema: Guarino, *Il «leasing» dei «gladiatores»* (1983), in *PDR*. 6 (1995) 153 ss.

23.3.1. Sulla tipicità dei negozi romani (almeno in età classica): Betti, *La tipicità dei negozi giuridici romani* cit. — Sulle *conventiones sine nomine*: v. *infra* n. 83, ove peraltro si vedrà che singoli tipi di negozi diventati più frequenti nella prassi acquistarono man mano anch'essi il loro *nomen iuris*, divenendo pertanto anche essi «nominati».

23.3.2. 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. — Sul *depositum irregulare*: *infra* n. 75.7.

23.3.3. Sempre in virtù dell'«adattamento funzionale», si dava talvolta 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 (sopra tutto di garanzia), o della *mancipatio*, altro negozio astratto per eccellenza, che divenne tipico nel caso del *testamentum per aes et libram*.

23.3.4. Infine non era esclusa, malgrado tutto, la possibilità di «negozi a causa plurima», caratterizzati non da una causa tipica loro propria, ma dal concorso di due (o più) cause distinte: tali, ad 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 le norme maggiormente appropriate all'individualità del cd. «negozio misto» («*negotium mixtum*»).

23.4. Di notevole rilevanza fu altresì il fenomeno delle cause a negozi plurimi (o «cause autonome»), cioè di certe

---

23.3.3. Per i negozi astratti tipizzati, con riferimento agli esempi portati nel testo, v. rispettivamente *infra* n. 72 e n. 28.2.1.

23.3.4. 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. 23.2.2): 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., ad esempio, Ulp. D. 24.1.5.5, in tema di vendita a prezzo inadeguato o totalmente fittizio fatta in violazione del divieto di donazione tra coniugi (su cui v. *infra* n. 42.2.4). — Sulla costituzione della dote: *infra* n. 43.2.2. — Sulla *donatio mortis causa*: *infra* n. 27.5.1.

23.4. Sulla *causa dotis* e i negozi di attuazione relativi: *infra* n. 43.2.2. L'accertamento che un negozio fosse stato fatto *dotis causa*, e che la *dos* fosse effettivamente pervenuta nella disponibilità del marito, era di molto rilievo pratico, tra l'altro, ai fini della *restitutio dotis* (v. *infra* n. 43.4) e della *collatio dotis* (v. *infra* n. 32.6.2). D'altra parte, posto che una liberalità fosse stata promessa a un estraneo senza menzionare esplicitamente lo scopo di dotare la moglie di lui (caso della cd. *dos adventicia*), contro l'*exceptio legis Cinciae* prodotta dal donante, il marito beneficiario della dote avrebbe potuto reagire con una *replicatio* basata sulla *causa dotis* della liberalità. — Sulla *causa transactionis*, e sui vari modi di sua realizzazione sin dai tempi più antichi, spec.: Melillo, sv. *Transazione (d. rom.)*, funzioni sociali che non disponevano di corrispondenti o specifiche strutture negoziali, ma che potevano essere esplicate mediante il ricorso ai più diversi e svariati negozi (astratti o causali che fossero). Gli esempi più vistosi sono tre: *a)* il caso della «*causa dotis*», cioè della funzione sociale (molto sentita nei ceti medio-alti della società romana) avente ad oggetto la costituzione di una «*dos*», di un contributo elargito nell'interesse di una donna (anche estranea alla propria famiglia) che andasse ad unirsi in matrimonio: causa che disponeva di un negozio obbligatorio suo proprio ed esplicito (la «*dotis dictio*»), ma che poteva realizzarsi anche attraverso uno o più negozi traslativi del *dominium* di cose dotali o costitutivi di diritti reali a favore del futuro marito (cd. «*datio dotis*»), oppure attraverso la promessa al futuro marito, nelle forme della *stipulatio*, dell'oggetto o degli oggetti relativi (cd. «*dotis promissio*»); *b)* il caso della «*causa transactionis*», cioè della funzione sociale, resa sempre più frequente dall'incremento della vita degli affari, avente ad oggetto la chiusura di una lite mediante reciproche concessioni tra le parti: causa che poteva realizzarsi in molteplici modi negoziali e che solo in periodo classico avanzato dispose (nei limiti, peraltro, del cd. «*do ut*») anche di un apposito negozio bilaterale (la cd. «*transactio*»); *c)* il caso della «*causa donationis*», cioè della funzione sociale avente ad oggetto una «liberalità», cioè l'incremento del patrimonio di un beneficiario (il «*donatarius*») per effetto di un corrispondente decremento del patrimonio di un beneficiante (il «*donator*»), senza che vi fosse nessuna ragione di debito del secondo verso il primo, vale a dire senza che questa attribuzione *inter vivos* avesse il carattere dell'adempimento di un'obbligazione («*nullo iure cogente*»).

23.4.1. La «*causa donationis*», che era la più diffusa tra tutte le cause autonome, esige un discorso particolare. Infatti sino

---

in *ED*. Più ampiamente, sulla «*donatio*» come «*attributio nullo iure cogente*»: *infra* n. 43.6. — Sulla causa donationis cfr. Pap. D. 39.5.29 pr. (+ D. 50.17.82): *Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur*. V. anche: Radovcic, «*Locupletatio-depauperatio*» *kao elementi darovanja*, in *Zbornik Pravnog Fakulteta U. Zagrebu* 17 (1967, *Om. Čulinović*) 361 ss.; Hanisch Espíndola, *La intencion de donar*, in *Rev. Univ. Cat. Valparaiso* 2 (1977) 23 ss. — Il fenus nauticum è forse (entro i ristretti limiti di ciò che di esso sappiamo) un altro esempio di causa a negozi plurimi. V. *infra* n. 24.5.

23.4.1. Sui negozi di donazione v. *infra* n. 27.5.1 (*donatio mortis causa*), 42.2.4 (*donatio inter virum et uxorem*), 43.6 (donazione obnuziale), 61.8 (*pactum donationis*), con bibl. — Sulla lex Cincia de donis et muneribus: Casavola, «*Lex Cincia*» cit. (1960), con bibl.; Gonzalez, *The possible motivation of the «lex Cincia de d. et m.»*, in *RIDA*. 34 (1987) 161 ss.; Baltrusch, «*Regimen morum*» (1988) 63 ss. La legge Cincia (in ordine alla quale cfr. Ulp. 1.1-2. rialla fine del periodo classico, anzi sino ad una decisa svolta impressa in materia dall'imperatore Costantino (il quale, agli inizi del sec. IV d. C., riconobbe finalmente un negozio tipico denominato «*pactum donationis*»), la donazione poté essere realizzata mediante il ricorso a negozi di ogni tipo, anche se formalmente a titolo oneroso: *a*) negozi traslativi della proprietà o costitutivi di altri diritti reali (nel qual caso si aveva una donazione cd. «reale»); *b*) negozi costitutivi di obbligazioni del donante verso il donatario (nel qual caso si aveva una donazione cd. «obbligatoria»); *c*) negozi estintivi di obbligazioni del donatario verso il donante o persino verso un terzo che il donante pagasse in luo-

---

portato sopra n. 21.7.2) fu votata dai *concilia plebis* del 204 a. C. su proposta del tribuno M. Cincio Alimento e con l'autorevole appoggio di Q. Fabio Massimo, che se ne fece *suasor* nelle *contiones* preventive. Essa, si badi, non fu formulata come divieto di fare donazioni, ma come divieto di «ricevere» *munera* o, più in generale, *dona* (cfr. Fest. 127 L. sv. «*Muneralis*»: *Muneralis lex vocata est, qua Cincius cavit, ne cui liceret munus accipere*; Tac. *ann.* 11.5.3: ... *consurgunt patres legemque Cinciam flagitant, qua cavetur antiquitus, ne quis ob causam orandam pecuniam donumque accipiat*) e fu, comunque, una *lex imperfecta* (priva cioè di sanzioni per i trasgressori). Sorvolando sulle troppo sottili ipotesi (spesso pure fantasticherie) che sono state formulate in proposito, a noi sembra che, se pure l'*occasio* originaria del provvedimento fu quella di porre un argine all'avidità della *nobilitas* senatoria nei confronti dei suoi *liberti* e *clientes* o addirittura della *plebs* nel suo complesso (cfr. Liv. 34.4.9: *quid legem Cinciam de donis et muneribus, nisi quia vectigalis iam et stipendiaria plebs esse senatui coeperat?*), la sua stabile *ratio* divenne col tempo quella di contrastare gli smodati arricchimenti di un soggetto giuridico in pregiudizio di un altro soggetto giuridico a lui estraneo (non incluso cioè nella ristretta cerchia delle *exceptae personae*: *parentes*, *affines*, *familiares*): *ratio* non molto diversa da quella per cui erano limitate le *donationes mortis causa* (v. *infra* n. 27.5.1). Dato che, per effetto della progressiva svalutazione monetaria, il *modus legis Cinciae* divenne sempre più irrisorio, sullo scorcio del periodo preclassico il divieto di donazioni «smodate» divenne praticamente un divieto di donazione in generale, con riflessi sopra tutto relativi ai *munera* degli *advocati* e degli altri difensori in giudizio: ragion per cui si affermò il principio (ribadito solennemente da Augusto: cfr. Dio Cass. 54.18) per cui gli avvocati non fossero addirittura da ricompensare per le loro prestazioni giudiziarie (sul punto v. *infra* n. 79.6.5). Ad ogni modo, siccome il pretore non seppe o non volle andare oltre la concessione di un'*exceptio legis Cinciae* a coloro che avessero evitato di compiere donazioni reali e fossero citati in giudizio per l'adempimento delle *donationes* soltanto dovute a titolo di *obligatio*, il divieto della *lex Cincia* ebbe sempre minor peso. In periodo postclassico, particolarmente dopo l'intervento di Costantino, il novero delle «*personae exceptae*» dal divieto stesso (e quindi ammesse ad essere donatarie) fu prima ulteriormente allargato (sì da essere esteso anche ai *coniuges* ed agli *sponsi*), fu più tardi ritenuto illimitato, e così la *lex Cincia* divenne soltanto un ricordo: Medicus, *Arnobio e l'ultima vicenda della «lex Cinciae»*, in *Labeo* 8 (1962) 62 ss. — L'individuazione del negozio donatorio era particolarmente difficile quando il negozio stesso fosse a titolo gratuito (es.: *datio mutui*, *commodatum*, concessione di possesso in *precarium*) e in altri casi. V., ad es.: Archi, *«Donare» e «negotium gerere»*, in *St. Volterra* 1 (1971) 669 ss.; [illegible], *«Delegation» et «lex Cincia»*, in *St. Volterra* 3 (1971) 7 ss.; Cerami, *D. 39.5.21.1* etc., in *SDHI.* 44 (1978) 139 ss. I giuristi postclassici fecero ricorso al criterio identificativo (più valido in astratto, che non in concreto) del cd. «*animus donandi*»: v. *infra* n. 82.6. — Sulla finzione negoziale, spesso alla base dei negozi fatti *donationis causa*, v. anche *infra* n. 24.2.5. — Sulla remunerazione delle cd. *operae liberales*: *infra* n. 79.6.1.

go del donatario (nel qual caso si aveva una donazione cd. «liberatoria»). Questo ventaglio di possibilità implicò in età classica che quasi ogni negozio *inter vivos* corresse il rischio di essere posto in discussione, e quindi sottoposto ad indagine giudiziaria, per due fondamentali motivi: primo, perché per un'antichissima norma consuetudinaria erano inammissibili, e perciò invalide, le donazioni tra coniugi («*donationes inter virum et uxorem*»); secondo, perché, fermo restando il divieto assoluto di donazioni tra coniugi, per disposizione dell'autorevole *lex Cincia de donis et muneribus* (del 204 a. C.) erano altresí proibite le «donazioni smodate» (al di sopra di un certo limite: il cd. «*modus legis Cinciae*») tra «estranei» (non parenti, affini od altre persone di stretta familiarità), sia che avessero carattere di liberalità motivate esclusivamente dal piacere di arricchire il beneficiario («*dona*»), sia che avessero carattere di liberalità motivate da doveri impegnativi solo sul piano sociale («*munera*»: es., regali di nozze, regali di compleanno, contributi del liberto a spese eccezionali sostenute dal patrono, «palmari» o premi speciali offerti dai clienti agli avvocati in vista del loro maggiore impegno o in rapporto al felice esito della loro difesa). Per vero, le donazioni smodate, a differenza delle donazioni tra coniugi, non erano invalide, essendo la *lex Cincia* soltanto una «*lex imperfecta*»: tuttavia il pretore concesse al donante (ove questi si fosse pentito della sua liberalità e non avesse già proceduto ad una donazione reale) un'«*exceptio legis Cinciae*» allo scopo, quanto meno, di paralizzare l'azione che il donatario esercitasse contro di lui acché esse fossero eseguite, se aventi carattere obbligatorio, o acché le donazioni fossero comunque conteggiate, se inserite in un più ampio contesto di rapporti di credito.

23.5. In età tardo-classica e postclassica, man mano che l'epicentro degli atti negoziali passò ad essere costitui-

---

23.5. Circa lo sviluppo della *voluntas*, anche come causa soggettivizzata, nell'ordinamento tardo-classico e postclassico, v. *infra* n. 24. Qui è bene puntualizzare che la malleabilità del concetto postclassico di «*natura contractus*» (su cui: Gandolfi, *Studi sull'interpretazione* cit. 227 ss., ivi altre referenze bibliografiche) fece sí 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, tramite l'*animus novandi, transigendi, vendendi* ecc. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni non mancano, ovviamente, di vietare i negozi illeciti e contrari al buon costume, né mancano, per conseguenza, di offrire indicazioni per la identificazione obbiettivistica dei vari tipi di negozio. Tuttavia: a) molti di essi (come già detto retro n. 23.1) solitamente ignorano la terminologia di «negozio» (preferendole quella generica di «atto» e simili) e quindi non incoraggiano eccessivamente la dottrina alla costruzione del concetto di causa come funzione oggettiva dell'atto negoziale; b) altri (per esempio, il diritto francese)* to 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 oggettiva del negozio, perché tutto l'interessamento, o quasi, fu concentrato sulla posizione soggettiva 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 o si dispone di danaro esuberante), ecco che la causa-funzione in questi negozi si frantumò in tante cause (soggettive) per quanti 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 o di qualificazione dei poteri e dei doveri da esso scaturenti.

24. LA VOLONTÀ NEI NEGOZI GIURIDICI.

24.1. Nei negozi del *ius privatum* la volontà non riuscì mai, sino a tutto il periodo classico (dunque, sino verso il sec.

---

inducono la dottrina a confondere la causa con i motivi o a surrogare la causa con altre figure concettuali di impronta subbiettivistica (principalmente, la chiara volontà dell'autore o dei contraenti dell'atto): ed gli ordinamenti di stampo anglosassone distinguono tra negozi (anche bilaterali) a titolo gratuito («deed poll»), per i quali si accontentano di una formale conferma da parte dell'erogatore (il quale deve dichiarare «as a deed», cioè come se munito di sigillo), e atti bilaterali a titolo oneroso, per i quali esigono che ciascuna parte si sia impegnata sulla base della cd. «consideration», cioè della presa d'atto di un serio impegno della controparte alla sua prestazione. Il c.c. italiano (a. 1343-1345 e cfr. a. 626, 634, 788 ed altri) proclama nulli gli atti aventi causa illecita, gli atti in frode alla legge e gli atti determinati esclusivamente per un riconoscibile motivo illecito.

24.1. Lo svolgimento storico dell'elemento della volontà negoziale, ora sopravvalutato, ora accompagnato dal «verbum», ora, infine, prevalente sugli stessi (v. *retro* spec. n. 21.4), è variamente connesso con la causa negoziale (v. *retro* n. 23.5) ed ha avuto, al di fuori e al di sopra di ogni strada rettilinea e razionalistica, manifestazioni che alla logica e alla esigenza sistematica proprie della teoria generale del negozio giuridico potrebbero apparire contraddittorie. Perciò lo storico deve essere restio agli atteggiamenti troppo generalizzanti, i quali rischierebbero di annullare, con la loro stessa formulazione, la realtà donde sono stati tratti. Questa avvertenza vale specialmente per ciò che concerne la storia dell'evoluzione dell'atto negoziale dall'età preclassica a quella classica, e, nell'ambito di ciascuna epoca, deve poi servire a tener distinto il cammino percorso dai negozi *inter vivos* dal cammino seguito dai negozi *mortis causa*: i primi con maggior difficoltà ammisero che l'interprete potesse ricercare la volontà dell'autore, laddove gli altri presentarono fin dall'età pre-

III d. C.), ad acquistare un carattere di completa 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 e che pertanto egli è, di regola, 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 vigente, si manifestò l'orientamento verso una netta distinzione tra volontà interna e manifestazione esterna, e si creò pertanto il problema delle cause e degli effetti di una discordanza tra manifestazione e volontà. Ma anche quando si giunse ad affermare nei 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 in due sensi: per la necessità di tutelare l'«affidamento altrui» e per l'opportunità di sanzionare il comportamento non adeguatamente responsabile di chi manifesta troppo alla leggera una volontà inesistente o diversa da quella reale.

24.1.1. La prima e più vistosa conseguenza di questo stretto collegamento che i Romani vedevano tra volontà e manifestazio-

---

classica 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 del secolo ventesimo l'aver rilevato e puntualizzato i termini della questione, anche se con risultati non sempre accettabili. In argomento, oltre alla letteratura generale sull'esperienza negoziale romana: Betti, *Ist.* 1, spec. 94 ss., 105 ss., 111 ss., con bibl. anteriore; Riccobono, *Origine del domma della volontà nel dir. rom.*, in *ACIR.* 1 (1934) 177 ss.; id., *La «voluntas» nella prassi giudiziaria dei pontefici*, in *Om. Schulz* 1 (1951) 302 ss.; Maschi, *Studi sulla interpretaz. dei legati ecc.* (1938); id., *Volontà tipica e volontà individuale nei negozi «mortis causa»*, in *Om. Ferrini Milano* 1 (1947) 99 ss.; Schwarz, *Die Bedeutung des Geschäftswillens im röm. Kontraktsr. der klassischen Zeit*, in *SDHI.* 25 (1959) 1 ss.; Wunner, *«Contractus» etc.* (1964). V. anche, per taluni spunti: Grosso, *Da Pedio ai bizantini in D. 2.14.1.3-4*, in *Om. Volterra* 1 (1971) 33 ss.; Albanese, *«Agere» «gerere» e «contrahere» etc.*, in *SDHI.* 38 (1972) 198 ss.; Cerami, *«Contrahere cum fisco»*, in *AUPA.* 1973; id., *D. 2.14.5*, in *AUPA.* 1974.

24.1.1. Sul problema della inespressione della volontà (e, in particolare, del «silenzio»): Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* (1906-07), in *Scr.* 3 (1921) 150 ss.; Perozzi, *Il silenzio nella concl. dei contr.* (1906), in *Scr.* 2 (1948) 599 ss.; Donatuti, *Il silenzio come manifestaz. di volontà* (1930), in *St.* (1977) 391 ss.; Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* (1932); id., *Il problema del* ne fu costituita dall'esclusione della possibilità che una volizione, per quanto seria essa fosse, avesse rilevanza giuridica se 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 manifestazione rivelatrice della volontà interna. Il «silenzio», o più in generale la «inespressione della volontà» (cioè la mancanza di esteriorizzazione della stessa, a mezzo di gesti o di comportamenti concludenti), era indicativo di nulla, e perciò impediva la nascita del negozio a vita giuridica. Dal che non soltanto derivò la irrilevanza della «riserva mentale» (*«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.

24.2. Quando fosse a tutti chiaro sin dal primo momento che una certa manifestazione negoziale non corrispondeva ad

---

sil. nelle esemplificaz. ciceroniana, in *St. Biscardi* 3 (1982) 75 ss.; Jones, *Le silence utilisé comme réponse en dr. rom.*, in *LAT.* 46 (1989) 3 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*. In tutti questi casi (e in qualche altro analogo: D. 23.1.12 pr.; Vat. 194) di silenzio (o più in generale di inerzia) la significazione di una volontà non era connessa al puro e semplice silenzio, bensì al fatto che la fattispecie era congegnata in modo da esigere una risposta (più in generale, una reazione) del soggetto e quindi dall'implicare che la sua «omissione» denotasse acquiescenza, cioè un «comportamento concludente» di consenso. — Quanto ai casi e al senso in cui parliamo di negozio tacito, cfr.: 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 talune ipotesi si parlò, dalla giurisprudenza classica, di *«pignus tacitum»*, o di *«tacita conventio»*, lo si fece unicamente per segnalare che in quella fattispecie un requisito negoziale imposto dispositivamente dall'ordinamento (un cd. *«naturale negotii»*) non era stato espressamente escluso dall'autore o dagli autori del negozio. Sul tema: Léger, *«Tacita condicio»*, in *RH.* 44 (1956) 5 ss.; Schuller, *Zum «pignus tacitum»*, in *Labeo* 15 (1969) 267 ss.

24.2. In ordine alla discordanza evidente tra volontà interna e manifestazione sono particolarmente indicativi 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* (cfr. anche Varro, *de 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.* — Un esempio proverbiale di *cavillatio ridicularia*, cioè di dichiarazione fatta evidentemente per burla, è citato da Cic. *de orat.* 2.260 e, più diffusamente, da Gell. 4.20.3-6. In occasione del censimento i *censores* chiedevano ai cittadini di giurare se fossero regolarmente sposati (cd. *«iusiurandum de uxoribus»*), ricorrendo a questa rituale domanda: *«... ut ex animi tui sententia uxorem habes?»* (il che era anche indotto dal requisito dell'*affectio maritalis* caratterizzante il *matrimonium* classico: v. *infra* n.

una reale volontà o corrispondeva ad una volontà diversa da quella manifestata, si parlò solitamente di *negotium imaginarium* («negozio fittizio») o si usarono locuzioni equivalenti, come ad esempio quella di negozio messo in atto «*dicis causa*» (a titolo puramente nominale) oppure «*pro forma*» (sul piano dell'apparenza). Nell'ipotesi di «negozi totalmente fittizi», cioè palesemente privi di serio contenuto di volontà (perché manifestati «*ioci causa*», «*docendi causa*», «*urbanitatis causa*», «*iracundiae causa*», «*propter vim absolutam*»), non trovava luogo nessun effetto giuridico diretto o indiretto. Nell'ipotesi di «negozi parzialmente fittizi» si procedeva, se ed in quanto possibile, all'utilizzazione del negozio per conversione.

24.2.1. Una specie rilevantissima di negozi fittizi era quella dei «negozi indiretti», cioè palesemente intesi a creare un effetto giuridico diverso da quello indicato dalla manifestazione esterna: ipotesi nelle quali trovava luogo (se lecito) l'effetto giuridico in-

---

41.6). Avendo una o più volte qualche buontempone risposto «*habeo quidem uxorem, sed hercle non ex animi mei sententia*», il censore non ebbe dubbi circa la sussistenza del matrimonio e della relativa *affectio*, ma inflisse una salata multa all'autore di questo *iocus scurrilis*. Sul punto: Farkas, «*Ex tui animi sententia, tu uxorem habes?*», in *BIDR.* 92-93 (1989-90) 461 ss. — Le nozze di Messalina, moglie del *princeps* Claudio, col suo amante C. Silio (nozze celebrate, in assenza di Claudio da Roma, con osservanza di tutte le forme richieste dal costume sociale, e persino con previa redazione degli atti dotali) sono, a nostro avviso, un esempio indiscutibile di negozio totalmente fittizio, così come giustamente segnalato da Tacito (*ann.* 11.26.3: *nomen tamen matrimonii concupivit ob magnitudinem infamiae*). Sull'episodio ([illegible]): Guarino, *In difesa di Messalina* (1976), in *PDR.* 2 (1993) 267 ss. V. anche *infra* n. 41.3. — Sulla conversione del negozio nullo: *retro* n. 21.5.1.

24.2.1. Sui negozi indiretti e sulle ragioni della loro esistenza è tuttora fondamentale: Rabel, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte* (1906-07), in *Gesamm. Aufs.* 4 (1971) 9 ss., con rinvio alla bibliografia precedente e con magistrale indagine comparatistica. — Esempi principali di negozi indiretti sono: la *mancipatio* (su cui *infra* n. 50.10), il *testamentum per aes et libram* (su cui *retro* n. 22.5.1 e *infra* n. 28.2.1), la *in iure cessio* (su cui *infra* n. 50.11), la *coëmptio* (su cui *infra* n. 41.2), la *solutio per aes et libram* (su cui *infra* n. 68.2). — Il ricorso alla finzione negoziale andava, in pratica, anche oltre i casi dei negozi indiretti. A titolo di esempio cfr. Marcell. 13 dig. D. 46.3.67: *... apud Alfenum Servius eum, qui minus a debitore suo accipere et liberare eum vellet, respondit posse saepius aliquos nummos accipiendo ab eo eique retro dando ac rursus accipiendo id efficere: veluti, si centum debitorem decem acceptis liberare creditor velit, ut, cum decem acceperit, eadem ei retro reddat, mox ab eo accipiat ac novissime retineat.* L'espediente suggerito da Servio Sulpicio Rufo, di far finta di farsi pagare cento (ammontare, ad esempio, del «giusto prezzo» richiesto per la validità di una *emptio venditio*) incassando in realtà solo dieci, si inquadra in un uso comune anche nella prassi negoziale moderna: per esempio, nel caso in cui si procede davanti a notaio ad una finta vendita immobiliare (in realtà ad una donazione) ed è lo stesso finto venditore a passare di sottobanco al finto compratore la somma che quest'ultimo gli verserà ostensibilmente, permettendo con ciò al notaio di attestare che il pagamento sotto i suoi occhi è avvenuto. — Sui negozi *donationis causa*, che spesso implicavano una finzione negoziale: *retro* n. 23.4.3.

diretto. Si trattava, di solito: *a*) di negozi di antica data che erano stati adattati a diverse esigenze posteriori (si pensi alla *mancipatio*, che da originario negozio di scambio di una *res mancipi* con un controvalore espresso in *aes rude*, e pesato a questo fine dal *libripens*, divenne in tempi storici un negozio traslativo del *dominium* anche a titolo gratuito o contro il pagamento di un simbolico *nummus unus*); *b*) oppure di negozi di data relativamente recente riversati alla meglio entro forme antiche (si pensi alla compera fittizia del patrimonio ereditario effettuata dal *familiae emptor* nel procedimento del *testamentum per aes et libram*). Fenomeni tutti spiegabili al lume del tradizionalismo caratteristico dei Romani.

24.3. Quando mancasse la evidenza del *negotium imaginarium*, quando 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, sopra tutto 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, si ritenne invalido il negozio apparente (e quindi inesistente la volontà manifestata, oppure valida la diversa volontà reale dell'autore o degli autori del negozio), purché concorressero questi tre requisiti: *a*) che la causa della discordanza (cioè la *vis absoluta*, l'errore di manifestazione ecc.) venisse chiaramente provata; *b*) che il comportamento dell'autore della manifestazione (interessato ad ottenere più tardi l'inutilizzazione del negozio) apparisse obbiettivamente scusabile; *c*) che non fossero lesi gli interessi dei terzi estranei al negozio. Spunti, questi, che solo nell'evoluzione postromana si sono trasformati in regole di diritto.

24.3. Sull'errore ostativo v. anche *infra* n. 24.7. In particolare: Grosso, *In tema di divergenza tra volontà e dichiarazione nel testamento*, in St. Riccobono 3 (1936) 1 ss. — Sul malinteso cfr. Pomp.-O. Marc. D. 44.7.57: *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit*... (se nella trattativa di un negozio interviene un errore, per effetto del quale una delle parti intenda una cosa e la controparte ne intenda un'altra, non vale ciò che si è fatto); 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 quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est; idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi*... (se Tizio ha dato del danaro a titolo di donazione e Caio lo ha incassato a titolo di mutuo, non vi è stata né la donazione, né il mutuo: lo stesso deve dirsi se una cosa è stata data a titolo di mutuo o di comodato ed è stata ricevuta a titolo di deposito o di mutuo).

24.3.1. 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. A volte il negozio simulato era considerato invalido, ma non perché simulato, bensì perché la prova della simulazione portava alla luce che esso era privo di un requisito essenziale (per es.: il giusto prezzo nella *emptio venditio*); altre volte a una parte 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 era stato 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.

24.3.1. Sull'accordo simulatorio: Betti, *Consapevole divergenza della determinazione causale nel neg. giur.*, in *BIDR.* 42 (1934) 299 ss.; id., *Trattamento del neg. simulato in dir. classico e in dir. giustinianeo*, in *ACNSR.* (1937) 3 ss.; Longo (G.), *Sulla simulaz. dei neg. giur.* (1936); id., *Per il concetto classico di simulaz. nei neg. giur.* (1936), in *Ric. romanist.* (1966) 1 ss.; Pugliese, *La simulaz. nei neg. giur.* (1938); Dumont-Kisliakoff, *La simulation en dr. rom.* (1970); MacCormack, «*Aliud simulatum, aliud actum*», in *ZSS.* 104 (1987) 639 ss. — 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 concessa probabilmente, e in casi specifici, solo in età postclassica (cfr. Pomp. D. 45.1.36 itp.?). — Un esempio di simulazione assoluta è ravvisabile in Pap. 3 *resp.* Vat. 13 (cfr. Herm. D. 19.1.49 pr.): *Venditor si per conductionem imaginariam colonum emptoris decipiendi causa subiecerit, ex empto tenebitur, nec ideirco recte defenditur, si... colonum et quinque annorum mercedes in fidem suam recipiat...* (il venditore di un fondo, per poterne godere ancora per qualche tempo, fa presente al compratore di essere vincolato da locazione verso un colono fittizio, del quale per di più ha garantito cinque annate di canone: dato che il contratto di locazione risulta essere simulato, la locazione non vale e il venditore è tenuto *ex empto* a procurare la disponibilità del fondo al compratore). — Si guardi anche, per la sua singolarità, al caso del divorzio di Mecenate, ricordato da Iav. D. 24.1.64 (*Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit, si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra. sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram*): un marito, venuto a divorzio dalla moglie, la induce a tornare a lui mediante una donazione fatta a

24.3.2. Un'ipotesi anomala di accordo simulatorio fu costituita dalla «intesa fiduciaria», cioè dalla corrispondenza puramente fiduciaria tra la volontà di due o più soggetti per determinare, tra loro o rispetto a terzi, effetti giuridici non previsti dall'ordinamento giuridico. Le esplicazioni principali di questa ipotesi furono due: *a*) quella del vero e proprio «accordo» tra due soggetti viventi, in forza del quale il primo (cd. «fiduciante») affidava fiduciariamente al secondo (cd. «fiduciario») il compito di porre nel nulla totalmente o parzialmente, dopo qualche tempo o subordinatamente a certe condizioni, gli effetti di un negozio intervenuto tra i due (caso, ad esempio, del «*pactum fiduciae*» tra alienante e acquirente della proprietà di una *res mancipi* per il ritra-

---

questo scopo, ma la moglie, dopo essere rientrata e aver incassato la donazione, nuovamente divorzia da lui (o più precisamente lo ripudia). Il caso si era già presentato nei rapporti coniugali tra Mecenate e la sua capricciosa moglie Terenzia (alla quale, secondo i maligni, Mecenate molto teneva perché pare elargisse i suoi favori ad Augusto e perciò gli assicurasse la protezione di costui); Labeone (di cui qui Giavoleno riporta le parole) ricorda che in quell'occasione Trebazio Testa fece dipendere la validità o meno della donazione dal fatto che il divorzio fosse vero o fosse simulato (poteva essersi infatti trattato di un divorzio simulato dai due allo scopo di porre in essere una valida donazione, dal momento che le donazioni tra coniugi erano vietate: v. *infra* n. 42.2.4); al che Giavoleno aggiunge che un *divortium* può dirsi vero, e non simulato, solo quando uno dei coniugi si sia sposato ad altri, oppure la donna sia rimasta lontana dal domicilio coniugale, ed apparentemente *vidua*, per un lungo periodo di tempo. Sul tema, per tutti: D'Orta, *La giurisprudenza tra repubblica e principato* (1990) 210 ss., con bibl.; Guarino, *Trebazio e il caso di Terenzia* (1992), in PDR. 3 (1993) 98 ss. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni sono tutti, in vari modi, tendenti a ritenere nulli, o quanto meno annullabili su istanza degli interessati, i negozi affetti da discordanza tra volontà e manifestazione. Per il diritto italiano vigente, cfr. c.c. a. 1414-1417 (simulazione: il negozio simulato non produce effetti tra le parti (per le quali vale, se conforme ai requisiti richiesti dal diritto, il negozio dissimulato), ma li produce nei confronti dei terzi che hanno acquistato in buona fede diritti dal titolare apparente), 1433 (errore ostativo: annullabilità).*

24.3.2. Per quanto riguarda le intese fiduciarie ed i regolamenti relativi, v. *infra* n. 33.7 (*fideicommissum*), n. 62.2 e 74.3 (*fiducia*). Troppo forzata ci sembra la identificazione dei soli fedecommessi con i «trusts» operata da: Johnston, *The Roman Law of trusts* (1989). — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni rifuggono, in generale, dal dare rilievo agli accordi fiduciari, ed ancor meno alle intese fiduciarie (anche delle «gentleman's agreements», cioè «accordi tra galantuomini»). Fanno eccezione i diritti di stampo anglosassone, ed in particolare il diritto inglese, ove ha trovato larga applicazione l'istituto del «trust» (letteralmente: fiducia), sorto in origine per aggirare limiti e pesi (per esempio, intrasferibilità di beni a certi enti, esazione di tributi gravanti sui trasferimenti immobiliari ecc.) posti a taluni negozi dal «common law». In sede di giurisdizione di «equity» (corrispondente latu sensu, come sappiamo, al ius honorarium romano), per «trust» è stato riconosciuto e protetto, in svariate applicazioni, un affidamento di beni (generalmente in proprietà) fatto (generalmente inter vivos, ma anche mortis causa) ad un fiduciario («trustee»), con l'accordo o l'intesa tra i due di dare i beni stessi, in tutto o in parte, in godimento ad uno o più beneficiari (eventualmente allo stesso concedente, vita natural durante): del che la conseguenza di rendere il «trustee» titolare della sola proprietà formale («legal property») e di riconoscere al beneficiario («beneficiary») una sorta di proprietà sostanziale (cd. «equitable interest»). Sul fenomeno attuale di «concentrazione affaristica di capitali» tra loro «collegati» (detto anch'esso, per traslato, «trust»), v. anche retro nt. 17.2.3 e infra nt. 74.3.3.*

sferimento della stessa dal secondo al *dominium* del primo); *b*) quella della volontaria adesione del fiduciario (anche senza un preventivo accordo intervenuto *inter vivos* col fiduciante) alla richiesta rivoltagli dal fiduciante di distribuire i beni ricevuti in eredità da costui nei modi dallo stesso indicati (caso, ad esempio, del «*fideicommissum*», con cui un soggetto affidava fiduciariamente al suo futuro successore *mortis causa*, non importa se testamentario o intestato, il compito di distribuire tutti o parte dei cespiti successori a certi altri «onorati», e il cd. fedecommissario aderiva alla richiesta). A rigor di diritto, le richieste dei fiducianti non erano vincolanti per i fiduciari: tuttavia, in talune evenienze particolarmente diffuse nel costume sociale, una tutela più o meno vasta fu accordata ai beneficiari, nei modi che vedremo a suo tempo, sopra tutto dal *ius honorarium* e dal *ius novum*.

24.4. 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. La rilevanza sempre più accentuata di queste ipotesi si manifestò a partire dal periodo preclassico, in correlazione col diffondersi della vita degli affari e col connesso moltiplicarsi delle questioni sollevate, a riflessione più fredda, dalle vittime della malformazione della volontà. Il *ius civile* offrì in proposito possibilità di reazione molto scarse, salvo che nei casi in cui la giurisprudenza riscontrasse errori vistosi nei quali fosse incorso per sua inefficienza l'autore del negozio, e ne deducesse per conseguenza l'inutilità totale o parziale del negozio stesso. Molto più avanti si spinse il *ius honorarium* a causa della sempre più frequente e vasta iniziativa dei magistrati giusdicenti di intervenire contro coloro che eventualmente l'errore, o più in generale il vizio del volere, lo avessero scientemente provocato, o almeno

---

24.4. La materia dei vizi della volontà negoziale costituisce oggetto di numerosissime indagini a proposito di istituti specifici, ma non ancora (al di fuori di alcuni manuali, tutti necessariamente limitati nella loro estensione) di una ricerca esaustiva *ad hoc*. V. comunque: Zani, *L'evoluzione storico-dommatica dell'odierno sistema dei vizi del volere*, in RISG. 2 (1927) 335 ss. — *Postilla. Grande la varietà delle soluzioni particolari, ma poche le differenze di fondo tra gli ordinamenti giuridici moderni quanto ai problemi della volontà malformata. Il diritto italiano vigente, conformemente agli altri ordinamenti di tradizione romanistica, tende a valorizzare la soluzione dell'«annullabilità», cioè della esposizione ad invalidazione ope magistratus, dei negozi viziati da «errore essenziale», «violenza morale» e «dolo determinante»: cfr. a. 1427-1440 c.c. (in materia di contratti), nonché a. 122-129 bis, 482-483, 526, 624, 686, 761, 787, 1969 c.c. Dato che la invalidazione si ottiene mediante azione o mediante eccezione, nel sistema moderno confluiscono la richiesta di restitutio in integrum e l'exceptio. Non mancano alcuni casi di nullità.*

favorito, in un altro soggetto (in una «vittima» del loro comportamento non corretto). Di qui la distinzione, divenuta sempre più netta e più articolata nel corso del periodo classico, tra le ipotesi: *a)* di dolo; *b)* di violenza morale; *c)* di errore non causato né da dolo né da violenza morale. Ipotesi in ordine alle quali è opportuno dare qualche cenno più diffuso qui appresso.

24.5. Per *dolus malus* (*in conficiendo negotio*), cioè per «dolo negoziale malevolo» (anche detto «dolo» per antonoma-

---

24.5. Sul *dolus malus*: Maschi, *La preuve du fait du dol et la construction doctrinale du «dolus malus» en dr. rom. class.*, in *La preuve* 1 (1965) 349 ss.; [illegible], *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluss schuldrechtlicher Geschäfte*, in ZSS. 87 (1970) 123 ss.; Litewski, *«Dolus» et «misericordia» dans le dr. rom. class.*, in *Arch. Iur. Cracoviense* 5 (1972) 91 ss.; Correa, *Remarques sur l'abus des droit en dr. rom. class.*, in *Atti Sem. Perugia* (1972) 541 ss.; Brutti, *La problematica del dolo processuale nella esperienza romana*, 2 voll. (1973); Wacke, *Sul concetto di «dolus» nell'«actio de dolo»*, in *Iura* 28 (1977) 10 ss.; MacCormack, *«Sciens dolo malo»*, in *St. Guarino* (1984) 1445 ss.; Id., *«Dolus» in republican law*, in *BIDR.* 88 (1985) 1 ss.; Id., *«Dolus» in decisions of the Mid-classical Jurists*, in *BIDR.* 96-97 (1993-94) 83 ss. Per le fonti, cfr. D. 4.3 (*De dolo malo*); CI. 2.20 (21). Cfr. anche Lenel, EP.³ § 40 (*actio*) e 277 (*exceptio*). — Oltre e prima che come causa di formazione di una volontà negoziale viziata (cioè, a così dire, *in conficiendo negotio*) il *dolus malus* ha rilevato, ovviamente, nella sua intrinseca natura di illecito intenzionale diretto ad esempio all'inadempimento di un'obbligazione. Sul punto *infra* n. 93. Ma v. anche: Cancelli, sv. *Dolo* (*penale, d. rom.*), in *ED.* I due aspetti del dolo non furono sempre chiaramente distinti e distinguibili. — Per la definizione del *dolus malus* cfr. Lab.-Ulp. D. 4.3.1.2. Cfr. anche: D. 17.2.3.3; Gai 4.119; Cic. *de off.* 3.14.60, e *de nat. deor.* 3.29.73; D. 3.2.4.5; D. 4.3.1.3; D. 4.3.28; D. 4.3.1.6. La concezione del *dolus malus* nutrita da Aquilio Gallo era, secondo Cic. *de 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 et 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 del cd. «*posse et sine simulatione id agi ut quis circumveniatur*». — Per il concetto del cd. *dolus bonus* cfr. Ulp. D. 4.3.1.3: *Non fuit... contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant*. Sul punto: Criscuoli, *Il criterio discretivo tra «dolus bonus» e «dolus malus»*, in *AUPA.* 1957, spec. 19 ss.; Carcaterra, *«Dolus bonus-dolus malus» ecc.* (1970). — La identificazione del *dolus causam dans* in contrapposto al «*dolus incidens*» si ricava dai testi, ma la terminologia non è romana. Cfr., ad esempio: Paul. D. 17.2.3.3, Flor. D. 18.1.43.2, Paul.-Ulp. D. 19.1.43. Sul punto Biondi, *«Dolus causam dans» e «incidens»* (1932), in *Scr.* 3 (1965) 301 ss.; Mantovani (M.), *Origini e vicende della distinz. tra «d. c. d.» e «d. i.»*, in *AUFE.* 10 (1966) 69 ss. — 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*». Sul tema: [illegible], *Die «clausula doli» im klass. R.*, in *St. Schulz* 1 (1951) 91 ss.; Betancourt, *La «stipulatio iudicialis de dolo» en el der. rom. clas.*, in *AHDE.* 49 (1979) 165 ss. — Era considerato illecito il *pactum ne dolus praestetur* («*de dolo non praestando*»), cioè di esclusione della responsabilità per *dolus malus* (sopra tutto nell'adempimento) tra le parti. Cfr., ad esempio, Ulp. D. 16.3.1.7: *illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo* sia), si intese il comportamento inescusabilmente malizioso di un soggetto («*deceptor*», raggiratore), nei riguardi di un altro soggetto («*deceptus*», raggirato), 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 raggiratore consisteva nell'aver superato i limiti di una tollerabile «abilità negoziale» nella cura dei propri interessi (cioè i limiti del cd. «*dolus bonus*»), creando apparenze esteriori o situazioni psicologiche tali da portare la vittima a prendere decisioni chiaramente contrarie alla propria utilità economica e inducendola quindi, 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* costituì una utilissima difesa contro le più svariate violazioni del principio di correttezza nelle relazioni intersoggettive. In età classica i mezzi giuridici intesi a combattere il *dolus malus* erano tre: *a*) l'*exceptio doli*; *b*) la *in integrum restitutio ob dolum*; *c*) l'*actio de dolo*. Ma sia precisato subito che questi mezzi si applicavano solo alle ipotesi (più gravi) di «dolo determinante» («*dolus causam dans*»), cioè di dolo che avesse determinato il soggetto a concludere un negozio che mai avrebbe altrimenti concluso: ai casi di «dolo incidentale» («*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.

24.5.1. L'«*exceptio doli*» («eccezione di dolo») era un'*exceptio peremptoria* concessa al raggirato (al *deceptus*) per opporsi al-

---

nec sequenda est. — Dolus suus neminem relevat è un brocardo che mette in rilievo l'ovvietà che all'autore del dolo non è lecito invocare a proprio vantaggio od a propria difesa le conseguenze a lui sfavorevoli (o apparentemente sfavorevoli) dell'azione dolosa. Cfr. Ulp. D. 17.2.63.7: *Hoc quoque facere quis* (sc. *socius*) *posse videtur, quod dolo fecit quo minus possit: nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare*. Sul punto: Mader, «*Dolus suus neminem relevat*», in *Ot. Waldstein* (1993) 235 ss.

24.5.1. Sull'*exceptio doli* e sulle sue molteplici applicazioni: Costa, *L'«exceptio doli»* (1897), trattazione peraltro assai invecchiata; Wacke, *Ofilius D. 44.4.4.6 etc.*, in *RIDA*. 17 (1970) 345 ss.; id., *Zur Lehre vom «pactum tacitum» und zur Aushilfsfunktion der «exceptio doli»*, in *ZSS*. 90 (1973) 220 ss., 91 (1974) 251 ss. — La formula dell'*exceptio* era solitamente questa: «*si in ea re nihil* l'azione processuale che il raggiratore (*deceptor*) esercitasse nei suoi confronti allo scopo di ottenere l'adempimento di una obbligazione contratta per influenza del dolo (*dolo malo*) o allo scopo di approfittare dolosamente (*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 raggirato era messo in condizione di bloccare l'azione del *deceptor*. Come già sappiamo, non vi era bisogno di interposizione della *exceptio doli* affinché il *dolus malus* dell'attore fosse preso in debita considerazione nei *iudicia bonae fidei*.

24.5.2. L'«*in integrum restitutio ob dolum*» («ripristino integrale a causa di dolo») 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: *a*) che, essendovi stato un negozio, questo fosse stato già eseguito dal raggirato (cui non fosse, quindi, possibile il ricorso all'*exceptio doli*); *b*) che lo *status quo ante* fosse concretamente ripristinabile attraverso il provvedimento costitutivo del *praetor*.

24.5.3. L'«*actio de dolo*» («azione di dolo») era un'*actio poenalis* (che escludeva il ricorso alla *reipersecutoria*) esercitabile

---

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 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 tra *dolus praeteritus* (*seu specialis*) e *dolus praesens* (*seu generalis*). — Sui *iudicia bonae fidei*: retro n. 9.6.2.

24.5.2. Sulla classicità, o addirittura sulla esistenza di una specifica *in integrum restitutio ob dolum* si discute. Per la negativa: Lenel, EP.³ 115 ss. e, da ultimo, Cervenca, *Studi vari sulla «restit. in int.»* (1965) 190 ss. Per l'affermativa: Levy, *Zur nachklassischen «in int. rest.»*, in ZSS. 68 (1951) 410 ss. Riesame della questione in Wacke, *Kannte das Edikt eine «in int. rest. propter dolum»?*, in ZSS. 88 (1971) 105 ss. Cfr. 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*.

24.5.3. L'*actio de dolo* fu introdotta nel sec. I a. C. dal giurista Aquilio Gallo, presumibilmente durante la sua pretura del 66 a. C. La denominazione «*actio doli*» è da ritenere probabilmente postclassica (cfr. D. 44.7.35 pr. itp. e D. 46.3.95.1 itp.). Alla condanna nell'*actio doli* faceva seguito l'*infamia*. Sul tema: von Lübtow, *Die Ursprungsgeschichte der «exceptio doli» und der «actio de d. m.»*, in *Er. Maridakis* 1 (1963) 184 ss.; MacCormack, *Roman jurisprudence and interpretation on «dolus» as ground of the classical «a. de d.»*, in *St. Gallo* 1 (1997) 539 ss. — Sul dal *deceptus* contro il *deceptor* per ottenerne la condanna *in simplum*, cioè nel valore del pregiudizio subìto: la *clausula arbitraria*, inserita nella formula, assicurava all'autore del raggiro la possibilità di sfuggire alla condanna mediante il preventivo 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*» («quel che a lui pervenne»); ma 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).

24.6. Il *metus* (*in conficiendo negotio*), cioè il «timore negoziale», era la situazione di oppressione psichica in cui taluno

---

problema particolare della sussidiarietà dell'*actio de dolo*: Albanese, *La sussidiarietà dell'«a. de d.»*, in AUPA. 1961, con precedente bibl.; Guarino, *La sussidiarietà dell'«a. de d.»* (1962), in PDR. 6 (1995) 281 ss.; Albanese, *Ancora in tema di suss. dell'«a. de d.»*, in Labeo 9 (1963) 42 ss.; Longo (G.), *Sul regime giustinianeo dell'«a. de d.»*, in *St. Zingali* 3 (1965) 454 ss.; Id., *Contributi alla dottrina del dolo* (1973) passim; Kupisch, «*Actio famosa*», in *St. Sturm u. Wessels* (1993) 1107 ss. — 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.*».

24.6. Sul *metus*: von Lübtow, *Der Ediktstitel «Quod metus causa gestum erit»* (1932); Maier, *Prätorische Bereicherungsklagen* (1932); Sanfilippo, *Il «metus» nei neg. giur.* (1934); Longo (C.), *Note critiche in tema di violenza morale*, in BIDR. 42 (1934) 68 ss.; Castello, *Il regime della violenza nei neg. giur.*, in RISG. 14 (1939) 279 ss.; Id., «*Timor mortis vel cruciatus corporis*», in AG. 121 (1939) 145 ss.; Cervenca, *Per la storia dell'editto «q. m. c.»*, in SDHI. 31 (1965) 312 ss.; Ebert, «*Vi metusve causa*», in ZSS. 86 (1969) 403 ss.; Hartkamp, *Der Zwang im röm. Privatr.* (1971). Per le fonti cfr.: D. 4.2 (*Quod metus causa gestum erit*); CI. 2.19 (20). Cfr. 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»*, in ZSS. 94 (1977) 101 ss. — 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 dir. rom.* I. *La prospettiva storica della giurispr. classica*² [1966] 634 ss.), inizialmente per «vis» si intendeva la *vis absoluta*, cioè la violenza fisica (non essendo stata ancora introdotta l'*actio vi bonorum raptorum*). Ma ci sembra più convincente la tesi di chi (Ebert cit.) attribuisce a «vis» il senso attivo di violenza morale e a «metus» il senso passivo di (il «*coactus*», il «costretto») avesse compiuto un'attività giuridica, e in particolare un'attività negoziale, subendo la ingiusta minaccia (cd. «*vis compulsiva*» o «violenza morale») di altra persona (controparte di un negozio bilaterale o terzo estraneo al negozio). 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 minacciato aveva carattere di illecito morale o giuridico, il pretore ritenne iniquo che la vittima della minaccia subisse le conseguenze di una attività svolta in istato di menomazione della sua volontà («*quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*»). Pertanto egli concesse anche al *coactus*, così come al *deceptus* dal *dolus malus*: *a*) una «*exceptio metus*»; *b*) una «*in integrum restitutio ob metum*»; *c*) un'«*actio quod metus causa*» penale.

24.6.1. In particolare, l'«*actio quod metus causa*» («azione da *metus*») era in *quadruplum*, ma non era sussidiaria. Anch'essa, come l'*actio doli*, conteneva la *clausula arbitraria* a favore del convenuto; e tanto più conveniente si manifestava la possibilità per il convenuto di liberarsi mediante una volontaria «*restitutio*» (un volontario ripristino della situazione precedente) in quanto l'*actio metus* era «*in rem scripta*», cioè formulata con riferimento al fatto della intimidazione (non alla persona del *coactor*), e quindi 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 già a chi avesse compiuto l'illecito, ma

---

spavento provocato dalla violenza. La formulazione «*vi metusve causa*» aveva dimora nell'editto ancora nel sec. I d. C. (cfr. Sen. rhet. *controv.* 4.8 e 9.3).

24.6.1. L'*actio metus* fu introdotta per primo, intorno all'80 a. C., dal pretore Ottavio, e venne anche denominata «*formula Octaviana*» (cfr. Cic. *in Verr.* 2.3.65.152). Non classica è la denominazione di «*actio quod metus causa*» (v.: von Lübtow, *Der 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 vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken röm. R.*, 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.*». V. anche: Giomaro, *D. 4.2.14.11 etc.*, in *ASG.* 2 (1980) 189 ss.

a chi ne avesse tratto profitto; senonché 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*.

24.7. *L'error facti* («errore di fatto») fu concepito dalla giurisprudenza civilistica come la ignoranza totale o parziale di una circostanza di fatto, dalla 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 un'inesatta «manifestazione» della stessa o 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 séguito di una qualsivoglia cognizione falsa della situazione di fatto relativa, cioè a séguito di un *error facti*. Furono però richiesti all'uopo, almeno in linea di massima, due requisiti: *a*) che l'errore fosse «essenziale», cioè tale da potersi ragionevolmente escludere che senza di esso il negozio sarebbe stato concluso; *b*) che l'errore 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 oggettivamente 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 queste ultime, con una dose normale di diligenza, autonomamente «riconoscibile». Il che dalla giurisprudenza postclassica non soltanto fu ribadito, ma fu addirittura elevato a dogma valevole indistinta-

---

24.7. Sull'*error facti* esiste una vastissima ed eterogenea letteratura. Si vedano le indicazioni bibliografiche minute in: Zilletti, *La dottrina dell'errore nella storia del dir. rom.* (1961); Wolf (J. G.), *«Error» im röm. Vertragsr.* (1961). Questi scritti hanno suscitato altri contributi attraverso recensioni, punti di vista, riaffermazioni di precedenti posizioni scientifiche personali. V. sopra tutto: Wieacker, *Irrtum, Dissens oder gegenstandslose Leistungsbestimmung?*, in *St. Meylan* 1 (1963) 383 ss.; Mayer-Maly, *Bemerkungen zum Aufbau der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre*, ivi 241 ss.; id., *Einsicht und Erkundigungspflicht*, in *Iura* 27 (1976) 1 ss.; id., *«Error calculi»*, in *St. Niederländer* (1991) 97 ss. Per le fonti cfr.: D. 22.6 (*De iuris et facti ignorantia*); C. 1.18. — Sulla massima *errantis nulla voluntas*: Ehrhardt, *«Errantis voluntas nulla est»*, in *ZSS.* 58 (1938) 167 ss.; Kaden, *Die Lehre vom Vertragsschluss im klass. röm. R. und die Rechtsregel «Non videntur qui errant consentire»*, in *St. Koschaker* 1 (1939) 334 ss.; Wacke, *«Errantis voluntas nulla est»*, in *Index* 22 (1994) 267 ss. Cfr.: Pomp. D. 39.3.19 e 20; Diocl. Maxim. (a. 294) C. 1.18.6.

mente per ogni specie di negozio, anche se a forma vincolata: dogma espresso solitamente con le parole «*errantis nulla voluntas est*» (la volontà dell'errante è nulla) o «*non videtur qui errat consentire*» (chi erra non si ritiene che acconsenta).

24.7.1. Inescusabile (anzi addirittura irrilevante giuridicamente) fu ritenuto invece, in tutto il corso del diritto romano, l'«*error iuris*» («errore di diritto»), cioè l'ignoranza totale o parziale di una norma giuridica: «*ignorantia iuris non excusat*» (l'ignoranza del diritto non scusa). Furono solo 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 (*rustici*).

24.7.2. Quanto alle ipotesi specifiche di *error facti*, le fonti ce ne prospettano una gamma vastissima, di cui non sempre è sicu-

---

24.7.1. Sull'ignorantia iuris: Vassalli, «*Iuris et facti ignorantia*», in SSE. 1930; Mayer-Maly, «*Error iuris*», in Fs. Verdross (1980) 147 ss.; Kupiszewski, «*Ignorantia iuris nocet*», in St. Guarino (1984) 1157 ss.; Winkel, «*Error iuris nocet*» 1 (1985); Cerami, «*Ignorantia iuris*», in SC. 4 (1992) 57 ss.; Guarino, *Il diritto e i mistagoghi* (1964), in PDR. 5 (1994) 3 ss. Il testo che solitamente si adduce è estratto da un *liber singularis de iuris et facti ignorantia* del giurista Paolo, che è di probabile compilazione postclassica: 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* (ecc.). A nostro avviso, visibilmente interpolato, quindi non utilizzabile per sostenere che in età classica vi fu chi affermò la inammissibilità della *ignorantia iuris* come scusante. Nerat. D. 22.6.2: *[In omni parte] error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.* Sul punto: Guarino, OGR. (1990) 110, 136 s., con bibl. — Inescusabilità dell'ignoranza del diritto, riconosciuta con sempre maggior larghezza alle categorie delle donne, dei minorenni, dei villici e dei militari (questi ultimi in quanto di frequentissima estrazione provinciale), aveva carattere di «eccezione alla regola» *in abstracto*, ma era in concreto prassi assai diffusa, sopra tutto nel quadro del *ius novum* e della *cognitio extra ordinem*. D'altra parte, i soggetti giuridici di livello medio-alto, sopra tutto quando si trattava di affari di una certa importanza o di *testamenta* da redigere, erano soliti rivolgersi a giureconsulti (e, a partire dall'avanzata età classica, ai *principes*) affinché risolvessero autorevolmente, mediante *responsa* (o *rescripta*), le loro questioni di diritto. Di più: ai giureconsulti (e ai *principes*) usavano spesso rivolgersi, per un adeguato orientamento tecnico-giuridico, gli stessi *advocati*, *oratores* ecc. incaricati dalle parti di difenderle in giudizio. Sul punto: Guarino, «*Inopia iurisconsultorum*» (1978), in PDR. 5 (1994) 33 ss. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni è tuttora (perché ovvia) la regola che l'errore (o ignoranza) del diritto non scusa, ma è diffusa la tendenza a concedere l'annullamento del negozio. Tendenza sancita, per i casi di pratica inevitabilità (sopra tutto determinati dall'estrema difficoltà di avere conoscenza di certe norme più minuziose e disperse), nel diritto italiano vigente, dall'a. 1429 n. 4 cc. e rafforzata, per l'ipotesi del cd. «errore inevitabile», dall'influente sentenza costituzionale n. 364/1988 relativa all'ignoranza della legge penale.*

24.7.2. Largo esame della casistica sull'*error facti* in: Zilletti, *La dottrina dell'errore* cit. — *Plus est in re quam in existimatione* (nel senso che in realtà prevale sull'opinione che si sia formata il soggetto giuridico) è un rilievo che, in questa o in formulazioni analoghe, si incontra talvolta nelle fonti (ad es., in Paul. D. 41.4.2.15 e in Paul. D. 29.6.9.4 (cp.)). Tuttavia non pare che si sia ra la classica. 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.

24.7.3. Le numerose ipotesi di *error facti* considerate nelle fonti romane possono essere approssimativamente catalogate

---

trattato di una *regula iuris* classica o anche postclassica. Sul punto: Wacke, «*Plus est in re quam in existimatione*», in T. 64 (1996) 309 ss., con bibl. — 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 collegava effetti a lui giovevoli. Casi tipici sono quelli della *bona fides*, che dava luogo all'*usucapio* (*infra* n. 50.9), e della *ignorantia indebiti*, cui era collegata la concessione della *condictio indebiti* (*infra* n. 80.2.1).

24.7.3. Per l'error in corpore cfr.: 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* [reli.]); I. 3.19.23 (*Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor... nulla contrahitur obligatio... veluti si hominem Stichum a te stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris*). — Per l'error in substantia cfr.: D. 18.1.9.2 (*Inde quaeritur, si in 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* [reli.]). Cfr. 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 v. Cornioley, «*Error in substantia, in materia, in qualitate*», in St. Grosso 2 (1968) 251 ss. — Per l'error in quantitate cfr.: 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 cfr.: 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* [reli.]); D. 28.5.9 pr. (*Quotiens volens alium 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 cfr.: C. 4.22.5 (Diocl. 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») cfr.: 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 constat*). V.: Donatuti, «*Falsa demonstratio non nocet*» (1924), in St. (1977) 247 ss. — Circa l'errore sui motivi, in I. 2.20.31 si legge che «*legato falsa causa non nocet*», e in D. 35.1.72.6 che «*ratio legandi legato non cohaeret*»: se Tizio lascia un legato a Sempronio con la motivazione «*quia negotia mea curavit*», il legato è valido anche se Sempronio non ha mai curato gli affari del testatore (cfr. D. 35.1.17.3). Sul tema: Forzieri Vannucchi, *Studi sull'interpretazione* cit.; Wieling, «*Falsa demonstratio, condicio pro non scripta, condicio pro impleta im römischen Testament*», in ZSS. 87 (1970) 197 ss. Senonché a tale principio il *ius novum* 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 (cfr.: D. 5.2.28; D. 28.5.93 [92]; D. 35.1.72.6 cit.; Gai 2.198).

nelle seguenti categorie: *a)* «*error in corpore*», cioè errore sulla identificazione dell'oggetto giuridico cui il negozio si riferisse, che era normalmente rilevante; *b)* «*error in substantia*», cioè errore sulle qualità essenziali dell'oggetto, che era anche esso normalmente rilevante; *c)* «*error in quantitate*», cioè errore sulle dimensioni quantitative dell'oggetto, che era ritenuto rilevante sopra tutto nei casi in cui risultasse che l'oggetto era di dimensioni (e valore) inferiori al previsto; *d)* «*error in persona*», cioè errore sulla identificazione del soggetto giuridico a cui il negozio si riferisse, che aveva rilevanza specialmente nei negozi conclusi «*intuitu personae*», vale a dire essenzialmente perché riferiti ad un certo soggetto; *e)* «*error in negotio*», cioè errore nella adozione del tipo di negozio considerato (es., una vendita invece di una locazione), che era normalmente rilevante, salvo quando l'equivoco vertesse unicamente sulla denominazione formale del negozio (cd. «*error in nomine*»); *f)* «*error in demonstratione*», cioè errore nella designazione esteriore di un soggetto o di un oggetto giuridico, senza che ne derivasse equivoco circa la sua identificazione, che era invece normalmente irrilevante, sì che si disse «*falsa demonstratio non nocet*» (la falsa designazione non nuoce). 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.

25. LE CLAUSOLE ACCIDENTALI DEI NEGOZI GIURIDICI.

25.1. Larga ed approfondita elaborazione, causa la loro grande diffusione nella pratica, ebbero in diritto romano talune clausole accidentali dei negozi giuridici: clausole, come sappiamo, dette «accidentali» perché non essenziali alla

---

25.1. Per gli *accidentalia negotii*, in genere, cfr. Paul. D. 44.7.44 pr.: *Obligationum fere quattuor causae sunt: aut enim dies in his est aut condicio aut modus aut accessio*. Il termine «causa» sta qui a significare qualsiasi modalità che altera lo schema del rapporto, e quindi, nel linguaggio moderno, qualsiasi elemento accidentale. Nelle fonti sono preferite, però, le espressioni «*lex* (*privata*)» o «*lex* (*privata*) *dicta*» (talvolta «*lex scripta*») per indicare pattuizioni e clausole concordate dagli autori dell'atto negoziale o apposte dal disponente ad un negozio unilaterale. Come siano il *dies*, la *condicio* e il *modus* lo vedremo tra breve (ma v. già *retro* n. 2.11). L'«*accessio*» era 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: Scheurl, *Die Lehre von den Nebenbestimmungen bei den Rechtsgeschäften* (1871); Randazzo, «*Leges mancipii*» etc. (1998).

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 suo inadempimento contrattuale; la clausola che esclude la esigibilità del credito in determinate contingenze o in un certo periodo di tempo; e così via dicendo.

25.1.1. Gli «*accidentalia negotii*» giunsero a distinguersi, nel corso del periodo classico, in due categorie ancor oggi generalmente riconoscibili nei diritti moderni: *a*) quella delle clausole influenti sulla efficacia del negozio, capaci cioè di far dipendere la efficacia (o inefficacia) del negozio da una determinata circostanza; *b*) 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). Ma, sin che vi fu concorrenza tra il sistema del *ius civile* e quello del *ius honorarium* la distinzione non fu sempre limpida: sì che poté accadere che una clausola di per sé (*iure civili*) ininfluente sulla efficacia del negozio inducesse tuttavia il magistrato giusdicente ad inutilizzare il negozio stesso attraverso una *denegatio actionis*, o una *exceptio*, o una *in integrum restitutio*.

25.2. Tra le clausole non influenti sulla efficacia del negozio ebbe larga applicazione la clausola modale (talora denomi-

---

25.1.1. È da avvertire che la possibilità di apporre ad un atto giuridico elementi accessori influenti sulla efficacia fu una conquista relativamente tarda del regime negoziale. In epoca arcaica vigevano due 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. 72.5. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni le clausole accidentali di cui al presente paragrafo non mancano di essere adeguatamente considerate, quanto meno in sede di giurisprudenza teorica e pratica. Per il diritto italiano vigente, cfr. a. 633-648, 1353-1361 cc.*

25.2. Sul modus: Di Salvo, *Il legato modale in dir. rom.* etc. (1973). — Esempi di clausole modali: Mod. D. 40.4.44: *Mevia 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 condicione liberi sunto, ut monumento meo alternis mensibus lucernam accendant et sollemnia mortis peragant»; quaero, cum adsidue 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 autem 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 subinata impropriamente «*condicio*»), utilizzata solo nei negozi a titolo gratuito (attribuzioni testamentarie, attribuzioni *donationis causa*, *manumissiones*). La clausola (o «*lex*», o «*in hoc ut*») consisteva nella imposizione al destinatario della gratificazione di un «modico obbligo» («*modus*»): tale (per la sua modicità) da non trasformare l'atto stesso 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 non adempiva l'obbligazione modale, il negozio di gratificazione era, di regola, egualmente efficace, sicché per costringere l'onerato all'adempimento; o al risarcimento dovette farsi ricorso ad espedienti vari. Espedienti di creazione degli stessi autori del negozio furono, ad esempio: la prefissione di una *stipulatio poenae* con cui il beneficiario si impegnava a pagare una penale in caso di mancato adempimento; l'imposizione di multe sepolcrali a carico del legatario inadempiente; il *pactum fiduciae* di ritrasferimento del *dominium* sulla *res mancipi* dall'inadempiente 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 promessa cautelativa (prestata mediante una *stipulatio praetoria*); il trattamento della disposizione testamentaria modale come *fideicommissum* a favore del destinatario del *modus*.

25.3. Influenti sulla efficacia del negozio furono la clausola terminale e la clausola condizionale, il cui pieno riconoscimento avvenne a séguito di 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 tra essi (cd. «*actus legitimi*») diventavano *nullius mo-*

---

manumittat: *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.* Gai. D. 35.1.17.4: *Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur.* — Il modus servitutis, che sarà illustrato *infra* n. 45.3.5, era qualcosa di diverso dal *modus* negoziale; ma di diverso solo sino ad un certo punto, trattandosi per entrambi di istituti limitativi dell'esercizio di un diritto.

25.3. Sugli actus legitimi, «*qui non recipiunt diem vel condicionem*» (cfr. Pap. D. 50.17.77): Brück, *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte* (1904). L'elenco degli *actus legitimi* nel testo di Papiniano è piuttosto 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. 41. — Negotium pure factum si diceva quello non sottoposto a termine o a condizione.

menti (privi di valore, nulli) 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*, l'*aditio hereditatis*, la *datio tutoris*, la *servi optio* (concessa al beneficiario di un *legatum servi alternativo*). L'*heredis institutio* poteva essere invece sottoposta a *condicio*, ma non a *dies*: la clausola terminale che fosse ad essa apposta non la rendeva inefficace, ma si aveva come non scritta.

25.3.1. 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»* (certo nel se e nel quando) e *dies «certus an incertus quando»* (certo nel se, ma incerto nel quando). Comunque, sia nell'un caso sia nell'altro, mai si dubitò, tanto in periodo classico quanto 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.

25.3.2. 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: *a*) tra *condiciones* «positive» e «negative», a seconda che l'avvenimento condizionante consistesse nel verificarsi (es.: «se la nave arriverà») o nel non verificarsi (es.: «se la nave non arriverà») di un fatto; *b*) tra *condiciones* «casuali», «potestative» e «miste», a seconda che il verificarsi o

---

25.3.1. Sul dies: Solazzi, *Sull'obbligaz. a termine iniziale* (1930), in *Scr.* 3 (1972) 223 ss.; Grosso, *«Dies impossibilis» e impossibilità della prestaz.*, in *Labeo* 1 (1955) 293 ss.; id., *Prospettive in materia di termine iniziale e finale ecc.* (1961), in *St. Biondi* 1 (1965) 323 ss. — Sul termine iniziale: Guarino, *«Dies a quo»* (1981), in *PDR.* 7 (1995) 105 ss. — Ai negozi a termine (*incertus quando*) possono essere ravvicinati i *negotia in mortem patris* conclusi dal *filius familias* di sesso maschile in vista della morte (o della *capitis deminutio*) del proprio *pater* (o anche, per essere completi, in vista di una propria eventuale futura *emancipatio*): v. retro n. 20.4.3. Questi negozi, riconosciuti probabilmente già dal diritto classico (con esclusione dei negozi a forma vincolata e, in forza del *SC. Macedonianum*, anche del *mutuum*), producevano, come si è detto, effetti obbligatori immediati, ed erano altresì azionabili contro il *filius familias* anche prima della morte del padre, ma solo dopo questo evento, anzi solo se questo evento si fosse verificato prima della morte del figlio, davano luogo alla esecuzione forzata nei confronti del debitore. E vale forse la pena di aggiungere che i leciti *negotia in mortem patris* costituivano, nel mondo romano, la punta di «iceberg» dei cd. «negozi a babbo morto» tra figli dissoluti e avveduti usurai (negozi tutti, peraltro, illeciti), di cui son piene le commedie di Plauto e di cui era presumibilmente non meno piena la realtà sociale di Roma: v. Guarino, *«Mandatum credendi»* (1982) 75 ss.

25.3.2. Sulla condicio: v. la letteratura citata *infra* n. 25.4.1.

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 regola che il negozio sospensivamente condizionato fosse, malgrado la sua inefficacia, pienamente valido *ab initio*.

25.3.3. Solo in diritto postclassico-giustinianeo si giunse, attraverso una lunga evoluzione, a differenziare nettamente il termine iniziale dal termine finale, e ad individuare finalmente la figura della condizione risolutiva accanto a quella della condizione sospensiva. Il linguaggio fu tutt'altro che univoco. In pre-

---

25.3.3. Sulla evoluzione postclassica: Archi, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella Compilazione di Giustiniano*, in *St. Betti* 2 (1962) 33 ss. — Per la distinzione tra termine iniziale e finale si leggano i seguenti testi: Paul. D. 45.1.46 pr.: «*Centesimis kalendis 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 «tunc» 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?»*. Sul tema: Jahr, *Auflösende Bedingungen und Befristungen im klass. röm. R.*, in *St. Niedermeyer* (1953) 27 ss. — 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. 99). 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). Un'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 dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?». sed hoc casu existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali*. Ma il testo (su cui, con ulteriore bibl.: 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.*).

valenza si parlò: *a*) per il «termine iniziale», di «*dies a quo*» o di rapporti «*ex die*»; *b*) per il «termine finale», di «*dies ad quem*» o di rapporti «*ad diem*»; *c*) per la «condizione sospensiva», di «*condicio*» in senso proprio o di negozi che «*condicione suspenduntur*»; *d*) 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*» che allora si ebbe per la condizione sospensiva), la condizione risolutiva non era ancora conosciuta: la predisposizione dell'effetto risolutivo era operata, nella tecnica negoziale classica, non ancora mediante una clausola inserita nella struttura del negozio, ma con l'espediente di porre in essere un negozio distinto e accessorio, il quale stabiliva che il negozio principale si avesse per risolto ove si verificasse un certo avvenimento condizionante.

25.4. In ordine agli effetti delle clausole terminali e condizionali, bisogna distinguere tra: *a*) 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; *b*) il momento della «verificazione della circostanza», della sua venuta in essere: momento 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

25.4. Quanto agli effetti del *dies* o 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 «pendente» o «sospeso» («*in pendenti*» o «*in suspenso*»). Non così per il termine finale e per la condizione risolutiva: nel primo caso perché la predisposizione 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 lungo periodo del tutto esterno rispetto al negozio principale, né ebbe, sempre per un lungo periodo, efficacia estintiva *ex tunc*. A titolo riepilogativo, si legga I. 3.15.2-4 (in tema di *stipulatio*): *Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub condicione fit. pure veluti «quinque aureos dare spondes?» idque confestim peti potest. in diem, cum adiecto die quo pecunia solvatur stipulatio fit: veluti «decem aureos primis kalendis martiis dare spondes?». id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest ... At si ita stipuleris «decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?», et pure facta obligatio intellegitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest. sed heres petendo pacti exceptione submovebitur. Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti «si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?». si quis ita stipuletur «si in Capitolium non ascendero, dare spondes?», perinde erit, ac si stipulatus esset cum morietur dari sibi. ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio exstet, mors nobis contigerit.*

andata a fondo). Durante la pendenza della circostanza (cioè del *dies* o della *condicio*) 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, sicché: *a*) trattandosi di circostanze sospensive il negozio acquistava efficacia; *b*) trattandosi di circostanze risolutive il negozio perdeva efficacia (e conseguentemente cadeva nel nulla); *c*) in ambedue i casi l'effetto decorreva dal momento della verificazione della circostanza («*ex nunc*», «da adesso»).

25.4.1. Queste linee generali si mantennero inalterate in ogni epoca solo relativamente al *dies*, mentre l'evoluzione della *condicio* fu alquanto più complessa. Infatti il carattere di incertezza, proprio dell'avvenimento condizionante, spinse per molto tempo a ritenere che un negozio sotto condizione sospensiva fosse, durante la pendenza, tanto incisivamente inutile da essere praticamente invalido: gli effetti del negozio non avevano nulla di sicuro, dunque costituivano soltanto una «*spes*», una speranza. Di questa rigida impostazione, sicuramente dominante nel diritto preclassico, la giurisprudenza classica cominciò, sia pur sporadicamente, a dubitare; ma solo in periodo postclassico dilagò il convincimento che il negozio condizionato fosse valido già durante lo stato di pendenza, alla stessa stregua del negozio a termine iniziale. La conseguenza della concezione postclassica 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 subordinate a termine (*sub die*) e di quelle non affette dalla pendenza di circostanze sospensive.

25.4.1. I problemi relativi alla disciplina del negozio pendente condicione sono vivacemente discussi. Sul tema: Gioffredi, *«Pendenza» e «sospensione» dalle fonti romane alla dommatica odierna*, in *SDHI*. 22 (1956) 313 ss.; Archi, *Il negozio sotto cond. sosp.* cit.; Tondo, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi* (1959) 170 ss.; Masi, *Studi sulla condizione in dir. rom.* (1966) 81 ss.; Kurz, *Vor- und Rückwirkungen im klass. röm. R.* (1975); Calonge, *En torno al probl. de la retroactividad de la condición en el der. clás.*, in *St. Volterra* 3 (1971) 143 ss.; Wesener, *Pendenz, Vorwirkungen und Rückwirkung der aufschiebenden Bedingung im röm. R.*, 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. — Particolarmente interessanti le regole relative al legatum sub condicione relictum, di cui il *dies cedens* (v. *infra* n. 51.6) era subordinato al verificarsi della condizione: cfr. Ulp. D. 36.2.5.2-5, con approfondita casistica.

25.4.2. 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 il verificarsi della condizione dovesse «retroagire», nei limiti del praticamente possibile, al momento della creazione del negozio («*ex tunc*», «da allora»): regola astrattizzante e improvvida, che fu applicata sia ai negozi sospensivamente condizionati che a quelli condizionati risolutivamente.

25.4.3. L'impossibilità sopravvenuta dell'avvenimento condizionante determinava, ovviamente, l'invalidità del negozio sospensivamente condizionato e la definitiva validità del negozio risolutivamente condizionato. Per ovviare a talune conseguenze inique di questa ipotesi, si affermò già nel periodo classico il principio che la *condicio* (sospensiva) si dovesse ritenere realizzata a titolo di finzione giuridica nei seguenti casi: *a*) quando la verificazione della *condicio* fosse stata dolosamente impedita da chi avesse interesse ad evitarla; *b*) 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 compimento.

25.5. La particolare complessità delle ipotesi di clausola condizionale implica che si faccia parola di alcune figure

---

25.4.2. Sulla retroattività della condizione: Betti, *La retroattività della «condicio» («facti» o «iuris») in dir. giust.*, in *Om. Ferrini Pavia* (1946) 477 ss.; Masi, *Studi* cit. 109 ss.; Calonge, *En torno al probl. de la retroactividad* cit.

25.4.3. Sull'adempimento della condizione: Grosso, *Contributo allo studio dell'adempim. della condiz.* (1930); Id., *Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi della condiz.*, in *ATO* 1930; Id., *La finzione di adempimento della condiz.* (1930); Id., *I legati nel dir. rom.*² (1962) 457 ss.; Donatuti, *Sull'adempim. fittizio della condiz.*, in *SDHI.* 3 (1937) 63 ss.; Id., *Lo statulibero* (1940) 316 ss.; Cosentini, *«Condicio impossibilis»* (1952) 161 ss.; Biondi, *Successione testamentaria e donaz.*² (1955) 534 ss.; Daube, *Condition prevented from materializing*, in *T.* 28 (1960) 271 ss.; Voci, *Dir. eredit. rom.* 2² (1963) 596 ss.; Masi, *Studi* cit. 199 ss.; Id., *Deficienza e adempimento fittizio della condiz. mista* etc., in *SUC* 1962-63.

25.5. Per i casi di condizioni apparenti, si leggano i seguenti testi: Ulp. D. 46.2.9.1: *Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura 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 condicionem ignorent, veluti «si rex Parthorum vivit, centum mihi dari spondes?», eadem sunt et cum in praeteritum condicio confertur.* — Per le condizioni temporali, cfr.: Pap. D. 35.1.79 pr.: *«Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato». Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur: non potest enim condicio non existere.* — Per le condizioni meramente potestative, cfr.: Pomp. D. 44.7.8: *Sub hac condicione «si* anomale di *condicio* ed anzi tutto delle cd. «condizioni improprie», quali: *a*) quelle apparenti; *b*) quelle terminali; *c*) quelle meramente potestative. «Condizioni apparenti», tutte da considerarsi come non apposte al negozio perché superflue, erano: *aa*) le cd. «*condiciones iuris*», cioè le circostanze già richieste dall'ordinamento (meglio dette: «presupposti giuridici») e perciò superfluamente nominate dalle parti (es.: «lego 100 a Tizio se il mio *heres voluntarius* accetterà»); *bb*) le *condiciones* «soggettivamente incerte» (ma oggettivamente certe; es.: «se il re dei Parti è vivo»); *cc*) le cd. *condiciones* «*in praesens vel in praeteritum collatae*», cioè riferite al presente o al passato anziché al futuro (es.: «ti dono 100 se la mia nave è già giunta dall'Asia»), che altro non erano, in sostanza, se non *condiciones* solo subbiettivamente incerte. «Condizioni terminali» erano le circostanze future ma certe (nell'«*an*» o eventualmente anche nel «*quando*»), le quali erano in sostanza dei termini ed 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 *ab 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

---

nolente» nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis: nam nec heres promissoris eius, qui numquam dare voluerit, tenetur, quia haec condicio in ipsum promissorem numquam exstitit. — Per la cd. **condicio iuris** (la quale, se non apposta espressamente al negozio, veniva detta dai postclassici «*condicio tacita*»), cfr. i seguenti testi: Pap. D. 35.1.99: *Condiciones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est quae tacite inesse videantur, 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*. Sul tema: Kaser, «*Condicio iuris*» und «*condicio tacita*» (1956), in *Schr.* 2 (1976) 273 ss.; Léger, «*Condicio tacita*» cit. — Molto discussa la operatività della cd. **presupposizione** («Voraussetzung»), cioè dell'ipotesi di subordinazione del negozio ad una circostanza condizionante tanto ovvia da non dover essere nemmeno sottolineata (e da equipararsi pertanto ad una *condicio tacita*, ad un'esigenza posta dallo stesso ordinamento): si pensi, per esempio, ad un contratto di locazione da A a B di un certo numero di posti in balcone fatta in vista di una certa (e ampiamente annunciata) manifestazione pubblica lungo una certa strada, e si pensi all'ipotesi che la manifestazione sia poi annullata per iniziativa del tutto estranea al locatario. In sede pandettistica, il Windscheid (*Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, 1850) pose il problema della inefficacia del negozio per il mancato verificarsi della presupposizione e con lui, o contro di lui, si schierarono poi per molti decenni, con sempre maggiori sottilizzazioni circa la struttura ed i limiti dell'istituto, numerosi giuristi sul punto. Bessone e D'Angelo, sv. *Presupposizione*, in *ED.* con bibl. Dato che gli appigli forniti dalle fonti romane sono minimi ed esilissimi, basti qui aver ricordato la celebre disputa.

per effetto del negozio un sacrificio patrimoniale (l'alienante di un diritto o l'assuntore di una obbligazione).

25.5.1. Anch'esse in certo senso anomale, anche se non addirittura improprie, furono considerate le «condizioni impossibili» (*«condiciones impossibiles»*) cioè le circostanze condizionanti di cui si sapeva sin da principio che non si sarebbero mai potute realizzare (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 nel vizio della assoluta inutilizzabilità (nella nullità) dello stesso. Ma, adottando una tesi propugnata dalla scuola sabiniana, la giurisprudenza classica ammise 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»*.

25.5.2. Alle condizioni impossibili furono equiparate le condizioni (potestative) «illecite» (*«contra ius»*) o «turpi» (*«contra*

25.5.1. Sulla *condicio impossibilis*: Cosentini, *«Condicio impossibilis»* cit. e bibl. ivi; MacCormack, *Impossible conditions in wills*, 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 existere 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.* La precisazione di Giavoleno è molto interessante: tutto può succedere in futuro, ma la impossibilità della condizione si giudica dall'oggi.

25.5.2. Per le *condizioni illecite o turpi*: De Ruggiero, *Sul trattamento delle condizioni immorali e «contra leges» nel dir. rom.*, in *BIDR*. 16 (1904) 162 ss. Cfr. 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.* (Per *«habitus larvalis»* si intende il comportamento esteriore da spettro, tale da spaventare la gente). — La *condicio iurisiurandi* apposta al testamento fu dichiarata turpe dal pretore, il quale concesse perciò la *«remissio condicionis»* a chi (erede o legatario) non si sentisse di giurare (per timore degli dei o per disprezzo degli stessi). Cfr. Ulp. D. 28.7.8 pr.: *Quae sub condicione iurisiurandi relinquuntur, a praetore reprobantur: providit enim, ne is, qui sub iurisiurandi condicione quid accepit, aut omittendo condicionem perderet hereditatem legatumve aut cogeretur turpiter accipiendo condicionem iurare* (cet.). V. *infra* n. 28.4.3.

bonos mores»), per il fatto che subordinavano l'efficacia del negozio ad un'attività inammissibile da parte di un uomo onesto e corretto (es.: commettere un omicidio, prostituirsi, astenersi dal matrimonio, impegnarsi ad una prestazione mediante quell'atto essenzialmente libero e spontaneo che era e doveva essere il giuramento, cioè il *iusiurandum*). Ma a questo risultato si pervenne in maniera sufficientemente completa solo in diritto giustinianeo, a séguito di una lunga elaborazione portata in gran parte avanti dalla giurisdizione pretoria e dalla giurisprudenza classica: elaborazione sulla quale qui è il caso di sorvolare.

25.5.3. Infine, un caso di *condicio* propria, ma con effetti aberranti, fu considerato quello della «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 suggerí ai *praetores* la prassi, largamente utilizzata, di concedere ai beneficiati l'immediato godimento delle attribuzioni loro fatte, purché promettessero ai controinteressati, mediante *stipulatio praetoria* (cd. «*cautio Muciana*»), il ripristino della situazione originaria (*restitutio*) nell'ipotesi che compissero in avvenire l'attività dedotta negativamente in condizione.

26. La sostituzione nell'attività negoziale.

26.1. La sostituzione nell'attività negoziale, e in particolare la rappresentanza, ebbe nel *ius privatum* romano un

---

25.5.3. Sulla *cautio Muciana*: Scialoja, *Sulla «cautio Muciana» applicata all'eredità* (1898), in *St.* 2 (1934) 329 ss.; Levy, *Zur Lehre von der «M. c.» im klass. röm. R.*, in *ZSS.* 24 (1903) 122 ss.; Krüger, «*C. M.*», in *Mél. Girard* 2 (1912) 1 ss.; Solazzi, *Sulla «c. M.» applicata all'eredità* (1946), in *Scr.* 4 (1963) 507 ss.; Biondi, *Intorno alla «c. M.» applicata all'eredità* (1948), in *Scr.* 3 (1965) 573 ss.; Copetti, *Sulla origine dell'estensione della «c. M.» all'eredità*, in *Misc. roman.* (1956) 79 ss.; Masi, *In tema di «c. M.»*, in *Iura* 13 (1962) 175 ss. Cfr. 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 in similibus rell.*: testo relativo non solo ai *legata*, ma anche (itp.?) all'*heredis institutio*.

26.1. La letteratura sulla sostituzione nell'attività negoziale nell'esperienza giuridica romana non è mai stata soddisfacente. Sul punto: Riccobono, *Lineamenti della dottrina della rappr. diretta in dir. rom.*, in *AUPA.* 1930; Gehrich, *Kognitur und Prokuratur «in rem suam» als Zessionsformen des klass. röm. R.* (1936); Müller, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zu-*

campo di applicazione piuttosto limitato e frammentario. Il principio da cui partivano i Romani (legati come erano ad una atavica concezione «autarchica», autosufficiente della *familia*) fu il principio dell'«esclusivismo dell'agire negoziale», e cioè il principio che l'attività negoziale potesse e dovesse essere esplicata, con l'aiuto dei suoi sottoposti (figli e schiavi), esclusivamente dal soggetto giuridico che vi avesse interesse, salvo che vi fossero speciali ragioni di necessità o di convenienza acché la gestione degli affari familiari fosse espletata da altri per conto od eccezionalmente anche in nome di lui. I casi di necessità o di convenienza della gestione degli affari familiari per mezzo di un rappresentante diretto o indiretto (casi per i quali si usò parlare di «*negotiorum gestio*», lasciando in sottinteso che i *negotia* erano per il rappresentante «*aliena*», cioè pertinenti al cd. *dominus negotii*») si accrebbero indubbiamente col passare dei secoli. Tuttavia essi non giunsero mai, nemmeno nel diritto giustinianeo, ad un numero e ad una consistenza tali da schiudere l'orizzonte a

---

gensten Prinzip (1969); von Lübtow, *Die Darlehensgewährung durch den Prokurator*, in *St. Volterra* 1 (1971) 149 ss.; Angelini, *Il «procurator»* (1971); Burdese, *Sul «procurator» etc.*, in *SDHI*. 37 (1971) 307 ss.; Behrends, *Die Prokuratur des klass. röm. Zivilr.*, in *ZSS*. 88 (1971) 215 ss.; Claus, *Gewillkürte Stellvertretung im röm. Privatr.* (1973); Quadrato, *D. 3.3.1 pr. e la definizione di «procurator»*, in *Labeo* 20 (1974) 210 ss.; Hamza, *Fragen der gewillkürten Stellvertretung im röm. R.*, in *A. Jur. Ak. Hung.* 25 (1983) 89 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 vi fu organica trattazione nelle fonti romane, neppure in quelle giustinianee, è stato studiato in modo frammentario ed 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 tentiamo 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 *ROM*. 9/11 (1970) 333 ss. — L'uso dell'espressione *negotiorum (alienorum) gestio* per indicare la sostituzione nell'attività negoziale è il più aderente possibile alle fonti. Ma si badi che nelle fonti non si incontra mai «*negotiorum gestio*»: vi si incontra il più concreto «*negotia gerere*», nel senso intuitivo (da precisarsi di volta in volta attraverso la lettura) di svolgere attività o di compiere affari (anche privi del carattere negoziale) sia propri che altrui. Sul tema: Seiler, *Der Tatbestand der «neg. g.» im röm. R.* (1968); Mayer-Maly, *Probleme der «neg. g.»*, in *ZSS*. 86 (1969) 416 ss.; Cenderelli, *La «neg. gestio» etc.* 1 (1997). 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* n. 26.2.3 e 26.4. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni utilizzano e disciplinano largamente l'istituto della rappresentanza (diretta e indiretta), generalmente secondo i modelli giustinianei. Per il diritto italiano cfr. a. 1387-1400, nonché gli a. 1703 ss., 2203 ss. cc.*

quella che è la visuale moderna: la visuale per cui è del tutto ininfluente che il negozio giuridico (fatta eccezione per taluni atti «personalissimi», come il testamento) sia posto in essere, piuttosto che dall'interessato, da un rappresentante per lui.

26.2. La storia della faticosa emersione della rappresentanza, della «*negotiorum (alienorum) gestio*», nei limiti in cui la conobbe il *ius privatum* romano, può essere condensata nei cenni che seguono, relativi: *a*) al *ius civile vetus*; *b*) al *ius civile novum*; *c*) al *ius honorarium*; *d*) 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 degli istituti.

26.2.1. Nel sistema del *ius civile vetus*, sorto in correlazione ad un'economia agricola familiare di tipo autarchico, fortemente restia 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

---

26.2. 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 sopra tutto il Riccobono, *Lineamenti* cit. 422, seguito dall'Orestano, sv. *Rappresentanza (d. rom.)*, in *NNDI*. Per un inquadramento generale: Müller, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung* cit. 16 ss.

26.2.1. 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. 45-47. Il riferimento 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* (cfr. 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 conclusi dal tutore* etc. (1912-13), in *Scr.* 1 (1955) 371 ss. — Sulla *negotiorum gestio* dei sottoposti: *retro* n. 20.4.3. — Sull'inammissibilità degli incrementi *per extraneam personam* cfr.: 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 agere possimus*; Diocl. C. 4.27.1: ... *per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse indubii iuris est*. L'espressione generica «*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* n. 26.2.2. È da segnalare il tentativo, isolato 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.

e per conto del *pater familias* troppo giovane per poter attendere seriamente ai propri interessi. Affini alle ipotesi di necessità furono i casi di *negotiorum gestio* giustificati da motivi di particolare convenienza quali quelli, già indicati a suo tempo, dei «sottoposti» (*filius familias* o schiavo, quest'ultimo denominato «*servus actor*») che compissero affari in luogo del *pater* o del *dominus* quando costoro fossero impegnati in guerra o nella vita politica. Ai soggetti giuridici «estranei» alla *familia* fu invece sempre interdetto, non solo di compiere atti diminutivi del patrimonio di un altro soggetto, ma anche di compiere atti accrescitivi (cioè comportanti acquisti) di quel patrimonio («*per extraneam personam adquiri non potest*», si disse).

26.2.2. È peraltro probabile che, fermo restando il principio del *ius civile vetus*, si sia andato affermando nella pratica quotidiana, sin dagli inizi del sec. III a. C., il ricorso da parte dei soggetti giuridici ad un particolare tipo di *extraneus*, affinché li aiutasse ed eventualmente li supplisse nell'amministrazione familiare: il «*procurator*» («procuratore», sovrintendente). Non si trattava di un estraneo vero e proprio, anzi si trattava solitamente di un *libertus* (spesso dello 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

---

26.2.2. Sulla storia, estremamente controversa, del procurator (*iure privato*) la nostra tesi è esposta già nella rec. ad Arangio-Ruiz, *Il mandato in dir. rom.*, in *RISG.* 3 (1949) spec. 487 ss. Sul tema: [illegible], «*Procurator*» [illegible], in *ZSS.* 96 (1979) 65 ss.; Schäfer, *Spitzenmanagement in Republik und Kaiserzeit etc.* (1998). 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. *pro Caec.* 20.57: ... *is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius*...: e da Ulp. D. 3.3.1.1: ... *quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo 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* (*reliq.*). — Sugli incrementi patrimoniali basati sul possesso e operati a mezzo del *procurator* cfr.: PS. 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*; I. 2.9.5: ... *per liberam personam veluti per procuratorem placet non solum scientibus sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem... et per hanc possessionem etiam dominium* (*reliq.*). Sul tema: Meylan, «*Per procuratorem possessio nobis adquiri potest*», in *St. Lewald* (1953) 105 ss., che non dubita della genuinità dei passi riferiti; Bretone, «*Adquisitio per procuratorem*»?, in *Labeo* 1 (1955) 282 ss., che (a nostro avviso convincentemente) esclude, almeno fino alla tarda età classica, la possibilità dell'acquisto per mezzo del procuratore; Kranz, *Der Besitzerwerb «per procuratorem»*, in *Labeo* 43 (1997) 345 ss., con completa bibl.

perché nominato dal patrono (mediante una «*praepositio procuratoria*») e talaltra perché spontaneamente indotto a curarne gli affari, sopra tutto in ipotesi di sua assenza forzata, per l'*obsequium* dovutogli in virtù del rapporto di patronato. La sostituzione esercitata dal *procurator* era giuridicamente irrilevante, ma, a lungo andare, 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 giuridici, anche per il tramite del *procurator* da lui socialmente dipendente: 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*).

26.2.3. 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*» (per lettera) o «*per nuntium*» (per mezzo di messaggero). Ma non bastava. Spesso occorreva che alla negoziazione a distanza provvedessero, con latitudine di poteri e di 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*» (mandato nell'interesse del mandante): convenzione tra un incaricante (*mandator*) e un incaricato (*mandatarius*) in virtù della quale quest'ultimo si obbligava verso il primo a compiere uno o più negozi determinati per suo conto (e a riversarne quindi a lui gli effetti), mentre il primo si obbligava

---

26.2.3. Sulla negoziazione per nuntium: Longo (G.), sv. «*Nuntius*», in *NNDI*. Cfr. 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*. V. anche: D'Ors, «*Socer nuntium mittens*», in *St. Dauvillier* (1979) 605 ss. — Altre figure di sostituzione materiale sono ravvisabili in talune ipotesi processuali di «*advocati*»: *retro* n. 11.2 e n. 11.6.2. — Sul mandatum mea gratia: *infra* n. 81.1.2.

verso il mandatario a prendere su di sé gli effetti del negozio e ad indennizzarlo delle spese e degli oneri sostenuti.

26.2.4. Il riconoscimento del *mandatum mea gratia* agevolò notevolmente l'inserimento parziale dell'istituto del *procurator* nel *ius privatum*. Quando il *procurator* fosse stato espressamente incaricato del compimento di determinati affari (uno o anche più) dal soggetto giuridico interessato agli stessi (nel caso quindi di «*procurator praepositus uni negotiationi*», solitamente detto «*procurator unius rei*»), era pronta a coprirlo la veste giuridica di mandatario, con conseguente possibilità di esercizio delle azioni da mandato (*actiones mandati*) tra il cd. *dominus negotii* (in qualità di *mandator*) e lui. Dai casi tipici del *mandatum*, che erano quelli della negoziazione a distanza, la rappresenza indiretta si estese dunque a numerose ipotesi tipiche della *procuratio*.

26.2.5. 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 delle novità *iure honorario* 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, che già abbiamo precedentemente descritte, alle quali si fece ricorso allo scopo di evitare ai soggetti giuridici l'incomodo (talora assai grave) di essere costretti a presenziare 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

---

26.2.4. 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.

26.2.5. Sugli istituti della rappresentanza processuale: *retro* n. 11.2. Sul tema: 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 (cfr. Gai 4.84). — Il quadro classico degli istituti è, per verità, molto discusso e obbiettivamente 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.

cd. *actiones adiecticiae qualitatis*. Un terzo gruppo fu infine costituito dagli istituti tra loro connessi del *procurator omnium bonorum* e del *negotiorum gestor* spontaneo. Il secondo ed il terzo gruppo di istituti esigono peraltro un chiarimento supplementare, che passiamo ad esporre.

26.3. Le cd. *actiones adiecticiae qualitatis* («azioni adiettizie») 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: *a*) l'*actio exercitoria*; *b*) l'*actio institoria*; *c*) l'*actio tributoria*; *d*) l'*actio quod iussu*; *e*) l'*actio de peculio*; *f*) l'*actio de in rem verso*. La ragion d'essere di queste *actiones* (con *iudicia* a trasposizione di soggetti) fu che il sottoposto di un soggetto giuridico (cioè principalmente il suo *filius familias* o il suo *servus*), oppure il soggetto *extraneus* che a lui fosse peraltro palesemente subordinato in una certa impresa commerciale, avesse scopertamente compiuto un negozio «nella qualità» di curatore dei suoi interessi, cioè per conto di lui o comunque nella sfera della sua potestà o delle sue direttive: fenomeno che non poteva non coinvolgere la responsabilità dell'interessato (detto, per antonomasia, il «*dominus* [*negotii*]») verso i suoi creditori e che era considerato pertanto, se non come un'ipotesi di rappresentanza diretta vera e propria, almeno come un'ipotesi avente una forte approssimazione al concetto di rappresentanza diretta.

26.3. 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*»): Valiño, *Las relaciones básicas 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.; Buti, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»* (1976); Wacke, *Die adjektizischen Klagen im Überblick* etc., in *ZSS*. 111 (1994) 280 ss.; id., *Alle origini della rappresentanza diretta: le az. adiettizie*, in *Om. Gallo* 2 (1997) 583 ss.; de Ligt, *Legal history and economic hist.* etc., in *T.* 67 (1999) 205 ss. Le azioni adiettizie erano riunite in un apposito titolo dell'editto: Lenel, *EP*³ cit. tit. § 101 ss. — Inquadramento storico-dogmatico dei negozi compiuti dal soggetto *alieni iuris* in: Kaser, *Über Verfügungsrechte Gewaltunterworfener* etc., in *SDHI*. 16 (1950) 59 ss.; Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica* (1984); Aubert, *Business managers in anc. Rome* etc. (1994), con vasta panoramica. V. anche retro n. 25.7.3. — Le *actiones adiecticiae qualitatis* sono state esaminate anche in connessione col problema della concorrenza delle azioni: Solazzi, *«Condictio» e azioni adiettizie* (1911), in *Scr.* 1 (1955) 269 ss.; Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen* 1 (1918) 550 ss., 331 ss. — Legittimato passivo delle *actiones adiecticiae* era di solito un *pater familias*; ma nulla escludeva che lo fosse anche una donna *sui iuris* (*femina*, in ordine ai suoi *servi* o *extranei*). La relativa condanna si otteneva, nella procedura formulare, inserendo nella *condemnatio* il suo nome in luogo del nome del sottoposto (che era stato invece inserito nell'*intentio*): v. retro n. 9.8.1.

26.3.1. L'«*actio exercitoria*» («azione esercitoria») trovò la prima applicazione nell'ipotesi che un «armatore» di impresa commerciale marittima («*exercitor navis*») avesse preposto palesemente (cioè in modo che fosse chiaro a tutti) un suo *filius* o un suo *servus* al comando di una nave (in qualità di «*magister navis*», «capitano della nave»), incaricandolo per conseguenza di compiere le operazioni di affari connesse con questa funzione: funzione che portava spesso il sottoposto in luoghi assai distanti da Roma e di fronte a problemi economico-commerciali da risolversi su due piedi, quindi con autonomia. Per le obbligazioni assunte dal sottoposto *magister* nell'esercizio della sua funzione il creditore aveva azione per l'intero (*in solidum*) contro l'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 costui avesse designato palesemente come *magister navis* un *extraneus* alla sua famiglia, cioè il *servus* di un altro soggetto o addirittura un soggetto da lui assunto come dipendente: 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.

26.3.2. L'«*actio institoria*» («azione istitoria») ebbe applicazione nell'ipotesi che un soggetto giuridico avesse preposto pale-

---

26.3.1. Sull'*actio exercitoria*: D. 14.1 (*De exercitoria actione*); CI. 4.25. Cfr. anche Gai 4.71: *...tunc autem exercitoria [actio] locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus fuerit, ... 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 rell.* Sull'argomento nei suoi vari aspetti: Wacke 1 (retro nt. 26.3); Földi, *La responsabilità dell'avente potestà per atti compiuti dall'«exercitor» ecc.*, in *SDHI.* 54 (1988) 179 ss. Gai 4.71 cit. definisce l'*exercitor* come «*is, ad quem cottidianus navis quaestus pervenit*», che è quanto dire l'armatore navale. — Sulla figura del *magister navis*: Guarino, *«Magister» e «gubernator navis»* (1965), in *PDR.* 6 (1995) 224 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.

26.3.2. Sull'*actio institoria*: D. 14.3 (*De institoria actione*); CI. 4.25. Cfr. anche D. 14.3.19 pr. e D. 19.1.13.25, 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 rell.* Sul tema: Wagner, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen*, in *St. Biscardi* 3 (1982) 391 ss.; Chiusi, *Landwirtschaftliche Tätigkeit und «actio inst.»*, in *ZSS.* 108 (1991) 155 ss.; Aubert, cit. retro nt. 26.3; Wacke 1, cit. retro nt. 26.3. — 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 exem-*

semente (cioè in modo che fosse chiaro 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 commerciale fuori dell'ambito del commercio marittimo. Il nome di *actio institoria* derivò dal fatto che «*institores*» («preposti») venivano usualmente chiamati gli addetti alla gestione delle *tabernae*. Ciò che differenziava l'*institor* da un mandatario era la notorietà rispetto ai terzi della preposizione all'attività commerciale («*praepositio negotiationi*»).

26.3.3. L'«*actio tributoria*» («azione tributoria»: in traduzione approssimativa, «azione di attribuzione di parti») 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. Se in dipendenza dell'affare si determinava uno stato di insolvenza, i creditori (tra cui poteva essere compreso

---

plum institoriae actionis» o actio quasi institoria. Sul tema: Angelini, *Osservazioni in tema di creazione dell'«actio ad exemplum institoriae»*, in *BIDR.* 71 (1968) 230 ss.; Burdese, «*Actio ad ex. instit.*» *e categorie sociali*, in *St. Donatuti* 1 (1973) 191 ss.; Longo (G.), «*Actio exercit. - actio instit. - actio quasi instit.*», in *St. Scherillo* 2 (1972) 581 ss.; Gordon, *Agency and Rom. L.*, in *St. Sanfilippo* 3 (1983) 339 ss.; Benke, *Zu Papinians «actio ad ex. instit. actionis»*, in *ZSS.* 105 (1988) 592 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*» (pur non essendo cioè riscontrabile l'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 contraxit*»: ... *dubitari 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*»).

26.3.3. Sull'actio tributoria: D. 14.4 (*De tributoria actione*): cfr. 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 querantur minus sibi distributum, quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae, ut diximus, tributoria vocatur.* Sul tema: Valiño, *La «actio tributoria»*, in *SDHI.* 33 (1967) 103 ss.; Chiusi, *Contributo allo studio dell'editto «de tributoria actione»*, in *AAL.* 9.3 (1993) 275 ss. — L'Albertario, *Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nell'«actio tribut.» e nell'«a. de peculio»* (1931), 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'ottica in esame (v. *infra* n. 85.3). Sul punto: Betti, *Responsabilità nossale e responsabilità del peculio etc.*, in *ATO.* 1915-16; Maier, *Prätorische Bereicherungsklagen* cit.

lo stesso *pater*, creditore *naturalis*) erano ammessi ad ottenere dal pretore che il compendio del peculio (la cd. «*merx peculiaris*») ed i suoi eventuali successivi incrementi formassero oggetto di una «distribuzione» proporzionale fra tutti (o, in altri termini, di una «*adtributio*» a ciascun creditore di una quota proporzionale al suo avere). Di compiere la ripartizione era incaricato, ovviamente, il soggetto giuridico 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 attribuito meno del dovuto ad uno o più creditori.

26.3.4. L'«*actio quod iussu*» (in traduzione approssimativa: «azione a causa di benestare») fu concessa al creditore di un *filius* o *servus* contro il rispettivo *pater* o *dominus* nell'ipotesi che l'affare fosse stato compiuto per esplicito benestare dello stesso: nell'ipotesi cioè che il soggetto avesse dato un espresso ordine («*iussum*») al sottoposto, facendolo in qualunque modo sapere al creditore. All'autorizzazione preventiva era equiparata la successiva ratifica («*ratihabitio*»).

26.3.5. L'«*actio de peculio*» («azione relativa al peculio») fu accordata ai creditori del *filius* o del *servus* contro il *pater* o *dominus*, nell'ipotesi che costui non avesse preposto il *filius* o il

---

26.3.4. Sull'*actio quod iussu*: D. 15.4 (*Quod iussu*); C. 4.26. Cfr. Gai 4.70: *In primis itaque, si iussu patris dominive 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*. Sul tema: Lenel, *EP*³ § 278; Lemosse, *L'affranchissement par le cens*, in *RH*. 27 (1949) 171 ss.; Solazzi, «*Iussum*» e «*ratihabitio*» (1950), in *Scr*. 6 (1972) 588 ss.; Sautel, *Note sur l'action «quod iussu» etc.*, in *St. Lévy-Bruhl* (1959) 257 ss. — Sulle modalità del *iussum patris dominive* e sulla sua conoscenza da parte del contraente, cfr. spec. D. 15.4.1.1 (Ulp. 29 *ed.*): *Iussum autem accipiendum est, sive testato* (cioè mediante *testatio*) *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* (ecc.). V.: Herrera Pilat, *El «iussum» en las relaciones potestativas* (1993).

26.3.5-6. Sulle *actiones de peculio e de in rem verso*: D. 15.1 (*De peculio*), 15.2 (*Quando de peculio actio annalis est*), 15.3 (*De in rem verso*); C. 4.26, I. 4.7.4-4c; cfr. Gai 4.72a. *Est etiam de peculio et de in rem verso actio a praetore 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* (ecc.). In dottrina v. gli studi, tuttora fondamentali, del Solazzi, richiamati e ribaditi in *Sul «peculium» nell'«actio de in rem verso»* (1957), in *Scr*. 6 (1972) 1 ss. Inoltre: La Rosa, *I peculii speciali in dir. rom.* (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* (1956) 155 ss.; Burdese, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, in *St. Biscardi* 1 (1982) 147 ss.; MacCormack, *The early history of the «a. de in rem v.»*, in *St. Biscardi* 2 (1982) 319 ss.; Id., *The later history of the «a. de in rem v.» (Proculus, Ulpian)*, in *SDHI*. 48 (1982) 318 ss. Nel Lenel, *EP*³ v. i §§ 276 e 279.

servus ad un esercizio commerciale e tanto meno avesse autorizzato il sottoposto ad un certo affare col contraente, ma avesse comunque assegnato al sottoposto 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*»).

26.3.6. L'«*actio de in rem verso*» («azione relativa al ricavo») fu una variante dell'*actio de peculio*. Posto che un *filius familias* o un *servus* privi di *peculium*, avendo contratto una obbligazione, avessero «riversato» in tutto o in parte il ricavo dell'affare (ad esempio, la somma ottenuta in mutuo) nel patrimonio (nella «*res*») 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 al ricavo da lui introitato e nei limiti dello stesso.

26.4. Per *negotiorum (alienorum) gestio* in senso stretto (ma, si badi, non in senso esclusivo: quindi non senza possibilità di equivoci con la *negotiorum gestio* in generale) si intese dai giuristi la cd. «gestione d'affari» spontanea, cioè l'assunzione spontanea della rappresentanza (indiretta) di un *dominus negotii* impedito di attendere ai propri affari. Su questo istituto, nella sua veste di fonte di rapporti obbligatori, ci fermeremo più in là. Qui basti mettere in rilievo che il *ius honorarium* riconosceva un'*actio negotiorum gestorum directa* al «*dominus negotii*» (titolare dell'affare) ed un'*actio negotiorum gestorum contraria* al «*negotiorum gestor*» (gestore dell'affare). Per effetto di questo riconoscimento era possibile, nella maggior parte dei casi, attribuire conseguenze giuridiche anche alle ipotesi di pre-

---

26.4. Sulla *negotiorum gestio*: retro n. 26.1. È stato messo in dubbio (v. sopra tutti: Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 45 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 resto, 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 PS. 1.3.1 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 intransigente e persistente) a chiamare *procurator* il gestore volontario, e comunque la manifesta soltanto in relazione al *procurator ad litem*. — Sulle *obligationes ex negotiorum gestione* v. *infra* n. 85.

posizione di un *procurator* («*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*.

26.4.1. 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*» (procuratore in senso proprio) e trattato come *mandatarius*, ammettendosi senza difficoltà che potesse essere sia un «*procurator omnium bonorum*» sia un «*procurator unius rei*». Il soggetto che non avesse avuto la *praepositio*, ma che in compenso avesse già dato inizio all'attività gestoria nell'interesse del *dominus*, fu equiparato al *negotiorum gestor* e qualificato «*falsus procurator*» (procuratore apparente). Per «*procurator*» in senso proprio si intese, insomma, colui che amministrasse gli affari di un altro su mandato dello stesso («*qui aliena negotia mandatu domini administrat*»).

26.4.1. 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*» cfr. Ulp. D. 46.3.12 pr.: *Vero procuratori recte solvitur. verum autem accipere debemus eum cui mandatum est.* Sul tema: Thomas, *A note on «falsus procurator»*, in *St. Grosso* 2 (1968) 409 ss.

CAPITOLO V

LA «SUCCESSIO IN IUS»

SOMMARIO: 27. La *successio in ius*. — 28. La *vocatio ex testamento*. — 29. La *vocatio ab intestato*. — 30. La *vocatio contra testamentum*. — 31. L'effettuazione della *successio in ius*. — 32. Le conseguenze della *successio in ius*. — 33. La *successio mortis causa in singulas res*.

27. LA «SUCCESSIO IN IUS».

27.1. La morte oppure la perdita della libertà o della cittadinanza (cioè la cd. *capitis deminutio maxima* o *media*) implicavano l'eliminazione del soggetto giuridico dal novero delle *personae sui iuris*, quindi, a stretto rigore, l'estinzione del suo *patrimonium*. Almeno in linea astratta, posto che la

---

27.1. Sulla successio in ius, e in particolare sulla successione mortis causa (o ad essa equiparata) le trattazioni della romanistica, sia antica che moderna, italiana in ispecie, sono pregevoli, ma spesso incomplete. 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) libri 28 ss., con riferimenti alla letteratura precedente. Per la letteratura moderna: Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario rom.* 2 voll. (1900-02, rist. 1949); Scialoja, *Dir. ered. romano. Concetti fondamentali* (1934); Bonfante, *Corso di dir. rom.* 6. *Le successioni: parte generale* (1930, rist. 1974); Solazzi, *Dir. ered. rom.*, 2 voll. (1932-33); Biondi, *Dir. ered. rom., parte generale* (1954); Sanfilippo, *Evoluzione storica della «hereditas»* (1946); Robbe, *Dir. ered. rom. I principi generali e fondamentali* 1 (1965). Voci, *Dir. ered. romano*² 1. *Introduzione. Parte generale* (1967), 2. *Successione «ab intestato», Successione testamentaria* (1963); id., *Linee storiche del dir. ered. rom. 1. Dalle origini ai Severi* (1982), in *St.* 2 (1985) 1 ss.; id., *Il dir. ered. rom. nell'età del tardo impero* 1 (1978), 2 (1982), ivi 79 ss., 177 ss. V. anche: Sumabuela, *Dir. ered. rom. Le fonti* (1987); Manfredini, *La volontà oltre la morte* (1991); Monaco, *«Hereditas» e «mulieres» etc.* (2000). — Sulla capitis deminutio maxima e media (perdita della libertà o della cittadinanza romana): *retro* n. 14.5.3. Equiparate, in età arcaica, furono (almeno secondo noi: *infra* n. 27.2-3) le situazioni del *furiosus* e del *prodigus*. — Sulle res nullius e sulla relativa *occupatio*: *retro* n. 19.10 e *infra* n. 50.8. — Lo sviluppo del presente capitolo, alquanto inferiore a quello dedicato alla materia da altri manuali moderni, dipende in parte dal fatto che di vari istituti qui indicati (per esempio, morte pone fine a tutto («*mors omnia solvit*»), sarebbero dovute venir meno le sue *potestates* familiari, 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 privi di chi li accudisse e così via dicendo. Questo esito avrebbe avuto, peraltro, conseguenze pratiche rovinose per i familiari dello scomparso, dannose per i suoi creditori, pregiudizievoli per l'ordine sociale: basti pensare al fatto che i beni dello scomparso sarebbero divenuti *nullius* (di nessuno) e sarebbero stati quindi esposti alla rivalità tra coloro che riuscissero ad agguantarli per primi. Ecco perché il *ius privatum* romano provvide sin dai più antichi tempi a predisporre un regolamento inteso ad evitare la dissoluzione del *patrimonium* del soggetto quando questo fosse venuto meno e ad assicurare la trasmissione del patrimonio stesso, nella sua totalità o in singoli cespiti, ad altri soggetti giuridici: soggetti, se del caso, anche preventivamente designati da chi ne era stato il titolare. Furono regole dapprima rudimentali e imperfette, essenzialmente volte a distribuire i discendenti agnatizi del soggetto scomparso in nuove famiglie potestative ed a ripartire tra queste i cespiti del suo *patrimonium*: regole che peraltro divennero nei secoli successivi sempre più elaborate, complete, minuziose, an-

---

dei *legata*) si rinvia ad altri capitoli una più dettagliata analisi, ma in parte anche dalla considerazione che ai fini di un quadro generale del diritto successorio romano non è il caso, almeno a nostro avviso, di indulgere agli innumerevoli particolari, essenzialmente «casistici», di cui sono piene le fonti romane. Per i Romani la materia successoria era di grandissima importanza pratica. Il che ovviamente non va taciuto; ma per noi, e in questo nostro tipo di ricostruzione storica, essa rileva principalmente nei suoi meccanismi fondamentali, più o meno nella stessa misura degli altri istituti del *ius privatum*. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni (sia di tradizione romanistica sia di stampo anglosassone) non mancano di dedicare, ciascuno a suo modo, molta attenzione, quindi larga regolamentazione, al fenomeno della successione per causa di morte: ogni eccezione (comunque tutt'altro che radicale) è stata ed ancora limitatamente resta quella degli ordinamenti ispirati al cd. «socialismo reale». In particolare, il c.c. italiano contiene un intero libro (il II: a. 456-809) intitolato «Delle successioni» (intese per antonomasia as cause di morte), ma comprensivo, per attrazione suggerita da alcune evidenti analogie, anche di un titolo V (a. 769-809) relativo alle «donazioni», cioè ad un negozio giuridico bilaterale tra vivi che andrebbe sistemato, a rigore, nel quadro della disciplina dedicata ai contratti: v. infra n. 87.8. Quanto ai principi generali che informano gli ordinamenti moderni, essi corrispondono all'ingrosso a quelli romani, salvo che in queste peculiarità: a) il testamento non prevale più sulla successione cd. legittima (nel senso cioè di escluderla), ma può coesistere con essa, correggendone in misura più o meno vasta le regole secondo la volontà del testatore; b) la successione contro il testamento si è molto rafforzata nei paesi di «Civil law», tutelando con larghezza le aspettative successorie del coniuge superstite e dei familiari più stretti del defunto; c) le imposte sulle successioni e sulle donazioni (queste ultime giustamente considerate come facili surrogati delle attribuzioni gratuite operate mediante testamento) sono state, dove più dove meno, notevolmente potenziate, non solo allo scopo di far affluire denaro nelle casse dello stato, ma anche allo scopo di limitare il concentramento della ricchezza, attraverso le generazioni, nelle mani dei privati.*

che e sopra tutto a causa del ricchissimo apporto che ad una materia di tanto vivo interesse pratico dette la giurisprudenza, a cominciare da quella pontificale.

27.1.1. Il termine che, sin da tempi assai risalenti del periodo arcaico, stette ad indicare nel loro complesso i cespiti patri-

---

27.1.1. L'individuazione della natura dell'*hereditas* è molto dibattuta. 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*, 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 sopra tutto 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 (v. *Ist.* 2². 422 ss.) e dell'Arangio-Ruiz (*Le genti e la città* [1914], in *Scr.* 1 [1974] 519 ss., e, in sintesi, *Ist.* 508 ss.), secondo i quali, viceversa, la successione sarebbe andata in origine meccanicamente 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 riconosciuto al privato di trasmettere il proprio patrimonio anche ad un estraneo, adottandolo *mortis causa* ([illegible]). Sul tema: Robbe, *Riflessioni sulla teoria del Perozzi sull'«hereditas» etc.*, in *ANA*. 83 (1972) 433 ss.; La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in dir. rom.* (1930); Korošec, *Die Erbenhaftung nach röm. R.* 1 (1927); Rabel, *Die Erbrechtstheorie Bonfantes* (1930), in *Aufsät.* 4 (1971) 409 ss. (v. anche, ivi 403 ss., la rec. 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 *Om. 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 della *in iure cessio hereditatis*. In argomento: Ambrosino, *La «i. i. c. hereditatis». Spunti per la valutazione della «hereditas»*, in *SDHI*. 10 (1944) 1 ss.; id., *Esercitazioni di «dommatica moderna» etc.*, in *SDHI*. 17 (1951) 195 ss., che formula contro le visuali bonfantiane molti dubbi; Betti, «*In i. c. h.*», «*successio in ius*» *e titolo di «heres»*, in *Om. Solazzi* (1948) 594 ss.; id., *La «in i. c. h.»*, in *RIDA*. 13 (1966) 97 ss.; De Martino, *Nota in tema di «in i. c. h.»*, in *Om. Solazzi* cit. 568 ss.; Guarino, «*In i. c. h.*» (1948), in *PDR*. 6 (1995) 508 ss. Le conclusioni a cui è pervenuto l'Albanese, *La successione ereditaria in dir. rom. antico*, in *AUPA*. 1949, per molti versi concordi con quelle dell'Ambrosino, sono state a loro volta respinte da Scherillo, *La «in i. c. h.»*, in *Om. Carnelutti* 4 (1950) 255 ss., e Solazzi, *La «in i. c. h.» e la natura dell'antica «hereditas»* (1952), in *Scr.* 5 (1972) 371 ss., cui ha replicato l'Albanese, *Gai 2.34-37 e l'«in i. c. h.»*, in *AUPA*. 1951 (su cui v. ancora Solazzi, *L'«obbligatio» dell'erede in Gai 2.35-36* [1950], in *Scr.* cit. 673 ss.). Pregevoli sono anche gli studi del Biondi, *Obbietto dell'antica «hereditas»* (1950), *La dottrina giuridica della «universitas» nelle fonti romane* (1955), e «*Universitas*» *e* «*successio*» (1956), in *Scr.* 3 (1965) 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 *Om. Barbagallo* 1 (1970) 339 ss.; id., *Le definizioni delle fonti della «hereditas» etc.*, in *Om. Donatuti* 3 (1973) 1031 ss.; id., *La «hereditas iacens» etc.* 1 (1975). Sul tema anche: Catalano, «*Successio in universum ius*», in *AUCT*. 1946-47; Gandolfi, *Sulla evoluzione della «hereditas» alla luce del regime dei «sacra»*, in *SDHI*. 21 (1955) 223 ss.; Franciosi, «*Usucapio pro herede*» *etc.* (1965); Torrent, *Cronologia, finalidad y desaparición de la «in i. c. h.»*, in *Om. Volterra* 3 (1971) 237 ss.; von Lübtow, *Die Übertragung des Rechts zur Antretung der Erbschaft etc.*, in *Om. Scherillo* (1972) 327 ss. —

moniali di un soggetto defunto fu quello di «*hereditas*» («eredità») ed «*heres*» o «*herēdes*» («eredi») vennero corrispondentemente denominati colui o coloro che del patrimonio acquistassero in tutto o in parte la titolarità. Quanto ai suoi contenuti, l'*hereditas*: *a*) in un primo momento fu limitata ai soli oggetti della *familia* del defunto (beninteso, con esclusione dei *filii* di primo grado, che invece acquistavano per effetto della scomparsa di lui l'autonomia familiare, e dei relativi ulteriori discendenti, che passavano sotto la *potestas* dei *filii* maschi di primo grado); *b*) in un momento successivo fu estesa anche alla *pecunia*, cioè alle *res nec mancipi*; *c*) in un terzo momento venne ritenuta inclusiva anche dei *sacra*, cioè dei culti domestici e dei diritti ed obblighi relativi; *d*) in un quarto momento fu portata ad implicare, per chi la ottenesse, anche la titolarità dei suoi crediti e la responsabilità per le sue *obligationes* passive; *e*) in ogni momento furono peraltro ritenute intrasmissibili ereditariamente certe situazioni giuridiche attive o passive del defunto, causa il loro carattere strettamente personale: il diritto di *usufructus*, quello di *usus*, i crediti da *mandatum*, taluni crediti o debiti di responsabilità primaria ed altro.

27.2. La giurisprudenza preclassica e classica inquadrò acutamente il fenomeno ereditario entro il più ampio concetto della *successio in (universum) ius*, anche detta «succes-

---

Sui sacra familiari: Zilletti, sv. «Sacra», in *NNDI.*, con bibl. — Nelle ipotesi di capitis deminutio, pur verificandosi situazioni analoghe a quelle dell'*hereditas*, si evitò di usare la terminologia relativa a quest'ultima. — Quanto alle situazioni giuridiche intrasmissibili per successione a causa di morte, molteplici furono le variazioni nel tempo. Ne parleremo, pertanto, in ordine ai singoli istituti che via via descriveremo.

27.2. Sulle accezioni di successio cfr.: 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 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: Ambrosino, «*Successio in ius*», «*successio in locum*», «*successio*», in *SDHI.* 11 (1945) 69 ss.; Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (1955) 227 ss.; id., «*Successio in ius*», in *SDHI.* 23 (1957) 1 ss.; von Lübtow, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des röm. Erbrechts*, in *St. De Francisci* 3 (1956) 409 ss.; Robbe, *La «successio» e la distinzione fra «successio in ius» e «successio in locum»* 1 (1965). Non convince la tesi, sostenuta anzitutto dal Bonfante e dal Longo (C.), *Sull'«hereditas» concepita come «universitas»*, in *St. Fadda* 1 (1906) 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*): v., per la puntuale critica, Catalano, «*Successio*» cit.

sio in locum et ius» («successione nell'intero patrimonio», «successione nella situazione giuridica del defunto»), intendendo sottolineare che essa realizzava un'ipotesi di subingresso di un soggetto giuridico (il «*successor*») nel patrimonio giuridico («*ius*»), cioè nel complesso delle situazioni giuridiche attive e passive (in quanto trasmissibili), di un precedente titolare (l'«*antecessor*»: l'«antecessore», o predecessore che dir si voglia). Per designare l'*antecessor*, si usò largamente anche l'espressione ellittica «*de cuius*» (da «*is de cuius hereditate agitur*», colui della cui eredità si tratta).

27.2.1. Probabilmente, fu la stessa giurisprudenza preclassica e classica a porre in rilievo, messa su questa strada, che, al di fuori dei casi di *successio in ius defuncti* (cd. «*successio mortis causa*»), vi erano anche delle ipotesi di «*successio in ius inter vivos*», cioè di successione universale tra viventi, ai primi più o meno pienamente equiparabili: *a*) quella della successione nel patrimonio di un individuo che avesse subito la *capitis deminutio maxima* o *media*, che avesse cioè perso la libertà o almeno la cittadinanza; *b*) quella della successione del *pater* «*adrogator*» nel patrimonio del soggetto («*adrogatus*») che si fosse fatto assumere da lui come sottoposto nella sua *familia*; *c*) quella della successione del marito nel patrimonio della donna *sui iuris* che si fosse subordinata («*filiae loco*») alla sua *manus*; *d*) quella (prevista dal *ius honorarium*) della successione del *bonorum emptor* nel patrimonio del soggetto fallito (il quale, peraltro, rimaneva soggetto *iure privato*, anche se in condizioni di nullatenente sul piano economico). Ipotesi, quelle ora indicate, ciascuna con proprie particolarità di regolamento, che qui non è

27.2.1. Quasi del tutto pari alla successio mortis causa era considerata solitamente la successione al *capite minutus* nelle ipotesi di *capitis deminutio maxima*. Non bisogna dimenticare, tuttavia, che questo tipo di *capite minutus* poteva, a così dire, «risorgere» in virtù del *ius postliminii* (*supra* n. 15.4.2). — Quanto alla vera e propria successio in ius inter vivos cfr. Gai 3.77, 82-84. 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 in considerazione di un evento di morte: Cugia, *Indagini sulla dottrina della causa del negozio giuridico. L'espressione «mortis causa» in dir. rom.* (1910); Samper Polo, *La disposición «mortis causa» en el der. rom. vulgar*, in *AHDE*. 38 (1968) 87 ss. — Sull'adrogatio (cui Gaio si riferisce, parlando di *adoptio patris familias*): *infra* n. 40.4. — Sulla conventio in manum: *infra* n. 39.4. — Sul bonorum emptor: *retro* n. 12.6.1. — Il modulo dell'adquisitio per universitatem è utilizzato da Gai 2.97-98 cit.

il caso di sottolineare, anche perché di esse si è detto o si dirà a suo tempo.

27.2.2. Molto meno probabile è che la giurisprudenza classica abbia parlato di «successione a causa di morte», di *successio mortis causa*, anche relativamente a quel fenomeno accessorio dell'*hereditas* (e più precisamente, della *successio ex testamento*), che fu costituito dall'acquisto *mortis causa* di singoli cespiti del patrimonio ereditario da parte dei *legatarii*. La nozione di «*successio in singulas res*» («successione particolare»), che varie fonti riferiscono agli acquisti particolari *mortis causa* e che alcune altre fonti estendono persino ai casi di «acquisto derivativo» *inter vivos*, fu il frutto di un intervento della giurisprudenza postclassica: dal momento che i giuristi classici usavano dire, in ordine alla *successio in ius*, che essa implicava una «*adquisitio per universitatem*» (nel senso che il *successor* subentrava nella posizione giuridica del defunto attraverso l'acquisto di tutto il complesso, cioè della «*universitas*», dei suoi diritti e doveri giuridici), i giuristi postclassici ricorsero a glossemi ed interpolazioni per inserire nei loro testi anche l'affermazione che una *successio* potesse riguardare non solo il patrimonio complessivo dell'antecessore, ma anche i singoli cespiti (le «*singulae res*») di quel patrimonio.

27.3. La storia della *successio in ius defuncti*, essendo estremamente controversa sopra tutto riguardo all'età più

27.2.2. 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 séguito a quella dell'*hereditas*, si legge: *quae pars iuris extra propositam 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 séguito (in particolare nel n. 33) la terminologia «*successio mortis causa in singulas res*». Sul tema: Scherillo, *Appunti sulla differenza tra eredità e legato*, in *AG.* 172 (1967) 3 ss.

27.3. Il problema della successione *mortis causa* si pose ai Romani almeno a partire dalla fase etrusca del periodo arcaico, cioè dal momento storico in cui si venne formando la loro economia tipicamente individualistica, a carattere di autarchia familiare (v. retro n. 4.2.3). La società quiritaria, pur dopo la fondazione della *civitas*, fu ben lontana dal costituire un tutto unico, ma fu piuttosto, come sappiamo, il frutto della coesistenza di tanti organismi agnatizi economicamente autosufficienti, che vivevano gelosamente chiusi in se stessi, ciascuno nel proprio podere, attorno alla propria casa, utilizzando i propri mezzi 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* furono la disciplina interna e l'esclusione di ogni sperpero dei loro oggetti di residenza, di produzione e di lavoro. All'esigenza di disciplina interna supplì il sistema del *pater familias* (maschio), che era considerato il capo del gruppo, titolare di un diritto di comando relativo a tutti i familiari ed a tutti i vetusta, non può limitarsi al primo e sommario inquadramento dianzi operato. È necessario ricostruirla, sia pur per cenni approssimativi, con riguardo ai vari «sistemi giuridici» della vicenda romana

27.3.1. Nel sistema del *ius Quiritium*, la morte (o *capitis deminutio*) del *paterfamilias* non importava necessariamente la dissoluzione del suo «*mancipium*» perché i *filii* in senso stretto (cioè i discendenti maschi di primo grado) diventavano a loro volta *patres familiarum* e rimanevano tradizionalmente uniti in «*consortium*» («consorzio fraterno»), continuando ad insistere tutti insieme sul patrimonio familiare («*familia*» in senso oggettivo, di cui il nucleo era costituito dalle «*res mancipi*»). Raro fu il caso che i fratelli decidessero di sciogliere il loro consorzio (c.d. «*consortium ercto non cito*», cioè non diviso), ripartendosi la *familia* tra loro; probabile fu che il *pater*, ove fosse privo di discendenti, si precostituisse in

---

beni della *familia*. All'esigenza di esclusione degli sperperi, che si presentava acuta soprattutto in occasione della morte o della *capitis deminutio* del *pater*, sopperivano il sistema della *successio* e quello del *consortium*.

27.3.1. *Successio e consortium fratrum* furono inizialmente, per quel che sembra, esclusivamente espressioni dell'autonomia 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 inferiore 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 diventò poi la *institutio heredis*, chi dovesse subentrargli nella titolarità del *mancipium*: gli altri *filii*, pur essendo divenuti anch'essi titolari del patrimonio paterno, non potevano non avere interesse ad obbedire al successore indicato dal *pater*; e se il *pater* eccezionalmente ometteva di designarlo, 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). Questa situazione si protrasse, 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 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 un'attività di scambio determinarono la formazione, nelle mani di ogni «provveduto» *pater familias*, di una ricchezza non strettamente necessaria alla vita dell'organismo familiare, ma impiegabile per spese utili o voluttuarie, 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 (si intenda bene: quelli «provveduti» economicamente, non quelli *proletarii*) curarono più frequentemente di prima la preventiva designazione del figlio più adatto a sostituirli dopo la morte, oppure manifestarono la tendenza ad affidare le sorti del loro patrimonio economico ad *extranei*, cioè a non appartenenti all'aggregato familiare che prendevano in *adrogatio*. A mettere un po' d'ordine, in queste 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). Su questi sviluppi (in gran parte ipotetici) v. *infra* n. 34.2-3. — Sul *consortium ercto non cito* e sulla sua struttura: *infra* n. 37.4.

vita un successore mediante l'«*adrogatio*» («arrogazione») di un altro *paterfamilias*, che diventava suo *filius in potestate*. Quanto alla «*pecunia*», la quale non costituiva *familia* ed era estranea al *mancipium*, è buona congettura che il *pater* provvedesse a distribuirne la *possessio* tra persone di sua fiducia prima della morte, oppure provvedesse tempestivamente a stabilire per esplicito (con un «*legem dicere*», un «*legare*», «*legatum*») a quale tra i figli (o eventualmente anche tra estranei al gruppo familiare) egli volesse che la *possessio* ne fosse attribuita dopo la propria morte.

27.3.2. Il *ius legitimum vetus* (specie con le *leges XII tabularum*) disciplinò e dettagliò 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*» («azione divisoria del patrimonio ereditario»), esso garantì la possibilità di divisione giudiziaria del *consortium* ad istanza di uno dei *fratres*. Per l'ipotesi di mancanza di discendenti (di *sui heredes*), esso determinò 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 mancipi* sia di quelle *nec mancipi*) fosse stata fatta prima di morire (mediante «*legata*») dal *pater*.

27.3.3. Nel sistema del *ius civile vetus* preclassico, sopra tutto per influenza della giurisprudenza pontificale e laica, si affermò compiutamente il concetto di «*hereditas*», comprensivo dei

---

27.3.2. Il testo comunemente accettato dei precetti decemvirali (XII tab. 5.4-5) 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 inv.* 2.50.148: *Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatorum gentiliumque esto*: Guarino, «*Sui*» e «*agnati*» nelle «*XII tabulae*» (1949), in *PDR.* 4 (1994) 128 ss., con bibl. Sul tema: Ferenczy, «*Uti legassit... ita ius esto*», in *Oik.* 1 (1976) 173 ss.; Albanese, *Osservaz. su XII Tab. 5.3*, in *AUPA.* 45.1 (1998) 35 ss.; Guarino, «*Uti legassit*», in *Trucioli di bottega* 2 (1999) 30 ss., con bibl. — Sul «legare»: Nardi, *I significati storici del verbo «legare» etc.*, in *SDHI.* 63 (1997) 295 ss. V. anche *infra* n. 33.3.

27.3.3. Sul sistema del ius civile vetus (cui dettero buon supporto le *leges* del cd. *ius publicum*): Lenel, *Zur Geschichte der «heredis institutio»*, in *Ess.* (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 *St. Koschaker* 2 (1939) 227 ss.; Kaser, *Das altrömische «ius»* (1949) 147 ss.; Iglesias, *La herencia en el der. rom. y en el der. mod.*, in *An. Acad. Matr. Notar.* (1952). L'attribuzione della *heredis institutio* (con la connessa eventuale *exheredatio*) al sistema del *ius civile*, o meglio alla elaborazione giurisprudenziale successiva alle XII tavole, è invero molto controversa, che qui non è il caso di sorreggere con particolareggiate argomentazioni. — Sulla condizione delle donne familiarmente autonome: *retro* n. 16.4 e *infra* n. 44.3. — Il ius civile novum ebbe interessi estranei a quelli della *successio in ius*: v. *infra* n. 43.5.

sacra familiari: *heredes* furono, per conseguenza, denominati tutti i successibili indicati dalla legge decemvirale ed in più (non si può precisare quando) anche le donne. Ma al *pater familias* (e così pure alla *mulier* familiarmente autonoma, cui peraltro era negata la *potestas* sui *filii*) fu riconosciuto, a titolo preferenziale, il potere di nominare a sua volta erede, mediante il «*testamentum per aes et libram*» («testamento librale»), chiunque (familiare o estraneo) egli volesse, a patto che questa sua istituzione di erede (*heredis institutio*) fosse accompagnata dall'espressa diseredazione (*exheredatio*) degli eventuali *heredes sui* e con l'implicazione che l'erede testamentario (*heres institutus*) avesse la responsabilità dei suoi debiti e il carico di provvedere al culto dei *sacra* familiari. Solo subordinatamente all'*heredis institutio*, il *pater* (o, più in generale, la persona *sui iuris*) poteva inserire nel testamento *legata* od altre disposizioni particolari.

27.3.4. Il *ius honorarium* preclassico e classico vivificò e migliorò notevolmente il sistema ereditario civilistico, sopra tutto mediante l'istituto della «*bonorum possessio*» («possesso para-ereditario del patrimonio»), che i *praetores* usarono concedere ad un triplice scopo: *a*) per estendere la *successio*, in mancanza di testamento, anche ad altri soggetti oltre quelli indicati dalla legislazione decemvirale (*bonorum possessio «sine tabulis»*, cioè «in mancanza di tavole testamentarie»); *b*) per favorire i successori

---

27.3.4. Sulla successione secondo il ius honorarium: Pastori, *La definizione della «bon. poss.»*, in *St. De Francisci* 3 (1956) 597 ss.; Watson, *The law of succession in the later Roman Republic* (1971); Stiegler, *«Bon. poss. ordinaria» und «extraordinaria»*, in *St. Volterra* 4 (1971) 231 ss. — Sulla bonorum possessio: retro n. 12.8. L'istituto costituiva oggetto di un grosso titolo dell'*edictum praetoris*: cfr. Lenel, *EP*.³ tit. 25, § 142-167. Su di esso: I. 3.9; D. 37 e 38; C. 6.1-20. Il tit. «*De bonorum possessionibus*» si divideva in due parti: *a*) una prima parte 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*); *b*) 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 his denegatur, qui rei capitalis damnati sunt*» [ecc.]), *ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur, quis ordo in possessionibus servetur*. Sul tema: La Rosa, «*Edictum primum*» e «*prima pars edicti*», in *Iura* 26 (1975) 109 ss. — Sulla possessio da concessione: *infra* n. 36.3. — Per la bonorum possessio secundum tabulas: *infra* n. 28.2.2. — Per la bonorum possessio sine tabulis: *infra* n. 29.3. — Per la bonorum possessio contra tabulas: *infra* n. 30.3. — Per il senso di cum re - sine re: retro n. 27.5.1.

indicati nel testamento ai fini dell'acquisizione e della tutela dei *bona* loro assegnati (*bonorum possessio «secundum tabulas»*, cioè «a supporto delle tavole testamentarie»); *c*) per ammettere alla *successio* anche soggetti che il *de cuius* avesse, nel suo testamento, tralasciato di nominare (*bonorum possessio «contra tabulas»*, cioè «in contrasto con le tavole testamentarie»). Altri sviluppi della successione contro il testamento furono comportati, su suggestione della giurisprudenza preclassica e classica, dalla prassi giudiziale dei *centumviri*.

27.3.5. Il *ius novum* e la giurisprudenza del periodo classico e di quello postclassico, accanto a sviluppi che saranno descritti a suo tempo, operarono in modo apprezzabile: prima per il «coordinamento», poi per la «fusione» dei sistemi dell'*hereditas* e della *bonorum possessio*. Sistemi che nella compilazione di Giustiniano erano ormai unificati spesso nella «*successio in ius defuncti*», anche se furono mantenute le originarie diverse terminologie.

27.4. Presupposto della «*successio in ius defuncti*» (terminologia unificante che adottiamo per comodità di discorso) fu la *vocatio ad hereditatem* o «*ad bona defuncti*» («vocazione successoria» o «chiamata alla successione»), cioè la designazione del soggetto destinato ad essere *heres* o *bonorum possessor*. Il diritto romano conobbe tre tipi fondamentali di vocazione successoria: *a*) la «*vocatio ex testamento*» («vocazione testamentaria»); *b*) la «*vocatio ab intestato*» («vocazione senza testamento»), che aveva luogo in mancanza di chiamata testamentaria; *c*) la cd. «*vocatio contra testamentum*» («in contrasto col testamento»), che aveva eccezionalmente luogo, a dispetto della volontà

27.3.5. Sull'intervento del *ius novum*, oltre le trattazioni generali: Dupont, *Les successions dans les constitutions de Constantin*, in *Iura* 15 (1964) 57 ss. Cfr.: 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*).

27.4. 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. 33.1. — Inammissibili, e quindi nulli, erano generalmente ritenuti i cd. *patti successori* («*pacta de successione*»), 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*» (L.R.B. 38.3). La ragione, del resto ovvia, si trova affermata in Pomp. D. 18.4.1: *Si hereditas venierit eius, qui vivit... nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit*. Ad ogni buon conto, per reagire a prassi invalse nell'età di mezzo, gli ordinamenti giuridici moderni (ad es., a. 458 cc.) dichiarano esplicitamente nulli (con eccezione del BGB.) i patti successori. Sul tema: Vismara, *Storia dei patti successori* (rist. 1986) 63 ss. — Inammissibili furono, del pari, i *testamenti congiuntivi o reciproci*, cioè fatti da due o più soggetti oppure fatti da due singoli soggetti a favore l'uno dell'altro. In via del tutto eccezionale un testamento reciproco tra due coniugi fu considerato valido da NovTh. Valent. 21.1 (a. 446).

testamentaria del *de cuius*, solo in certi casi e subordinatamente a certi presupposti. Quando vi era un *testamentum*, era anche possibile, come abbiamo già detto, che singoli cespiti fossero attribuiti a specifici beneficiari mediante «*legata*» («legati»), verificandosi con ciò (secondo la sistematica postclassica) anche una «*successio in singulas res*» dei *legatarii*.

27.4.1. A prescindere dai casi eccezionali di vocazione contro il testamento, la vocazione testamentaria prevaleva su quella senza testamento in questo senso: che agli eredi testamentari (con esclusione, dunque, degli eredi *ab intestato*) doveva andare tutto intero il patrimonio «successorio» anche nell'ipotesi che il testatore avesse disposto solo in ordine a una parte di esso (od anche quando, avendo il testatore distribuito tutto il patrimonio successorio tra più eredi, uno di questi fosse venuto meno). Si diceva pertanto, con formulazione in verità piuttosto ambigua, che «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*» (letteralmente: nessuno può morire avendo testato per una parte del suo patrimonio e non avendo testato per il resto), volendosi significare (si badi bene) che chi avesse testato solo *pro parte*, cioè solo per una parte del suo patrimonio, avesse con ciò implicitamente escluso l'applicazione della successione *ab intestato* per il resto.

27.5. La morte di un soggetto giuridico poteva anche implicare, in taluni casi particolari, un acquisto *mortis causa* di singoli suoi diritti, da parte di un altro soggetto, lungo un canale diverso dalla *successio in ius defuncti* o da una cd. *successio mortis causa in singulas res*. Le ipotesi relative vanno distinte secondo due paradigmi: *a*) quello della *donatio mortis causa*; *b*) quello delle *mortis causa capiones*.

27.5.1. Per «*donatio mortis causa*» («donazione a causa di morte») il diritto preclassico e classico intesero ogni negozio

---

27.4.1. Sulla prevalenza della successione testamentaria: Daube, *The preponderance of intestacy at Rome*, in *Tulane L.R.* 1965. — Sulla regola «*nemo pro parte testatus decedere potest*», di cui il Bonfante aveva fatto un caposaldo per la dimostrazione del carattere sovrano dell'antica *hereditas*: Rabel, *Die Erbrechtstheorie Bonfantes*, in *ZSS.* 50 (1930) 295 ss.; 306 s.; Schmidlin, Stud, *Funktion und Herkunft der Rechtsregeln «Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest - hereditas adiri non potest»*, in *BIDR.* 78 (1975) 73 ss. Una ingenua spiegazione del principio vien data da Pomponio (o chi per lui) 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»*. Cfr. anche I. 2.14.5.

27.5. A proposito degli acquisti *mortis causa*, o dei negozi relativi, v. *retro* n. 27.1.1. Sul tema: Robbe, *Dir. ered.* cit., con bibl.; Wieacker, *Erlass-Schenkung «mortis causa» und «liberatio fideicommissa»*, in *St. Grosso* 5 (1972) 1 ss.; Olzen, *Vorweggenommene Erbfolge in historischer Sicht* (1984).

27.5.1. Sulla *donatio mortis causa* cfr. D. 39.6 (*De mortis causa donationibus et capionibus*); C.I. 8.56 (57). In part., cfr. Ulp. D. 39.6.2 (itp.): *Iulianus* (*inter vivos*) di donazione «reale» (attuata cioè mediante il trasferimento del *dominium* di singoli beni dal donante al donatario), nel quale alla «*causa donationis*» si accompagnasse una «*causa mortis*», cioè la funzione di arricchire il donatario (con effetto immediato) in vista di un imminente pericolo di morte del donante e della prevedibile premorienza di quest'ultimo al donatario: se il pericolo imminente di morte non si traduceva tempestivamente in realtà, o se il donatario premoriva al donante, al donante spettava il diritto di chiedere il ritrasferimento del *dominium* degli oggetti donati. Le ipotesi di donazione fatta per mera previsione della propria morte («*cogitatio mortalitatis*») e di donazione sospensivamente condizionata alla propria premorienza rispetto al donatario (ipotesi entrambe valide) non costituivano tuttavia per i giuristi classici casi di vera *donatio mortis causa*; solo in periodo postclassico l'istituto assorbì queste due ipotesi e venne ad essere genericamente configurato come un negozio (*pactum*) di donazione (reale, obbligatoria, liberatoria) motivato da «*cogitatio mortalitatis*», oppure condizionato sospensivamente alla premorienza del donante o condizionato risolutivamente alla premorienza del donatario.

27.5.2. Per «*mortis causa capio*» («guadagno a causa di morte») si intese ogni altro acquisto *mortis causa* che non avvenisse a titolo di *successio* e non avesse nemmeno carattere di *donatio mortis causa*: di cui cioè la morte di un soggetto fosse

---

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 imminente 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, cfr. Iul. 17 dig. D. 39.5.1). Sul tema: Alvarez (U.), *Contribución al estudio de las «donaciones m. c.» entre cónyuges* (1941); Di Paola, «*Don. m. c.*»² (1969); Simonius, *Die «d. m. c.» im klass. röm. R.* (1958); Amelotti, *La «d. m. c.» in dir. rom.* (1953); Gaudemet, «*Perseverantia voluntatis*», in *St. Meylan* 1 (1963) 139 ss.; Robbe, *Dir. ered.* cit. 35 ss.; Falaschi, *La «d. m. c.» nel diritto giustinianeo e nella LRW.*, in *AUCA.* 1965; Yaron, «*Donatio sola cogitatione mortalitatis*», in *RIDA.* 13 (1966) 369 ss. — La revocabilità della donatio era incerta in età classica, mentre era ammessa in diritto giustinianeo: cfr. Iul. D. 39.6.13 (itp.). — La forma richiesta in diritto giustinianeo per il negozio di donazione a causa di morte era quella scritta, o anche quella orale, purché confermata da cinque testimoni: cfr. C. 8.56.4. — Sulla donatio in generale: *retro* n. 23.4 e *infra* n. 82.8.

27.5.2. Sulle mortis causa capiones: Arias Bonet, «*M. c. c.*», in *AHDE.* 20 (1950) 781 ss.; Di Paola, *Sull'estensione delle leggi caducarie al «m. c. capere»*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 485 ss. Cfr. Marc. D. 39.6.38: *Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est sane 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 pr.: *Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris quae proprio nomine appellantur.*

soltanto la circostanza che mancava per la sua efficacia. Per esempio, l'acquisto di una somma di danaro da parte di chi fosse stato istituito erede da un terzo sotto condizione appunto di beneficare preventivamente il *capiens* e compisse finalmente questa elargizione.

27.5.3. 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*.

28. LA «VOCATIO EX TESTAMENTO».

28.1. La vocazione basata sul testamento («*vocatio ex testamento*») fu la chiamata successoria di gran lunga più usuale in Roma (e prevalente, come si è detto, rispetto alla *vocatio ab intestato*). Per «*testamentum*» si intese, più precisamente, il negozio unilaterale (orale o scritto), normalmente compiuto alla presenza di *testes* (testimoni), mediante il quale il *de*

27.5.3. L'assimilazione ai *legata* della *donatio mortis causa*, iniziatasi sin dall'età postclassica, fu totale in diritto giustinianeo: cfr. I. 2.7.1; Iust. C. 8.56.4. V. anche *infra* n. 53.7.2. 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 Trebelliana*»), 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 Stubie, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste* [1960] 86 ss.) e dall'interpolazione di D. 39.6.38 (retro n. 27.5.2).

28.1. Sulla *vocatio ex testamento*, oltre alla letteratura citata retro n. 27.1: Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*² (1955); Scherillo, *Corso di dir. rom. Il testamento* (cit., 1966-67). Utili sono altresì gli studi di sociologia ed ambientazione arcaica del fenomeno del testamento: 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 ontstaan van het Romeinse testament*, in *T.* 23 (1955) 21 ss.; Betti, *Wesen des altrömischen Familienverbandes (Hausgemeinschaft und Agnatengenossenschaft)*, in *ZSS.* 71 (1954) 1 ss.; Champlin, *Final judgements: duty and emotion in roman wills, 250 b.C.-a.D. 250* (1991); Paulus, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im röm. Testamentsrecht* (1992). — La definizione di *testamentum* è in Ulp. 20.1: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*. Cfr. 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* poteva anche essere un insieme di disposizioni testamentarie, cioè di negozi giuridici *mortis causa*. Sul punto: Diaz Bialet, «*Testamentum*», in *RIDA.* 3 (1961) 269 ss.; Biondi, *Impostazione del testam. nella giurispr. rom. etc.*, in *Ant. giur.* 1 (1966) 245 ss.; Wieling, *Testamentsauslegung im röm. R.* (1972).

cuius (soggetto *sui iuris*, maschio o femmina che fosse) determinava la sorte del suo *patrimonium* (in ordine ai cespiti trasmissibili) per il tempo successivo alla sua morte. Ma il discorso relativo alla vocazione testamentaria comporta che si parli: *a*) delle principali forme testamentarie ordinarie; *b*) delle forme testamentarie speciali; *c*) dei contenuti del *testamentum*; *d*) della capacità di testare; *e*) della capacità di essere chiamati testamentariamente a succedere; *f*) dei modi di revocabilità dell'atto; *g*) dei casi di sua inefficacia; *h*) dei surrogati del testamento; *i*) della presa di conoscenza dello stesso da parte del pubblico.

28.2. I principali *testamenta* ordinari, che potevano cioè essere fatti da tutti i soggetti giuridici privati (sempre che fossero capaci di testare), furono: *a*) il *testamentum calatis comitiis*; *b*) il *testamentum per aes et libram*; *c*) il *testamentum iure praetorio factum*; *d*) il *testamentum tripertitum*. Sorvolando sul primo, che era del tutto disapplicato in tempi storici, ci fermeremo sugli altri tre.

28.2.1. Il *«testamentum per aes et libram»* («testamento librale»), caratteristico del sistema del *ius civile*, fu un elaborato

---

28.2. Per i documenti testamentari (*tabulae testamenti*) di cui disponiamo: Arangio-Ruiz, *Negotia* (= *FIRA.* 3) nn. 47-55 (con bibl.); Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale* 1. *Le forme classiche di testam.* (1966), nonché *Testamenti ed atti paratestamentari nei papiri bizantini*, in *RIDA.* 16 (1969) 211 ss.; Giuffrè, *Documenti testamentari romani* (1974). V. anche: Castro, *CIL. 6.10229. El testamento de Licinio Sura*, in *CHE.* 21 (1991) 277 ss. — 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 di cui parla Gaio erano i comizi curiati, che si riunivano in adunanza politico-religiosa («comitia calata»), sotto la presidenza del *pontifex maximus*, il 24 marzo ed il 24 maggio di ogni anno. È probabile che i cittadini intervenissero come semplici testimoni e non per approvare o disapprovare la volontà del testatore. Quanto al contenuto, pure contestabile è la ricostruzione, a nostro avviso fantasiosa, 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 solo del *testamentum per aes et libram* (v. 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: 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 com.»*, in *St. 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: questi, procurandosi un *filius*, acquistava automaticamente un *heres suus* (ab intestato) (v. *infra* n. 40.4). Ma non è da escludere che vi fossero *testamenta calatis comitiis* fatti di soli legata, né va dimenticato che l'*adrogatus* poteva ben essere omesso tra i beneficiari di un testamento successivo all'*adrogatio*. — In ordine ai casi di *capitis deminutio maxima e media* ed alle sorti del testamento: *infra* n. 28.6.

28.2.1. Del *testamentum per aes et libram* la fonte principale di conoscenza (vero è che ci sono pervenuti due originali quasi intatti: quelli di Antodella giurisprudenza pontificale successivo alle *XII tabulae* e consistente in una ingegnosa applicazione della *mancipatio*, cioè di un negozio *inter vivos*. Il testatore mancipava in blocco il proprio patrimonio («*familia pecuniaque*») ad un acquirente di fiducia («*familiae emptor*»), dandogli l'incarico di distribuirlo, dopo la propria morte, a persone da lui designate mediante una contestuale dichiarazione («*nuncupatio*»). Per far sí che l'obbligo del *familiae emptor* acquistasse carattere giuridico, costui doveva pronunciare a sua volta un solenne impegno a tenere il patrimonio in titolarità puramente fiduciaria (quindi a ritrasmetterlo al *testātor* ove questi cambiasse idea e, se non intervenisse la revoca, ad attenersi alla sua *nuncupatio*): col passare del tempo divenne tuttavia assolutamente ovvio che la *mancipatio familiae* (*pecuniaeque*) fosse puramente fittizia («*dicis gratia*»), sicché la dichiarazione del *familiae emptor* si limitò all'impegno di fare da «esecutore testamentario», cioè da curatore dell'esatto adempimento delle disposizioni contenute nel testamento. Di più: già in età preclassica divenne prevalente l'uso di scrivere le disposi-

---

nio Silvano e del veterano C. Longino Castore) è costituita da Gai 2.102-105. 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 testatoris* erano: [illegible] «*haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*». Non era richiesto che i *testes* o il *libripens* fossero soggetti giuridici privati, purché fossero *cives Romani*. — 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: Coli, *Il testam. nella legge delle XII Tav.* (1956), in *Scr.* (1973) 613 ss. Tra i problemi più dibattuti è quello dell'interpretazione della norma decemvirale (XII tab. 5.3 [ma cfr. anche Gai 2.104]) menzionante la «*familia*» e la «*pecunia*». Sul tema: Volterra, *Ancora sul problema della «familia» romana*, in *RISG*. 6 (1952-53) 402 ss. Per l'origine greca della forma testamentaria: Goldmann, *Das Alter des römischen Testaments*, in *ZSS*. 51 (1931) 223 ss. — Sul problema se la scrittura delle tabulae avesse funzione probatoria o dispositiva: Arangio-Ruiz, *Intorno alla forma scritta del «testamentum per aes et libram»*, in *ACIV*. 3 (1953) 79 ss.; Guarino, *La scrittura nel «test. per aes et libram»* (1955), in *PDR*. 6 (1995) 331 ss.; id., *La forma orale e la forma scritta nel test. romano* (1956), ivi 314 ss.; Archi, *Oralità e scrittura nel «test. per aes et libram»*, in *St. De Francisci* 4 (1956) 287 ss. — Sul carattere segreto del testamento: Arangio-Ruiz, *Il testamento di Antonio Silvano e il senato-consulto di Nerone* (1952), in *Sc. ep. e pap.* (1974) 382 ss.; Macqueron, *Le Sc. Néronien et le caractère secret du testament*, in *AH*. 35 (1957) 499 ss.; ma v. Guarino, *Note sul test. segreto romano* (1968), in *PDR*. 6 (1995) 298 ss. — Circa i requisiti formali: Dulckeit, «*Plus nuncupatum minus scriptum*», in *ZSS*. 70 (1953) 190 ss. Su singoli aspetti e problemi: Lévy-Bruhl, *Nature de la «mancipatio familiae»*, in *St. Schulz* 1 (1951) 253 ss., e *Autour de la «mancip. fam.»*, in *ACIV*. 3 (1953) 67 ss.; Solazzi, *Testam. «per nuncupationem»* (1931), *Intorno al test. nuncupativo* (1952), *Una data per la storia del testam. romano?* (1953), in *Scr*. 5 (1972) 421 ss., e 6 (1972) 112 ss., 267 ss.

zioni 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 fatto da costui al contenuto delle tavolette stesse («*haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt*»). Il *testamentum* puramente orale (cd. «*testamentum per nuncupationem*», in senso proprio) cadde, pertanto, praticamente in disuso, pur senza essere mai espressamente abolito.

28.2.2. Il «*testamentum iure praetorio factum*» («testamento pretorio») derivò dall'iniziativa del *praetor urbanus* di concedere il possesso para-ereditario del patrimonio del defunto («*bonorum possessio secundum tabulas*») a coloro che fossero stati beneficiati in un *testamentum* civilistico reso irregolare dalla mancanza della solennità della *mancipatio*: di concederlo, quindi, in concordanza con il contenuto delle tavolette testamentarie. Il pretore, ritenendo che ormai l'importanza dell'atto consistesse essenzialmente nella testimonianza dei sette astanti (il *familiae emptor*, il *libripens* e i cinque *testes mancipationis*), si accontentò di quest'ultima, e in particolare si accontentò della esibizione delle *tabulae* munite di sette sigilli. La *bonorum possessio secundum tabulas* divenne «*cum re*» (cioè «inclusiva dell'*hereditas*») con Antonino Pio, il quale concesse al *bonorum possessor* il potere di paralizzare, mediante una *exceptio doli*, anche l'azione di reclamo dell'*hereditas* (l'*hereditatis petitio*) esercitata contro di lui dagli *heredes ab intestato* civili.

28.2.2. La concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* in base al cd. testamento pretorio si è affermata sin dall'età ciceroniana almeno. La norma pretoria sarebbe stata la seguente (Cic. in Verr. 2.1.45.117): «*Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti possessionem dabo*». Ma v. Costa, *Cicerone giureconsulto* 1² (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: cfr. D. 37.11.1.2, D. 38.6.1.3, e v. Lenel, EP.³ 342, 348 s.). Gai 2.147-148 (cfr. anche Ulp. 28.6) presenta il fenomeno come utilizzazione di testamenti «*non*... *per omnia iure facta*» (ma v. retro n. 21.5.1). In I. 2.10.2 (cfr. PS. 4.8.2) la prospettiva è cambiata: ... *postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est; iure enim honorario nulla mancipatio 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 cfr. Gai 2.119-120. Sull'istituto: Solazzi, *Gordiano e il testam. orale pret.* (1947-48), in *Scr.* 5 (1972) 472 ss.; Di Marzo, *Gordiano e il testam. orale pretorio*, in *SDHI*. 16 (1950) 285 ss.; Archi, «*Testam. civile*», «*testam. praetorium*», in *St. Paoli* (1955) 31 ss.; Voci, *Testam. pretorio*, in *St. Grosso* 1 (1968) 99 ss.

28.2.3. Il *«testamentum tripertitum»* («testamento tripartito»), 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 *hereditas* e *bonorum possessio*. Esso doveva essere redatto e sottoscritto dal testatore in presenza di sette testimoni (ai quali il contenuto dell'atto poteva anche essere tenuto segreto), e i suggelli dei testimoni servivano a garantirne la attendibilità.

28.3. Forme testamentarie speciali furono: *a*) l'antichissimo *«testamentum in procinctu»* («testamento sul piede di

---

28.2.3. Sulle trasformazioni postclassiche del testamento 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 RPR. 2.477 ss.; Albanese, *L'abolizione postclassica delle forme solenni nei negozi testamentari*, in St. Guarino (1984) 777 ss. — Sul *testamentum tripertitum* in particolare: Riccobono, *Fusione del «ius civile» e del «ius praetorium» in unico ordinamento*, in St. Zitelmann (1922) spec. 503 ss. Cfr. 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, ut 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.* — Il *testamentum per nuncupationem*, fatto oralmente, ma attestato da sette persone presenti, fu esplicitamente ammesso in età postclassica: C.I. 6.23.21.4, I. 2.10.14 (su cui Solazzi, *Testamenti «per nuncupationem»* cit., e *Ancora del testam.* cit.) e C.I. 6.23.29. — Sempre in età postclassica si diffuse il *testamentum per holographam scripturam*, introdotto da Valentiniano III (446 d. C.), scritto e sottoscritto di proprio pugno dal *testator* (senza necessità di testimoni): cfr. Nov. Valent. 21.2.1 e Isid. *orig.* 5.24.7. — Altra forma postclassica fu 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»*). — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni sono tutti largamente orientati verso le forme del «testamento olografo» e del «testamento pubblico», quest'ultimo raccolto da un pubblico ufficiale (es., un notaio) oppure scritto dal testatore (o da altri per lui) e depositato dal testatore presso il pubblico ufficiale in presenza di testimoni («testamento segreto»). Per il diritto italiano vigente, cfr. a. 601-608 c.c., ai quali va aggiunta la l. 29 novembre 1990 n. 387 sul cd. «testamento internazionale» (molto simile al testam. segreto e introdotto da una convenzione internazionale di Washington del 1973).*

28.3. Per il *testamentum in procinctu* cfr. Gai 2.101: ... *in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus* (rell.). Sul tema: 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*, è vero 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 coguerra»), pronunciato dal milite nell'imminenza della battaglia davanti ai propri commilitoni, che ne avrebbero riferito il contenuto in caso di morte del testatore; *b*) il «*testamentum militis*» («testamento militare»), completamente libero da vincoli di forma, introdotto dal *ius novum* dell'età augustea a favore dei militari in servizio (e non valido oltre un congruo periodo successivo al congedo) sopra tutto in considerazione della loro inesperienza giuridica, accresciuta dal fenomeno dei molti provinciali che militavano nell'esercito; *c*) il «*testamentum tempore pestis conditum*» (fatto in tempo di epidemia), postclassico, che poteva essere testimoniato anche da meno di sette persone o da persone che non avessero materialmente assistito alla sua scrittura; *d*) il «*testamentum ruri conditum*» (fatto in campagna), postclassico, cui erano sufficienti cinque testimoni, in considerazione dello spopolamento delle campagne.

28.3.1. Agevolazioni varie furono concesse in età postclassica anche ai ciechi, agli analfabeti, a coloro che testassero a fa-

---

[illegible]. Sul punto: Guarino, *La rivoluzione della plebe* (1975) 109 ss.; Minieri, *Il «testam. in pr.»*, in SDHI. 64 (1998) 253 ss. — Sul *testamentum militis* cfr. Gai 2.109-111 (brano): *Sed haec diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam constitutionibus principum remissa est. nam quamvis neque legitimum numerum testium adhibuerint 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*); C. 6.21. Sul tema: Fitting, *Das Soldatentestament* (1866); Arangio-Ruiz, *L'origine del «testam. militis» e la sua posizione nel dir. rom. class.* (1906), in Scr. 1 (1974) 19 ss.; Guarino, *Sull'origine del testam. dei militari in dir. rom.* (1939), in PDR. 6 (1995) 346 ss.; Fernández Gil, *El testamento militar* (1946); von Bolla, *Zum römischen Militärtestament*, in St. Arangio-Ruiz 1 (1952) 273 ss.; Solazzi, *Diritto di accrescimento e testam. dei militari* (1954), in Scr. 5 (1972) 541 ss.; Chevailler, *Notes sur le testament militaire etc.*, in *Varia* (1956) 1 ss.; Meyer, *«Testam. militis» und Erbrecht*, in Jahrb. d. Basler Juristenfak. 1959-60; Scherillo, *D. 2.4.3 (Giavoleno, l. 13 ep.) e il testamento militare*, in St. Volterra 3 (1971) 613 ss.; Scarano Ussani, *Il «testam. militis» nell'età di Nerva e Traiano*, in St. Guarino (1984) 1383 ss.; Gómez-Royo, *El testamento militar etc.*, in Om. Valls i Taberner 18 (1991) 5349 ss. — Per il *testamentum tempore pestis conditum* cfr. C. 6.23.8 (Diocl. et Maxim., a. 290): i testimoni non dovevano mancare, ma potevano anche assistere separatamente l'uno dall'altro, e tenendosi a prudente distanza dall'ammalato, al compimento dell'atto. — Per il *testamentum ruri conditum* cfr. la costituzione del 534 in C. 6.23.31: i testimoni dovevano essere almeno cinque, dei quali almeno uno in grado di firmare per sé e per gli altri (tenuti comunque a confermare con giuramento la loro conoscenza della *institutio heredis*).

28.3.1. Per i testamenti dei ciechi e degli analfabeti e per le disposizioni a favore del cieco, cfr. rispettivamente: C. 6.22.8 (a. 521) dell'imperatore Giustino, confermata da Giustiniano in I. 2.12.4; e tutto il C. 6.22. Sul tema: Murga, *Los negocios «pietatis causa» en las constituciones imperiales postclasi-*

vore della chiesa cattolica o per finalità religiose. Giustiniano pretese inoltre formalità speciali per due delicate ipotesi, già precedentemente profilatesi nella prassi: *a*) il cd. «*testamentum parentis inter liberos*» (testamento paterno per i figli), consistente nella ripartizione (da effettuarsi dopo la morte) dei propri beni ai *liberi* (cioè ai figli *sui* od *emancipati*), in sostanziale ma non completa adesione a quanto spettante agli stessi per successione intestata; *b*) la cd. «*divisio inter liberos*» (divisione tra i figli), consistente nella stessa operazione, operata però dal genitore quando fosse ancora in vita (precludendosi peraltro la possibilità di cambiare volontà prima della morte).

28.4. Il contenuto essenziale del *testamentum* civilistico (nella sua forma più evoluta) e degli altri testamenti ordinari

---

cos, in AHDE. 37 (1967) 245 ss.; Dalla, *Note sulla corrispondenza dei testi della Compilaz. in tema di testamento del sordo e del muto*, in St. Iglesias (1988) 675 ss. — Sul *testamentum parentis inter liberos*, sopra tutto in ordine alle vicende della riforma da Costantino a Teodosio II ed a Giustiniano: Blanco Rodriguez, «*Testam. par. inter liberos*» (1991), con bibl. Cfr. particolarmente NovTh. 16.1.2-5 (= CI. 6.23.21.3) di Teodosio II (a. 439); Nov. 18.7 (a. 536), Nov. 107.3 (a. 541). — Postilla. *Quasi inutile dire che gli ordinamenti giuridici moderni prevedono gran varietà di «testamenti speciali». Per il diritto italiano vigente, cfr. a. 609-619 cc., da integrare con disposizioni del cod. nav. e di altre leggi su cui sorvoliamo.*

28.4. 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 v. 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.). Per le fonti: D. 28.5 (*De heredibus instituendis*); CI. 6.24; I. 2.14. Sul tema: Lenel, *Zur Geschichte der «heredis institutio»* (1913), in Labeo 12 (1966) 358 ss.; Albanese, *La successione* cit. 335 ss.; Sanfilippo, *Studi sull'«hereditas»*, in AUPA. 1937, 142 ss.; Maschi, *La solennità della «her. inst.»*, in AE. 17 (1937) 197 ss.; Id., *Ancora sulla solennità dell'«h. i.» nel dir. rom.*, in St. Giuffrè 1 (1967) 543 ss.; Vismara, *Appunti intorno alla «her. inst.»*, in St. Besta 3 (1939) 301 ss.; Id., *«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, *«Her. inst. cum cretione» e giustizia salomonica* (1955), in Scr. 6 (1972) 694 ss.; D'Orta, *Saggio sulla «her. inst.». Problemi di origine* (1996). — Circa le forme dell'*heredis institutio*, cfr., a titolo d'esempio: Gai 2.117: *Sollemnis autem institutio haec est: «Titius heres esto»; sed et illa iam comprobata videtur: «Titium heredem esse iubeo»; at illa non est comprobata: «Titium heredem esse volo»; sed et illae a plerisque improbatae sunt: «Titium heredem instituo», item «heredem facio»*; Constant., a. 339, 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 quocumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem.* — Sugli *heredes sui* e *sui liberi*: infra n. 29.2 e 29.3.1. — Sulla *exheredatio* cfr.: I. 2.13; D. 28.2 e v. infra n. 30.2 e 3. Sul tema: Palmieri, *Osservazioni minime in tema di «exheredatio»*, in St. Biondi 2 (1965) (il cd. «*caput et fundamentum totius testamenti*») fu la disposizione della «*heredis institutio*» («istituzione di erede»), cioè la chiara ed inequivoca designazione del chiamato, o dei due o più chiamati dal testatore alla sua successione (es.: «*L. Titius heres esto*»). Ad essa doveva accompagnarsi: *a*) per il *ius civile*, l'espressa «*exheredatio*» («diseredazione») degli *heredes sui*, cioè dei discendenti in sua potestà, nel caso che ve ne fossero e che il testatore (evidentemente, di sesso maschile) volesse escluderli dalla *successio* (ciò per il principio che «*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*»); *b*) per il *ius honorarium*, l'*exheredatio*, sempre da parte del testatore di sesso maschile, di tutti i *liberi* (sia *sui* sia *emancipati*) non istituiti. *Institutio* ed *exheredatio* reclamavano l'uso di *verba sollemnia*, di locuzioni solenni tradizionali: solo in periodo postclassico, con Costantino, fu ammesso che la volontà di istituire e di diseredare potesse risultare attraverso l'uso di qualunque espressione. 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 maschio, se provvisto di *filii* e *nepotes* agnatizi (cosa che era esclusa per i soggetti di sesso femminile), alla grave responsabilità che si assumeva non istituendo eredi le persone della sua discendenza.

28.4.1. La qualità di «*heres institutus*» (o «*scriptus*») postulava l'attribuzione a lui di tutto e indistintamente il patrimonio

---

615 ss.; Wurm, *Apokeryxis, «abdicatio» und «exheredatio»* (1972). — Anche per i postumi sui, cioè per i figli *in potestate* nati al testatore dopo la sua morte (e quindi in quel momento già concepiti) valeva la regola «*sui instituendi aut exheredandi*». Equiparati ai postumi (cioè «*postumorum loco*») erano: *a*) i nipoti nati dopo la morte del testatore ad un figlio dello stesso che gli fosse premorto (cd. «*postumi Aquiliani*», individuati da Aquilio Gallo); *b*) i figli nati al testatore o a un suo figlio *in potestate* dopo la confezione del testamento e prima della sua morte (cd. «*postumi Velleiani*», individuati dalla *lex Iunia Velleia* del 26-28 d. C.); *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*. V. *infra* n. 28.7. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni hanno, in generale, abbandonato il principio della istituzione di erede come «caput et fundamentum» del testamento, quindi la necessità della diseredazione espressa dei discendenti: il tutto sulla scia del rifiuto della regola «nemo pro parte testatus ecc.» (v. retro n. 27.3). Ad esempio, nel diritto italiano «le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore» (a. 588 c.c.): l'erede può ricevere anche solo legati e il patrimonio fuori quota va, comunque, agli eredi legittimi. Amplius sulla istituzione di erede: a. 624-628 cc.*

28.4.1. La *heredis institutio ex re certa* conta numerosi e notevoli contributi di studio, ma i problemi, storici e d'inquadramento dogmatico, sono tutt'altro che risolti. Sul tema: David, *Studien zur «heredis institutio ex re certa»* (1930); Bese-

(«asse») ereditario («*as hereditarius*», onde l'unico erede testamentario era detto «*heres ex asse*») oppure di una «quota» dello stesso: in quest'ultima ipotesi, mancando o venendo meno uno o più coeredi per le quote rimanenti, queste si accrescevano agli eredi superstiti in applicazione del principio «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*». L'istituzione di erede, pertanto, non poteva avere riferimento ad un cespite determinato («*institutio ex certa re*») o esser fatta con detrazione di un determinato cespite («*institutio excepta re*») perché ne sarebbe conseguita la nullità del testamento: tuttavia, la giurisprudenza classica, ispiratasi al *favor testamenti*, opinò che in queste eventualità non dovesse ritenersi invalida la disposizione istitutiva dell'erede (e quindi il testamento), ma dovesse ritenersi invalida la menzione della *certa res* (la disposizione valeva cioè «*detracta rei certae mentione*») e suggerì che le indicazioni specifiche del *testator* fossero eseguite, nei limiti del possibile, solo in sede di divisione.

28.4.2. 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 perdere: «*semel heres semper heres*» si usava dire («una volta erede sempre erede», salvo, beninteso, che il testamento fosse revocato). Pertanto il «*dies*» (iniziale o finale che fosse) si considerava non apposto.

28.5. Numerose altre disposizioni particolari, tutte però subordinate nella validità alla presenza dell'*heredis institutio*,

---

ler, *Romanistische Studien*, in *St. Riccobono* 3 (1936) 294 ss.; Cosentini, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, in *St. Bonfante* 3 (1930) 727 ss.; Cohen, «*Heredis inst. ex re certa*» etc., in *Trans. of Am. Philol. Ass.* (1937); Sanfilippo, *Studi* cit. 227 ss.; Sciascia, *Note critiche sulla «inst. excepta re»*, in *Varietà giur.* (1956) 1 ss.

28.4.2. Per le clausole accidentali apposte all'*heredis institutio* si legga I. 2.14.9: *Heres et pure et sub condicione institui 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 heres institutus esset*. V. *supra* n. 25.3. — La condicio iurisiurandi, che subordinasse l'istituzione di erede (o anche il legato o la *donatio mortis causa*) al giuramento da parte del beneficiario di compiere un'azione o un'omissione (eventualmente turpe o contro i buoni costumi) fu espressamente osteggiata dal pretore, che la considerò nulla a causa dell'influenza esercitata sul beneficiario dal *metus divini numinis*. Sul tema: Lenel, *EP.*³ § 166; Cabrè, *La rimozione del giuramento* etc. (1988); Astolfi, *Riflessioni in tema di «condicio iurisiur.»*, in *SDHI.* 55 (1989) 364 ss. V. *retro* n. 23.5.2. — 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*. — Sulla revoca del testamento: *infra* n. 28.8.

28.5. Sui modi di substitutio heredis cfr. Gai 2.174-184; D. 28.6 (*De vulgari et pupillari substitutione*); CI. 6.26; I. 2.15-16. — La formula tipo della potevano essere contenute nel testamento. Di esse parleremo nei luoghi opportuni, limitandoci qui a segnalare solo l'eventuale designazione di un erede di riserva: la «*substitutio heredis*» («sostituzione dell'erede»). Di tale sostituzione testamentaria si conoscevano due tipi: *a*) la *substitutio vulgaris*; *b*) la *substitutio pupillaris*. La «*substitutio vulgaris*» («sostituzione ordinaria») era la nomina di un altro o di altri *heredes* «sostituti», per il caso che l'erede nominato per primo (l'*heres institutus*) premorisse al *testator* o comunque non acquistasse l'eredità. La «*substitutio pupillaris*» («sostituzione pupillare») era la nomina di un *heres* da parte del testatore (maschio) al proprio discendente impubere (anche se da lui non istituito erede testamentario) in vista dell'ipotesi che questi morisse prima di raggiungere la pubertà (cioè durante la condizione di «*pupillus*» soggetto a *tutela*) e quindi prima di acquistare la capacità di disporre testamentariamente, a sua volta, del patrimonio ereditato.

---

substitutio vulgaris era: «*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. Sul tema: Solazzi, «*Vulgaris substitutio*» (1950) e *Postilla*, in *Scr.* 5 (1972) 249 ss., e 6 (1972) 601 s.; Robbe, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico* (1953). — La formula tipo della *substitutio pupillaris* era: «Si *Titius filius meus* (ed eventualmente: *heres meus*) *prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius (illi) heres esto*» (si noti l'uso di «*in suam tutelam venire*» per dire che il pupillo esce dalla tutela, cioè acquista la tutela di se stesso). La *subst. pupillaris* (che poteva essere disposta anche a favore del *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 *subst. pupillaris* (come pure la stessa *subst. vulgaris*) fosse disposta in una sorta di «testamento separato» («*secundae tabulae*» o «*tabulae inferiores*»: Gai 2.181), che era poi considerato «*pars et sequela paterni testamenti*» (cfr. I. 2.16.5: *adeo ut, si patris testamentum non valeat, ne filii quidem valebit*). — Sempre a proposito della *substitutio pupillaris*, molto controverso è se i giuristi classici abbiano mai ritenuto, in caso di istituzione del figlio da parte del *pater*, che il *substitutus* fosse erede del figlio o lo fosse invece del *pater*. La questione fu posta specialmente in riferimento alla *causa Curiana* (ricordata, con minuzia, da Cicerone: retro n. 22.4) ed alla *substitutio divi Marci et Veri* (cfr. D. 28.6 pr.-2): nella prima fu deciso che una *substitutio pupillaris* implicitamente 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. Sul tema: La Pira, *La sostituzione pupillare*, in *St. Bonfante* 3 (1930); Wolff, *Die Pupillarsubstitution*, in *St. Riccobono* 3 (1936) 271 ss.; Solazzi, «*Unum testamentum duarum hereditatum*» (1955), in *Scr.* 5 (1972) 595 ss.; Voci, *La sostituz. pup. nel dir. rom.*, in *AG.* 149 (1955) 190 ss.; Finazzi, *La sostituzione pupillare* (1997) con bibl. — In età postclassica si parlò di *substitutio quasi pupillaris* nell'ipotesi che il sostituto fosse stato dato ad un discendente pubere, ma insano di mente, per il caso che morisse prima di aver riacquistato la ragione: I. 2.16.1. — Persistenza. *Negli ordinamenti giuridici moderni è conosciuta in genere la sola «sostituzione volgare», o più precisamente «ordinaria», valevole anche per i legati* (cfr. a. 688-691 c.c.). *Il diritto italiano e altri ordinamenti ammettono anche la «sostituzione fedecommissaria»* (cfr. a. 692-699 c.c.), *per la quale v. infra n.* 33.7.2.

28.6. La capacità di testare (cd. «*testamenti factio* attiva») seguiva le regole generali della capacità giuridica e della capacità di agire, salvo che non potevano testare: *a*) le vittime di *capitis deminutio maxima*, con la conseguenza che il testamento da loro fatto anteriormente fu considerato nullo sin tanto che non intervenne a salvarlo la *fictio legis Corneliae* dell'81 a. C.; *b*) gli *impuberes* (mentre, dopo i tempi arcaici della loro totale incapacità giuridica, potevano testare le *mulieres*); *c*) i *Latini Iuniani*. Nel corso dell'età classica i *filiifamilias* furono eccezionalmente ammessi a testare in ordine al *peculium castrense* (nonché, per il diritto postclassico, anche in ordine al *peculium quasi castrense*) e i *servi publici* acquistarono la capacità di testare in ordine ad una metà del proprio peculio.

28.7. La capacità di essere *vocati ex testamento* (cd. «*testamenti factio* passiva») spettava, in età classica, a tutti i

---

28.6. Sulla *testamenti factio* attiva: Krüger, «*Testamenti factio*», in *ZSS*. 53 (1933) 505 ss.; Biondi, *Successione testamentaria* cit. 85 ss.; 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. 28.1.11: *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*; Iust. C. 6.22.9: *Furiosum in suis indutiis ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit*. — Sul testamentum mulieris cfr. Gai 2.112. Per la sua storia: Zablocki, *Appunti sul «t. m.» in età arcaica*, in *BIDR*. 94-95 (1991-92) 157 ss. V. anche retro nt. 27.1 e *infra* n. 46.7. — Il condannato alla pena capitale (e in particolare alla *poena cullei* del parricidio), essendo *capite minutus*, perdeva la capacità di testare. In proposito: Zuccotti, *Il testamento di Publicio Malleolo*, in *St. Biscardi* 6 (1987) 229 ss.; Diliberto, *Il testamento del matricida*, in *SDHI*. 52 (1986) 177 ss.; Guarino, *Variazioni sul tema di Malleolo* (1989), in *PDR*. 4 (1994) 165 ss. — Sulla fictio legis Corneliae e sul *postliminium*: retro n. 15.4.2. — Sul peculium castrense e sul *p. quasi castr.*: *infra* n. 46.2.3. — Sui servi publici: *infra* n. 52.2.1.

28.7. Sulla testamenti factio passiva, spunti in: Robbe, *I postumi nella success. testamentaria rom.* (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 der. rom. postclás. y justinian.*, in *AHDE*. 35 (1965) 357 ss. — Per la differenza fra testamenti factio passiva, incapacità di succedere ed indignitas: Nardi, *I casi di indegnità nel dir. success. rom.* (1937); id., *La «incapacitas» delle «feminae probrosae»*, in *SSA*. 1939. V. anche *infra* n. 31.4-5. — Per quanto riguarda l'istituzione degli schiavi cfr. 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 insti-*

soggetti giuridici, anche se incapaci di agire (es., perché *furiosi*). Potevano essere inoltre istituiti anche gli schiavi del testatore, purché il *testamentum* contemplasse anche la loro *manumissio*; schiavi e *filii* di altri soggetti giuridici potevano essere istituiti, ma con l'effetto di far acquistare il compendio al loro avente potestà. L'istituzione di discendenti non ancora venuti in vita, ma già concepiti, detti «*postumi* (*adgnati*)», che in età arcaica non era ammessa, fu pienamente riconosciuta in età preclassica e classica: *a*) sia riguardo ai postumi propri del testatore maschio («*postumi sui*») o ad essi equiparati («*postumorum loco*»), i quali dovevano anzi essere, se non istituiti, almeno diseredati espressamente; *b*) sia, per *ius honorarium* (quindi ai fini della *bonorum possessio*), riguardo ai cd. «*postumi alieni*», cioè riguardo ai nascituri (già concepiti, ma non dal *de cuius*) che non sarebbero stati *in potestate* del testatore se fosse sopravvissuto.

28.7.1. Di regola la capacità di essere istituiti doveva sussistere nei cd. «*tria momenta*»: *a*) il momento della confezione del *testamentum*; *b*) il momento della morte del *testator*; *c*) il momento dell'acquisizione successoria (quando quest'ultima era successiva alla morte del testatore).

28.8. La revoca del *testamentum* fu ritenuta sempre lecita sino al momento della morte del testatore («*ambulatoria*

---

tutus 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 adgnati: retro n. 28.4. In argomento: Robbe, *I «postumi»* cit.; Meinhart, *D. 50.16.231. Ein Beitr. zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, in ZSS. 82 (1965) 188 ss.; Lamberti, *Studi sui «post.» nell'esperienza giur. rom.* 1 (1996). — 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*». Si noti che non erano incapaci di ricevere coloro che, pur essendo stati indicati non nominativamente, fossero stati designati come appartenenti ad una ben identificabile categoria (*sub certa demonstratione*): es., «*ex cognatis meis qui nunc sunt qui primus ad funus meum venerit*» (v. *infra* n. 33.2, 65.3).

28.7.1. Sui tria momenta cfr. I. 2.19.4, ove si precisa: che il terzo momento era distinto dal secondo solo per l'*heres extraneus*, in quanto accettante la successione; e che «*medio tempore mutatio iuris heredi non nocet*» (purché la capacità vi sia nei momenti giusti).

28.8. Sulla revoca testamentaria: Borzoni, *Il testam. rom. principio e la sua revocabilità* (1904); Bohacek, *Il problema della revoca non formale del testam.*, in St. Bonfante 4 (1930) 307 ss.; Sanfilippo, *Studi* cit. 73 ss.; De Sarlo, *Gai 2.151 etc.*, in AG. 136 (1949) 102 ss.; id., *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) 251 ss.; Serangeli, *Studi sulla revoca del testamento in dir. rom.* (1982). Per aspetti particolari v. anche *infra* n. 33.6.1.

est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum»). Tuttavia circa le modalità necessarie alla revoca vi furono notevoli differenze tra *ius civile*, *ius honorarium* e *ius novum*.

28.8.1. Secondo il *ius civile*, il *testamentum* (*per aes et libram*) non poteva essere revocato se non mediante la confezione di un nuovo e diverso *testamentum*, a séguito del quale il precedente *testamentum* era metaforicamente «*ruptum*» (infranto). Chi avesse testato una volta non aveva, dunque, la possibilità di trarsi indietro e di lasciare il passo alla *successio ab intestato* distruggendo il documento che ne costituiva la prova, oppure limitandosi a dichiarare di non voler più tener ferme le sue precedenti volontà: valeva per lui, a dir così, il principio «*semel testator, semper testator*».

28.8.2. Secondo il *ius honorarium*, che guardava al *testamentum* essenzialmente dal punto di vista documentale, il *testator* poteva invece 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*».

28.8.3. Secondo il *ius novum* (particolarmente in periodo postclassico) il *testamentum* fu considerato revocato: *a*) quando

---

28.8.1. Sulla revoca *iure civili* cfr. Ulp. 23.2: *Rumpitur testamentum 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 minus desinent valere quae ibi fuerint scripta, licet eorum probatio difficilis sit.* Quanto detto da Gaio (e confermato da altre fonti), secondo cui lo strappo dei lacci che tenevano chiuse le tavole testamentarie o addirittura la distruzione delle stesse non implicavano revoca del testamento civilistico, fa intendere che la terminologia «*testamentum ruptum*» (usata per indicare proprio la revoca) si è formata solo in ordine al testamento pretorio ed è stata estesa dalla giurisprudenza al testamento civilistico puramente a titolo metaforico.

28.8.2. Sulla revoca *iure honorario* cfr. 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*).

28.8.3. Sulla revoca in via postclassica cfr.: Theod. Valent. CI. 6.23.21.5-5a (= NovTh. 16.7); Iust. CI. 6.23.27. — POSTILLA. *Negli ordinamenti giuridici moderni la revoca del testamento può essere fatta in modo espresso o anche in modi taciti, mediante atti concludenti (distruzione del documento, alienazione o trasformazione delle cose legate ecc.). Per il diritto italiano vigente, cfr. c.c. 679-687 ss.*

il *testator* avesse proceduto a fare un altro valido *testamentum*; *b*) quando il *testator* avesse deliberatamente lacerato il documento; *c*) (con Giustiniano) quando il *testator* avesse pubblicamente dichiarato («*apud acta*» o davanti a tre testimoni) di volere revocare il suo testamento.

28.9. Il *testamentum* diveniva anche inefficace quando fosse *desertum* o *ruptum*. Il *testamentum* era «*desertum*» (disertato), o «*destitutum*» (abbandonato), quando nessun chiamato a succedere acquistava il compendio: o per essere l'istituito premorto al *testator*, o per essersi l'istituito rifiutato (se *heres voluntarius*) di effettuare l'accettazione. Il *testamentum* era «*ruptum*» (infranto) quando si verificasse, dopo la sua confezione, la nascita di un *suus heres* («*adgnatio postumi sui*»), che il *testator* non avesse avuto la previdenza di istituire o di diseredare come postumo, o quando (abbiamo detto) fosse revocato da un *testamentum* successivo.

28.10. Ben diverso dal *testamentum* fu l'istituto (diffuso in periodo classico) dei *codicilli*, i quali erano un documento

---

28.9. Per i diversi modi di inefficacia sopravvenuta del testamento cfr., ad es., Gai 2.144-146, 2.147 (cfr. anche I. 2.17.7). — 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 irritum*» per l'*iniustum* e per il *ruptum*, ma sopra tutto per il *testamentum* divenuto invalido per sopravvenuta perdita della *testamentifactio*. Queste terminologie non erano, peraltro, usate in modo conforme da tutti i giuristi: cfr., ad es., Pap. D. 28.3.1.

28.10. Per la storia dei codicilli (letteralmente: «piccoli *codices*» di due o più tavole di legno) cfr. l'*excursus* di 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.* Una lettura serena del passo (sostanzialmente credibile) non deve indurre a pensare che Labeone assicurò fortuna ai codicilli in quanto ne appose al proprio testamento, ma implica che Labeone favorì i codicilli in quanto ne redasse e ne consigliò l'uso a coloro che facevano capo a lui nella sua qualità di giureconsulto. Per i *codicilli ab intestato* cfr.: D. 29.4.6 pr.; I. 2.25.1. Per quelli *confirmati* cfr.: PS. 4.14.2; D. 29.7.8 pr.; D. 29.7.20 (per l'accessorietà del codicillo testamentario rispetto al testamento cfr. 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 cfr. per tutti Gai 2.273: ... *codicillis neque heres institui potest neque exheredari quamvis testamento confirmati sint* (*rell.*). Sull'istituscritto (ma privo delle formalità testamentarie) contenente disposizioni di ultima volontà. Di regola i *codicilli* potevano portare solo disposizioni fedecommissarie; tuttavia, se si trattava di «*codicilli testamento confirmati*» (cioè preventivamente o successivamente confermati nel *testamentum* dal loro autore), essi valevano come integrazioni del *testamentum*, salvo che per le eventuali *institutiones* e *exheredationes* (le quali rimasero contenuto esclusivo e caratteristico dei soli *testamenta*).

28.10.1. Non di rado il *testamentum* era munito della cd. «clausola codicillare», mediante la quale il testatore disponeva che, per l'ipotesi di invalidità del *testamentum*, il documento avesse almeno il valore di *codicilli* e le disposizioni in esso contenute acquistassero pertanto carattere di *fideicommissa*.

28.11. La pubblicazione del *testamentum*, quindi la sua presa di conoscenza da parte del pubblico, costituiva l'indispensabile presupposto per l'esclusione della *successio ab intestato*. A questo fine (e per evitarne la distruzione da parte dei controinteressati) il *testamentum* soleva essere depositato dal *testa-*

10: Scarlata Fazio, *La successione codicillare* (1939); Guarino, «*Pauli de iure codicillorum liber singularis*» (1942), in *PDR*. 5 (1995) 355 ss.; id., *Isidoro di Siviglia e l'origine dei codicilli* (1944), in *PDR*. 5 (1995) 135 ss.; [illegible], *Studi sui codicilli* I (1979); Guarino, *Codicello e i codicilli* (1980), in *PDR*. 5 (1995) 151 ss.; [illegible], *Ancora su Isid. Etym.* 5.24.14, in *St. Sanfilippo* 3 (1983) 451 ss.

28.10.1. Numerosi sono gli esempi di clausole codicillari pervenuteci. Cfr., 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 vari, 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* (ecc.). 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 (retro n. 21.5.1). Sul tema: Negri, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso* (1975). V. anche *infra* n. 30.4.3.

28.11. Sull'apertura del *testamentum*: 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 *Scr.* 2 (1981) 809 ss.; Lozano y Corbi, *La «actio de tabulis apertis» y su caracter de popularidad*, in *St. Guarino* (1984) 2561 ss. Cfr.: D. 29.3 (*Testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur*); PS. 4.6.1-3. — Nell'ipotesi di *testator occisus* il pretore vietò, anche indipendentemente dal SC. *Silanianum* (su cui *infra* n. 52.3.3), che l'apertura del testamento fosse fatta prima della *quaestio de servis* intesa ad accertare se gli schiavi conviventi *sub eodem tecto* avessero compiuto il crimine o sapessero chi ne fosse l'autore. Cfr. D. 29.5. — Sulla *lex Iulia de vicesima hereditatium* (5 d. C.?) cfr. PS. 4.6.3. — Postilla. *Sulla pubblicazione del testamento e sugli esecutori testamentari nel diritto italiano vigente* cfr. a. 620-623 e 700-712 cc.

tor presso una persona di fiducia o presso i sacerdoti addetti ad 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 dei sigilli che tenevano chiuse le tavole e nella lettura («*recitatio*») delle disposizioni. La *lex Iulia de vicesima hereditatium*, 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, entro cinque giorni dalla morte del *de cuius*, davanti alla «*statio vicesimae*», cioè davanti all'ufficio preposto alla riscossione del tributo.

29. LA «VOCATIO AB INTESTATO».

29.1. 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* («chiamata intestata»), che si disse anche «*vocatio legitima*» («chiamata legittima») per aver avuto il suo primo e compiuto regolamento dalle leggi delle XII tavole. Senza indugiare sui processi evolutivi, i principî della *vocatio ab intestato* possono essere raccolti intorno a quattro poli: *a*) quello del *ius civile*; *b*) quello del *ius honorarium*; *c*) quello del *ius novum* (classico e postclassico); *d*) quello del diritto delle novelle di Giustiniano.

29.2. Secondo il *ius civile*, al soggetto di sesso maschile, che fosse defunto senza lasciare testamento (*intestatus*), succede-

---

29.1. Sulla *vocatio ab intestato* cfr.: Gai 3.1-87; I. 3.1-12. — Per la nozione di *intestatus* (cioè di «soggetto privo di testamento») cfr. 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.*

29.2. Sulla *vocatio ab intestato iure civili*, oltre alla letteratura citata retro n. 27.1: Lenel, *Rechtsstellung des «proximus» und der «gentiles» im altrömischen Erbrecht*, in ZSS. 37 (1914) 128 ss.; Kübler, *Das Intestaterbrecht* cit.; La Pira, *La successione* cit.; Kick, «*Suus heres*», in ZSS. 58 (1938) 161 ss.; [illegible], *La successione intestata dell'«adgnatus» nella legge delle XII tavole*, in AUPA. 1939; Leifer, «*Suus heres*» cit.; Lepri (M. F.), *Ancora qualche parola a proposito di «sui» e di «adgnati»*, in *St. Solazzi* (1948) 229 ss.; Lévy-Bruhl, «*Heres*» cit. 136 ss.; id., «*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 *St. Lévy-Bruhl* (1959) 416 ss.; Franciosi, *L'«heres extraneus» e le dodici tavole*, in *Labeo* 10 (1964) 353 ss.; Thomas y Valiente, *La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes*, in AHDE. 36 (1966) 189 ss.; Guarino, *La «lex XII Tabularum» e la tutela* (1948), «*Sui*» *e* «*adgnati*» *nelle «XII Tabulae»* (1949), in PDR. 4 (1994) 146 ss., 128 ss.; id., «*Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis*» etc. (1946), in PDR. 5 (1995) 397 ss.

vano, in primo luogo, per natura di cose, i suoi discendenti *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*»); se femmine, titolari di soli cespiti economici (*res* e *servi*). Essi si dicevano «*sui heredes*» (nel senso di eredi «propri» del defunto) e subentravano nell'*hereditas* (o nella rispettiva quota di *hereditas*) senza bisogno di accettazione e senza diritto alla rinuncia, cioè in virtù delle sole norme del *ius civile* («*ipso iure civili*»). Se uno dei *filii* di sesso maschile era premorto al *pater*, la soggettività giuridica si acquistava, alla morte di costui, dai relativi *nepotes ex filio* (e dalla *nurus in manu*), ai quali, quindi, andava (e fra i quali doveva ripartirsi: oggi si direbbe «per rappresentazione») 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 (entro un massimo di circa dieci mesi) qualche figlio da lui concepito («*postumus suus*»), questo era ammesso a pari titolo degli altri *heredes sui* al conseguimento di una quota di *hereditas*.

29.2.1. In mancanza di *sui heredes*, l'*hereditas* del soggetto giuridico defunto (maschio o femmina che fosse) era attribuita

---

A titolo esemplificativo, si cfr. Coll. 16.2.1-5 (che integra una lacuna del principio del terzo commentario delle *institutiones* gaiane): *Intestatorum hereditates 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, naturales sint liberi an adoptivi* (ecc.); *Gai* 3.8: *Igitur cum filius filiave et ex altero filio nepotes neptesve extant, pariter ad hereditatem vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit* (ecc.). — Le norme delle XII tabulae sono riferite retro n. 27.3.2. È ovvio che solo i *patres familiarum* (non le donne *sui iuris*) potevano avere *heredes sui*. — Postilla. Sulla «rappresentazione ereditaria» degli ordinamenti giuridici moderni v., ad esempio, per il diritto italiano vigente a. 467-469 c.c.: i discendenti legittimi subentrano ipso iure nel grado del loro ascendente in tutti i casi in cui questo non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato, sempre che il testatore non abbia previsto altrimenti.

29.2.1. Sulla successione degli *adgnati gentilesque* cfr. Gai 3.9-17 (in particolare, quanto alla esclusione di una *successio graduum* fra gli *adgnati*, Gai 3.11-12: *Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his qui tum, cum certum est aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt. Nec in eo iure successio est. ideoque si adgnatus proximus hereditatem omiserit vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit*). — Sui gentiles in particolare: Talamanca, *L'acquisto dell'eredità da parte dei «g.» ecc.*, in *Mél. Magdelain* (1998) 447 ss., con bibl. — L'attribuzione alla *lex XII tabularum* della regola della esclusione della successio graduum tra gli adgnati si presta, secondo noi, a seri dubbi: sia perché la versione più attendibile della legge decemvirale (v. retro nt. 27.3.2) non parla di *adgnatus* «*proximus*», ma di *adgnati* in genere; sia perché da Gai 1.155 risulta che l'assegnazione della potestà tutelare era data dalle XII tavole a tutti gli *adgnati*, in graduazione tra loro. Probabilmente, il principio dell'*adgnatus proximus* si formò ad opera della giurisprudenza postdecemvirale dei *pontifices*. Infatti, mentre nella legge decemvirale gli *adgnati* e i *gentiles* non erano considerati *heredes*, ma semplici acquirenti del all'«*adgnatus proximus*», cioè al collaterale o ai collaterali agnatizi a lui più vicini (i fratelli, o in mancanza i primi cugini 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 si verificava inevitabilmente questa singolarità: che essa passava ad essere assegnata in blocco a tutti i membri *sui iuris* della *gens* del defunto («*gentiles familiam habento*»). Non essendovi *gentiles* (il che si verificava inevitabilmente per i plebei, i quali erano privi di *gentes*) o non accettando nessuno di questi ultimi, l'*hereditas* era ritenuta *nullius* (di nessuno) ed era quindi trattata come un complesso di cose prive di *domini* e conseguentemente aperte all'appropriazione (*occupatio*) da parte di chicchessia.

29.2.2. Regole speciali vigevano per i soggetti divenuti *sui iuris* per effetto di *manumissio*, cioè per gli affrancati dalla con-

---

compendio patrimoniale («*familia pecuniaque*»), la giurisprudenza pontificale successiva si preoccupò di specificare che l'*adgnatus proximus* (*proximus* al *de cuius* al momento della sua morte) avesse, tra tutti i parenti, l'onore e l'onere di succedergli come *heres*, con la conseguenza di dover rilevare, oltre a tutto il resto, i *sacra* familiari del defunto. Ulteriori eventuali passaggi del titolo (o meglio, della *delatio*) e dei *sacra* a successivi *adgnati* non furono ritenuti, sempre dai pontefici, possibili (v., per analogia, *infra* n. 31.7): di qui l'abbandono del patrimonio del defunto, con estinzione dei *sacra*, alla massa dei suoi *gentiles* (nell'ipotesi, sempre meno frequente, che il defunto fosse un patrizio) o, in mancanza di *gentiles*, alla massa del *populus* (in qualità, dunque, di *res nullius*). — 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 le donne potevano succedere *ab intestato*, a titolo di «*proximus adgnatus*», soltanto se sorelle («*consanguineae*») e non se *adgnatae* di grado ulteriore: *itaque soror fratri sororive legitima heres est, amita* (sorella del padre) *vero et fratris filia legitima heres esse non potest. sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca* (matrigna), *quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae nacta est.*

29.2.2. La vocatio ab intestato liberti (le cui principali fonti di cognizione sono XII tab. 5.8; Gai 3.40 ss.; Ulp. 29; Nov.Th. Valent. 24; C.I. 6.4.4; I. 3.6.10 e 3.7), specialmente a causa delle successive riforme che la riguardarono dalle XII tavole alla *lex Papia Poppaea*, ai provvedimenti di Valentiniano III e di Giustiniano, è stata oggetto di notevoli studi, fra i quali sopra tutto: Schmidt, *Das Pflichtteilsrecht des Patrons und des Parens manumissor* (1868); 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 *SIC.* 1945-46, *La successione nei beni dei liberti nel dir. postcl.* (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.; Samper, *«De bonis libertorum» etc.*, in *AHDE.* 41 (1971) 149 ss.; Masi Doria, *«Bona libertorum»* (1996). V. anche la letteratura cit. retro n. 16.3. — Anche la patrona aveva diritto alla successione del liberto (non però, data la limitazione del sesso, alla tutela di lui: *infra* n. 43.4). — La successione dei patroni ai liberti è materia che tocca anche la *bonorum possessio* (v. *infra* n. 29.3.5) e tutta la questione della misura entro cui dovevano essere contenuti, secondo il parere della migliore giurisprudenza e secondo l'editto del pretore, le *operae* e i contributi dei liberti a favore dei *patroni* (i quali non di rado tendevano ad dizione di *servus* o da quella di *liber in causa mancipii*, i quali evidentemente non avevano collaterali agnatizi. Se essi mancavano di *heredes sui*, l'*hereditas* andava al «*dominus manumissor*» o, nell'ipotesi dei *liberi in mancipio*, al «*parens manumissor*»: insomma al *patronus*. Non accettando costui o essendo egli premorto al *de cuius*, l'*hereditas* era attribuita ai discendenti agnatizi di lui.

29.3. A termini del *ius honorarium*, la «*bonorum possessio intestati*» (o «*sine tabulis*»: «possesso para-ereditario del patrimonio in mancanza di *tabulae* testamentarie») veniva promessa ad un novero di successibili assai più ampio di quello previsto dal *ius civile*, e cioè a quattro classi («*ordines*») di successibili: *a*) *liberi*; *b*) *legitimi*; *c*) *cognati*; *d*) *vir et uxor*. La *bonorum possessio sine tabulis* era caratterizzata, a differenza della successione civilistica, dal fatto che i quattro *ordines* erano subordinati l'uno all'altro, ma non si passava all'*ordo* successivo se non fossero stati esauriti tutti i gradi interni a quello precedente (cd. «*successio ordinum et graduum*»). Inoltre la successione *iure honorario* era «concessa» (*data*) dal pretore sempre a domanda («*agnitio*») dell'interessato.

---

essere nei loro confronti molto stretti). Stando a Ulp. D. 38.2.1 pr.-1, il pretore Rutilio (da identificare col giurista P. Rutilio Rufo, fine sec. II a. C.) avrebbe stabilito nel suo editto che al patrono non avrebbe riconosciuto più di un'*actio operarum* e di un'*actio societatis* nei confronti del liberto, con la conseguenza che «*imago societatis induxit eiusdem partis praestationem, ut, quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret*». Tuttavia, intorno a questa singolare e incerta figura della cd. «*societas Rutiliana*» la discussione è in dottrina accesissima, non mancando fra l'altro le ipotesi di più o meno incisive interpolazioni. Sul punto, forse allo stato degli atti insolubile, da ultimo: Masi Doria, *Die «societas Rutiliana»* etc., in ZSS. 106 (1989) 358 ss., con bibl.

29.3. Sulla *vocatio ab intestato iure honorario* cfr. Gai 3.25 ss.; Ulp. 28.7 ss.; D. 38.6-8 e 11; C.I. 6.14-15 e 18; I. 3.5.5; 3.9.3. Cfr. anche: Lenel, EP.³ 355 ss. (§§ 156-162a). Sul tema: Nardi, *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di «conubium»* (1938); Cosentini, *Breve nota sull'origine dell'«edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius»*, in St. Solazzi (1948) 219 ss. Per la comprensione del sistema successorio onorario, anche in rapporto al *ius novum*, v. inoltre: Benoyer, *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. 1951-53; Lavaggi, *Modifiche legislative postclassiche al senatoconsulto Tertulliano*, in St. Iovene (1954) 749 ss.; Solazzi, *Studi romanistici 4. «Bonorum possessio ex Sc. Pegasiano?»*, in Scr. 5 (1972) 179 ss.; Pastori, *Le definizioni della «bonorum possessio»*, in St. De Francisci 3 (1956) 595 ss.; Díaz Bialet, *«Ius bonorum possessionis»*, in RSADR. 1957-58; Meinhart, *Die bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes*, in St. Kaser (1973) 311 ss. — Gli *ordines* erano qualificati «*unde liberi*», «*unde legitimi*» ecc. perché si sottintendeva «*vocantur*». — Il cd. *edictum successorium* accordava «cento giorni utili» («*quibus scierit potueritque*»: esclusi, dunque, i giorni di giustificabile ignoranza della morte del *de cuius* o della chiamata successoria entro un certo *ordo*, nonché quelli della concreta impossibilità materiale di presentarsi al pretore) acché i chiamati in un *ordo* effettuassero l'*agnitio*. Trascorso questo termine inutilmente, la *vocatio* passava all'*ordo* successivo. Cfr. Ulp. D. 38.9.1.10; D. 38.15.2 pr.

29.3.1. L'*ordo* «*unde liberi*» era costituito da tutti i discendenti agnatizi liberi («*liberi*») del *de cuius* (evidentemente maschio, cioè *paterfamilias*), fossero o non fossero più *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*», («curatore del ventre»), cioè di una persona addetta a controllare le vicende della moglie che il *de cuius* avesse lasciata incinta (cd. «*bonorum possessio ventris nomine*»). La *bonorum possessio* dei *liberi* era, di regola, inclusiva dell'eredità («*cum re*»), quindi con prevalenza sugli eredi civili.

29.3.2. L'*ordo* «*unde legitimi*» era costituito dai successibili *iure civili* (cioè dagli «*heredes legitimi*») nell'ordine di preferenza fissato dalle *XII tabulae*: anzi tutto gli *heredes sui* (se già non avessero chiesto e ottenuto i *bona* come *liberi*), subordinatamen-

---

29.3.1. Sull'*ordo* «*unde liberi*» cfr. D. 38.6 (*Si tabulae testamenti nullae extabunt. Unde liberi*); C.I. 6.14. L'elenco dei «*liberi*» ammessi a chiedere la *bonorum possessio* era il seguente: i *sui heredes* (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 divenuti *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* cfr. 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; C.I. 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. V.: La Rosa, *Appunti* cit.; Stiegler, «*Bonorum possessio*» cit.; id., *Statusstreit und Kindeserbrecht. Probleme des «edictum Carbonianum»* (1972); La Rosa, «*Edictum primum*» cit., in *Iura* 26 (1975) 104 ss.; Quadrato, «*Missio in possessionem ex edicto Carboniano*» e «*bonorum possessio Carboniana*», in *BIDR.* 77 (1974) 65 ss.

29.3.2. Sull'*ordo* «*unde legitimi*» cfr. D. 38.7; C.I. 6.15. In particolare, cfr. Ulp. D. 38.7.2.4: *Haec autem bonorum possessio omnem vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex duodecim tabularum eum legitimum heredem facit sive alia lex senatusve consultum. denique mater, quae ex senatus consulto venit Tertulliano, item, qui ex Orphitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt*. V. *infra* n. 29.4.

te l'*adgnatus proximus* (peraltro sino ad esaurimento dei gradi collaterali agnatizi), subordinatamente ancora i *gentiles*. La *bonorum possessio* dei *legitimi* era «*sine re*», cioè non era inclusiva dell'eredità, sicché non prevaleva nei confronti degli *heredes legitimi* di grado poziore che avessero omesso di rivolgersi al *praetor*, preferendo l'esercizio delle azioni civili.

29.3.3. L'*ordo* «*unde cognati*» era costituito dai parenti di sangue («*cognati*»), in quanto non ammessi all'*ordo* precedente, graduati in progressione (*proximitas*) sino a tutto il sesto grado. La *bonorum possessio* dei cognati era sempre «*sine re*».

29.3.4. L'*ordo* «*unde vir et uxor*» era costituito dal «coniuge superstite» (marito o moglie) del *de cuius*. A lui la *bonorum possessio* era assegnata «*sine re*».

29.3.5. 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 sua *uxor in manu*, 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* («*unde familia patroni*») i familiari e i parenti anche non agnatizi del patrono.

29.4. Il *ius novum*, classico e postclassico, introdusse vari ritocchi al sistema civilistico, non solo per adeguarlo ai princìpi della successione *iure honorario*, ma anche e sopra tutto per integrarlo e correggerlo là dove esso presentava la sua la-

---

29.3.3. Sull'*ordo* «*unde cognati*» cfr. D. 38.8-10; C.I. 6.15; I. 3.5-6. Dei *cognati* di settimo grado erano ammessi alla *bonorum possessio* i soli «*sobrino nati*», cioè i nipoti dei cugini. Per i *filii capite minuti* cfr. Gai 3.27. — Sulla *cognatio*: retro n. 19.6.4.

29.3.4. Sull'*ordo* «*unde vir et uxor*» cfr. D. 38.11; C.I. 6.18. La *bonorum possessio* era concessa solo a chi fosse tuttora coniuge del *de cuius* al momento della sua morte. V. Marchi, *La reciproca posizione successoria dei coniugi* cit.

29.3.5. Su tutta la complessa (e disordinata) materia della *bonorum possessio intestati liberti* cfr. Gai 3.39-54, I. 3.7, D. 38.2 e v. Lavaggi, *La «bonorum possessio»* e *Ancora in tema* cit. (retro n. 29.2.2).

29.4. Sul *contributo del ius novum* spec.: Meinhart, *Die «Senatusconsulta Tertullianum und Orphitianum»* etc. (1967). — In particolare, sui *senatus consulta Tertullianum e Orphitianum*, cfr. I. 3.3 e 4; D. 38.17; C.I. 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. *Orphitianum* (178 d. C.) stabilì, per reciproco, che i figli di primo grado (non però gli ulteriori discendenti) di un *de cuius* di sesso femminile partecipassero alla *successio ab intestato* di lei a titolo di *adgnati proximi* (e quindi prima, e con esclusione, dei collaterali agnatizi).

cuna 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 rispettivamente ad assicurare la successione della madre ai figli e la successione dei figli alla madre. In conseguenza di questi due provvedimenti normativi, la madre e i figli furono portati dal pretore a far parte dell'*ordo* «*unde legitimi*».

29.5. Giustiniano non riformò il sistema successorio intestato nella sua grande compilazione, ma lo fece mediante due importanti novelle successive (la 118 del 543 e la 127 del 548). I successibili furono da questi provvedimenti ripartiti (sempre con rispetto della regola della *successio ordinum et graduum* seguita dal pretore) in quattro classi: *a*) discendenti in linea maschile e femminile; *b*) ascendenti e fratelli germani (questi ultimi parificati ai genitori); *c*) fratelli per parte di un solo genitore (consanguinei o uterini); *d*) altri collaterali. Per il resto, e in particolare per il coniuge superstite, di cui le due novelle tacciono, è da ritenere che siano rimaste in vigore le regole precedenti.

30. LA «VOCATIO CONTRA TESTAMENTUM».

30.1. Di *vocatio contra testamentum* («chiamata contro il testamento», o «successione necessaria») si parla da noi (e

---

29.5. Sul sistema giustinianeo: Arangio-Ruiz, *Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiri* (1913), in *Scr.* 1 (1974) 463 ss.; Bossowski, *Die Novelle 118 Justinians und deren Vorgeschichte*, in *St. Koschaker* 1 (1939) 181 ss.; Biondi, *Dir. rom. crist.* 3 (1954) 178 ss. V. anche: Bonini, *Il «distinguendum a morientis de modo substantiae suae praestitum»* (*Nov. Iust.* 48) (1969), in *St. Grosso* 5 (1972) 137 ss. — Le regole della successione secondo le Novelle furono sintetizzate dai pratici medioevali in quattro versi: «*Descendens omnis succedit in ordine primo / Ascendens propior, germanus, filius eius / Tunc ex uno frater, quoque filius eius / Denique proximior reliquorum quisque superstes*». — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni si adeguano approssimativamente, e con ovvie variazioni fra loro, al sistema giustinianeo, salvaguardando però in ogni caso una quota più o meno consistente al coniuge superstite (normalmente non divorziato). Per il diritto italiano vigente, cfr. a. 565-586 (in tema di «successioni legittime»), il cui ordine successorio è: coniuge, discendenti legittimi e naturali, ascendenti legittimi, collaterali entro il sesto grado, con minuziose regole di «concorso» tra il coniuge e i suoi successibili. Per la c.d. «successione legittima dello stato»: infra n. 33.3. Si noti infine questa particolarità del diritto inglese: in caso di morte di un soggetto senza testamento (senza «will»), il suo patrimonio è affidato dai giudici a degli «amministratori ereditari» (c.d. «personal representatives»), che detengono fiduciariamente i beni (specialmente quelli immobili) allo scopo di procedere ad una liquidazione (c.d. «trust for sale») di cui possa beneficiare sopra tutti il coniuge superstite.*

30.1. Sulla vocatio contra testamentum, oltre alla letteratura citata retro n. 27.1: Racz, *Les restrictions à la liberté de tester en dr. rom.* (1934); von Woess, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter* (1911); La Pira, *La successione* dalla gran maggioranza dei manuali) in senso approssimativo, e comunque secondo una sistematica non romana, per designare in modo unitario una serie di casi in cui, pur essendo stato lasciato dal *de cuius* un *testamentum*, il *ius privatum* ritenne fosse da darsi la preferenza a persone diverse da quelle in esso istituite: a «soggetti non trascurabili» dal testatore. Le ipotesi da considerare sono tre: *a*) quella della *praeteritio* degli *heredes sui*; *b*) quella della *praeteritio* dei *liberi*; *c*) quella della violazione dell'*officium pietatis*.

30.2. La *praeteritio degli heredes sui* («omissione degli *heredes sui*» nel testamento) costituiva una violazione, da parte del *testator*, della già citata regola civilistica della obbligatoria istituzione o diseredazione dei *sui heredes* («*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 discendenti *in potestate* (cioè i *sui heredes*): *a*) l'obbligo di diseredare nominativamente, con indicazione specifica dei nomi («*nominatim*») i

---

cit. 309 ss.; von Lübtow, *Die Entwicklung* cit. 311 ss.; Robbe, *I postumi nella success. testam. rom.* (1937) spec. 231 ss. Altre referenze bibliografiche *infra* n. 30.4. — La comune dottrina suole parlare 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. 30.2-3), 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. 30.4). Diversa impostazione è quella di Di Lella, «*Querela inofficiosi testamenti*» etc. (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 suoi discendenti). In tal senso v. anche: Sangalletti, *Considerazioni sull'origine del principio «s. h. i. s. a. exher.»*, in *SDHI*. 59 (1993) 259 ss. 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 reso quindi inutile come regola autonoma) il principio della necessaria diseredazione formale dei *sui heredes* e (a ben vedere: 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. 28.5.

30.2. 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* cfr. Gai 2.127-128; Ulp. 22.20 e 22. Per l'ipotesi di preterizione di un *postumus suus* v. retro n. 28.4.

filii maschi di primo grado già esistenti al momento della sua morte; *b*) l'obbligo di diseredare specificamente (anche se non proprio con indicazione nominativa dei loro nomi) i *postumi sui*, cioè i figli maschi già concepiti e in via di nascere allorché egli morisse; *c*) 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 specifica di un *filius* maschio importava l'«invalidità totale» del *testamentum* e l'apertura della *successio ab intestato*. La mancata diseredazione degli altri *sui heredes* comportava solo l'«invalidità parziale» del *testamentum*, perché conferiva ai discendenti omessi («*praeteriti*»): il diritto di concorrere in parti eguali con i *sui* istituiti alla divisione dell'*hereditas*; e, quando non vi fossero *sui* istituiti, il diritto di ottenere la metà del patrimonio attribuito con il testamento mancante della loro *exheredatio*.

30.3. La *praeteritio liberorum* («omissione dei discendenti liberi») era prevista dal *ius honorarium*. Questo, infatti, più rigoroso del *ius civile*, esigeva dal testatore che diseredasse individualmente tutti i discendenti liberi di sesso maschile (sia *sui* che *emancipati*), che non intendesse istituire; solo per i *liberi* di sesso femminile era ammessa la diseredazione cumulativa. La omissione del figlio maschio *in potestate* implicava anche per il *ius honorarium* la nullità del *testamentum*: per conseguenza il pretore concedeva a tutti i *liberi* che ne facessero richiesta la *bonorum possessio intestati cum re*, cioè il possesso del patrimonio ereditario in mancanza di un testamento, da far valere anche contro l'*hereditatis petitio* degli eredi civilistici. Viceversa, l'omissione degli altri *liberi*, senza inficiare nella sua totalità il *testamentum*, inficiava le istituzioni di erede: ai *liberi* che ne facesse-

---

30.3. Sulla *praeteritio dei liberi* cfr.: Gai 2.135; Ulp. 22.23. — La *bonorum possessio contra tabulas* era la prima ad essere considerata nel titulo *de bonorum possessionibus* (v. retro n. 27.3.6): il *praetor*, per l'ipotesi 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. 29.3.1). 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*». Sul tema: Vacca, *In tema di «bon. poss. contra tabulas»*, in *BIDR*. 80 (1977) 139 ss.; Bund, *Erbrechtliche Geldquellen römischer Kaiser*, in *Gs. Wieacker* (1978) 50 ss.

ro domanda veniva concessa, pertanto, la «*bonorum possessio contra tabulas*» («concessa contro le *tabulae* del testamento»), anche essa *cum re*, con prevalenza sugli eredi civili. Nel *ius novum* 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.

30.4. La violazione dell'*officium pietatis* (cioè del doveroso affetto verso i parenti) era ravvisata nel fatto che il testatore (non solo maschio, ma anche femmina) non avesse provveduto o sufficientemente provveduto a congrui lasciti in favore dei suoi più stretti parenti, anche se si trattasse di semplici *cognati*. Probabilmente costoro nei più antichi tempi esercitarono contro gli eredi istituiti la *petitio hereditatis*, con l'*actio per sacramentum*, 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 formazione, nel clima del *ius novum*, della cd. «*querela inofficiosi testamenti*» («reclamo contro il testamento impietoso»), azione giurisdizionale tuttora esercitata *per sacramentum* e di cui erano dunque tuttora giudici i *centumviri*, mediante la quale gli stretti parenti (anche se espressamente diseredati) impugnavano il *testamentum* e chiedevano di partecipare alla successione del testatore.

30.4.1. In età classica, la *querela* era esercitabile dai *liberi* (cioè dai discendenti sia *in potestate* del defunto che non), dai

---

30.4. Sulla *querela inofficiosi testamenti* (anche detta, in varie fonti, «*querella*»): Lenel, EP.³ 141 ss.; Renier, *Étude sur l'histoire de la q. inoff. test.* en dr. rom. (1942); Klima, «Q. inoff. test.» (1947); Marrone, «Q. inoff. test.» (1962); Di Lella, «Querela» cit.; Ribas Alba, *La desheredación injustificada etc.* (1998). — Circa la cd. *pietas erga principem*: Gaudemet, «*Testamenta ingrata*» et «*pietas Augusti*», in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1953) 115 ss. — Sui *centumviri*: retro n. 8.2.2.

30.4.1. In ordine alla *portio debita*: Samper, «*Pars debita*» en el der. rom. vulgar, in *SDHI*. 37 (1971) 74 ss.; Sanguinetti, *Dalla «querela» alla «portio legitima»* (1996). 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. 3.28.35; D. 5.2.7 (itp.); CI. 3.28.36; D. 5.2.8.16. — Il *testamentum inofficiosum* («testamento impietoso») era qualificato tale, nel linguaggio corrente e dagli 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 solo se 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 *proce-*

genitori, dai fratelli e sorelle, contro gli eredi testamentari, nel termine di decadenza di cinque anni dall'acquisto successorio; non era riconosciuta al coniuge superstite. 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 (c.d. «*portio debita*», «quota di riserva») fosse pari ad almeno un quarto della quota che loro sarebbe spettata *ab intestato*: ragion per cui la *portio debita* fu detta usualmente *portio legitima* o, più in succinto, «*legitima*» («legittima»). Se la *querela* era accolta, il «*testamentum inofficiosum*» era considerato, a rigor di diritto, totalmente invalido, sì che il querelante poteva ottenere 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 prima della prevedibile sentenza a loro sfavore (sentenza di solito opportunamente preannunciata dai *centumviri*) affinché desistesse dall'azione e si accontentasse della legittima.

30.4.2. Il *ius novum* postclassico, per correggere in parte le eventuali iniquità comportate a vantaggio del reclamante dal regime della *querela*, negò la *querela* stessa a chi avesse già ottenuto una attribuzione successoria, sia pure insufficiente, dal testatore e riconobbe a lui solo una «*actio ad supplendam legitimam*», esercitabile *extra ordinem* per l'«integrazione» del quarto riservatogli.

30.4.3. Sul declinare dell'età classica fu riconosciuta dal *ius novum* (con procedura *extra ordinem*) anche una «*querela inoffi-*

---

dura della querela va precisato quanto segue. Legittimato passivo era generalmente l'erede testamentario che avesse acquistato 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. 33.5.

30.4.2. Circa l'actio ad supplendam legitimam (o «*actio suppletoria*») cfr.: CI. 3.28.30; Nov. 115; I. 2.18.3. Sul tema: Babl, *Die Natur der «actio suppletoria»*, in ZSS. 55 (1935) 272 ss.; Wesener, *Vorjustinianische Ansätze zur «actio ad suppl. leg.»*, in *St. Kränzlein* (1985) 149 ss. — Sul regime postclassico-giustinianeo: Kreller, *Studien zum Aufbau des Digestentitels «de hereditatis petitione»*, in *St. De Francisci* 3 (1956) 285 ss.; Zoz, *I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in dir. rom.* (1978).

30.4.3. Circa le querelae inofficiosae donationis vel dotis cfr. Vat. 280; D. 31.87.3-4; CI. 3.29 e 30; Nov. 92. Sul tema: Donatuti, *L'origine del* *ciosae donationis*» («reclamo contro la donazione impietosa»), 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*» introdotta solo nel periodo postclassico.

31. L'EFFETTUAZIONE DELLA «SUCCESSIO IN IUS».

31.1. 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 coincidere con la morte dell'antecessore, in realtà non sempre esso si realizzava in una sola volta e *ipso iure*, cioè per esclusiva virtú del diritto: a parte il tempo occorrente per il suo verificarsi, spesso erano richiesti o ammessi altri fatti o atti giuridi-

---

la «querela inofficiosae donationis» (1936), in St. (1977) 577 ss.; Krüger (H.), *Die unmässige Schenkung*, in ZSS. 60 (1940) 80 ss. — Sulla dos: *infra* n. 43.2. — Sulla donatio: *retro* n. 23.4.3 e *infra* n. 82.8. — Si ha notizia anche di una cd. quarta divi Pii, cioè di un quarto dell'asse ereditario che fu riconosciuto da Antonino Pio a coloro che, essendo stati in età impubere prima adrogati da un terzo e poi da questo emancipati, avessero perso la possibilità di succedere all'adrogator come *sui heredes* e come *liberi*: cfr. I. 3.1.14; Inst. CI. 8.47. Sul tema: Zoz, *In tema di «quarta divi Pii»*, in ASG. 11 (1980) 249 ss. — Una cd. quarta Sabiniana fu anche riservata da un SC. *Afinianum* al figlio di un padre con tre o più figli, che questi avesse dato in adozione ad altri. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni hanno tutti accettato, sia pure in misura ed in modi diversi, le buone ragioni per cui si affermò in Roma il principio della legittima, la quale è stata generalmente riconosciuta anche al coniuge superstite, se non sempre a titolo di proprietà di una quota ereditaria, almeno a titolo di usufrutto vita natural durante di un certo quantitativo di cespiti, oppure a titolo di diritto verso gli eredi ad ottenere quei beni in proprietà o in godimento (quindi, in quest'ultimo caso, non a titolo di successione). Sarebbe troppo lungo anche solo far cenno dei diversi specifici regolamenti vigenti nei vari paesi: regolamenti nella cui formazione ha talvolta fortemente influito l'esigenza di «riservare» certi beni (sopra tutto quelli terrieri) a determinati elementi della famiglia. Basti rilevare il particolare regime degli ordinamenti di stampo anglosassone (tra cui in specie quello inglese), in cui l'assegnazione di una quota o di determinati cespiti alle persone ingiustamente trascurate nel testamento dipende essenzialmente, alla maniera romana più antica, dal criterio discrezionale delle corti di giustizia, anziché essere fissata in precise norme di legge. Quanto all'ordinamento italiano, i diritti riservati ai «legittimari» (e pertanto esclusi dalla cd. «disponibile» del testatore) sono individuati negli a. 536-564 cc., i quali privilegiano figli, ascendenti e coniuge superstite, precisando i modi in cui si procede, su richiesta degli interessati, alla «riduzione» proporzionale delle disposizioni testamentarie che eccedano dalla disponibile.*

31.1. Sulla delatio hereditatis (o bonorum) cfr. Ter. Clem. D. 50.16.151: *Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi* (definizione non estesa anche all'acquisibilità *ipso iure* per il fatto che in questo caso la *delatio* coincideva con la *vocatio*). — Sull'acquisizione del patrimonio successorio (e in particolare di quello ereditario) cfr. Gai 2.152-173.

ci perfezionativi. Ond'è che, per penetrare il meccanismo dell'effettuazione della *successio in ius*, occorre tener distinti due «momenti» diversi: *a*) quello dell'apertura della successione; *b*) quello dell'acquisizione del patrimonio successorio da parte del chiamato. L'«apertura della successione» si identificava, dal punto di vista logico, con la morte del *de cuius* e implicava la trasformazione dell'astratta «chiamata» (*vocatio ad hereditatem* o *ad bona*) in una concreta «delazione», cioè nella messa a disposizione («*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 verificata al momento della morte del *de cuius*. L'«acquisizione del patrimonio successorio» era un momento logicamente distinto dall'apertura della successione e avveniva: *a*) in taluni casi *ipso iure*, senza necessità di un atto giuridico posto in essere dal chiamato (coincidendo quindi anche nel tempo con la *delatio*); *b*) in altri casi a séguito di «accettazione» («*aditio*»), da parte del successibile della precedente *delatio*.

31.2. L'acquisizione *ipso iure* del patrimonio successorio si verificava in due ipotesi: *a*) quella della *delatio hereditatis* (sia *ex testamento*, sia *ab intestato*) ad un «*heres suus*»,

---

31.2. Sugli *heredes sui et necessarii* cfr. 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 parente 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* cfr. Gai 2.153-159, 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 un proprio 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*, il *de cuius* diseredava questi ultimi nel testamento, designando eventualmente al loro posto degli *heredes extranei*; ma siccome gli *extranei* potevano non accettare l'eredità, ecco che egli, allo scopo di evitare l'infamia sulla propria memoria (si ricordi che la *bonorum venditio* poteva farsi anche nel nome di un morto: *retro* n. 12.6), nominava *heres* o *substitutus vulgaris* uno schiavo o anche uno 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. 32.3.1) come agli *heredes sui et necessarii*: Gai 2.160.

cioè ad un discendente *in potestate* del *de cuius* al momento della sua morte; *b*) quella della *delatio hereditatis ex testamento* (non certo *ab intestato*) ad un «*servus cum libertate heres institutus*», cioè ad un proprio 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*» («eredi necessari», o meglio «necessitati»), cioè costretti ad acquistare l'*hereditas* anche contro voglia: più precisamente, il primo veniva qualificato «*heres suus et necessarius*» («erede domestico e necessitato»), il secondo era indicato più brevemente come mero «*heres necessarius*».

31.3. L'acquisizione del patrimonio mediante *aditio* («adizione») si verificava in due ipotesi: *a*) allorché, mancando *heredes necessarii*, l'*hereditas* venisse deferita 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); *b*) allorché si trattasse di *bonorum possessio*. Gli «*heredes extranei*», dato che acquisivano il patrimonio ereditario solo se lo volessero, erano anche detti «*heredes voluntarii*» («eredi volontari») e *voluntarii* erano, a maggior ragione, i *bonorum possessores*.

31.3.1. Modi di accettazione erano: *a*) la «*cretio* (*hereditatis*)» («accettazione solenne» dell'*hereditas*), atto di accettazione a forma vincolata («*hereditatem Lucii Titii adeo cernoque*»); *b*) la «*pro herede gestio*» («comportamento da erede»), cioè il comportamento concreto di accettante messo in opera dall'*heres* mediante il compimento di atti conclusivi (per esempio, l'impossessamento di beni ereditari, il pagamento di debiti del defunto ecc.); *c*) l'«*adgnitio bonorum possessionis*», la «domanda» della

---

31.3. Sull'accettazione dell'eredità, in generale: Solazzi, *I modi di accettazione dell'eredità* (1912); Dulckeit, *Erblasserwille bei Antretung der Erbschaft* (1934); Beduschi, «*Hereditatis aditio*» (1976); Paricio, *Tres modos de aceptación de la herencia?*, in *Labeo* 45 (1999) 244 ss. Cfr. Gai 2.161 ss.

31.3.1. Sulla cretio (cfr. Gai 2.166): 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 (cfr. Gai 2.167, 177-178; Ulp. 22.34; Pap. D. 50.17.76): Sanfilippo, *La valutazione dell'«animus» nella «pro her. gest.»*, in *AUCT.* 1948; Tondo, *Osservazioni intorno alla «pro her. gest.»*, in *AG.* 153 (1957) 3 ss.; Solazzi, *Ulp.* 22.26 (1957), in *Scr.* 6 (1972) 499 ss.; Coppola, *Studi sulla «pro her. gest.»* 1 (1987), 2 (1999). — Sulla adgnitio (o petitio) bonorum possessionis: retro n. 12.3. — Sull'aditio e, in genere, sull'orientamento del diritto postclassico-giustinianeo in materia di accettazione d'eredità (C.I. 6.30.17; I. 2.19; cfr. CTh. 8.18.8 fin.): Biondi, *Degenerazione della «cretio» ed accettazione espressa non formale* (1949), in *Scr.* 3 (1965) 543 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.

bonorum possessio offerta dal magistrato (atto che era peraltro privo, ovviamente, di ogni efficacia, se non interveniva a realizzare l'offerta una «*datio praetoris*», la concessione pretoria). 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*» («accettazione informale») espressa liberamente in qualunque forma.

31.3.2. Ad evitare che l'accettazione tardasse oltre modo, lasciando quindi il patrimonio ereditario senza titolare (in condizione cd. di «*hereditas iacens*»), furono escogitati vari espedienti. In primo luogo era possibile al *voluntarius* dichiarare spontaneamente, anche in modi non solenni, di rinunciare all'acquisto successorio («*repudiatio hereditatis*», «rinuncia all'eredità»), permettendo con ciò 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 ter-

---

31.3.2. Sulla *repudiatio hereditatis* cfr. 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* cfr. 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 scies poterisque*», dalla clausola «*quodni ita creveris, exheres esto*» e dalla clausola (connessa alla precedente) «*tum Maevius heres esto (cernitoque in diebus centum [rell.])*». Si distingueva, pertanto: *a*) 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 sciet quisque se heredem esse institutum et possit cernere*»); *b*) tra «*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 termine 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* cfr. Gai 2.167: ... *solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere*. Sul tema: Solazzi, «*Sp. delib.*» (1937), e *Sul «tempus ad deliberandum»* (1937), in *Scr.* 6 (1972) 496 ss.; Guarino, «*Pactum quo minus solvatur*» (1940), in *PDR.* 7 (1995) 39 ss. — Sull'*interrogatio in iure* («*an heres sit*»): retro n. 11.5.5.

2º luogo, i creditori ereditari potevano rivolgersi al pretore affinché fissasse al chiamato un «*tempus ad deliberandum*» («termine per deliberare»), onde decidere se accettare o meno, oppure affinché autorizzasse la formale interrogazione davanti a lui («*interrogatio in iure*») del *vocatus*, cui veniva chiesto se fosse o non fosse erede («*an heres sit*»), nonché eventualmente per quale quota lo fosse («*quota ex parte*»).

31.4. Impedimento all'acquisizione successoria *ex testamento* (sia a titolo di eredità che di legato) era determinato dalla 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*, non nel senso comune del termine (cioè nel senso di incapacità giuridica o di incapacità di agire), ma, si badi, nel senso specifico di inidoneità del *successor* ad «acquistare» («*capere*») il *relictum* (dunque, nel senso di «incapacità apprensiva»). I cespiti negati all'*incapax* venivano denominati «*caduca*» («beni caduchi») 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 gravavano (debiti, legati, fedecommessi, obblighi *ex modo* ecc.), tenendo per sé il solo residuo attivo («*caduca cum suo onere fiunt*»).

31.4.1. Le ipotesi più importanti di incapacità apprensiva furono sancite dalle *leges Iulia et Papia Poppaea* dell'età di Au-

---

31.4. Sull'*incapacitas* successoria v. anche retro n. 28.7. Sul tema: Csillag, *The Augustan laws on family relations* (1976). — Sui *caduca* cfr. Ulp. 17.1-3: *Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere 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. 31.8.

31.4.1. Sulla legislazione matrimoniale augustea: infra n. 41.7. — La *incapacitas* dei *caelibes* e degli orbi era in origine limitata ad *hereditates legataque*, ma fu estesa dal SC. *Pegasianum* ai *fideicommissa* (Gai 2.286). Sul tema: Astolfi, *I beni vacanti e la legislazione caducaria*, in *BIDR*. 68 (1965) 323 ss., e *La «lex Iulia et Papia»*² (1986). — Sulle *personae exceptae* cfr. 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 in quorum potestate matrimonioive sunt quive fuerunt*. Un maggior tempo per sposarsi fu concesso alle donne dalla *lex Papia* (cfr. Ulp. 14: *Feminis lex Iulia a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex mensum, lex autem Papia a morte viri biennii, a repudio anni et sex mensum*). Sul tema: Astolfi, *Le «exceptae personae» nella «lex Iulia et Papia»*, in *BIDR*. 67 (1964) 220 ss. — L'attribuzione dei *caduca* era fatta: in primo luogo, agli altri eredi testamentari che avessero almeno un figlio («*heredes patres*»); subordinatamente, ai legatari con figli («*legatarii patres*»); subordinatamente ancora, all'*aerarium* (indi al *fiscus*), che poteva essegusto a carico degli *heredes* e dei *legatarii* che fossero «*caelibes*» o «*orbi*», salvo che il testatore fosse un parente entro il sesto grado o un prossimo affine. I «*caelibes*» (cioè i soggetti di ambo i sessi che non fossero coniugati, pur avendo raggiunta l'età matrimoniale) 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.

31.4.2. Impedimenti approssimativamente analoghi furono sanciti: *a*) 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; *b*) dalla *lex Iunia Norbana* (19 d. C.) per i «*Latini Iuniani*», salvo che acquistassero la *civitas Romana* nei cento giorni dall'apertura della successione; *c*) dal *ius novum* classico, per le «*feminae probrosae*», cioè per le donne di malaffare. Nel corso del periodo postclassico, peraltro, tutte le incapacità apprensive vennero abolite, ad eccezione di quella delle *feminae probrosae*.

31.5. Impedimento alla conservazione del patrimonio successorio, ancora da acquisire o già acquisito, fu

---

citare contro il possessore una speciale *actio in rem*, la «*caducorum vindicatio*» (rivendica dei beni caduchi). — Sulla *caducorum vindicatio*: Provera, *La «vindicatio caducorum»* (1964) con bibl.

31.4.2. Misteriosa la figura del *pater solitarius*, di cui fa menzione solo il titolo di Ulp. 13 («*de caelibe orbo et solitario patre*»): 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: questo quanto era però accresciuto 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 usufructus*): *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* cfr. Iust. C.I. 6.51.1 (a. 534). Ivi si attribuisce ai classici («*veteres*») una distinzione, alquanto 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*: C.I. 6.51.1.2a). Sul tema: Solazzi, «*In causa caduci*» (1940), in *Scr.* 6 (1972) 542 ss.; id., *Attorno ai «caduca»* (1942), in *Scr.* 4 (1963) 265 ss.

31.5. Sulla *indignitas* successoria: Nardi, *I casi di indegnità* cit.; e, da ultimo, [illegible] *Indegnità*, in [illegible]. 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*» (cfr. D. 34.9 e C.I. 6.35). — Altri casi di indegnità, oltre quello ricordato nel testo (su cui cfr. D. 34.9.5, C.I. 6.35.10): il tutore che sposa la pupilla; il liberto che denuncia il patrodeterminato, a termini del *ius novum* imperiale classico, dall'«*indignitas*» («indegnità successoria»), cioè dalle gravi colpe di cui il chiamato si fosse macchiato nei confronti principalmente del *de cuius* (es., tentato o consumato omicidio dello stesso). In tal caso l'acquisizione successoria (sia *ex testamento* che *ab intestato*), pur verificandosi regolarmente, veniva frustrata mediante la «sottrazione» forzosa («*ereptio*») del *relictum* al *successor* indegno e l'assegnazione di esso all'*aerarium* (più tardi 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*, eventualmente a rivendicarlo presso l'erede come proprio, in ogni caso a chiedere che all'indegno fossero denegate le azioni successorie a lui formalmente spettanti.

31.6. In attesa dell'acquisizione successoria, e cioè dell'*aditio*, l'*hereditas* devoluta agli *heredes voluntarii* (fosse ciò *ex testamento* o fosse *ab intestato*) si diceva, come già sappiamo, «*hereditas iacens*». Questa situazione di stallo non solo esponeva le *res hereditariae* al pericolo di appropriazione da parte di terzi e comunque alla carenza di un'adeguata amministrazione, ma implicava la difficoltà che nessuno provvedesse ai *sacra*, che i debitori del defunto si astenessero dal pagare e che i creditori dello stesso non fossero soddisfatti. Fu per ovviare a tutti questi inconvenienti, in modo da conservare l'unità e l'integrità del patrimonio del defunto, che a partire dall'età tardoclassica l'*hereditas iacens* venne progressivamente configurata (lo si è già detto a suo tempo) come soggetto giuridico immateriale, quindi autonomo e autosufficiente. Prima però che questo sviluppo si profilasse vennero creati dalla giurisprudenza arcaica e preclassica due istituti intesi, sia pur molto imperfettamente, a favorire in qualche modo il sopravvento di un terzo, cioè di un soggetto estraneo ad assumere il titolo di *heres* in luogo del *vocatus*: l'*usucapio pro herede* e l'*in iure cessio hereditatis*.

31.6.1. L'«*usucapio pro herede*» («usucapione a titolo di erede») fu, probabilmente, una creazione della giurisprudenza pon-

---

nus 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.

31.6. Sull'*hereditas iacens*, sotto altro profilo e con riguardo alla travagliata formazione dell'istituto: *retro* n. 17.3.2. I problemi dell'*hereditas nondum adquisita* (sopra tutto con riguardo ai *sacra* e alle *obligationes*) sono rappresentati da Franciosi, «*Usucapio pro herede*» cit. V. anche: von Lübtow, *Betrachtungen zur «hereditas iacens»*, in *St. Grosso* 2 (1968) 503 ss.; Robbe, *La «hereditas iacet»* cit.

31.6.1. Sull'*usucapio pro herede*: Franciosi, «*Usucapio pro herede*» cit., con bibl. Tomulescu, *Gaius 2.55 e l'usucap. pro her.*, in *St. Grosso* 4 (1971) 419 tificale successiva alle *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 (per usucapione, appunto) 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 II sec. d. C. esso era già sparito: unico residuo ne fu la regola che le singole *res hereditariae*, pur se si trattasse di *fundi*, fossero tutte usucapibili (sempre che concorresse la *bona fides*) nel giro di un anno soltanto.

31.6.2. L'«*in iure cessio hereditatis*» («cessione giudiziaria dell'eredità»), in senso proprio, fu fiorente sino a tutto il periodo classico (non molto oltre) e fu costituita dalla cessione in blocco (nella forma, appunto, dell'*in iure cessio*) che l'*heres voluntarius* chiamato all'eredità *ab intestato* facesse, prima dell'*aditio*, ad un terzo (il cessionario) del suo diritto all'acquisizione ereditaria. Per effetto dell'*in iure cessio* il cessionario diventava *heres* (o, più precisamente, *vocatus ad hereditatem*) al posto di colui che aveva implicitamente rinunciato a diventarlo. La possibilità dell'*in iure cessio hereditatis* era limitata, come si è detto, all'*heres ab intestato*: se fatta dall'*heres ex testamento*, essa era nulla.

31.6.3. A rigor di termini, una *in iure cessio hereditatis* operata successivamente all'acquisizione ereditaria (e cioè fatta da-

---

ss.; Gutierrez Masson, *La carga de los «sacra» y la «u.p.h.» en relación con el «consortium ercto non cito»*, in ACOP. 3 (1989) 275 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). — Sull'usucapio in generale: *infra* n. 33.3 e 50.9. — Le tappe principali della decadenza dell'istituto furono: un senatoconsulto *ex auctoritate Hadriani*, col quale si stabilì che l'erede effettivo 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; v. *retro* n. 17.5.2).

31.6.2. Sulla in iure cessio hereditatis v. la bibliografia citata *retro* n. 27.1.1. V. anche: Traxent, «*Venditio hereditatis*» cit. (1960). Gaio parla, indipendentemente, due volte dell'istituto: in 2.34-37 e in 3.85-87. — Le ragioni dell'incedibilità dell'hereditas ex testamento (cfr. Gai 3.86: *ante aditam vero hereditatem cedendo nihil agit*) stavano in ciò: che l'*institutio heredis* enucleava designava una determinata persona come erede, mentre, in caso di mancata *aditio* da parte sua, o era prevista dallo stesso testatore una *substitutio*, oppure era implicito che il testatore si rimettesse alle regole della successione *ab intestato* (scil. *legitima*).

31.6.3. 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* gli *heredes necessarii*, oppure dall'*heres voluntarius* che avesse già 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 in qualche modo e parlò egualmente di «*in iure cessio hereditatis*», ma in senso improprio e con effetti limitati. Ove l'*heres* operasse in questi casi 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); trasferisse in blocco al cessionario i soli diritti assoluti (trasmissibili) sulle *res* facenti parte del *relictum*.

31.7. La *transmissio delationis* («trasmissione della delazione») agli eredi non era ammessa: non era concesso cioè di trasmettere agli eredi il semplice diritto di accettare (o non accettare) un'eredità altrui di cui si fosse ottenuta la delazione, ma non si fosse ancora realizzato l'acquisto («*hereditas delata et nondum adquisita non transmittitur 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*.

---

alii in iure cedat, pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse 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, postquam 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 idem 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*.

31.7. Tra le ipotesi di *transmissio delationis* eccezionalmente ammesse possono ricordarsi: *a*) 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; *b*) 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; *c*) la «*transmissio Iustinianea*» (C.I. 6.30.19), 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 Iustinianea»*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 1026 ss.; Galgano, *Acquisto ereditario «ex transmissione delat.» in alcune cost. di Teodosio II ecc.*, in *SDHI*. 62 (1996) 297 ss.; ead., *A proposito di «transm. Iust.»*, in *Index* 28 (2000) 409 ss.

31.8. Il patrimonio ereditario rimasto privo di successori *ex testamento o ab intestato* (sia civilistici che pretori) costituiva un compendio di *bona vacantia* («beni vacanti»), che la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a. C. attribuí all'*aerarium* (sostituito piú tardi dal *fiscus*) a titolo di «*caduca*». Se però il patrimonio non era attivo, lo stato se ne disinteressava ed esso era messo a disposizione dei creditori ereditari, che lo sottoponevano a *bonorum venditio*.

32. Le conseguenze della «successio in ius».

32.1. Le conseguenze della *successio in ius*, o piú precisamente dell'acquisizione del patrimonio successorio da

---

31.8. Sulla sorte dei *bona vacantia* cfr. 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*. Cfr. anche, per la *bonorum venditio* «*cui heres non extabit*», Gai 3.78. Sul punto: Besnier (R.), *L'application des lois caducaires d'Auguste d'après le Gnomon de l'Idiologue*, in St. De Visscher 1 (1949) 93 ss.; Modrzejewski, *La dévolution au fisc des biens vacants d'après le Gnomon etc.*, in St. Volterra 6 (1971) 91 ss.; Gaudemet, *Droits individuels et toute puissance impériale etc.*, in St. Macqueron (1970) 341 ss. V. anche retro n. 31.4-5. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni ignorano la categoria degli «eredi necessari», di quelli che divengono eredi ipso iure: per l'acquisto del patrimonio successorio, dunque, occorre sempre l'«accettazione», la quale può essere «espressa» (cioè riversata in un atto pubblico o contenuta in una scrittura privata) oppure «tacita» (manifestata per comportamenti concludenti da eredi), ma deve essere in ogni caso definitiva, cioè non sottoposta a condizione o a termine, anche se il chiamato può contenerla, come vedremo infra n. 32.3.3, nei limiti dell'inventario. Termini obbligatori per l'accettazione (o per la rinuncia) solitamente non vi sono, ma possono essere fissati dai giudici su richiesta degli interessati (ciò a parte il fatto che il diritto di accettare, se non esercitato per un certo numero di anni, cade in prescrizione). Diffuso è anche l'istituto dell'«indegnità», che funziona di solito come una sottospecie dell'incapacità a succedere (da accertarsi, in caso di contestazione, giudizialmente). I beni ereditari vacanti vengono, di regola, incamerati, a titolo di vera e propria successione legittima, dallo stato, il quale però non risponde verso i creditori ereditari oltre i limiti dell'attivo. Per il diritto italiano, cfr. in proposito a. 456-483 (apertura della successione, delazione e acquisto dell'eredità; capacità di succedere; indegnità; rappresentazione; accettazione espressa o tacita), 519-532 (rinunzia all'eredità; eredità giacente), 586 pc. (successione dello stato).*

32.1. Sulle *conseguenze della successio in ius* cfr. Paul. D. 50.17.120: *Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit*; 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*; 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, come si vede, anche per il *bonorum possessor*. — Il vincolamento del successore all'eredità (con le sue conseguenti responsabilità nei confronti dei creditori del defunto) faceva anche parlare metaforicamente di una sua *obligatio hereditati*. Sul punto: Merli, «*Obligatio hereditatis*» e «*obligatio rei*», in St. Biscardi 6 (1987) 217 ss., di cui non condividiamo la tesi che qui si trattasse davvero di una sottospecie delle *obligationes* (v. anche *infra* n. 63.3). — La *commixtio ex successione* implicava l'estinzione per *confusio* dei rapporti giuridici (relativi o assoluti in senso improprio) in cui l'antecessore e il successore fossero stati in situazione contrapposta:

parte del chiamato, erano le seguenti due: *a*) il *successor* diventava titolare di tutti i diritti trasmissibili (assoluti e relativi) del *de cuius*: diritti che costituivano l'«attivo successorio»; *b*) il *successor* assumeva la responsabilità di adempiere in luogo del *de cuius* tutti i debiti (trasmissibili) gravanti sul defunto: debiti che costituivano il «passivo successorio». In altri termini, tutti i cespiti, attivi e passivi, del patrimonio del defunto si riversavano nel patrimonio del successore, in una mescolanza o «commistione successoria» («*commixtio ex successione*») che li rendeva indifferenziabili dai cespiti di quest'ultimo. Questo effetto, peraltro: in talune ipotesi veniva limitato nell'interesse dei creditori o in quello degli eredi; 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.

32.2. Una prima causa limitativa della commistione successoria fu costituita dalla *separatio bonorum* («separazione dei beni del defunto»): istituto introdotto dal *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*

---

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'antecessore. Sul punto: Kiess, *Die «confusio» im kl. r. R.* (1995) 112 ss. V. anche *infra* n. 50.4, 54.2.1, 68.4.

32.2. Sulla *separatio bonorum*: Giunti, «*Ius controversum*» e «*sep. bon.*» (1990); López-Barajas Mira, «*Sep. bon.*» (1995). Cfr. D. 42.6; C.I. 7.72. L'istituto è descritto felicemente da Ulp. D. 42.6.1.1 (anche se si 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 Seii dicunt bona Seii sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem* (ecc.). — Principali sviluppi postclassici: *a*) fu fissato un termine massimo di cinque anni per la richiesta di *separatio*; *b*) 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; *c*) subordinatamente alla esistenza di residui attivi, furono ammessi a chiedere la *separatio*, per essere soddisfatti nei limiti di quel residuo, anche i legatari; *d*) anche i creditori del *successor* poterono ottenere la *separatio*, al fine di evitare che i creditori del defunto concorressero con loro alla liquidazione dei beni del *successor*. Sul tema: Solazzi, *Il concorso dei creditori nel dir. rom.* 4 (1943) 1 ss. V. anche *infra* n. 32.3.2. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni si ispirano largamente al diritto romano classico e postclassico per la disciplina della separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede. Per il diritto italiano cfr. a. 512-518 c.c., i quali riconoscono il diritto a chiedere la separazione ai creditori e ai legatari.*

cuius; oppure l'apporto della successione non valeva a sottrarlo alla *bonorum venditio*. In questa seconda 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 vendita dei beni del defunto andasse ad esclusivo rimborso dei creditori ereditari stessi.

32.3. Altre cause limitative della commistione 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.

32.3.1. Il «*beneficium abstinendi*» («beneficio dell'astensione») fu introdotto dal *ius honorarium* a favore degli *heredes sui et necessarii* per eliminare le conseguenze dannose dell'acquisizione *ipso iure* (in particolare, per ridurre la loro «responsabilità obbiettiva» di saldare i creditori ereditari). L'*heres suus*, finché non avesse compiuto nessun atto di «intromissione» («*immixtio*») nel patrimonio successorio, poteva ottenere dal *praetor* di astenersi dall'assumere su di sé il passivo ereditario («*abstinere se hereditati*»). Ciò implicava: *a*) che la *venditio bonorum* si operasse nel nome del *de cuius* (e con *infamia* ricadente sulla sua memoria); *b*) che i creditori ereditari trovassero soddisfacimento esclusivamente sul ricavato di quella *venditio bonorum*; *c*) che, pertanto, ogni acquisto effettuato dall'*heres* al di fuori della *successio* al suo ascendente fruttasse integralmente a lui.

32.3. A proposito dei *beneficia heredis*, si avverta che la denominazione «*beneficium*» ebbe carattere tecnico solo in ordine al *beneficium inventarii* (che fu introdotto dal diritto 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*. — Postilla. Gli ordinamenti giuridici moderni conoscono, dei tre beneficia heredis, il solo «beneficio di inventario», disciplinandolo in modi sostanzialmente conformi a quelli tracciati da Giustiniano. Per il diritto italiano cfr. a. 484-511 cc.

32.3.1. Circa il *beneficium abstinendi* cfr.: Gai 2.158; D. 28.7.12; D. 29.2.12; D. 28.8.7 pr. e 2; D. 42.5.28; D. 11.1.12 pr.; e C. 6.31.6. Sul punto v. anche: Serangeli, «Abstentio», «beneficium competentiae» e «codificazione» dell'editto (1989); Guarino, *L'editto in casa Cupiello* (1990), in *PDR*, 4 (1994) 336 ss. — Per armonizzare 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. Sul punto *infra* n. 67.2.1.

32.3.2. Il «*beneficium separationis*» («beneficio della separazione») fu creato dalla giurisprudenza classica allo scopo di favorire gli *heredes necessarii*, sebbene in misura minore degli *heredes sui et necessarii*. Dato che usualmente l'istituzione del *necessarius* (cioè la designazione di uno schiavo come libero ed erede) 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'intromissione (l'«*immixtio*») non avesse avuto luogo, che gli eventuali suoi acquisti successivi alla vendita del patrimonio ereditato 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 dei loro crediti che non fosse stata soddisfatta dal ricavo della *venditio*.

32.3.3. Il «*beneficium inventarii*» («beneficio dell'inventario») fu introdotto infine da Giustiniano a favore degli *heredes voluntarii*, e più precisamente allo scopo di incoraggiarli alla *aditio* di una *hereditas* prevedibilmente passiva. L'*heres* poteva, nei trenta giorni dalla notizia della successione, far procedere ad un inventario dell'attivo ereditario da un pubblico notaio (*tabularius*) e

---

32.3.2. Circa il *beneficium separationis* cfr. Gai 2.154-155; I. 2.19.1. Sul tema: Guarino, *Il «beneficium separationis» dell'«heres necessarius»* (1940), in *PDR*. 6 (1995) 442 ss.; id., *Gai 2.155 e il «benef.» dell'«heres necessarius»* (1944), ivi 457 ss.; García 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: Ankum, *La classicité de la «sep. bon.» de l'«heres necessarius»*, in *St. Grosso* 1 (1968) 365 ss.

32.3.3. Una breve storia del *beneficium inventarii* si legge in C. 6.30.22 ed in I. 2.19.6 (5)-6: *Sciendum tamen est 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 tantummodo 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*. Sul tema: Raggi, *Ricerche intorno al «beneficium inventarii»* (1965), con altra bibl.; Wesener, *Beschränkungen der Erbenhaftung im r. R.: «separatio bonorum» und «ben. inventarii»*, in *St. Waldstein* (1993) 401 ss. — Era interesse dei creditori farsi avanti tempestivamente per essere soddisfatti. L'*heres* non era tenuto ad accertare quali essi fossero (e per quale importo), né a ripartire in quote tra tutti l'attivo ereditario.

dichiarare di accettare la successione entro i limiti dell'attivo stesso («*intra vires hereditarias*»): per il che egli rimborsava i creditori ereditari man mano che gli si presentavano a riscuotere, ma non era tenuto ad alcun pagamento verso chi chiedesse il rimborso dopo l'esaurimento dell'attivo inventariato.

32.4. Nell'ipotesi di pluralità di *successores*, i diritti (trasmissibili) provenienti dal *de cuius* spettavano ad essi a titolo di «*communio hereditatis*» («comunione ereditaria»), nel senso che ne erano tutti insieme titolari. Conseguentemente, gravava su tutti insieme i successori la responsabilità per i debiti del defunto.

32.4.1. Per ottenere la «divisione ereditaria», cioè la spartizione della *communio hereditatis* tra i comunisti, se non interveniva un accordo tra gli stessi, si ricorreva dagli interessati all'esercizio di un'apposita «*actio familiae erciscundae*» («azione divisoria dell'eredità»). 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.

32.5. Se uno tra i *plures vocati* ad una comunione successoria non voleva (a causa di rinuncia) o non poteva (a causa di

---

32.4. 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* n. 27.1.1. e, *amplius*, *infra* n. 37.4. — 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*».

32.4.1. Sulla divisione della comunione, *amplius*, *infra* n. 38.3. — In particolare, circa l'*actio familiae erciscundae* cfr. Gai 2.219; Ulp. 19.16; D. 10.2.40; D. 10.2.1; D. 10.2.24.5. Letteralmente, «*familiam (pecuniamque) erciscere*» significava «chiamare» (*ciere*) i coeredi a «dividere» (*erciscere*) il patrimonio ereditario; «*erctum ciere*». Sul tema: Frezza, sv. «*Actio familiae erciscundae*», in *NNDI*. — POSTILLA. *Negli ordinamenti giuridici moderni il regime è sostanzialmente analogo. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 713-768 cc.*

32.5. Sul regime dell'accrescimento cfr. Cels. D. 32.80: *Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri*. Sul tema: Vaccaro Delogu, *L'accrescimento nel dir. eredit. rom.* (1941); Robbe, *Il diritto d'accrescimento e la sostituzione volgare* cit. — Nella *successio ex testamento* era possibile limitare l'accrescimento ad alcuni consuccessori. A quest'uopo il testatore doveva effettuare una *coniunctio heredum* (cfr. Paul. D. 50.16.142 e Ulp. D. 7.4.3). Si aveva una «*coniunctio re*», se due persone erano istituite successivamente nella stessa quota («*Titius ex parte* morte o altro) operare l'acquisizione successoria, gli altri chiamati avevano un *ius adcrescendi* («diritto di accrescimento»), in forza del quale tutto ciò che sarebbe a lui spettato (sia in attivo che in passivo) si accresceva (e ripartiva) *ipso iure* a favore loro. Se i chiamati a succedere avevano frattanto già operato l'acquisizione successoria della loro parte, non era dunque loro possibile sottrarsi, sia pure mediante la rinuncia alla successione tutta, all'accrescimento della stessa.

32.6. Ove vi fossero più successori aventi qualifica di 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* («collazione dei beni»), di cui si conoscono tre esplicazioni: la *collatio emancipati*, la *collatio dotis* e la postclassica *collatio descendentium*.

32.6.1. La «*collatio emancipati*» («collazione a carico dell'emancipato») 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 eman-

---

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*»): v. Zimmermann, «*Coniunctio verbis tantum*», in ZSS. 101 (1984) 234 ss. — Postilla. *Sostanziale identità negli ordinamenti giuridici moderni di tradizione romanistica. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 674-678 (con riferimento anche all'a. 522) cc.*

32.6. Sulle *collationes successoriae*: Guarino, *Le collazioni ereditarie* (1945). — Si ricordi che, ai fini della parificazione dei successori, esisteva anche la *querela inofficiosae donationis vel dotis*: retro n. 30.4.3. — Postilla. *Molti ordinamenti giuridici moderni, sopra tutto di tradizione romanistica, si ispirano alla collatio descendentium postclassica. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 737-751 cc.*

32.6.1. Sulla *collatio emancipati*: Guarino, «*Collatio bonorum*» (1937); Id., *Über den Begriff der Kollation* (1939), in PDR. 6 (1995) 375 ss.; Burillo, *Sobre la «coll. em.»*, in SDHI. 31 (1965) 199 ss.; Suárez Blázquez, *La colación de los emancipados etc.* (1996); Caballé Martorell, *La «coll. em.»* (1997). Per le fonti cfr. D. 37.6 (*De collatione bonorum*), C. 6.20. In particolare, cfr.: 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 collaturos*; Iul. D. 37.6.3.2: ... *Decedens pater quadringenta reliquit 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 ferat, is vero qui sexaginta contulerit, centum viginti* (rell.).

cipatio soggetti giuridici, avevano frattanto potuto crearsi un più o meno pingue patrimonio attivo. Il pretore stabilì, pertanto, che non avrebbe decretato la *datio bonorum possessionis* a loro favore, se prima ciascuno non avesse garantito ai *sui heredes* (mediante una «*cautio de bonis conferendis*») di dividere con loro i propri *bona* (naturalmente, *deducto aere alieno*, cioè nei limiti del saldo attivo).

32.6.2. La «*collatio dotis*» («collazione della dote») 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 dote (cd. «*dos profecticia*») che fosse stata attribuita dal *pater* al marito, ma nell'interesse di lei (e quindi con suo diritto alla «restituzione»).

32.6.3. In età postclassica, attraverso successivi estendimenti dei due istituti e nel clima di progressiva fusione fra *hereditas* e *bonorum possessio*, si pervenne alla concezione dell'istituto generale della «*collatio descendentium*» («collazione dei discendenti»). In forza di esso i discendenti chiamati alla successione dovevano conferire alla massa ereditaria («*conferre in medium*») il controvalore di tutto quanto avessero ricevuto in vita a titolo gratuito dal *de cuius*: ciò affinché si potesse procedere alla giusta ripartizione del totale così risultante tra tutti gli aventi diritto alla successione.

32.7. **La tutela giurisdizionale del *successor*** contro chi ledesse la sua situazione giuridica (per es.: impossessandosi di *res hereditariae* o rifiutandosi di pagare un debito su lui gravante verso il *de cuius*) poteva essere svolta in due modi: *a*) difendendo i singoli diritti ottenuti per successione mediante il

---

32.6.2. Sulla *collatio dotis*: Guarino, «*Collatio dotis*» (1947), in *PDR*. 6 (1995) 404 ss.; Salechter, *La «coll. d.»*, in *RH*. 32 (1954) 557 ss.; Papakonstantinou, *Die «c. d.» etc.* (1998). Per le fonti cfr. D. 37.7 (*De dotis collatione*). — Sulla *dos profecticia*: *infra* n. 43.2.1.

32.6.3. Sulla *collatio descendentium* cfr. CI. 6.20.17,19,20; Nov. 18.6.

32.7. 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 civilis, 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»* [1933], in *Scr.* 6 [1972] 656 ss.). — In particolare, per quanto concerne il *bonorum possessor*, va ricordato: che all'*hereditatis petitio* dell'*heres* egli poteva opporre (qualora 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 4.34).

ricorso ai mezzi giurisdizionali a ciascuno propri (per es.: la *rei vindicatio*, l'*actio ex stipulatu* e via dicendo); *b*) 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 generale. Nel secondo caso all'*heres* civilistico spettava, come mezzo di difesa giudiziaria del suo titolo di *heres*, una *actio in rem* denominata «*hereditatis petitio*»; al *bonorum possessor* pretorio era concesso, 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*».

32.7.1. L'«*hereditatis petitio*» («petizione di eredità») era una 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, anzi tutto all'accertamento della qualifica di *heres* e, subordinatamente, alla condanna di colui che avesse usurpato i diritti assoluti e relativi costituenti il patrimonio ereditario. Malgrado questo suo vastissimo arco di applicazione, si trattava tuttavia, nella forma, di un'*actio in rem*, sì che il convenuto era sempre qualificato «*possessor*»: il che si spiega solo riportandosi alle origini dell'istituto, che nel sistema del *ius Quiritium*, cioè prima del riconoscimento giuridico delle *obligationes*, consistette in una *vindicatio* (più tardi trasfusa in una *legis actio sacramen-*

32.7.1. Sulla *hereditatis petitio*: Longo (G.), *L'«hereditatis petitio»* (1933); Carcaterra, *L'azione eredit. in dir. rom.* (1948); Dénoyez, *Le défendeur à la pétition d'hérédité privée* (1953); Di Paola, *Saggi in materia di «her. pet.»* (1954); Kaser, *Die Passivlegitimation zur «her. pet.»*, in ZSS. 72 (1955) 90 ss.; Talamanca, *Studi sulla legittimaz. pass. alla «her. pet.»* (1956); Kreller, *Studien* cit. 237 ss.; Schwarz (F.), *Studien zur «her. pet.»*, in I. 24 (1956) 279 ss.; Longo (G.), *Sulla legittimaz. pass. nell'«her. pet.»*, in *Labeo* 2 (1956) 378 ss.; Quadrato, *«Her. pet. possessoria»* (1972); Cabanyes, *Los «iuris possessores» etc.*, in *Om. Alvarez Suarez* (1978) 29 ss.; Müller Ehlen, *«Her. pet.» etc.* (1998). Per le fonti cfr. D. 5.3 (*De hereditatis petitione*), C.I. 3.31. — Come per la *rei vindicatio* (*infra* n. 51.2), la *hereditatis petitio* poteva svolgersi con la procedura «*per sponsionem*» e con quella «*per formulam petitoriam*». Il tenore presumibile della *formula petitoria* pare sia stato il seguente: «*Si paret hereditatem Lucii Titii ex iure Quiritium A.i A.i esse, ni arbitratu tuo res A.o A.o non restituetur, quanti ea res erit, 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 lungamente 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 (cfr. 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*. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni regolano tutti, sia pure con particolari diversi, l'azione di petizione dell'eredità. Per il diritto italiano cfr. a. 533-535 cc., i quali precisano che l'azione è imprescrittibile (salvi gli effetti dell'usucapione rispetto ai singoli beni).*

ti in rem), con la quale l'*heres* reclamava gli oggetti del *mancipium* del proprio antecessore presso il possessore abusivo. Nella procedura dell'*ordo iudiciorum privatorum*, il convenuto era condannato al controvalore dell'eredità al momento della sentenza del giudice (*«quanti ea res erit»*); tuttavia, essendo l'*hereditatis petitio* un *iudicium arbitrarium*, egli poteva assicurarsi l'assoluzione mediante lo spontaneo preventivo ripristino dello *status quo ante*.

32.7.2. Convenuto poteva essere, in diritto classico: *a*) il cd. «*possessor pro herede*», cioè colui che «possedesse» il patrimonio ereditario affermandosi, in buona o in mala fede, *heres* e confidando di poterlo dimostrare; *b*) il cd. «*possessor pro possessore*», cioè colui che possedesse in tutto o in parte il patrimonio ereditario senza affermarsi *heres*, ma col semplice e inequivocabile *animus sibi habendi*, confidando che l'attore non riuscisse comunque a provare il proprio titolo di erede. Sulla base di un *SC. Iuventianum* (129 d. C.), la giurisprudenza classica ritenne che potesse essere convenuto anche chi più non possedesse le *res hereditariae* per averle preventivamente alienate: spunto in base al quale il diritto postclassico ammise che l'azione potesse essere esercitata persino contro il cd. «*fictus possessor*» («possessore fittizio»), 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 lasciare frattanto al vero possessore il tempo di acquistarle per usucapione.

32.7.3. L'*interdictum «quorum bonorum»* (così denominato dalle parole iniziali della formula) era dato al *bonorum possessor*

32.7.2. Il tema della legittimazione passiva all'*hereditatis petitio* è tra i più dibattuti, soprattutto per la difficoltà di distinguere il classico dal postclassico. Quanto al *SC. Iuventianum*, v. spec.: Dénoyez, *Le Sénatusconsulte Juventien* (1926); Appleton, *Le vrai et le faux sénatusconsulte Juventien*, in *RH*. 9 (1930) 1 ss.; Guarino, *Salvius Iulianus* etc. (1946) 82 s. (poi in *Labeo* 10 [1964] 400 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. 36.4.3.

32.7.3. Per l'interdictum quorum bonorum cfr. Ulp. D. 43.2.1 pr.: *Ait praetor: «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»*. Sul tema: Lenel, EP.³ 452; Dénoyez, *La possession «pro herede aut pro possessore»* cit. Cfr. anche 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 possideat 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* per ottenere da chi li possedesse (ed eventualmente anche dall'*heres*, nel caso di *bonorum possessio cum re*) la restituzione dei *bona* a lui attribuiti dal pretore. È dubbio se al *bonorum possessor* il *praetor* abbia concesso, a questo scopo, un'«*hereditatis petitio ficticia*» (cioè un'azione di petizione ereditaria proposta «*ficto se herede*», assumendo per finzione il titolo di erede). Certo è però che Giustiniano creò, in parallelo con l'*hereditatis petitio*, una «*hereditatis petitio possessoria*».

33. LA «SUCCESSIO MORTIS CAUSA IN SINGULAS RES».

33.1. La cd. *successio mortis causa in singulas res* (terminologia efficace, ma, si ricordi, postclassica) si verificava solo *ex testamento* e 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*.

33.2. *Legatum* («legato») era il lascito di un certo e determinato cespite ereditario, che il testatore operava a favore di

---

is, qui putat se heredem esse: pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam... sciens ad se non pertinere possidet (ecc.). — Sulla *hereditatis petitio possessoria* e sul problema delle sue radici classiche: Quadrato, *«Hereditatis petitio possessoria»* cit. passim.

33.1. Sulla cd. *successio in singulas res* (retro n. 27.2.2), con particolare riguardo ai «legata»: Ferrini, *Teoria dei legati e dei fedecommessi* (1889); Grosso, *I legati nel dir. rom. Parte generale*² (1962); Biondi, *Successione testamentaria* cit. 269 ss.; Voci, *Dir. ered. rom.* cit. 2.223 ss.; Sohn, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im röm. R. bis Labeo* (1970); Di Salvo, *Il legato modale in dir. rom. etc.* (1973). Ai *legata* e ai *fideicommissa* sono dedicati i libri D. 30.31.32, nonché C. 6.37 e I. 2.20. — Sulla *datio tutoris testamentaria*: infra n. 45.2. — Sulla *manumissio testamento*: infra n. 53.4.3.

33.2. Sui vari *oggetti dei legati*: Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati in dir. rom.* 1 (1964), 2 (1969), 3 (1979); id., *Giuliano e il «leg. liberationis»*, in *Labeo* 12 (1966) 335 ss.; id., *Abiti maschili e femminili*, in *Labeo* 17 (1971) 33 ss. (tra l. 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 leg. di usufrutto in dir. rom.* 1 (1913); De Villa, *«Optio servi» e il diritto di scelta nei legati*, in *SSA*. 1939; D'Ors, *«Optio servi»*, in *AHDE*. 18 (1947) 367 ss.; [illegible], *«De optione vel electione legata»*, in *Labeo* 2 (1956) 18 ss.; Orestano, *«Prius legatum»*, in *St. Betti* 4 (1962) 381 ss.; Amelotti, *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, in *SDHI*. 19 (1953) 202 ss.; id., v. *Rendita (d. rom.)*, in *ED*.; Arias, *«Legatum nominis»*, in *R. gen. legisl. jur.* 187 (1950) 60 ss.; De Villa, *La «liberatio legata» nel dir. class. e giustin.* (1939); Melillo, *Il «legatum partitionis»*, in *Labeo* 9 (1963) 291 ss.; Santalucia, *I legati ad effetto liberatorio nel dir. rom.* (1964); Talamanca, *Intorno ai* una determinata persona («*legatarius*»: «legatario», 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 negozio, ma i modi tipici dell'assegnazione al legatario si adeguavano a due schemi fondamentali: quello dell'attribuzione di un diritto assoluto sui cespiti ereditari e quello dell'attribuzione di un diritto relativo nei confronti dell'*heres institutus*.

33.3. Il *ius civile* conobbe quattro tipi di *legata* («*genera legatorum*»): *a*) due di essi determinavano l'acquisto di un diritto assoluto sulla *res legata* da parte del legatario (*l. per vindicationem*, *l. per praeceptionem*); *b*) gli altri due determinavano il sorgere di un diritto di credito del legatario verso l'erede (*l. per damnationem*, *l. sinendi modo*).

33.3.1. Il «*legatum per vindicationem*» («legato per rivendicazione», nella forma: «*Titio hominem Stichum do lego*») attribuiva

---

una recente ipotesi sulla «*liberatio legata*», in *SEC*. 1963-64; Melillo, «*Legatum mundi*» *etc.*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 599 ss.; Santalucia, *I legati ad effetto liberatorio fino a Giuliano*, in *Labeo* 13 (1967) 151 ss.; Burdese, «*Fundus*» *e* «*legatum fundi*» *etc.*, in *St. Volterra* 5 (1971) 89 ss.; Guarino, *Sul leg. di vesti* (1970), in *PDR*. 5 (1995) 73 ss.; Zazzera, *Brevi note sul leg. di vino*, in *Labeo* 18 (1972) 348 ss.; Silegno, sv. «*Partitio legata*», in *NNDI*.; Bernasconi, *Il legato di debito in dir. rom.*, in *SDHI*. 42 (1976) 33 ss.; Murga, *El senado consulto Aciliano*: «*ut quae iuncta sunt aedibus legari non possunt*», in *BIDR*. 79 (1976) 155 ss.; Palma, *Note in tema di leg. a favore di chi* «*primus ... ad funus venerit*» *etc.*, in *St. Gallo* 2 (1997) 59 ss.; Bianco, *Il contributo di Giuliano al* «*l. liberationis*», in *SDHI*. 64 (1998) 327 ss. — La casistica presenta, tra le altre, le seguenti ipotesi principali. «*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 e a cespiti che surrogassero in valore la *dos*. «*Legatum dotis constituendae*»: era fatto al marito (o anche alla moglie) affinché il compendio ne fosse utilizzato per la costituzione della *dos*. «*Legatum instrumenti*»: riguardava tutto il complesso di cose che costituisse l'*instrumentum* di un *fundus*, di una villa o di una *domus*. «*Legatum penoris*»: riguardava il cd. «*penus*», cioè il complesso delle scorte destinate al mantenimento della *familia*. «*Legatum mundi muliebris*»: concerneva il corredo di 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 o dividito*»). «*Legatum optionis*»: concerneva uno tra gli schiavi del testatore, di cui la scelta («*optio servi*») era lasciata al legatario.

33.3. Una definizione del *legatum* può leggersi in I. 2.20.1: *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta*. Cfr. anche Flor. D. 30.116 pr.: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*. V. anche retro nr. 27.3.2.

33.3.1. Sul *legatum per vindicationem* cfr. Gai 2.193-196: *Per vindicationem hoc modo legamus*: «*Titio verbi gratia hominem Stichum do lego*»; *sed et* al legatario il *dominium ex iure 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 che fosse avvenuta l'acquisizione successoria, l'*actio in rem* contro chi (erede o altri) trattenesse il possesso della *res legata*.

33.3.2. Il «*legatum per damnationem*» («legato per imposizione di obbligo», 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 inadempimento, agire contro il primo con un'*actio in personam* («*actio ex testamento*»).

33.3.3. Il «*legatum sinendi modo*» («legato con prescrizione di permettere»), sottospecie del precedente, era produttivo del-

---

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, qui 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 spreverit 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 (ecc.). 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 dir. rom.* (1956) spec. 28 ss.; Ambrosino, *In tema di acquisto del legato «per vindicationem»*, in Iura 3 (1952) 249 ss.

33.3.2. 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, 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 maggiori di quel che si crede. Sull'istituto v. anche *infra* n. 84.2.

33.3.3. Per il *legatum sinendi modo* si legga Gai 2.209-215 e v. *infra* n. 84.3. La formula era: «*heres meus damnas esto sinere Titium hominem Stichum sumere sibique habere*». Sul tema, specialmente per l'origine di tale legato (la cui risalenza e paradigmaticità è molto contestata): [illegible], *Origine et nature du legs «sinendi modo»* (1967); Kaser, *Das «legatum sin. m.»* cit., in ZSS. 67 (1950) 320 ss.; Pezzana, *Contributi allo studio del legato «sin. m.»* (1958); id., *Sull'origine e sulla* l'obbligo negativo dell'erede di permettere (*sinere*), cioè di sopportare senza reagire, che il legatario si impossessasse di una cosa, non pagasse un debito ecc.

33.3.4. Il «*legatum per praeceptionem*» («legato per prelevamento», o «prelegato») aveva per effetto la costituzione di un determinato diritto assoluto a favore di uno dei coeredi, il quale poteva impossessarsi della cosa prima (*praecipere*) della divisione ereditaria sottraendola alla stessa.

33.4. Questi quattro tipi di legato furono fortemente accostati l'uno all'altro per effetto di un SC. *Neronianum de legatis*

---

struttura classica del legato «sin. m.», in *St. Volterra* 3 (1971) 183 ss.; Garcia Garrido, *La concepción clásica del legado «sin. m.»* etc., in *St. Betti* 3 (1962) 231 ss.

33.3.4. Il *legatum per praeceptionem* (nella forma: «*Titius heres meus hominem Stichum praecipito*») è quello che ha maggiormente attirato l'attenzione della dottrina. Sul tema: Garcia Garrido, *Gayo 2.216-223 sobre «legatum per praeceptionem»*, in *AHDE.* 31 (1961) 487 ss.; Leuba, *Origine et nature du legs «per praec.»* (1962), con ampia bibl.; Gabba, *«Per praec.»*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 205 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 «sumi ex hereditate»*, in *St. Grosso* 5 (1972) 283 ss.; Meincke, *Zur Anwachsung beim Prälegat*, in *St. Kaser* (1973) 99 ss.; Guarino, *«Aboleri carmina flammis»* (1991), in *PDR.* 6 (1995) 341 ss. (sul testamento di Virgilio). Ankum, *Papinianstellen zum «legatum per praec.»*, in *St. von Lübtow* (1991) 77 ss. — L'individuazione dei termini originari della divergenza di opinioni tra sabiniani e proculiani circa il destinatario del legato è il problema principale posto dalla lettura di 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. ...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* (ecc.).

33.4. Del *SC. Neronianum de legatis*, il cui ricordo scomparve nella compilazione giustinianea perché ormai anacronistico, ci parlano essenzialmente Gai 2.197, 212, 218, 222, Ulp. 24.11a (che ricalca le *Institutiones* gaiane) e Vat. 85. Gaio, dopo aver detto che... *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* (ecc.). Negli altri passi Gaio riferisce varie applicazioni del provvedimento neroniano, talvolta contestate, giungendo a dire, sia pure nel riferire l'opinione di Giuliano e Africano, 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 n. 21.5.1). 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, v. spec.: Maschi, *Studi sull'interpretazione* cit. 109 ss. — In ordine al diritto postclassico ed alla riforma giustiniadel I sec. d. C., il quale stabilì, fra l'altro, che un *legatum per vindicationem* che non potesse valere come tale (es.: perché il testatore aveva legato una cosa altrui) 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 quattro *genera legatorum* non furono più considerati negozi a sé stanti, e le formule di disposizione rimasero distinte soltanto allo scopo di specificare quale fosse l'efficacia che il testatore intendeva attribuire al lascito.

33.5. La pratica dei *legata* fu tanto diffusa in Roma che spesso accadeva che i soggetti distribuissero testamentariamente tutto il loro patrimonio in legati, lasciando all'erede un *nudum nomen*, cioè soltanto il nome di erede (e il carico dei *sacra*). Per ovviare a questo inconveniente furono emanate, tra il II ed il I sec. a. C., tre leggi *de testamentis*: la *Furia*, la *Voconia* e la *Falcidia*. Quest'ultima dispose che all'*heres* fosse riservato almeno un quarto del compendio ereditario (cd. «*quarta Falcidia*») e che, pertanto, i lasciti esuberanti fossero da ridurre («falcidiare», come si usa dire correttamente ancor oggi) in proporzione.

---

nea, cfr. spec. Constant. 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* (coll.). Sul tema: Grosso, *Sulla riforma di Giustiniano in materia di legati*, in *St. Paoli* (1955) 359 ss.; Kaser, *RPR.* 2. 549 ss., 555 ss.

33.5. Sui limiti e le riduzioni delle disposizioni *mortis causa* v. in particolare: Wieacker, *Hausgenossenschaft* cit. 45 ss.; Wesel, *Ueber den Zusammenhang der «lex Furia», «Voconia» und «Falcidia»*, in *ZSS.* 81 (1964) 308 ss. — Sulla lex Furia testamentaria (ca. 170 a. C.), in particolare: Arias Bonet, *«Mortis causa capiones»* cit. 781 ss. La legge (*minus quam perfecta*) stabilì che i legati non potessero superare il valore di 1000 assi (salvo alcune eccezioni per stretti congiunti) e che per l'eventuale eccedenza, se incamerata, il legatario fosse tenuto a pagare una multa di quattro volte tanto (*poena quadrupli*). — Sulla lex Voconia de hereditatibus mulierum in particolare: Casalsi, *L'editto di C. Verre e la «lex Voconia»*, in *AUCT.* 1949; Guarino, *«Lex Voconia»* (1982), in *PDR.* 3 (1994) 259 ss.; van der Meer, *The «l. Voc.» etc.* (1996); Weishaupt, *Die «L. Voc.»* (1999). La legge (forse *imperfecta*), non solo limitò la capacità delle donne di ricevere per testamento (v. retro n. 14.4), ma stabilì che l'erede non potesse ricevere meno del legatario più favorito. — Sulla lex Falcidia de legatis, in particolare: Bonifacio, *Ricerche sulla «lex Falcidia de legatis»* (1948), con bibl.; id., *In tema di «lex Falc.»*, in *Iura* 3 (1952) 229 ss.; Schwarz, *War die «lex Falc.» eine «lex perfecta»?*, in *SDHI.* 17 (1951) 224 ss.; Franciosi, *«Lex Falc.», «Sc. Pegasianum» e disposizioni a scopo di culto*, in *St. Donatuti* 1 (1973) 401 ss.; Wacke, *Die Rechtswirkungen der «lex Falc.»*, in *St. Kaser* (1973) 209 ss.; Mannino, *Cervidio Scevola e l'applicazione della Falcidia ai legati tra loro connessi*, in *BIDR.* 84 (1981) 175 ss.; Schwabucher, *«Ratio legis Falc.»* (1995).

33.6. 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'accettazione ereditaria. Ma la giurisprudenza preclassica, considerato che sin dal momento dell'apertura della successione il legato costituiva quando meno una solida «aspettativa di diritto» per il beneficiario, insegnò che il cd. «*dies cedens*» («giorno della riserva del diritto»: 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 concretamente «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*» («giorno della esigibilità del diritto»).

33.6.1. Le cause di impedimento all'acquisto del *legatum* erano, a parte la mancata acquisizione successoria dell'*institu*-

---

33.6. Sull'acquisto del legato: Suman, «*Dies cedens*», in *ZSS*. 34 (1913) 394 ss.; Grosso, «*Dies veniens*», in *St. De Francisci* 1 (1956) 415 ss. V. anche *retro* n. 33.3.1. — 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*: C. 6.51.1.5. — Nell'ipotesi di apprensione arbitraria della cosa legata da parte del legatario (il quale cioè non avesse atteso che l'acquisto da parte sua si svolgesse secondo le regole), il pretore concesse al *bonorum possessor* un «*interdictum quod legatorum*» (restitutorio) nei confronti del legatario: la concessione era subordinata alla prestazione (per garanzia) di una *cautio legatorum servandorum causa*. Sul tema: Betancourt, *El interdicto decretal «Quod legatorum» etc.*, in *St. Vila i Taberner* (1991) 5293 ss., con bibl.

33.6.1. Per le formule dell'ademptio legati cfr. 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. A chiarimento della possibile *ademptio* (o *translatio*) *legati* nel corpo dello stesso testamento, si tenga presente che il testamento non si redigeva necessariamente in un momento solo, ma spesso si redigeva (e si correggeva e si modificava) in più occasioni successive. — 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; id., *L'alienazione della cosa legata o fedecommessa da Celso a Giustiniano*, in *AUPA*. 1920; id., *Ancora sulla dottrina della revoca tacita dei leg. e fedecomm.*, in *AUPA*. 1929; Riccobono, *Legati e fedecommessi etc.*, in *St. Cornil* 2 (1926) 345 ss.; Sanfilippo, *Studi cit.* 99 ss.; De *tus*, le seguenti: *a*) la invalidità iniziale del *testamentum* o della singola disposizione di legato; *b*) la invalidità sopravvenuta dopo la confezione del testamento, ma prima del *dies cedens* (es.: morte del *legatarius* prima del testatore, perdita della cosa legata per *vindicationem* da parte del testatore ecc.); *c*) la «*ademptio legati*», cioè la «revoca» del *legatum* (in una disposizione successiva dello stesso testamento o nei successivi *codicilli confirmati*) da parte del *testator* (es.: «*non do non lego*», «*heres meus ne dato*»); *d*) la «*translatio legati*», cioè la «traslazione» del *legatum* ad altro onorato o a carico di altro onerato disposta nel *testamentum* o in *codicilli testamento confirmati* (es.: «*hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do lego*»).

33.6.2. Nell'ipotesi che venissero meno prima del *dies cedens* le cause di invalidità iniziale, la regola tradizionale (cd. «*regula Catoniana*») era che il *legatum* non fosse ormai più convalidabile («*quod initio nullum est, non potest tractu temporis convalescere*»). Ma la giurisprudenza classica manifestò la tendenza ad interpretare questa regola nel senso più restrittivo.

33.7. Verso la fine del periodo preclassico invalse l'uso di effettuare lasciti *mortis causa*, anziché per legato, mediante *fideicommissum* («fedecommesso»), cioè mediante una pre-

---

Marrone, *Un caso di revoca tacita del legato*, in *RIL.* 1958; Arnò, *L'alienazione della cosa legata* (1939); Koschaker, *L'alienaz. della cosa legata*, in *Conf. Castelli* (1940). Sulla revoca implicita spec.: Astolfi, *Studi sull'interpretazione della revoca implicita in materia di legati e di manumissioni*, in *SDHI.* 25 (1959) 128 ss.; Talamanca, *Sul concorso fra legato e manumissione* cit.; Guarino, «*Ademptio libertatis» implicata da «legatum»* (1963), in *PDR.* 6 (1995) 358 ss. — Sulla translatio legati: (es.: «*hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do lego*») Bonifacio, *Sulla natura giuridica della «translatio legati»*, in *Labeo* 2 (1956) 219 ss.; Talamanca, *Revoca testamentaria e «translatio legati»*, in *St. Betti* 4 (1962) 185 ss.

33.6.2. La cd. *regula Catoniana* ebbe senz'altro una complessa vicenda storica, sí che 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*» (cfr.: Gai 2.244; Ulp. 24.23; I. 2.20.32; per talune particolarità di applicazione, D. 30.41.2, D. 34.7.1 e D. 34.7.5). La ricostruzione della storia e dell'esatto significato della *regula* non è stata esaurientemente operata. Tuttavia v.: Lambert, *La règle Catonienne* (1925); Appleton, *L'origine et la fin de la règle Catonienne*, in *RH.* 11 (1932) 19 ss. V. retro n. 21.5.1 con altra letteratura.

33.7. Sulla successione fedecommissaria: Johnston, *The Roman law of trusts* cit.; Giodice Sabbatelli, *La tutela giuridica dei fedecommessi fra Augusto e Vespasiano* (1993); Longchamps de Bérier, *Allargamento della circolaz. dei beni «mortis causa»: le origini del fedecommesso*, in *St. Kupiszewski* (1996) 103 ss.; Camera Lapenta, *La fiducia successoria segreta* (1996). V. anche retro n. 28.10. — La definizione dell'istituto in Ulp. 25.1: *Fideicommissum est quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*. In relazione a questa definizione, si usa largamente parlare di «*verba precativa*» per indicare la *legatio fideicommissaria*. — Sulla intesa fiduciaria: retro n. 37.3.2.

ghiera informale (*rogatio*), rivolta all'erede (anche se *ab intestato*) oppure al legatario (detti perciò, sotto questo profilo, «onerati») di trasferire («*reddere, restituere*») in tutto o in parte un cespite ricevuto ad un terzo, il quale era dunque effettivo beneficiario del lascito e perciò era detto anche «onorato» («*fideicommissarius*»). La «*rogatio fideicommissaria*», assolutamente scevra di forme prestabilite, poteva essere fatta nel *testamentum*, nei *codicilli* (o anche non *confirmati*) o con qualunque manifestazione verbale. Da essa sorgeva inizialmente un puro impegno d'onore, non un dovere giuridico dell'onerato: il quale, in tanto esaudiva la preghiera fedecommissaria, in quanto si sentisse vincolato al fedecommittente da una «intesa fiduciaria». Ma a partire dai tempi di Augusto venne affidato dapprima ai consoli, di poi ad uno speciale pretore («*praetor fideicommissarius*») il compito di provvedere *extra ordinem* acché anche dei fedecommessi fosse assicurata giurisdizionalmente l'esecuzione. Nel corso del periodo classico avanzato la giurisdizione del pretore per i fedecommessi finì per essere assorbita dalla *cognitio extra ordinem* dei principi: pertanto l'ingresso dei fedecommessi nel mondo del diritto divenne indiscusso e fece sì che essi assumessero carattere surrogatorio (e, in caso di conflitto, addirittura prevalente) non solo rispetto ai legati, ma anche rispetto alle istituzioni di erede.

33.7.1. Un'applicazione speciale del *fideicommissum* fu costituita dal cd. «*fideicommissum hereditatis*» («fedecommesso di

---

33.7.1. 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 (2.250): *et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa vel ex die certa*. 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 tema: Longchamps de Bérier, *Il fedec. universale etc.* (1997). — Sul *SC. Trebellianum*: Bartošek, *Il senatoconsulto Trebelliano*, in *St. Ferrini Milano* 3 (1948) 308 ss. — Sul *SC. Pegasianum*: Sabater, *La cuarta Trebeliánica* (1951); Lambertini, *Servi onerati di fedec. universale etc.*, in *AG.* 218 (1998) 239 ss. — *Fideicommissum de residuo* fu detto quello per cui l'onerato di un fedecommesso di eredità era onerato a sua volta dalla *rogatio* di trasferire, in un termine stabilito, ciò che rimanesse (il *residuum*) ad un secondo fedecommissario. A seguito di molte discussioni sull'obbligo del primo fedecommissario di non sperperare malamente il patrimonio a detrimento del secondo, Giustiniano (Nov. 108, a. 541) stabilì che, di regola, il residuo non potesse essere inferiore a un quarto. Sul eredità»), 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 fedecommissario di eredità fosse parificato ad un erede (*heredis loco*) e godesse quindi di azioni ereditarie in via utile. Un SC. *Pegasianum* (dell'età di Vespasiano: forse 75 d. C.) stabilì peraltro che, in ogni caso, all'*heres rogatus*, cioè richiesto di trasferire l'eredità al fedecommissario, fosse riservato un quarto dell'asse ereditario (cd. «*quarta Pegasiana*»), ad imitazione della *quarta Falcidia*.

33.7.2. Il *fideicommissum* diventò, in tal modo, un istituto molto diffuso, che in periodo postclassico mostrò chiara tendenza ad assorbire in sé quanto meno i legati, tanto più che per questi ultimi non vennero più richieste forme determinate. Giustiniano concluse il processo evolutivo equiparando negli effetti i *legata* ai *fideicommissa* («*per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*»).

---

punto: Murillo Villar, *El fideicomiso «de residuo» en der. rom.* (1989); id., *Aproximación al origen del fideicom. «de eo quod supererit»*, in *BIDR.* 92-93 (1989-90) 123 ss.; Cuena Boy, *Notas sobre el fideicom. «de residuo»*, in *SC.* 7 (1995) 41 ss.; Desanti, *La sostituzione fedecomm. etc.* (1999).

33.7.2. Sull'exaequatio ai fideicommissa dei *legata*: D. 30.1 (ma cfr. 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 separatamente 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.; Nardi (E.), *Legato e fedecommesso: avvicinamento e fusione*, in *AUBO.* 80 (1991-92) 11 ss. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni sono tutti generalmente orientati verso la libertà di forma, oltre che di contenuto, delle disposizioni mortis causa a titolo particolare, purché inserite in un atto testamentario (le cui forme sono, del resto, piuttosto libere: cfr., per il diritto italiano vigente, a. 649-673 c.c.). Tuttavia essi sono del pari decisamente orientati, in modi ed entro limiti più o meno stretti, a reagire all'istituto dei fedecommessi, specie di quelli ereditari, cd. «di famiglia», era invalso nell'età di mezzo, sopra tutto nei secoli XVI-XVIII, allo scopo di conservare intatto attraverso le generazioni successive il patrimonio familiare, ed in ispecie quello immobiliare, con assegnazione di esso al primogenito maschio (cd. «maggiorasco»). Il Code civil francese (a. 1048-1049) è stato il primo a porsi su questa strada, stabilendo che la cd. «substitution fidéicommissaire» non può andare oltre la disposizione che il figlio nominato erede distribuisca alla sua morte il patrimonio residuo fra tutti i suoi figli nati o concepiti. Prescrizioni analoghe, alquanto meno severe, si leggono nel BGB (§ 2107) e si incontrano nel diritto inglese e negli ordinamenti di stampo anglosassone. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 692-699 c.c. (nel testo modificato dalla l. n. 151 del 1975), i quali ammettono la sostituzione fedecommissaria soltanto se disposta a favore (e a carico) delle persone o enti che si prendono cura sino alla sua morte del discendente o del coniuge interdetto per infermità di mente.*

SEZIONE SECONDA

I RAPPORTI ASSOLUTI DEL «IUS PRIVATUM»

CAPITOLO VI

I RAPPORTI ASSOLUTI DEL «IUS PRIVATUM»

SOMMARIO: 34. I rapporti assoluti del *ius privatum*. — 35. La *possessio*. — 36. La *possessio ad interdicta*. — 37. La *communio*. — 38. Il regime della *communio* condominiale.

34. I RAPPORTI ASSOLUTI DEL «IUS PRIVATUM».

34.1. Dei rapporti assoluti del *ius privatum*, nel loro assetto classico (sec. I-III d. C.), è stato già disegnato un quadro succinto a suo tempo. Prima di passare alla loro descrizione analitica sembra opportuno tornare brevemente a quel quadro generale per svilupparlo in prospettiva storica. Occorre, in altri termini, inquadrare i rapporti assoluti del *ius privatum* entro le vicende generali dell'ordinamento giuridico romano, e riconnettere più specificamente 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.

34.1.1. Già abbiamo parlato, in chiave ovviamente di ipotesi e di induzione evoluzionistica, della preistoria e protostoria del

---

34.1. Il quadro dei rapporti assoluti del *ius privatum* nel loro assetto classico è stato dato retro n. 5.9.1-2. — Per la prospettiva storica di séguito sommariamente disegnata rinviamo a: Guarino, *SDR.* passim. V. anche Grosso, *Schemi giuridici e società nella storia del dir. priv. rom. 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. 3.8), v.: Cracco Ruggini, *Esperienze economiche e sociali nel mondo romano*, in *Nuove questioni di storia antica* (1968) 645 ss. (ivi altra bibl.).

34.1.1. Sulle famiglie potestative e sulla loro formazione nel quadro dell'età arcaica: retro n. 4.2.

ius privatum, 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» di carattere essenzialmente pastorale alle prime e imperfette espressioni di un'economia «individualistica» di tipo agricolo: economia individualizzata però non nelle persone singole, ma nelle *familiae* (e residualmente, sempre più di rado, nelle *gentes*) di cui erano espressione i relativi capi, i *patres*.

34.1.2. La ragione principale 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, tetragona 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, le quali erano inizialmente esuberanti e non richiedevano ancora un grande dispendio di mezzi per la loro coltura, quanto era quello di garantirsi la loro stessa autonomia di fronte alle altre *familiae* e di fronte alla nascente *civitas*. Per il che: da un lato, il regime dell'appartenenza dei beni economici in generale rimase a lungo quello rudimentale e semplicistico della loro utilizzazione a titolo di «occupazione di fatto», cioè a titolo di mera *possessio*;

34.1.2. Il carattere non economico, ma funzionale (in rapporto cioè 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 costituzione della *civitas*), è dimostrato proprio dalla estrema povertà economica delle prime esplicazioni della titolarità giuridica: titolarità corporale, secondo noi, con l'istituto denominabile *manus* o *mancipium*. Stando alla tradizione (che concentra, al solito, il fenomeno in iniziative di personaggi mitici), il fondatore 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* 16.1-2) precisò la tutela giuridico-religiosa dei confini di questo cd. *heredium*. Un'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 loro 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'autonomia della sede del gruppo familiare, lo stabile albergo ai suoi membri e al bestiame domestico di maggiore importanza, un accantonamento minimo 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. Sul tema: Gabba, *Per la tradizione dell'«heredium» romuleo*, in *RIL.* 112 (1978) 250 ss.; Hermon, *Réflexions sur la propr. à l'ép. royale*, in *MEFRA.* 90 (1978) 7 ss.

dall'altro lato, il «bisogno di *ius*», cioè l'esigenza di una tutela stabile di certi valori ritenuti preminenti, si concentrò piuttosto 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 operativa la *familia* sul piano religioso, sociale ed economico.

34.2. Queste le ragioni per cui nel sistema originario del *ius Quiritium* fu riconosciuto e tutelato un solo ed unico schema di rapporto assoluto (in senso proprio), intercorrente tra il *paterfamilias* e tutti gli altri *Quirites*. Tale rapporto, avuto riguardo

---

34.2. Il tema del *mancipium* è tra i più contrastati nella dottrina giusromanistica, sia per quanto concerne il valore semantico e l'etimologia del termine «*mancipium*», sia per quanto concerne la distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi* (retro n. 22.4). Per un quadro delle questioni: Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana* 1 (1969); id., *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi* 1 (1981); Diósdi, *Ownership in ancient and preclassical Rom. l.* (1970); Lévy (J.-Ph.), *Histoire de la propriété* (1972); Corbino, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza giur. rom. arcaica*, in *La proprietà e le proprietà* (1988) 1 ss.; Labruna, «*Tradere*» etc., in *St. Gallo* 3 (1997) 403 ss. Utili spunti anche in: Behrends, *Das Vindikationsmodell als grundrechtliches System der ältesten römischen Siedlungsorganisation* etc., in *St. Wieacker* (1991) 1 ss. — La terminologia di *mancipium* da noi prevalentemente adottata (alternativamente a quella di «*manus*» e di «*potestas*») non implica la tesi che l'istituto fosse denominato proprio in questi termini, 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 rom., 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 nr. 19.8 e bibl. ivi citata) emerge, a nostro avviso, da tutta una serie di indizi offerti dalle strutture degli istituti dei cd. 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: v. invece Capogrossi Colognesi, *La struttura* cit. 195 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 significano sempre un passo indietro. Per una più approfondita discussione del tema: Guarino, *Dal «ius civile» al «ius Quiritium»* (1973), in *PDR.* 4 (1994) 29 ss.

alle facoltà del soggetto attivo, venne denominato in modi vari, ma principalmente: «*manus*» (con evidente allusione alla mano paterna che tiene in pugno il gruppo); o anche (da «*manu capere*», prendere con la mano) «*mancipium*»; oppure (da «*potis esse*», essere potente) «*potestas*».

34.2.1. Oggetto del *mancipium* (come noi preferiamo denominare l'istituto) fu la «*familia*», il gruppo familiare a base agnatizia, in tutti i suoi distinti e svariati elementi. Elementi (lo abbiamo già detto in precedenza, ma non è male ripeterlo) rappresentati: *a*) dai *filii*, *nepotes ex filio*, *pronepotes* di ambo i sessi, insomma dai discendenti in linea maschile, i quali erano tutti denominati «*filii familias*», in quanto legati al *pater*, oltre che dal *mancipium*, dal vincolo della procreazione («*adgnati*» in senso stretto); *b*) dagli «*adrogati*», cioè dai *patres familiarum* estranei, che, rinunciando allo stato di *sui iuris*, si fossero liberamente assoggettati, mediante *adrogatio*, al *pater*, e fossero stati quindi ridotti, in una con i propri *filii*, in condizione di suoi *filii familias* (di suoi «*adgnati*» in senso lato); *c*) dalle «*uxores in manu*», cioè dalle donne provenienti da altre *familiae* ed entrate a far parte di quella del *pater* sopra tutto per essere le mogli di lui o dei suoi *filii*, tutte però sotto la potestà del *pater*, e quindi in luogo di *filiae* (*filiarum loco*); *d*) dai membri (come *patres* o come *filii*) di altre *familiae* (restanti pur sempre tali) che il *pater* avesse acquistato, a tempo o in perpetuo, a titolo di forze di lavoro aggiuntive e perciò fossero (solo entro questi limiti) sottoposti al suo *mancipium* (i cd. «*mancipia*» o «*liberi in man-*

34.2.1. Il concetto di *familia* nel diritto più antico e nell'età delle XII tavole (v. anche retro n. 15.6.1) offre dubbi notevoli, anzi forse insuperabili: anche la nostra ricostruzione è meramente ipotetica. Sul significato arcaico di «*familia*» e di «*pecunia*»: Albanese, *La successione ereditaria in dir. rom. antico*, in *AUPA*. 1949; Coli, *Il testamento nella legge delle XII tavole* (1956), in *Sc.* (1973) 613 ss. Per l'opinione espressa nel testo: Guarino, «*Si intestato moritur*» (1944) e *Le «XII tabulae» e la tutela* (1948), in *PDR*. 4 (1994) 132 ss., 146 ss. — Più in generale, 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; id., *Primordia civitatis* (1959) 140 ss. — I critici dell'ipotesi relativa all'unità originaria dell'istituto del *mancipium* fanno leva, per negare la originaria unità 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, Capogrossi Colognesi, *Ancora sui poteri del «pater familias»* cit.). Giustissimo: ma noi non sosteniamo che il *mancipium* originario comprendesse 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 soltanto un embrione: quel minimum che era di interesse dei *patres familiarum* affinché l'organizzazione delle *familiae* non subisse attentati da parte di terzi.

cipio», non noverati tra gli *adgnati*); *e*) dai «*servi*» (schiavi), cioè dai prigionieri di guerra provenienti da altre comunità politiche, che non fossero stati uccisi, ma fossero stati conservati (*servati*) per il lavoro; *f*) dalla «*domus*» (dall'etimo indo-europeo «*dham*», che è lo stesso di «*familia*»), cioè dall'abitazione familiare, con il piccolo «*heredium*» (podere ereditario) circostante, o anche, più tardi, dal «*fundus*» *in agro Romano*, cioè dal fondo agricolo ottenuto a séguito di una pubblica ripartizione e assegnazione di terre (*divisio et adsignatio agrorum*); *g*) 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*», cioè sottoposti al giogo e al basto: buoi, muli, asini, cavalli). Questo catalogo, sia chiaro, non riflette l'esiguo assetto sociale ed economico dei primissimi tempi 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, nel quadro del *ius civile vetus* repubblicano: in tempi, cioè, nei quali Roma passò ad una vita economica cittadina più intensa e articolata, si avviò alle prime conquiste territoriali, fece i suoi primi schiavi e fu teatro dell'ovvia tendenza dei *patres familiarum* a rinsaldare e ad allargare i loro *mancipia* (sopra tutto fondiari), visto che questi costituivano la base della loro influenza nella comunità cittadina.

34.2.2. La condizione giuridica degli oggetti sopra indicati non era peraltro, sempre a termini di *ius Quiritium*, identica per tutti. In primo luogo, la casa, il fondo, gli animali da soma o da tiro erano oggetti giuridici «per loro natura», che non avrebbero mai potuto mutare questa loro qualità (pur se trasferiti da un soggetto attivo ad un altro, e pur se abbandonati a se stessi) e che appunto perciò passarono più tardi ad essere detti «*res*» in senso proprio. In secondo luogo, gli esseri umani sotto *mancipium* e sotto *manus* erano sottoposti «provvisori», che potevano essere anche affrancati (*manumissi*) o dismessi

---

34.2.2. Sulla posizione giuridica delle singole categorie comprese nel *mancipium*, nella fase più antica, spec.: Wenger, *Hausgewalt und Staatsgewalt im römischen Altertum*, in *Misc. Ehrle* 2 (1924) 1 ss.; Westrup, *Family property and «patria potestas»* (1936); De Visscher, *Il concetto di potestà nell'organizzazione dell'antico dir. rom.*, in *St. Castelli* (1940); Castello, *Studi di diritto familiare e gentilizio* (1942); De Francisci, *Primordia civitatis* cit. 107 ss.; Voci, *Qualche osservazione sulla «familia» romana arcaica* (1953), in *St.* (1985) 197 ss. — Quanto alla posizione giuridica dei *filii in potestate*, si ricordi che Gaio diceva che i figli (sopra tutto, aggiungiamo noi, quelli maschi di primo grado) «*vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*». Sul punto v. *retro* n. 20.4.3 e nn. 29.2.

per effetto di divorzio, e che tornavano in tal caso alla loro condizione giuridica precedente: o di *patres* a tutti gli effetti delle loro famiglie; o di *filii* e *filiae* del *pater* originario. In terzo luogo, i *servi* erano invece oggetti «anormali» 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 liberi *in mancipio* e di diventare per questa via, essendo privi di una *familia* romana di origine a cui far ritorno, non solo *liberi*, ma anche *cives* e *sui iuris*. In quarto luogo, i discendenti agnatizi (in senso stretto e in senso lato) erano oggetti giuridici «a titolo temporaneo», ma potenzialmente erano soggetti giuridici, perché sarebbero divenuti indipendenti, in un futuro più o meno lontano, allorché il *pater familias* della loro *stirps* agnatizia fosse scomparso: essi vennero pertanto contraddistinti anche col termine di «*liberi*» (o di «*capita*»), cioè di membri in qualche modo già influenti nella vita della comunità. Le premesse di una dissoluzione del *mancipium*, schema giuridico troppo elementare per ricomprendere realtà sociali ed economiche tanto disparate, furono costituite appunto dalla progressiva diversificazione delle esigenze poste dai suoi soggetti sul piano della realtà sociale ed economica.

34.2.3. Al di fuori degli elementi della *familia* ora indicati nessun altro cespite, abbiamo detto, aveva rilevanza per il *ius*

34.2.3. Sulla comunanza civica *infra* n. 37.3. — Sulla possessio delle res nec mancipi: *infra* n. 35.2. — Per il catalogo delle res nec mancipi: *retro* n. 33.8. — 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* (*pecuniaque*) e altrove (v. *retro* n. 27.3.2, 28.2.1). Solo in tempi storici la parola «*pecunia*» passò ad indicare prevalentemente il danaro e, meno spesso, il patrimonio in senso economico. La spiegazione consueta del termine è che esso derivi da *pecus*(-*oris*), attraverso una generalizzazione 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-iranica, italica e germanica, ha indotto il Benveniste (*Le vocabulaire des institutions indo-européennes* 1 [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. Cfr. tuttavia Varr. *de l. l.* 5.92: *Pecuniosus a pecunia magna, pecunia a pecu: a pastoribus enim horum vocabulorum origo*. Sul tema (oltre ai citati *retro* n. 34.2.2): 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.; Zebos, *«Peculium» w Terminologii Wczesnego Prawa Rzymskiego*, in *AUW.* 138 (1971) 317 ss.; Gnoli, *Di una recente ipotesi sui rapporti tra «pecus», «pecunia», «peculium»*, in *SDHI.* 44 (1978) 204 ss.; Tagliaferro Scafati, *Il cavallo e la cavalleria* etc., in *Labeo* 25 (1979) 183 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 anzi tanto per ciò sostengono invece l'origi-

Quiritium e costituiva quindi oggetto di *mancipium*. Ogni altro cespite interessava solo l'ancora debole ed approssimativo ordinamento (si badi: non giuridico) della *civitas*, cioè il cd. «ordinamento statale», e costituiva: *a*) oggetto di «comunanza» dei *cives* nel loro insieme; *b*) oppure oggetto di «possesso materiale» («*possessio*») dei singoli *patres familiarum*. In comunanza dei *cives* tutti erano i terreni non assegnati al *mancipium* delle *familiae*, cioè i terreni che nei cd. tempi storici sarebbero stati poi qualificati come «*ager publicus*» (agro pubblico, terra della comunità). In *possessio* dei singoli *patres familiarum*, cioè in loro disposizione materiale (priva di specifica rilevanza giuridica, ma non certo di consistente rilevanza sociale), erano le «*res non familiares*» (cose mobili e *animalia non màncipi*), cioè quelle che nei successivi tempi storici sarebbero state qualificate come «*res nec màncipi*», ivi comprese gli appezzamenti delle terre comuni di cui i singoli si fossero materialmente impadroniti. Ed è ovvio che 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 esuberanti rispetto alle strette necessità familiari e perciò utilizzabili per finalità di consumo o di scambio, di maggiore agiatezza e potenza sociale: nella quale ipotesi il termine utilizzato per qualificarle fu tradizionalmente quello di «*pecunia*».

34.3. Sarebbe azzardato voler precisare minuziosamente il processo storico di transizione dall'assetto dianzi tracciato del

---

nazione 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 romanistica 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. Cfr. 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.*

34.3. Principali sviluppi dei rapporti assoluti familiari: la liberazione dei *filii* dalla *patria potestas* mediante l'*emancipatio*; la trasferibilità 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. *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*. Sul punto: *infra* cap. VII. — 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 rem-

ius Quiritium al successivo assetto del *ius civile vetus*: è più facile individuare gli stacchi tra posizioni estreme che cogliere attendibilmente i vari passaggi tra le posizioni di partenza e quelle di arrivo. In linea molto approssimativa, ed altrettanto ipotetica, le cose andarono presumibilmente così. Per un verso la sfera dell'ordinamento giuridico si estese dall'ambito originario della *familia* sino a ricomprendere anche quello della *pecunia*; per un altro verso la crescente 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 particolare oggetto e tutti perciò non più immediatamente espressivi di un istituto unitario, ma collegati tra loro solo da residue analogie. Di qui il lento costituirsi, attraverso 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: *a*) quelli «familiari» in senso stretto; *b*) quelli «parafamiliari»; *c*) quelli «dominicali e paradominicali», questi ultimi incentrati intorno all'istituto del *dominium ex iure Quiritium*.

34.3.1. In ordine particolarmente al «*dominium ex iure Quiritium*», che fu l'istituto centrale dei rapporti dominicali e paradominicali, un esame anche superficiale della sua struttura nei cd. tempi storici porta a rendersi conto della sua natura «composita»: sono infatti chiaramente ravvisabili in esso le tracce della progressiva, anche se tutt'altro che perfetta, fusione tra l'isti-

---

pre in connessione con i coevi sviluppi in materia di *hereditas*. Sul punto: *infra* cap. VIII.

34.3.2. Le cause sociali ed economiche del trapasso dal *mancipium* e dalla *possessio* extragiuridica al *dominium ex iure Quiritium* sono abbastanza facilmente individuabili. In primo luogo, come già accennato (n. 34.2.3), 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, armenti, 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: ed è ovvio che i Quiriti tendessero a garantire questo tipo di ricchezza (sin allora 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, attraverso compera e alienazione di derrate e di oggetti lavorati). Sul punto: Guarino, *La rivoluz. della plebe* (1975) spec. 250 ss.

tuto quiritario del *mancipium* sulle *res familiares* e l'istituto coevo, ma extra-giuridico, della *possessio* delle *res non familiares*. Dal *mancipium* il *dominium* ereditò sopra tutto il carattere di piena «giuridicità» del rapporto, cioè di indipendenza dello stesso dall'esigenza di una materiale ed effettiva disponibilità (*possessio*) dell'oggetto da parte del soggetto attivo (il *dominus ex iure Quiritium*); dalla *possessio* extra-giuridica il *dominium* ereditò sopra tutto il carattere di rapporto a fondamento economico relativo a *res* costituenti per il soggetto attivo «ricchezza» immobiliare o mobiliare. Va tuttavia precisato: che il regime specifico delle *res* ebbe connotazioni essenzialmente diverse a seconda che si trattasse di *res màncipi* (derivanti dalla *familia* quiritaria) o di *res nec màncipi* (derivanti dalla *pecunia* dell'età quiritaria); e che 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.

34.3.2. Il faticoso processo di formazione del *dominium ex iure Quiritium* comportò due rimarchevoli conseguenze. La prima fu che il *mancipium* sui *servi*, avendo carattere prevalentemente economico, fu attratto entro il *dominium* e ne divenne una sottospecie, peraltro con peculiari residui del regime originario, che chiameremo la «*potestas dominica*». La seconda fu che per l'utilizzazione dei fondi (*praedia*) siti *in agro Romano*, cioè di quelli costituenti oggetto di *mancipium* evoluto, si profilarono le prime e più essenziali cd. *servitutes rusticae* (denominate appunto perciò *servitutes màncipi*): quelle di passaggio a piedi o su animali o carri (*iter, actus, via*) o di sistemazione di una condotta d'acqua attraverso un fondo vicino.

34.4. Nell'assetto più evoluto del *ius civile vetus*, cioè in quello di un diritto consuetudinario opportunamente in-

---

34.3.2. Sulla *potestas dominica*: infra n. 52. A giustificazione del nome cfr. Paul. D. 50.16.215: «*Potestatis*» *verbo plura significantur: in persona magistratuum imperium; in persona liberorum patria potestas; in persona servi dominium*. — Sui *iura praediorum*: infra n. 95. 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 a quella del minuscolo *heredium* delle origini. Epoca risalente, dunque, ma non antichissima, cioè non anteriore alla fase etrusco-latina della *civitas*.

34.4. A meglio intendere l'*assetto più evoluto del ius civile vetus* quanto ai rapporti assoluti, 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, il riscatto della plebe rese completa e irreversibile la decadenza delle *gentes* patrizie. Protagoniste del *ius privatum* rimasero dunque le *familiae*.

tegrato dagli apporti del cd. *ius publicum* (nel senso di *ius legitimum novum*, di *ius* introdotto dalle *leges publicae populi Romani*), il distacco fra i tre nuclei dei rapporti assoluti dianzi indicati (quelli familiari, quelli parafamiliari, quelli dominicali e paradominicali) si accentuò sino a diventare, entro un contesto sociale ed economico ormai fortemente più complesso di quello delle origini, una netta diversità tra gli stessi. 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 ciascuno ad una precisa e ben definita funzione.

34.4.1. I «rapporti familiari», culminanti nella *patria potestas* del capo-famiglia, furono ristretti ai membri liberi della *familia* (principalmente, i *filii* naturali o arrogati, gli ulteriori discendenti, le *uxores in manu*, nonché le cd. *uxores sine manu*, di cui diremo a suo tempo). 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*); e quello di permettere alla *familia*, caratterizzata come era dal livello del suo patrimonio, il mantenimento di un rango politico e sociale che un prematuro frazionamento avrebbe potuto notevolmente ridurre. Infatti, la maggiore consistenza di un patrimonio unitario implicava non solo la possibilità di una sua crescita più rapida attraverso impieghi profittevoli anche di carattere commerciale, ma altresì e sopra tutto il diritto del *pater* e dei *filii* di sesso maschile ad essere tutti iscritti ad una classe (di *pedites*) superiore anziché ad una classe inferiore (e politicamente meno influente) dei *comitia centuriata*.

34.4.2. I «rapporti parafamiliari», e cioè i vari tipi di *tutela* e di *cura*, sottostettero ad un regime essenzialmente coerente con

---

34.4.1. L'importanza dell'entità del patrimonio familiare sul piano sociale ed economico era avvertita, nel 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 al difetto 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: a) che esso condizionava la partecipazione (o il grado di partecipazione) ai *comitia centuriata*; b) che nei *comitia tributa* avevano maggiore influenza e seguito le *familiae* che disponessero del 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* (v. retro n. 18.3.1), era anche quella di evitare che i *coloniarii* avessero la cittadinanza romana o fruissero di assegnazioni di terre in *dominium ex iure Quiritium*.

34.4.2. La concezione del munus publicum applicata agli istituti di protezione degli incapaci di agire si profilò in primo luogo per la *tutela Atiliana* (*infra* le ragioni di fondo della disciplina impressa ai rapporti familiari. Dato che venne riconosciuto progressivamente (e non senza forti resistenze, di cui rimasero tracce sino a tutto il periodo classico), che in mancanza di un *pater familias* sovraordinato fossero giuridicamente capaci (*sui iuris*) anche gli *impuberes*, le *mulieres*, i *furiosi*, i *prodigi* ed altri minorati, il *ius civile vetus* si sforzò in modi vari di salvaguardare il *patrimonium* di questi soggetti giuridici, ritenuti peraltro incapaci di agire. 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), come mai la protezione degli incapaci di agire (purché soggetti giuridici) sia giunta col tempo ad essere addirittura considerata un servizio pubblico, un «*munus publicum*».

34.4.3. 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 ricchi, videro la loro disciplina articolarsi in maniera conseguenziale e accrescersi di una serie sempre più vasta di «rapporti paradominicali», di rapporti assoluti in senso improprio. Il motivo della moltiplicazione dei diritti assoluti su cose di cui altri avesse il *dominium* fu, in particolare, quello di conciliare la tendenza alla conservazione della titolarità del *dominium ex iure Quiritium* con la convenienza di concedere ad altri soggetti giuridici più capaci o più disponibili l'utilizzazione eco-

---

n. 45.5). Ma è ovvio che l'introduzione del *munus publicum* della tutela [illegible] implicò l'estensione di questa visuale a tutti gli istituti tutelari, ed a maggior ragione alla *cura*. In generale: Cancelli, sv. *Ufficio (d. rom.)*, in *ED.* con bibl.

34.4.3. Sullo sviluppo dei *iura praediorum* e dell'*usus fructus* (e istituti affini) v. *infra* n. 55-59. Sul tema: Grosso, *Le 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* n. 34.4.1), 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 tra 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. Su questi temi ed altri ad essi connessi: Labruna, *«Vim fieri veto»* etc. (1971) *passim*; Martin, *Recherches sur les agronomes latins et leurs* etc. (1971).

nomica 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*), cioè delle cd. servitù prediali, nonché il sorgere dell'*usus fructus* (usufrutto) e di taluni istituti ad esso affini.

34.5. Il *ius civile novum*, attinente com'era sopra tutto ai rapporti relativi, non influì in modo apprezzabile sulla evoluzione del regime giuridico dei rapporti assoluti. Ma indirettamente pesò 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 profittevole della ricchezza (ad esempio, attraverso le *emptiones et venditiones* produttive di obbligazioni o le *locationes et conductiones* parimenti obbligatorie dei beni), ma li fece altresì consapevoli della possibilità di giungere a posizioni di rilievo economico e sociale seguendo vie diverse da quelle del potenziamento dell'organizzazione familiare, della estensione del *dominium ex iure Quiritium* immobiliare, dello stesso accaparramento della *possessio* extragiuridica degli *agri publici*: seguendo, ad esempio, le vie 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 visto (o almeno intravvisto) anche in chi, pur se *alieno iuri subiectus*,

---

34.5. Quanto alla influenza esercitata dal *ius civile novum* sullo sviluppo dei rapporti giuridici assoluti: 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, grossissimi 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 a partire dal sec. III a. C. si sia diffusa a 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 o 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.

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.

34.6. L'assetto classico degli istituti sopra menzionati 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: il che dipese non solo dall'apporto del *ius honorarium*, ma anche da quello della riflessione giurisprudenziale preclassica e classica, nonché da quello dello stesso *ius novum* del periodo classico. 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 degli schiavi, 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 della ricchezza e verso la concorrenza tra gli operatori economici: *a*) si configurarono (in parallelo con l'ulteriore sviluppo delle *obligationes*, di cui parleremo a tempo debito) nuovi rapporti assoluti in senso improprio (la *superficies*, il *ius in agro vectigali*, il *pignus*, l'*hypotheca*); *b*) furono ulteriormente facilitati i trasferimenti del *dominium* e dei diritti affini; *c*) venne infine accordata sempre più larga protezione giuridica, quando i titolari di certi poteri assoluti non fossero o non si rendessero individuabili, a chi esercitasse di fatto e pub-

---

34.6. Gli istituti più significanti dell'assetto classico furono tre: *a*) 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; *b*) 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; *c*) l'«*in bonis habere*», cioè la tutela del *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 cultura 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*.

blicamente le facoltà inerenti a quei poteri (a chi fosse cioè nella situazione di *possessor*).

34.7. 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. Soverchiata la *respublica* dall'organizzazione dell'*imperium*, venuta meno la coesione all'interno delle *familiae*, ridotta la libertà dell'iniziativa economica privata ai minimi termini, giunta a quasi totale esaurimento quella immensa disponibilità di lavoratori a basso costo che era stata costituita dagli schiavi, la configurazione tradizionale dei rapporti assoluti del *ius privatum* fu quasi completamente travolta: travolta, sì, ma senza essere surrogata da nuove e apprezzabili strutture.

34.7.1. I rapporti familiari e parafamiliari, aventi ad oggetto uomini liberi, persero quasi del tutto, in periodo postclassico, anche per influenza del cristianesimo, la loro connotazione di

---

34.7. Sulla decadenza sociale ed economica postclassica e il regime dei rapporti assoluti: Levy (E.), *West Roman vulgar law* 1. *The law of property* (1951); Biondi, *Dir. rom. crist.* 3 (1954) 297 ss.; Wubbe, sv. «*Ius in re*», in *PW.*; Faure, *Possession et propriété dans le dr. rom. post-class.*, in *R. belge philol. hist.* 42 (1964) 103 ss.; Janvier, *La législation du bas empire romain sur les édifices publics* (1969); Molcut, *Proprietatea în sistemul lui Justinian*, in *An. Univ. Bucuresti, St. Jur.* 19.2 (1970) 119 ss., e *Terminologia juridica romana în materia proprietatii*, in *An. Univ. Bucuresti, 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, *RPR.* 2.238 ss. — POSTILLA. *Negli ordinamenti giuridici moderni, sia di tradizione romanistica sia di stampo anglosassone, il distacco tra rapporti dominicali e paradominicali, da un lato, e rapporti familiari e parafamiliari, dall'altro lato, è diventato, come vedremo meglio nei luoghi opportuni, ancora maggiore, molto più spiccato che nel diritto postclassico-giustinianeo. Ormai il cd. «diritto di famiglia» è un campo normativo addirittura incomparabile con il «diritto della proprietà» e degli istituti affini, anche perché permeato da esigenze di carattere sociale (e da correlative discipline) molto diverse da quelle che ineriscono (quando vi ineriscono) alla materia dei rapporti economici, tanto assoluti quanto relativi: basta dare uno sguardo al cc. italiano, il quale disciplina famiglia (in senso lato) e successioni (con in più le donazioni) nei suoi due primi libri, dedicando al resto i libri successivi. Tuttavia, quando si osservi più da vicino il regolamento moderno dei rapporti familiari e dei rapporti parafamiliari, non può farsi a meno di rilevare che in essi, sia pure larvati, certi poteri (del padre, dei genitori, del tutore, del curatore) ancora sussistono perché tuttora necessari ad imprimere un ordine ai complessi familiari e affini: né può farsi a meno di prendere atto che questi poteri (o, più esattamente, «poteri-doveri», rigidamente controllati dalle pubbliche istituzioni) sono affermati dai loro titolari «erga omnes», sono dunque, al limite, tuttora poteri da qualificarsi, sul piano tecnico, come «assoluti».*

34.7.1. 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*». V. *retro* n. 4.3.1, 18.2, 22.1.

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 nella selva delle difficoltà e delle insidie della vita giuridica; rilevanza giuridica sempre maggiore fu riconosciuta alla *familia* naturale, basata sul legame cognatizio, e nel suo interno i *filii* furono in piena soggezione del *pater* non più sino alla scomparsa di lui, ma sino al raggiungimento della maggiore età, fissata intorno ai venti anni (dopo di che acquistarono autonomia patrimoniale praticamente illimitata in ordine ai loro separati *peculia*). Il «diritto di famiglia», fatto di rapporti strutturalmente ambigui e fortemente influenzati dall'ordinamento pubblicistico, passò conseguentemente a costituire un capitolo autonomo del *ius privatum*.

34.7.2. Differenziatisi dai rapporti familiari, i «*iura in re*» (i cd. «diritti reali») poterono, sempre in età postclassica, più facil-

---

34.7.2. L'associazione in categoria unitaria 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 una visione organica 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 dei ius in re cfr. spec.: Cels. D. 7.1.2 (*Est enim usus fructus 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. 10.3.8 pr. (*loca, in quibus ius non habent*); Paul. D. 18.6.8.2 (*an in ipsum corpus, quod meum sit, 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 is qui ius habet, ut puta servitutem*); Ulp. D. 39.3.4 (*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. — Alla tradizione romana si suol far risalire il cd. numerus clausus dei diritti reali, cioè il principio per cui il diritto di proprietà e i diritti reali su cose altrui costituivano (e dovrebbero costituire tutt'oggi, almeno per gli ordinamenti giuridici di derivazione romanistica) un elenco tassativo di rapporti tipici, che l'autonomia privata non era e non è in grado di estendere e che solo dal diritto oggettivo poteva e può essere accresciuto con nuove figure. Ora, se è vero che gli effetti *erga omnes*, caratteristici dei rapporti giuridici assoluti in genere e di quelli reali in ispecie, non possono essere introdotti senza qualche difficoltà da puri e semplici negozi giuridici privati (sia unilaterali sia bi- o plurilaterali), non è altrettanto esatto che a questo fine i soggetti giuridici privati debbano attendere passivamente un esplicito (o comunque inequivoco) intervento delle fonti del diritto oggettivo, e dei provvedimenti normativi di governo in particolare. La storia del *ius privatum* romano sta a dimostrare il contrario, nel senso che rapporti giuridici assoluti si sono potuti creare dai privati sempre che il diritto oggettivo non sia intervenuto (così come, del resto, ha fatto anche per vari rapporti relativi) a vietarli. Sul tema *infra* n. 55.3, nonché: Giuffrè, *La «emersione» dei «iura in re aliena» ed il dogma del numero chiuso* (1992); Corbino, *Il numero chiuso dei dir. reali e l'esperienza giur. rom.*, in *St. Kupiszewski* (1996) 105 ss.

mente sistemarsi ad unità, eliminandosi taluni duplicati delle età precedenti. Ma gli accostamenti sistematici tra istituti analoghi non furono sempre e in tutto razionali ed organici: spesso, sopra tutto nelle valutazioni della scadentissima giurisprudenza della parte occidentale dell'impero, si risolsero in autentiche confusioni, principalmente nella confusione tra *possessio* e *dominium*. A parte ciò, gli esempi più importanti di aggregazioni in categorie unitarie dei rapporti giuridici reali furono costituiti: *a*) dalla unificazione nell'istituto denominato genericamente «*dominium*» dei tre istituti classici del «*dominium ex iure Quiritium*», dell'«*in bonis habere*» pretorio, e della «*possessio vel ususfructus*» dei fondi provinciali; *b*) dalla tendenziale riunione dei singoli «*iura praediorum*» entro lo stampo unitario delle «*servitutes praediorum*»; *c*) dalla tendenziale confluenza in un'unica categoria, denominata «*servitutes*», sia delle servitù prediali sia degli altri diritti assoluti reali di godimento (*usus fructus*, *usus* e rapporti affini); *d*) dalla formazione della «*emphyteusis*», nella quale si riversarono vari istituti tra loro affini delle epoche precedenti; *e*) dal profilarsi di una categoria *generale* dei «*iura in re aliena*» distinta dal *dominium* e comprendente i rapporti reali in senso improprio.

35. LA «POSSESSIO».

35.1. Il rapporto assoluto (in senso proprio) denominato usualmente *possessio* («possesso»; ma anche, talvolta nel lin-

---

35.1. La concezione del possesso, come istituto ben diverso dalla proprietà, è una conquista tarda, nella storia del *ius privatum romanum*, di una vicenda piena di complicazioni e di contraddizioni molto meno semplice di quella accennata *retro* n. 1.12: vicenda che cercheremo qui di riassumere nel modo più breve, ma che non ci è possibile, salvo a voler forzare la storia, ridurre a poche e sicure battute. Alla base dello sviluppo dell'istituto è certamente stata, a Roma come dovunque, l'aspirazione ad ottenere un'estensione sempre maggiore della tutela giuridica allo scopo di coprire situazioni sociali che l'ordinamento giuridico sia stato inizialmente restio a considerare rilevanti in base ai suoi principî, anche perché erano spesso in conflitto o in concorrenza con poteri giuridici assoluti già riconosciuti ad altri titolari. D'altra parte, se il titolare di un diritto assoluto non vigila sullo stesso, se egli si disinteressi troppo marcatamente e a lungo del suo oggetto, è nel bene dell'ordine sociale che una certa tutela sia finalmente (pur se provvisoriamente) accordata a chi esplichi sull'oggetto un'attività corrispondente a quel diritto. — La ricostruzione storica della *possessio* ebbe inizio, almeno come indirizzo organico, verso la metà del secolo decimonono, particolarmente con la fondamentale monografia del Savigny, *Das Recht des Besitzes* (ult. ed. 1865), nella quale il fondatore della Scuola storica delineò una propria suggestiva 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]), deplorò la scarsa attenzione che il Savigny aveva dedicato alla evoluzione storica del possesso, mentre, a suo guaggio meno sorvegliato, «*potestas*»), rapporto basato sulla disposizione attuale ed effettiva di una cosa, fu riconosciuto dal costume sociale romano, come abbiamo detto, sin dai tempi più antichi. Se il *ius Quiritium* tenne la *possessio* al di fuori della propria sfera di azione, fu solo perché i suoi interessi erano limitati 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 il passar del tempo e con il progresso economico della società quiritaria, si verificasse una parallela estensione degli interessi dell'ordinamento giuridico anche alle *res non familiares*, cioè alle *res nec mancipi*, e che pertanto la *possessio* (in origine relativa soltanto a queste ultime) entrasse a sua volta progressivamente nel mondo del diritto. Fu quanto in effetti avvenne, probabilmente a partire dal sec. VI a. C., sebbene sia subito da aggiungere che avvenne solo in modo incompleto.

35.2. Per intendere appieno la storia della *possessio* in Roma, è opportuno precisare meglio quale fosse la differenza

---

volta, lo Jhering, *Der Besitzwille* (1889), senza conoscere le critiche dell'Alibrandi, ripeté il rilievo dello studioso italiano, opponendo al Savigny anche serie obbiezioni di metodo. Da allora, le ricerche sulla *possessio* si sono continuamente arricchite di contributi particolari e d'insieme. Sul tema: Benöhr, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klass. röm. R.* (1972); Wesener, «*Ius possessionis*», in *St. Kaser* (1976) 139 ss.; Albanese, *Le situazioni possessorie nel dir. priv. rom.* (1985). — Particolarmente discussa è la fase di origine, sopra tutto per la carenza di fonti giuridiche al riguardo. Sul tema: Bonfante, *Il punto di partenza della teoria romana del poss.* (1906), in *Scr.* 3 (1921) 516 ss.; Bozza, *Sull'origine del possesso*, in *AUMA*. 1930; Kaser, *Eigentum und Besitz im ält. röm. R.*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 c.d. *agri publici*. Secondo alcuni, anzi, l'istituto riguardava, alle origini, esclusivamente questi (così Bozza, *La poss. dell'«ager publicus»* 1 [1939]): solo in seguito, in modo non chiaramente ricostruibile, l'opera della giurisprudenza e del pretore avrebbe 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* [cett.]), 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 dei beni mobiliari, il novanta per cento degli oggetti di possesso 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*) risolve anche il grosso interrogativo del passaggio da una struttura pubblicistica della *possessio* (come si pretende da chi concentra l'attenzione sull'*ager publicus*) alla forma indubbiamente privatistica della *possessio* classica. Sul tema: Gallo, *Studi sulla distinzione fra «res mancipi» e «res nec m.»* (1958) 150 ss.

35.2. La tesi esposta nel testo circa la differenza tra arcaica *possessio* e *mancipium* (la prima estranea al *ius Quiritium*, il secondo tutelato tra possessio e mancipium ai tempi della vigenza del *ius Quiritium*. I due istituti erano diversi essenzialmente per ciò: *a*) che la *possessio* consisteva nel «fatto giuridicamente irrilevante» (rilevante cioè solo sul piano genericamente sociale) della disponibilità attuale ed effettiva di una cosa (più precisamente, di una cd. *res non familiaris*) e durava sino a che questa materiale disponibilità non fosse andata perduta; *b*) il *mancipium* consisteva invece nel «diritto» accordato dal *ius Quiritium* di godere e disporre di un oggetto (più precisamente, di un cespite rientrante nella *familia*, di una cd. *res familiaris*) e sussisteva indipendentemente dalla disponibilità di fatto del suo oggetto.

35.2.1. Dato che la *possessio* era estranea al *ius Quiritium* e che il suo riconoscimento da parte del costume sociale era collegato alla disponibilità effettiva di una cosa, è evidente che *possessores* potevano essere non solo i *patres familiarum*, ma anche tutti i loro sottoposti in stato di libertà: pensiamo tuttavia che anche nel costume sociale dovesse essere diffusa la prassi che i *patres familiarum*, valendosi della posizione di preminenza assegnatagli dal *ius Quiritium* nei confronti dei sottoposti, reclamassero per sé le *res* possedute da questi ultimi. Comunque, quali che fossero le vicende interne delle singole *familiae*, la coscienza sociale, ispirandosi ai principi generali del *ius*, riteneva lecita l'azione esercitata individualmente dal possessore a difesa da ogni attacco di altri, anzi probabilmente riteneva lecita anche un'azione di forza che il possessore esercitasse per il recupero

---

dello stesso) 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, o meglio ancora in un potere effettivo. 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. 36). Sul tema: Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 6 ss. — Sul piano etimologico, sia pure in modo molto approssimativo, può dirsi che: la *possessio* era un «*potis sedere*», cioè un aver sede effettiva sull'oggetto in guisa di padrone, una preferenza («potior») rispetto a coloro che dell'oggetto non disponessero; il *mancipium* era invece una *potestas* in senso proprio, cioè un «*potis esse*» riguardo all'oggetto, un essere preferito («potior») relativamente ad esso con l'appoggio del *ius Quiritium*, sia che se ne avesse o sia che non se ne avesse la disponibilità materiale (l'occupante «ingiusto» dell'oggetto era tenuto ad allontanarsene).

35.2.1. 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 concepiti come *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. 36.5.2.

della *res non familiaris* quando del suo possesso fosse stato privato da altri con la violenza («*vi*») o con il sotterfugio («*clam*»).

35.3. Sempre ai tempi del *ius Quiritium*, ma all'interno della sfera di quest'ultimo, si formò lentamente un istituto denominato *usus*, il quale era strutturalmente analogo alla *possessio* extragiuridica delle *res familiares*, e consisteva, più precisamente, nell'uso, nell'utilizzazione di fatto, insomma nella disponibilità attuale ed effettiva di un oggetto della *familia* da parte di un *pater familias* che non fosse titolare del relativo *mancipium*. Detto in altre parole, l'*usus* era l'esercizio di fatto delle facoltà del *pater familias* in ordine a qualche cespite della sua *familia* (per esempio, la *domus*, una *filia* ecc.) effettuato da un *pater familias* estraneo: pratica ovviamente illecita in via di principio, ma che la coscienza sociale non ebbe difficoltà a ritenere lecita, a titolo di eccezione, nell'ipotesi che si realizzasse pacificamente e ostentatamente, con il gradimento esplicito o almeno con la tolleranza implicita del titolare del *mancipium*. In questa ipotesi, infatti, l'*usus* altro non era che un espediente pratico per far sì che un *pater familias* estraneo potesse sfruttare temporaneamente gli elementi di una *familia* non sua: elementi di cui egli avesse concreto bisogno e di cui il *paterfamilias* titolare non avvertisse, almeno per il momento, l'occorrenza.

35.3.1. In ordine all'*usus*, la coscienza sociale fece, col procedere dei tempi (in periodo certamente post-quiritario), qualcosa di più. Quando l'*usus* di una *res familiaris* da parte

---

35.3. Un possibile indizio della presenza del termine usus nelle XII Tavole è in Cic. *top.* 4.23 (= XII *tab.* 6.3): *Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annuus est usus.* Ma l'attendibilità del riferimento lascia in realtà molti dubbi: Bozza, *Sull'origine del possesso* cit. 196; Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 15. — Indubbiamente, l'usus arcaico molto poco corrispondeva al concetto di *possessio* dei tempi storici. La dottrina dominante è piuttosto incerta nel ravvisare il contenuto effettivo dell'*usus* e le differenze rispetto alla *possessio* arcaica; tuttavia, 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*. Sul tema: Watson, *The origins of «usus»*, in *RIDA*. 23 (1976) 265 ss.

35.3.1. Sui termini dell'usucapio nella legislazione decemvirale cfr. 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 soli *fundi* (non per le *aedes*: Cic. *top.* 4.23 cit. e *pro Caec.* 2.47). In considerazione del ciclo biennale della coltura rotativa. Sul punto: Franciosi, *«Usucapio pro herede»* (1965) 75 ss.

di un estraneo si prolungava, sempre con l'evidente tolleranza del titolare del *mancipium*, per un tempo piuttosto esteso, la conclusione che se ne traeva era che il titolare implicitamente rinunziasse al cespite in favore dell'usuario, e che quest'ultimo ne acquistasse pertanto il *mancipium*. Fu il *ius legitimum vetus*, attraverso le *leges XII tabularum*, a tagliar corto ad ogni dubbio ed a fissare la misura del tempo necessario alla realizzazione dell'acquisto: due anni per i fondi rustici («*fundi*») e un anno per ogni altro cespite familiare (cioè per le cd. «*ceterae res*»).

35.3.2. È comprensibile, peraltro, che l'acquisto del *mancipium* per effetto di *usus* da parte di un estraneo non si realizzasse, malgrado il decorso del tempo stabilito, allorché il *pater familias* titolare del *mancipium* stesso avesse sin dal primo momento (ma anche dopo, purché prima del decorso del termine) «riservato» espressamente a sé il potere di riprendersi il cespite familiare dall'usuario. 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 cioè confortasse l'usuario con il suo appoggio, con la sua cd. «*auctoritas*»: sicché, se la combinazione di questo «*usus-auctoritas*» (di questo «uso autorizzato») durava per tutto il tempo stabilito, non vi era ostacolo alcuno alla produzione dell'effetto acquisitivo del diritto.

35.4. Un sensibile ravvicinamento dei rapporti possessori arcaici (quelli di *possessio* extragiuridica e quelli giuridici di *usus*) si verificò, nel quadro del *ius civile vetus*, a causa del processo di formazione del *dominium ex iure Quiritium*, avente per oggetto non solo le *res mancipi*, ma anche le *res nec mancipi*. Questo processo storico: da un lato, portò ad una forte riduzione della sfera tradizionale di applicazione della *possessio* extragiuridica, cui furono sottratte appunto le *res nec mancipi*;

35.3.2. Il rapporto *usus-auctoritas* è oscuro e non testimoniato, ove si escluda XII tab. 6.3 (retro n. 35.3). Sul tema, discutibilissimo: Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 86 ss., con bibl. 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.; id., *Individualismo ed evoluz. 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.

35.4. 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.

dall'altro lato, implicò che l'*usus* giuridico, estesosi dalle *res mancipi* a quelle *nec mancipi*, assumesse, accanto alla denominazione sua propria, anche, nel linguaggio corrente, la denominazione di «*possessio ad usucapionem*» (valevole ai fini dell'acquisto della proprietà mediante *usus*). Quanto alla «*possessio* extragiuridica», essa (lo si è appena detto) si ridusse sensibilmente, tuttavia non scomparve, anzi: *a*) non solo conservò una certa sfera di applicazione residua; *b*) ma addirittura acquistò anche una sfera di applicazione nuova e diversa. Fenomeno, questo, sul quale sarà bene indugiare un momento.

35.4.1. Sfera di «applicazione residua» della *possessio* extragiuridica fu costituita dall'«*ager publicus*», dal terreno della comunità statale, quando non fosse in comunanza tra i cittadini e fosse assegnato in «godimento provvisorio» a singoli *patres familiarum*: principalmente come «*ager occupatorius*», concesso, e spesso lasciato tacitamente usurpare, a titolo revocabile (con o senza il pagamento di un canone periodico), oppure (il più delle volte) come «*ager quaestorius*», concesso dai *quaestores* in sfruttamento condizionato al pagamento di un corrispettivo ed eventualmente anche di un canone periodico. Non è il caso di dare ulteriori ragguagli in proposito. Qui basta sottolineare che i concessionari di *agri publici* a titolo provvisorio furono considerati, almeno nel periodo preclassico, non titolari di un *ius in re*, ma solo titolari di una *possessio* (extragiuridica) sugli stessi.

35.4.2. Sfera di «applicazione del tutto nuova» della *possessio* extragiuridica, in una visione più evoluta delle realtà sociali,

---

35.4.1. Non sono pochi né recenti i dubbi sul regime dell'*ager publicus*, in particolare per le età più risalenti. Sul punto: Bozza, *La possessio dell'«ager publicus»* cit.; Burdese, *Studi sull'«ager publicus»* (1952); Bove, *Ricerche sugli «agri vectigales»* (1960) con ulteriore bibl.; Bleicken, *«In provinciali solo dominium populi Romani est vel Caesaris»*, in *Chiron* 4 (1974) 359 ss.; De Martino, *«Ager privatus vectigalisque»* (1986), in *Dir. econom. e soc. nell'antica Roma* 3 (1995) 609 ss. In generale: Castán Pérez Gomez, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el der. rom.* (1996). — Sulle categorie dell'*ager publicus*: retro n. 19.9.2.

35.4.2. Le ragioni del rilancio della *possessio* extragiuridica sotto specie in gran parte nuove sono da ravvisarsi nelle mutate condizioni ambientali della società romana durante il 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 intuitiva facilità per chiunque il sapere 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 sempre più movimentata, l'appartenenza di un oggetto all'uno piuttosto che all'altro soggetto giuridico non aveva invece nessun carattere di notorietà, sicché sovente volte in tanto i cittadini erano privi di ogni certezza in proposito, sino a quando non fosse stata fornita una prova adeguata (eventualmente a seguito di una controversia giufu 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* (*mancipi* o *nec mancipi*) passò ad essere detta *in possessione* di un soggetto giuridico allorché questi, fosse o non fosse il *dominus ex iure Quiritium*, materialmente e pubblicamente ne disponesse da padrone, e dunque avesse l'«apparenza del diritto» caratteristico dello stesso.

35.5. Sulla base degli accennati sviluppi e delle accennate riflessioni si formò finalmente, nel corso del periodo preclassico avanzato e dal primo periodo classico, una concezione organica della *possessio*: una concezione della *possessio* legata all'antico solo nel nome. Per «*possessio*», in linea generale, si intese una situazione di potere *erga omnes* di un soggetto giuridico rispetto ad un oggetto: una situazione però di puro fatto, non prevista da una normativa giuridica, ma basata sulla mera «apparenza», cioè sulla disponibilità attuale (e pacifica e pubblica) dell'oggetto da parte del *possessor*. Chi volesse eliminare a proprio favore questa situazione extragiuridica di potere era tenuto a dimostrare in giudizio 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 cosa mobile da lui posseduta integrava il delitto di *furtum*, attentati di altro tipo erano anche essi più o meno radicalmente repressi. Il che non significava, si

---

diziaria). Di qui, nei nuovi tempi, la necessità di distinguere tra apparenza e realtà: l'«apparenza del diritto» era data dal fatto (attuale) che un soggetto avesse un oggetto giuridico, una *res*, 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 semplice concessionario o addirittura un usurpatore. E siccome l'accertamento della verità giuridica richiedeva tempo, ecco la ragione per cui, fin che alla certezza non si fosse pervenuti, la coscienza sociale opportunamente riteneva che l'oggetto spettasse provvisoriamente piuttosto al suo attuale possessore che a chiunque altro. — Sull'apparenza del diritto: *retro* n. 8.12.

35.5. 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 concettuali 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, *RPR.* 2.247 ss., 251 ss.

ripete, che il *possessor* fosse il titolare di un diritto sull'oggetto: gli mancava infatti un mezzo giudiziario *ad hoc* per la difesa della sua situazione e inoltre le altre difese ora accennate non erano, a ben guardare, preordinate a garanzia della sua qualifica di *possessor*, ma erano volte piuttosto a garanzia della pace sociale o a garanzia della sua figura generica di soggetto giuridico (soggetto da non molestare, nella persona o nelle cose, se non con mezzi giuridici e per giustificate ragioni).

35.5.1. Nel quadro delle ipotesi di *possessio* in generale, le ipotesi specifiche di *possessio ad usucapionem* passarono ad essere contraddistinte dalla giurisprudenza anche col nome di «*possessio civilis*», e ciò perché la *possessio ad usucapionem*, derivando dall'antico *usus* giuridicamente rilevante, rendeva possibile l'acquisto (col decorso del tempo) della titolarità di un diritto assoluto, pienamente riconosciuto dal *ius civile*. Tuttavia, affinché l'effetto acquisitivo potesse prodursi, si richiese (a prescindere da altri requisiti concorrenti, tra i quali, generalmente, la *bona fides* del possessore): *a*) 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*, cioè di terra *extra commercium*); *b*) che la *possessio* fosse fondata su una «*iusta causa possessionis*», vale a dire, come vedremo meglio in séguito, su una circostanza oggettiva specificamente ammessa dall'ordinamento civilistico come legittimante l'acquisto del *dominium* civilistico.

35.5.2. In contrapposto alla *possessio civilis*, ogni altra ipotesi di *possessio*, essendo inadatta alla produzione di effetti *iure*

35.5.1. La *possessio ad usucapionem* si identifica con la «*possessio civilis*» di cui spesso parlano le fonti classiche. Cfr. 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* (cit.). Cfr. pure Paul. D. 24.1.26 pr. In generale: Bozza, *D. 41.2.3.21 e la classificazione dei «genera possessionum»*, in St. Arangio-Ruiz (1964) 516 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.; id., *Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso*, in St. Chironi 1 (1915) 377 ss.; id., *Le mie colpe. Terminologia del possesso*, in BIDR. 49-50 (1947) 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 della cosa atta a divenire oggetto, nel concorso di altri requisiti supplementari, di proprietà privata dell'usucapiente. Sul punto: *infra* n. 36.9.1.

35.5.2. Sulla *possessio pro suo*: [illegible], «*Possessio pro suo*», in St. Guarino (1984) 1403 ss. — La denominazione di *naturalis possessio* fu *civilis*, si disse solitamente di «*possessio naturalis*» o «*corporalis*», nel senso di «possesso esclusivamente di fatto». Ma nell'ambito della *possessio naturalis* acquistò progressivamente rilievo una suddistinzione ulteriore tra: *a*) «*possessio* (*naturalis*) *pro suo*» (possesso a proprio conto), esercitata da un soggetto (non importa se a torto o a ragione) allo scopo evidente di tenere l'oggetto sempre per sé, come proprio («*suus*»), senza cioè ammettere che altri potesse aver diritto su di esso; *b*) «*possessio* (*naturalis*) *pro alieno*» (possesso per conto di altri), esercitata invece nell'inequivoco riconoscimento che altri avesse diritto sull'oggetto e potesse richiederne prima o poi la restituzione. La *possessio pro suo* implicava una rigida volontà di tener sempre la cosa per sé («*animus rem sibi* [*semper*] *habendi*»); la *possessio pro alieno* implicava una pura e semplice volontà di detenere la cosa come altrui («*animus rem* [*alienam*] *detinendi*»), ed era anche denominata usualmente «*detentio*» («detenzione»).

35.6. La distinzione tra *possessio civilis* e *possessio naturalis*, insieme con la suddistinzione di quest'ultima in *possessio pro suo* e *possessio pro alieno* (o *detentio*), fu il risultato (è importante ribadirlo) di alcuni secoli di *interpretatio* giurisprudenziale estremamente raffinata, di cui abbiamo segnalato le importanti ripercussioni sul piano concreto della vita giuridica. Oltre questo avanzato traguardo la *iurisprudentia* romana non sarebbe potuta andare senza tradire i suoi limiti di scienza interpretativa e non creativa di diritto. Per compiere ulteriori passi in avanti sarebbe stato necessario un intervento del *ius publicum* (nel senso di *ius* introdotto da *leges publicae*): intervento che invece per vari motivi mancò quasi del tutto. Fu in considerazione di ciò che la giurisprudenza fece appello, come vedremo qui appresso, all'iniziativa dei magistrati giusdicenti, cioè al cd. *ius honorarium*.

---

adoperata 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 rifletta che, più che di un istituto giuridico, si trattava di una situazione di fatto. Sul tema: Kunkel, «*Civilis*» und «*naturalis possessio*», in *Gs. Lenel* (1935) 40 ss.; MacCormack, «*Naturalis possessio*», in *ZSS.* 84 (1967) 47 ss. V. anche: Kaser, *Wesen und Wirkungen der Detention in den antiken Rechten* (1953), in *Schr.* (1976) 3 ss.

35.6. Le distinzioni in materia di *possessio* da noi qui proposte sono (e teniamo a ribadirlo) frutto di molta semplificazione del materiale abbondante (e di non sempre certa genuinità o non genuinità) reperibile nelle fonti di cui disponiamo. Si tenga inoltre presente che, come avvertiremo *infra* n. 36.1, spesso il termine «*possessio*» sta ad indicare nelle fonti, antonomasticamente, la *possessio ad interdicta* normale.

36. LA «POSSESSIO AD INTERDICTA».

36.1. L'esigenza di conferire una qualche tutela giuridica anche ai *possessores* si tradusse nella creazione della cd. *possessio ad interdicta* («possesso interdittale») operata dal *ius honorarium* sullo scorcio del periodo preclassico. Non in tutte le ipotesi di *possessio*, ma almeno nelle più numerose e importanti, i *praetores* introdussero infatti una serie di *interdicta* intesi: *a*) alcuni a difendere una situazione precostituita di *possessio* dagli altrui tentativi di invasione («*interdicta retinendae possessionis*»: «interdetti per la ritenzione del possesso»); *b*) altri ad assicurare il recupero di una situazione di *possessio* violentemente eliminata («*interdicta recuperandae possessionis*»: «interdetti per il recupero del possesso»); *c*) altri infine a permettere l'acquisto *ex novo* di una situazione di *possessio* nei confronti di *possessores* ritenuti meno meritevoli («*interdicta adipiscendae possessionis*»: «interdetti per l'ottenimento del possesso»).

36.1.1. In tutti questi casi è lecito parlare di «possesso interdittale», ma bisogna subito avvertire che questa denominazio-

---

36.1. 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 C.I. 7.32 («*de adquirenda et retinenda possessione*»). Nelle Istituzioni di Gaio cfr. 4.143-155, sopra tutto riguardo agli effetti ed alla tutela interdittale della possessio. Per le Istituzioni di Giustiniano cfr. 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 dir. rom. Possesso e quasi possesso* (1946); Bonfante, *Corso di dir. rom. 3. Diritti reali* (rist. 1972) spec. 367 ss.; Gandolfi, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (1955). — Nel periodo postclassico l'*interdictum* perse gradualmente i suoi caratteri distintivi, sicché nella compilazione di Giustiniano esso appare riassorbito in un'ampia nozione di actio possessoria. Sul punto: Albertario, «*Actiones*» e «*interdicta*» (1912), in St. 4 (1946) 115 ss.; Collinet, *La nature des actions, des interdits 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. 13.8.3 e 32.2.3), l'*interdictum* «*possessorium*» del *bonorum emptor* (retro n. 12.6), l'*interdictum* «*sectorium*» concesso agli aquirenti delle aste pubbliche («*sectores*»), l'*interdictum* «*Salvianum*» (infra n. 61.9.1). Si noti che la dottrina moderna è ben lungi dall'accettare la scarna e contraddittoria definizione romana. 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*: Biscardi, *La tutela interdittale e il relativo processo* cit. 276 ss.; Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 243 ss.

36.1.1. Sulla terminologia: Iglesias Cubria, «*Usus*», «*possessio*», «*detentio*», in *Rev. fac. derecho Oviedo* (1955) 189 ss.; Russomanno, *La posesión en el der. rom.* (1964); Cannata, «*Possessio*», «*possessor*», «*possidere*» *nelle fonti giuridiche del basso impero romano* (1962); Georgescu, *De les «possessiones» à la «possessio»*, in ne (o, più brevemente, la denominazione antonomastica di «*possessio*») fu riservata, nel linguaggio corrente in età classica, alle sole ipotesi tutelate da quattro caratteristici *interdicta* a carattere generale, che saranno indicati tra poco. Questo il motivo per cui, raccogliendo uno spunto terminologico fornito dalle fonti romane, distingueremo tra: *a*) una *possessio ad interdicta* «normale» (o «*possessio*» in senso proprio); *b*) una *possessio ad interdicta* «anormale» (o «*quasi possessio*»).

36.2. Le ipotesi di *possessio ad interdicta* normale, cioè di «*possessio*» per antonomasia, furono tutte le possibili ipotesi di «*possessio pro suo*» e, in più, quattro ben individuate fattispecie di «*possessio pro alieno*»: il possesso del «creditore pignoratizio» sulla *res* ricevuta in pegno, quello del «sequestratario» sulla *res* ricevuta in sequestro volontario, quello del «titolare di un *ius in agro vectigali*», quello del «precarista», vale a dire di colui che avesse ricevuto una *res* in «*precarium*», cioè in concessione revocabile a volontà del concedente (*ad nutum*). La gamma di *interdicta* posta, in linea generale, a tutela della situazione del *possessor* normale fu costituita, più precisamente: *a*) da due *interdicta* intesi al mantenimento del possesso («*retinendae possessionis*»); *b*) da due *interdicta* intesi al recupero del possesso («*recuperandae possessionis*»).

36.2.1. I due interdetti (proibitori) per la ritenzione del possesso vennero usualmente denominati (dalle parole iniziali delle

---

Studii Clasice (1959) 135 ss.; MacCormack, «*Iusta*» *and* «*iniusta possessio*», in *T.* 42 (1974) 71 ss. — Le ipotesi di *possessio* priva di tutela interdittale vennero spesso, equivocamente, contraddistinte anche con la terminologia di «*possessio naturalis*», cioè con la stessa terminologia usata per contraddistinguere, di fronte alla *possessio civilis*, la *possessio* priva dell'attitudine a conseguire l'effetto dell'*usucapio*.

36.2. Sulla *possessio pro suo*, e sulla differenza dalla *possessio pro alieno*: *retro* n. 35.3.2. — Per i quattro casi di tutela normale della *possessio pro alieno* v. *infra* n. 63.2.1 (vectigalista), 63.3 e 67.4.3 (creditore pignoratizio), 75.6 (sequestratario), 83.8 (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 per il sequestratario, Nicosia, *La pretendita possessio del sequestratario*, in *SC.* 11 (1999) 65 ss.; [illegible], «*Depositum in sequestre*», in [illegible] 5 (2001); per il vectigalista, Bove, *Ricerche sugli «agri vectigales»* cit. 76 ss.; per il precarista, Zamorani, «*Precario habere*» (1969).

36.2.1. Per le formule degli *interdicta retinendae possessionis* (piuttosto discusse): Lenel, *EP.*³ §§ 246 e 247. Sul punto: Ciapessoni, *Appunti sul testo edittale degli int. «uti possidetis» e «utrubi»*, in *ACIR.* (1935) 13 ss.; Marrone, *Osservazioni su Vat. Fragm. 50*, in *St. Biondi* 2 (1965) 369 ss.; Magliocca, *Per la formula dell'«interdictum utrubi»*, in *SDHI* 33 (1967) 211 ss.; Bignardi, «*Controversiae agrorum*» *e arbitrati internazionali. Alle origini dell'interdetto «uti possidetis»* (1984); Falcone, *Ricerche sull'origine dell'int. «uti possidetis»* (1996); Capogrossi Colognesi, «*Uti possidetis*» *e* «*ager publicus*», in *Labeo* 43 (1997) 445 ss.

rispettive formule): «*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*» (possesso viziato), cioè di una *possessio* che il possessore attuale avesse ottenuto dall'avversario a solo titolo di *precarium* o gli avesse precedentemente sottratto in modo violento o clandestino. 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. 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.

36.2.2. Gli interdetti (restitutori) per il recupero del possesso ordinavano la restituzione soltanto di *res immobiles* (non di

---

— La formula dell'*interdictum* «*uti possidetis*» è in D. 43.17.1 pr. (Ulp. 69 *ed.*): «*uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*». 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: «*utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto*». Cfr. però PS. 5.6.1, che esclude la concessione dell'interdetto 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 propr. nel dir. rom.*, in *AUPA.* 1967, fino al III sec. a. C. 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 ult.: Nicosia, «*Propter usum fructum possidere?*» etc., in *St. Zingali* 3 [1965] 497 ss.).

36.2.2. La formula dell'*interdictum* «*de vi*» non parla in realtà di vis cottidiana: il termine è stato desunto da Cic. *pro Caec.* 32.92 e 31.91. La formula (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*». Sul 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 estraneo 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*: Labruna, «*Vim fieri veto*» cit. V. anche *infra* n. 38.5. — Un'incerta altre cose), nell'ipotesi che il convenuto (o persona della sua *familia*) ne avesse scacciato («spogliato») l'attore con la violenza. La differenza stava nel tipo di violenza esercitata. Se lo spoglio era stato attuato senza uso di armi (esercitando una violenza, a dir così, di livello ordinario, di quotidiana possibilità), l'*interdictum «de vi» (cottidiana)*, da esercitarsi entro l'anno, ordinava la restituzione della cosa allo *spoliatus*, salvo che quest'ultimo avesse precedentemente conseguito *«vi clam precario»* la cosa stessa dal suo aggressore. Se lo spoglio era stato attuato in modo chiaramente preordinato, 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.

36.2.3. In età postclassica i due interdetti per la ritenzione del possesso rimasero differenziati dal punto di vista formale, ma all'*utrubi* fu applicato lo stesso regime dell'*uti possidetis*: con tutela cioè del possessore attuale. Gli interdetti recuperatori furono invece formalmente e sostanzialmente unificati in un unico *interdictum «de vi»* (anche detto *«interdictum momentariae possessionis»*, relativo cioè ad un impossessamento da rendere del tutto passeggero), che era privo della limitazione *«nec vi nec clam nec precario»*, ma poteva essere ottenuto solo entro l'anno dallo spoglio violento.

36.3. Le ipotesi di *possessio ad interdicta* anomala furono costituite da tutte le fattispecie di *«possessio pro alieno»*

---

ipotesi di un diverso interdetto possessorio risulta da D. 10.3.7.5 (Ulp. 20 *ed.*), dove si parla di un *interdictum de clandestina possessione*, in cui è forse richiamato uno dei normali interdetti.

36.2.3. Sull'unificazione postclassica dei due *interdicta retinendae possessionis*: Kaser, *RPR.* 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 (sc.)]*. Ancora più esplicito I. 4.15.4a. Sulla unificazione dei due *interdicta* di spoglio nell'*interdictum momentariae possessionis*: De Malafosse, *L'interdictum momentariae possessionis* (1951). — *Actio momentaria* viene anche chiamato dalle fonti postclassiche l'*interdictum momentariae possessionis*. Per una completa revisione del tema (anche quanto alla repressione criminale): Solidoro Maruotti, *La tutela del possesso in età costantiniana* (1998).

36.3. In ordine alle ipotesi anomale di *possessio* bisogna dire che sussistono non pochi dubbi circa la classicità di talune; 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. 36.2). 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 possesoalla cui difesa il pretore avesse destinato qualche speciale *interdictum* (diverso, beninteso, dai quattro *interdicta* accordati a tutela della *possessio* normale). Due le sottospecie: *a*) quella della «*possessio* da concessione», elargita dal magistrato per motivi vari (es.: «*missio in possessionem*», «*bonorum possessio*») e protetta con interdetti o in altri modi; *b*) quella della «*possessio* su iniziativa privata», tutelata dal magistrato nei seguenti casi: 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 abbiamo parlato o parleremo più distesamente nei luoghi opportuni.

36.3.1. In ordine alle ipotesi di «possesso su iniziativa privata», 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.

36.4. La grande importanza assunta dal possesso interdittale nella prassi giuridica romana determinò una larghissima *elaborazione giurisprudenziale* dell'istituto, sopra tutto con

---

ria, ma abbia d'altra parte ritenuto opportuno concedere un qualche interdetto *ad hoc*, per finalità limitate. Si aggiunga che la tendenza postclassica fu orientata non verso la protezione interdittale della *possessio pro alieno*, ma al contrario verso la riduzione di tutti i casi di *possessio pro alieno* al regime unitario della *detentio* (*retro* nr. 36.2 e *infra* n. 36.4.2). — Sui casi di *possessio da concessione*: *retro* n. 12.5 (*missio in possessionem*), n. 12.6 (*bonorum possessio*). — Sull'*interdictum de superficiebus*: *infra* n. 69.2.3. — Sull'*interdictum quem usumfructum*: *infra* n. 58.7. — Sugli *interdicta* a *tutela dei iura praediorum*: *infra* n. 57.6.1.

36.3.1. 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, *Ist.* 279 ss., che esclude (con molti altri autori) la presunta glossa «*aut quasi possessione*».

36.4. Sulla *elaborazione giurisprudenziale preclassica* (terminologia e sistematiche), da ultimo: Lauria, *Possessiones* (1957), che nei vari capitoli esamina la molteplicità delle ipotesi; per la terminologia, in part., p. 26 ss. Un'ampia rassegna di fonti è in Arnò, *Corso di dir. rom. Il possesso* (1936) 209 ss. V. *retro* n. 35.5.

riguardo a quella 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.

36.4.1. La giurisprudenza classica ebbe, probabilmente, sempre ben chiaro il concetto che la «*possessio*» (e così pure la «*quasi possessio*») fosse una «*res facti*», cioè l'esercizio di mero fatto, non giustificato dal diritto oggettivo, delle facoltà spettanti al soggetto attivo di un rapporto assoluto (in senso proprio): che essa fosse, insomma, un rapporto extragiuridico. La protezione interdittale accordata al *possessor* non valse a modificare questa concezione di fondo, perché gli *interdicta* erano, agli occhi dei giuristi classici, provvedimenti giudiziari «di urgenza», intesi non ad accertare in linea definitiva un diritto soggettivo, ma a tutelare l'ordine sociale in vista dell'accertamento cui si sarebbe eventualmente provveduto sulla base di separate *actiones*. Pertanto un vero e proprio «diritto» ad ottenere la tutela possessoria non era concepibile, ed appunto perciò la giurisprudenza classica insistette rigorosamente nell'affermazione che, per aversi *possessio*, non bastasse la volontà di possedere, l'«*animus possidendi*», ma occorresse inevitabilmente il concorso del «*corpore possidere*», cioè di un'effettiva ed evidente disposizione concreta della *res*.

36.4.2. La giurisprudenza postclassica, che considerava gli *interdicta* alla stregua delle *actiones* ordinarie (e spesso li deno-

---

36.4.1. Sulla natura della *possessio* come esercizio fattuale di un potere, pur con riflessioni diverse e con diverse visioni dello sviluppo storico, si può ormai ritenere generale l'accordo della dottrina. A nostro avviso, come precisiamo nel testo, l'istituto fu extra-giuridico non solo nelle sue origini, ma anche in età storica: lo fu tuttavia solo nel senso che la sua tutela era solo di carattere interdittale. Illuminante, a questo proposito, è Ulp. D. 41.2.1.3: *...pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent... 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*. Cfr. anche: Ulp. D. 43.2.25; Pap. D. 4.6.19.

36.4.2. 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 (cfr. 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, nel testo, da alcuni istituti certamente classici, come la *possessio «nudo animo»* in rapporto ai *saltus hiberni ed aestivi* (su cui *infra* n. 36.5.3). Sul punto: Burdese, *In tema di «animus possidendi» etc.*, 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.*

minava per l'appunto «actiones»), si orientò invece, sia pure in modo incerto, verso la concezione della *possessio* come rapporto giuridico, produttivo quindi di un vero e proprio diritto del *possessor* alla tutela giurisdizionale della sua situazione. Di più: agli occhi della giurisprudenza postclassica perse notevolmente importanza il «*corpore possidere*» ed acquistò rilievo dominante o addirittura decisivo l'elemento volontaristico, cioè l'«*animus possidendi*». Lo scadimento del «*corpore possidere*» fece sí che per *possessio* si intendesse, non più la sola disponibilità materiale di una *res* (*corporalis*), ma ogni esercizio di fatto delle facoltà implicate da un diritto soggettivo (di una cd. *res incorporalis*), cioè il comportarsi esteriormente come titolare di un certo diritto non solo assoluto, ma anche relativo; la preminenza dell'«*animus possidendi*» fece sí, a sua volta, che la distinzione tra «*possessio*» e «*detentio*» (cd. «*possessio naturalis*») non fosse fatta più dipendere dalla esistenza o della inesistenza di una tutela possessoria, ma dal fatto che l'*animus* del *possessor* fosse inteso al possesso pieno (fosse cioè «*animus possidendi*»), piuttosto che inteso alla detenzione (per la quale bastava un «*animus detinendi*»). Di conseguenza, 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*» fosse un cd. «*possessor iuris*» ed avesse titolo alla tutela possessoria, di urgenza, della sua situazione apparente, salvo a vedersi in séguito, con approfondito accertamento processuale, se egli fosse realmente il titolare del diritto vantato.

36.4.3. Alla giurisprudenza postclassica (o principalmente ad essa) deve dunque attribuirsi la creazione della figura della

---

Kaser (1975) 9 ss.; Lambrini, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie etc.* (1998).

36.4.3. Sulla dottrina postclassica della *possessio iuris*: Carcaterra, *Il possesso dei diritti in dir. rom.* (1942); Capogrossi Colognesi, *Appunti sulla «quasi possessio iuris» nell'opera dei giuristi medievali*, in *BIDR*, 80 (1977) 69 ss. La formazione del concetto 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* (anche detto «*proprietas*») configurava una «*res propria*», si passò probabilmente a configurare la *quasi possessio* come la *possessio* di quella «*res incorporalis*» che era, nell'insegnamento delle Istituzioni gaiane, ogni *ius in re aliena*. Non solo. Siccome tra le *res incorporales* erano ricompresi, sempre nella trattazione gaiana, 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*». Per la dottrina gaiana delle «*res incorporales*» v. *retro* nr. 6.1.3 e nr. 18.2. — 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. 32.7.2) a chi, *«possessio iuris»* («possesso di diritti»), la quale servì a ricomprendere tutte le ipotesi di esercizio di fatto di un diritto (non solo assoluto, ma anche relativo), che fossero diverse dall'esercizio di fatto del *dominium* su una *res*. Si trattò peraltro di un concetto assai nebuloso.

36.5. 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»*.

36.5.1. Il *«corpus possessionis»* (la «materia del possesso», espressa anche con la terminologia *«possidère corpore»*) era l'insistenza materiale di un soggetto sulla *res* e si verificava appunto qualora taluno esercitasse di fatto, nei riguardi di un oggetto giuridico, le facoltà dominicali. Tuttavia non era più richiesto sempre il diretto e immediato contatto tra il soggetto giuridico e la cosa. Per le cose mobili si ritenne che ne bastasse la presenza e che non ne occorresse l'effettiva apprensione da parte del loro possessore. 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 al possessore di trovarsi in una qualunque parte del fondo.

36.5.2. L'*«animus possidendi»* («intenzione di possedere», espressa anche con la terminologia *«possidère animo»*, oppure

---

pur avendo perduto il possesso delle *res hereditariae*, fosse da ritenere egualmente legittimato passivo perché titolare di qualche mezzo giudiziario (un *interdictum*, una *condictio*) per riottenerlo: cfr. D. 5.3.16.4 e D. 5.3.16.7.

36.5. Sugli elementi della *possessio* cfr. PS. 5.2.1: *Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* (trad.). 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 [1961] 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: Par. 2.9.4) fu particolarmente esaltato dalla giurisprudenza postclassica orientale.

36.5.1. Sul *possidere corpore* cfr. 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 (v. in particolare: Olivecrona, *The acquisition of possession in Rom. L.* [1938], in *Ess.* [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.

36.5.2. Sull'*animus possidendi*: Rotondi, *«Possessio quae animo retinetur»* (1921), 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 hiber-*

con l'espressione «*animus rem sibi habendi*») consisteva nell'intenzione (dimostrata dal comportamento esteriore) di tenere con sé e per sé la cosa: se non come proprietario, almeno a titolo sostanzialmente affine, in modo cioè da difenderla dagli attacchi altrui come se fosse propria.

36.5.3. Oltre che personalmente, la *possessio* poteva essere acquistata pel tramite di altri, vale a dire a mezzo di intermediari, i quali attuassero come detentori l'apprensione materiale delle cose nell'interesse del possessore. In età classica, intermediari dell'acquisto potevano essere i sottoposti del soggetto (cioè le *personae in potestate manu mancipiove*), 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 mezzo di una persona libera (*per liberam personam*) o per mezzo di un *procurator*, pur

---

pi et possiri, 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. 41.2.46. Più di recente il tema è stato ampiamente sviluppato dal Cannata, *L'«animus possidendi» nel dir. rom. class.*, 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 (cfr. D. 41.2.27; D. 43.16.1.25; D. 41.2.3.3; D. 43.2.34 pr.). Da ultimo, 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 *Fs. Herdlitczka* (1972) 113 ss.; Zamorani, *«Possessio» e «animus»* (1977); Barton, *«Animus» and «possessio nomine alieno»*, in *St. Nicholas* (1989) 43 ss. — In considerazione della esigenza dell'*animus*, incapaci di acquistare il possesso, quanto meno per sé, erano 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*; ma Giustiniano pretese per motivi di opportunità pratica che anche egli dovesse ricorrere all'ausilio della *auctoritas tutoris*. — Fenomeno notevole era quello dell'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. Cfr. D. 41.2.3.18; D. 41.3.20; D. 41.2.47.

36.5.3. Sull'acquisto della *possessio* per mezzo di altri: 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 ignorante»*, in *St. Solazzi* (1948) 432 ss.; Benöhr, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im kl. röm. R.* (1972); Krüger, *Erwerbszurechnung kraft Status* (1979). — 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. 26.2.2: ivi altra letteratura.

essendo necessaria in questo caso la *ratihabitio*, vale a dire la posteriore ratifica speciale.

36.5.4. Cause di estinzione della *possessio* erano: *a)* la morte del possessore, salvo che gli subentrassero nel patrimonio *heredes sui* (ai quali, e solo ai quali, la *possessio* era ritenuta trasmissibile); *b)* il fatto che la cosa, pur senza distruggersi, perdesse la sua individualità e fosse incorporata in un'altra cosa; *c)* il fatto che venisse meno uno degli elementi costitutivi del possesso, vale a dire l'*animus* oppure il *corpus*.

36.5.5. La regola per cui la conservazione della *possessio* era condizionata alla coesistenza dell'*animus* e del *corpus* subì qualche eccezione. In età classica si ammetteva la cd. «*possessio animo retenta*», cioè la conservazione di un possesso (già precedentemente acquistato) con la semplice volontà di possedere, nel caso dei cd. «*saltus hiberni et aestivi*» (pascoli invernali e estivi, o pascoli stagionali), che era quello dei terreni destinati ai pa-

---

36.5.4. Sulla estinzione della *possessio*: Albertario, *D. 41.2.8 e la perdita del possesso nella dottrina giustinianea* (1931), in St. 2 (1941) 245 ss.; Wieacker, *Der Besitzverlust* cit.; Hausmaninger, «*Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*», in *Aktuelle Fragen aus mod. R. und RGesch.* (1966) 339 ss., e *Besitzerwerb* cit.; Burdese, *Capacità naturale e perdita del poss.*, in St. Guarino (1984) 759 ss.; Marrone, *A proposito di perdita dolosa del poss.*, in St. Biscardi 6 (1987) 179 ss.

36.5.5. Sulla conservazione del possesso «*solo animo*»: Rotondi, «*Possessio quae animo retinetur*» cit. 94 ss. Sorvolando sulla ricca letteratura successiva: MacCormack, «*Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*», in BIDR. 75 (1972) 71 ss. — Per i *saltus hiberni et aestivi* cfr. 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 contingit*). In D. 43.16.1.25 il caso appare generalizzato mediante interpolazione (*quod ex 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* cfr. Paul. D. 41.2.1.14 i.f.; D. 11.4; C. 6.1. Sul tema: Bonetti, *In tema di «servus fugitivus»*, in St. Arangio-Ruiz (1964) 1095 ss. con bibl.; Manthe, *Zur Wandlung des s. f.*, in T. 44 (1976) 133 ss. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni conoscono e regolano tutti l'istituto del «possesso» (diversamente denominato nelle varie lingue), anche se non sono uniformemente orientati verso la concezione globale profilata dal diritto giustinianeo e se generalmente si limitano a rapportare il concetto alla figura dell'esercizio di fatto delle facoltà del proprietario o del titolare di iura in re aliena. Se non per diretta influenza della tradizione romana, almeno (e sempre più) per l'influenza esercitata nel mondo contemporaneo dagli intensi contatti tra i vari paesi civili, la disciplina del fenomeno va sempre più modificandosi nel senso che al possessore pieno (e per taluni aspetti anche al semplice detentore) sono assicurati mezzi di difesa giudiziaria di rapida procedura, fermo restando che le questioni circa l'esistenza di un diritto reale sulla cosa sono riservate ad altra sede e sfociano in decisioni a carattere prevalente. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 1140-1170 ss., i quali concepiscono il possesso come «il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale» (a. 1140 co. 1), lo distinguono dalla «detenzione» (la quale manca dell'intenzione di tenere per sé la cosa a titolo esclusivo) e gli accordano la difesa delle cd. «azioni possessorie» (di reintegrazione e di spoglio), nonché la possibilità di utilizzare alcune azioni di urgenza concesse anche al proprietario (azioni di nunciazione e di danno temuto: cfr. a. 1171-1172).*

scoli e perciò utilizzabili solo in determinate stagioni dell'anno, mentre nelle altre stagioni dovevano essere abbandonati dai pastori, che passavano a utilizzare altre zone. Altra ipotesi probabilmente classica di conservazione *solo animo* fu quella della *possessio* esercitata sul «*servus fugitivus*» (schiavo fuggitivo) e per mezzo del *servus fugitivus* rimasto *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* di lui, né tanto meno allo schiavo stesso (che, non essendo soggetto giuridico, era incapace di possesso proprio). A queste fattispecie più antiche altre se ne aggiunsero nell'età postclassica. In diritto giustinianeo i casi di *possessio animo retenta* furono considerati addirittura casi conformi a regola, ritenendosi ormai che l'*animus* fosse normalmente sufficiente alla conservazione del possesso purché all'inizio del possesso stesso vi fosse stato anche il *corpus*.

37. LA «COMMUNIO».

37.1. Sin dall'età quiritaria si pose all'ordinamento romano il grave problema della contitolarità delle situazioni soggettive, cioè il problema del concorso di più soggetti nella titolarità di una situazione soggettiva unica: lo si pose, da un lato, con 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»; successivamente, attraverso un tipo particolare di «comunione solidaristica», si pervenne, nei cd. tempi storici, alla forma della «comunione organizzata», che fu quella dominante nel sistema del *ius civile vetus* ed in tutti i sistemi giuridici successivi.

37.1.1. Il termine indicativo della contitolarità soggettiva fu principalmente quello di «*communio*» («comunione»). Ma la

---

37.1. Sulle varie ipotesi di contitolarità delle situazioni soggettive (attive e passive) v., in termini generali, retro n. 1.34. Per un inquadramento più approfondito del tema: Guarino, sv. *Comunione*, in ED., con bibl.

37.1.1. La terminologia *communio*, lo si avverta, 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 patrimoni (implicanti, questi ultimi, almeno nella concezione postclassica, anche la contitolarità dei doveri in essi ricompresi: retro n. 14.4). Ma la terminologia non è esclusiva di questi fenomeni, sia perché essi vengono spesso individuati con diverso *communio* romana, essendosi profilata già nell'antichissimo *ius Quiritium*, quindi anteriormente all'ingresso delle *obligationes* nel mondo del diritto, non fu mai riferita anche alla contitolarità di diritti di credito. L'istituto (e conseguentemente il termine *communio*) fu, dunque, sempre limitato a due sole possibilità: *a*) alla «contitolarità di un intero *patrimonium*»; *b*) alla «contitolarità di singoli diritti assoluti» (in senso proprio e in senso improprio), nonché al connesso fenomeno del «compossesso».

37.2. Una forma addirittura precittadina di comunione indifferenziata fu costituita, nel seno delle *familiae*, dalla cd. comunanza domestica. Nei tempi lontanissimi in cui le *familiae* erano nuclei sociali autonomi, l'autorità del *pater*, certamente sin da allora assai intensa, non si sostanziava ancora nell'assorbente *mancipium* di lui (che avrebbe comportato, più tardi, l'esclusione della qualità di soggetti giuridici dei *filii*): ciò 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 una nota e molto discussa affermazione giurisprudenziale dei tempi storici, secondo cui i *filii familias* si reputano «in qualche modo titolari del patrimonio domestico» anche

---

parole e circonlocuzioni, sia perché non manca il ricorso a «communicare» in senso traslato (cfr., ad es., Ulp. D. 28.1.20.7: *Servus quoque merito ad sollemnia* [la testimonianza di negozi solenni, nella specie di *testamento 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. Sul tema: Torrent, *Notas sobre la relación entre «communio» y copropiedad*, in *St. Grosso* 2 (1968) 97 ss. — Sulla contitolarità dei diritti relativi: *infra* n. 65.2-4.

37.2. Sulla struttura della comunità domestica, come ipotesi antica di *communio* indifferenziata e precedente storico della *communio* classica: Westrup, *Introduction to early Rom. L.* 2 (1934) 5 ss., 24 ss.; 3 (1939) 148 ss., 235 ss.; Wieacker, *«Societas»* (1936) 111 ss., 177 ss., ove ulteriore bibl. 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 quodammodo domini existimantur (rell.)*. Per più diffuse argomentazioni: Guarino, *La rivoluzione della plebe* (1975) 45 ss., 272 ss. V. anche *retro* n. 4.2.

quando il *pater* è ancora in vita («*vivo quoque parente quodam modo domini existimantur*»).

37.3. Costituitasi la *civitas* quiritaria e formatosi il *ius Quiritium*, 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 utilizzazione specifica a singoli *patres familiarum*. Tali terre costituivano generalmente oggetto di comunanza gentilizia e solo alquanto più tardi passarono ad essere considerate come comuni a tutta la *civitas*.

37.3.1. Per meglio chiarire il fatto rudimentale della «comunanza gentilizia» degli *agri* cittadini, occorre ricordare che ai primordi della vita della *civitas* avevano ancora una notevole importanza pratica le «*gentes*», ciascuna delle quali raggruppava un certo numero di *familiae*. Gli *agri* della comunità (quelli non costituenti oggetto di *mancipium*, né concessi eccezionalmente in *possessio* temporanea a singoli *cives*) erano naturalmente spartiti tra le *gentes* ai fini di uno sfruttamento estensivo (particolarmente, per la 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 divisioni e assegnazioni a titolo di *mancipium* di parte 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'altro lato, le va-

---

37.3. Circa la esperienza romana della comunione indifferenziata, si ricordi che, a nostro parere (conformemente al punto di vista già esposto retro n. 34.7.3), alle radici della *communio* dominicale non è da vedere una improbabile comunione indifferenziata del *mancipium*, ma il *compascuum* delle terre comuni.

37.3.1. 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 alla proprietà familiare è segnato, a nostro avviso, come già detto, dalla fase etrusco-latina della *civitas*. Le *divisiones et adsignationes* dei fondi comuni alle *familiae* non solo determinarono notevoli estendimenti materiali del limitatissimo *mancipium* 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. 49.5.1). Sul tema: 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* 3 (1971) 425 ss.; Guarino, *La rivoluzione* cit. 32 ss.

ste estensioni di territorio non assegnate, o non ancora assegnate, in *mancipium* ai privati passarono ad essere concepite come l'oggetto di una comunanza di godimento a raggio assai più amplo 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 terreno pubblico, come «*ager publicus*», nella sfera dell'ordinamento statale esterno al *ius privatum*.

37.4. Nella esperienza giuridica romana il passaggio dalla comunione indifferenziata a quella organizzata fu mediato dall'istituto, ancora in parte misterioso e discusso, del *consortium ercto non cito* o «*erctum non citum*» (letteralmente: «consorzio non chiamato a divisione», cioè con patrimonio non diviso): istituto che altro non era, dal punto di vista strutturale, se non una esplicazione del tipo della comunione solidaristica.

37.4. Il carattere del *consortium ercto non cito* è ancor oggi altamente discusso, sopra tutto 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* (v. Bretone, «*Consortium*» cit. *passim*, con vasta bibl.; Serrao, «*Consortium ercto non cito*», in *ANDE.* 34 [1964] 479 ss.; Tondo, *Il consorzio domestico nella Roma antica*, in *AATL.* 40 [1975] 133 ss.; Guarino, *La tradizione globale* [1977] 215, in *PDR.* 6 [1995] 291 ss.; MacCormack, *Hausgemeinschaft und «consortium»*, in *Z. vergl. Rwiss.* 79 [1977] 1 ss.; Gutiérrez Masson, *Del «consortium» a la «societas»* 1. *«Consortium ercto non cito»* [1987]). 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) 127 ss.; Gaudemet, *Étude sur le régime juridique de l'indivision* (1934) 12, 16, 17; Frezza, *Il «consortium ercto non cito» e i nuovi frammenti di Gaio*, in *RFIL.* (1934) 37 ss.; Albanese, *La successione ereditaria in dir. rom. 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*» (1937), in *Scr.* 3 (1960) 477 ss. Nella molteplicità delle ipotesi, è opportuno leggere 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 ercto non cito, id est dominio non diviso* (ecc.). 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 vedeva non solo un parallelismo tra i due istituti, ma anche una forma di comunione, secondo, del resto, quel che risulta da alcuni testi riportati nella compilazione giustinianea. 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 ad essa avvicinabile. — Che la particolare struttura del *consortium erctum non citum* richiedesse di regola un legame familiare tra i *consortes* è molto probabile ed ancora le fonti classiche ricordano la «*fraternitas*» in tema di società consensuale: cfr. D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ed.*), e v. Guarino, «*Societas consensu contracta*» (1972), in *La soc. in d. rom.* (1988) spec. 8 ss., 16 s.

37.4.1. Non è dato sapere quanti tipi di *consortium* abbia conosciuto l'antichissimo diritto romano. Da Gaio ne risultano attestati (sembra, peraltro, tassativamente) due soli: *a*) il «*consortium fratrum suorum*» (consorzio dei fratelli *sui heredes*); *b*) il «*consortium ad exemplum fratrum suorum*» (consorzio tra estranei costituito ad imitazione del consorzio fraterno). Il primo (il cd. «consorzio fraterno») si istituiva per natura di cose sul patrimonio ereditario 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 stesso; il secondo (il cd. «consorzio imitativo») si istituiva convenzionalmente, mediante l'esercizio di una speciale *legis actio* (probabilmente, una *in iure cessio*), tra coloro che volessero per un qualunque motivo mettere insieme un complesso patrimoniale comune. Mentre del consorzio imitativo («*ad exemplum fratrum suorum*») sono evidenti, innegabili le affinità con l'istituto della *societas* affermatosi più tardi nel seno del *ius civile novum*, assai dubbia è la rapportabilità alla *societas* (o alla categoria generale della convenzione associativa) del consorzio fraterno, cioè della figura originaria. Non è da escludere, insomma, che il consorzio imitativo sia stato il prodromo vetero-civilistico del rapporto derivante dalla *societas* del cd. *ius gentium*.

37.4.1. Il consorzio fraterno, derivando per natura di cose dalla apertura della successione (v. *retro* nn. 27.3.1 e 32.4), 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* (così Arangio-Ruiz, *La società in dir. rom.* [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. 90), 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, *rec.*, in *Labeo* 13 (1967) 293 s.; Bona, *Società universale e società quaestuaria generale in dir. rom.*, in *SDHI.* 33 (1967) 364 ss.; Bianchini, «*Societas iuris gentium*» *e* «*societas iuris civilis antiqui*», in *AUCE.* 1972; 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 tuttora 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 veronese) di 3.154 *a-b*: lo induce a pensare l'*est* (non *erat*) di 3.154 *a* (*Est autem aliud genus societatis* [ecc.]) 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 specialia relativi allo sfruttamento di singoli beni. V. *infra* anche n. 95.1.2.

37.4.2. Caratteristica del *consortium* era che ogni consorte aveva un «diritto integrale» sul patrimonio consortile: con facoltà, dunque, non soltanto di godere tutte quante le cose comuni, ma anche di disporre personalmente delle stesse con effetto vincolante per tutti gli altri consorti. Ma è ovvio che gli altri consorti, essendo titolari di un identico diritto su tutto il patrimonio, difficilmente si adattassero a subire le iniziative unilaterali di un loro concorrente: è pensabile quindi che essi potessero bloccarle con una esplicita «opposizione» («*prohibitio*») e che in tanto uno dei consorti riuscisse ad agire indisturbato in luogo di tutti gli altri, in quanto costoro si fossero preventivamente e internamente messi d'accordo con lui relativamente ai criteri della sua gestione. Quanto agli oggetti del consorzio fraterno, è bene specificare che essi probabilmente non includevano i *filii* e le *mulieres in manu* dei singoli *fratres*, ma erano limitati ai cespiti in attesa di divisione fra tutti gli *heredes*: schiavi, animali, fondo, attrezzi ecc.; il *consortium*, che non aveva esternamente un «capo» (avendo tutti i consorti il diritto integrale di goderne e disporne), tanto meno aveva alla sua sommità un *pater* equiparabile al *pater familias*.

37.4.3. Che il *consortium ercto non cito* sia sempre rimasto nello stato in cui ce lo descrive, schematizzando, Gaio, non è

37.4.2. Sulla legittimazione di ciascuno dei *consortes* a compiere atti dispositivi validi per tutti, è d'accordo buona parte della dottrina: v. già Wieacker, «*Societas*» cit. 154 ss., 150 ss.; Bretone, «*Consortium*» cit. 182 e nt. 24, con bibl. 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 nel consorzio rientrassero solo le *res mancipi*: Cornil, *Du «mancipium» au «dominium»*, in *St. Koschaker* 1 (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 rinsaldarne 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* della *familia*, è presumibile che il *consortium* si sia esteso a tutto il «*relictum*» del defunto sia in *mancipium* che in *possessio*: il processo fu completato attraverso 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. 37.4.3) si usò affidare a un amministratore unico la gestione dell'organizzazione consortile.

37.4.3. 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 consorzio. Neppure è possibile ricostruire con esattezza il processo di successivo superamento della *prohibitio*; certo è che le fonti segnalano il raro uso di essa da parte dei *consortes* (cfr. Val. Max. 4.4.8; Plut. *Aemil.* 5). Un'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 nemmeno da pensare. Già per il consorzio imitativo è dubbio che le parti abbiano mai omesso di regolare, agli effetti interni, i poteri di disposizione illimitata spettanti a ciascuna di esse. È plausibile, comunque, che anche nel prototipo del consorzio fraterno si sia assai per tempo pervenuti ad un superamento del sistema costituito dal potere di disposizione e dal contrapposto *ius prohibendi* di ciascun consorte: sia pure agli effetti interni, anche i *fratres* non poterono fare a meno di accordarsi sulla elezione di uno di loro (eventualmente il più anziano) ad amministratore unico del patrimonio ereditario. Senonché era sempre possibile che, di fronte ai terzi, uno dei consorti, pur non essendo l'amministratore dei beni comuni, si facesse avanti a disporre delle cose a suo arbitrio (per esempio, per alienarle ad un *extraneus*) prima che gli altri potessero correre ai ripari con la *prohibitio*: difficoltà, questa, che non compensava sufficientemente il vantaggio costituito dalla «concentrazione» dei capitali spettanti ai singoli consorti. Ecco probabilmente perché l'istituto del *consortium* (non solo come consorzio fraterno, ma anche come consorzio imitativo) decadde piuttosto rapidamente nell'ambiente del diritto preclassico e al suo posto si preferì utilizzare: o l'istituto della *societas*, di cui parleremo a suo tempo, oppure quello della *communio*, di cui passiamo subito a parlare.

37.5. La *communio* cd. *«iuris Romani»* («comunione di diritto romano») divenne, ad opera della giurisprudenza preclassica e classica, la soluzione caratteristicamente romana della contitolarità dei diritti assoluti su una *res* o su tutto un *patrimonium*. A differenza del *consortium*, essa si conformò pienamente al presupposto logico che due o più rapporti restano sempre distinti tra loro se, pur coincidendo in tutto il resto (e in particolare nell'oggetto), non coincidono nei soggetti attivi. A ciascun comunista, infatti, la giurisprudenza riconobbe un diritto non esclusivo, ma pari a quello degli altri e con esso concorrente, in ordine all'oggetto comune: un diritto *pro parte*, limitato cioè ad una parte ideale del tutto.

(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). — Sulla *societas*: *infra* n. 80.

37.5. È probabile che forme di *communio* simili a quella della «*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*. Sul tema: Bonfante, *Corso di dir. rom.* 2. *La proprietà* 2 (rist. 1968) 1 ss.; Scialoja, *Teoria della proprietà nel dir. rom.* 1 (1933).

37.5.1. Con riguardo al *dominium*, cioè al caso statisticamente più importante di *communio* (il caso che noi chiameremo, ma che i Romani mai chiamarono esplicitamente, del «condominio»), le fonti affermano recisamente che sulla stessa cosa non è ammesso un *dominium* per l'intero (*in solidum*) di due o più persone («*duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest*»): il che significa, in ordine alla *res communis*, l'esclusione della cd. «proprietà unica integrale» di ciascun condomino e l'implicazione che ciascun condomino era solo «proprietario parziale» («*dominus pro parte*») della cosa e che a lui spettava solo una quota dell'intero («*pars dominii*»). Con ciò i terzi (per esempio, coloro che volessero acquistare la *res communis*) venivano ad essere avvertiti che titolari del diritto sulla cosa in condominio erano tutti i condomini messi insieme (o, naturalmente, un rappresentante regolarmente nominato da loro tutti).

37.5.2. In linea di fatto poteva, peraltro, ben darsi che un singolo condomino, esorbitando illecitamente dalla sua quota, utilizzasse tutta quanta per se stesso la cosa comune. In relazione a questa ipotesi si continuò a riconoscere un diritto di interdizione degli altri condomini (o anche, nell'interesse di tutti, di uno solo tra essi), esercitabile contro di lui allo scopo di riportarlo entro i suoi limiti del suo diritto.

38. IL REGIME DELLA «COMMUNIO» DOMINICALE.

38.1. La costruzione della communio dominicale (o «condominio», o «comproprietà») come «proprietà plurima inte-

---

37.5.1. Per la struttura della communio cfr. sopra tutto 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.). Sul passo: Longo, *I diritti reali* cit. 64 s.; Perozzi, *Saggio critico sulla natura della comproprietà* (1890), in Scr. 1 (1948) 437 ss.; Bonfante, *Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio* (1912), in Scr. 3 (1926) 456 ss.

37.5.2. Sulla funzione del ius prohibendi nel diritto classico cfr. 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.* Sul passo: Bonfante, *Il «ius prohibendi» nel condominio* (1921), in Scr. 3 (1926) 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.

38.1. Sulla communio dominicale: Riccobono, *Dalla «communio» del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in Ess. (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), in Scr. 5 (1972) 571 ss.; Biscardi, grale» (cioè come dominio concorrente di tutti i condòmini sulla cosa comune) e la diffusa coscienza della sua provvisorietà, della sua normale tendenza ad un esito di divisione della cosa comune 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 condomini, non tanto e non solo come gli attuali proprietari del tutto, quanto o principalmente come i futuri proprietari delle «parti» («*partes*») in cui la *res communis* si sarebbe venuta a frazionare per effetto della divisione. Sin dallo stato di indivisione il diritto di ogni singolo condomino fu praticamente commisurato, nella sua estensione, al *quantum* che gli sarebbe spettato in sede di divisione: sin da allora, cioè, il condomino fu definito *dominus* di una «quota» («*pars quota*») a lui spettante. Di questa quota, già *a priori* conoscibile e conosciuta, la divisione altro non avrebbe fatto che individuare a suo tempo il contenuto concreto.

38.2. Le caratteristiche fondamentali che la giurisprudenza classica dedusse da questa impostazione di massima furono tre: *a*) che il condomino era pienamente libero, salvo patto contrario, di disporre durante lo stato di comunione (*manente communione*) della sua quota (ad esempio, era libero di trasferire il suo diritto, nei limiti della *quota*, ad altri), purché non turbasse le facoltà di godimento e di disposizione della cosa comune (*res communis*) degli altri condomini; *b*) che la partecipazione di ciascun condomino agli utili ed agli oneri implicati dalla cosa comune era commisurata alla quota a lui spettante; *c*) che, nei rapporti tra i *domini* della *res communis*, ave-

---

La genesi della nozione di comproprietà, in *Labeo* 1 (1955) 156 ss.; van Warmelo, *Aspects of joint ownership in rom. l.*, in *T.* 25 (1957) 125 ss.; Bretone, «*Servus communis*» etc. (1958); Gordon, *D. 33.2.31, Usufruct and common property*, in *St. Grosso* 4 (1971) 307 ss.; De Robertis, *Situazioni condominiali e disponibilità dell'intero* etc., in *St. Grosso* 5 (1972) 113 ss. Il processo accennato nel testo, per quanto condiviso dalla gran parte della dottrina, è sostanzialmente ricostruito per via di induzioni. Per l'elencazione di alcuni testi significativi in proposito: Longo, *I diritti reali* cit. 64 ss. — Nelle fonti vengono qualificati, a volte, i comunisti come socii, sopra tutto quando si tratti di condomini (cfr. Afr. D. 10.3.9). 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* (sell.). V. anche *infra* n. 80.1.2. — Postilla. *La traduzione come «condominio», anziché come «comproprietà», del termine «condominium» è la più corretta. Si avverta però che essa può dar luogo ad equivoci perché, almeno nel diritto italiano vigente, il termine «condominio» è generalmente riservato alla comunione di proprietà negli edifici di abitazione* (cfr. a. 1117-1139 c.c.).

38.2. Sulle caratteristiche generali del condominio romano, oltre alla bibl. già citata: 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*, in *Scr.* 3 (1921) 483 ss.

vano 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.

38.2.1. Conseguenza ulteriore di questa evoluzione di pensiero fu che automaticamente vennero ad essere sminuiti il potere di ciascun condomino di compiere atti di disposizione relativamente all'intera cosa, e il potere di ciascuno degli stessi di compiere atti di opposizione relativamente alla disposizione della cosa medesima. Si ritenne, così: *a*) 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; *b*) che per gli «atti di disposizione della quota», bastasse invece la volontà del singolo condomino titolare di quella quota, il quale dunque poteva liberamente alienare ad un altro soggetto la sua parte, con l'effetto di surrogarlo nella sua situazione condominiale.

38.2.2. La diffusione del nuovo sistema non significò, peraltro, totale abolizione del vecchio principio per cui ciascun membro del condominio poteva compiere atti valevoli per l'intero oggetto, fatto salvo il diritto di opposizione (*ius prohibendi*) degli altri. Il vecchio principio fu sempre valido in astratto, 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.

38.3. Caratteristico della *communio* nel diritto classico, e residuo dell'antica concezione del *consortium ercto non cito*, fu an-

---

38.2.1. Sulla possibilità di esplicare attività dispositive che non turbino l'uso dei condomini, molti sono naturalmente i testi, in relazione alle varie ipotesi di attività dispositiva. Interessa quindi sopra tutto accennare ad alcuni casi in cui tali attività non sono lecite, per il pregiudizio derivante ai condomini: per la costituzione di ipoteca, D. 20.6.7.4 (Gai. *l. sing. ad form. hypoth.*); in rapporto alla costituzione di usufrutto o servitù, D. 33.2.31 (Labeo 2 *post. a Iav. epit.*), e D. 8.4.18 (Paul. 1 *man.*) (testo quest'ultimo abbastanza dubbio). Sul tema: Ankum, *La vente d'une part de terre commune dans le dr. rom. class.*, in *RIDA.* 33 (1986) 67 ss. — Un caso particolare è quello della manomissione del servus communis da parte di un solo condomino: in tale ipotesi si verificava il *ius adcrescendi* a vantaggio dei condomini. Sul problema: Bretone, «*Servus communis*» cit. 140 ss.

38.2.2. 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 le costituzioni imperiali cominciarono a riferirsi ad esso, rendendolo obbligatorio in talune ipotesi più gravi di conflitto tra comunisti.

38.3. La dottrina non è pacifica sul fondamento del *ius adcrescendi*. Alcuni autori (Segrè, *Sulla natura della comproprietà in dir. rom.*, in *RISG.* 6 [1888] 353 ss., 8 [1889] 145 ss., 319 ss.) hanno ravvisato in esso un naturale anche l'istituto del *ius adcrescendi* («diritto di accrescimento»). Quando un condomino abbandonava la propria quota (senza alienarla ad altri), questa non diveniva *nullius* (cioè priva di proprietario), ma passava direttamente ad accrescere le porzioni degli altri comunisti, in virtú del principio della potenziale titolarità giuridica sul tutto da parte di ciascuno. La regola (di cui abbiamo già fatto conoscenza in materia di successione *in ius*) 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, schiavo di coloro (o di colui) che ancora non lo avessero affrancato.

38.4. Durante lo stato di indivisione condominiale (che è quanto dire lo stato di *communio*), ciascun condomino aveva un diritto assoluto pari a quello degli altri. Se nascevano obbligazioni, di debito o di responsabilità, esse gravavano a titolo solidale, cioè per l'intero, su ciascun condomino. La *pars quota* di ciascuno aveva, dunque, una funzione limitativa del suo diritto solo per il futuro, cioè per il tempo in cui si fosse attuata la divisione.

38.4.1. Naturalmente, i condomini potevano, già nel corso del periodo di indivisione, disciplinare internamente alla com-

---

pimento del diritto, dovuto ad una *ratio* non dissimile da quella che governa l'accessione. Secondo altri (Bonfante, *Il «ius adcrescendi» nel condominio*, in *Scr.* [1921] 434 ss.), il *ius adcrescendi*, in seno al 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: Robbe, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel dir. rom. class.* (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 *successio*. Cfr. part. 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 dereliquerit, eius esse desinit* (*rell.*). — Sull'accrescimento ereditario: *retro* n. 32.5.

38.4. 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.* — Sulla solidarietà obbligatoria: *infra* n. 65.4.

38.4.1. 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. 84.5), il *genus* «*societas*» si sarebbe ripartito in due *species*: la «*societas consensu contracta*» (cioè la società obbligatoria) e la «*societas re con-*

munio le loro posizioni reciproche e il modo di funzionamento della contitolarità. Questi loro accordi, determinativi di reciproche obbligazioni, non modificavano però la struttura della *communio* di fronte ai terzi, ma costituivano tutt'al più una *societas* a parte, cioè una sorta di autonoma «società di gestione» della *communio*. Pertanto, l'unico modo per poter «individualizzare» i diritti e gli obblighi dei comunisti, sia verso i terzi che tra loro, era costituito dalla divisione.

38.5. La divisione della *communio* poteva essere di due specie: *a*) volontaria; *b*) 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.

38.5.1. La «divisione volontaria» era quella operata di comune accordo fra tutti i comunisti: il dissenso anche soltanto di un condomino 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 infatti che i condomini ponessero in essere una serie di negozi intesi alla realizzazione dell'accordo: reciproci atti di alienazione delle *res* in comunione, rinuncia da parte dell'uno e versamento da parte dell'altro (beneficiario dell'accrescimento) di un corrispettivo in danaro o in altri beni, alienazione della *res* comune ad un terzo e spartizione del ricavato tra i comunisti (naturalmente, *pro quota*) ecc. Ed è ovvio che questi procedimenti negoziali determinavano, in pratica, difficoltà numerose e gravi, che raramente la buona volontà dei *socii* riusciva a superare.

38.5.2. La «divisione giudiziale» era, in considerazione delle difficoltà di attuazione della divisione volontaria, la procedura di

---

tractu» (cioè la società nascente, per forza di cose, dal fatto di una comproprietà tra più soggetti). Contro questa tesi (che sfrutta abilmente una serie di indizi tuttavia labilissimi, tra cui la terminologia di «*tractus*» applicata ai comunisti): 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 bibl.). — Sulla societas: *infra* n. 80.

38.5. Il diritto allo scioglimento della *communio* era irrinunciabile, ed era nullo il patto che escludesse per sempre tale possibilità. Cfr. Paul. D. 10.3.14.2: *Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est* (trad.). Sul tema: Burdese, sv. *Divisione (d. rom.)*, in *ED*. con bibl.

38.5.1. La divisione volontaria non poteva di per sé essere bastevole, in quanto accordo, a sciogliere la *communio* dominicale. La relativa *conventio* aveva effetti meramente obbligatori tra le parti, mentre l'attribuzione del *dominium ex iure Quiritium* non poteva realizzarsi che attraverso determinati negozi traslativi (v. *infra* n. 50). Sul tema: Murillo, *La division convencional* etc., in *Rev. jur. del Notariado* 17 (1997) 61 ss.

38.5.2. Sui giudizi divisori, in particolare: Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen* (1912); Arangio-Ruiz, *Appunti sui giudizi divisori* (1913).

gran lunga più in uso. Essa si verificava attraverso l'esercizio di tre distinte «azioni divisorie», caratterizzate tutte, nel *iudicium* del processo formulare, da una «aggiudicazione» («*adiudicatio*»): *a)* l'«*actio familiae erciscundae*», che già conosciamo e che era, più propriamente, valevole per la divisione dei complessi patrimoniali successori; *b)* l'«*actio finium regundorum*» («azione di regolamento dei confini»), esercitata tra proprietari di immobili confinanti 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); *c)* l'«*actio communi dividundo*» («azione di divisione degli oggetti in comune»), azione generale per la divisione della *communio* dominicale. Il sistema si mantenne sostanzialmente intatto nel diritto postclassico.

38.5.3. Le azioni divisorie, comportando, oltre l'aggiudicazione, una eventuale *condemnatio* di qualche comunista a conguagli in danaro (a «*quidquid dare facere oportet alterum alteri*»), permettevano di risolvere non soltanto il problema della divisione fra tutti i condomini, ma anche eventuali problemi di responsabilità e di risarcimento fra gli stessi. Solo attraverso il

---

in Scr. 5 (1974) 495 ss.; Bia, *Le azioni del condominio*, in *BIDR.* 39 (1931) 73 ss.; Frezza, «*Actio communi dividundo*», in *RISG.* n.s. 7 (1932) 3 ss.; Gaudemet, *Étude sur le régime de l'indivision* cit. 249 ss.; Misera, *Der Nutzungstausch bei Nachbarn und Miteigentümern*, in *ZSS.* 94 (1977) 266 ss.; Aricò Anselmo, *Studi sulla divisione giudiziale* 1. «*Divisio*» e «*vindicatio*», in *AUPA.* 42 (1992) 259 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 il concorso. Cfr. Lenel, *EP.*³ 208 s. e v.: Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klass. röm. R.* 1 (1918) 128 ss.; Drosdowski, *Das Verhältnis von «actio pro socio» und «a. c. d.» etc.* (1998). — Per l'*actio communi dividundo* cfr. D. 10.3 (*Communi dividundo*) e CI. 3.37; v. *infra* n. 50.5.1. 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*». V. anche *infra* n. 80.4. — Per l'*actio familiae erciscundae* cfr. D. 10.2 (*Familiae erciscundae*) e CI. 3.36. V. anche *retro* n. 32.4.1. — Per l'*actio finium regundorum* cfr. D. 10.1 (*Finium regundorum*) e CI. 3.39. Sul tema: Knütel, *Die «a. f. r.» und die «ars gromatica»*, in *Die röm. Feldmeßkunst* (1992) 285 ss.; Hinrichs, *Zur Geschichte der Klage «f. r.»*, in *ZSS.* 111 (1994) 242 ss. — Sulla *adiudicatio*: *retro* n. 10.5.2.

38.5.3. 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. 10.3.23 [Iul. 57 *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 invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem* [ecc.]). — Sulla *societas*: *infra* n. 80.

loro esercizio poteva, quindi, un comunista far valere contro gli altri comunisti le eventuali sue 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 contratto (una *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 anche l'*actio pro socio* contro i *socii* inadempienti per richiamarli alle loro obbligazioni di responsabilità.

38.5.4. La divisione, per come era concepita e congegnata, aveva efficacia costitutiva. I suoi effetti si producevano quindi a partire dal momento della *adiudicatio* pronunciata dal giudice o, in caso di divisione volontaria, dal compimento dei negozi di attuazione dell'accordo divisorio (*mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*).

38.6. La tutela della *communio* contro gli attacchi altrui fu attuata, naturalmente, con gli stessi mezzi che vedremo essere concessi 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.).

38.6.1. Vi erano, tuttavia, casi in cui il condomino, pur se agiva isolatamente, non poteva non difendere 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 in re aliena* vantato da un terzo sull'intero oggetto in comunione.

38.5.4. Sulla efficacia costitutiva della divisione, particolarmente di quella giudiziale: *retro* n. 30.5.2 e *infra* n. 50.7.1.

38.6. Per la *vindicatio partiaria*: Kaser, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altröm. R.*, in *ZSS.* 65 (1947) 140 ss.

38.6.1. Le azioni esperite da terzi per attività sulle cose comuni impegnavano tutti i comunisti. In materia di *[illegible]*, il comunista convenuto 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. 55.4.5. — Sull'*actio negatoria* (*servitutis*, *usufructus*): *infra* n. 51.4. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni regolano in modi sostanzialmente coincidenti nelle linee generali il fenomeno della comunione dei diritti, e in particolare della comunione di proprietà o di altri diritti reali, dedicando inoltre discipline specifiche ad ipotesi che in età romana non avevano acquistato l'importanza economica e sociale che hanno oggi: per esempio, la comunione di beni tra coniugi e gli altri istituti familiari di cui infra n. 43.1, il condominio degli edifici tra proprietari di singoli appartamenti siti nel medesimo edificio ed usufruenti di un certo numero di spazi comuni (cortili, scale ecc.), la cd. multiproprietà di edifici o di appartamenti con godimento ripartito per periodi di tempo tra i comunisti. Per il diritto italiano vigente cfr. particolarm. a. 1100-1116 (comunione in generale) e 1117-1139 (condominio negli edifici).*

CAPITOLO VII

I RAPPORTI ASSOLUTI FAMILIARI

SOMMARIO: 39. I rapporti assoluti familiari. — 40. La *patria potestas*. — 41. Il *matrimonium*. — 42. Gli effetti del *matrimonium*. — 43. Il regime patrimoniale del *matrimonium*.

39. I RAPPORTI ASSOLUTI FAMILIARI.

39.1. Rapporti assoluti familiari, tutti derivati (più o meno direttamente) dal *mancipium* quiritario del periodo arcaico, furono, a partire dal periodo preclassico, quelli che dettero

---

39.1. Sui rapporti giuridici familiari: **Bonfante**, *Corso di dir. rom. 1. Diritto di famiglia* (1925, rist. 1963); **Longo (G.)**, *Diritto di famiglia*² (1953); **Watson**, *The law of persons in the later Roman Republic* (1967); **Vico**, *Derecho romano 1. Personas y derecho de familia* (1969); **Peruzzi**, *Origini di Roma 1. La famiglia* (1970); **Franciosi**, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*² (1992). Inoltre: **Bauman**, *Family law and roman politics*, in *St. Guarino* (1984) 1283 ss.; **Mélèze-Modrzejewski**, *Statut personnel et liens de famille dans l'Antiquité* (1993). Sulla *familia* in età postclassica: **Gaudemet**, *La vie familiale au Bas-Empire et l'influence du Christianisme*, in *ROM.* 4 (1962) 58 ss.; **Nathan**, *The family in late antiquity etc.* (2000). Per un quadro generale dell'organizzazione familiare nell'antichità: **Krause**, *Die Familie und weitere anthropologische Grundlagen* (1992). I numerosi scritti specifici del Volterra, che saranno citati qui appresso, sono stati anche riediti in fotostampa in: **Volterra**, *Scr. 1: Famiglia e successioni* (1991). V. anche retro n. 34.4-7. — POSTILLA. *La concezione moderna della famiglia (è bene ribadirlo) è assai diversa, in quasi tutti gli ordinamenti giuridici vigenti, dalla concezione romana, sopra tutto per due motivi: a) perché, a prescindere dal riflesso conservato alla parentela di sangue nella materia delle successioni ereditarie (e in qualche altro riflesso di minore importanza), la famiglia presa in considerazione è soltanto quella «nucleare» (padre, madre e figli, questi ultimi sino al raggiungimento della maggiore età); b) perché (con accentuazione sempre maggiore particolarmente nel secondo dopoguerra) si è affermato, in omaggio al principio della parità dei sessi, il regime della parità tra i coniugi anche relativamente alla potestà sui figli e sulle persone agli stessi equiparati. Quanto a quest'ultima, esistono limiti e controlli esterni (di carattere non solo civile, ma anche penale) in ordine all'esercizio ed alla stessa dignità di essere titolari, ma pur sempre di un diritto (o, se si preferisce, di un diritto-dovere) si tratta, e va aggiunto che si tratta pur sempre di una situazione giuridica assoluta, cioè valevole erga omnes. Viceversa, è assai difficile, per non dire impossibile, qualificare come diritti assoluti (dell'uno o dell'altro coniuge) i diritti e doveri cd. «reciproci» che nascono tra i co-*

luogo a queste quattro situazioni attive: *a*) la *patria potestas*; *b*) la *potestas* sui *liberi in mancipio*; *c*) la *manus maritalis*; *d*) l'autorità maritale. Il loro regime variò essenzialmente a causa della diversità dei rispettivi oggetti, i quali appartennero a quattro categorie ben distinte di persone libere: *a*) i *filii* e *nepotes adgnati*; *b*) i *liberi* non *adgnati*; *c*) le *mulieres in manu*; *d*) le *uxores in matrimonio*. Quanto ai soggetti attivi, essi furono, di regola, 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*» (la donna è principio e fine della propria *familia*), poteri giuridici implicanti una disciplina di carattere familiare su sottoposti liberi.

39.1.5. La storia dei quattro rapporti giuridici ora indicati, nel passaggio dall'età preclassica a quella postclassica, fu una storia di progressiva decadenza e involuzione, correlata alla sempre più accentuata decadenza delle famiglie potestative. 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 questo processo di trasformazione e delle sue ragioni di fondo è: *a*) di descrivere prima, in un quadro di insieme, la vicenda dei quattro istituti; *b*) di passare poi ad un esame più dettagliato del rapporto più importante fra tutti, la *patria potestas*; *c*) di fermarsi infine, e a lungo, sul fatto giuridico in certo modo centrale di tutto il sistema dei rapporti familiari, il *matrimonium*.

39.2. La *patria potestas* («potestà paterna»), in senso stretto (e proprio), era la *potestas* spettante al «*pater familias*»

---

sorgi per effetto del matrimonio si tratta ormai, nella maggior parte degli ordinamenti moderni, di rapporti relativi (rapporti che, per di più, non possono comportare il superamento di certi limiti neanche se le parti siano consenzienti nel volerlo). V. anche retro n. 34.7.

39.1.3. La terminologia cui si fece ricorso (ma sporadicamente e senza alcuna regola fissa) per designare le quattro categorie di subordinati fu: (*liberae*) *personae in potestate mancipio manu matrimonio*. Di «*personae in potestate manu mancipiove*» parlò sopra tutto 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* (cfr. Vat. 298, di discussa restituzione), parlarono in qualche modo la *lex Iulia et Papia* (cfr. ad es. Vat. 219) e i giuristi tardo-classici (cfr. ad esempio: Pap. Coll. 4.9.1; Mod. D. 24.2.10; Tryph. D. 49.15.12.4). Sul punto: Meylan, *Origine de la formule «in potestate manu mancipiove»*, in *St. Macqueron* (1970) 503 ss., con bibl.

39.2. Sulla *patria potestas*: Kaser, *Der Inhalt der «patria potestas»*, in ZSS. 58 (1938) 62 ss.; id., *Zur altrömischen Hausgewalt*, in ZSS. 67 (1950) 474 ss.; Castello, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano* (1942) 67 ss.; Volterra, *L'acquisto della «patria pot.» alla morte del «paterfamilias»*, in BIDR. 79 (1976) 193 ss.;

maschio, capo del gruppo familiare, sulle persone che fossero a lui legate da discendenza agnatizia (*«filii familias»*). Essa si con-

---

Messin, *«Patria pot.» and Roman revolution*, in *The confl. of generat. in anc. Gr. and Rome* (1976) 143 ss.; Rabello, *Effetti personali della «patria pot.»* (1979); Gualfredi, *Funzioni e limiti della «patria pot.»*, in *Nuovi st. di dir. gr. e rom.* (1980) 75 ss.; Lobrano, *«Pater et filius eadem persona»* (1984); Voci, *«Patria pot.» da Augusto a Diocleziano* (1980) e *La «patria pot.» da Costantino a Giustiniano* (1985), in *St.* 2 (1985) 297 ss., 465 ss.; Ankum, *La position juridique du «filius familias» mineur en dr. rom. classique*, in *St. Wubbe* (1993) 1 ss. Per le fonti cfr. Ulp. D. 50.16.195.2 (riportato retro n. 15.6.4); Ulp. D. 1.6.4 (*... patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes...*); Ulp. 4.1 (*Qui «sui» iuris sunt, «eorum» 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 1.55 e 189. L'affermazione è esatta in questo senso: che nessun popolo dell'antichità (e men che 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, dei quali erano considerati soggetti giuridici tutti i cittadini (o 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 composto sotto la sua presidenza dai sottoposti più autorevoli, è una leggenda che le fonti attribuiscono ai più antichi tempi, ma che la critica moderna ha ormai convincentemente sfatato: Volterra, *Il preteso tribunale domestico in dir. rom.*, in *RISG.* n.s. 2 (1948) 103 ss.; Id., *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* dal valersi effettivamente e drasticamente delle loro facoltà e li induceva altresì, con ogni probabilità, a consultarsi coi loro familiari: costume sociale (che conferma il detto 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): Kunkel, *Das Konsilium im Hausgericht* (1966), in *Schr.* (1974) 117 ss. (ma contra: Guarino, in *Labeo* 13 [1967] 124); Balducci, *Intorno al «iudicium domesticum»*, in *AG.* 191 (1976) 69 ss.; Ruggiero, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, in *St. Guarino* (1984) 1593 ss. — In connessione con la *potestas patria* (ma anche con la *potestas sui mancipio* e con la *manus*: cfr. Prob. 31) stanno 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. Cfr. D. 43.30 (in part. 1 pr. e 3 pr.); CI. 8.8. In generale: Martini, *La «cognitio praetoria» in tema di tutela della «patria potestas»*, in *SDHI.* 39 (1973) 314 ss. — POSTILLA. *Negli ordinamenti giuridici moderni la patria potestas si configura di solito come un diritto assoluto ancora meno intenso che in periodo giustinianeo, fortemente controllato dall'autorità pubblica e, comunque, avente ad oggetto i soli discendenti di primo grado sino al raggiungimento della maggiore età. Di più: in molti ordinamenti più evoluti il diritto (come già accennato retro n. 29.3) è esteso anche alla madre, sì che non è più corretto il caso di parlare di potestà «paterna». Per quanto attiene al diritto italiano vigente, gli a. 315-337 cc. (come riformati dalla l. 19 maggio 1975 n. 151) parlano infatti di «potestà dei genitori», di cui questi sono congiuntamente titolari sino all'età maggiore o alla emancipazione del figlio (precisando che sul figlio naturale riconosciuto la potestà spetta solo a chi ne ha operato il riconoscimento). Le complicazioni sorgono in ordine all'effettivo esercizio dei poteri sul* figurava cioè come la situazione attiva di un rapporto giuridico assoluto intercorrente tra il *pater familias* e gli altri soggetti dell'ordinamento, i quali erano 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): *a*) il *ius vitae ac necis*; *b*) il *ius vendendi*; *c*) il *ius noxae dandi*; *d*) il *ius exponendi*.

39.2.1. Il «*ius vitae ac necis*» («diritto di vita e di morte») era, indubbiamente, la facoltà di tutte più dura: il *pater familias* aveva, infatti, la possibilità di uccidere, se lo ritenesse opportuno o necessario, i suoi *filii*. Tuttavia sin dai più antichi tempi il sentimento religioso e la coscienza sociale limitarono in concreto l'esercizio di questo potere. In età preclassica l'abuso di esso fu colpito da deplorazione dei censori in sede di censimento (*nota censoria*) e in età classica la giurisprudenza ritenne che il *filius* non potesse venire ucciso senza che il padre ne avesse prima udite le giustificazioni, anzi i *principes* arrivarono sino al

---

figlio quando non vi sia accordo tra i genitori: in tal caso l'a. 316 ammette questi ultimi a ricorrere al tribunale dei minorenni (il quale ha sede nelle città, spesso lontane, in cui opera la corte di appello) e autorizza, ad ogni buon conto, il padre ad adottare i «provvedimenti urgenti ed indifferibili», purché sussista «incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio». Bastano questi cenni a rendere evidente la sorprendente ingenuità della normativa, la quale ritarda le decisioni urgenti da prendere in ordine alla prole e finisce per favorire, in sostanza, la posizione del marito e padre.

39.2.1. Sul *ius vitae ac necis*: 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» etc.*, in *The Irish Jurist* 1 (1966) 150 ss. V. anche *infra* n. 42.2.3. Molto improbabile, a nostro avviso, che già le *XII tabulae* abbiano limitato l'esercizio del *ius vitae ac necis* alle ipotesi di «*iusta causa*»: si crede di poterlo dedurre da un passo mutilo, e comunque assai poco autorevole, di Fr. August. 4.50. 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 323, della quale si hanno due redazioni divergenti in CTh. 4.8.6 e in CI. 8.46.10: *Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas permissa est* (CI.: *olim erat permissa*), *eripere libertatem 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 323 il *ius vitae necisque*. — La *nex* (da cui *necare*) era la morte violenta (diversa dalla morte naturale, *mors*), ma provocata senza effusione di sangue, per esempio mediante strangolamento o avvelenamento: Fest. sv. «*nexi datum*» L. 158 s.; 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. 39.2.4.

punto da infliggere (*extra ordinem*) la pena della deportazione con confisca dei beni (*deportatio in insulam*) a chi comunque avesse ucciso il proprio *filius*. Ma furono reazioni sporadiche. Solo in periodo postclassico, per influenza della religione cristiana, il *ius vitae ac necis* del *pater familias* venne dapprima fortemente compresso e poi praticamente abolito. Costantino, agli inizi del sec. IV, punì come *crimen homicidii* l'uccisione volontaria del *filius familias*.

39.2.2. Il «*ius noxae dandi*» («diritto di dare a castigo») 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*) quando questi avesse commesso un illecito privato. Il *pater* dell'offensore, rinunciando alla *potestas* sul sottoposto, lasciava alla vittima (o al *pater* della vittima) il diritto di castigarlo nella misura (anche estrema) che gli paresse più congrua e respingeva pertanto da sé ogni responsabilità per l'illecito commesso: per essere più sicuro di questo effetto, egli soleva addirittura effettuare un'alienazione mediante *mancipatio* del sottoposto offensore all'offeso. Anche questa facoltà del *pater familias* decadde però in età postclassica e fu infine abolita da Giustiniano.

39.2.3. Il «*ius vendendi*» («diritto di alienare») era la facoltà del *pater* di alienare il sottoposto mediante *mancipatio* ad un al-

---

39.2.2. Sul ius noxae dandi (relativo a tutti i sottoposti, servi compresi) e sulla «*noxae deditio*»: *infra* n. 87.3. — 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. Cfr. 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.*

39.2.3. Sul ius vendendi: Mayer-Maly, *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, in *ZSS.* 75 (1958) 116 ss., con bibl.; Stone, *The Sins of their Fathers: «si p. f. t. v. d.»*, in *RIDA.* 42 (1995) 331 ss.; Bianchi Fossati Vanzetti, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI.* 49 (1983) 179 ss.; Nardi (E.), *Ancora sul «ius vendendi» del «pater fam.» nella legislaz. di Costantino*, in *St. Guarino* (1984) 2287 ss.; Id., *«Reversio in potestatem patris» (Gai 1.132)*, in *St. Iglesias* (1988) 825 ss. Per l'atteggiamento del diritto classico cfr. 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, cfr. invece Constant. CTh. 5.10.1 = CI. 4.43.2 (con varianti che danno luogo a notevoli discussioni). V. Martini, *Sulla vendita dei neonati nella legislazione costantiniana*, in *AARC.* 7 (1988) 423 ss.; Formigoni Candini, *«De his, qui sanguinolentos emptos vel nutrien-*

tro *pater familias*, il quale lo acquistava come *liber in causa mancipii*. L'acquirente poteva a sua volta *mancipare* il sottoposto a terzi oppure poteva affrancarlo mediante *manumissio*: nel caso di affrancazione (sia da parte dell'acquirente sia da parte del subacquirente), il figlio non acquistava peraltro la soggettività giuridica, ma tornava *ipso iure* a soggiacere alla *patria potestas* del *pater* originario. La scandalosa frequenza con cui i *patres familiarum* del sec. V a. C. non solo vendevano i loro figli in caso di bisogno, ma tornavano a venderli dopo averli riacquistati in potestà, portò le *XII tabulae* a stabilire che, quando un *filius familias* fosse stato alienato dal *pater* tre volte, il *filius* fosse definitivamente liberato dalla *patria potestas* («*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*»): per conseguenza, se il terzo acquirente lo affrancava, egli diveniva *sui iuris*. In età classica la *mancipatio filii* era divenuta del tutto desueta ed era inoltre 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 la squallida usanza della vendita a terzi dei figli appena nati (che altrimenti sarebbero stati esposti). Costantino, non potendo vietarla, stabilì che il *pater* avesse almeno il diritto di riscattare successivamente il figlio; Giustiniano confermò questa regola, ma limitò la possibilità della vendita ai soli casi di estrema povertà.

39.2.4. Il «*ius exponendi*» («diritto di esposizione») era la facoltà del *pater familias* di esporre in luogo pubblico i figli neo-

---

dos acceptande», in *AUFS*. 6 (1992) 35 ss. I figli acquistati subito dopo la nascita venivano anche detti, icasticamente, «*infantes sanguinolenti*». Sulla norma decemvirale cfr. *FIRA*. 1.35. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni, comunemente, escludono nel modo più reciso la vendita dei figli e puniscono penalmente coloro che la praticano sia come venditori sia come compratori. Il fenomeno, peraltro, è molto diffuso come manifestazione di povertà di certi ceti sociali o di certe popolazioni del cd. «terzo mondo». Di più: esso sta riprendendosi (ed è, per ora, malamente o per nulla vietato e perseguito) sotto specie sofisticate, quali la vendita del seme produttivo o la collocazione in utero non materno ed altre escogitazioni di cd. «ingegneria genetica».*

39.2.4. Sul *ius exponendi*: 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, *CTh. 5.9.1 e l'esposizione degli infanti* (1949), in *Scr.* 5 (1972) 166 ss.; Pugliese, *Note sull'«expositio» in dir. rom.*, in *St. Sanfilippo* 6 (1985) 629 ss. V. anche: Harris, *Child-Exposure in the R. Empire*, in *JRS*. 84 (1994) 1 ss. Nell'ipotesi che l'abbandono del figlio fosse clandestino, il figlio era subordinato alla disciplina del rinvenimento: retro n. 23.6.2. Se l'esposizione era fatta manifestamente, il *pater* conservava la sua *potestas* sul figlio, pur essendo stato il figlio assunto come *liber in mancipio* dal *nutritor*: dunque, se manomesso, il figlio ritornava *in potestate patris*. Questo regime (di cui le fonti classiche fanno peraltro cenni piuttosto vaghi: cfr. Diocl. Max. CI. 5.4.16) fu giustamente contrastato e abolito dalla legislazione postclassica, che riconobbe la piena *potestas* al *nutritor*: cfr. Constant. CTh. 5.9.1, Iustin. CI. 8.51.3. — Per le connessioni col *tollere liberos* v. *infra* n. 42.3.1.

nati, abbandonandoli al destino di morire di inedia, oppure di essere raccolti e allevati da un altro soggetto giuridico (il cd. «*nutritor*») come *liber in mancipio*. In periodo postclassico si affermò peraltro il principio che l'abbandono del figlio implicasse la totale perdita della *patria potestas*.

39.3. La *potestas sui liberi in mancipio* («potestà sui liberi subordinati a mancipio») era la situazione attiva di un rapporto assoluto intermedio tra la *patria potestas*, 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*») era un cittadino libero (aveva la «*civitas libertasque*»), ma era in luogo di schiavo («*servi loco*») rispetto all'avente potestà, dal quale forse non poteva essere ucciso, ma poteva essere dato a nossa o alienato a terzi. 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*. Se affrancato (*manumissus*), tornava ad essere *sui iuris* a pieno titolo (nell'ipotesi che già lo fosse stato prima della sottoposizione a *mancipium*), oppure (nell'ipotesi che fosse stato precedentemente *alieni iuris*) tornava

---

39.3. Sulle *personae in causa mancipii*: Nardi (D.), «*In causa mancipii*», in *ANA*. 86 (1975) 32 ss., con bibl.; Levi (M. A.), «*Liberi in manu*», in *Labeo* 22 (1976) 73 ss.; Pugliese, «*In mancipio esse*», in *St. Ferrara* (1985) 43 ss. In astratto è ovviamente da ritenere (e lo fa intendere particolarmente Gai 1.140) che tutti i liberi in condizione di «*servi loco*» fossero inquadrati tra i *liberi in mancipio*: quindi (*retro* n. 26.5) 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 1.116-138 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 Istituz. di Gaio* [1953], in *Scr.* 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 censorie 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 emancipati con patto di remancipazione), si tratta verosimilmente di una elucubrazione 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 soggetti giuridici (*sui iuris*) sia di sesso maschile sia di sesso femminile. — Sulla *dominica potestas*: *infra* n. 52. — Sulla *emancipatio*: *infra* n. 40.3.

sotto la potestà del *pater* originario (a meno che da questi non fosse stato alienato tre volte e che, come vedremo, diventasse *sui iuris* a titolo di emancipazione).

39.3.1. L'ipotesi prevalente, se non addirittura esclusiva, dei *liberi in causa mancipii* si verificava quando i *filii familiarum* o le *mulieres in manu*, delle quali parleremo tra poco, venissero dal loro *pater* (il titolare della *patria potestas* o della *manus*) mancipati 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 dal *pater familias* al fine di impostare i procedimenti dell'*emancipatio* e dell'*adoptio*, anche dei quali passeremo ad occuparci 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.

39.3.2. 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*; fattispecie che potevano concernere anche la subordinazione (limitata e temporanea) di un *pater familias* all'altro e che potevano essere estinte sia con la *manumissio*, sia col successivo riscatto ad opera ed iniziativa del sottoposto o di un terzo.

39.4. La **manus maritalis** («mano maritale») era la situazione attiva di un rapporto assoluto analogo (ma non identi-

---

39.3.1. Sulla **mancipatio dei sottoposti liberi** (*in potestate parentis o in manu*) cfr. 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 coemptionatoribus mancipantur, cum velint parentes coemptionatoresque ex suo iure eas personas dimittere, sicut inferius evidentius apparebit*. Il riferimento è appunto all'*emancipatio*.

39.3.2. Sulle **ipotesi anomale di causa mancipii**: *retro* n. 14.5. 39.3 e *infra* n. 63.2.4.

39.4. Sulla **manus maritalis**, nei suoi rapporti col *matrimonium* e con la *coemptio tutelae vitandae causa* v. rispett.: *infra* n. 41.3 e 46.6. Cfr. Gai 1.108-115 b, ove si afferma che «*in manum autem feminae tantum conveniunt*». In argomento: Watson, *Two notes on «manus»*, in *Ius. Univ. Utrecht* (1979) 1975 ss. — 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 v. 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*»: Coli, *Regnum* (1951), in *Scr.* (1973) 464 s.; Gaudemet, *Observations sur la «manus»*, in *ARIDA*. 2 (1953) 330 ss. Tuttavia l'espressione «*manumissio*» (e «*manumittere*») per designare la liberazione co) alla *patria potestas*, avente ad oggetto una donna di provenienza estranea alla *familia* ed entrata a far parte della stessa, in condizione parificata a quella di una *filia* («*filiae loco*»), allo scopo di 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 fu ben poco praticato e venne piuttosto sfruttato solo per frodare la legge sulla *tutela mulierum*, cioè allo scopo di procurare alla donna un marito di comodo in luogo del tutore (cd. «*conventio in manum extranei tutelae evitandae gratia*»).

39.4.1. La «*conventio in manum*» (il passaggio della donna sotto la *manus*) implicava che la *mulier*: *a*) se *alieni iuris*, perdesse ogni legame (anche ereditario) con la propria *familia* di origine; *b*) se *sui iuris*, apportasse al *maritus* (o, se questo era *alieni iuris*, al suo *paterfamilias*) tutto il proprio *patrimonium*. Morto il *paterfamilias*: la *uxor* del *pater* diveniva *sui iuris* e ne era erede *iure civili*; la *uxor* del *filius* (il quale diventava *sui iuris*, cioè *pater familias*) passava sotto la *manus* di questo ultimo.

---

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, quia filiae loco 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). — Che la *manus* fosse una *potestas affievolita*, se non anche alle origini, almeno in età preclassica avanzata e in età classica, è indiziato soprattutto da due fatti: *a*) che la *uxor in manu* poteva ripudiare, sia pure con un artificio giuridico, il *maritus* (v. *infra* n. 39.4.3); *b*) che la *lex Iulia de adulteriis* non riconobbe al marito, pur se titolare di *manus*, il diritto di uccidere la moglie colta in flagrante adulterio, mentre lo riconobbe solo al suo *pater familias* originario per il fatto di averla concessa *in manum* al marito (v. *amplius* pt. 42.2.2).

39.4.1. Sulla *conventio in manum della donna sui iuris*: Benedek, *Die «conventio in manum» und die Förmlichkeiten der Eheschliessung im röm. R.* (1978). Per le conseguenze (identiche a quelle dell'*adrogatio*): *infra* n. 40.4. — Sulla *successio ab intestato* della *uxor in manu* v. *retro* n. 29.2.

39.4.2. Fatti costitutivi della «*manus maritalis*» erano: *a*) la *confarreatio*; *b*) la *coëmptio*; *c*) l'*usus*. La «*confarreatio*» («confarreazione») era una cerimonia religiosa ad effetti giuridici compiuta davanti al *flamen Dialis* (forse anche al *pontifex maximus*) e a dieci testimoni: il complesso rituale (nel corso del quale la moglie diceva tradizionalmente al marito di voler essere nella vita il suo sinonimo al femminile: «*ubi tu Caius, et ego Caia*») implicava, tra l'altro, che i due nubendi spezzassero un pane di farro in onore di *Iupiter Farreus*. La «*coëmptio matrimonii causa*» («acquisto a scopo di matrimonio») era un'applicazione della *mancipatio* e consisteva, appunto, nella *mancipatio* della *mulier* al *maritus* (o al *paterfamilias* di lui) da parte del *pater fami-*

39.4.2. Sui fatti costitutivi della manus: Brassloff, *Die Entstehung 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 dr. rom.* (1943); Gaudemet, *Observations sur la* «*manus*», in *RIDA*. 2 (1953) 323 ss.; Watson, «*Usu farreo coemptione*», in *SDHI*. 29 (1963) 337 ss.; Tomulescu, *Gaius 1.111 und die Ehe* «*usu*», in *St. van Lübtow* (1970) 401 ss.; id., *Les rapports entre le mariage et la* «*manus*», in *RIDA*. 18 (1971) 723 ss.; Franciosi, *La vendita a scopo di matrimonio etc.*, in *St. Hernandez-Tejero* 2 (1994) 199 ss.; Linderski, «*Usu, farreo, coemptione*», in *ZSS*. 101 (1984) 301 ss.; Diósdi, «*Farreo coemptione usu*», in *St. Guarino* (1984) 1301 ss.; Piro, «*Usu in manum convenire*» (1994); Cantarella, *L'*«*usus*» *e la* «*conv. in manum*», in *Labeo* 41 (1995) 434 ss.; Bartocci, *Le* «*species nuptiarum*» *etc.* (2000). Fondamentali, in materia, restano gli studi del Volterra, *Ancora sulla* «*manus*» *e sul matrimonio*, in *St. Solazzi* (1948) 675 ss., *Nuove osservazioni sulla* «*conv. in manum*», in *ACIV*. 3 (1953) 37 ss., *Nuove ricerche sulla* «*conv. in m.*», in *MAL*. 1966, e *La* «*conv. in m.*» *e il matrim. romano*, in *RISG*. n.s. 12 (1968) 205 ss. — Ai tempi di Gaio 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 a. 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. Sul tema: Messina, *Le lacune di Gai 1.136-137*, in *St. Guarino* (1984) 913 ss. — Sulla coëmptio Gai 1.113 precisa: *Coemptione 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 1.114-115b passa a distinguere tra «*coëmptio matrimonii causa*» e «*coëmptio fiduciae causa*» (*infra* n. 46.6). 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. Sul punto: Messina, «*Coëmptio sacrorum interimendorum causa*» *e* «*coemptiones fiduciariae*», in *St. Sanfilippo* 7 (1987) 387 ss.; Falchi, *Osservazioni sulla natura della* «*coëmptio matr. causa*» *etc.*, in *SDHI*. 50 (1984) 355 ss. — Sull'usus cfr. Gai 1.111 riportato *infra* n. 41.2.2.

lias di lei (o nella automancipazione della donna, se *sui iuris*): l'acquirente, che pagava simbolicamente la donna con una moneta («*nummo uno*»), dichiarava probabilmente per esplicito di assumerla come moglie (propria o del *filius*). L'«*usus*» («uso») consisteva nell'esercizio di fatto dei poteri domestici sulla *mulier* per la durata di almeno un anno.

39.4.3. Fatti estintivi della «*manus maritalis*» erano: *a*) la morte della donna; *b*) la morte del marito che fosse anche *paterfamilias* (per effetto della quale la *uxor* da *filiae loco* diventava *sui iuris*); *c*) la *mancipatio* della *uxor* ad un terzo (che la acquistava *in mancipio*). Tuttavia, in caso di nozze confarreate, per la cessazione della *manus* occorreva l'*actus contrarius*, l'atto antitetico alla *confarreatio* esplicantesi mediante la cerimonia (di cui, peraltro, nulla sappiamo) della «*diffarreatio*».

39.5. L'autorità maritale, derivante al *maritus* o al suo *pater familias* dal cd. *matrimonium sine manu*, non ebbe una denominazione specifica, anche perché non fu un potere dai contorni precisi come le *potestates* sopra descritte. Fu però sempre una situazione giuridica di carattere assoluto, scaturente dal fatto che la *uxor* viveva nella *domus mariti*, accettava con ciò la disciplina domestica facente capo a lui, gli procreava figli sottoposti alla sua *potestas*: il che valeva sino alla morte o al divor-

---

39.4.3. Sui fatti estintivi della *manus maritalis*: Schaub, *Der Zwang zur Entlassung aus der Ehegewalt und die «remancipatio» ohne «usus»*, in ZSS. 82 (1965) 106 ss. Cfr. 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). Sulla diffarreatio: Pino, *Unioni confarreate e «diffarreatio»* etc., in Index 25 (1997) 253 ss.

39.5. Sull'autorità maritale v. *infra* n. 47.2.1-3. I manuali di diritto romano solitamente trascurano la identificazione di questo diritto assoluto privo di *nomen iuris*. Eppure le sue tracce sono nelle fonti evidentissime, non fosse altro per il diritto di persecuzione della moglie (ed eventualmente del suo complice) che si riconosceva al marito anche in caso di matrimonio *sine manu*; d'altra parte, che la moglie fosse libera di divorziare dal marito quando meglio credesse, non è argomento per sostenere che, prima del divorzio, essa fosse indipendente dal marito, con la implicazione che in Roma vi fosse una *familia* semplicemente anarchica (v. invece: Zannini, sv. Sesso [d. rom.], in ED. 417 ss.). — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni ancora conservano vaghe tracce dell'autorità maritale. Nel vigente diritto italiano (per limitarci qui ad esso) con la riforma del 1975 è stato cancellato il testo dell'a. 144 cc., in cui si leggeva che «il marito è il capo della famiglia». Ma v. retro n. 39.3.*

zio. Parleremo più approfonditamente dell'istituto in sede di conseguenze del *matrimonium sine manu*.

40. LA «PATRIA POTESTAS».

40.1. La *patria potestas* (usualmente tradotta come «patria potestà»), dato il suo carattere di 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: *a*) quale fosse più di preciso la condizione giuridica delle persone sottoposte al *pater*; *b*) quali fossero i modi di costituzione della *patria potestas*; *c*) quali fossero i modi della sua estinzione. Del che, lasciando da parte il periodo arcaico, cui abbiamo già dedicato sufficienti cenni, parleremo sopra tutto in ordine ai periodi storici successivi.

40.1.1. 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.

40.1. 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. 39.1.1): «*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*. Per la bibl. v. *retro* n. 39.2. — *L'obsequium erga parentes* (non solo verso il *pater familias*, ma anche verso la madre e i parenti in generale) era un dovere sociale molto sentito, ma privo di rilevanza giuridica. Solo in età classica, e in sede di *cognitio extra ordinem*, le più gravi infrazioni al dovere dell'*obsequium* da parte dei discendenti (nonché dei liberti) dettero talvolta luogo a repressione criminale. Cfr. D. 37.15. Sul punto: Marino, «*Obsequium*» *verso i genitori e repressione extra ordinem*, in *Om. Martínez Díez* 1 (1994) 129 ss.

40.1.1. Altre cause di estinzione della *patria potestas* (o di acquisto dell'autonomia familiare da parte del *filius*) erano: la perdita della *civitas* (per «*aquae et igni interdictio*») da parte del *pater* o del figlio; la «*inauguratio*» del *filius* a *flamen Dialis* o la «*captio*» della *filia* da parte del pontefice massimo per inserirla tra le *Vestales*; il passaggio del *filius* da cittadino romano a *Latinus colonarius*. 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* n. 15.4.2. 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. C. 12.3.5, Nov. 81). — In ordine alla morte del *paterfamilias*, va ricordato che acquistavano l'autonomia familiare solo 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. V. *retro* n. 15.6. — Sul *matrimonium*: *infra* n. 41-42.

Nei tempi storici, cause di «costituzione della *patria potestas*» erano: *a*) la procreazione da giuste nozze («*ex iustis nuptiis*»), cioè da *matrimonium* giuridicamente valido, dei figli e discendenti ulteriori; *b*) l'*adrogatio*, atto di assunzione alla propria *potestas* di un altro *pater familias*; *c*) la *adoptio*, atto di acquisto della *potestas* su un *filius familias* altrui. Cause di «estinzione della *patria potestas*» erano: *a*) la morte o la *capitis deminutio* del *pater*; *b*) la morte o la *capitis deminutio* (*maxima* o *media*) del *filius*; *c*) l'*adoptio* del *filius* da parte di terzi; *d*) la sua *emancipatio*. Perciò, rinviando ai paragrafi successivi la trattazione del complesso istituto del *matrimonium* con tutte le sue molteplici implicazioni, gli istituti che dovremo qui particolarmente illustrare, subordinatamente all'esposizione relativa alla condizione dei *filii*, sono tre: l'*emancipatio*, l'*adrogatio* e l'*adoptio*.

40.2. 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 già abbiamo visto in precedenza che ai *filii* (particolarmente se maschi e di primo grado) il *ius privatum* riconobbe sempre più largamente, a partire dall'avanzato periodo preclassico, la «mera capacità di agire», subordinatamente al fatto che fossero capaci di intendere e di volere. Qui dobbiamo specificamente parlare dell'istituto principale su cui fu fondata l'ammissione della mera capacità di agire dei figli, anzi in certi casi fu fondata, sia pure entro certi limiti, addirittura una sostanziale capacità giuridica dei figli stessi. L'istituto in discorso fu il «*peculium*» («peculio», piccolo patrimonio riservato al figlio), nelle varie e sempre più ardite manifestazioni che esso via via assunse col progresso dei tempi.

40.2.1. Il primo tipo di *peculium* che si diffuse in Roma, già in età preclassica, fu il cd. «peculio profettizio» («*peculium*

40.2. Sul contenuto economico-patrimoniale della *patria potestas*: Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht* (1871-76); Micolier, *Pécule et capacité patrimoniale* (1932); Zeber, «*Peculium*» *etc.*, in *AÖW.* 1971; Brinkhof, *Een studie over het «peculium» in het klass. Rom. R.* (1978), con rec. di van Warmelo in *T.* 48 (1980) 63 ss.; Knothe, *Das gemeine Kindesvermögensrecht*, in *ZSS.* 98 (1981) 255 ss. — Sulla mera capacità di agire dei sottoposti: retro n. 30.4. — POSTILLA. *Negli ordinamenti giuridici moderni il riconoscimento della capacità giuridica a tutti sin dalla nascita ha determinato, come conseguenza, la caduta di gran parte delle regole che l'ordinamento romano riportava alla patria potestas. Ormai i figli sono dovunque soggetti giuridici e sono limitati nella capacità di agire (nonché sottoposti ad una blanda disciplina domestica, accuratamente controllata dallo stato) sino al raggiungimento della maggiore età, cioè sino ai 18 anni compiuti (così in Italia: a. 2 c.c.) o, al più, sino ai 21 anni.*

40.2.1. Sul *peculium profecticium*: Longo (G.), *Il concetto classico e il concetto giustinianeo di «administratio peculii»*, in *BIDR.* 38 (1930) 29 ss.; id., *Ap-*

profecticium»), cioè il «*peculium a patre profectum*» (peculio proveniente dal *pater*), il quale consisteva in una piccola quantità di beni (*pusilla pecunia*) concessa dal padre al figlio per i suoi personali bisogni, oppure talvolta (e in questo caso avendo cura che la concessione non fosse tenuta segreta) per l'esercizio di una sua attività industriale o commerciale. Il peculio profettizio era però sempre un fatto interno della *familia*: il *filius* provvedeva all'amministrazione (*administratio*) di esso nei limiti fissati dal *pater* e rispondeva al *pater*, titolare dei diritti sulle *res peculiares*, di questa 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* notoriamente concessogli, dalle iniziative autonomamente prese dal figlio: il quale ultimo veniva perciò ad essere trattato in certo qual modo come titolare giuridico del *peculium* stesso.

40.2.2. Agli inizi dell'età classica cominciò a diffondersi un altro tipo ancora più caratteristico di *peculium*, il «peculio castrense» («*peculium castrense*» o «*militare*»), costituito essenzialmente dai beni acquistati dal *filius familias* durante il servizio militare (bottino di guerra), nonché dai cespiti a lui concessi

---

punti critici in tema di peculio, in *SDHI*. 1 (1935) 392 ss.; Garcia Garrido, «*Ius uxorium*» (1958) 5 ss.; Burdese, *Considerazioni in tema di peculio c.d. profettizio*, in *St. Sanfilippo* 1 (1982) 69 ss.; Thomas (Y.), *Droit domestique et droit politique à Rome. Remarques sur le pécule et les «honores» des fils de famille*, in *MEFRA*. 94 (1982) 527 ss. La definizione (peraltro parziale e insoddisfacente) del *peculium* come «*quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum*» si legge in Ulp. D. 15.1.5.3. V. Amirante, *Lavori di giuristi sul peculio* etc., in *St. Sanfilippo* 3 (1983) 1 ss. — Ademptio peculii si diceva la revoca del *peculium*: il quale (si badi) poteva essere concesso dal *pater* (nella specie, dal *dominus*) anche al *servus*: cfr. Pomp. D. 15.1.4 pr. Sul punto: Wacke, «*Peculium non ademptum videtur tacite donatum*», in *Iura* 42 (1991) 43 ss. Quando la revoca non era esplicita, ma era implicata dalla diseredazione del *filius*, sorgevano complessi problemi su cui: Wacke, *Die Notbedarfseinrede des enterbten Haussohnes*, in *SDHI*. 60 (1994) 469 ss. V. anche infra n. 61.7. — Sull'actio de peculio: retro n. 20.3.5. Pur se non erano richieste formalità di sorta per la concessione del *peculium* ai *filii* (o ai *servi*), è evidente che l'*actio de peculio* doveva basarsi sulla notorietà della concessione o almeno sulla prova (da parte dell'attore) della concessione stessa.

40.2.2. Sul peculium castrense e sugli altri *peculia* speciali: Fitting, *Das «castrense peculium»* (1871); Guarino, *L'oggetto del «castr. pec.»* (1941), in *PDR*. 6 (1995) 105 ss.; La Rosa, *I peculi speciali in dir. rom.* (1953); Id., *Ancora in tema di «pec. castrense»*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 393 ss.; Longo (G.), *Sulla capacità patrimoniale e processuale del «filiusfam.» fornito di peculio castrense*, in *AUMA*. 1957. Cfr. 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 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. Sul punto: Giuffrè, *Aspetti costituzionali del potere dei militari nella tarda «respublica»* (1973) 53 ss.

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 peculio profettizio: anche quando il servizio militare fosse cessato (e si trovassero, quindi, nella condizione di *veterani*), essi potevano manomettere in proprio gli schiavi, effettuare donazioni a causa di morte (*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* moriva senza aver fatto testamento, il *peculium castrense* rientrava nel patrimonio del *pater*: ciò in forza di «diritto speciale» inerente al peculio («*iure peculii*»), anziché in base alle regole generali della successione.

40.2.3. 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 «peculio quasi castrense» («*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 nell'esercizio degli impieghi di corte o statali.

40.2.4. Costantino apportò un altro strappo ai poteri paterni, stabilendo che i beni lasciati *mortis causa* dalla madre al proprio figlio, sia testamentariamente sia per l'incipiente riconoscimento della successione legittima, 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 l'autonomia giuridica privata. Pertanto si ritenne successivamente che su questi «beni materni» («*bona materna*») il *pater familias* altro non avesse che una sorta di usufrutto e che la

---

40.2.3. Sul peculium quasi castrense: Archi, *In tema di peculio quasi castrense*, in *St. Besta* 1 (1937) 117 ss.; Murga, *Sobre la anomala 'peculiaridad' de la constitución C. 1.3.33(34) del emperador León*, in *Iura* 19 (1968) 33 ss.; Dimundo, *Il «peculium» dei «palatini» costantiniani*, in *Labeo* 19 (1973) 318 ss.; Lehmann, *Das «peculium castrense» der «palatini»*, in *Labeo* 23 (1977) 49 ss. Per le fonti cfr. 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.).

40.2.4. Per i bona materna cfr. CTh. 8.18.1 pr. e 1 (= CI. 6.60.1, a. 319, 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: Kaser, *RPR*. 2.216 ss. — Sull'ususfructus: *infra* n. 58.

nuda proprietà ne 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 beni che i *filii familias* avessero ereditati dagli ascendenti materni (cd. «*bona materni generis*»). Tutti elementi progressivamente unificati nel concetto di «peculio avventizio» («*peculium adventicium*», o «*adventicium*», o «*bona adventicia*»).

40.2.5. Nel diritto giustinianeo la incapacità patrimoniale del *filius* in ordine ai beni peculiari (e assimilati) era praticamente scomparsa. Il *pater* era solo formalmente il titolare del potere di disposizione sul *peculium profecticium*, ma l'amministrazione di questo era attribuita (subordinatamente ad un diritto di motivata opposizione 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.

40.3. L'*emancipatio* («emancipazione») era il negozio giuridico 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 soggetto di diritto, cioè di *persona sui iuris*.

40.3.1. L'istituto fu creato, agli albori del sistema del *ius civile vetus*, dalla giurisprudenza pontificale proponendo una sotti-

---

40.2.5. In diritto giustinianeo si profilò, a titolo eccezionale, anche una categoria di cd. *bona adventicia irregularia*, sui quali era negato al *pater familias* l'usufrutto ed era quindi riconosciuto al figlio il *dominium* pieno: cfr. C.I. 6.61.8.1 (beni lasciati da terzi in eredità al padre con l'incarico di passarli al figlio); Nov. 117.1 (beni donati o legati al figlio da terzi con espressa esenzione dell'usufrutto paterno) ecc. Sul tema: Wesener, *Sondervermögen und Sondererbfolge im nachklass. röm. R.*, in St. Kaser (1986) 311 ss.

40.3. Sull'*emancipatio*: Yaron, «*Si pater filium ter venum duit*», in T. 36 (1968) 57 ss.; Kelly, *A note on 'threefold mancipation'*, in St. Daube (1974) 183 ss. Per le fonti cfr. Gai 1.132-135a; I. 1.12; D. 1.7; C.I. 8.48. — POSTILLA. *Negli ordinamenti giuridici moderni l'istituto dell'emancipazione, là dove è riconosciuto, è una sorta di relitto, che consiste nella concessione della capacità di agire al minore di età sotto il controllo di un curatore. Il diritto italiano vigente ammette la emancipazione e la relativa curatela nel solo caso del minore (degli anni 18) che si sia sposato: a. 390-397 cc.*

40.3.1. Il procedimento dell'*emancipatio* classica è descritto da Gai 1.132, testo peraltro mutilo, che si integra con Ep. 1.6.3. — Una variante del procedimento consisteva in ciò: che spesso, siccome la terza *manumissio* da parte del *pater fiduciarius* faceva del manomesso un *libertus* e determinava il sorgere di un rapporto di *patronatus* tra il padre fiduciario e lui stesso, si preferiva che il *pater fiduciarius* remancipasse il *filius* al suo originario *pater familias*, il quale (avendo perduto la *patria potestas* su di lui) lo acquistava solo come *liber in mancipio* e, manomettendolo, ne diveniva egli stesso il *patronus*. In considerazione poi del fatto che le XII tavole parlavano di «*filius*», cioè (a stretto rigore) di figlio maschio, la giurisprudenza preclassica, per facilitare le operazioni, adottò l'interpretazione restrittiva secondo cui per la emancipazione della *filia* e del *nepos* non occorressero tre *mancipationes*, ma ne fosse sufficiente una soltanto, sempre seguita, beninteso, da *manumissio*. — Può dubitarsi se la sufficienza di una sola le interpretazione del versetto delle XII tavole già ricordato circa la liberazione del figlio venduto per tre volte («*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*»): i pontefici suggerirono cioè come espediente la vendita per tre volte successive del *filius* ad una persona di fiducia proprio allo scopo di renderlo *sui iuris*. Più precisamente, il procedimento consisteva: *a*) nella mancipazione del *filius* dal *pater familias* al *fiduciarius* con promessa da parte di costui della *remancipatio* (contro-mancipazione) al *pater*, oppure della *manumissio* della persona acquistata *in causa mancipii*; *b*) dato che sia la *remancipatio* che la *manumissio* facevano tornare il figlio in potestà del *pater*, in una seconda e poi in una terza mancipazione del *filius* dal *pater* sempre al fiduciario; *c*) nella *manumissio* del *filius*, dopo la terza *mancipatio*, da parte del fiduciario (manomissione implicante la liberazione del figlio anche dal *pater*, quindi l'acquisto da parte sua dell'autonomia familiare).

40.3.2. In età postclassica questa complessa formalità dell'emancipazione si mantenne ancora viva, ma l'imperatore Anastasio, nel 502 d. C., le pose accanto la forma semplificata dell'«*emancipatio per rescriptum principis*» (emancipazione per effetto di un rescritto imperiale), che poteva essere operata anche in caso di assenza dell'emancipando. Giustiniano non solo confermò la cd. «*emancipatio Anastasiana*», ma addirittura abolì la forma antica. Il consenso del *filius* all'emancipazione non era richiesto dal diritto classico, ma lo fu da Anastasio e da Giustiniano.

40.3.3. Per effetto della conseguita autonomia familiare, l'emancipato diventava capace di compiere acquisti patrimoniali in proprio nome e conto. Se, durante la sottoposizione alla *patria potestas*, egli aveva ricevuto un *peculium profecticium*, tale

---

mancipatio per la filia sia stata concordemente riconosciuta in età classica. Il discorso di Gaio a questo proposito (a differenza del discorso di Ep.G. 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., in cui si attesta l'emancipazione di una donna attraverso tre *mancipationes*: 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'obbligo della emancipatio: Traiano la impose, ad esempio, come sappiamo, 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 n. 40.1.1.

40.3.2. Per l'emancipatio Anastasiana cfr. CI. 8.48.5 (a. 502). — Per l'emancipatio Iustinianea cfr. 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) fu ammessa la revoca dell'emancipatio se l'emancipato si macchiava di ingratitudine verso il *pater*.

40.3.3. Sul praemium emancipationis del *pater* cfr. Costant. CI. 6.60.1 (a. 319), che concesse al *pater* il diritto di proprietà di un terzo dei *bona*, e infine Iust. CI. 6.61.6.3 (a. 529). Sul punto: Dalla, «*Praemium emancipationis*» (1983).

peculium passava sotto la 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. Quanto ai *bona adventicia*, Giustiniano concesse al *pater*, a titolo di indennizzo per l'emancipazione («*praemium emancipationis*»), l'usufrutto della metà.

40.4. L'*adrogatio* («arrogazione») era, come sappiamo, un procedimento negoziale di origine quiritaria, in virtù del quale un *paterfamilias* («*adrogator*») assumeva la *patria potestas* su un altro *pater familias* consenziente («*adrogatus*»), che veniva pertanto a subire una *capitis deminutio minima*: per effetto di essa il *pater adrogatus* diventava insomma *filius familias* (*adgnatus* in senso lato) dell'*adrogator* e il suo patrimonio era assorbito da quello dell'*adrogator*, verificandosi a favore di quest'ultimo una vicenda di «*successio in ius inter vivos*». Siccome l'*adrogatio* implicava, oltre l'estinzione di alcuni diritti intrasmissibili dell'*adrogatus* (es.: l'*ususfructus*), anche l'estinzione dei suoi debiti, la giurisprudenza preclassica, per ovviare a questo grave inconveniente (che sorgeva anche nell'ipotesi di *conventio in manum* di una donna *sui iuris*): *a*) dichiarò trasmissibili all'*adrogator* le *obligationes* che l'*adrogatus* avesse assunto *iure hereditatis*, cioè in quanto ne fosse stato onerato a titolo di *successio mortis causa* ad un terzo; *b*) indusse il pretore, quanto agli altri debiti dell'*adrogatus*, 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'«azione utile» («*actio utilis rescissa capitis deminutione*»), in forza della quale il creditore poteva convenire in giudizio l'*adrogatus* (o la *mulier*) sulla base della finzione (*fictio*) che la *capitis deminutio* fosse stata annullata.

40.4.1. Data la gravità degli effetti implicati dall'*adrogatio*, il procedimento doveva svolgersi in origine davanti ai *comitia cu-*

40.4. Sull'*adrogatio*: Volterra, *La nozione dell'«adoptio» e dell'«adrogatio» ecc.*, in *BIDR.* 69 (1966) 109 ss.; Torrent, *La «a.» en el sistema de las sucesiones universales «inter vivos»*, in *RIDA.* 14 (1967) 447 ss.; Castello, *Il problema evolutivo dell'«a.»*, 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* cfr. Gai 3.83-84; cfr. anche Gai 1.107. — Il nome dell'*adrogatus* (e del *filius adoptivus*) diventava di regola quello del nuovo *pater*, generalmente con l'aggiunta, a mo' di *cognomen*, del *nomen* di origine con la terminazione «*-anus*» (es.: *P. Cornelius Scipio Aemilianus*, denominazione del famoso personaggio, figlio di L. Emilio Paolo, console nel 182 e nel 168 a. C.). — Nell'ipotesi di *actio utilis rescissa capitis deminutione*, 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*).

40.4.1. Il procedimento dell'*adrogatio per populum* (negozio a forma complessa) si desume, non senza qualche incertezza, da Cic. *de domo* 29.77

riata, sotto la presidenza del *pontifex maximus*: dalla richiesta (*rogatio*) che per conto dei due *patres* il pontefice rivolgeva ai comizianti derivò il nome dell'istituto. L'esigenza dell'intervento dei comizi curiati si mantenne sino a tutta l'epoca classica, ma alla tradizionale «*adrogatio per populum*» il «*ius novum*» aggiunse una forma *extra ordinem* di «*adrogatio per rescriptum principis*» («*imperatoria auctoritate*», per effetto di un rescritto imperiale), la quale finì per diventare la preferita, anche perché, non essendo richiesta l'assistenza dei *comitia curiata* romani (sia pur rappresentati simbolicamente da trenta littori), poteva effettuarsi sia a Roma sia in provincia. Rimasero comunque sempre necessari due requisiti: *a*) il consenso delle due parti all'arrogazione; *b*) l'autorizzazione della stessa, previo esame della sua opportunità, da parte del *pontifex maximus* o del *princeps*.

40.4.2. L'autorizzazione (pontificale o imperatoria) non veniva elargita se l'*adrogator* era già dotato di *filii* (naturali o adotti-

---

e da Gell. 5.19.9. Sui rapporti col *testamentum calatis comitiis* v. *retro* n. 26.2. È da ritenere che, nel sistema del *ius Quiritium*, per procedere all'*adrogatio*, occorresse che arrogante e arrogando fossero *patricii* e sottoponessero la loro grave decisione (che implicava la estinzione dei *sacra* dell'*adrogatus*) al *pontifices*: se questi approvavano l'iniziativa, i due *patres* erano portati al cospetto dei *comitia curiata*, davanti 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*». Se pur si voglia credere che la formula sia originaria e non sia stata soltanto quella ritoccata in periodo repubblicano, essa non smentisce la tesi, da noi accolta, che ai *comitia curiata* mancasse ogni potere deliberante: la formulazione collettiva della domanda esclude la verosimiglianza di un voto dei singoli sulla stessa, ma implica di necessità una risposta corale (evidentemente positiva) dell'assemblea. Sul tema: Daverio, «*Sacrorum detestatio*», in *SDHI*. 45 (1979) 530 ss; Zablocka, *Appunti sulla «sacr. detest.»*, in *BIDR*. 92-93 (1989-90) 525 ss. — 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, e quindi più tarda, la estensione di essa a Roma. Sul tema: Thomas, *Some notes on «adr. per rescriptum principis»*, in *RIDA*. 14 (1967) 413 ss.

40.4.2. Sui requisiti per l'adrogatio, nel loro sviluppo storico: Lavaggi, *L'arrogazione dei libertini*, in *SDHI*. 12 (1946) 45 ss.; [illegible], *L'arrogaz. attiva delle donne*, in *SDHI*. 3 (1937) 140 ss.; Castelli, *Intorno all'origine dell'arrogaz. delle donne*, in *Scr*. 1 (1923) 156 ss.; Janeau, *Constantin et la prohibition d'adroger les «naturales»*, in *Conf. Ist. d. rom. Paris* (1950); Donatuti, *Contributi allo studio dell'«adr. impuberis» etc.*, in *BIDR*. 64 (1961) 127 ss.; Melillo, sv. «*Quarta divi Pii*», in *NNDI*.; Lara Sáenz, *La «adr. impuberis»*, in *Bol. Mexic. D. comp.* 1 (1968) 539 ss.; Russo Ruggeri, *L'«adr.» dei «filii familias»*, in *St. Falzea* 4 (1991) 373 ss. (quest'ultima era relativa, ovviamente, a *filii familiarum* precedentemente emancipati). — Che l'età dell'adrogator dovesse essere congruamente superiore all'età dell'*adrogatus*, è cosa che si può pensare fosse richiesta dagli usi sociali, ma che non è credibile sia stata richiesta dal diritto. Il caso più famoso di cui si discusse a Roma vi), se egli aveva meno di 60 anni (ed era quindi ancora in grado di aver figli da un *matrimonium*), se infine l'*adrogator* non dava 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 *libertini*, mentre in età postclassica si accolse addirittura la possibilità di *adrogatio* delle donne *sui iuris*.

40.4.3. Priva di rilevanza giuridica fu la cd. «*adrogatio* (o *adoptio*) *testamento facta*», di cui l'esempio più noto è quello della arrogazione di C. Ottavio (cioè di Augusto) da parte di Giulio Cesare nel testamento in cui questi lo istituì suo erede. È probabile che Augusto, per conferire una veste di giuridicità alla disposizione di Cesare (ed al suo nuovo nome di Cesare Ottaviano), 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.

40.5. L'*adoptio* («adozione») 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*.

---

fu quello del maturo senatore patrizio P. Clodio Pulcro, il quale, volendo diventare tribuno della plebe per il 58 a. C., si fece arrogare dal molto più giovane plebeo Fonteio: Cicerone (*de domo* 13.34 e 14.36) sostenne che la *adoptio* (così lui la chiamava) fosse contraria, anche per la differenza di età, al diritto vigente, o più precisamente alla prassi pontificia di interpretazione del *ius civile* («*nego istam adoptionem pontificio iure esse factam*»), ma vi è molto da dubitare, almeno a nostro avviso, sul buon fondamento delle sue asserzioni. Sul punto Greco, *La «transitio ad plebem» di P. Clodio*, in *St. Bonfante* 3 (1930) 388 ss.; Vernacchia, *L'adoz. di Clodio*, in *CIC.* 3 (1959) 197 ss.; Salvadore, *L'adoz. di Clodio*, in *Labeo* 38 (1992) 285 ss., con larghi sviluppi sui rapporti tra *adoptio* e *adrogatio*. Sui limiti dell'attendibilità di Cicerone: Guarino, *Cicerone come e quando* (1993), in *PDR.* 5 (1994) 78 ss.

40.4.3. Sull'adozione di Augusto: Lemosse, *L'adoption d'Octave etc.*, in *St. Albertario* 1 (1953) 371 ss.; Schmitthenner, *Oktavian und das Testament Cäsars*² (1973) 39 ss.; Schumacher, *Oktavian und das Test. C.*, in *ZSS.* 116 (1999) 49 ss. Cfr. Suet. *Caes.* 83: *in ima cera Gaium Octavium etiam in familiam nomenque adoptavit*.

40.5. Sull'*adoptio*: Kurylowicz, *Die Adoption im klass. röm. R.* (1981); Castello, *L'interesse sociale negli atti costitutivi di adoz. in dir. rom.*, in *AUGE.* 16 (1977) 685 ss.; Russo Ruggeri, *La «datio in adoptionem»* 1 (1990), 2 (1995), con riferimento anche all'*adrogatio* e con ampio quadro delle situazioni socio-politiche in cui l'istituto si inserì. Per le fonti cfr. Gai 1.97-107; I. 1.11; D. 1.7; CI. 8.47.

40.5.1. 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 la pratica dell'*emancipatio* del *filius*, ma prima della *manumissio* finale (da parte del *pater fiduciarius* oppure del *parens manumissor*) si faceva avanti un terzo soggetto, l'adottante, a reclamare (*vindicare*) il *filius* come proprio con l'esercizio di un'*actio in rem*. Il convenuto operava di fronte a lui la *in iure cessio* e il *filius* (o la *filia*, o il *nepos*) veniva assegnato (*addictus*) dal magistrato all'adottante in quanto fittiziamente riconosciuto come suo *filius*.

40.5.2. Già in età preclassica avanzata l'*adoptio* era stata spesso avvicinata, in considerazione della sua funzione, all'*adrogatio*. Lungo questa strada, in età classica si formò progressivamente una categoria generale dell'«*adoptio*», suddistinta in «*adoptio populi auctoritate*» (adozione per autorizzazione del popolo, che era l'*adrogatio*) e «*adoptio imperio magistratus*» (adozione per imperio del magistrato, che era l'*adoptio* vera e pro-

---

40.5.1. Sulle formalità dell'*adoptio*: Wieacker, *Zur Ritual der «adoptio»*, in *St. Taubenschlag* 1 (1956) 579 ss.; Dell'Oro, «*Confirmatio adoptionis non iure facta*», in *Labeo* 5 (1959) 12 ss. Per le fonti cfr. 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.*

40.5.2. Sui tipi dell'*adoptio* e sui relativi sviluppi: Lavaggi, *Una riforma ignorata di Giustiniano: «adrogatio plena» e «minus plena»*, in *SDHI.* 12 (1946) 45 ss.; Monier, *A propos de l'«adoptio plena» du droit de Justinien*, in *St. Albertoni* 1 (1933) 235 ss.; Kurylowicz, «*Adoptio plena» und «minus plena»*, in *Labeo* 25 (1979) 163 ss.; Knütel, *Skizzen zum röm. Adoptionsrecht*, in *Index* 22 (1994) 249 ss. — Per la distinzione giustinianea tra *adoptio plena* e *minus plena* cfr. 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 filii sui 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 et 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. — Sulla donna adottante: Nardi (E.), *Poteva la donna nell'impero romano adottare un figlio?*, in *St. Biscardi* 1 (1982) 197 ss.

pria). In *diritto giustinianeo*, dopo un'oscura evoluzione postclassica: *a)* l'*adoptio* continuò ad essere distinta dall'*adrogatio* quanto a coloro che ne erano oggetto (*filii familiarum* per l'*adoptio*, persone *sui iuris* per l'*adrogatio*), ma i due istituti si avvicinarono ulteriormente; *b)* l'*adoptio* propria (quella *imperio magistratus*) si differenziò inoltre in *plena* e *minus plena*: «*adoptio plena*» («adozione completa») 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, con la conseguenza della *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*» («adozione incompleta») era invece l'*adoptio* in favore di un estraneo alla famiglia (o meglio, in favore di un non ascendente), e non determinava né l'acquisto della *patria potestas* sull'adottato, né la perdita dei vincoli anche successori dell'adottato con la *familia* di origine, sicché fu concesso di operarla anche alle donne, sia pur solo nel caso che queste volessero, per lenire il loro dolore, rimpiazzare figli defunti («*ad solacium filiorum amissorum*»).

40.5.3. Giustiniano regolò la nuova «*adoptio*» anche relativamente alla forma ed ai requisiti. Quanto alla forma, egli stabilì che l'adozione delle persone *sui iuris* (cioè l'*adrogatio*) si facesse con l'autorizzazione dell'imperatore, mentre per l'adozione degli *alieni iuris* fu sufficiente l'autorizzazione di un funzionario imperiale. Quanto ai requisiti, egli richiese in ogni caso il consen-

---

40.5.3. Sull'adoptio giustinianea cfr. I. 1.11 e C.I. 8.47.11. V.: Castello, *Sui principi ispiratori delle norme sull'età dell'adottante e dell'adottato in d. rom.*, in *St. Grosso* 6 (1974) 193 ss.; Kurylowicz, *Die justinianische Adoption im Corpus iuris civilis*, in *St. Guarino* (1984) 1103 ss.; Nardi (E.), *Giustiniano e l'adozione*, in *St. Iglesias* (1988) 1497 ss. Dalla, *L'«adoptio servi» tra manumissione e adozione nelle norme giustinianee*, in *St. Falzea* 4 (1991) 233 ss. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni l'istituto dell'adozione è largamente riconosciuto (e variamente disciplinato) sempre e solo allo scopo di istituire tra adottante e adottato un rapporto di filiazione giuridica (comportante anche la sottoposizione a disciplina domestica dell'adottato sino al raggiungimento della maggiore età) in sostituzione del rapporto di filiazione di sangue che fra i due manchi. Il diritto italiano vigente, che fa capo agli a. 291-314 c.c. ed alla l. 4 maggio 1983 n. 184, disciplina: a) una «adozione civile», costituita tra soggetti maggiori di età e consenzienti, per cui si crea un vincolo di filiazione che si aggiunge a quello della filiazione di sangue (e che è, dunque, un'adozione minus plena); b) una «adozione piena» (anche detta «legittimante») che conferisce al minore abbandonato dai suoi genitori naturali lo stato di figlio legittimo dei genitori adottanti (e che è, dunque, un'adozione plena); c) altre ipotesi particolari, su cui si sorvola; d) l'«affidamento preadottivo», che è un affidamento sperimentale del minore abbandonato a coloro che chiedono di adottarlo. Particolari cautele sono state imposte dalla l. n. 218/1995 per le ipotesi di «adozione internazionale», cioè di adozione di minori provenienti da paesi europei o extraeuropei sovrapopolati.*

so dell'adottato all'adozione, e regolò, in linea generale, l'istituto sul principio che l'adozione deve imitare la natura («*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.

41. IL «MATRIMONIUM».

41.1. Il *matrimonium* o «*nuptiae*» («matrimonio», «vincolo nuziale») consisteva nella seria, manifesta e continuata unione («*coniugium*») tra un uomo e una donna: il marito («*maritus*») e la moglie («*uxor*») («*viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens*»). Esso si inquadrava entro

---

41.1. Sul *matrimonium*, in generale: May, *Geschichte des Eherechts* (1893); Brini, *Matrimonio e divorzio in dir. rom.* 3 voll. (1886-89); Corbett, *The rom. l. of marriage* (1930); Wolfmand, *Das Institut der Ehe im Altertum* (1933); Orestano, *La struttura del matrimonio romano dal dir. rom. class. al dir. giustinian.*, in *BIDR.* 47 (1940) 154 ss., e 48 (1941) 89 ss.; Volterra, *La conception du mariage d'après les juristes romains* (1940); Lauria, *Matrimonio-dote in dir. rom.* (1952); Volterra, *Precisazioni in tema di matrim. classico*, in *BIDR.* 78 (1975) 245 ss.; Id., *Ancora sulla struttura del matrim. classico*, in *St. von Lübtow* (1980) 147 ss.; Robleda, *El matrimonio en der. rom. etc.* (1970); Huber, *Der Ehekonsens im röm. R. etc.* (1977); Gaudemet, *Sociétés et mariage* (1980); Treggiari, *Roman marriage etc.* (1991); Astolfi, *Il matr. nel d. r. preclassico* (2000). Per le fonti, cfr. I. 1.10; D. 23.2 (*De ritu nuptiarum*); C.I. 5.4. Una trattazione *ad hoc* manca nelle *Institutiones* di Gaio. La qualifica del *matrimonium* come «*seminarium rei publicae*» è di Cic. *de off.* 1.17.54. — Quanto alle *definizioni*, le fonti classiche 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), in *Scr.* 3 (1960) 313 ss.; ma in senso conservativo è la maggioranza della dottrina (v.: Ebrard, «*Consortium omnis vitae*», in *ZSS.* 57 (1937) 537 ss.). — Sull'*esogamia e monogamia*: Watson, «*Enuptio gentis*», in *St. Daube* (1974) 331 ss.; Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*^{6} (1999); Humbert, *Hispala Fecenia et l'endogamie des affranchis sous la République*, in *Index* 15 (1987) 131 ss. Alcuni autori (ad es., il Volterra) ritengono che nei primissimi tempi della *civitas*, stante la forte autonomia delle *familiae*, il matrimonio 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 se stessa. — Il *matrimonio omosessuale* era per i Romani del tutto impensabile, anche se l'omosessualità era socialmente tollerata ed era punita dal diritto come *crimen* solo in caso di pederastia nei confronti di uomini liberi. Su questi temi: Dalla, «*Ubi Venus mutatur*» (1987); Masi Doria, «*Impudicitia*», «*officium*» und «*operae libertorum*», in *ZSS.* 110 (1993) 77 ss., con bibl. — POSTILLA. *Alcuni ordinamenti moderni ammettono, accanto al matrimonio e talvolta con il suo stesso nome, le unioni omosessuali di carattere stabile. Così Danimarca, Svezia, Norvegia, Olanda, giusta una «raccomandazione» dell'UE. In Ungheria, Svizzera, Francia e altrove è riconosciuto, con conseguenze più o meno estese (adozione, successione ecc.), il cd. «contratto di coppia» o (in Francia) il «patto civile di solidarietà».*

due principi fondamentali della civiltà romana: *a*) 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 provenienti da gruppi familiari distinti, sia dal punto di vista agnatizio sia da quello cognatizio; *b*) il «principio monogamico», in forza del quale era da escludersi che la stessa persona potesse avere contemporaneamente due relazioni coniugali. La importanza del «*coniugium*», dell'unione coniugale, era altissima perché, come abbiamo già visto dianzi e come meglio vedremo in seguito, da esso derivava, anche fuori dalla costituzione della *manus maritalis*, la sottomissione della moglie al marito, quindi la subordinazione dei *filii* alla *potestas* del padre, quindi, in definitiva, la strutturazione della cellula di base di tutto lo stato romano, vale a dire della *familia*. In questo senso si disse che il matrimonio è il *semenzaio dello stato* («*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 contraddittori, della storia giuridica romana.

41.2. La storia del *matrimonium* romano, peraltro disputatissima, può essere sinteticamente ricostruita, a nostro avviso, come segue.

41.2.1. Nei primi secoli del periodo arcaico, il *matrimonium* fu istituto certamente fiorentissimo dal punto di vista sociale e

---

41.2. 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 di una bibliografia insolitamente ampia che abbiamo solo parzialmente indicato. Sul tema: Gioffredi, *Per la storia del matrimonio romano*, in *Nuovi st.* (1980) 153 ss.

41.2.1. Sul *matrimonium cum manu* e sulle origini dell'istituto matrimoniale in Roma v. già *retro* n. 39.4. Il Volterra, in una serie di studi molto acuti (retro n. 39.4.2), 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 la *manus*. Meno persuasivo è che il *matrimonium* si sia sempre mantenuto distinto dalla *manus* e che il «*matrimonium cum manu*» sia una escoda quello religioso, ma fu istituto completamente estraneo al sistema del *ius Quiritium*. Dal punto di vista sociale e religioso, esso: *a*) poteva aver luogo solo tra persone cui fosse riconosciuta la reciproca capacità (socialmente e religiosamente rilevante) del «*connubium*» (non quindi tra Quiriti e stranieri, né tra patrizi e plebei, né, tanto meno, tra *cognati*); *b*) era celebrato in modi solenni e tradizionali (principalmente, con la cerimonia religiosa della «*confarreatio*»); *c*) persisteva per tutto il tempo in cui la moglie coabitasse col marito nella casa di costui, e i due coniugi si onorassero manifestamente come tali. A termini di *ius Quiritium* tutto questo, peraltro, non rilevava affinché i figli della donna convivente potessero essere giuridicamente assunti come sottoposti a *potestas* nella *familia* del suo uomo: occorreva che la moglie fosse essa stessa sottoposta alla *manus* del marito (o del suo *pater familias*), divenendone «*filiae* (o *neptis*) *loco*». Solo attraverso una lunga evoluzione, che pare si sia conclusa nell'età delle *XII tabulae*, il *matrimonium* e la *manus* si fusero nell'istituto, che già conosciamo, della «*manus maritalis*», di cui fu considerato presupposto essenziale il *connubium* (ammesso anche tra patrizi e plebei) e di cui furono riconosciuti come atti costitutivi: la vecchia *confarreatio*; la «*coëmptio*», cioè l'acquisto della donna da parte del marito (o del *pater* di costui a mezzo di lui) mediante un atto analogo alla *mancipatio*; oppure l'«*usus*», cioè l'acquisto della donna da parte del marito (o del *pater* di lui) a séguito di convivenza domestica (e sessuale) per

---

gliazione della storiografia postromana. 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 riferentesi 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 valutato senza necessità di ipotizzare che il *matrimonium cum manu* non sia mai esistito. Sul punto: Piro, «*Conventio in manum*» *e successivo matrimonio in Gai 2.139*, in *Labeo* 35 (1989) 307 ss.; Peppe, *Storie di parole, storie di istituti sul dir. matrim. rom. arcaico*, in *SDHI*. 63 (1997) 123 ss.

la durata di un anno. Comunque, a prescindere da questo cd. «*matrimonium cum manu*», rimase sempre aperta la possibilità eccezionale di una «*manus sine matrimonio*», cioè di quella forma potestativa che derivava dalla *coëmptio* effettuata con un estraneo non a fini di unione coniugale («*coëmptio cum extraneo*», anche detta «*coëmptio fiduciaria*»).

41.2.2. Sullo scorcio dell'età arcaica e agli albori del periodo preclassico, dunque nel sistema del *ius civile vetus*, si pose l'ulteriore problema di fare del *matrimonium* un istituto produttivo pur sempre di *potestas* sui *filii*, ma non anche di *manus* sulla *uxor*: ciò ad evitare che costei perdesse i suoi legami (e le sue 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 pontificale sfruttò in

---

41.2.2. Sulle origini del *matrimonium sine manu*: Lévy-Bruhl, *Les origines du mariage «sine manu»*, in T. 14 (1936) 453 ss., 16 (1939) 545 ss., e 24-25 (1946-47) 132 ss.; Ferenczy, *Eherecht und Gesellschaft in der Zeit der Zwölftafeln*, in OIK 2 (1978) 153 ss. Cfr. Gai 1.111: *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; nam velut 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, ut quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cuiusque anni interrumperet. sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.* Sul tema, v. anche: Villers, *A 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 dr. rom.* [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'*annus 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 cd. *trinoctii usurpatio*: Wolf, «*Trinoctium*», in T. 16 (1939) 145 ss.; Mayer-Maly, *Studien zur Frühgeschichte der «usucapio»* 2, in ZSS. 78 (1961) 250 ss.; Albanese, *Il «trinoctium» del «flamen Dialis»*, in SDHI. 35 (1969) 73 ss.; Guarino, *Appio Claudio «de usurpationibus»* (1987), in PDR. 5 (1994) 46 ss. (con seri dubbi circa l'effettivo uso, per indicare l'istituto, del sostantivo «*usurpatio*»). Si badi che occorreva l'assenza della moglie (dal letto coniugale) per tre notti intere: cfr. Gell. 3.2.12-13: (P. o Q.) *quoque Mucium iureconsultum dicere solitum legi non esse usurpatam mulierem, quae, cum Kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset ante diem IV Kalendas Ianuarias sequentes usurpatum isset; non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.* — *Messis sementem sequitur* (letteralmente: «il seminato segue la mietitura») è un brocardo che si riallaccia a Q. Muc.-Pomp. D. 22.1.45: *fructus percipiendo... suos facit ... quos suis operis adquisierit, veluti serendo* rell. La vecchia regola trova ancor oggi applicazione nel § 597 BGB. Cfr. anche Cic. *de orat.* 2.261: «*ut sementem feceris, ita metes*». Più in generale, l'analogia dell'unione coniugale con la coltivazione dei campi risulta da Serv., *ad Aen.* 3.136: *Apud veteres neque uxor duci neque ager arari sine sacrificiis peractis poterat.*

sede interpretativa una norma decemvirale, la quale probabilmente si limitava a precisare che l'*usus maritalis* dovesse ritenersi incompiuto se, prima della scadenza dell'anno, la donna portata in casa come moglie si fosse allontanata dalla casa stessa per almeno tre notti (tre notti coniugali) di seguito: pertanto essa consigliò al marito e alla moglie di evitare la *confarreatio* e la *coëmptio* e di prescegliere il sistema dell'*usus*, praticando però annualmente l'assenza della moglie per tre notti consecutive («*trinoctii usurpatio*» o «*trinoctium*»). Con questo espediente la *manus* non si sarebbe realizzata, ma i *filii* sarebbero egualmente spettati, man mano che nascessero, al marito (o al *paterfamilias*) in virtù di un'altra antica regola: quella che i frutti naturali di un oggetto giuridico sono attribuiti al soggetto che ha operato la semina («*messis sementem sequitur*», «chi semina raccoglie»). Si formò, in tal modo, il cd. «*matrimonium sine manu*», in ordine al quale, ovviamente, il *trinoctium* divenne con l'andar del tempo una mera finzione: la convivenza volontaria dei coniugi nella casa maritale era quanto bastava acché la loro unione valesse come *matrimonium*.

41.2.3. Nel periodo classico, stando al *ius vetus*, la *manus maritalis* aveva ormai, come sappiamo, 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 giuridico negoziale» a struttura bilaterale ed «a carattere continuativo»:

41.2.3. La riprova della concezione del matrimonium come negozio in corso di esplicazione è data dal fatto che le *nuptiae* non ammettevano termine o condizione (v. retro n. 25.3). — La dominante opinione, a nostro avviso, si è lasciata trarre in errore (sulle tracce del Manenti, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici, ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio* [1889]) da talune evidenti e innegabili analogie tra *matrimonium* e *possessio*, sì da affermare, avventatamente, che esso era un «rapporto di fatto» alla stessa guisa del possesso. 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 (cfr. Pomp. D. 49.15.14.1: *Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium*. Sul tema: 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 l'esteriore 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 per sua natura continuativo: dal momento in cui il fatto costitutivo del rapporto veniva meno, veniva meno il rapporto. — Sul consensus perseverans della *societas*: infra n. 80.3.

negozio cioè 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 volontà di stare insieme (*affectio maritalis*). La massima secondo cui «è il consenso dei coniugi a dar luogo al matrimonio» («*consensus facit nuptias*») stava a significare, nella visione della giurisprudenza classica, la essenzialità di un durevole, continuativo, ininterrotto «*consensus*» (sentire insieme, essere d'accordo) dei coniugi per l'esistenza delle *nuptiae*: l'essenzialità, insomma, di un «*consensus perseverans*» come per la *societas*.

41.2.4. Nel diritto postclassico la concezione classica del *matrimonium* fondamentalmente non cambiò; tuttavia, principalmente per la influenza del cristianesimo e per l'intervento del *ius novum*, essa si corruppe e modificò in molteplici impostazioni particolari, avviandosi ad una radicale trasformazione, che si sarebbe peraltro perfezionata solo in epoca post-romana. L'avversione al *divortium* indusse a conferire un valore determinante al solo momento iniziale del consenso dei coniugi ed a ritenere che il matrimonio dovesse continuare necessariamente a sussistere sin quando non intervenisse a estinguerlo la morte o una nuova, specifica e manifesta volontà contraria alla sua sussistenza. La massima «*consensus facit nuptias*» acquistò pertanto, progressi-

---

41.2.4. Sul matrimonium postclassico, oltre alla bibl. già cit.: Orestano, *Alcune considerazioni sui rapporti tra matrim. cristiano e matrim. romano nell'età postclassica*, in St. Ferrini Pavia (1946) 343 ss.; Id., *Consenso e solennità nella legislaz. romana*, in St. Ferrini Milano 2 (1947) 160 ss.; Gaudemet, *Dr. romain et principes canoniques en matière de mariage*, in St. Albertario 2 (1953) 171 ss.; Biondi, Dir. rom. crist. 3 (1952) 69 ss.; Le Bras, *Observations sur le mariage etc.*, in St. Macqueron (1970) 425 ss.; Gaudemet, *L'interprétation du principe d'indissolubilité du mariage chrétien au cours du premier millénaire*, in BIDR. 81 (1978) 11 ss.; Sargenti, *Il matrimonio nella legislaz. di Valentiniano e Teodosio*, in *Studi sul d. del tardo imp.* (1986) 239 ss.; Id., *Matrim. cristiano e società pagana*, ivi 341 ss. V. 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 subì un duplice ordine di forti remore: sia per il persistere di una tradizione secolare che non si ebbe il coraggio e la capacità di togliere di mezzo o di dichiarare illecita; sia per il coesistere di costumanze e di impostazioni postclassiche, sopra tutto 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 «testo», non di realtà storica, del cd. «diritto romano-cristiano». — Lo spunto iniziale (ma non determinante) del passaggio alla concezione del *matrimonium* come rapporto permanente sino alla morte o al divorzio è ravvisabile, a nostro avviso, nella *lex Iulia de adulteriis*, là ove stabilì che si incorresse nel *crimen adulterii* se mancasse un chiaro segno dell'avvenuto divorzio. V. *infra* n. 41.3.1.

vamente, il senso che le *nuptiae* fossero la conseguenza indeclinabile (quanto meno sino al *divortium*) di un «accordo iniziale» tra i coniugi; sicché il *matrimonium* passò insensibilmente ad essere concepito non più come un «negozio» giuridico, ma 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'iniziale incontro di volontà.

41.2.5. Tanto premesso, limiteremo il discorso che seguirà alla descrizione del «*matrimonium* (*sine manu*) *iustum*», cioè valido secondo il *ius privatum*, determinandone, con particolare riguardo alla concezione classica del *ius vetus*: *a*) i presupposti; *b*) gli elementi essenziali; *c*) le cause di talune limitazioni della sua efficacia.

41.3. I presupposti di un *matrimonium iustum*, di un matrimonio secondo diritto (presupposti valevoli, del resto, anche per il *matrimonium cum manu*), furono quattro: *a*) la capacità di unione sessuale dei coniugi; *b*) l'esogamia; *c*) la monogamia; *d*) il *conubium*. Una unione tra due persone che, pur completa degli elementi essenziali di un *matrimonium*, non rispettasse questi presupposti era inconcepibile per la civiltà romana, e dunque da considerarsi come giuridicamente irrilevante, insomma come un matrimonio nullo.

41.3.1. La «capacità di unione sessuale dei coniugi» era data dalla differenza di sesso (cioè dalla cd. «eterosessualità»),

---

41.2.5. Per la terminologia (prevalente, non esclusiva) di *matrimonium iustum* cfr. in particolare Gai 1.55, 76, 87 e Ulp. 5.1-2: *Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.* Sul punto: Volterra, «*Iniustum matrimonium*», in *St. Scherillo* (1972) 441 ss.; Romano (A.), «*Matrimonium iustum*» (1996). V. anche *infra* n. 41.3.1 e 41.5.1.

41.3. I Romani (come può dedursi dalla riportata definizione dello 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 giusromanistica passata e presente, la quale ha, a nostro avviso, presentato un po' troppo alla rinfusa gli elementi ricostruttivi del *matrimonium* romano, senza svincolare gli elementi essenziali dai presupposti. Si aggiunga che i requisiti del *matrimonium* vengono solitamente, per influenza della dottrina canonistica post-romana, raffigurati sotto specie di «*impedimenta*», taluni inderogabili («*impedimenta dirimentia*») e taluni altri derogabili («*impedimenta impedientia*», che importano tuttavia penalità per la loro violazione).

41.3.1. Sugli *hermaphroditi* (o «*androgynes*»): Wacke, *Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen etc.*, in *Fs. Rehbinder* (1992) 861 ss.; Crifò, «*Prodigium*» *e diritto etc.*, in *Index* 27 (1999) 113 ss. — Sulla *pubertas*: *retro* n. 20.3.1. — Il raggiungimento della pubertà da parte di ambedue i coniugi convalidava, rendendolo *iustum*, l'eventuale *matrimonium iniustum* intervenuto tra loro durante la *impubertas*. Sul punto (con particolare riguardo alle donne in età inferiore ai dodici anni): Durry, *Le mariage des filles impubères dans la Rome antique*, in dall'età pubere e dalla concreta attitudine al congiungimento. La ovvia necessità della differenza di sesso implicava qualche difficoltà in ordine agli ermafroditi («*hermaphroditi*»), cioè agli individui 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 alla riproduzione, a prescindere da ogni rilevanza circa la loro funzionalità: capace di unirsi era pertanto l'individuo sterile, il cd. «impotente» («*spado*»), salvo che fosse vistosamente privo o privato di organi riproduttivi («*castratus*», «*eunuchus*»).

41.3.2. L'«esogamia» comportava che i coniugi: *a*) non provenissero dalla stessa *familia* agnatizia; *b*) non fossero tra loro

---

RIDA. 2 (1955) 263 ss.; Id., *Sur le mariage romain etc.*, in *RIDA.* 3 (1956) 227 ss.; Reinach, *Puberté féminine et mariage romain*, in *RH.* 34 (1956) 268 ss.; García Garrido, «*Minor annis XII nupta*», in *Labeo* 3 (1957) 76 ss.; Tomulescu, *Vîrsta minimă cerută în dreptul roman pentru căsătoria fetelor*, in *An. Univ. Bucureşti, St. Jur.* 18.1 (1969) 133 ss.; Ruggiero, *Il matrimonio della impubere in Roma antica*, in *ANA.* 92 (1982) 63 ss. — Sull'incapacità sessuale: Dalla, *L'incapacità sessuale in dir. rom.* (1978) 127 ss., con approfondito esame della vasta casistica e dell'oscillante terminologia.

41.3.2. Sull'esogamia: *retro* n. 41.1. — Sulla *cognatio*: *retro* n. 16.6.4. — Sui divieti di nozze tra *cognati* cfr. Gai 1.59-64; I. 1.10.1-5; Coll. 6.2.1-3; Cl. 5.4.26.2; Ulp. 5.6; Suet. *Claud.* 26.3. Sull'argomento: Castello, *Osservazioni sui divieti di matrimonio tra parenti ed affini*, in *RIL.* 1938-39; Modrzejewski, *Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis und nach röm. R.*, in *ZSS.* 81 (1964) 52 ss.; Bonini, *Considerazioni in tema di impedimenti matrimoniali nel dir. postclass. e giustinian.*, in *St. Biondi* 1 (1965) 485 ss.; Thomas, *Mariages endogamiques à Rome*, in *RH.* 58 (1980) 345 ss.; Franciosi, *Sul matrimonio tra cugini incrociati in Roma antica*, in *St. Sanfilippo* 3 (1983) 211 ss. — Un famoso SC. *Claudianum de nuptiis* del 49 d. C. ammise eccezionalmente le nozze tra zio (*patruus*, zio paterno) e *neptis ex fratre* allo scopo di 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. — Sull'*adfinitas* e sui divieti di nozze tra *adfines*: *infra* n. 42.1.3 e 42.4. — *Nuptiae nefariae et incestae*, prima e più ancora che «*iniustae*», venivano definite le unioni endogamiche di cui si è parlato dianzi: *nuptiae* invalide sin dall'inizio, ma spesso scoperte e dichiarate giurisdizionalmente tali anche in momenti successivi (cosa resa possibile dalla grande imperfezione dei sistemi di registrazione dello stato civile, per i quali v. *retro* n. 15.7). In materia cfr. Gai 1.64: *Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos: itaque hi qui ex eo coitu nascuntur matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique: nec ob id in potestate eius sunt, sed tales sunt, quales sunt hi, qui mater vulgo concepit* (ecc.). — Sui *vulgo concepti*: *retro* n. 13.6.7.

cognati, cioè parenti di sangue; *c*) non fossero tra loro correlati da preesistente *adfinitas*. La prima esigenza («non tra agnati») valeva anche in relazione ai figli acquisiti per adozione (più precisamente, in relazione sia agli *adrogati* sia agli *adoptivi* in senso stretto): 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. La seconda esigenza («non tra cognati») valeva tra tutti i *cognati* in linea retta, mentre per i *cognati* in linea collaterale valeva solo tra fratelli e tra zii e nipoti, sia della stessa *familia* sia di *familiae* diverse. La terza esigenza («non tra affini») valeva nel senso che, una volta avvenuto lo scioglimento del matrimonio (*soluto matrimonio*), l'ex-coniuge non poteva andare a nozze con quelli che erano stati suoi «affini» («*adfines*»), cioè con gli ascendenti o discendenti (agnati o cognati che fossero) dell'altro ex-coniuge.

41.3.3. La «monogamia» comportava che il marito e la moglie non avessero più di un coniuge, quindi determinava l'impossibilità di un *matrimonium* tra persone (una o ambedue) già sposate. Se una unione del genere si verificava, i casi erano due: *a*) o la nuova unione subentrava al *matrimonium* precedente, implicando per implicito lo scioglimento di quest'ultimo per *divortium*; *b*) oppure, non potendosi ritenere sciolto il primo matrimonio per *divortium*, la nuova unione aveva carattere di «concubinato», cioè di unione stabile extramatrimoniale. Comunque, il *ius honorarium* (e per esso l'editto pretorio) trattò come *infames*, con tutte le conseguenze relative, coloro che avessero pubblicamente fatto matrimonio, o anche solo fidanzamento, con due persone contemporaneamente. A termini del *ius novum* postclassico, sia perché il *matrimonium* era visto come un rapporto giuridico conseguenziale al *consensus* iniziale e sia perché la poligamia era una consuetudine di certe province orientali che si voleva assolutamente sradicare, la «*bigamia*» fu punita addirittura come *crimen*, cioè come reato.

41.3.3. Sul concubinatus: *infra* n. 41.13. — Sulla bigamia: Volterra, *Per la storia del reato di bigamia*, in *St. Ratti* (1933) 390 ss.; Id., *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 dir. giustinian. e bizant.* (1975). V. anche: Guarino, *Antonio e Cleopatra* (1980), in *PDR*. 6 (1995) 516 ss. — Sull'infamia per i bigami (e per coloro che avessero contratto doppi *sponsalia*) cfr. 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*.

41.3.4. Il *connubium*, cioè la «reciproca capacità matrimoniale», derivava dall'esigenza antichissima che i matrimoni avessero luogo solo tra persone appartenenti alla stessa κοινή, alla stessa comunità culturale. Alle origini l'àmbito delle persone ammesse al *connubium* era tanto gelosamente limitato, che i *plebeii* ottennero la possibilità di unirsi matrimonialmente con i *patricii* solo dal *ius legitimum vetus*, e precisamente 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 dal *ius vetus* solo tra *cives Romani* e tra *cives* e *Latini* ed era concessa, ma solo in casi di volta in volta determinati, tra *cives* e *peregrini* di certe categorie; maggior larghezza mostrò il *ius novum* dei *principes* nei confronti dei militari, cui fu spesso elargito, a titolo di privilegio, il *connubium* con donne peregrine (evidentemente incontrate nelle province, sopra tutto di confine). L'estensione della *civitas Romana* a quasi tutti i sudditi dell'impero ridusse di molto, ovviamente, l'importanza del *connubium*.

41.4. La forma del *matrimonium* (primo tra gli elementi essenziali di questo comportamento negoziale) era libera.

41.3.4. Sul *connubium* e sui complessi problemi delle unioni con *peregrini*: Volterra, *La nozione giuridica del «conubium»*, in *St. Albertario* 2 (1953) 347 ss.; id., *L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino*, in *St. Redenti* 2 (1951) 403 ss.; Demougeot, *Le «conubium» et la citoyenneté conférée aux soldats barbares du Bas-Empire*, in *St. Guarino* (1984) 1633 ss. Cfr. Ulp. 5.3-4; Gai 1.57. — La *lex Canuleia de conubio* del 445 a. C. fu, in realtà, un plebiscito proposto dal tribuno Canuleio mediante il quale si chiese al patriziato non solo l'ammissione dei plebei al *connubium* con i *patres*, ma anche l'ammissione dei plebei alla carica di *praetor maximus*: i patrizi, che in sede di legislazione delle XII Tavole non avevano ceduto su nulla, accolsero la prima delle due richieste, elargendo una *lex* in conformità della stessa. Sul tema: Guarino, *La rivoluzione della plebe* (1975) 215 ss., 232 ss. — 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, «*Matrim. iuris gent.*», in *LQR.* 44 (1928) 305 ss.

41.4. 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. Ma la prova del matrimonio si poteva raggiungere anche in altro modo: per es., mediante una *testatio* (cfr. Ulp. 3.3: ... *testatione interposita, quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit* [scil.]), o mediante un giuramento davanti ai *censores* (cfr. Gell. 4.20.3), o anche mediante le «*tabulae nuptiales*» con cui si regolavano le condizioni economiche del futuro matrimonio (v. *infra* n. 41.2.2). Tuttavia, che la *deductio* fosse considerata praticamente indispensabile è dimostrato dalla terminologia «*uxorem ducere*» per indicare l'andare a nozze del marito, e «*nubere marito*» (coprirsi il capo di un velo [*nubes*, che era, più precisamente, un *flammeum* di colore tendente al rosso fiammeo] nell'entrare in casa del marito) per l'andata a nozze della moglie. Alla *deductio* si ricorreva, pertanto, anche in assenza del marito (cfr. Pomp. D. 23.2.5: *Mulierem absenti per litteras eius vel per*

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 serie (pur se non tassativa) di «fatti concludenti», indicativi cioè della esistenza di un vero *matrimonium* era costituita: *a*) dalla iniziale deduzione della moglie in casa del marito («*deductio uxoris in domum mariti*»); *b*) dalla successiva abituale convivenza dei due soggetti sotto lo stesso tetto; *c*) da quel complesso di reciproci riguardi e di manifestazioni di intimità cui si dava il nome di «*honor matrimonii*», di «rispetto coniugale». Il *ius novum* 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 inizio della vita coniugale: la benedizione del sacerdote nei matrimoni tra cristiani e, specialmente, la redazione scritta di patti nuziali

---

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; Ulp. D. 23.2.6: *...sed et qui* [*absentem*] <*absens*> *accepit uxorem, deinde rediens a cena iuxta Tiberim periisset, ab uxore lugendum responsum est*). V. Lewis, *Digest* 23.2.6, in *St. Honoré* (1986) 135 ss. — *Ubi tu Gaius et ego Gaia*: queste parole, pronunciate dalla sposa durante il rito nuziale, derivavano probabilmente dall'antichissima *confarreatio* (v. retro n. 39.4.2) e furono talvolta dette in greco, anziché in latino: è da escludere, comunque, che la vecchia formula, malgrado la sua larga diffusione (per la quale cfr. Cic. *pro Mur.* 14.30), fosse un requisito essenziale del *matrimonium* (sia *cum manu* sia *sine manu*). Sul tema: Guarino, «*Et ego Gaia*» (1985), in *PDR.* (1994) 28 ss. — Di una derivazione delle *nuptiae* dal *raptum uxoris* parlano alcune fonti, collegando il rito al famoso episodio del ratto delle Sabine (cfr. Liv. 1.9.12 e Fest. sv. «rapi» L. 364 s.: *rapi simulatur virgo e gremio matris... cum ad virum traditur, quod videlicet ea res Romulo cessit*). Sul punto: Lion-Gille, *L'enlèvement des Sabines*, in *LAT.* 50 (1991) 342 ss. — La coabitazione dei coniugi non era da intendersi come continua e ininterrotta. Dopo la decadenza del [illegible], si ammise largamente che i coniugi potessero avere periodi più o meno lunghi di «separazione personale», purché si trattasse di un distacco giustificato (esempio classico: quello dell'assenza del marito per una campagna di guerra) e purché fosse chiaro ed evidente il persistere dell'*affectio maritalis*. All'incontro, nel caso di caduta del marito (o della moglie) in *captivitas* il matrimonio non si scioglieva di colpo, ma dopo un minimo di tolleranza temporale (elevato dal postclassico sino all'esigenza del trascorrere di un quinquennio *a tempore captivitatis*). Cfr. Iul. D. 24.2.6 (Ulp.), su cui Guarino, *Giusrom. elementare* (1989) 192 ss. — Il rilievo delle scritture paramatrimoniali nel diritto postclassico-giustinianeo non portò mai all'estrema conseguenza di considerare incontestabilmente esistente il cd. «*matrimonium cum scriptis*» e meno ancora (se non addirittura inesistente) il cd. «*matrimonium sine scriptis*». Sta di fatto, peraltro, che sopra tutto nella legislazione del C.I. e delle Nov. 74 e 78, al matrimonio *cum scriptis* si assegnò quasi il valore di una presunzione dell'avvenuto *consensus* costitutivo del vincolo da parte dei coniugi (con ovvie implicazioni anche quanto al *divortium*: v. infra n. 41.9.2). Sul punto: Lucchetti, *Il matr. «cum scriptis» e «sine scriptis» nelle fonti giur. giustinianee*, in *BIDR.* 92-93 (1989-90) 323 ss.

(«*pacta nuptialia*») intesi al regolamento del regime patrimoniale del *matrimonium*.

41.5. 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 nuova *familia*, di cui fosse esponente presso i terzi e internamente capo (pur se non titolare di *manus* sulla moglie) 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.

41.5.1. *Matrimonia* «*iniusta*», invalidi sotto il profilo della causa, furono principalmente: *a*) quello tra la moglie colpevole di *adulterium* ed il suo complice (matrimonio vietato dalla *lex Iulia et Papia*); *b*) quello tra il tutore (nonché i suoi ascendenti e discendenti) e la pupilla, almeno sino alla presentazione del rendiconto finale dell'amministrazione tutelare (matrimonio ritenuto nullo per interpretazione giurisprudenziale); *c*) quello tra *senatores* (nonché loro discendenti) e donne di condizione *libertina* o comunque umile (matrimonio vietato in diritto classico, ma poi progressivamente ammesso in diritto postclassico); *d*) quello tra rapitore e rapita (matrimonio vietato da costituzioni

---

41.5. Sulla causa del *matrimonium* si vedano le definizioni riportate retro n. 41.1. Lo scopo di generare figli non era compreso nella causa del *matrimonium*, particolarmente secondo la genuina concezione classica: Bonfante, *Corso* cit. 193. Cfr. tuttavia Ulp. 3.5. riportato retro n. 41.4.

41.5.1. 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: Vitali, *Premesse romanistiche ad uno studio sull'«impedimentum criminis» etc.*, in *St. Scherillo* 1 [1972] 279 ss.; Goria, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel dir. giustin. e bizant.* cit.); *b*) D. 23.2.59 e 60 (matrimonio con il tutore), su cui: Ferretti, *Il divieto di matrimonio tra tutore e pupilla*, in *Labeo* 43 (1997) 365 ss.; *c*) D. 23.2.38 pr. e 65.1 (matrimonio del funzionario provinciale con donne oriunde della provincia, su cui: 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 tra senatori e *libertinae* o tra *honestiores* e *humiliores*, su cui: De Robertis, *La condizione sociale e gli impedimenti del matr. nel Basso Imp.*, in *AUBA.* 1939; Cardascia, *La distinction entre «honestiores» et «humiliores» et le droit matrimonial*, in *St. Albertario* 2 [1953] 653 ss.; Fabiao, *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social en el Imperio Romano* [1975]); *e*) CTh. 9.24.1 (matrimonio col rapitore); *f*) CI. 5.4.26.2 (matrimonio della figlioccia col padrino); *g*) Nov. 5.8, 6.1.7, 22.42 (voto di castità); *h*) CTh. 3.7.2 e CI. 1.9.6 (cristiani ed ebrei, su cui: Solazzi, *Le unioni di cristiani ed ebrei nelle leggi del Basso Impero* [1939], in *Scr.* 4 [1963] 49 ss.). Per ulteriore casistica: Campbell, *The marriage of soldiers under the Empire*, in *JRS.* 68 (1978) 153 ss.; Volterra, *Sull'unione coniugale del funzionario della provincia*, in *St. Scudi* (1975) 169 ss.; Desanti, *Costantino, il ratto e il matrimonio riparatore*, in *SDHI.* 52 (1986) 195 ss.; Id., *Sul matrim. di donne consacrate a Dio nel dir. rom. cristiano*, in *SDHI.* 53 (1987) 270 ss.; Bianchini, *Disparità di culto e matrimonio etc.*, in *Serta hist. ant.* (1986) 233 ss.

postclassiche); e) quello tra cristiani ed ebrei (matrimonio vietato, per incompatibilità religiosa, da costituzioni postclassiche).

41.6. La volontà coniugale (terzo elemento essenziale del *matrimonium*) era denominata in vario modo: «*consensus*» (accordo), «*mens coniugum*» (volontà dei coniugi), ma principalmente (con riguardo alla caratteristica impostazione dell'istituto sulla supremazia del marito) «*affectio maritalis*» (sentimento maritale). Il *matrimonium* non era dato soltanto dalla materiale convivenza, ma anche e sopra tutto dal concorso della volontà dei coniugi («*nuptias non concubitus, sed consensus facit*»).

41.6.1. Come per gli altri atti di autonomia, il diritto classico deduceva, sino a prova contraria, l'esistenza della volontà dal comportamento esteriore delle parti: quindi, nella specie, dall'*honor matrimonii*. Diversa tendenza manifestò, anche sotto questo riguardo, 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 (o alla morte) di uno dei coniugi. Di qui una assai maggiore cura in età postclassica verso l'individuazione della volontà reale (al di là delle apparenze esteriori) 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 e particolarmente di violenza morale.

41.6.2. Una peculiarità del negozio matrimoniale era di poter essere posto in atto non soltanto da persone *sui iuris*, ma

---

41.6. Sull'*affectio maritalis*: Albertario, «*Honor matrimonii*» e «*affectio maritalis*» (1929); id., *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrim. e nel possesso romano-giustinianeo* (1931), in St. 1 (1933) 197 ss., 213 ss.; Longo (G.), «*Affectio marit.*» (1939), in *Ric. rom.* (1966) 301 ss.; Giannuccio, *Sull'origine dell'«affectio mar.»*, in *Labeo* 24 (1978) 52 ss. Cfr. 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* (ecc.). 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* (cfr. Mod. D. 23.2.24, su cui Orestano, *Sul matrimonio presunto in dir. rom.*, in ACIV 3 [1953] 47 ss.). — Sul iusiurandum de uxoribus: retro n. 24.2.

41.6.1. 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 matrim. nel dir. rom. e nei Padri della Chiesa*, in SDHI. 5 (1939) 18 ss.; Wyszynski, «*De matrimonio romano ob metum contracto*» (1962). Cfr. D. 23.2.22; D. 1.6.8; D. 23.2.16.2.

41.6.2. Sul cd. consenso del *paterfamilias* al *matrimonium* (meglio sarebbe dire «assenso») cfr. D. 23.2.35; D. 23.2.2; I. 1.10 pr. In argomento: Solazzi, anche da persone *alieni iuris*, purché 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 viripotens*. 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 dell'istituzione di una valida convivenza coniugale, il concorso iniziale della volontà del *paterfamilias*, cioè anche il suo consenso (o, più esattamente, il suo «assenso»): una convivenza matrimoniale tra *alieni iuris* istituitasi contro o senza il volere degli aventi potestà sarebbe stata infatti una contraddizione in termini, perché la *patria potestas* esigeva che un atto così impegnativo quale l'inizio di una convivenza coniugale, con connesso impianto di una nuova attuale o futura famiglia, fosse approvato dal *pater*.

41.7. Notevolissima importanza per la storia del matrimonio romano rivestì la cd. *lex Iulia et Papia*, termine con il qua-

---

Le nozze della minorenne (1916), *Dispute romanistiche* (1955), *P. Mich. inv. 508 e il matrim. della «filia fam.»* (1959), *Per il matrim. del «filius fam.»* (1968), rispett. in *Scr.* 1 (1957) 147 ss., 3 (1960) 603 ss., 6 (1972) 323 ss.; Volterra, *Quelques observations sur le mariage des «filiifamilias»*, in *RIDA.* 1 (1948) 213 ss.; Musinge, *La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en dr. rom. etc.*, in *St. Volterra* 5 (1971) 391 ss.; Metro, *«Binas nuptias constituere» in D. 3.2.1*, in *Iura* 26 (1975) 101 ss.; Sanfilippo, *«Nuptias alieno nomine constituere»?*, in *Iura* 27 (1976) 101 ss. — Se vi era un *paterfamilias 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'autorità magistratuale: I. 1.10 pr. e Iust. C. 5.4.25. — Solo per il *pater* assente o prigioniero dei nemici si prescindeva dalla sua approvazione iniziale: ma il diritto giustinianeo stabilì che, in questa ipotesi, occorresse il decorso di almeno tre anni dall'allontanamento del *paterfamilias* da Roma. — Il diritto postclassico richiese anche per la sposa minorenne il consenso del padre (in mancanza, della madre o degli altri parenti): C. 5.4.18 e 20.

41.7. Sulla legislazione matrimoniale augustea: Astolfi, *La «lex Iulia et Papia»*² (1986), con bibl.; Csillag, *The Augustan laws on family relations* (1976); Raditsa, *Augustus' legislation concerning marriage, procreation, love affairs and adultery*, in *ANRW.* 2.13 (1980) 481 ss.; Nörr, *The matrimonial legislation of Augustus etc.*, in *Irish Jurist* 16 (1981) 350 ss.; Mette-Dittmann, *Die Ehegesetze des Augustus* (1991). Ampio riepilogo critico in: Spagnuolo Vigorita, *Nota di lettura premessa ad* Jörs, *«Iuliae rogationes»* (rist. 1985) VII ss. (I due fondamentali scritti del Jörs sono: *Die Ehegesetze des Augustus* [1894] e *Über das Verhältnis der «lex Iulia de m. o.» zur «lex Papia Poppaea»* [1882]). La *lex Iulia* del 18 a. C. parlò di «*ordines*» nel senso di «ceti sociali» (*senatores, equites, ingenui, liberti*): ciò perché non tutte le norme si riferivano indistintamente a tutti i cittadini romani. La *lex Papia Poppaea* (rogata dai consoli M. Papio Mutilo e Q. Poppeo Secondo) sopravvenne ad integrarla e a rafforzarla dopo alterne vicende di opposizione dell'alta società romana ai severi criteri adottati da Augusto. Forse già nel 28 o 27 a. C. Ottaviano promulgò una proposta di legge anticipatrice di quella del 18: ma, se fu così, certamente la ritirò prima della votazione comiziale (cfr. Propert. *el.* 2.7). — *Lex Iu-*

te la giurisprudenza classica soleva designare unitariamente due distinte *leges publicae* promosse da Augusto e tra loro complementari: la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 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) ad unirsi in matrimonio e ad avere un numero minimo di figli, fissato in tre nell'ipotesi di moglie nata libera (*ingenua*) ed in quattro nell'ipotesi di moglie nata schiava e poi liberata dalla schiavitù (*libertina*). Pertanto: *a*) a carico dei non sposati («*caelibes*») e degli sposati senza avere (o avere avuto) figli («*orbi*») furono stabiliti pesanti svantaggi, che si concretavano sopra tutto nella «*incapacitas*» successoria, cioè, come abbiamo detto altrove, nel «divieto di acquistare» (*capere*), in tutto o in parte, ciò che fosse stato loro lasciato per testamento (cd. «*relictum*»); *b*) per evitare che l'assenso pa-

---

lex miscella fu anche denominata la *lex Iulia et Papia* da Giustiniano CI. 6.40.2 e 3. In Nov. 22.43 (a. 536) la legge è curiosamente attribuita, per evidente manipolazione, a tal *Iulius Miscellus*. — Sui divieti matrimoniali delle leggi augustee, in particolare, cfr. D. 23.2.23, 32, 44, 49; Ulp. 13.2; CI. 5.4; Nov. 78.3; Nov. 117.6. In argomento: 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. — Sul ius liberorum: Zablocka, *Il «ius trium liberorum» nel dir. rom.*, in *BIDR.* 91 (1988) 361 ss.; Samper, *Sobre el destino del «ius lib.» en el mundo der. rom. occidental* (1972). — Sulla incapacitas successoria: retro n. 31.4. — La lex Iulia de adulteriis coercendis, emanata nello stesso anno 18 a. C. della *lex Iulia de maritandis ordinibus*, funzionò da completamento della legislazione matrimoniale augustea: v. *infra* n. 41.31.5 e 42.2.2. Punendo severamente come *crimina* le unioni extraconiugali (tra cui erano annoverate quelle tra *senatores* e *libertinae*), essa spinse maggiormente i cittadini a contrarre regolari *matrimonia*. Inoltre la legge funzionò da freno alla facilità dei divorzi, in quanto determinò il diffuso timore che un'*accusatio adulterii* potesse essere proposta da un *quivis de populo* in tutti i casi in cui non fosse ben chiaro l'avvenuto divorzio tra due soggetti. Di qui la particolare cura che si ebbe, in età classica, di esternare e di rendere inequivoci agli occhi del pubblico gli scioglimenti di «matrimonia» dipendenti dal venir meno dell'*affectio coniugalis*; sul che v. *infra* n. 41.9.1 e cit. D. 24.2.9 e D. 48.5.44. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni il «matrimonio», comunque riconosciuto come costitutivo della cd. «famiglia legittima», è regolato in modi vari, ma tutti richiamantisi alla concezione romano-postclassica del consenso iniziale costitutivo e tutti fortemente influenzati dalle impostazioni formali del diritto canonico, che oltre tutto ha per lungo tempo detenuto in molti paesi il monopolio (anche agli effetti civili) dell'istituto. Il diritto italiano vigente, a seguito di un «concordato» con la chiesa cattolica del 1929 (rinnovato nel 1984), prevede due tipi di matrimonio: a) il «matrimonio civile», con consenso dato dinanzi all'ufficiale di stato civile (o a un ministro di culti ammessi dallo stato), regolato dagli a. 83-158 cc.; b) il «matrimonio concordatario», celebrato anche come sacramento davanti ad un ministro del culto cattolico ed avente «effetti civili» in virtù di trascrizione nei registri dello stato civile (a. 82 cc., con rif. a l. 27 maggio 1929 n. 847 e 25 marzo 1985 n. 121). Singolare caratteristica di questo secondo matrimonio è che i giudizi circa la sua validità sono riservati ai tribunali ecclesiastici cattolici, le cui sentenze, se delibate, sono esecutive anche per l'ordinamento italiano.*

tenso al matrimonio degli *alieni iuris* fosse ingiustamente rifiutato, fu ammesso il ricorso degli interessati al magistrato; *c*) a favore di coloro che si fossero sposati con «*matrimonium iustum ac legitimum*», rispettando cioè le prescrizioni del *ius civile* e quelle della *lex Iulia et Papia*, ed avessero (o avessero avuto) almeno un figlio, furono previste varie agevolazioni. Il minimo dei tre figli (quattro, se nati da donna *libertina*) determinò la formazione del cd. «*ius liberorum*» («diritto della figliolanza») con numerosi vantaggi di carattere personale ed economico (possibilità di ottenere le magistrature con anticipo sui tempi normalmente prescritti; esenzione dai gravami di pubblico interesse, cioè dai «*munera publica*»; sottrazione delle donne alla *tutela mulierum* e via dicendo): un sistema, come si vede, alquanto rigido, che era però mitigato dalla potestà attribuita al *senatus* e al *princeps* di concedere a titolo di privilegio il «*ius trium vel quattuor liberorum*» (il diritto di «fingere» la presenza dei tre o quattro figli) anche a coloro che non si trovassero in regola con la *lex Iulia et Papia*.

41.8. Lo scioglimento del matrimonio poteva dipendere: *a*) dalla morte o dalla *capitis deminutio maxima* di uno dei due coniugi; *b*) dal venir meno di un presupposto del negozio; *c*) dal venir meno di un elemento essenziale del negozio stesso.

41.8.1. 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 prigioniero di guerra (*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 dalla donna nel frattempo non ricadevano sotto la sua *potestas*: o erano *vulgo concepti*, figli senza padre, o erano *in potestate* dell'altro uomo con cui la moglie avesse frattanto, siccome le era lecito, convissuto matrimonialmente.

41.8. Sullo scioglimento del matrimonio in generale: Bonfante, Corso cit. 240 ss.; Penta, *La «viduitas» nella condizione della donna romana*, in *AAN* 91 (1980) 341 ss.

41.8.1. Sullo scioglimento per *captivitas* cfr. D. 24.2.1: «*Dirimitur matrimonium... captivitate... alterius eorum*»; D. 24.2.6; D. 49.15.8 (itp.); Nov. 22.7. Sul tema: Rasti, *Studi sulla «captivitas»*, in *BIDR.* 35 (1927) 150 ss.; Levy, *Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten*, in *St. 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. V. anche retro n. 41.4. — Sul *postliminium*: retro n. 15.4.2 e n. 41.2.3.

41.8.2. In ordine allo scioglimento «per deficienza sopravvenuta di un presupposto», le ipotesi pratiche di cui occorre far parola sono due: *a*) l'*incestum superveniens*; *b*) il venir meno del *connubium*. Si aveva «*incestum superveniens*» (incesto sopravveniente) 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. Si aveva «perdita del *connubium*» quando uno dei due coniugi perdesse la *civitas Romana* e divenisse straniero senza diritto di connubio con i Romani (*peregrinus sine iure connubii*); peraltro, in età postclassica, man mano che si consolidò la concezione del matrimonio come rapporto derivante del consenso iniziale, si ritenne sufficiente che il *connubium* vi fosse stato nel momento dell'accordo iniziale e pertanto si escluse lo scioglimento del vincolo nella maggior parte dei casi.

41.8.3. In ordine allo scioglimento «per deficienza sopravvenuta di un elemento essenziale del negozio», le possibilità da considerare sono: *a*) quella della sopraggiunta illiceità della causa matrimoniale (che si verificava, ad esempio, quando il marito di una liberta diventava senatore); *b*) 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*», istituto che merita qualche parola di ulteriore illustrazione.

41.9. Il **divortium** («divorzio») fu concepito in maniera, almeno tendenzialmente, diversa nel periodo classico e in quello postclassico.

41.8.2. Sull'*incestum superveniens* cfr. 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*: retro n. 15.5.2. L'*aqua et igni interdictio* (venuta praticamente meno in periodo classico) sicuramente implicava anche 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 (Nov. 22.13), fu stabilito espressamente che il matrimonio non si sciogliesse per *deportatio*. Sul punto: Schiavone, «*Matrimonium*» e «*deportatio*» etc., in *ANA*. 1967, con bibl. V. anche retro, n. 41.3.4.

41.8.3. Sulla *illiceità sopravveniente* della causa matrimoniale (che fu negata da Giustiniano) cfr. Iust. C. 5.4.28.

41.9. Sul *divortium* cfr. D. 24.2; CTh. 3.16; C. 5.17; Nov. 22. 117, 123. 127, 134, 140. In argomento: Biondi, *Dir. rom. crist.* cit 3.151 ss.; Andréev, *Divorce et adultère dans le dr. rom. class.*, in *RH*. 35 (1957) 1 ss.; Schulemann, *Ehescheidun-*

41.9.1. Nella concezione classica, il *divortium* (da «*divertere*», scostarsi l'uno dall'altra, scindersi coniugalmente) era il fatto giuridico della cessazione, in uno o in ambedue i coniugi, dell'*affectio*, della volontà di vivere matrimonialmente: 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 sí che il *divortium* si effettuasse di solito, a scanso di equivoci e di conseguenze svantaggiose, mediante un negozio giuridico di accertamento della avvenuta cessazione del *consensus* coniugale. Il *divortium*, pertanto, si desumeva o da comportamenti incompatibili con l'*affectio* coniugale (es.: la separazione di letto e di mensa, la sottrazione

---

gen in den Komödien des Plautus, in ZSS. 93 (1976) 19 ss.; Genius, *Vorsorge für die geschiedene Ehefrau nach röm. R.*, in St. Seidl (1975) 39 ss.; Wacke, *Die Scheidungsklausel im Testament*, in St. Kaser (1976) 437 ss.; D'Ors, *«Soror nuntium misit»*, in Ét. Dauvillier (1979) 605 ss.; Venturini, *Divorzio informale e «crimen adulterii»*, in Iura 41 (1990) 25 ss. — La riconoscibilità esterna del divortium (cioè del venir meno in uno o in ambedue i coniugi dell'*affectio* matrimoniale) è stata da noi segnalata già nelle precedenti edizioni di questo libro e ribadita in scritti speciali, a proposito dell'asserito divorzio di Messalina dall'imperatore Claudio assente (divorzio che sarebbe stato effettuato sposando un altro) ed a proposito dei rapporti apparentemente matrimoniali tra Antonio e Cleopatra nel periodo in cui Antonio non aveva ancora ripudiato la moglie Ottavia. Sul punto: Guarino, *In difesa di Messalina* (1974), in PDR. 2 (1993) 267 ss. con replica (p. 336 ss. nt. 36 e 37) a Volterra, *Precisazioni in tema di matrimonio classico*, in BIDR. 78 (1975) 263 ss.; Robleda, *Cic. de orat. 1.40.183, 56.238 y el divorcio de Mesalina*, in SDHI. 42 (1976) 424 ss.; Volterra, *Ancora sul matrimonio di Antonio e Cleopatra*, in St. Flume (1978) 205 ss. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni riconoscono quasi tutti l'istituto del divorzio, variamente limitandolo nei requisiti e disciplinandolo nelle procedure. Il diritto italiano vigente ha ammesso l'istituto del divorzio con l. 1 dicembre 1970 n. 898 (modificata da successive leggi del 1978 e del 1987), subordinandolo a diversi limiti e ad una procedura piuttosto complessa, occorrendo di regola un preventivo periodo di «separazione dei coniugi» (cfr. a. 150-158 c.c.) pronunciata da apposita sentenza. Il divorzio, in Italia, causa lo scioglimento del matrimonio civile o la «cessazione degli effetti civili» del matrimonio concordatario (il quale ultimo rimane valido iure canonico come sacramento). V. retro n. 41.7.*

41.9.3. Sulla terminologia del divortium: Caes, *La terminologie du divorce dans les textes juridiques latins et les constitutions grecques de Justinien*, in *Scrinium Lovaniense* (1961). Si cfr. 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 cessazione della volontà matrimoniale, anche per comunicare la rottura degli sponsalia. — Sulle limitazioni imposte dalla legislazione augustea: Volterra, *Intorno a D. 48.5.44(43)*, in St. Biondi 2 (1965) 125 ss.; id., *Sul divorzio della liberta* cit.; Solazzi, *La legge augustea sul divorzio della liberta e il dir. civile* (1948), in Scr. 5 (1971) 85 ss.; Venturini, *Divortio* cit. Cfr. Gai. D. 48.5.44(43); Ulp. D. 38.11.1.1. — Su talune conseguenze del divorzio: Bonini, *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in dir. rom.*, in AG. 181 (1971) 24 ss.

furtiva di cose del marito da parte della moglie); oppure da una dichiarazione unilaterale recettizia (generalmente trasmessa «*per nuntium*» o «*per litteras*») di «*repudium*» («ripudio»). 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 favorí indirettamente questa prassi, comminando svantaggi a carico del coniuge che non avesse comunicato il *repudium* con certe particolari modalità.

41.9.2. Nella concezione postclassica, conforme alla tendenza di ravvisare nel *matrimonium* un effetto giuridico del *consensus* iniziale, il *divortium* fu progressivamente identificato con il *repudium* esplicito, e il negozio giuridico relativo non fu più ritenuto un negozio di accertamento dell'avvenuta cessazione del *matrimonium*, ma fu considerato un negozio costitutivo di quell'effetto. Inoltre, per influsso delle idee cristiane, il divorzio, senza essere addirittura vietato, fu fortemente ostacolato dalla legislazione imperiale. I predecessori di Giustiniano ammisero la piena libertà del *divortium* solo quando si trattasse di «divorzio consensuale» («*divortium communi consensu*»), mentre limitarono il *divortium* unilaterale ai soli casi in cui esso fosse richiesto dal coniuge in base ad una «*iusta causa*», cioè a titolo di giusta reazione ad una colpa commessa dall'altro coniuge. Più rigoroso fu Giustiniano, il quale: *a*) riconobbe libertà di divorzio solo in alcune ipotesi eccezionali di «divorzio per fondati motivi» («*divortium bona gratia*»: obbiettivamente giustificato da un voto di castità, dalla prigionia di guerra dell'altro coniuge, dalla sopravvenuta impotenza di lui); *b*) limitò il «divorzio per colpa» («*divortium ex iusta causa*») a pochissimi casi di colpa coniugale; *c*) penalizzò con la perdita dei diritti sulla dote (o sulla *donatio propter nuptias*) la richiesta di «divorzio immotivato» («*divortium sine causa*»).

41.10. Fino al termine dell'età classica il *ius privatum* non fu contrario, anzi si mostrò sempre più favorevole, alle *secundae*

41.9.2. Sul *divortium postclassico*: Biondi, *Dir. rom. crist.* cit. 3. 151 ss.; Bonini, *Il divorzio consensuale dalla Nov. Iustin. 117.10 alla Nov. 140*, in *BIDR.* 75 (1972) 41 ss.; Visky, *Le divorce dans la législation de Justinien*, in *RIDA.* 23 (1976) 239 ss.; De Martino, *Chiesa e Stato di fronte al divorzio etc.*, in *St. Flume* 1 (1978) 137 ss.; Forzieri Vannucchi, *La legislaz. imperiale del IV-V secolo in tema di div.*, in *SDHI.* 48 (1982) 289 ss.; ead., *La risoluzione del matrimonio etc.*, in *AATC.* 50 (1985) 63 ss.; Bavanicas, *Il div. nelle legislaz. giustin.*, in *St. Dell'Oro* (1990) 153 ss. V. anche retro nt. 41.4. quanto al «*matrimonium cum scriptis*».

41.10. Sulle *secundae nuptiae*: Yaron, «*Ad secundas nuptias convolare*», in *St. David* 1 (1968) 263 ss.; Humbert, *Le remariage à Rome etc.* (1972). — Sul *nuptiae* («seconde nozze»), cioè a due (o più) matrimoni successivi. Unica limitazione, antichissima, fu costituita dal cd. «*tempus lugendi*» («periodo del lutto»), 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* apprensiva 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* fu portato a dodici mesi e fu esteso anche alla donna divorziata, mentre le seconde nozze furono contrastate, sopra tutto nei confronti di chi venisse a trovarsi in condizioni di genitore binubo («*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 penalità («*poenae secundarum nuptiarum*»).

41.11. Unione paramatrimoniale era il *concubinatus* («concubinato»), cioè la convivenza manifesta e continuata di

---

tempus lugendi: cfr. D. 3.2.11.1-2; CI. 5.9.2; CI. 5.17.8.4 e 9. Sul tema: Kübler, sv. «Luctus», in PW.; Volterra, *Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto perpetuo*, in *RISG*. n.s. 8 (1933) 171 ss.; Id., *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*, in *Om. Albertoni* 1 (1935) 339 ss.; Rasi, «*Tempus lugendi*», in *Om. Ferrini Milano* (1947) 393 ss.; García Sánchez, *Algunas consideraciones sobre el «tempus lugendi»*, in *RIDA*. 23 (1976) 141 ss.; Guarino, *Il «coup de foudre» di Ottaviano* (1981), in *PDR*. 3 (1994) 344 ss.; Krause, *Verwitwung und Wiederverheiratung* (1994). — Due SCC. *de partu agnoscendo*, 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: cfr. D. 25.3.1.1. Sul tema: Lanfranchi, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in dir. rom. 1. L'agere ex Senatusconsulto de partu agnoscendo* (1953); Sciascia, *Il senatoconsulto Planciano sui figli nati dopo il divorzio*, in *Atti Sem. Perugia* (1977) 243 ss.

41.11. Sul *concubinatus*: Volterra, sv. *Concubinato (d. rom.)*, in *NNDI*., con bibl.; Castello, *In tema di matrim. e concubin. nel mondo antico* (1940); Gaudemet, *La décision de Calliste en matière de mariage*, in *Om. Paoli* (1955) 319 ss.; Id., *Union libre et mariage dans la Rome impériale*, in *Iura* 40 (1989) 1 ss.; Tomulescu, *Justinien et le concubinat*, in *Om. Scherillo* (1972) 299 ss.; Rousselle, *Concubinat et adultère*, in *Opus* 3 (1984) 75 ss.; Friedl, *Der Konkubinat im kaiserzeitlichen Rom etc.* (1996). Per le fonti cfr. D. 25.7; CI. 5.26. — Sulla *concezione classica* del *concubinatus* cfr. 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* n. 42.2.2. — La concubina riceveva solitamente la *denominazione* di *pellex* (o «*paelex*», o «*pelex*») e non era considerata generalmente una meretrice, quindi una *infamis* (*retro* n. 24.6.1). Ma la terminologia variò col tempo ed anche, in parte, con i giuristi che la usarono. La concezione prevalente identificava la *pellex* con la convivente (di solito, in altra abitazione) di un uomo sposato, ma la *lex Iulia de adulteriis* usò il termine anche per la convivente di un uomo non sposato, insomma per il corrispondente di colei che i Greci chiamavano παλλακή. Gell. 4.3.3 e Fest. L. 248 sv. «*pellices*» ci informano che una leggendaria *lex Numae* vietava alle *pellices* di toccare l'altare di Giunone, aggiungendo che, se lo avessero fatto, avrebbero dovuto sacridue persone di sesso diverso, che fosse priva del carattere di *matrimonium*, non fosse cioè cementata dall'*affectio coniugalis*. Questa fattispecie acquistò rilevanza giuridica peculiare in relazione alla *lex Iulia et Papia* ed alla *lex Iulia de adulteriis* del 18 a. C. La legislazione *de maritandis ordinibus* dichiarò nulle, come sappiamo, determinate unioni (es.: tra senatori e *libertinae*); la legge *de adulteriis*, riordinando dal punto di vista criminalistico tutta la materia dei rapporti extramatrimoniali, qualificò come *crimina* fortemente puniti e perseguibili davanti ad un'apposita corte di giustizia (*quaestio de adulteriis*) tre tipi di unioni sessuali: *a*) l'«*adulterium*» («adulterio»), cioè l'unione di una donna maritata con uomo diverso dal marito; *b*) l'«*incestum*» («incesto»), cioè l'unione tra parenti e affini; *c*) lo «*stuprum*» («stupro»), cioè l'unione carnale 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 di incerti natali («*obscuro loco nata*»). L'ovvia conseguenza di questa legislazione fu che, quando una unione (non incestuosa) a carattere stabile intervenisse in ipotesi di *matrimonia* nulli o con donne eccettuate dal *crimen* di stupro (donne «*in quas stuprum non committitur*»), nel primo caso non si potesse parlare (per difetto di causa matrimoniale) e nel secondo caso solitamente non si parlasse (per difetto di *affectio maritalis*) che di mero «*concubinatus*». Seguirono più tardi, 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* (appunto come un'unione paramatrimoniale) cui talora si ricorse per evitare le seconde nozze o per aggirare il principio monogamico, quindi per evitare la bigamia.

41.11.1. Più lontano di questa generica qualificazione del *concubinatus*, come unione paramatrimoniale non incriminabile,

---

gliersi i capelli e sacrificare alla dea un agnello femmina (cfr. *FIRA*. 1.11); Festo anzi precisa che ai suoi tempi (sec. II d. C.) si chiamavano promiscuamente *pellices* gli «*aliensis succumbentes, non solum feminae, sed etiam mares*». Paul. D. 50.16.144 è più deciso nell'identificare la *pellex* esclusivamente con la *concubina*, detta anche usualmente «*amica*». Sul tema: Puppe, «*Paelex*» e «*spurius*», in *Om. Magdelain* (1998) 343 ss. — Ipotesi evidente, e sembra frequente, di *fraus legi Iuliae de adulteriis* (e di frode a tutta la legislazione matrimoniale di Augusto) fu il c.d. *lenocinium matronarum*, consistente nella prassi delle matrone di far mostra del mestiere che le rendeva *feminae in quas stuprum non committitur*. Per reprimere l'abuso intervenne, nel 19 d. C., un *SC. de matronarum lenocinio coercendo* (cfr. Tac. *ann.* 2.85.1): Giuffrè, *Un senatoconsulto ritrovato: il «Sc. de m. l. c.»*, in *AAN*. 91 (1980) 7 ss.; Levick, *The Sc. from Larinum*, in *JRS*. 73 (1983) 97 ss.; Buonocore, *Il «senatus consultum» c.d. di Larino: nuove proposte*, in *Panorami* 4 (1992) 291 ss.

41.11.1. Sulla concezione postclassica del *concubinatus* cfr. D. 25.7.3 pr. (Marc.): *In concubinatu potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea* 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 «convivenza di fatto» (anche detta *amore uxorio*), cioè ogni unione durevole, priva di 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 dalla prole derivante da altre unioni extramatrimoniali (che era costituita da «*vulgo concepti*», privi dalla nascita di *pater familias*); vennero qualificati come «figli naturali» («*liberi naturales*») di ambo i concubini e vennero dichiarati «riconoscibili» come *filii in potestate* da parte del *pater* attraverso il nuovo istituto della «legittimazione» («*legitimatio*»). La legittimazione poteva, a sua volta, effettuarsi in tre modi: a) «per successivo matrimonio» tra i genitori («*per subsequens matrimonium*»); b) «per beneficio imperiale» («*per rescrip-*

---

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: Janeau, *De l'adrogation des «liberi naturales» à la légitimation par rescrit du prince* (1947); Luchetti, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo-imperiali e giustinianee* (1990). — Per rendersi conto della legitimatio per oblationem curiae, bisogna aver presente che in età postclassica i *decuriones* municipali (anche detti *curiales*) erano gravati, in cambio di qualche privilegio in materia di pene e di qualche distinzione formale, di oneri finanziari molto pesanti, cui non potevano sottrarsi perché la carica era stata progressivamente resa dagli imperatori ereditaria e irrecusabile: Guarino, *SDR.* n. 243. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni, proprio perché fanno del matrimonio il centro della loro disciplina, ufficialmente ignorano, almeno nella generalità, il fenomeno del «concubinato». Essi non ignorano, peraltro, il fenomeno della «filiazione naturale» (cioè non da matrimonio), al quale dedicano sempre maggiore attenzione, nell'intento di equipararla, nei limiti del possibile, alla «filiazione legittima» (cioè da matrimonio). Sia per il rilievo dato alla filiazione naturale sia per la sempre più vasta diffusione pratica delle «unioni di fatto» tra persone di sesso diverso (alla maniera del matrimonium sine manu romano), una evoluzione nel senso del riconoscimento della c.d. «famiglia di fatto» si va dovunque diffondendo, non tanto sul piano della legislazione (che in alcuni paesi civili è, peraltro, già molto aperta), quanto sul piano della giurisdizione: pur se molto approssimativamente, può dirsi che l'ordinamento in via di attuazione corrisponda, in certo senso, agli sviluppi registrati nel ius privatum romano allorché il matrimonium sine manu venne ad affiancarsi al matrimonium cum manu, anzi a prevalere su di esso. Per quanto specificamente concerne il diritto italiano vigente, l'ostacolo principale ad un'equiparazione delle unioni di fatto al matrimonio è rappresentato dall'a. 29 Cost., ma un segnale positivo è già costituito, in sede giurisdizionale, dal riconoscimento di una obbligazione naturale degli alimenti gravante sul convivente a favore dell'altro (che sia in stato di bisogno) e da qualche altro elemento per ora meno consolidato. Ad ogni modo, sia per i coniugi di fatto sia per i singoli genitori, sono previsti in Italia (analogamente a molti altri stati) gli istituti del «riconoscimento dei figli naturali» (cfr. a. 250-268 c.c.), del provvedimento giudiziale di «accertamento della paternità o maternità naturale» (cfr. a. 269-279 c.c.), e infine della «legittimazione dei figli naturali» in base a susseguente matrimonio dei genitori o in base a provvedimento del giudice (cfr. a. 280-290 c.c.).*

tum principis») impetrato dal padre; *c*) «per offerta alla curia municipale» («*per oblationem curiae*»), la quale ultima si verificava quando il padre iscrivesse il figlio come decurione nelle curie municipali, assegnandogli anche un congruo patrimonio, oppure facesse sposare la figlia con un decurione, assegnandole una congrua dote.

41.12. Il matrimonio poteva essere preceduto dagli *sponsalia* («fidanzamento»), cioè da una «promessa di matrimonio» intervenuta tra i due futuri coniugi, o tra gli aventi potestà sugli stessi, allo scopo di impegnarne uno (generalmente, la donna) o di impegnare ambedue alla conclusione del negozio matrimoniale (sia *cum manu* sia *sine manu*). Le ragioni della promessa stavano di solito nel fatto che si volevano riservare per tempo ad una certa sistemazione coniugale futura persone che non fossero ancora in grado di sposarsi: o per mancanza dell'età matrimoniale minima, o per un *tempus lugendi* da rispettare, o per una sistemazione economica da perfezionare, o per lontananza tra i nubendi, o per altro. A rigore di *ius civile vetus*, gli sponsali erano riversati in una o due stipulazioni reciproche determinative dell'obbligo di pagare una penale per il caso di inadempienza; ma il *ius honorarium*, giudicando sconveniente (*inhonestum*) questo modo di procedere, lo ostacolò e lo fece decadere mediante il ricorso alla *denegatio actionis* o la concessione di un'*exceptio doli* a chi fosse convenuto con l'*actio*

41.12. Sugli *sponsalia*: Gaudemet, *La conclusion des fiançailles romaines à l'époque préclassique*, in *RIDA*. 1 (1948) 79 ss.; id., *L'originalité des fiançailles romaines*, in *Iura* 6 (1955) 47 ss.; Kupiszewski, *Das Verlöbnis im altröm. R.*, in *ZSS*. 77 (1960) 129 ss.; id., *Studien zum Verlöbnis im klass. röm. R.* 1, in *ZSS*. 84 (1967) 70 ss.; Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali in dir. rom.*, in *BIDR*. 40 (1932) 87 ss.; id., *Osservazioni intorno agli sponsali romani*, in *St. Jemolo* (1962) 639 ss.; Biondi, *Dir. rom. crist.* cit. 3.107 ss.; Astolfi, *Il fidanzamento nel dir. rom.*³ (1994). Per le fonti cfr.: D. 23.1; C.I. 5.1. — Definizione in Flor. D. 23.1.1: *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*; Ulp. D. 23.1.2: *Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras*. Il secondo testo mette in luce l'antichità, ormai superata, del ricorso alla *sponsio*, mentre il primo testo non parla, a ben guardare, di *stipulationes*, ma parla di generiche dichiarazioni e promesse. — Per la concezione classica cfr. particolarmente Paul. D. 45.1.134 pr.: ... *inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*. — Per l'orientamento postclassico: Astolfi cit. 147 ss. — Non mancarono i *proxenetae nuptiales*, cioè i sensali di matrimonio, sia in periodo classico sia in periodo postclassico. Mestiere equivoco, ma non illecito (cfr. Sen. de ben. 4.16), che spesso dava luogo anche alla rappresentanza di uno o di ambedue i nubendi (che rimanevano assenti) nella conclusione degli *sponsalia*. Cfr. Ulp. D. 23.1.18. V. inoltre, per qualche cenno: Lang, *Der Ehemaklerlohn. Eine hist. Untersuchung* (1991). — Sull'*arrha sponsalicia*: Volterra, sv. «*Arrha sponsalicia*», in *NNDI*. V. anche *infra* n. 80.2.1 (a proposito dell'*arrha poenitentialis* nella compravendita). — POSTILLA. Sulla «promessa di matrimonio» nel diritto italiano vigente cfr. a. 79-81 cc.

ex stipulatu. Ciò non tolse che l'istituto mantenesse sul piano sociale sempre moltissimo peso, sí che il *ius novum* postclassico gli diede nuovo rilievo giuridico in sede di procedura *extra ordinem*, sopra tutto nell'ipotesi che il fidanzamento (solennemente siglato, di solito, dallo scambio di un bacio tra i due promessi: «*osculo interveniente*») fosse accompagnato dalla cd. «*arrha sponsalicia*», cioè da una «caparra» penitenziale versata dalla fidanzata al fidanzato col patto che, a titolo di pena, sarebbe stata incamerata dal secondo ove la prima si sottraesse all'impegno, mentre sarebbe stata da quest'ultimo restituita nel doppio ove all'impegno fosse lui a sottrarsi.

42. Gli effetti del «matrimonium».

42.1. Nel discorrere degli effetti del *matrimonium iustum* (sempre con particolare riguardo al cd. *matrimonium sine manu*), cercheremo di distinguere, per quanto possibile, tra la concezione dell'istituto secondo il *ius vetus* e quella tendenziale, e in parte difforme, che emerge dal *ius novum* postclassico.

42.1.1. Nella concezione del *ius vetus*, corrente sino a tutto il periodo classico, dal negozio giuridico bilaterale qualificato *matrimonium* (*sine manu*) scaturiva un fascio di effetti e impli-

---

42.1. Sugli effetti del *matrimonium*, oltre alla letteratura già citata *retro* n. 41.1: Bonfante, *Corso* cit. 207 ss. La nostra esposizione differisce da quella consueta alla manualistica in materia, non tanto per i particolari, quanto per il diverso rilievo da noi assegnato al consenso dei coniugi ed alla «affinità» determinata dalla loro convivenza.

42.1.1. Sull'*adfinitas*: Guarino, «*Adfinitas*» (1939); Moreau, «*Adfinitas*». *La parenté par alliance dans la société romaine*, in *Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité romaine* (1990) 3 ss. — L'*adfinitas* tra coniugi, nel *matrimonium sine manu* classico, era un modo largamente diffuso, anche se non l'unico, per designare il rapporto giuridico derivante dalle *nuptiae* e perdurante sino alla morte (o *capitis deminutio*) o sino al *divortium*. Cfr., ad es.: Vat. 262 (Pap. 12 resp.): *Sponsae res simpliciter donatae non interpositis nuptiis non repetuntur. sed et si adfinitatis contrahendae causa donationes factae sunt* [*et nuptias sponsus culpa sua remiserit*,] *aeque non repetuntur* (rell.), dove si dice che sono valide (e quindi irripetibili) non solo le donazioni tra fidanzati in genere, ma anche quelle tra loro intervenute allo scopo specifico di contrarre una futura *adfinitas*, cioè un futuro rapporto coniugale (v. *infra* n. 42.2.4). Contro la sussistenza dell'*adfinitas* tra i coniugi è, peraltro, la dottrina corrente. Le difficoltà che tuttora si sollevano contro la nostra ricostruzione dell'*adfinitas* classica dipendono sia da valutazione critica a nostro avviso insufficiente delle fonti sia (e sopra tutto) dall'errore di credere che il *matrimonium* (*sine manu*) in diritto classico fosse esso stesso un «rapporto» (per di più, come si suole aggiungere, «di fatto»), e non un negozio giuridico (caratterizzato dalla *perseverantia voluntatis*) produttivo di un rapporto (a sua volta, ovviamente, giuridico) variamente denominato (es.: *coniugium*), ma visto anche, se non con esclusività di configurazione, come «*adfinitas*». Se è vero che la sussistenza del rapporto coniugale dipendeva dalla [illegible] del consenso e che la *uxor*, per sottracazioni che non è possibile riversare entro un unico stampo, ma che si ricollegavano ad un «effetto primario» qualificabile, in aderenza a varie e non trascurabili suggestioni provenienti dal linguaggio (anche se non univoco) delle fonti, col termine di «*adfinitas*» («affinità»). Per «*adfinitas*» (che letteralmente indica la coincidenza tra i confini, cioè tra i *fines*, di due entità materiali, come i fondi agrari, le tribù territoriali ecc.) si intendeva, in senso traslato, la contiguità, la propinquità, l'intima corrispondenza intercorrente, finché durasse il *consensus* coniugale e quindi finché il matrimonio durasse (*manente matrimonio*), sia tra i coniugi (con prevalenza liberamente accettata del marito sulla moglie), sia tra le loro famiglie (famiglie di cui ciascuno dei coniugi continuava, in punto di rigore giuridico, a far parte). Questa specie di stretta alleanza, di interconnessione societaria tra marito e moglie e tra ciascuno dei due ed i parenti effettivi (*cognati* compresi) dell'altro era appunto causa di una serie di «effetti riflessi», secondari, indiretti, alcuni dei quali perduranti anche dopo lo scioglimento del matrimonio, che potevano prodursi: *a*) con riguardo ai coniugi; *b*) con riguardo ai loro figli; *c*) con riguardo ai loro parenti.

42.1.2. Dato che nella tendenziale concezione del *ius novum* il *matrimonium* era invece un rapporto, o meglio un complesso di rapporti giuridici scaturenti non più dal *consensus* continuativo, ma dal *consensus* iniziale, quelli che classicamente erano solo «effetti riflessi» furono in età postclassica concepiti come «effetti diretti» del *consensus*, come risultato caratteristico del

---

ponendosi liberamente all'autorità del marito (e forse anche al rispetto dei *sacra* di quello), non perdeva il suo *status* (di persona *sui iuris* o di *filia* della *familia* di appartenenza), deve dedursene che il vincolo di lei (e della famiglia di lei) con il marito non andava oltre i termini di una stretta alleanza, cioè di una *societas*, cioè di una pura *adfinitas*. V. anche *infra* n. 42.4. — L'*adfinitas* tra gli sponsi non fu concepita dalla giurisprudenza classica (cfr. il testo di Papiniano sopra trascritto), ma fu in qualche caso affermata, in coerenza con l'evoluzione dell'istituto degli *sponsalia* (su cui retro n. 42.12), nell'età postclassica. Cfr., ad es. (con riferimento alle *personae exceptae* dal divieto di donazioni smodate posto dalla lex Cincia), Vat. 302 (Paul. 71 *ed.*, *ad Cinciam*): *Excipiuntur et adfinium personae, ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus* [, *vir et uxor, sponsus sponsa*], su cui Guarino cit. 31, 48 s.

42.1.2. Per la concezione postclassica dell'*adfinitas* cfr. 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 coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis*. Il testo non è itp., ma nel discorso originario di Modestino non aveva la portata generale che ha assunto nel *Digesto*: Guarino, «*Adfinitas*» cit. 13 ss. — Conseguenze del *matrimonium* si denomineranno in appresso gli effetti specifici dello stesso, per non dover ogni volta precisare che si trattava di effetti «riflessi» nella concezione più antica e di effetti «diretti» nella tendenziale concezione postclassica.

matrimonium. E siccome il *matrimonium* era ormai considerato come ben più di una *adfinitas* tra marito e moglie, cioè come un «*consortium omnis vitae*», come una «*humani et divini iuris communicatio*» durevole in linea di principio sino alla morte (e risolubile in vita solo eccezionalmente col divorzio), l'*adfinitas* perse rilievo nei rapporti tra i coniugi e fu intesa come una sorta di attenuata ma durevole parentela determinata dal matrimonio tra ciascun coniuge e i *cognati* dell'altro.

42.2. Le conseguenze del *matrimonium* nei riguardi dei coniugi si concentravano in un certo novero di diritti e doveri reciproci e in qualche divieto riconnesso esclusivamente 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*» (mutuo riguardo).

42.2.1. 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*, di due interdetti (*interdicta «de exhibenda ac ducenda uxore»*): *a*) l'uno per ottenergli che gli fosse «esibita» (mostrata) la moglie da chi la ospitasse contro il suo volere (e ciò anche se costui fosse il *pater* della *uxor*); *b*) l'altro per vietare a chi fosse sospetto di volerlo fare che gli venisse sottratta violentemente la moglie dal domicilio domestico.

42.2.2. Nei confronti del marito la moglie era inoltre tenuta alla fedeltà. Quest'obbligo era consuetudinariamente sanzionato,

---

42.2. 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. V. in generale: Gaudemet, *Aspetti comunitari del regime matrimoniale romano*, in *I.* 12 (1961) 1 ss. — Sulla reverentia coniugale: Zanzucchi, *Il divieto delle azioni famose e la «reverentia» tra coniugi in dir. rom.*, in *RISG.* 42 (1906) 3 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* (v. tuttavia: Kretschmar, *Kritik der Interpolationenkritik*, in *ZSS.* 59 [1939] 189 ss.).

42.2.1. Sull'autorità maritale (*sine manu*) cenni già retro n. 39.5. — Per gli *interdicta de uxore exhibenda item ducenda* cfr. 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* (v. retro n. 39.2): il primo esibitorio, il secondo proibitorio (*vim fieri veto*). Cfr. anche CI. 5.4.11; PS. 5.6.15.

42.2.2. Sulla repressione dell'*adulterium*: Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*^{2} (1998) 101 ss., con bibl. — Sulla *lex Iulia de adulte-*

sin dai più antichi tempi, con la reazione familiare dello stesso marito o del suo *pater familias*: reazione ammessa, sino agli estremi dell'uccisione, non solo nel *matrimonium cum manu*, ma anche in quello *sine manu*. Data la sempre più marcata decadenza dell'antico rigore, la *lex Iulia de adulteriis* del 18 a. C. conferì la qualifica di *crimen* (perseguibile con un'apposita «*quaestio de adulteriis*») all'infedeltà della moglie ed alla complicità, nella commissione dell'illecito, del suo amante; anzi dispose che, se il marito non avesse al più presto divorziato dalla moglie e non avesse esercitato contro i due adulteri l'*accusatio adulterii*, l'accusa potesse essere promossa, innanzi alla corte criminale compe-

---

riis coercendis cfr. D. 48.5; C. 9.9. Per la letteratura: Thomas, «*Lex Iulia de adult. coerc.*», in *Ét. Macqueron* (1970) 637 ss.; Mette-Dittmann cit. retro n. 41.7, 33 ss.; Rizzelli, «*Lex Iulia de adult.*» (1997). — Sullo stuprum: Pfaff, sv. «*Stuprum*», in *PW*; Molè, sv. «*Stuprum*», in *NNDI*. — Sull'incestum: Guarino, *Studi sull'«incestum»* (1943), in *PDR*. 7 (1995) 180 ss. — L'uccisione dell'adultera (non del suo amante), attribuita dalla tradizione ad una *lex Romuli*, era una possibilità implicata dalla *potestas* del marito (o del suo *pater familias*), cui l'*uxor in manu* era sottoposta, nonché eventualmente dalla *potestas* del padre (se ancora vivo) cui era sottoposta l'*uxor sine manu*: v. Guarino, *Romolo e l'adulterio* (1992), in *PDR*. 4 (1994) 54 ss. La *lex Iulia* riportò parzialmente in vita l'ormai disapplicata usanza solo allo scopo di esentare dalla pena dell'omicidio il *pater familias* (non anche il marito) che avesse ucciso per impeto di ira la figlia *in potestate* (o anche, nei rari casi in cui sopravviveva la *manus*, la figlia data *in manum mariti*) nelle ipotesi di flagranza e purché con la adultera avesse ucciso anche l'amante: Rabello, *Il «ius occidendi iure patris» della «l. I. de adult. coercendis» e la «vitae necisque potestas» del «paterfam.»*, in *ASG*. (1972) 238 ss.; Albanese, «*Vitae necisque potestas*» e «*l. I. de ad. coerc.*», in *St. Mazzarino* (1980) 5 ss.; Lorenzi, *Pap. Coll. 4.8.1: la figlia adultera e il «ius occidendi iure patris»*, in *SDHI*. 57 (1991) 158 ss.; Lambertini, «*Dum utrumque occidat*» (1992); Guarino, «*Vindicatio incesti iure patris*»?, in *PDR*. 7 (1995) 258 ss. Sempre nell'ipotesi di sorpresa in flagranza, il marito (trattandosi di *matrimonium sine manu*) non poteva invece uccidere la moglie e poteva uccidere l'amante di essa solo se fosse uno schiavo, un liberto o una persona di turpi costumi: cfr. Macer D. 48.5.25 (24) pr. — L'accusatio adulterii poteva essere promossa anche dal *pater familias* della *uxor* adultera. Ove non promossa dal marito o dal padre nei sessanta giorni dal divorzio, era proponibile dal *quivis de populo*, al quale non tanto interessava la buona condotta coniugale di persone a lui estranee, quanto il diritto di ottenere, in caso di condanna, i beni alle stesse espropriati a titolo di pena: Guarino, *SDR*. n. 202. Inutile dire quanto potesse essere fatto *in fraudem legis* da mariti e padri compiacenti, disposti a sopportare per motivi vari il comportamento delle *uxores*, nonché a tacitare con danaro chi si presentasse a sostenere l'accusa. Non va taciuto, a tale proposito, che una *lex Iunia Petronia de adulterii iudicio* intervenne, nel 61 d. C., a privare del diritto all'*accusatio* della moglie adultera il marito che avesse omesso di chiedere l'incriminazione della donna dopo un primo adulterio. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni si sono ormai quasi tutti liberati della tendenza a reprimere come reato (come crimen) l'«adulterio», pur se ad esso molti opportunamente ricollegano conseguenze di responsabilità civile a carico del coniuge adultero. Uno degli ultimi baluardi è stato costituito dal diritto italiano, che ha per lungo tempo punito con pena detentiva l'«adulterio» della sola moglie (cfr. a. 559 c.p.) e il pubblico e sfrontato «concubinato» del marito con altra donna (cfr. a. 560 c.p.): norme dichiarate incostituzionali nei 1968-69. L'opera di civilizzazione è stata portata a termine dalla l. 5 agosto 1981 n. 442, la quale ha abolito la sottoposizione a pena irrisoria del c.d. «omicidio e lesione personale a causa di onore» (a. 587 c.p.), che era il [illegible] giuridico di una repressione dell'adulterio e di altre fattispecie del genere a titolo di [illegible] vendetta privata.*

tente, da chiunque si sentisse di sostenerla con prove adeguate (cioè da un «quivis de populo»). 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.

42.2.3. Addentellato patrimoniale di questa sottoposizione, sia pur attenuata, della moglie (nel matrimonio *sine manu*) al marito era la «*praesumptio Muciana*» («presunzione muciana»), cosí detta perché escogitata dal grande giurista Q. Mucio Scevola (sec. I a. C.). Tutti gli incrementi patrimoniali ottenuti dalla moglie durante il matrimonio (*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*.

42.2.4. Per antichissima tradizione era considerata inammissibile, in costanza di matrimonio (*sine manu*), la «donazione tra coniugi» («*donatio inter virum et uxorem*»), la quale avrebbe potuto troppo facilmente alterare la consistenza patrimoniale sia dell'uno che dell'altro. La vecchia regola, non si sa quanto rispettata dalla società romana (sopra tutto in ordine ai trasferimenti di *res nec mancipi*, e in particolare di danaro contante, che erano oltre tutto assai difficili da provare in sede giudiziaria), comportava la nullità del «*negotium iniustum*» diretto a violarla. Essa acquistò particolare importanza dopo l'emanazione della *lex Iulia et Papia*, potendosi troppo facilmente aggirare, mediante donazioni, l'ostacolo della cd. *incapacitas* successoria

---

42.2.3. Sulla praesumptio Muciana: Donatuti, *La «praesumptio» iuris in dir. rom.* (1930) 15 ss.; Kaser, *«Praesumptio Muciana»* (1956), in *Schr.* 1 (1976) 317 ss. V. anche retro n. 16.4.1. Per le fonti cfr. CI. 5.16.6.1, ma particolarmente Pomp. D. 24.1.51 pr.: *Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro... ad eam pervenisse*. Da notare che le fonti non qualificano mai col termine «praesumptio» l'istituto.

42.2.4. Sul cd. divieto delle donazioni fra i coniugi cfr.: D. 24.1; CI. 5.16. In argomento: Dumont, *Les donations entre époux* (1926); Lauria, *Il divieto delle donaz. fra coniugi*, in *St. Albertoni* 2 (1937) 513 ss.; Aru, *Le donaz. fra coniugi* (1938); Misera, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten* (1974); id., *Der Freundeskauf unter Ehegatten im r. R.*, in *St. Wahl* (1973) 23 ss.; id., *Die Drittwirkung des Schenkungsverbots unter Ehegatten*, in *ZSS.* 93 (1976) 33 ss.; id., *Die Zeugnisse zum Grund des Schenkungsverbots unter Ehegatten*, in *St. Kaser* (1976) 407 ss.; Manto, *Sull'origine del divieto di donaz. tra coniugi*, in *Labeo* 37 (1991) 342 ss.; Guarino, *Trebazio e il caso di Terenzia* (1992), in *PDR.* 5 (1994) 98 ss. V. anche retro n. 23.4.1. — Sull'oratio Severi de coniugibus (*de donationibus inter virum et uxorem*): Giuffrè, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante «conversione» in dir. rom.* (1965) 240 ss. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni hanno abbandonato da tempo il divieto delle donazioni tra coniugi. In Italia esso era ancora sancito dall'a. 781 cc., dichiarato incostituzionale nel 1973.*

sancita a carico dei coniugi senza figli o sposatisi *contra legem*. Solo limitate eccezioni furono ammesse progressivamente dalla giurisprudenza, la quale anzi si indusse a bollare come invalide, per evidente *fraus legi*, le donazioni che i coniugi si facessero (approfittando della riacquistata libertà) durante la parentesi di un divorzio seguito da nuovo loro matrimonio. Un'*oratio Severi* del 206 d. C. giunse opportunamente a dichiarare convalidate le donazioni (con o senza clausola «*mortis causa*») che fossero state contenute nei limiti della *lex Iulia et Papia*.

42.2.5. Se la moglie rubava cose mobili al marito, il derubato non aveva a sua disposizione l'*actio furti*, ma solo una *condictio* (*reipersecutoria*) da esercitarsi comunque a matrimonio disciolto (*soluto matrimonio*). L'azione in parola era eufemisticamente denominata «*actio rerum amotarum*» («azione per appropriazione indebita»). Giustiniano riformò il regime nel senso di ammettere l'esercizio dell'*actio reipersecutoria* solo in costanza di matrimonio, mentre *soluto matrimonio* l'*actio furti* era liberamente esperibile.

42.2.6. A partire da Antonino Pio (138-161 d. C.), se la moglie agiva in giudizio contro il marito, la eventuale *condemnatio* di quest'ultimo era limitata (mediante una *taxatio*), per evitargli la *bonorum venditio* e la connessa *infamia*, all'«*id quod reus facere potest*», vale a dire a ciò che il convenuto fosse in grado di pagare. Il beneficio fu poi esteso, ma solo in età postclassica, anche alla *uxor* convenuta in giudizio dal marito.

42.3. Le conseguenze del *matrimonium* nei riguardi dei figli nati in costanza del matrimonio stesso stavano nel

---

42.2.5. Sull'*actio rerum amotarum* (letteralmente: per «cose asportate»): Wacke, «*Actio rerum amotarum*» (1963); Guarino, «*Res amotae*» (1964), in *PDR.* 7 (1995) 103 ss.; Seidl, *Zur Vorgeschichte der «a. rer. amot.»* in *ZSS.* 92 (1975) 234 ss. — La fattispecie della *res amotae* dalla moglie costituiva appropriazione indebita (di cosa già trovantesi in proprie mani), piuttosto che vero e proprio furto, per il fatto che la moglie aveva in un certo senso anch'essa la detenzione delle cose di proprietà del marito. — Sul *furtum*: *infra* n. 88.4.

42.2.6. Sulla condemnatio limitata tra coniugi cfr. 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: Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*² (1978) 54 ss. V. anche *retro* n. 18.5.3 e *infra* nt. 43.3.3.

42.3. Sulla filiazione: Lanfranchi, *Premesse terminologiche a ricerche sulle azioni di stato nella filiazione* cit.; id., *Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione*, in *St. Albertario* 1 (1953) 739 ss. — Conseguenza della presunzione di nascita in costanza di matrimonio era che, se il figlio fosse nato prima della decorrenza di 182 giorni, egli non era considerato *suus heres* rispetto al *pater*. Così pure il *filius* non era considerato legittimo, ma nato da schiava, se la schiava madre fosse stata manomessa meno di 182 giorni prima della sua nascita.

far derivare dal fatto del loro concepimento la situazione soggettiva di «*filii iusti*» (oggi si direbbe «legittimi»), quindi di figli appartenenti alla *familia* del padre e sottoposti alla *potestas* di lui o del suo *paterfamilias*. Si presumeva concepito durante il matrimonio (*constante matrimonio*) il figlio nato almeno 182 giorni dopo l'inizio della convivenza coniugale e non oltre i 300 giorni dallo scioglimento del *matrimonium*.

42.3.1. L'attribuzione del figlio al padre era implicata a titolo presuntivo 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 (tanto meno) un'azione del figlio non riconosciuto per l'accertamento della sua discendenza genetica dal padre: il *pater*, infatti, in virtù della *potestas* (sua o del suo *pater familias*), avrebbe potuto, almeno teoricamente, anche uccidere il neonato che non intendesse assumere sotto la sua *potestas*. Nell'uso sociale si diffuse la pratica che il *pater* manifestasse la sua conferma della

---

A titolo eccezionale gli imperatori concessero talvolta delle eccezioni dal termine dei 300 giorni: Adriano riconobbe la legittimità di un figlio nato ad una donna di costumi notoriamente onesti 11 mesi dopo la morte del marito (cfr. Gell. 3.16.12). 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 cfr. spec. Ulp. D. 38.16.3.11-12.

42.3.1. Sulla presunzione di paternità: Solazzi, *«Pater is est quem nuptiae demonstrant»* (1956), in *Scr.* 5 (1972) 653 ss.; Lanfranchi, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in dir. rom. 2. La cd. presunzione di paternità*, in PUMO, 1964; id., *D. 2.4.5 «Pater is est...»: «regula» o «definitio»?*, in AG. 175 (1968) 272 ss.; id. *Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in dir. rom. class.*, in *St. Volterra* 4 (1971) 503 ss. La regola «*pater is est* (ecc.)» si legge appunto in Paul. D. 2.4.5. — Sul tollere liberum e sulla «*nominis impositio*», oltre i citati scritti del Lanfranchi: Perozzi, *«Tollere liberum»* (1913), in *Scr.* 3 (1948) 95 ss.; Volterra, *Un'osservazione in tema di «t. liberos»*, in *St. Schulz* 1 (1951) 388 ss., e *Ancora in tema di «t. l.»*, in *Iura* 3 (1952) 216 s.; Lanfranchi, *«Lustratio» e «nominis impositio»*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 384 ss.; Capogrossi Colognesi, *«Tollere liberos»*, in *MEFRA.* 102 (1990) 107 ss.; Santoro, *«Sul t. l.»*, in *Index* 28 (2000) 273 ss.; Guarino, *«T. l.»* (1966), in *PDR.* 5 (1995) 539 s.; id., *«The purloined letter»*, in *Trucioli ecc.* 5 (2000). Per i riti relativi: Köves-Zulauf, *Römische Geburtsriten* (1990). — Sul ius exponendi: *retro* n. 39.2.4. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni, essendo in massima parte molto lontani dalla concezione rigidamente potestativa (sia pur se con potestà riconosciuta a entrambi i genitori) della famiglia, riconoscono non soltanto diritti dei genitori, ma anche (non meno, e forse più) intensi diritti dei figli, tendendo inoltre, come già accennato, ad una quasi completa equiparazione dei figli naturali (salvo alcune comprensibili difficoltà per gli incestuosi) ai figli cd. «legittimi», cioè nati da matrimonio. Indiscutibile, naturalmente, il vecchio principio romano, secondo cui il padre (salvo la prova contraria) altri non è che il marito della madre, e tuttora applicato (salve, qua e là, talune integrazioni suggerite dai progressi della genetica e della medicina) il collegamento presuntivo della paternità ad un minimo aggirantesi intorno ai sei mesi e ad un massimo non superiore ai dieci mesi. Per il diritto italiano vigente cfr. c.c. a. 231-236, nonché a. 244-249 (azione di disconoscimento della paternità e azioni di contestazione o di reclamo di legittimità). V. inoltre retro n. 41.11.1.*

appartenenza del figlio, raccogliendo il neonato tra le sue braccia («*tollere liberum*»): l'astensione da questo atto (se ed in quanto la scena fosse stata concretamente preparata) valeva come disconoscimento della paternità (o come esercizio del *ius exponendi* del neonato).

42.4. Le conseguenze del *matrimonium* nei riguardi dei parenti dei coniugi furono principalmente due e furono l'una e l'altra chiaramente dettate da ragioni di convenienza sociale in qualche modo connesse, particolarmente in età postclassica, alle analogie tra *adfinitas* e *cognatio*. In primo luogo, il *paterfamilias* della moglie, se convenuto in giudizio dal marito suo genero a causa dell'inadempimento della *dotis promissio*, cioè dell'obbligazione assunta *ex stipulatu* di pagare una certa dote, ottenne, per opinione dominante della giurisprudenza, il beneficio di essere condannato (in forza di una *taxatio*) entro e non oltre i limiti delle sue possibilità economiche («*in id quod facere potest*»), per modo da poter evitare la eventuale *bonorum venditio* e l'*infamia* ad essa conseguente. In secondo luogo, anche qui (sembra) per dilagante opinione giurisprudenziale, tra ciascun coniuge e i parenti in linea retta dell'altro fu considerata inammissibile, e pertanto nulla, ogni unione matrimoniale futura, cioè successiva allo scioglimento del *matrimonium* tra i due primi coniugi.

42.4.1. La invalidità del «matrimonio tra un ex-coniuge ed i parenti in linea retta dell'altro (suoi *adfines*)» merita qualche

---

42.4. Sulla condanna del suocero *promissor dotis* all'«*id quod facere potest*»: Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*² cit. 67 ss., con bibl. V. anche retro n. 36.5.3. Il beneficio (probabilmente valevole anche per l'ipotesi della *dotis dictio*) era riconosciuto al *paterfamilias* (anche se non *cognatus*) e poteva essere invocato, per diritto classico, solo se la dote fosse richiesta giudiziariamente dal marito in costanza di matrimonio: cfr. Lab.-Paul. D. 23.3.84. Dopo lo scioglimento del matrimonio era discusso (con tendenza alla risposta negativa) se il beneficio ancora valesse. — Che vi fosse un rapporto di *adfinitas* tra i coniugi, almeno secondo i giuristi classici, traluce (a prescindere da altre fonti su cui sorvoliamo) proprio dal citato D. 23.3.84 (Lab. 6 *pith. a Paul. epit.*): *Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. Paulus: immo quod ad socerum attinet semper hoc verum est: ceterum si manente adfinitate dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur* (ecc.). Come si vede, Labeone escludeva in linea generale l'ammissibilità della condanna limitata del *promissor dotis*, mentre Paolo la escludeva anch'egli per l'*extraneus*, ma l'ammetteva a favore del suocero convenuto dal marito «*manente adfinitate*» (in costanza di *adfinitas*): dato che l'*adfinitas* tra ex coniugi e suoceri era operativa anche *soluto matrimonio* (v. *infra* n. 42.4.1), sembra evidente che Paolo, per indicare la sussistenza del matrimonio, parli in questo testo di «costanza di *adfinitas*» tra i coniugi. Ciò conferma quanto detto retro n. 42.1.3.

42.4.1. Sul regime classico dell'invalidità matrimoniale tra affini cfr., per tutti, Gai 1.63: *item amitam* (zia paterna) *et materteram* (zia materna) *uxorem ducere non licet. item eam quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. ideo autem diximus «quondam», quia si adhuc constant* censo di ulteriore chiarimento. Nel seno del *ius vetus* preclassico e classico, la regola si affermò progressivamente per estensione del principio di esogamia, cioè del divieto delle nozze tra *cognati*, e limitatamente ai casi pratici di gran lunga più frequenti: quelli delle unioni tra suocero e nuora, tra suocera e genero, tra patrigno e figliastra, tra matrigna e figliastro. La evidente sconvenienza sociale di unioni siffatte, tra persone che avessero più o meno lungamente rivestito un ruolo analogo a quello dei genitori e, rispettivamente, dei figli, indusse sempre più fermamente a considerare quelle unioni come «nefaste e incestuose» (*nefariae et incestae*) alla guisa stessa, o quasi, delle unioni tra genitori e figli di sangue. Il *ius novum* postclassico si spinse più in là, proclamando a maggior ragione scandalosi, e quindi invalidi, i matrimoni tra un coniuge ed i *cognati* dell'altro coniuge sino all'ultimo grado giuridicamente rilevante (il settimo) della cognazione in linea retta. Anzi l'*adfinitas* venne, sia pure in modo incerto e nebuloso, equiparata in ogni senso alla *cognatio* (compresa quella in linea collaterale) e fu estesa anche alle relazioni tra fidanzati e loro parenti.

43. IL REGIME PATRIMONIALE DEL «MATRIMONIUM».

43.1. Principio fondamentale del *matrimonium* romano fu che gli *onera matrimonii*, cioè gli oneri economici da esso

---

eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere. Gaio, che si pone nei panni del coniuge maschio, parla della impossibilità di condurre a nozze quelle che, *manente matrimonio*, fu («*quondam*») la suocera, la nuora, la figliastra, la matrigna; il fatto che non si riferisca genericamente a tutte le *adfines* implica che per lui il catalogo è chiuso con quelle quattro figure. — Sull'inasprimento postclassico: Guarino, *Adfinitas* cit. 85 ss. — Sulla cognatio: retro n. 15.6.4. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni, anche per l'influenza profonda su molti esercitata dal diritto canonico, conferiscono una certa rilevanza all'«affinità», intesa come correlazione tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge. Per il diritto italiano vigente cfr. c.c. 78, 87 (impedimento di matrimonio), 433 (obbligo degli alimenti) ss.*

43.1. 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.J.], *Zur Stellung der Frau im klass. röm. Dotalrecht*, in *ZSS.* 53 [1933] 360 ss.). In generale: Csillag, *I rapporti patrimoniali fra coniugi all'epoca di Augusto*, in *Om. Volterra* 4 (1971) 313 ss.; García Garrido, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil* 1. *La tradición romanística* (1982). — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni (è bene avvertirlo sin d'ora) tendono, in prevalenza, a lasciare ai coniugi la libertà di pattuire il regime patrimoniale del matrimonio: altrimenti vige il sistema cd. della «separazione dei beni» (il quale non significa, peraltro, che il coniuge senza mezzi economici, e così pure la famiglia tutta, non abbia il diritto, per una ragione o per l'altra, di reclamare il suo «mantenimento», o quanto meno gli «alimenti» strettamente necessari, dal coniuge fornito di mezzi o di guadagni). Nel diritto italiano vigen-*

derivanti (mantenimento della moglie e dei figli), 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 staccava definitivamente dalla propria *familia* entrando a far parte di quella del marito. Nel *matrimonium sine manu* il principio rimase fermo, pur restando la *mulier* (se già non fosse *sui iuris*) partecipe della propria *familia* originaria e divenendo eventualmente essa, con lo scioglimento di quest'ultima, soggetto giuridico con proprio patrimonio autonomo. I beni dell'*uxor sine manu* erano, insomma, considerati in regime di «separazione» da quelli del marito e sottratti alla destinazione familiare.

43.2. Per agevolare il marito nella sopportazione degli *onera matrimonii*, sorse però sin da epoca molto risalente la consuetudine sociale di attribuirgli a questo scopo la *dos* («dote»), cioè un piccolo capitale che entrasse a far parte del patrimonio suo o del suo *pater familias*, congruamente rafforzandolo. Probabilmente contribuì alla formazione della prassi dotale anche il fatto che nel *matrimonium cum manu*, ove la moglie fosse già *mater familias*, il suo patrimonio diveniva automaticamente, con la *conventio in manum*, parte integrante del patrimonio maritale: dato che lo stesso effetto era escluso dal *matrimonium sine manu*, la *dos* valse a determinarne il surrogato.

---

te, dopo un lungo periodo di adozione del sistema della separazione dei beni e di preferenza per il regime pattizio della «dote», è stato adottato, sul modello francese, il regime legale (operante cioè ipso iure, salvo diversa convenzione tra i coniugi) della «comunione dei beni» (più precisamente dei beni e proventi acquistati, da uno o da entrambi, dopo la costituzione del matrimonio): cfr. a. 159-230 bis c.c. (dai quali l'istituto della dote è addirittura vietato (a. 166 bis), mentre sono introdotti due altri istituti: il «fondo patrimoniale» destinato particolarmente ai bisogni della famiglia (a. 167-171) e l'«impresa familiare» (a. 230 bis)).

43.2. Sul concetto e sull'evoluzione della *dos* sono tuttora fondamentali le trattazioni di: Bechmann, *Das röm. Dotalrecht* 1 (1863), 2 (1867); Czyhlarz, *Das röm. Dotalrecht* (1870). V. inoltre: Lauria, *La dote romana*, in ANA. 1937, e *Matrimonio-Dote* cit.; Wacke, *Zur Funktion und Gefahrtragung bei der römischen Mitgift*, in T. 43 (1975) 241 ss. Principali fonti sopr.: D. 23.3 (*de iure dotium*), 4 (*de pactis dotalibus*), 5 (*de fundo dotali*); C.I. 5.11, 12, 13, 14, 15, 18, 20, 22, 23. — Il termine *dos* è etimologicamente connesso con «do», «dono» (Varro de l. L. 5.175; Fest. L. 60 sv. «*dotem*»). Alla espressione *dos* si affiancò, in epoca recente, quella di «*res uxoria*», che indicava specialmente il patrimonio dotale 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. Gérardin* [1907] 1 ss.), e a Giustiniano dall'Albertario (*La connessione della dote con gli «onera matrimonii»*, in *RIL*. 1925); ma *contra*: Bonfante, *Corso* cit. 385 ss. — La *mulier in manu*, quando si sottoponeva alla *manus* provenendo dalla condizione di *sui iuris*, trasferiva inevitabilmente al marito (o al suo *paterfamilias*) tutto il proprio patrimonio. Per poter limitare la *dos* ad una parte soltanto dello stesso, essa trasferiva presumibilmente la proprietà del resto a persona di fiducia, ricorrendo appunto ad una *mancipatio fiduciae causa* (su cui v. *infra* n. 74.3).

43.2.1. La *dos* poteva essere costituita: *a*) dal *pater familias* della donna *alieni iuris*, onde si diceva «*dos profecticia*» (cioè «*a patre profecta*», proveniente dal *pater*); *b*) dalla moglie *sui iuris* con l'apporto di propri cespiti patrimoniali; *c*) da un terzo interessato alla buona riuscita del *matrimonium* (nel qual caso le scuole postclassiche parlarono di «*dos adventicia*», sopravveniente da un estraneo). Non esisteva un obbligo giuridico, per il *pater* o per la *mulier sui iuris*, di costituire la dote, ma la costituzione della dote rappresentava, quando fosse concretamente possibile, un dovere sociale e morale. L'obbligo diventò giuridico, almeno in linea di principio astratto, solo in diritto postclassico, ragion per cui si parlò di «*dos necessaria*».

43.2.2. La costituzione della dote poteva, a sua volta, essere fatta: *a*) mediante «*dotis dictio*» («pronunzia di dote»), dichiarazione negoziale solenne attributiva di un diritto di credito al marito quanto al patrimonio dotale («*dotem tibi dico sestertium*

43.2.1. È stato sostenuto (v. Albertario, «*Dos profecticia*» e «*dos adventicia*», in St. 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; Nov. 97.5; CI. 5.12.14 itp.; D. 23.2.19 e D. 37.6.6 itpp.), v. 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 praticamente il *pater* a dotare la figlia. Va tuttavia ribadito che il sistema dotale riflette l'assetto economico di uno strato sociale certamente molto ristretto: quello delle famiglie aventi i mezzi per dotare le proprie figlie.

43.2.2. 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. Su tutto ciò: *infra* n. 70.3. — Per taluni modi di dotis datio cfr.: D. 23.3.5; D. 23.3.43 pr.-1. Sul tema: Ankum, *Un cas de «traditio dotis» dans un texte de Julien (D. 23.3.46 pr.)*, in *RIDA*. 23 (1976) 77 ss. — Nella dotis promissio (su cui *infra* n. 72.2) «*promisit*» 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: Archi, *Dote e donazione nel dir. rom.*, in St. Albertario 2 [1953] 233 ss.). — Sul cd. pactum dotis (CTh. 3.13.4 [a. 428]: *ad constitutionem dotis... qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta*): 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: Arù, *Osservazioni sulla promessa generica di dote in dir. rom.*, in *SSA*. 1935; Solazzi, *Il «debitor parentis» nella «dotis dictio»* (1900), e *«Favor dotis»* (1959), in *Scr.* 6 (1972) 536 ss., 684 ss.; Gallo, *Alcuni spunti nell'interpretazione di C. 5.11.1*, in St. Volterra 4 (1971) 575 ss.; Streicher, *«Periculum dotis»* (1973); Resina, *Los intereses de la dote*, in *RIDA*. 23 (1976) 203 ss.; Rohle, *«Relegare dotem»*, in *ZSS*. 94 (1977) 306 ss.

milia tot», oppure «*doti tibi erunt sestertium milia tot*»); *b*) mediante «*dotis datio*» («dazione di dote»), negozio o complesso di negozi valevoli a trasferire concretamente al marito i diritti sulle *res dotales* (*mancipatio* o *in iure cessio* delle *res mancipi*, costituzione di diritti assoluti reali in senso improprio, *traditio* delle *res nec mancipi*, cessione dei crediti ecc.); *c*) mediante «*dotis promissio*» («promessa di dote»), cioè mediante negozio di *stipulatio* da cui scaturiva un credito del marito relativamente ai cespiti dotali («*spondesne mihi dari centum dotis causa? spondeo*»). In età postclassica divenne atto tipicamente costitutivo di dote il «*pactum dotis*» privo di forme, ma sottoposto, per gli importi più rilevanti, a iscrizione nei pubblici registri.

43.3. 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 perseguibile se non la impiegava effettivamente *ad onera matrimonii ferenda*. Né il marito era tenuto, sempre *iure civili*, a rendere la dote al costituente (oppure ad assegnarla alla moglie) in caso di scioglimento del matrimonio: ciò a meno che si fosse esplicitamente impegnato alla restituzione mediante una promessa *ex stipulatu* resa al costituente («*cautio de dote restituenda*»), nel qual caso si parlava di «*dos recepticia*».

43.3.1. Contro questo regime originario e contro la sua eccessiva rigidità reagì, sin dall'età preclassica, il pretore romano,

---

43.3. L'efficacia della costituzione della dote era subordinata alla validità *iure civili* del matrimonio (Paul.-Ner. 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 *dotis datio*) potevano essere reclamate con *condictio*, ma il costituente poteva chiederne il ritrasferimento solo se il matrimonio fosse stato esplicitamente previsto come condizione sospensiva (Ulp. D. 23.3.7.3 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], in *Scr.* 6 (1972) 511 ss.

43.3.1. In ordine alla restituzione della dote va 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. 33.2. Quando (dalla fine del III sec. a. C.: Gell. 4.3.1-2) i divorzi senza colpa della moglie cominciarono a moltiplicarsi, si provvide a che il marito assumesse l'obbligo di restituzione col sistema delle «*cautiones de restituenda*» prestate all'atto della costituzione (Afr. D. 23.4.19; Solazzi, *La restituzione della dote in dir. rom.* [1899] 164 ss.). — Solo 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, rec. in *Iura* 20 (1969) 688 ss.) nella cui formula ricorrevano le parole «*quod eius melius aequius erit*», ma la cui natura di *iudicium bonae fidei* è contestata (Gai 4.62 e v.: Lenel, *EP*^{3} 305 ss.; Magdelain, *Le consensualisme dans l'Édit du préteur* [1958] 90 ss.). Per la regola che la giurisprudenza venne stabilendo intorno all'*actio rei uxoriae* cfr. spec. Ulp. 6.6, 7. Sul tema: 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. con bibl.; id., *In tema di* introducendo in via generale un'«*actio rei uxoriae*» («azione del patrimonio dotale») intesa alla restituzione del patrimonio dotale (la «*res uxoria*») quando il matrimonio fosse sciolto. A tal proposito erano da distinguere tre ipotesi: *a*) se lo scioglimento era dipeso da divorzio, l'azione era esercitata dalla stessa moglie *sui iuris*, ovvero, trattandosi di moglie *alieni iuris*, dal *pater familias* di lei, ma con il suo specifico assenso (*pater* «*adiuncta filiae persona*»); *b*) se lo scioglimento era dipeso da morte del marito, valevano le stesse regole, ma con l'avvertenza che, ove il marito avesse lasciato alcunché alla moglie nel testamento, la moglie (o per lei il *pater*) non poteva ottenere sia il lascito sia la dote, ma aveva la scelta tra l'uno e l'altra («*edictum de alterutro*»); *c*) se lo scioglimento del matrimonio era dipeso da morte della moglie, l'azione per la restituzione spettava al *pater familias* di lei, ma solo nei limiti della *dos profecticia*, mentre la dote *non a patre profecta* rimaneva al marito.

43.3.2. Nelle ipotesi ora indicate, il marito (o il suo *pater familias*) non era comunque tenuto a privarsi di tutte le *res dotales*, ma doveva solo prestare «ciò che fosse più conveniente e più equo» («*quod melius aequius erit*»): l'azione *rei uxoriae*, infatti, se pur non era un vero e proprio *iudicium bonae fidei*, era fortemente analoga ai *bonae fidei iudicia*. Il giudice aveva quindi il potere di stabilire volta per volta la giusta entità delle *res dotales* da restituire.

43.4. La giurisprudenza preclassica e classica formulò, in sede di applicazione pratica dell'*actio rei uxoriae*, un vero e pro-

---

convenzioni dotali, in *BIDR*. 62 (1959) 127 ss.; Seidl, *Zur Vorgeschichte der «exceptio non numeratae dotis»*, in *St. Kaser* (1976) 609 ss. — Circa l'edictum de alterutro (C.I. 5.13.1.3a; Lenel, *EP*³ 308), va precisato che il problema della scelta non si poneva allorché la disposizione testamentaria fosse proprio un *legatum dotis* (avente ad oggetto i beni dotali, e quindi da non confondere con il *legatum pro dote* di cui sopra: Solazzi, *La restituzione* cit. 374 ss.).

43.3.1. 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 eius melius aequius 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»* [1949], in *Scr.* 1 [1966] 543 ss.; Söllner cit. 137 ss.). A noi peraltro non sembra che potesse parlarsi di un «*oportere reddere*», 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 «*dotis repromittere*»). — Il marito convenuto con l'*actio rei uxoriae* aveva il beneficio della condemnatio in id quod facere potest: Guarino, *La condanna* cit. 55 ss. V. retro n. 36.5.3 e n. 42.2.6.

43.4. Per i principi giurisprudenziali e magistratuali in ordine alla restituzione della dote, su esposti, cfr. rispettivamente: Ulp. 6.4; Iav. D.

prio stabile regime della restituzione della dote (più precisamente, della «reintegrazione della dote»), concretantesi essenzialmente in quattro principi: *a*) le *res* infungibili ricevute in dote erano da restituirsi all'atto stesso dello scioglimento del matrimonio; *b*) le *res* fungibili potevano essere, invece, restituite in tre rate annuali («*annua, bima, trima die*»); *c*) il marito non era responsabile della mancata o parziale restituzione delle *res* infungibili distrutte o danneggiate senza suo *dolus*, salvo che, ricevendo le cose stesse dal costituente, non avesse espressamente dichiarato di considerarle per il loro valore (*aestimatio*), anziché per la loro individualità, con ciò obbligandosi a restituire in ogni caso il controvalore della dote («*aestimatio dotis*»); *d*) il marito aveva, infine, in certe determinate ipotesi, il diritto ad una parziale «*retentio*» («ritenzione») della *dos*: talora nel senso di poter restituire qualcosa meno del dovuto, talora invece nel senso di poter trattenere qualche oggetto dotale sinché non gli fosse stato dato quanto dovutogli. Le ipotesi di questa cd. «*retentio dotis*» furono, più precisamente, le seguenti cinque.

43.4.1. «*Retentio propter liberos*» (per i figli). Sciogliendosi il matrimonio per morte della moglie, il marito poteva trattenere il quinto delle *res dotales* per ciascun figlio; sciogliendosi il matrimonio per divorzio determinato da colpa della moglie, il marito poteva trattenere un sesto delle *res dotales* per ciascun figlio. Naturalmente, il diritto di *retentio* andava esercitato entro il limite massimo della dote.

43.4.2. «*Retentio propter mores*» (per il comportamento della moglie). Sciogliendosi il matrimonio per divorzio causato da cattivo comportamento della moglie, il marito aveva la scelta tra: *a*) l'agire contro la moglie con un «*iudicium de moribus*» (giudizio inteso ad ottenere una condanna pecuniaria della moglie per la sua condotta riprovevole); *b*) il chiedere forfettariamente la restituzione («*repetitio*», da non confondersi con la vera e propria *retentio*) di un sesto del patrimonio dotale nella ipotesi di comportamento particolarmente grave («*mores gravio-*

24.3.66 pr. — Sull'aestimatio dotis: Volterra, *In tema di «aestimatio dotis»*, in *RIL.* 1933; Burdese, *«Aestim. d.»*, in *St. Betti* 2 (1962) 167 ss.; Cabonge, *«Aestim. d.»*, in *AHDE.* 35 (1965) 5 ss.; Arias, *D. 20.4.9.3 etc.*, in *St. Grosso* 2 (1968) 13 ss. Cfr. 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 59; D. 41.9.2. — Sul fenomeno, in generale, della retentio: Nardi (E.), sv. *Ritenzione (d. rom.)*, in *NNDI.*

43.4.1. Per la *retentio propter liberos* cfr. Ulp. 6.4-5 e 10, su cui: Nardi, *Studi sulla ritenzione in dir. rom.* 1 (1947) spec. 146 ss.

43.4.2. Per la retentio propter mores cfr. Ulp. 6.12, su cui: Wolff (H.), *Das «iudicium de moribus» und sein Verhältnis zur «actio rei uxoriae»*, in *ZSS.* 54 (1934) 315 ss.; Cremades e Paricio, *«Dos et virtus»* (1983) 39 ss.

res»), di un ottavo nell'ipotesi di comportamento frivolo ma non grave («*mores leviores*»).

43.4.3. «*Retentio propter impensas*» (per le spese sostenute). 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*»).

43.4.4. «*Retentio propter res donatas*» (per le cose donate). 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.

43.4.5. «*Retentio propter res amotas*» (per le cose sottratte). 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 direttamente la *retentio* del controvalore delle cose sottrattegli. La *retentio* poteva farsi valere dal marito 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*.

43.5. Nel *ius novum* postclassico il regime della *dos* subì progressivamente una radicale evoluzione, sopra tutto a ti-

---

43.4.3. Per la *retentio propter impensas* cfr. D. 25.1 e Ulp. 6.15, 16, 17, su cui: Levy (J.-Ph.), *Les impenses dotales en dr. rom. class.* (1937); Latorre, «*Voluntas mulieris» y reembolso de las impensas útiles dotales*, in *Iura* 5 (1954) 209 ss.; Gnieri, *La restituz. della dote e le spese utili*, in *Labeo* 3 (1957) 245 ss. Per le spese necessarie: Schulz, «*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*», in *ZSS.* 34 (1914) 57 ss.

43.4.4. Per la *retentio propter res donatas* cfr. Ulp. 6.9 e D. 24.3.15.1, su cui: Siber, «*Ret. propter res don.*», in *St. Riccobono* 3 (1936) 245 ss.

43.4.5. Per la *retentio propter res amotas*: Wacke, «*Actio rerum amotarum*» cit.; Guarino, «*Res amotae*» cit.

43.5. Contro la *communis opinio*, secondo cui il principio «*quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*» formulato in D. 23.3.75 sarebbe spurio, si è espresso Iglesias, *Derecho romano* 542 nt. 118 (v. 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». Sul punto: Guarino, *Giusrom. elementare* cit. 111 ss. — La concezione postclassico-giustinianea, in forza della quale il marito aveva una sorta di usufrutto sui beni dotali, che sarebbero dunque appartenuti alla moglie, è espressa chiaramente in una costituzione giustinianea del 529 in C. 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 nemi-*

tolo di sviluppo del principio che la *dos* doveva essere «restituita» 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*.

43.5.1. 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 della stessa 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* specifiche e sancendo in tal caso il principio della *compensatio*.

43.6. Altro tipo di regolamento patrimoniale del *matrimonium* era quello della donazione obnuziale, un istituto che

---

nam creditores 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 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 (v.: Archi, *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*, in *St. De Francisci* 1 [1956] 297 ss.). Cfr. spec. la Nov.Th. di Valentiniano 35.9 del 452 (su cui: Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* [1891] 248 ss.). Sul tema: Caria, *Azioni reali per la restituz. della dote in età giustinianea*, in *St. Provera* (1994) 203 ss.

43.5.1. Per le riforme di Giustiniano in tema di dote, alle quali si è accennato nel testo, cfr. spec.: CI. 5.13.1.2; CI. 5.13.1.7a; CI. 8.17.12; CI. 5.12.30; D. 50.16.79 itp.; Nov.I. 117.8, 13; Nov.I. 98.1. — Giustiniano dispose anche che i beni immobili dovessero essere restituiti 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. Sul punto, in generale: Tripiccione, *L'«actio rei uxoriae» e l'«actio ex stipulatu» nella restituz. della dote secondo il dir. di Giustiniano* (1920). — Sulla compensatio: *infra* n. 68.5.

43.6. Sulla donazione obnuziale: Vaccari, *Dote e donazione nuziale nell'ultima età romana*, in *CF* (1933) 251 ss.; Anné, *Les rites des 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.; Kupiszewski, *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel dir. rom. class.: «dos» e «donatio»*, in *Iura* 29 (1978) 114 ss. Sulle origini orientali dell'istituto, v. spec.: Vismara, *La donazione nuziale nel dir. cbr. e nelle fonti cristiane in relazione al dir. rom. postclass.*, in *Cristianesimo e dir. rom.* (1925) 295 ss. Circa la naprese cittadinanza nel diritto romano solo in età postclassica. In tale epoca andò infatti diffondendosi l'usanza, di provenienza orientale, che prima del matrimonio il fidanzato donasse alla fidanzata un *quid* che questa aveva il diritto di tenere per sé nelle ipotesi: che egli non mantenesse il suo impegno; che il successivo matrimonio si sciogliesse per premorienza del marito o per divorzio causato da colpa di lui. L'istituto della «*donatio ante nuptias*» del fidanzato (da non confondere con quello delle *arrhae sponsaliciae* della fidanzata) 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 a fare altresì la donazione nuziale per il figlio, ed in più 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*».

43.7. A prescindere dalla dote, poteva darsi, ovviamente, che la moglie (beninteso, nel *matrimonium sine manu*) avesse un suo patrimonio personale, sottratto ad ogni intervento del marito. Più spesso però avveniva che essa, pur non avendo un consistente patrimonio, ricevesse (dal padre o da altri) un piccolo appannaggio in beni mobili (gioielli, vesti, limitate quantità di danaro) da utilizzare per le sue personali necessità: *bona extra dotem* o *praeter dotem*, detti anche alla greca *parapherna* (da παρά e φερνή). Su tali beni parafernali la donna *sui iuris* aveva i poteri del proprietario, ma questioni giuridiche sorgevano in ordine all'ipotesi che essa affidasse i beni stessi alla custodia del marito o li trasferisse (limitatamente alla durata del matrimonio) 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* per la restituzione.

---

tura della donazione obnuziale, si legga in CI. 5.3.20.3: *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; Nov. 2.3; Nov. 61; Nov. 119.1; Nov. 127.2.

43.7. Per la terminologia di *bona extra dotem* cfr. D. 39.5.31 e Vat. 254. — Per il sostantivo *parapherna* cfr. 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 vari problemi che presenta l'istituto: Castelli, *I παράφερνα nei papiri greco-egizi e nelle fonti romane*, in Scr. (1923) 1 ss.; Garcia Garrido, «Ius uxorium» cit. 31 ss.; Gerner, *Beiträge zum Recht der Parapherna* (1954); Modrzejewski, *Zum hellenistischen Ehegüterrecht im griechischen und römischen Aegypten*, in ZSS. 87 (1970) 50 ss.; Talamanca, *Gli apporti patrimoniali della moglie nell'Egitto greco e romano*, in Index 2 (1971) 240 ss.

43.7.1. Il *ius novum* postclassico: dapprima confermò il principio che il marito non dovesse ingerirsi nella amministrazione delle *res* parafernali, se non ne avesse avuto esplicita autorizzazione; ma poi, con Giustiniano, finì per stabilire che al marito spettasse sempre l'amministrazione dei *parapherna*, sebbene questa non gli competesse in qualità di marito, ma a titolo di rappresentante della moglie. Giustiniano volle inoltre che anche i beni parafernali contribuissero *ad onera matrimonii ferenda*, ponendo con ciò 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 nell'eventualità che le sostanze del marito non fossero sufficienti.

43.7.1. Circa l'amministrazione dei beni parafernali cfr. la costituzione di Teodosio e Valentiniano in CI. 5.14.8 cit. (a. 450). Il regime giustinianeo 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. A tal proposito, molto interessanti sono le notazioni che si leggono in Arangio-Ruiz, Ist. 463 e n. 2, ove l'analisi del materiale papirologico del sec. VI d. C. (cfr., in particolare, *FIRA.* 3 n. 258) induce l'autore ad escludere che i documenti a noi pervenuti rappresentino soltanto casi isolati.

CAPITOLO VIII

I RAPPORTI ASSOLUTI PARAFAMILIARI

SOMMARIO: 44. I rapporti assoluti parafamiliari. — 45. La *tutela impuberum*. — 46. La *tutela mulierum*. — 47. Le curatele. — 48. La *cura minorum*.

44. I RAPPORTI ASSOLUTI PARAFAMILIARI.

44.1. I rapporti assoluti parafamiliari del *ius privatum* furono quelli aventi ad oggetto le persone *sui iuris* quando fossero incapaci di agire: *impuberes*, *mulieres*, *furiosi*, *prodigi*, *minores* e altri minorati. Si trattò di «rapporti assoluti», perché, sopra tutto nella struttura originaria, si traducevano in vere e proprie *potestates* sugli incapaci, non diverse, almeno in linea di massima, dagli altri diritti *erga omnes* derivati 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 avvenne per i rapporti assoluti familiari, ma non sparirono mai del tutto. Per rendersene conto è particolarmente opportuna una breve rimeditazione della complessa evoluzione storica degli istituti in esame.

44.2. Nel sistema del *ius Quiritium*, l'incapacità di agire era sicuramente ravvisata negli *impuberes*, nelle *mulieres* e

---

44.1. Sulle persone sui iuris incapaci di agire: retro n. 29.2-3. Anche se la dottrina non usa ravvisare (o sottolineare) l'inquadramento della *tutela* e della *cura* tra i rapporti giuridici assoluti, essa però è pressoché unanime nell'includere la trattazione relativa nel cd. «diritto di famiglia» e nel parlare di «poteri» (anche se assai più fievoli della *patria potestas*) dei tutori o dei curatori *impuberes*, *mulieres* e via dicendo (sopra tutto per le origini).

44.2. La ricostruzione del regime quiritario è, ovviamente, del tutto indiziaria. A prescindere dai cenni di dimostrazione contenuti nel testo, v. per magnei *furiosi*, ma non aveva configurazione giuridica autonoma. Gli incapaci di agire, anche se esenti da subordinazione al *pater familias*, erano infatti parificati, nelle valutazioni semplicistiche di quell'età primitiva, ai giuridicamente incapaci, ed erano pertanto dei pari sottoposti al *mancipium* di un soggetto capace di agire: soggetto che, in mancanza di specifica designazione del *paterfamilias* defunto, era un *adgnatus* (collaterale) di quest'ultimo o subordinatamente un *gentilis*. Porta a supporto l'induzione evoluzionistica. Ed infatti: *a*) quanto agli *impuberes*, si sa che in tempi storici il cd. sostituto pupillare (*substitutus pupillaris*) era generalmente considerato erede del *testator* e non dell'impubere, il che fa pensare che gli *impuberes* fossero anticamente incapaci di succedere al loro *pater familias*; *b*) quanto alle *mulieres*, si sa di sicuro che esse erano in antico carenti della capacità di testare, il che parimenti può spiegarsi solo pensando ad una loro originaria incapacità giuridica; *c*) quanto ai *furiosi*, l'incapacità di testare sussisteva ancora nei cd. 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*.

44.3. 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.

---

giori approfondimenti: Guarino, *La «lex XII tabularum» e la «tutela»* (1948), *Il «furiosus» e il «prodigus» nelle «XII tabulae»* (1949), in *PDR.* 4 (1994) 146 ss., 154 ss. *Contra*, quanto al *furiosus*: Diliberto, *Studi sulle origini della «cura furiosi»* (1984); ma v. Guarino, *Variazioni sul tema di Maffredo* (1989), in *PDR.* 4 (1994) 165 ss. — Sulla substitutio pupillaris: *retro* n. 28.5.

44.3. Della incapacità giuridica della mulier nel diritto delle origini rimane una significativa traccia, sec. Falcon, in Gai 1.115a, là dove Gaio parla della *tutela fiduciaria* (*infra* n. 46.b): *Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio; tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent. sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.* Il testo rievoca un'epoca antichissima, peraltro successiva a quella della assoluta incapacità di testare delle *mulieres*, nel corso della quale si 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*.

44.3.1. È probabile che la legislazione decemvirale non contenesse prescrizioni specifiche relativamente alle *potestates* sugli «*impuberes*» 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, e cioè: *a*) o la *potestas* era assegnata alla persona designata dal defunto, giusta il precetto «*uti legassit*»; *b*) oppure essa si trasferiva 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 parentela agnatizia. Probabilmente la soggezione degli *impuberes* maschi aveva fine con il raggiungimento dell'età pubere, mentre le *mulieres* (prive della maschilità propria di un vero *pater*) restavano *in potestate* vita natural durante.

44.3.2. Relativamente ai *patres familiarum* usciti vistosamente di senno («*furiosi*»), la legislazione 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: essa si preoccupò soltanto, e in aggiunta, di salvaguardare la loro condizione personale, stabilendo che, se un *paterfamilias* diventava *furiosus*, sulla sua persona e sulla sua *pecunia* (cioè su quel patrimonio sussidiario che non rientrava nel *mancipium* quiritario) si instaurasse la potestà degli agnati e dei gentili («*si pater familias furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*»). Mentre i

---

44.3.1. La nostra tesi relativamente a *impuberes* e *mulieres* secondo il ius legitimum vetus è collegata con le nostre vedute circa il regime decemvirale della successio: retro n. 27.3.1-2. 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 adgnatorum 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*.

44.3.2. Diversamente dalla nostra tesi circa il *furiosus*: 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), in *PDR.* (1994) 138 ss. — La situazione del *furiosus* era analoga a quella del *captus ab hostibus*, il quale perdeva la soggettività giuridica, dando con ciò luogo alla successione nel suo patrimonio: retro n. 33.4.2. Il fatto che il cittadino imprigionato dal nemico potesse anche tornare in patria indusse i romani alla creazione del *ius postliminii*. Non così per il *furiosus*, trattandosi, nella concezione rudimentale dell'antichità, di un malato inguaribile, irrimediabilmente condannato dagli dei (sul punto: Zuccotti, *Il «furor» del parricida e il testamento di Malleolo*, in *Labeo* 37 [1991] 174 ss.): i decemviri non contemplarono, pertanto, l'apertura della successione ereditaria sulla sua *familia*, ma provvidero esclusivamente alla sua sistemazione personale ed economica, a dir così, di *captivus* in patria.

sui heredes del *furiosus* (o, in mancanza, gli *adgnati gentilesque*) se ne dividevano (secondo l'antica tradizione) la *familia*, la eventuale *pecunia* di lui era attribuita agli *adgnati* suoi collaterali o ai *gentiles*, in forza (e a compenso) dell'assegnazione agli stessi della potestà personale su di lui (*«potestas in eo»*): potestà personale che sarebbe stato evidentemente inconcepibile lasciar andare ai *sui heredes*, cioè ai discendenti che erano stati (o sarebbero dovuti essere) suoi sottoposti.

44.3.3. Non si hanno notizie precise circa le disposizioni decemvirali relative al caso del *«prodigus»*, cioè all'ipotesi del *pater familias* rivelatosi vistosamente incapace di gestire oculatamente i suoi poteri sulla sua *familia pecuniaque* con particolare riguardo ai sottoposti *liberi* ed alle *res familiares*, quindi incline non soltanto a dissipare il proprio aggregato familiare, ma anche a mettere indirettamente in pericolo l'intera *civitas*: è certo però che il *pater familias prodigus*, se riconosciuto pubblicamente tale e bloccato mediante una solenne *interdictio* magistratuale, sia stato sottoposto dai *decemviri* ad una *potestas* degli agnati e dei gentili analoga a quella relativa al *furiosus*. Dunque, per quanto è dato supporre, anche in ordine alla *familia* del *prodigus* si apriva la *successio* dei *sui heredes*, mentre sulla sua persona e sulla sua *pecunia* la potestà spettava ai collaterali (*adgnati* o *gentiles*), con esclusione in ogni caso degli eventuali discendenti già stati in sua *potestas*.

44.4. Furono la giurisprudenza pontificale prima, la giurisprudenza laica preclassica dopo, a determinare una svolta deci-

---

44.3.3. Contro la nostra tesi relativa al prodigus v. sopra tutto: 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. Non sarà mai abbastanza ripetuto che il *prodigus* non era soltanto uno scialacquatore inveterato di ricchezze, ma anche e sopra tutto un cittadino vistosamente inetto ad esercitare le sue *potestates* ed a far utilmente concorrere la propria *familia* alle buone sorti dell'intera *civitas* e dell'*exercitus centuriatus*: personaggio, dunque, non meno pericoloso del *furiosus*. — Sulla interdictio prodigi: *infra* n. 47.3.1. È facile ritrovare, anche in questo caso, una significante analogia: quella con l'*«interdictio aqua et igni»* dei condannati a pena capitale, i quali erano totalmente estraniati dal consorzio civile romano (sul punto: Guarino, *SDR*. n. 134).

44.4. In ordine al regime civilistico v. anche: De Visscher, *«Potestas» et «cura»*, in *Ét.* (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. — Una definizione di tutela, 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.: *Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

siva di queste situazioni originarie nel sistema del ius civile vetus. Le tappe di quest'evoluzione non sono sicuramente ravvisabili, ma fatto sta che, nel corso dell'età preclassica, essendosi frattanto formato il concetto della «incapacità di agire» dei soggetti giuridici, *impuberes* e *mulieres*, *furiosi* e *prodigi* passarono ad essere ritenuti giuridicamente capaci, cioè titolari del loro *patrimonium* (in potestà personali ed in diritti su *res mancipi* e su *res nec mancipi*), ma incapaci di compiere in ordine ad esso una attività oculata. La *potestas* sugli stessi, pertanto, non fu abolita, ma si trasformò: pur rimanendo formalmente espressione di un rapporto giuridico assoluto di cui gli incapaci erano oggetto, perse molto della sua originaria intensità e fu concepita come un potere esercitato esclusivamente allo scopo di agevolarli nel compimento degli atti giuridici, anzi da esercitarsi scrupolosamente nei limiti in cui tali atti abbisognassero di essere agevolati. Conseguentemente, per gli *impuberes* e per le *mulieres* si parlò di «*tutela*», per i *furiosi* e per i *prodigi* si parlò di «*cura*». In più, con l'andar del tempo, vennero in essere nuovi tipi di *cura* (tra cui la *cura minorum*, relativa ai puberi maschi che non avessero ancora raggiunto i venticinque anni), 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.

44.5. Nel ius vetus 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. L'interesse prevalente negli istituti tutelari era quello di salvaguardare la *familia*: le *potestates* del tutore erano essenzialmente dirette allo scopo di assicurare una retta amministrazione del *patrimonium* spettante al soggetto incapace di agire. L'interesse prevalente negli istituti di curatela era invece quello di salvaguardare la *respublica*: la gestione del *curator* era diretta ad evitare che il soggetto da lui assistito portasse nocumento all'ordine sociale, particolarmente sul piano economico. Ma in realtà una netta discriminazione tra *tutela* e *cura* non è possibile farla, come non è del resto possibile farla nemmeno tra le varie figure interne dell'uno o dell'altro istituto.

44.5. Fu solo in epoca tardo-classica e postclassica che prese avvio la massima «*tutor datur personae, curator rei*»: cfr. Marcian. D. 26.2.14 e I. 1.14.4 (*Certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae vel rei datur*). Il brocardo vuol significare che l'intervento del *tutor* si inquadra in un controllo continuo e completo del pupillo, mentre l'intervento del *curator* si esplica di volta in volta che un affare o un'occasione lo richieda.

44.6. Il processo si concluse nel *ius novum* postclassico. Mentre alcune forme ormai meno sentite accentuarono una decadenza già iniziatasi nel periodo classico (il che è da 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 tra loro nella concezione di base, con conseguenti promiscuità delle terminologie di *tutela* e di *cura*, essendo tutti ormai considerati, più che come *potestates*, come «*munera*», cioè 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 però a titolo di facoltà giuridica, ma a titolo di onere, di mezzo indispensabile per il raggiungimento dello scopo prefisso.

45. LA «TUTELA IMPUBERUM».

45.1. La *tutela impuberum* («tutela degli impuberi») dei cd. tempi storici, a partire dall'avanzato periodo preclassico, era ormai universalmente considerata come un istituto di assistenza a beneficio dei soggetti giuridici che fossero incapaci di agire a causa dell'*impubèrtas*. Essa non riguardava solo i maschi, ma anche le femmine: le quali passavano solo con il raggiungimen-

---

44.6. 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. 20.3.3. Tuttavia Giustiniano (cfr. C.I. 2.44.4, a. 530) tenne a precisare che la riduzione a venti anni (diciotto per le donne) dell'età richiesta per la piena capacità non era ammissibile se la *venia aetatis* non era espressamente impetrata o se gli interessati adducevano buone ragioni per pretendere la «*perfecta aetas*» di almeno venticinque anni.

45.1. Sulla *tutela* (impuberum e mulierum): Bonfante, *Dir. di famiglia* (1925, rist. 1963) 551 ss.; Longo (G.), *Dir. di fam.*^{2} (1953) 249 ss. Il rinnovamento degli studi sulla tutela in sede critica è stato 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. 44.4), partic.: Kübler, «Ἐξουσία καὶ δύναμις», «*vis ac potestas*», in ZSS. 59 (1939) 1 ss.; Id., *Die vormundschaftliche Gewalt im röm. R.*, in St. Besta 1 (1939) 73 ss.; Beseler, «*Fruges et paleae*», in St. Ferrini Milano 3 (1948) 284 ss.; Biondi, *Aspetti morali della tutela*, in St. Schulz 1 (1951) 57 s. Per le fonti cfr. Gai 1.143 ss.; I. 1.13; D. 26 e 27; C.I. 5.28. — Significativa la definizione dei *tutores* come aventi potestà data da Paolo nel seguito del brano sulla definizione della *tutela* riportata retro nt. 44.4 (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 invece riguardo alla struttura potestativa dell'istituto, ma alla funzione protettiva («*tueri*») da esso assolta in tempi storici. — Sulla *impubertas* e sulle sue graduazioni: retro n. 20.3.1.

to della pubertà dalla *tutela impuberum* a quella *mulierum*, proprio perché nella prima si ravvisava il comune denominatore della peculiare assistenza dovuta a chi, maschio o femmina che fosse, ancora soffrisse di quella particolare incapacità di intendere e di volere che deriva dall'immaturità degli anni.

45.1.1. 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 titolare: in altri termini, il *patrimonium* pupillare era una sorta di «patrimonio separato» del *tutor*, di cui questi poteva disporre a guisa di titolare («*domini loco*»), salvo a dover poi 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 spiegabile che di esso fosse considerato titolare anche il pupillo, e per certi aspetti prevalentemente o esclusivamente il pupillo: in una visione giuridica che, se non fa onore alla logica, riflette tuttavia l'ambivalenza determinatasi, nei cd. tempi storici, per l'incontro delle vecchie strutture con la funzione nuova dell'istituto tutelare.

45.2. I fatti costitutivi della *tutela impuberum* furono tre: *a*) la «assegnazione testamentaria» («*datio tutoris testamenta-*

45.1.1. Per il regime giuridico della *tutela* classica e postclassica v. infra n. 45.7-9. Per i problemi particolari presenti nelle opere della giurisprudenza: Vandenbossche, *Questions relatives à la tutelle des impubères dans l'oeuvre de Cervidius Scaevola*, in *Ann. Bordeaux* (1955); Voci, *I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, in *Iura* 20 (1969) 313 ss.; id., *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*, in *St. Donatuti* 3 (1973) 1305 ss.; Maschi, *Tutela, Fedecommessi, Contratti reali* etc., in *St. Volterra* 4 (1971) 667 ss.; Guzmán, *Dos notas en torno de tutela romana*, in *R. Univ. Cat. Valparaiso* 1 (1976) 43 ss.

45.2. La ripartizione dei fatti costitutivi della *tutela impuberum* ordinaria risulta chiaramente da Gai 1.144 ss. Una diversa tripartizione, a carattere scolastico, 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 magistratuali (*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 mulieri pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult... qui praetorius tutor dicitur* (cett.). I *tituli Ulpiani* hanno insomma unificato in una sola categoria i tutori ordinari e quelli speciali. Sul *ius tutoris dandi* v. in particolare: Guzmán, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana* (1976) 17 ss. — Il *tutor praetorius* (incaricato per le controversie tra pupillo o *mulier* e *tutor*), di cui in Ulp. 11.24, è ricordato anche da Gai 1.184 quale istituto presso che desueto. I. 1.21.3 ed altri testi (interpolati) parlano invece di *curator*. — Le ipotesi di *tutores spe-*

ria»), cioè la nomina di un «tutore testamentario» («*tutor testamentarius*») fatta generalmente dal *pater familias* nel *testamentum* per il tempo successivo alla sua morte; *b*) subordinatamente alla mancanza di un tutore testamentario, la designazione sulla base della *lex XII tabularum* del «tutore legittimo» («*tutor legitimus*»); *c*) subordinatamente alla mancanza di tutori testamentari e di tutori legittimi, la «assegnazione magistratuale» («*datio magistratus*»), cioè la nomina di un «tutore decretale» (cd. «*tutor Atilianus*») decretata da un magistrato in applicazione di una *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*».

45.2.1. A seconda del tipo di tutela, erano richiesti, almeno in origine, particolari requisiti di capacità nei singoli tutori. Ma

---

45.1.5. Ricordate dalle fonti sono varie (e sono tutte ricondotte a *leges* o ad altri provvedimenti di governo). Cfr., ad esempio, Gai 1.185-187 (*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 1.173-180, 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 (v. Solazzi, *Sulla regola «tutorem habenti tutor dari non potest»* [1919], in *Scr.* 2 [1957] 249 ss.).

45.2.1. Relativamente ai requisiti 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 *impubes* 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: Philippin, *Le fils de famille tuteur*, in *St. Cornil* 2 (1926) 221 ss.; Lobrano, *Il «filius familias tutor» in D. 7.6.9*, in *St. Guarino* (1984) 3027. — L'ammissione delle donne alla tutela è generalmente ritenuta una innovazione postclassica, sebbene si riconosca che già in periodo classico alla madre dell'*impubes* potesse essere conferito a titolo di fedecommesso (dunque, *extra ordinem*) il compito di amministrare i beni riservati al pupillo (ma formalmente trasmessi fiduciariamente 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) cfr. Valent. Theod. Arcad. CTh. 3.17.4 e CI. 5.35.2. Sul tema: Crifò, *Sul problema della donna tutrice in dir. rom. class.*, in *BIDR*. 67 (1964) 87 ss.; Id., *Ancora sulla donna tutrice in dir. rom. class.*, in *BIDR*. 68 (1965) 337 ss.; Id., *«Ius iurandum in litem» e tutela materna (Ulp. D. 12.3.4 pr.)*, in *St. Giuffrè* 1 (1967) 171 ss., con bibl.; Masiello, *La donna tutrice etc.* (1979); Chiusi, *Zur Vormundschaft der Mutter*, in *ZSS*. 111 (1994) 155 ss. 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 (cfr. CI. 5.30.5) elevò il minimo di età a 25 anni. Cfr. anche I. 1.25.13.

col tempo le differenze, almeno sotto questo profilo, vennero meno quasi del tutto, sí che in periodo classico i requisiti richiesti per ogni tipo di *tutor* erano, oltre la soggettività giuridica, la piena capacità di agire e particolarmente il sesso maschile. Solo in età postclassica si cominciò a fare qualche ammissione a favore delle donne, e in particolare, con singole concessioni imperiali, a favore della madre vedova nei riguardi dei figli.

45.3. Il *tutor testamentarius* («tutore testamentario», anche detto talvolta «*dativus*») era assegnato 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'erede istituito; il *tutor* designato poteva peraltro esimersi dalla carica mediante un successivo e solenne rifiuto della tutela («*abdicatio tutelae*»).

45.3.1. 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 conferma magistratuale a titolo di sanatoria («*confirmatio ex inquisitione*»): *a*) furono ammesse anche designazioni in forma diversa da quella tradizionale; *b*) fu concesso al *pater* di nominare il tutore anche al *filius emancipatus*, al *suus exheredatus*, al *postumus suus*; *c*) 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

---

45.3. Sul *tutor testamentarius* cfr. 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*: Solazzi, *Di una nuova dottrina sull'«abdicatio tutelae»* (1918), e *Fantasie e riflessioni sulla storia della tutela* (1921), in *Scr.* 2 (1957) 239 ss., 421 ss. Cfr. 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. Cfr. Gai 1.146: *Nepotibus autem neptibusque ita demum possumus testamento tutores dare, si post mortem nostram in patris 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.

45.3.1. Sulla *confirmatio ex inquisitione*: Solazzi, *La conferma del tutore nel dir. rom.* (1920), in *Scr.* 2 (1957) 297 ss.; Desanti, «*De confirmando tutore vel curatore*» (1995), con bibl. Cfr. D. 26.3 e, in particolare, Mod. D. 26.3.1.

ipotesi il *tutor testamentarius* acquistava il suo titolo nel momento della conferma magistratuale, anziché in quello (precedente) dell'acquisizione successoria.

45.3.2. Un altro allontanamento della *tutela testamentaria* dalle sue origini si ebbe, sempre in diritto classico, quando, a partire da una costituzione dell'imperatore Claudio (41-54 d. C.), si negò al tutore testamentario la libertà di esercitare a suo piacimento l'«*abdicatio tutelae*» (il ripudio del suo titolo), e si condizionò la sua esenzione dall'ufficio al fatto che egli adducesse valide ragioni di scusa («*excusationes*»), così come era stabilito per il *tutor Atilianus*. Nel sec. II d. C. l'*abdicatio tutelae* fu addirittura abolita.

45.4. Il *tutor legitimus* («tutore legittimo») era ricollegato dai giuristi classici ad una disposizione, peraltro non conosciuta da noi testualmente, delle *XII tabulae*: una disposizione che doveva essere, a nostro avviso, quella stessa sugli *adgnati*

45.3.2. Sui limiti all'*abdicatio tutelae* cfr. Suet. *Claud.* 23: *...sanxit ut pupillis extra ordinem tutores a consulibus darentur, utque ii, quibus a magistratibus provinciae interdicerentur, urbe quoque et Italia summoverentur.*

45.4. Sul *tutor legitimus* cfr. 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* (v. retro n. 29.2.1). Negli scritti citati retro nn. 44.2 e 44.3.2 abbiamo premesso, attesa 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. — Se l'impubere era un liberto, la *tutela liberti impuberis* spettava al *patronus* (o alla *patrona*) e, in subordinata, ai discendenti del patrono di sesso maschile. In proposito 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) cfr. 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 ex 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 coemptionatore manumiserimus. Sed Latinarum et Latinorum impuberum tutela non* *gentilesque* in quanto *heredes ab intestato*, ma che i giuristi classici giunsero a figurarsi nel senso che assegnasse invece specificamente la *tutela* dell'impubere agli *adgnati* di lui (non a quelli del padre defunto, si badi) e subordinatamente ai *gentiles*. Per «*adgnati*» chiamati alla tutela si intendevano dunque, in epoca cd. storica, i parenti agnatizi maschi del pupillo in ordine di prossimità: prima i fratelli derivanti dallo stesso padre (*ex patre*); poi i fratelli del padre e così via. Venendo a mancare gli *adgnati* più vicini (*proximi*), il titolo passava (contrariamente a quanto avveniva per la *successio*) a quelli meno stretti. Se vi erano più chiamati dello stesso grado, essi erano «contutori» («*contutores*») dell'impubere. La vocazione dei *gentiles* era praticamente desueta già in età preclassica.

45.4.1. 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 cessione giudiziaria (*in iure cessio*) ad altri della *tutela* in un primo momento 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 cessione («*in iure cessio tutelae*») ad altre persone: se il tutore legittimo effettuava la cessione, egli restava titolare dell'ufficio, pur se questo era esercitato vicarialmente dal cessionario. Solo in periodo postclassico fu esteso al *tutor legitimus* il regime delle *excusationes*.

45.4.2. In periodo postclassico, data la connessione esistente tra *tutela legitima* e *successio ab intestato*, avvenne che, pur rimanendo 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 anche i *cognati* e la madre del pupillo. Giustiniano, in armonia con il suo riordina-

---

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: cfr. I. 1.19. — La tutela impuberis emancipati era 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*).

45.4.1. Sull'in iure cessio tutelae: *infra* n. 46.4 (a proposito della *tutela mulierum*).

45.4.2. Anticipazioni del sistema giustinianeo sopra tutto in Anast. 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. 29.4 e 5.

mento della successione intestata, stabilì per esplicito che la *tutela legitima* andasse conferita secondo questi nuovi criteri.

48.5. Il cd. *tutor Atilianus* («tutore atiliano», o «*decretalis*, o «*dativus*» in senso stretto) fu istituito da una *lex Atilia* dei primi anni del sec. II a. C., la quale, forse confermando una prassi magistratuale ancora precedente, dispose che, in mancanza di *tutor testamentarius* o *legitimus*, chiunque (cioè un *quivis de populo*) potesse rivolgersi nel pubblico interesse al *praetor* affinché nominasse all'impubere un tutore di sua scelta: la madre e altri parenti stretti erano addirittura obbligati alla richiesta («*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 governatori delle province stesse (*praesides provinciarum*). In età classica, competenti alla nomina in Roma divennero anche i *consules*, mentre poi, sul finire del II sec. d. C., fu creato, sempre in Roma, un apposito «pretore per la tutela» («*praetor tutelarius*»).

48.5.1. La *tutela Atiliana* ebbe, sin dall'inizio, caratteri evidentissimi di «*munus publicum*» (di funzione, di servizio pubblico): caratteri che progressivamente si estesero, tra l'epoca classica e quella postclassica, agli altri due tipi di *tutela*. All'ufficio il

---

48.5. Sulla *lex Atilia* e sul *praetor tutelarius*: Solazzi, *La «lex Atilia» nel Digesto* (1925), in *Scr.* 3 (1960) 103 ss. La data e il proponente della legge (un plebiscito) sono incerti: comunque, è da ritenere che il provvedimento sia stato emanato anteriormente al 186 a. C., cioè allo scandalo dei Baccanali (v. *retro* n. 16.8), dal momento che nel racconto relativo a quest'ultimo Liv. 39.9 parla appunto di una *datio tutoris*. — 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 cfr. I. 1.20.4-5; CTh. 3.17.3 (a. 389) = CI. 5.35.1; CTh. 3.17.4 (a. 390) = CI. 5.35.2. Su cui: Crifò, *«Datio tutoris» e organi cittadini nel Basso Impero*, in *Labeo* 6 (1960) 216 ss. Il *praetor tutelarius* fu degradato ad assistente, unitamente a 10 *senatores*, del *praefectus urbi*, in cui si accentrò la competenza della nomina del cd. *tutor Atilianus*.

48.5.1. Sulle *excusationes*: Dekkers, *«Excusatio tutelae»*, in *Varia* (1936) 33 ss.; Guzmán, *Dos estudios* cit. (1976) 127 ss.; De Filippi, *Il titolo «de excusationibus» dei «Vat. Fragm.»*, in *St. Guarino* (1984) 1159 ss.; Masiello, *I «Libri excusationum» di Erennio Modestino* (1983); Viarengo, *Exc. t.s nel Principato* (1996). 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 I. 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), in *Scr.* 2 (1957) 175 ss., 3 (1960) 157 ss., 5 (1972) 149 ss. Per una ipotesi postclassica: Crifò, *CTh. 16.2.2 e l'esenzione dei chierici dalla tutela*, in *AAC* 4 (1981) 709 ss. Cfr. I. 1.25, Vat. 123-247, D. 27.1, CI. 5.62-69. — La *potioris nominatio*, cioè l'indicazione di altra persona più adatta all'esercizio della tutela, fu in età postclassico-pregiustinianea un ulteriore espediente usato per sottrarsi al *munus*: cfr. Vat. 117, 157, 207, 209, 215. Sul tema: Solazzi, *Tutele e curatele* 2 (1913), in *Scr.* 2 (1957) 23 ss.

«tutore designato» poteva sottrarsi solo ottenendo dal magistrato tutelare il riconoscimento di comprovate ragioni di esenzione scusabile («*excusationes*»): età avanzata, altre tutele da esercitare, numero elevato di figli da mantenere, uffici pubblici rivestiti e così via.

45.6. 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): *a*) la morte o *capitis deminutio* del *tutor*; *b*) la solenne «abdicazione» dalla potestà tutoria («*abdicatio tutelae*») del *tutor testamentarius*, abolita peraltro nel sec. II d. C.; *c*) la «destituzione» («*remotio*») del *tutor Atilianus* (e dei *tutores* equiparati) fatta dal magistrato in considerazione della sua inettitudine o indegnità. Nel sec. II d. C. la destituzione fu estesa al *tutor testamento datus* che fosse stato condannato nell'*accusatio suspecti tutoris*: al suo posto era designato, di imperio del magistrato, un altro tutore (dunque, non subentrava il *tutor legitimus*). Probabilmente, solo in periodo postclassico l'istituto della destituzione fu esteso al *tutor legitimus*.

45.7. 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 tutore testamentario e del tutore legittimo non esistevano che due imperfetti mezzi di reazione giudiziaria: *a*) l'*accusatio suspecti tutoris*; *b*) l'*actio rationi-*

45.6. La 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 tutoris* in caso di condanna nell'*accusatio suspecti tutoris* cfr. Gai 1.182 e Ulp. 11.23. Sul tema: 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* (o *curator*) *adiunctus*»: cfr. Ulp. D. 26.10.3.18.

45.7. Sulla responsabilità dei *tutores* manca una affidante trattazione complessiva, di cui si avverte il bisogno sopra tutto in relazione ai problemi sollevati dalla condanna nell'*actio tutelae* (v. *infra* n. 45.7.4). Del resto, specie l'attività negoziale del tutore che agisce come *negotiorum gestor* non consente valutazioni unitarie (v. la letteratura cit. *retro* sub n. 12 e 26.2.3). V. tuttavia gli studi del Solazzi, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conchiusi dal tutore*, pubblicati tra il 1910 ed il 1913, ed oggi negli *Scr.* 1 (1955) 371 ss. Per il diritto giustinianeo: De Robertis, *La responsabilità del tutore nel diritto giustinianeo* (1954), e *La responsabilità del tutore* (1960). — Sulla responsabilità secondaria in generale: *infra* n. 91.

bus distrahendis. Il *ius honorarium* introdusse invece, in età preclassica avanzata, due mezzi assai più efficaci e di applicazione divenuta sempre più larga: *c*) la *satisdatio rem pupilli salvam fore*; *d*) l'*actio tutelae*.

45.7.1. L'«*accusatio suspecti tutoris*» («accusa di malversazione tutoria»), attribuita forse falsamente già alla *lex XII tabularum*, era un'azione penale pubblica esercitabile contro il *tutor testamentarius* da chiunque ritenesse di poterlo accusare come sospetto di un *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.

45.7.2. L'«*actio rationibus distrahendis*» (cioè l'«azione per la distrazione dei conti»), prevista dalla *lex XII tabularum*, era un'azione penale privata esercitabile contro il *tutor legitimus* dal *pupillus*, al termine della *tutela*, per ottenere che i conti relativi al patrimonio pupillare fossero separati, distratti da quelli relativi al patrimonio del tutore e che quest'ultimo fosse conseguentemente punito, ove risultasse aver utilizzato nel proprio interesse (o aver comunque sperperato) 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.

45.7.3. La «*satisdatio rem pupilli salvam fore*» (cioè la «promessa di salvaguardia del patrimonio del pupillo») era una *sti*-

---

45.7.1. Sull'*accusatio suspecti tutoris*: Lapicki, *Le «crimen suspecti tutoris»* (1926). Per le fonti: I. 1.26; D. 26.10.1.2 e I. 1.26 pr. Cfr. XII tab. 8.20 a (in *FIRA*. 1.61), 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*.

45.7.2. Sull'*actio rationibus distrahendis* cfr. Tryph. 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: De Robertis, «*Tutor*» *e «actio furti»*, in *Labeo* 1 (1955) 139 ss.

45.7.3. Sulla *satisdatio rem pupilli salvam fore*: Rotondi, *Appunti sulla «stipulatio» rem pupilli salvam fore* (1908), 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 1.199-200* (1956), in *Scr.* 5 (1972) 695 ss., con riguardo anche ai tormentati frammenti di Pomp. e Nerat. D. 46.6.9 e 11; Guzmán, *Caución tutelar en der. rom.* (1974); Gómez Iglesias, *Régimen procesal de la c. tutelar*, in *SDHI*. 58 (1992) 41 ss. 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 pro-

pulatio (*cautio*) *praetoria* con la quale il *tutor* prima di assumere la *tutela* prometteva al *pupillus* di amministrare il suo patrimonio facendo diligentemente tutto ciò che competesse al suo ufficio («*quidquid 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: *a*) quando il *tutor* fosse *legitimus* o fosse nominato da un magistrato municipale (cioè non da un magistrato della *respublica*); *b*) quando vi fossero più *tutores* di uno stesso pupillo, tra i quali ad uno soltanto si volesse affidare la gestione effettiva.

45.7.4. L'«*actio tutelae*» («azione di tutela») era un *iudicium bonae fidei*, infamante, concesso al *pupillus* dopo l'esaurimento della *tutela*, contro il tutore (inizialmente, solo contro il *tutor Atilianus* e contro il *tutor testamento datus*), affinché fosse condannato a tutto quanto al giudice paresse da prestarsi a termini di buona fede («*quidquid dare facere oportet ex fide bona*»). L'azione (esercitabile, in età classica, contro ogni sorta di *tutores*) fu concessa, sempre in età classica, anche al tutore contro il pupillo (come «*actio contraria tutelae*») per ottenere il rimborso degli oneri economici da lui incontrati. Quanto alla misura della responsabilità del *tutor*, essa fu variamente determinata col procedere dei secoli: *a*) in età classica il *tutor* era responsabile, generalmente, solo per le anomalie di gestione dipese da *dolus malus*; *b*) in età postclassica egli fu ritenuto responsabile non solo per *dolus*, ma anche per *culpa*; *c*) in diritto giustinianeo la sua re-

---

cedure concorsuale. Il diritto postclassico gli attribuì un diritto di ipoteca generale sul patrimonio del *tutor*: cfr. C. 5.37.20 (a. 314).

45.7.4. La formula dell'*actio* (*o arbitrium*) *tutelae* è così ricostruita dal Lenel, *EP*³ § 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. Per tutti: Voci, «*Diligentia*», «*custodia*», «*culpa*» etc., in *SDHI*. 56 (1990), spec. 84 ss. Le linee generali da noi tracciate nel testo sono (è bene avvertirlo) tutt'altro che indiscusse: non pochi sono i casi specifici nei quali, secondo quanto emerge dalle fonti di cui disponiamo, risulta che le valutazioni di buona fede hanno indotto i giudici, sia in età classica sia in età postclassica, a conclusioni diverse. Quello che ci pare da escludere è che si possa affermare con sicurezza, come vedremo meglio parlando della responsabilità secondaria (*infra* n. 91), che vi sia stata una «regola classica» della responsabilità oggettiva (Baron, Arangio Ruiz), oppure, al contrario, della responsabilità soggettiva (Voci). — 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*»; cfr. D. 26.7.39.11. — In caso di pluralità di *tutores* (tutti gerenti), la responsabilità era *in solidum*. Sul tema: Lecomte, *La pluralité des tuteurs etc.* (1928); de Bujan, *Contribución al est. de la tutela testamentaria plural etc.* (1995).

sponsabilità fu trattata in modo ancora più rigoroso e si estese alla *culpa in concreto*, cioè al mancato impiego nella gestione tutoria della diligenza che egli avesse esercitato nella gestione del patrimonio proprio («*diligentia quam suis rebus adhiberi solet*»).

45.8. La funzione del *tutor impuberis*, rivelata per una parte dal costume sociale per l'altra parte dalle responsabilità giuridiche poste a suo carico, era insomma quella 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: *a*) la sorveglianza sulla condotta personale del *pupillus*; *b*) l'integrazione delle sue iniziative patrimoniali utili; *c*) l'intervento a sostituzione del *pupillus* nelle operazioni patrimoniali utili che il pupillo non fosse in grado di compiere personalmente.

45.8.1. La «sorveglianza sulla condotta personale del *pupillus*» fu ridotta, dal costume sociale dei tempi più avanzati, ai minimi termini: non solo non si usò ammettere l'esercizio di una disciplina potestativa del *tutor* sul *pupillus*, ma non si ritenne 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*.

45.8.2. L'«integrazione delle iniziative patrimoniali utili del *pupillus*» si effettuava con l'«autorizzazione tutoria» («*auctorita-*

45.8. Sulle funzioni del tutore v. la panoramica esposizione del Sachers, sv. «*Tutela*», in *PW.* 1544 ss., con bibl. Inoltre: Labruna, «*Rescriptum divi Pii*». *Gli atti del pupillo «sine tutoris auctoritate»* (1962).

45.8.1. Per la sorveglianza sulla condotta personale del *pupillus* cfr. Paul. D. 26.7.12.3; D. 27.2; C.I. 5.49 e 50. In argomento: Biondi, *Aspetti morali della tutela* cit.; Solazzi, *L'istruzione del pupillo* (1951), in *Scr.* 6 (1972) 405 ss. Illuminante è un rescritto del 223, Alex. C.I. 5.49.1 *Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum (patrigno) eis induxerit, committenda est. quando autem inter eam et cognatos et tutorem super hoc orta fuerit dubitatio, aditus praeses provinciae inspecta persona et condicione et coniunctione perpendet, ubi puer educari debeat. sin autem aestimaverit, apud quem educari debeat, is necessitatem habebit hoc facere, quod praeses iusserit.*

45.8.2. Sull'*auctoritas tutoris* cfr. Gai 2.80-85: *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 *tis interpositio*»), cioè mediante la formale «copertura» a titolo di conferma (con i termini «*auctor fio*» o equivalenti) degli atti negoziali posti in essere dal *pupillus*. In mancanza di autorizzazione tutoria, il negozio del pupillo era un negozio quasi del tutto inefficace (appunto perciò definito coloritamente «zoppo», «*negotium claudicans*»): esso era infatti inutilizzabile nei confronti suoi o del tutore e produttivo, in periodo classico, solo di un'*actio utilis* contro il *pupillus* nei limiti dell'arricchimento.

45.8.3. La «sostituzione al *pupillus* nelle operazioni patrimoniali utili» si designava col termine generico di «*negotiorum gestio*» (gestione degli affari necessaria), 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*.

45.8.4. 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 del pari utile l'alienazione di

---

forma dell'auctoritas spec.: Solazzi, *La forma della «tutoris auctoritas» e della «patris auctoritas»* (1931), in *Scr.* 5 (1972) 335 ss. — In ordine agli atti compiuti dal pupillus sine tutoris auctoritate: Labruna, «*Rescriptum divi Pii*» cit., il quale sostiene la classicità dell'azione nei limiti dell'arricchimento, riconosciuta da un rescritto di Antonino Pio; Thomas, «*Naturalis obligatio pupilli*», in *St. von Lübtow* (1970) 457 ss.

45.8.3. Sulla negotiorum gestio del tutor: retro n. 26.2.3.

45.8.4. Sulle operazioni patrimoniali del tutor cfr. D. 26.7; C.I. 5.37 e 38. — Con riguardo alla cd. oratio Severi de tutela (da non confondere con quella in tema di donazioni fra coniugi: retro n. 42.2.4): Brasiello, «*Auctoritas praetoris*» 1. «*Auctoritas praetoris» e alienazione dei beni dei pupilli*, in *St. Solazzi* (1948) 180 ss.; id., *Pegno e «mancipatio fiduciae causa» nella alienazione degli incapaci*, in *St. 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 alienari obligarive debeant, manente pupillo 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. 47.4.2 e 48.5). Sul tema: Biscardi, *L'«oratio Severi» e il divieto di «obligare»*, in *St. Grosso* 3 (1968) 247 ss. — Per far sì che anche i crediti fossero iscritti nel patrimonio pupillare, si usava ricorrere all'intervento di uno schiavo (cd. *servus pupillaris*) che ricevesse l'impegno per conto del pupillo, suo (potenziale) *dominus*: altrimenti i crediti erano acquistati (salvo rendiconto a fine tutela) dal tutore.

cose deperibili o il pagamento sollecito di debiti scaduti; che fosse invece inutile l'acquisto di beni superflui o la concessione di crediti non garantiti. Un'«*oratio Severi de tutela*» (di Settimio Severo, del 195 d. C.) addirittura vietò, in linea di principio, l'alienazione o la sottoposizione a *pignus* dei fondi rustici o siti nell'immediato suburbio («*praedia rustica vel suburbana*»): divieto esteso da Costantino a tutti i beni del *pupillus*, fatta eccezione per quelli deperibili, e più tardi ulteriormente allargato da Giustiniano. Per diritto giustinianeo, il *tutor impuberis* era addirittura obbligato a tenere in regola un inventario («*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.

45.9. 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, nei limiti del possibile, personalmente dal *pupillus* (con l'*auctoritatis interpositio* del *tutor*), di regola le vicende relative al patrimonio pupillare ricadevano sul *tutor*, il quale era *dominus* dei beni pupillari, e ne acquistava *possessio* e *dominium* per mezzo dei sottoposti (principalmente, i *servi*) rientranti nel patrimonio del pupillo.

45.9.1. Talune attività giuridiche relative al patrimonio pupillare potevano (e talvolta dovevano) essere compiute esclusivamente dal *tutor*. A sensi di *ius civile*, 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*, peraltro, ammise i creditori ad agire in molti casi contro il *pupillus* al termine della tutela, con *actiones utiles*. Inoltre, secondo il *ius civile*, il *tutor* poteva agire od essere convenuto, sia pure con ri-

---

45.9. Sulla posizione del *tutor*, rispetto al patrimonio pupillare cfr. Paul. D. 26.7.27: *Tutor, qui tutelam gerit, [quantum ad providentiam pupillarem] domini loco haberi debet*. Cfr. anche Iul. D. 41.4.7.3 e D. 47.2.57.4; Ulp. D. 43.24.11.7 e D. 50.17.157 pr. In materia: Kübler, *Die vormundschaftliche Gewalt* cit. 81 ss.; Bund, *Zur Veräusserungsbefugnis des Tutors*, in *St. Betti* 2 (1962) 157 ss.

45.9.1. Sulle azioni utili contro il pupillo: Solazzi, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore* (1910-13), in *Scr.* 1 (1955) 485 ss. — Sul procurator: retro n. 26.2. — Sulla cautio de rato del tutore: Bonini, *Note sulla remissione della «cautio de rato» ai tutori e ai curatori*, in *RIDA*. 9 (1962) 275 ss. — Postilla. *Per l'orientamento degli ordinamenti giuridici moderni in ordine agli istituti tutelari*: infra n. 48.5.2.

ferimento al patrimonio pupillare, solo in nome proprio: il *ius honorarium* ammise invece che egli agisse o fosse convenuto come rappresentante del *pupillus*, purché prestasse le *cautiones* di garanzia disposte per i *procuratores*.

46. LA «TUTELA MULIERUM».

46.1. La *tutela mulierum* («tutela delle donne») dei cd. 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 donne in età pubere (*mulieres viripotentes*), anche se prive di potestà familiari, erano unanimemente ritenute titolari esclusive del loro *patrimonium* economico. Malgrado ciò, la *tutela mulierum* rimase formalmente in vigore per tutto il periodo classico, cadendo in totale disapplicazione pratica solo nel periodo successivo.

46.1.1. Sottoposte a *tutela mulierum* erano, più precisamente, le donne, sia *ingenuae* che *libertinae*, le quali fossero soggetti

---

46.1. Sulla *tutela mulierum*: Bonfante, *Corso* cit. 557 ss.; Zannini, *Studi sulla «tutela mulierum»* 1. *Profili funzionali* (1976), 2. *Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto* (1979); id., *Quelques observations sur la tutelle des femmes à Rome*, in AG. 204 (1984) 739 ss. La decadenza dell'istituto è illustrata dal Solazzi, *Le nozze della minorenne* (1916) e, più ampiamente, in «*Ius liberorum*» *e analfabetismo* (1918), in *Scr.* 2 (1957) 147 ss., 229 ss., con letteratura. — Sul *sexus muliebris* e le limitazioni ad esso connesse: *retro* n. 26.4 e 30.3.2. — Le ragioni della *tutela mulierum* sfuggivano quasi completamente alla giurisprudenza classica. Evidente l'imbarazzo di Gai 1.190: *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. Sul tema: Zannini, *Gaio antifemminista?*, in *Prosp. sistematiche nel dir. rom.* (1976) 791 ss. A proposito della «*nulla pretiosa ratio*»: Guarino, *Preziosità gaiana* (1976), in PDR. 5 (1994) 324 ss.

46.1.1. Sulle *mulieres* soggette a *tutela* cfr. 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, Guizzi, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta* (1968) spec. 5 ss. — Sul *ius liberorum*: *retro* n. 35.2. Cfr. Gai 1.194.

giuridici (quindi non *in potestate manu mancipiove* di un soggetto giuridico) e puberi (quindi non assoggettate a *tutela impuberum*). Erano ammesse due sole eccezioni: *a*) a favore delle sacerdotesse *Vestales*, che erano esenti per antichissima consuetudine anche dalla *patria potestas*; *b*) sulla base di una norma della *lex Iulia et Papia Poppaea*, a favore delle donne che avessero conseguito il privilegio del *ius* (*trium vel quattuor*) *liberorum*.

46.2. **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 esse stesse 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 acconciandosi a divenire *mulieres in manu* di un soggetto giuridico più gradito.

46.3. **Il *tutor testamento datus*** («tutore testamentario») 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* non fu più osservata.

46.3.1. Se il tutore testamentario era dato alla *mulier* da chi avesse avuto su di essa la *manus* (non quindi dal titolare della *patria potestas*), il testatore poteva anche concedere alla donna di scegliersi essa stessa il tutore (cd. «*tutor optivus*»). Si distingueva, al riguardo, tra: *a*) una scelta del tutore «limitata» («*optio tutoris angusta*»), nell'ipotesi che la *mulier* ottenesse il diritto

---

46.2. Per le **vicende della *tutela mulierum*** v. *retro* n. 44.4 e 45.4. 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 *impubes* o *furiosus*. Comunque, se proprio necessario, si ricorreva al *tutor praetorius* ed ai tutori speciali così come per la *tutela impuberum*: v. *retro* n. 45.2. — Sulla **tutela postclassica**: Lovato, *Aspetti innovativi della tutela nel Basso Impero*, in *Dir. e società nel mondo rom.* 1 (1988) 129 ss.

46.3. Sul ***tutor testamentarius***: *retro* n. 45.3. V. anche: de Buján, *Contribución al estudio de la tut. testam. plural* cit.

46.3.1. Sull'***optio tutoris*** cfr. 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 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 tantum 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. 46.6.

di scegliersi il tutore non più di una volta o di un certo numero determinato di volte; *b*) una scelta del tutore «illimitata» («*optio tutoris plena*»), nell'ipotesi che la *mulier* ottenesse il diritto di scegliersi quanti tutori volesse, l'un dopo l'altro o separatamente per singoli affari diversi.

46.4. Il *tutor legitimus* («tutore legittimo») era: *a*) per la *mulier ingenua*, l'*adgnatus* più stretto (quindi, per la donna che fosse stata *uxor in manu*, in primo luogo il suo figlio di sangue, ma fratello sul piano agnatizio), subordinatamente un *gentilis*; *b*) per la *liberta* il *patronus* (subordinatamente i suoi discendenti); *c*) 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 de tutela mulierum*.

46.5. Il *tutor Atilianus* («tutore magistratuale») era nominato negli stessi modi e con gli stessi criteri valevoli per la *tutela impuberum*; ma in pratica alla sua designazione si procedeva solo se la donna 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 tutore fiduciario (*tutor fiduciarius*), di cui passiamo subito a parlare.

46.4. Sull'*in iure cessio tutelae* (retro n. 43.4.1) cfr. Gai 1.169-171: *Is autem, cui ceditur tutela, cessicius tutor vocatur. Qui sive mortuus fuerit sive capite deminutus, 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.) cfr. Gai 1.157. Si trattò probabilmente di un *plebiscitum* rogato (in base alla sua *tribunicia potestas*) dall'imperatore Claudio.

46.5. Sulla *datio tutoris mulieris*: Luzzatto, *A proposito di una «datio tut. mul.» ecc.*, in *St. Arangio-Ruiz* 4 (1953) 177 ss.; Arangio-Ruiz, *Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina dei tutori muliebri* (1956), in *St. epigr. e papir.* (1974) 450 ss.; Solazzi, *La «datio tut.» nelle tavolette di Ercolano* (1956), e *Magistrati municipali alla ricerca di tutori idonei* (1959), in *Scr.* 5 (1972) 639 ss., 6 (1972) 67 ss.; Grelle, *«Datio tut.» e organi cittadini nel Basso Impero* cit. retro n. 45.5. — Il *tutor mulieris dativus* risulta anche denominato «*iustus*» o «*legitimus*»: Garcia Garrido, *«Iustus tutor» y «legitimus tutor»*, in *AHDE* 25 (1955) 839 ss. — Sul problema dell'*età del tutor*: Solazzi, *L'età del tutore* (1924), in *Scr.* 2 (1957) 323 ss.

46.6. La **scelta del** *tutor* da parte della *mulier* era possibile, anche in difetto di un suo diritto di *optio*, mediante il ricorso a espedienti *in fraudem legi*, che erano peraltro entrati largamente nell'uso e nella tolleranza sociale. A questo scopo la donna, per sottrarsi a un tutore non gradito, cominciava col darsi in *coëmptio* a persona di sua fiducia (generalmente, un vecchio povero in canna e privo di eredi: il cd. «*senex coemptionalis*»), che esercitasse la *manus maritalis* secondo i suoi voleri («*coëmptio tutelae evitandae causa*»); dopo di che, per ridiventare *sui iuris*, essa si faceva *mancipare* da colui che l'aveva acquistata in *manus* alla persona di sua fiducia desiderata come tutore (divenendone *libera in mancipio*); quest'ultima persona effettuava la sua *manumissio* e con ciò finiva con l'essere appunto il suo tutore legittimo (inattaccabile *ex lege Claudia* perché tutore di una *libertina*): tutore denominato usualmente anche «*tutor fiduciarius*».

46.7. Le **funzioni del** *tutor mulieris* si riducevano alla formale autorizzazione (*auctoritatis interpositio*) di alcuni atti di

---

46.6. Sulla *coëmptio tutelae evitandae causa* cfr. Gai 1.114-115 b: *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, veluti tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. Quod est tale: si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore 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 coemptionem fecerit, filiae locum non optinet: quae tamen fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilo minus filiae loco incipit esse; nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci.* V. retro n. 39.4.2 e n. 41.2.1. — Sul *tutor fiduciarius*: Erbe, *Die Fiduzia im röm. R.* (1940) 145 ss.

46.7. Atti per i quali risulta richiesta l'*auctoritatis interpositio* sono i seguenti: alienazioni di *res mancipi* (Gai 1.192 e 2.80; Ulp. 11.27; cfr. 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* (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 liberta di istituire contubernio con schiavo altrui (ancora Ulp. 11.27). — In particolare, sulla *constitutio Rutiliana*: Kaser, *Fragmentum Vaticanum 1*, in *Labeo* 7 (1961) 291 ss.; Bauer, *Die «Rutiliana constitutio» des Julian*, in Z. 54 (1986) 97 ss., che dubita della sua esistenza. Ecco comunque il testo abbreviato di Vat. 1: *Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit..., non videtur bona fide emisse; itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribit... Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.* — L'inammissibilità dell'*actio tutelae* contro il «*tutor mulieris*» è affermata da Gai 1.191. Sul tema: Guzmán, *Sobre la responsabilidad del «tutor mulieris»*, in *AHDE.* 46 (1976) 443 ss. — Perozzi. *Gli ordinamenti giuridici moderni (è quasi inutile* particolare importanza (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 fosse esercitabile nessuna delle azioni esperibili contro il *tutor impuberis*, compresa l'*actio tutelae*.

47. LE CURATELE.

47.1. A prescindere dalle ipotesi pubblicistiche di *cura*, che qui non interessano, i tipi più importanti di *cura* («curatela») del *ius privatum* furono, nei tempi storici: la «*cura furiosi*», la «*cura prodigi*», 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 o 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 anche 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.

47.2. La *cura furiosi* dei cd. tempi storici (e in particolare dei periodi preclassico e classico) si ricollegava all'istituto po-

---

diritti non conoscono più la tutela delle donne. Tuttavia val la pena di ricordare che ancora nel primo ventennio del sec. XX esisteva, in Italia e altrove, l'istituto dell'«autorizzazione maritale», da richiedersi per le obbligazioni contratte dalla moglie. La eliminazione completa della disuguaglianza tra uomo e donna è stata realizzata, quanto al diritto privato, solo dopo la fine della seconda guerra mondiale.

47.1. Manca una trattazione di insieme delle curatele romane. Per gli istituti del *ius publicum*: Palma, *Le «curae» pubbliche* (1980). — Si tenga presente che, nella sistematica giustinianea, il paradigma della *cura* era costituito dalla *cura minorum*: cfr., ad esempio, I. 1.23.3 (*Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege XII tabularum* [ecc.]). 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 ai *furiosi* e ai *prodigi*.

47.2. Sulla *cura furiosi* dei tempi storici v. la letteratura riportata retro nn. 20.2.1, 44.2 e 44.3.1. Per le fonti cfr. I. 1.23; D. 27.10 (*De curatoribus furioso et aliis extra minores dandis*); C. 5.70. Sintomatico della ambiguità classica è Ulp. D.

testativo («*potestas in furioso pecuniaque eius*») della *lex XII tabularum*, ma con radicali differenze implicate dal carattere spiccatamente assistenziale che l'istituto era venuto lentamente ad assumere. Per «*furiosus*» si intendeva non 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 estensivo di «patrimonio economico» (con la sola 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*, un «ufficio di sorveglianza» sulla persona del demente 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 (fatto di *res mancipi* e *nec mancipi*) era nella titolarità (fiduciaria) del *curator*, a titolo di «patrimonio separato» in attesa di restituzione. Costruzione ambigua, che subì variazioni in età classica con una sempre più accentuata tendenza a considerare il *curator* come amministratore, anziché come titolare del patrimonio del malato di mente.

47.2.1. La nuova concezione del «*furiosus*» come «pazzo guaribile» implicò un ampliamento dei casi e delle varietà di pazzia, nel senso che: *a*) 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*»,

---

1.5.20: *Qui furore coepit et statum et dignitatem in qua fuit et magistratum et potestatem videtur retinere, sicut rei suae dominium retinet.*

47.2.1. Sulla concezione classica del *furiosus*: 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), in *Scr.* 2 (1957) 549 ss., 5 (1972) 351 ss.; Renier, *Observations sur la terminologie de l'aliénation mentale*, in *RIDA.* 5 (1950) 429 ss.; García Vázquez, *La polémica en torno al concepto de «furiosus»*, in *Om. Álvarez Suárez* (1978) 185 ss.; Frighone, *Sulla condizione della «mulier furiosa»*, in *Labeo* 3 (1957) 359 ss.; Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale in dir. rom.* (1983); Lanza, *Ricerche sul «furiosus» in dir. rom.* (1990). — Degli *intervalla insaniae* ci ragguaglia Giustiniano, in una costituzione del 530 riferita in C.I. 5.70.6 e C.I. 6.22.9, che riporta le controversie intercorse tra gli «*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*.

del «*mentecaptus*», dell'«*insanus*» e via dicendo; *b*) si ammise peraltro la possibilità che il folle avesse intervalli più o meno lunghi di sanità nella sua demenza («*intervalla insaniae*»), durante i quali la *cura* non era esercitabile, salvo a riprendere efficacia in caso di ricaduta. La giurisprudenza postclassica, esasperando questa tendenza, giunse addirittura a sostenere che, pur rimanendo stabile la *cura*, il pazzo potesse compiere atti negoziali utili in tutti i suoi anche momentanei intervalli di lucidità, che è quanto dire in tutti i momenti in cui fosse concretamente capace di intendere e di volere.

47.2.2. «*Curator furiosi*» era sempre, in omaggio al disposto della *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 province 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 oculata del *curator furiosi*: scelta che, peraltro, tendeva ad adeguarsi, nei limiti del possibile, alle indicazioni testamentarie eventualmente fornite dal *pater* del folle e, subordinatamente, alle relazioni di parentela agnatizia e cognatizia.

47.2.3. Le funzioni del «*curator furiosi*» erano: *a*) di sorvegliare la persona del *furiosus*, provvedendo alla sua assistenza ed al suo mantenimento; *b*) di amministrare per conto di lui il patrimonio separato di cui era titolare, approssimativamente allo stesso modo della *negotiorum gestio* spettante al *tutor* di un *infans*. Al termine della gestione (che era segnato dalla guarigione o dalla morte del *furiosus*), il *curator* doveva renderne il conto agli eredi o allo stesso paziente risanato e poteva essere convenuto, per la cattiva gestione, con un'*actio negotiorum gestorum*. Le potestà familiari spettanti al *furiosus* di sesso maschile (sui *filii*, le *mulieres in manu*, i *liberi in mancipio*) rimanevano dun-

---

47.2.2. Al diritto classico era ignoto il *curator testamentarius*, ma da Mod. D. 26.3.1.3 (cfr. anche D. 27.10.16 pr.) risulta che, se il padre designava un *curator* ai figli 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 Dig. XII* (1921), in Scr. 2 (1957) 537 ss.

47.2.3. Le funzioni del *curator furiosi* sono poste in evidenza 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 fondamento decemvirale, cfr. 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 «furiosus»* (1950), in Scr. 6 (1972) 566 ss.

que, almeno nella cd. epoca storica, praticamente inesercitate o erano di fatto (ma non di diritto) esplicate per conto del demente dal *curator*: l'unica *potestas* parafamiliare che il *furiosus* maschio fosse ammesso validamente ad esplicare, malgrado la malattia, era quella, peraltro eminentemente nominale, di *tutor mulieris*.

47.3. La *cura prodigi* dei cd. tempi storici aveva anch'essa subito, non meno della *cura furiosi*, una sensibile evoluzione rispetto all'assetto fissato nella *lex XII tabularum*. Il *curator* era privo di ogni *potestas* sulla persona del *prodigus*, il quale, se di sesso maschile, conservava pienamente il diritto all'esercizio delle potestà familiari e parafamiliari. Egli era invece titolare del solo patrimonio economico del prodigo (anzi, in età preclassica e classica, solo di una certa parte di quel patrimonio) e in questa veste aveva l'ufficio (*munus*) di amministrarlo nel suo interesse e di restituirlo a lui od ai suoi eredi: non era considerato, più semplicemente, un mero amministratore di quei cespiti per il fatto che la sua originaria *potestas* sul prodigo lasciò ancora a lungo, almeno sul piano formale, la propria traccia.

47.3.1. Il «*prodigus*» assoggettato a cura non era un qualsiasi dilapidatore, ma era colui che, avendo ereditato *ab intestato* i «beni aviti» («*bona paterna avitaque*»), li amministrasse rovinosamente con danno della propria *familia* e, indirettamente, di tutta la *civitas*. La *cura prodigi* trovava applicazione, dunque, esclusivamente nei confronti dell'*heres suus ab intestato* ed era inoltre subordinata ad una formale «interdizione» («*interdictio*») pronunciata *in iure* dal *praetor*: non si estendeva alle ricchezze acquisite dal *prodigus* a titolo diverso dalla successione *ab intestato* dai suoi ascendenti (per esempio, ai beni ottenuti testamentariamente da un terzo). È dubbio se il *prodigus* fosse considerato «guaribile» da quella che era più una endemica debolezza del carattere che una vera e propria malattia dello spirito:

47.3. Sulla *cura prodigi* cfr. I. 1.23; D. 27.10; C I. 5.70. Sul piano pratico, la sottoposizione a *cura prodigi* delle donne, essendo queste prive di sottoposti *in potestate*, interessati alla buona amministrazione da parte loro dei *bona paterna avitaque*, era piuttosto rara.

47.3.1. 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* o il *praeses provinciae*. — La formula dell'*interdictio* era: «*quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi aere commercioque interdico*». La formalità dell'*interdictio*, a partire dal tardo periodo classico, non fu sempre ritenuta indispensabile, purché fosse provata chiaramente la prodigalità del soggetto. — Sulle ipotesi di prodigalità: Ferretti, *Le cause della prodigalità nel d. r.*, in *AUFE*. 50 (1996) 273 ss.

comunque l'eventualità della guarigione doveva essere considerata praticamente rarissima.

47.3.2. 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 potestà sulla persona del prodigo. Coerentemente alla funzione assistenziale da essa acquisita, la *cura prodigi* si estese però, in età postclassica, dai soli beni aviti all'intero patrimonio economico del *prodigus*: al quale ultimo venne tuttavia riconosciuta una capacità di agire paragonabile a quella dell'*infantia maior* o, per certi risvolti, del *minor*.

47.4. Tra le curatele minori del *ius privatum* possono indicarsi: le *curae debilium personarum* e le *curae* tutelari.

47.4.1. I «*curatores debilium personarum*» («curatori dei minorati», cioè dei cd. handicappati) erano nominati dal *praetor* e da altri magistrati (o funzionari imperiali) tutte le volte che si presentasse la necessità o l'evidente opportunità di prestare un'adeguata assistenza, ai fini del compimento di specifici atti giuridici, ai soggetti che fossero muti, sordi o altrimenti minorati nel loro fisico.

47.4.2. «Curatori tutelari» possono essere definiti il «curatore dell'impubere» («*curator impuberis*») e il «curatore della donna» («*curator mulieris*»), ambedue di nomina magistratuale. Essi avevano il compito di prestare aiuto come curatori aggiunti

---

47.3.2. 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 ciò che attiene al dilapidatore dei beni ricevuti per testamento, abbia avuto il suo inizio già in periodo classico. Cfr. [illegible].

47.4. Le curatele minori costituivano un elenco piuttosto vasto, che non vale qui la pena di ricostruire. Basti ricordare, a prescindere dalle ipotesi di cui parliamo nel testo, il caso del «*curator ventris*», per il quale v. *retro* n. 15.3.1 e 29.3.1, e i molti casi emergenti dalle fonti di *curatores* «*speciales*», o «*ad actum*», o «*ad certam causam*» nominati per l'assistenza a singoli atti giuridici. V. anche *infra* n. 48.2.2. — Sulla cura sostitutiva della *tutela*: *retro* n. 45.2.

47.4.1. Sui *curatores debilium personarum*: Dalla, sv. *Sordo, muto e sordomuto (d. rom.)*, in ED; Kaser, *Blinde und Taubstumme im r. R.* (1991). Cfr. D. 3.3.1.3; 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).

47.4.2. Sul *curator impuberis* (o «*curator pupilli*»): Solazzi, «*Curator impuberis*» (1917). — Sul *curator mulieris*: Solazzi, *La minore età* cit. 133 ss. — In diritto giustinianeo, scomparsa la *tutela mulierum*, sussisteva il solo *curator pupilli*. Cfr. I. 1.23.5-6.

(«*curatores adiuncti*») al *tutor* inidoneo all'esercizio delle sue funzioni o materialmente impedito (per esempio, a causa di un viaggio) dall'esercitarle. In età postclassica fu loro riconosciuta anche la facoltà di sostituire integralmente il *tutor*.

48. LA «CURA MINORUM».

48.1. Il caso maggiormente diffuso di *cura* nel *ius privatum* romano fu proprio quello di più recente istituzione, la *cura minorum* («cura dei minorenni»): un istituto di assistenza dei soggetti giuridici di ambo i sessi che avessero raggiunto la *pubertas*, ma fossero di età inferiore ai venticinque anni o, in età postclassica, ai vent'anni.

48.2. L'evoluzione storica dell'istituto, peraltro non poco controversa, può essere così ricostruita.

48.2.1. Intorno al 200 a. C. una *lex Laetoria* (o *Plaetoria*) «*de circumscriptione adulescentium*» affrontò il problema dei

---

48.1. Sulla *cura minorum*: Solazzi, *La minore età* cit.; Kränzlein, *Zur «cura min.» etc.*, in *St. Schmidt* (1966); id., *Obligatorische «cura min.» im justinian. R.?*, in *St. Grosso* 4 (1971) 317 ss.; Cervenca, *Studi sulla «cura min.»* 1. *«C. m.» e restitutio in integrum»*, in *BIDR.* 75 (1972) 235 ss., 2. *In tema di «excusationes» dalla «c. m.»*, in *BIDR.* 77 (1974) 139 ss.; id., *In tema di «curatores» dunque dei curatori ai «minores XXV annorum»*, in *Iura* 37 (1986) 94 ss.; id., *Osservazioni sul «curator» della donna minore di venticinque anni*, in *Iura* 40 (1989) 24 ss.; Musumeci, *L'interpretaz. dell'ed. sui minori etc.*, in *St. Gallo* 2 (1997) 39 ss. Per le fonti: I. 1.23; D. 4.4; C.I. 2.22 (23); Gai 1.196-198; Ulp. 12.4. — Sulla tendenziale riduzione postclassica della cura ai *minores XX annorum*: retro n. 20.3.3 e 44.6.

48.2.1. Sulla *lex Laetoria*: Weiss, sv. «*Lex Plaetoria*», in *PW.*; Di Salvo, *«Lex Laetoria». Minore età e crisi sociale tra il III e il II secolo a. C.* (1979); Crook, *«Lex Plaetoria»*, in *ATH.* 62 (1984) 586 ss. La data del plebiscito è da assegnare al periodo tra il 210 e il 191 a. C. Quanto al nome, la legge, denominata *Plaetoria* dalla *Tab. Heracleensis*, è da ritenere fosse denominata *Laetoria*, come risulta da altre fonti epigrafiche e, in particolare, anche da *Tab. Irnitana* 1. 84. — Sulla *circumscriptio adulescentium*: Wacke, *«Circumscribere», gerechter Preis und Arten der List*, in *ZSS.* 94 (1977) 184 ss.; id., *Zum Rechtsschutz Minderjähriger gegen geschäftliche Übervorteilung besonders durch die «l. P.»*, in *T.* 48 (1980) 203 ss.; Ankum, *Le «minor captus» et le «minor circumscriptus» en dr. rom.*, in *Ét. Jaubert* (1992) 35 ss. (secondo cui «*captus*» indicherebbe anche l'ipotesi del minore vittima della sua inesperienza, della sua facilità nel trattare gli affari, più ancora che della furbizia del contraente). — Cic. *de 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 sit*». Cfr. Lenel, *EP.*³ 513. — L'*in integrum restitutio* costituì oggetto di un editto riportato da Ulp. D. 4.4.1.1: «*Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam*». V. 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 troppi vantaggi che, in quei tempi di forte risveglio commerciale, affaristi di pochi scrupoli traevano dai rapporti con i minori di venticinque anni (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* (aperta cioè a tutti, al *quivis de populo*) avente carattere penale e da esercitarsi contro chiunque avesse operato a suo vantaggio un'opera di «abbindolamento» (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 minori dei 25 anni, sempre che fossero *sui iuris* (e, almeno di regola, maschi), due rimedi contro l'autore della *circumscriptio*, o comunque contro colui che utilizzasse nei loro confronti il negozio ottenuto mediante *circumscriptio*: *a*) una eccezione («*exceptio legis Laetoriae*»), intesa a paralizzare l'azione esercitata contro di loro per far valere il negozio; *b*) un provvedimento di «ripristino integrale» («*in integrum restitutio ex lege Laetoria*»), inteso alla reintegrazione dello *status quo ante*, in caso di avvenuta esecuzione del negozio.

48.2.2. È pensabile che, di fronte a questa situazione, coloro che entravano in rapporti di affari con un *adulèscens*, specie se maschio (e quindi non assistito da un *tutor*), abbiano preso la precauzione di esigere ad ogni buon conto, cioè per ridurre il rischio di una futura *exceptio* o *in integrum restitutio*, che l'*adulescens* si facesse confortare nella negoziazione dal parere favorevole di una persona maggiorenne. Di qui derivò probabilmente l'uso che i *minores* si rivolgessero essi stessi al *praetor* per ottenere la nomina, di volta in volta che avessero bisogno di indurre qualcuno a commerciare con loro, di un curatore speciale («*curator ad certam causam*»): questo *curator*, assistendo al compimento del negozio, esprimeva il suo «*consensus*», nel senso peculiare di un «parere di conformità» in ordine all'utilità dell'affare.

48.2.3. L'utilità oggettiva, ormai largamente riconosciuta, dell'intervento del curatore speciale suggerì al *praetor*, tra la fine

---

oltre l'anno: v. *infra* n. 48.2.3. V. D'Ors, *La acción del minor restituido*, in *AHDE*. 49 (1979) 277 ss. — Sulle ipotesi eccezionali di *circumscriptio adulescentis alieni iuris*, cioè di approfittamento malizioso di cui fosse stato vittima un *filius familias* dotato di «mera capacità di agire» (v. *retro* n. 20.4): Ankum, *La position juridique du «filius familias» mineur en dr. rom. classique*, in *Mél. Wubbe* (1993) 1 ss. — Sulle *actiones populares*: *infra* n. 87.2.

48.2.2. La presenza del *curator ad certam causam*, pur non eliminando la possibilità della *exceptio* e della *integrum restitutio*, diminuiva fortemente il rischio che il negozio risultasse in proseguo squilibrato a danno del *minor*.

48.2.3. Le prime ipotesi di *curator minoris* a titolo stabile furono quelle della *mulier minoris aetatis*, in considerazione della scarsa importanza ormai 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 minorenni stessi 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 coadiutore e consigliere dell'*adulescens*.

48.2.4. Nel corso del periodo classico (precisamente, per iniziativa di Marco Aurelio) il *curator minoris* passò ad essere, da assistente occasionale del minore impegnato in un affare o in un processo, «curatore stabile» del minorenne. E fu questo l'inizio di uno sviluppo, per gran parte postclassico, in forza del quale il «curatore del minore» («*curator minoris*»), senza essere un titolare di potestà sull'*adulescens* e senza esercitare una integrazione della sua volontà del tipo dell'autorizzazione tutoria, 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 concentrate nell'amministrazione del patrimonio economico del minorenne. Dal che è ovvio che facilmente derivò, nel corso del periodo postclassico, un'azione reciproca tra *tutela impuberis* e *cura minorum* ed una sorta di fusione (che talvolta fu piuttosto confusione) dei due istituti.

48.3. Fatto costitutivo della *cura minorum* fu esclusivamente la nomina magistratuale o, nel periodo postclassico, la

---

rivestita dal *tutor mulieris*, e quella dell'*adulescens miles*, in considerazione del poco impegno che i militari portavano alla gestione dei propri affari. Ma è assai probabile che il *curator* stabile si sia diffuso largamente anche prima di Marco Aurelio.

48.2.4. Sulla riforma di Marco Aurelio cfr. SHA. *Vita Marci* 10.12: *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 controversissima.

48.3. Sulla scelta del *curator* cfr. I. 1.23.2: *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 *tutor*) rispettare l'eventuale designazione del *pater*: Solazzi, *La minore età* cit. 39 ss.

nomina da parte degli stessi funzionari che provvedevano alla scelta del *tutor impuberis*. Di regola era però necessaria la domanda dell'interessato («*inviti adulescentes curatorem non accipiunt*»): peggio per lui se omettesse di provvedersi di un *curator*. Quanto ai requisiti di capacità ed alle eventuali *excusationes*, si estesero al *curator minoris* le stesse regole valevoli per il *tutor impuberis*.

48.4. La funzione caratteristica del *curator* (fosse egli *curator ad certam causam*, cioè curatore speciale, o fosse *curator* generale e stabile) era la manifestazione (contemporanea o successiva) del *consensus* nei confronti del negozio posto in essere dal minore. Ma il *consensus* del *curator*, 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*.

48.5. Nei confronti del *minor* il *curator* aveva la posizione di un *negotiorum gestor*, in senso proprio, cioè nel senso di un suo rappresentante spontaneo o, in altri termini, di un soggetto che, senza averne ricevuto mandato, esercitava un'attività utile al *minor*. Perciò sin dall'età classica i rapporti tra *curator* e *minor* vennero tutelati col ricorso all'«*actio negotiorum gestorum*».

48.5.1. 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* ai singoli negozi. L'*actio negotiorum gestorum* fu, pertanto, progressivamente estesa alla tutela di tutto il complesso di diritti e di obblighi connessi con l'amministrazione curatoria ed acquistò, per questa via, anche altre denominazioni

---

48.4. Sul *consensus curatoris*, per tutti: Bonfante, *Corso* cit. 536 ss. Probabilmente alterato, Mod. D. 1.7.8 parla già di «*curatoris auctoritas*».

48.5. Sulla *negotiorum gestio* del *curator* e sulla progressiva trasformazione di quest'ultimo in amministratore del *minor*, esistono vive controversie. V. per tutti: Bonfante, *Corso* cit. 673 ss.

48.5.1. 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. Sul tema: Cervenca, *Note in tema di responsabilità penale del «minor XXV annis»*, in *St. Guarino* (1984) 2739 ss.

(ad esempio: «*actio negotiorum gestorum utilis*», «*iudicium utile*», «*iudicium curationis*»).

48.5.2. 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*».

48.5.2. Sulla excusatio curatoris: Guzmán, «*Cura minorum*» *y* «*excepciones*» *en D. 4.4.11.2*, in *St. Sanfilippo* 2 (1982) 191 ss. — Sul regime giustinianeo spec.: Bonfante, *Corso* cit. 678 ss.; Albertario, *Di alcune innovazioni postclassiche giustinianee riguardanti la «cura minorum»*, in *St.* 1 (1933) 409; Kaser, *RPR.* 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. — Sul discusso tema della confirmatio curatoris: Desanti, «*De conf. tut. vel cur.*» cit. 247 ss., con bibl. V. retro n. 65.3. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni, pur in gran parte non ricalcando nemmeno indirettamente le tracce degli istituti romani della tutela e della cura nella loro configurazione giustinianea, sono tutti, ovviamente, solleciti nei confronti del problema di assegnare a persone adatte (oltre che a pubbliche istituzioni specializzate) il diritto-dovere dell'adeguata assistenza a soggetti giuridici che, privi di genitori o di genitori sufficientemente responsabili, si trovino in stato permanente o transeunte di minorazione fisica o psichica; il che, essendo l'assistenza stessa considerata chiaramente un munus, si svolge sotto lo stretto controllo dei poteri pubblici, e in particolare dell'autorità giudiziaria. Il diritto italiano vigente (cfr. a. 343-432 c.c.), a prescindere da una certa quale organizzazione dell'assistenza pubblica diretta, prevede, subordinatamente alla direzione e al controllo di un «giudice tutelare», principalmente due istituti, denominati (ma solo denominati) alla romana, tutela e curatela: a) la «tutela», affidata all'esercizio di un tutore (eventualmente anche di un protutore) di nomina giudiziaria, esplica la funzione di rappresentare e proteggere i minori non emancipati, i maggiorenni in stato di «interdizione giudiziale» per un'infermità abituale di mente che li renda totalmente incapaci di intendere e di volere, le persone in stato di «interdizione legale» a seguito di gravi condanne penali; b) la «curatela», affidata all'esercizio di un curatore di nomina giudiziale, esplica la funzione di assistere i minori emancipati e i maggiorenni in stato di «inabilitazione giudiziale» per lievi infermità di mente, prestando il curatore il proprio consenso agli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.*

CAPITOLO IX

I RAPPORTI ASSOLUTI DOMINICALI

SOMMARIO: 49. I rapporti assoluti dominicali. — 50. Le vicende del *dominium ex iure Quiritium*. — 51. La tutela del *dominium ex iure Quiritium*. — 52. La *dominica potestas* sui servi. — 53. I rapporti affini al *dominium ex iure Quiritium*. — 54. Il *dominium* unificato.

49. I RAPPORTI ASSOLUTI DOMINICALI.

49.1. I rapporti assoluti dominicali del *ius privatum* furono: *a*) il *dominium ex iure Quiritium*; *b*) il cd. *in bonis habere* pretorio; *c*) la cd. *possessio vel usus fructus* dei *fundi provincia-*

49.1. Sui rapporti assoluti dominicali (denominati usualmente come «*dominium*» o «proprietà»), in generale: Scialoja, *Teoria della proprietà* 1 (1928), 2 (1931); Bonfante, *Corso di dir. rom.* 2.1 (rist. 1966) e 2.2 (rist. 1968); Kaser, *Eigentum und Besitz im ält. röm. R.*² (1956); Grosso, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione rom.* (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); id., *Das Eigentum in Rom vom Ende der patriarchalischen Ordnung bis zur Blütezeit der Sklavereiordnung*, in *Eigentum* (1987) 157 ss.; id., *Dominium e possessio nell'Italia romana*, in *La proprietà e le proprietà* (1988) 141 ss.; Plescia, *The development of the ownership-right in Roman law*, in *RIDA.* 88 (1985) 165 ss.; Kuhn, *Römische Eigentumsordnung und privates Bodenrecht bis zur Severerzeit*, in *Eigentum* cit. 140 ss.; Pugsley, *The roman law of property and obligations* (1972); Kaser, *Ueber «relatives Eigentum» im altröm. R.*, in *ZSS.* 102 (1985) 1 ss. Per la contrapposizione «rapporti assoluti - rapporti relativi»: Scherillo, *Il concetto di diritti reali (considerazioni storico-dogmatiche)*, in *St. Betti* 4 (1962) 83 ss. V. anche *retro* n. 14.2.1. La materia è trattata a vari propositi nelle fonti giuridiche romane: cfr. particolarm. 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*). — L'espressione *dominium* (cui oggi si suole preferire l'italiano «proprietà», il francese «propriété», il tedesco «Eigentum», lo spagnolo «propiedad», l'inglese «property»: vocaboli indicativi del concetto di «appartenenza») è termine che, preso in sé e per sé, sta a significare la titolarità del comando, della supremazia nella *domus*, cioè nella sede centrale della sfera patrimoniale del *paterfamilias* (nel senso *les*. Tutti e tre ebbero come loro paradigma l'istituto civilistico del «*dominium ex iure Quiritium*» ed appunto perciò giunsero, in età postclassica, a fondersi tra loro sotto la denominazione unitaria di «*dominium*». 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».

49.2. Il *dominium ex iure Quiritium* era il *dominium* riconosciuto e regolato dal *ius civile vetus* (dunque, il «dominio

---

di appartenenza» anche l'inglese «ownership», parola di costruzione più recente che «property»). Ecco perché poteva capitare che, nell'uso meno rigoroso, fosse chiamata «domina» anche la moglie del *paterfamilias*, cioè dell'unico e vero *dominus* a rigor di diritto. — Postilla. *Agli ordinamenti giuridici moderni l'istituto della «proprietà privata» è riuscito, pur attraverso deformazioni secolari (come quelle determinate dal sistema feudale) e vicissitudini violente (come quelle seguite alla «nazionalizzazione dei mezzi di produzione» dei sistemi socialistici), a pervenire in un assetto fondamentalmente simile a quello raggiunto dal diritto romano, come vedremo infra n. 56, in periodo postclassico-giustinianeo. I residui feudali non mancano (per esempio, nella concezione inglese della «property» fondiaria, sulla quale v. infra nt. 49.4), non mancano nemmeno (anche se sono in via di forte riduzione) le manifestazioni di collettivismo dei beni di interesse generale per la vita della comunità; ma, a parte ciò ed anche per l'influenza esercitata dalla internazionalizzazione dei rapporti economici, il dominium si atteggia oggi, un po' dovunque, come si atteggiava nella compilazione giustinianea: fortemente individualistico, anche se sottoposto a vari limiti di interesse sociale (che fanno spesso parlare, in toni marcatamente retorici, di una sorta di «funzione sociale» della proprietà); esteso anche alle opere dell'ingegno ed alle invenzioni industriali (i cui autori sono spesso qualificati come titolari di una cd. «proprietà intellettuale»); particolarmente curato (con l'imposizione di sistemi di pubblicità imperniati su «atti pubblici» e su iscrizioni nei «pubblici registri») quando si tratti di proprietà immobiliare (fondiaria o edilizia) o anche di proprietà attinente a cose mobili di un certo rilievo sociale (navi, aeromobili, automobili ecc.). Il più vicino al modello romano è l'ordinamento germanico (che ancora subordina alla effettiva «traditio» il trasferimento della proprietà immobiliare); il più lontano è tuttora l'ordinamento inglese (non però quello degli altri paesi anglosassoni); in posizione meno strettamente affine al modello romano sono gli ordinamenti influenzati dal Code civil francese, quindi anche quello italiano (che, ad esempio, si accontentano del consenso delle parti per il trasferimento in proprietà dei beni mobili a regime ordinario). Per quanto riguarda il diritto italiano vigente (che esalta solennemente la «funzione sociale» della proprietà nell'a. 42 Cost.), cfr. (a parte le molte leggi speciali integrative) a. 832-839 (disposizioni generali), 840-921 (proprietà fondiaria e edilizia), 922-947 (modi di acquisto), 1153-1157 (possesso di buona fede di beni mobili, produttivo di acquisto della proprietà se sussistente al momento della consegna e accompagnato da un titolo idoneo al trasferimento: principio cd. «possession vaut titre»), 1158-1167 (usucapione), 1032-1057 (servitù coattive), 948-951 e 1171-1172 cc. (tutele giudiziarie).*

49.2. Sulla *derivazione ex iure Quiritium* del *dominium*: retro n. 34.3.1 e 34.4.3. Sul tema: Kaser, *Der römische Eigentumsbegriff* (1962), in *Schr.* 2 (1976) 69 ss. — Sulla distinzione *res mancipi* - *nec mancipi*: retro n. 19.8. — Sui rapporti fra i termini *proprietas* e *dominium* e sulla età di apparizione della terminologia: Monier, *La date d'apparition du «dominium» etc.*, in *St. Solazzi* (1948) 357 ss.; Solazzi, *Alfeno Varo e il termine «dominium»* (1952), in *Scr.* 6 (1972) 628 ss.; De Visscher, *Quelques observations sur les origines du «dominium» romain*, in *Bull. Acad. Royale Belgique* 1958; Feenstra, *«Duplex dominium»*, in *St. David* 1 (1965) 55 ss.; Molcut, *Terminologia juridica romana in materia proprietatii*, in *An. Univ. București, 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. — Altro termine indicativo del *dominus* era *erus*, almeno nei tempi più antichi. Oltre che in Plauto (ove indica il padrocivilistico»): la ragione per cui, invece di esser denominato semplicemente «*dominium*» o «*dominium iure civili*», esso fu designato come «*ex iure Quiritium*», consisté, come abbiamo già detto, nel fatto della sua derivazione («*ex*») dal *mancipium* quiritario, quindi dall'antichissimo *ius Quiritium*. Nel sistema del *ius civile vetus*, va ribadito, l'istituto 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* originario il *dominium ex iure Quiritium* rappresentò, da un certo punto di vista, un istituto di minore estensione a causa della 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* per il fatto che ne costituivano oggetto non soltanto le «*res mancipi*», ma anche le «*res nec mancipi*», cioè le *res* che erano state al di fuori dell'antico *mancipium*. Tuttavia, della duplice derivazione dei suoi oggetti il *dominium ex iure Quiritium* conservò, per tutto il corso del diritto romano, almeno 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*.

49.3. Soggetti attivi del *dominium* civilistico (vale a dire «*domini ex iure Quiritium*») furono: *a*) i cittadini romani (beninteso, se ed in quanto *sui iuris*, cioè familiarmente autonomi); *b*) gli stranieri (*peregrini*) cui fosse riconosciuto il «*ius commercii*», quindi la capacità di compiere atti giuridici di contenuto economico alla stregua dei cittadini romani *sui iuris* (principalmente, i *Latini*): la progressiva estensione della cittadinanza romana agli abitanti dell'impero, sino agli estremi toccati con la *consti-*

---

ne dello schiavo) caso è attestato da Ulp. D. 9.2.11.6 in ordine alla *lex Aquilia de damno*: *legis autem Aquiliae actio «ero» competit, id est domino* (v. *infra* n. 89.2.2). Voler sottilizzare troppo sulla sfera di riferimento di questo e di altri vocaboli è vano: è escluso che i Romani, ivi compresi gli autori delle *leges*, si uniformassero rigidamente alle regole di un lessico giuridico che, oltre tutto, non c'era. Le terminologie da noi, qui ed altrove, utilizzate hanno pertanto carattere coscientemente «indicativo»: sono utilizzate cioè al fine di indicare sempre con la stessa parola un certo concetto giuridico espresso dalle fonti in modi diversi.

49.3. Sui soggetti del *ius privatum*: *retro* n. 15 e 16.3.1. — Sui soggetti attivi del *dominium* (*ex iure Quiritium*) cfr. 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, da ultimo: 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, *Erlosch die «auctoritas» des Veräusserers und die «Sententiae Pauli»*, in *St. Volterra* 5 (1971) 561 ss. V. anche *infra* n. 50.10.3. — Sul *ius commercii*: *retro* n. 15.5, 16.3.

tutio Antoniniana del 212, rese ovviamente sempre più vasto (a prescindere dal sopravvenire delle forme affini al dominio, di cui parleremo in appresso) l'accesso alla titolarità attiva del rapporto. Quanto ai «soggetti passivi» del *dominium*, essi erano gli «*omnes*», ma solo nel senso di tutti gli altri soggetti (cittadini o stranieri) dell'ordinamento giuridico romano, essendo possibile esclusivamente nei loro riguardi la difesa giudiziaria del *dominium ex iure Quiritium*: chi fosse estraneo a questa compagine umana (in particolare, perché straniero privo di *ius commercii*) e si impadronisse di una *res in dominio ex iure Quiritium*, ne era spossessato, a favore di chi se ne dicesse *dominus*, con interventi coercitivi pubblici e per il solo fatto di non essere ammesso alla titolarità di rapporti giuridici romani.

49.4. Oggetto del *dominium* civilistico potevano essere tutte le cose commerciabili (*res in commercio*): sia *mancipi* sia *nec mancipi*, sia *immobiles* sia *mobiles*, salva una importante limitazione per le cose immobili. Il *dominium ex iure Quiritium* ad oggetto immobiliare (il cd. «dominio fondiario») era infatti concepibile e ammesso solo in ordine ad estensioni di terreno site su territorio romano («*fundi in agro Romano*»): quindi facenti parte delle 35 tribù territoriali della *civitas* insediate sul territorio italico peninsulare (dal Rubicone in giù), oppure facenti parte delle colonie e dei municipi di cittadinanza romana («*coloniae et municipia civium Romanorum*») ubicati in Italia e fuori (cioè nelle *provinciae*) ma fittiziamente annessi (alla stregua di filiali o di sedi distaccate) alle varie tribù territoriali.

49.4. 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, 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 (derivante da quella tra *res soli* e *ceterae res*: retro n. 19.7) fu chiaramente enucleata solo nel periodo classico. — Sul regime della proprietà fondiaria: De Martino, *Storia della costituzione romana* 2² (1973) 284 ss., 331 ss., 502 ss., con bibl.; Kuziscin, *La grande propr. agraria nell'Italia romana: II sec. a. C. - I sec. d. C.* (1984); Simshäuser, *Das römische Bodeneigentum*, in *Eigentum* cit. 79 ss.; Capogrossi Colognesi, *Ai margini della propr. fondiaria*² (1995); id., *Proprietà e diritti reali* etc. (1999). V. anche Marcone, *Storia dell'agricoltura romana* etc. (1997). — Sulla proprietà degli edifici: Martin, *The roman jurists and the organization of private building* etc. (1989); Silveira Marchi, *A propriedade horizontal no Dir. Rom.* (1985); id., *La proprietà per piani nel dir. rom.*, in *Index* 18 (1990) 263 ss.; Rainer, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klass. röm. R.* (1987). — Sull'esistenza del *dominium* anche nei territori di 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*: ipotesi discutibile). — Su municipia e coloniae civium Romanorum: retro n. 17.2.1.

49.4.1. In ordine alla proprietà immobiliare (che era costituita da *res mancipi*), va inoltre precisato che essa era il risultato di una peculiare «concessione» fatta dalla *respublica* alle *familiae*, essendo convinzione radicata che tutto il territorio romano fosse, per principio di base, «*ager publicus*», cioè terreno (*extra commercium*) di pertinenza della comunità nel suo insieme e, per essa, della *respublica* e dei suoi organi di governo. Di fronte alle molteplici altre specie di concessione che dell'*ager publicus* si potevano fare e si facevano, quelle in *dominium ex iure Qui-*

49.4.1. Sull'*ager publicus* e sull'assegnazione di esso in *possessio*: retro n. 35.4.1. Sui «*latifundia*», che erano molto spesso frutto di occupazioni abusive dell'*ager publicus*, v. anche retro n. 34.4.3. Amplius sul tema: Guarino, *SDR.* n. 79, 90, 190. — La *divisio et adsignatio agrorum* alle *familiae* ci è nota soprattutto attraverso gli scritti degli «agrimensori» romani (cd. «gromatici», da «groma», cioè dal goniometro che usavano, o anche «*finitores*»), particolarmente relativi alle *coloniae civium Romanorum*. Sul tema: Weber, *Römische Agrargeschichte* (1891, tr. it. 1967); AA.VV., *Die römische Feldmesskunst* (1992); Schubert, *Land und Raum in der röm. Republik etc.* (1996); Maganzani, *Gli agrimensori nel processo priv. rom.* (1997). Non mancavano i cd. «*agri arcifinii*» (privi di confini artificiali, cioè confinanti con vie pubbliche, fiumi, foreste, al confine con l'ignoto inizio del territorio straniero: donde la derivazione «*ab arcendis hostibus*» asserita da Varrone), sui quali anche *infra* n. 50.2, ma la regola era che gli spazi assegnati alla proprietà privata (ed eventualmente ripartiti al loro interno tra diversi proprietari confinanti l'uno con l'altro) fossero delimitati da «*fines*», da linee precise. Si distinguevano, pertanto, almeno tre tipi di «*agri limitati*»: *a*) l'«*ager per extremitatem mensura comprehensus*», riportato sulle carte catastali («*formae*») con riferimento al suo unico confine esterno (e senza riguardo alle eventuali ripartizioni interne); *b*) l'«*ager per centurias divisus et adsignatus*», non solo identificato dai confini esterni, ma suddiviso all'interno in appezzamenti approssimativamente quadrangolari (*centuriae*) determinati dall'incrocio di uno o più «*decumani*» (tracciati viari correnti da est ad ovest) ed uno o più «*cardines*» (tracciati viari perpendicolari ai decumani, quindi correnti da nord a sud); *c*) l'«*ager per scamna et strigas divisus et adsignatus*», suddiviso sempre per *decumani* e *cardines*, ma in lotti approssimativamente rettangolari (denominati «*scamna*» quando il lato maggiore fosse parallelo ai *decumani*, «*strigae*» quando il lato maggiore fosse parallelo ai *cardines*). — *Subsecivae* erano denominate le piccole porzioni di terreno (i «ritagli») escluse dalla rigida geometria della *divisio et adsignatio*. Esse costituivano *ager publicus*, ma gli assegnatari delle parcelle contigue tendevano ad impossessarsene, spesso contrastati sopra tutto dai *principes* nell'interesse della pubblica finanza. — *Postilla. A proposito della proprietà immobiliare negli ordinamenti giuridici moderni, è opportuno aggiungere a quanto detto retro nt. 49.3 qualche cenno relativo ai diritti di stampo anglosassone, e in particolare al diritto inglese. In essi il termine generale «ownership» è solitamente surrogato, per quanto riguarda la proprietà immobiliare, dal termine «property», che indica (come è spesso del linguaggio altrettanto corrente in Italia) tanto i beni immobili (v. retro nt. 19.6) quanto il diritto sugli stessi: diritto che può essere di «real property», quando nei confronti degli invasori il titolare ha un'azione (una specie di actio in rem) per essere reintegrato nei suoi beni, oppure di «personal property», quando il titolare ha solo azione per essere risarcito nelle perdite economiche subite. Ma la cosa più importante (e singolare) è che il diritto di «real property» del soggetto giuridico privato non è la conseguenza di un'assegnazione definitiva e diretta da parte dello stato, bensì è l'oggetto di una concessione feudale più o meno vasta fatta da un «lord» (signore) ad un vassallo («tenant», qui tenet) e che la cd. «tenure» può essere a sua volta subconcessa (e via di questo passo) ad ulteriori «tenants», in un intrico di subdivisioni e di prestazioni dovute al concedente, al quale la Gran Bretagna (non gli altri paesi anglosassoni) ha posto un certo quale ordine (molto approssimativo) con il Law of property Act del 1925. Sul tema, con maggiori specificazioni: Pugliese, v. Property nei sistemi di Common law, in Scr. 4 (1986) 495 ss.*

ritium avevano la caratteristica di essere «concessioni illimitate», quasi come cessioni di sovranità sugli appezzamenti di terreno, derivanti da una solenne e sacra ripartizione e assegnazione ai soggetti degli appezzamenti stessi («*divisio ed adsignatio agrorum*»). Ovviamente, le assegnazioni di più antica data erano basate più sul fatto che non vi fosse memoria di un regime diverso (cioè, come si diceva, «*ab immemorabili*») che su effettivi elementi di prova; le assegnazioni più recenti, e particolarmente quelle di territorio attribuito alle colonie, erano invece praticate con minuzia e documentate in modi molto precisi.

49.5. La illimitatezza delle facoltà del *dominus* civilistico sulle *res* mobili o immobili a lui spettanti ha indotto da secoli a parlare di un suo «*ius utendi, fruendi et abutendi*» (non solo di usare e di sfruttare la cosa, ma persino di abusarne, cioè di distruggerla). Ma non a caso si è aggiunto che questo diritto del *dominus* valeva nei limiti di quanto fosse ragionevolmente ammissibile sul piano delle esigenze superiori dell'ordinamento («*quatenus iuris ratio patitur*»). A parte i limiti subiti dal *dominium* nei vari casi in cui si verificasse una *communio*, cioè nei casi di insistenza di più *domini* sulla stessa *res*, altre restrizioni furono quindi dettate, con particolare riguardo alla proprietà immobiliare, da opportunità varie di tutela dell'ordine sociale.

49.5.1. È da escludere, comunque, che il *dominium* immobiliare civilistico (cioè, si ripete, il *dominium ex iure Quiritium*

49.5. Quando si parla di limitazioni al *dominium* immobiliare non bisogna dimenticare che frequenti erano le limitazioni reciproche costituite tra proprietari. Sul punto: Berger, *Le XII tavole e la codificaz. giustinianea*, in *ACIR.* 1 (1934) 37 ss.; Rodger, *Owners and neighbours in Rom. L.* (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 trovantesi con essa in rapporto organico: Voci, *Modi di acquisto della proprietà* (1952) 253 ss.; Melillo, *Il regime della «inaedificatio» in Italia durante il periodo carolingio*, in *Om. Volterra* 4 (1971) 155 ss. — La definizione del *dominium* come ius abutendi, oltre che *utendi* e *fruendi*, è di conio medievale, derivata da una forzata interpretazione di Ulp. D. 5.3.25.11: Stella Maranca, «*Ius utendi et abutendi*», in *Riv. giur. abruzzese* 1915; Piccinelli, *Studi e ricerche intorno alla definizione «dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur»* (1886), rist. con nota di lettura di Capogrossi Colognesi (1980). — Sull'ambiente naturale e la tutela dello stesso: Fischer, *Umweltschützende Bestimmungen im röm. R.* (1996). — Limiti alla proprietà immobiliare urbana furono imposti, in età classica, da senatoconsulti e da provvedimenti imperiali, nonché da leggi relative a vasti *municipia*, sopra tutto allo scopo di porre un argine al disordine delle costruzioni e sovracostruzioni e di impedire la facilità con cui si demolivano vecchi edifici per procedere con i materiali di risulta alla costruzione di edifici nuovi. Sul punto: Rainer, cit. 281 ss.; id., *Zum Sc. Hosidianum*, in *T.* 55 (1987) 31 ss.; Pennitz, *Der «Enteignungsfall» im röm. R. etc.* (1991); Saliou, *Les lois des bâtiments. Voisinage et habitat urbain dans l'Emp. Rom.* (1994); Zaccaria Ruggiu, *Spazio privato e spazio pubblico nella città romana* (1995). V. anche *infra* n. 54 s.

49.5.1. Sui caratteri del dominium immobiliare: Kaser, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in *ZSS.* 68 (1951) 131 ss.; [illegible], *La proprietà nella* dei *fundi*, dei *loci*, degli *agri*, delle *villae*, delle *aedes*, degli *aedificia* urbani o rustici e via dicendo) abbia mai perso, a termini di *ius vetus*, le sue caratteristiche essenziali di illimitatezza, di assoluta indipendenza dal potere pubblico, insomma di «sovranità privata». Il *dominus* immobiliare civilistico era titolare, entro i confini del fondo, di facoltà che si estendevano sino alla massima altezza sovrastante e sino alla massima profondità sottostante («*usque ad coelum et usque ad inferos*»), con esclusione di ogni possibilità di dominio altrui sia sul «soprasuolo» (cosa, oltre tutto, dati i tempi, materialmente impensabile, salvo che in qualche ristretta ipotesi di sporto su terreno altrui) sia sul «sottosuolo» (cosa, viceversa, materialmente facile anche in antico nelle non rare ipotesi di scavo di miniere). Il dominio immobiliare civilistico era inoltre esente da ogni cd. «imposta reale», sia sotto specie di *stipendium* sia sotto specie di *tributum*, ed era sottratto, di regola, ad ogni «espropriazione per pubblica utilità» (richiesta, ad esempio, dall'opportunità di costruire una

---

sua estensione (1954). — Sul sottosuolo: Lazzarini, «*Cuniculum violare ne liceto*» *etc.*, in *Index* (1995) 139 ss.; Negri, *Diritto minerario romano* 1: *Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici* (1984). — Sulla concezione classica dell'imposizione tributaria e sulla sua inapplicabilità al *dominium* quiritario: Grelle, «*Stipendium vel tributum*» (1963); Luzzatto, *La riscossione tributaria in Roma e l'ipotesi della proprietà-sovranità*, in *ACIV* 4 (1953) 181 ss. V. *infra* n. 53.3. — Sui problemi attinenti all'espropriazione per pubblica utilità: *infra* n. 54.1.2. — La massima «*usque ad caelum* (*etc.*)» 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.; Tenella Sillani, *I limiti verticali della proprietà fondiaria* (1994) 139 ss.; Goebel, *Das Grundeigentum etc.* (1999). 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 dall'alto 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*). — Sul significato di fundus cfr. Flor. D. 50.16.211: «*Fundi*» *appellatione omne aedificium et omnis ager continetur, sed in usu urbana aedificia «aedes», rustica «villae» dicuntur. locus vero sine aedificio in urbe «area», rure autem «ager» appellatur. idemque ager cum aedificio «fundus» dicitur.* — Sulla terminologia di fundus optimus maximus: Magdelain, «*Praetor maximus*» *et* «*comitiatus maximus*», in *Iura* 20 (1969) 257. — POSTILLA. *Gli ordinamenti moderni giuridici hanno largamente superato il principio della illimitatezza della proprietà fondiaria. In particolare, il diritto italiano vigente (a. 840 c.c.) dispone che «il proprietario del fondo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle». Cfr. anche a. 934 c.c. e a. 825 c.nav., nonché tutta la vasta legislazione speciale in materia di «miniere». Cfr. infine gli a. 834-839 c.c. sulle «espropriazioni per pubblico interesse», sulle «requisizioni» (anche di mobili) e sugli altri limiti pubblici (specificati da ampia legislazione speciale) alla proprietà privata.*

via pubblica o un pubblico edificio): pertanto, il fondo che fosse anche esente da diritti reali limitati concessi dal domino ad altri soggetti (su cui cioè non gravassero «*iura in re aliena*») era usualmente denominato «*fundus optimus maximus*», col titolo stesso attribuito al re degli dei.

49.6. Le limitazioni imposte dal *ius civile* al *dominium* immobiliare furono, con sicurezza, solamente due, dettate entrambe dall'esigenza di evitare i disagi, ed i possibili conflitti, comportati dalla vicinanza dei fondi («*vicinitas*»): *a*) quella del *limes*; *b*) quella dell'*ambitus*. Il «*limes*», anche detto «*iter limitare*» («sentiero di confine»), era uno spazio di cinque piedi (circa un metro e mezzo) che doveva essere lasciato libero da occupazione tra due fondi confinanti; l'«*ambitus*» («intercapedine periferica») era uno spazio di due piedi e mezzo che doveva essere lasciato libero da costruzioni intorno ad ogni edificio (che appunto perciò veniva anche detto «*insula*», «isolato»). Si discute se questi spazi liberi fossero di pertinenza pubblica (cioè *ager publicus*) o di *dominium* (ed eventualmente in *communio*) dei proprietari contigui: è probabile che fossero piuttosto di dominio o di condominio civilistico privato ed è comunque sicuro che, col passar del tempo dalla prima *adsignatio*, erano sempre meno rispettati, sí che il vero confine tra due fondi era segnato da una linea di cippi o da un muricciuolo di pietra, mentre in città gli edifici si agglomeravano spesso in *insulae* molto più vaste di un'unica costruzione.

49.6.1. Altre limitazioni poste dal *ius civile* al *dominium* immobiliare, delle quali solitamente si parla, furono invece del tut-

---

49.6. *Limes* era anche inteso come il confine del fondo (cfr. 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* era lo spazio che permetteva di muoversi (*ambire*), nella città, tra le case. — Quanto alle finalità per cui sorsero i due istituti, la spiegazione prevalente è che il *limes*, o quindi l'«*iter limitare*», sia stato istituito per circoscrivere l'*ager divisus et adsignatus* o sia poi passato a permettere la circolazione della collettività tra gli *agri* (*Hyg. grom. de lim. const.*, Lachmann 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: Patault, *Réflexions sur les limitations au droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République*, in *RH*. 55 (1977) 239 ss.; Palma, «*Iura vicinitatis*» (1988). — Postilla. *Per il diritto italiano vigente cfr. c.c. 873-899 (distanze tra fondi, costruzioni ecc.), 900-907 (regime di luci e vedute tra costruzioni vicine), 908 (stillicidio), 909-921 (regime delle acque esistenti nei fondi) ecc.*

49.6.1. Sul *paries communis*: Palma, cit. 199 ss. — Il divieto (meglio: l'inammissibilità) delle *immissiones in alienum* è confermato più volte dalle fonti: *in suo enim alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat* (Ulp. D. 8.5.8.5). In D. 8.5.8.5-7 si leggono, ad esempio, i seguenti casi: che il te apparenti, se non addirittura inesistenti. Apparente fu la limitazione connessa all'esistenza di un «muro comune» (di un «*paries communis*») tra due proprietari contigui: se la necessità di procedere alla riparazione del muro comportava un obbligo di contribuire alle opere o alle spese relative da parte dei due proprietari, ciò non era perché i loro diritti fossero limitati, ma era perché essi erano condomini del muro. Apparente fu anche la limitazione connessa alle «immissioni nel fondo altrui» («*immissiones in alienum*») di fumo, calore, esalazioni, rumori, scuotimenti e simili provenienti dal fondo vicino: se esse dovevano essere prodotte solo nei limiti del minimo tollerabile, mentre oltre quel limite erano vietate al proprietario del fondo vicino, ciò era affermato dalla giurisprudenza in omaggio al principio generale del divieto di ledere l'altrui diritto («*alterum non laedere*»). Inesistente fu infine il divieto degli «atti emulativi» («*acta ad aemulationem*»), cioè delle operazioni fatte sul proprio fondo all'unico scopo di gareggiare col vicino e di dargli molestia: divieto che ben si attaglia a certe note rivalità di età postromana (basti pensare alle gare tra talune famiglie medievali per costruire la torre più alta), ma che la lettura delle fonti romane non sembra suffragare.

49.7. Tra le limitazioni imposte dal *ius honorarium* al *dominium* immobiliare meritano di essere segnalate quelle dipendenti dall'introduzione: *a*) dell'*interdictum de arboribus caedendis*; *b*) dell'*interdictum de glande legenda*.

49.7.1. L'«*interdictum de arboribus caedendis*» («interdetto sul taglio degli alberi») era un interdetto proibitorio concesso a fa-

---

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. Sul tema: Rainer, *Die Immissionen etc.*, in *St. Wesener* (1992) 351 ss. (cfr. a. 844 cc. italiano). — Sul preteso divieto degli acta ad aemulationem, che si suole basare su Macer D. 50.10.3: Rotondi (M.), «*Aemulatio*», in *Centenario Codific. aust.* (1934) 863 ss., con bibl. precedente; Palma, cit. 159 ss.; Guarino, *Giusromanistica elementare* (1989) 147 ss. — *Postilla. Il diritto italiano vigente vieta espressamente gli «atti di emulazione» (cfr. a. 833 cc.) e le «immissioni» (e simili) nei fondi altrui (cfr. a. 844 cc.).*

49.7. Sulle limitazioni iure honorario: Kaser, *RPR.* 1.407; Bignardi, «*Actio, interdictum, arbores*» etc., in *Index* 12 (1983-84) 465 ss.; Palma, cit. 131 ss., con indicazione di altri casi di minore rilevanza.

49.7.1. Sul problema dell'estensione dell'interdictum de arboribus caedendis al caso di proiezione di ombre sul terreno del vicino: Coglia, «Sull'*interdictum de arb. caed.*», in *Labeo* 3 (1957) 363 ss. Le formule dell'*interdictum* sono in Ulp. D. 43.27.1 pr. e 2 (= 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* vore del proprietario di un fondo nell'ipotesi che gli alberi del fondo vicino sporgessero sul suo ad una altezza inferiore ai 15 piedi (circa quattro metri e mezzo), 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 («*caedere arbores*»), sempre che non vi provvedesse 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.

49.7.2. L'«*interdictum de glande legenda*» («interdetto sulla raccolta dei frutti») era un interdetto proibitorio che, sviluppando una norma delle *XII tabulae*, vietava al proprietario del terreno, su cui fossero andati a cadere frutti del fondo vicino, di impedire al proprietario di quest'ultimo di raccogliere sul suo terreno tali frutti («*legere glandes*»). Tuttavia il proprietario dei frutti non poteva recarsi sull'altrui fondo a proprio piacimento, ma solo una volta ogni tre 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.

50. LE VICENDE DEL «DOMINIUM EX IURE QUIRITIUM».

50.1. Le vicende del *dominium ex iure Quiritium* (cioè la costituzione, la modificazione o l'estinzione di esso) po-

---

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*».

49.7.2. Il ricordo del precetto decemvirale *de glande legenda* è in Plin. n. h. 16.5.15 = XII tab. 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: Brasiello, sv. «*Interdictum de glande legenda*», in *NNDI*.

50.1. 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*). Cfr. anche I. 2.1.11:

tevano dipendere da svariatissimi fatti giuridici. Di questi: alcuni avevano effetto puramente costitutivo (determinando il sorgere di un *dominium* in relazione ad una *res* che prima non vi era sottoposta); altri avevano effetto puramente estintivo (determinando la fine del preesistente *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*.

50.1.1. I «fatti costitutivi» o «estintivi» (o costitutivi ed estintivi insieme) del *dominium ex iure Quiritium* possono essere classificati in: *a*) fatti di incremento fluviale; *b*) fatti di fruttificazione; *c*) fatti di confusione; *d*) fatti di accessione; *e*) fatti di specificazione; *f*) fatti di assegnazione; *g*) fatti di occupazione; *h*) fatti di usucapione.

50.1.2. I «fatti traslativi» del *dominium ex iure Quiritium* dall'uno all'altro soggetto attivo furono, più precisamente, tre atti negoziali: *i*) la *mancipatio*; *l*) la *in iure cessio*; *m*) la *traditio*.

50.2. I cd. incrementi fluviali si verificavano, con riguardo al dominio immobiliare, sopra tutto nelle seguenti ipote-

---

Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, quarundam iure civili (ecc.).

50.1.1. 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 altröm. R.*, in ZSS. 65 (1947) 219 ss.; Voci, *Modi di acquisto della proprietà* cit.; Lemosse, *Observations sur l'acquisition originaire de la propriété foncière romaine*, in Ét. Renier (1980) 319 ss.

50.1.2. 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. Max. C. 2.3.20 con riferimento a situazioni specifiche, e che deve essere inteso nel senso che il *dominium* non poteva 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 di questo 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 dir. rom.*, in St. Zingali 3 (1965) 663 ss. — Pratica. *Nel diritto italiano vigente* (cfr. a. 922 c.c.) «*la proprietà si acquista per occupazione* (a. 923), *per invenzione* (a. 927), *per accessione* (a. 934), *per specificazione* (a. 940), *per unione o commistione* (a. 939), *per usucapione* (a. 1158), *per effetto di contratti* (*aventi ad oggetto una cosa determinata o una determinata massa di cose*) (a. 1376-77), *per successione a causa di morte* (a. 456) *e negli altri modi stabiliti dalla legge* (a. 941, 815, 1153, 1155, 1158, 1162)». Amplius negli a. 923-947 c.c. Sull'a. 1153 ss.: retro n. 49.2.

50.2. La dottrina non è concorde sull'inquadramento dogmatico degli incrementi fluviali: per alcuni autori si tratterebbe infatti di casi collegati alla si: *a*) *alluvio*; *b*) *avulsio*; *c*) *alveus derelictus*; *d*) *insula in flumine nata*. Le quattro ipotesi traevano vita dalla considerazione che i proprietari rivieraschi di un corso d'acqua a carattere «pubblico» (che fosse cioè *res publica* e non in loro *dominium* o in *communio* di proprietà tra loro) avevano diritto ad avvantaggiarsi di ogni incremento che il corso d'acqua avesse naturalmente, cioè senza intervento umano, arrecato ai loro fondi. Il principio valeva, beninteso, sempre che i fondi rivieraschi interessati fossero fondi privi, sul versante del fiume, di confini fissati topograficamente dagli agrimensori, sempre che fossero cioè «*fundi arcifinii*», con confine individuato per l'appunto dalla riva del corso d'acqua.

50.2.3. L'ipotesi dell'«alluvione» («*alluvio*», anche detta «*incrementum latens*») fu quella di un incremento progressivo e insensibile del fondo frontista ad opera della corrente del fiume, la quale accrescesse le rive del fondo stesso con detriti sottratti ad altri imprecisabili fondi che si trovassero a monte. A questa fattispecie fu equiparata l'altra dell'insensibile ritrarsi di un fiume pubblico dalla sponda del fondo frontista. In ambo i casi si ritenne che il proprietario acquistasse *ipso iure* le porzioni di terreno accresciutesi dorevolmente al suo fondo per l'azione naturale del fiume.

---

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, esso era oggetto di potestà dello stato (quindi *res publica*) nei fiumi pubblici, mentre era *res nullius* nei fiumi privati; secondo altri, invece, sull'alveo dei fiumi pubblici esisteva una proprietà latente dei proprietari rivieraschi. Esauriente revisione della materia in: Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica* (1970), con bibl.; Id., *A proposito di incr. fluv.*, in *Labeo* 20 (1974) 224 ss.; Maganzani, *Gli incr. fluv. in Fiorentino etc.*, in *SDHI.* 59 (1993) 207 ss.; Id., *I fenomeni fluviali e la situaz. giur. del suolo rivierasco etc.*, in *Ius* 44 (1997) 343 ss.; Knütel, *Von Wurzeln und Stammen*, in *Fs. Gaul* (1997) 317 ss.; Id., *Arbores crescentes, ilex fluctuans etc.*, in *RHD.* 76 (1998) 187 ss. Cfr. Flor. D. 41.1.16: *in agris limitatis ius alluvionis locum non habere constat: idque divus Pius constituit et Trebatius ait rell.* — L'importanza pratica del fenomeno non può sfuggire a chi consideri che, in età romana (come, del resto, ancor oggi in certi paesi tecnicamente meno sviluppati), non esistevano sovverchi ed adeguati mezzi di contenimento preventivo del regolare corso dei fiumi e torrenti, sopra tutto in vista dell'ipotesi di piene, da parte delle pubbliche autorità. — Sui fundi arcifinii (*quod mensura non continentur*): retro n. 49.4.1. Va aggiunto che, particolarmente in periodo postclassico, la tendenza prevalente fu quella di non tener conto delle *mensurae* agrarie e di considerare tutti gli agri rivieraschi, quanto meno con riferimento al loro attiguo al fiume, come *arcifinii*. — I flumina publica erano tutti quelli non rientranti interamente in un fondo di dominio privato. Essi erano *res publicae* non perché dichiarati *in perpetuum* come tali, ma proprio e solo in quanto *flumina* naturalmente scorrenti.

50.2.3. Sull'alluvio cfr., in particolare: D. 41.1.56 (Proc. 8 *epist.*); D. 7.1.9.4 (Ulp. 17 *Sab.*); D. 41.1.7.1 (Gai. 2 *rer. cott.*); I. 2.1.20; Gai 2.70: ... *per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim flumen agro nostro adicit, ut aestimare non possimus, quantum quoquo momento temporis adiciatur* (rell.). Sul tema: Siracusa, «*Fundus cum alluvionibus*» etc., in *SDHI.* 66 (2000) 65 ss.

50.2.2. L'ipotesi dell'«avulsione» («*avulsio*», anche detta «*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 staccatasi da altro fondo. In tal caso, stante la riconoscibilità della porzione di terreno avulsa, si ritenne che il proprietario di essa non ne 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 (*coalitio*) della parte avulsa con l'altro fondo (incorporamento dimostrato, ad esempio, dalla presa delle radici arboree), si ritenne che il proprietario dell'altro fondo acquistasse *ipso iure* la proprietà della porzione avulsa.

50.2.3. Nel caso di «alveo derelitto» («*alveus derelictus*») cioè di un fiume che, cambiando letto o prosciugandosi, lasciasse durevolmente scoperto il suo alveo, si ritenne che i proprietari dei fondi frontisti acquistassero la proprietà del letto del fiume. L'attribuzione ai singoli frontisti fu basata 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.

50.2.4. Nel caso di «isola nata nel fiume» («*insula in flumine nata*»), cioè di una parte dell'alveo di un fiume rimasta in

---

50.2.2. Sull'*avulsio* cfr., 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*, cioè della frana di una porzione di fondo superiore con caduta su un fondo inferiore, fu considerata analoga. Cfr. D. 39.2.9.2 (Ulp. 53 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 dumtaxat 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*.

50.2.3. Sull'*alveus derelictus*: Sargenti, *Osservazioni su D. 41.1.38 in rapporto alla teoria dell'alveo abbandonato*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 399 ss.; Id., *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, in *BIDR*. 68 (1965) 195 ss. Per le fonti cfr. 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*.

50.2.4. Sull'*insula in flumine nata* cfr. Gai. D. 41.1.7.3: *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* (trad.). Per i dubbi che il testo solleva: Guarneri-Citati, *Il ripristino della proprietà sull'alveo derelitto in* secco o fatta emergere dall'azione della corrente, si ritenne che essa spettasse ai proprietari rivieraschi secondo le regole dell'alveo derelitto.

50.3. La fruttificazione si verificava riguardo alle cose fruttifere, cioè capaci di produrre più o meno periodicamente altre cose economicamente autonome («*fructus*»): fiori, latte, lana da tosatura periodica, legname di bosco ceduo, prodotti minerari, parti del bestiame ecc. L'acquisto del frutto aveva luogo, di regola, a favore del *dominus* della cosa fruttifera, al momento della separazione («*separatio*») del prodotto dalla *res* produttiva, purché ovviamente si trattasse di separazione non anticipata o forzata, tale cioè da prevenire la naturale formazione della *res* autonoma costituente il *fructus*.

50.3.1. 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, come regola, di acquistare i frutti, ed era perciò tenuto a restituirli al proprietario. Tuttavia, questa regola subì eccezioni in tre gruppi di casi: *a*) il possessore di buona fede e il *possessor* dell'*ager vectigalis* acquistavano il

---

dir. rom., in *AUPA*. 1977, 120. — L'insula in mari nata (ipotesi, oltre tutto, rarissima) non dava luogo a possibilità di acquisto per accessione, neanche quando fosse emersa a brevissima distanza da un fondo rivierasco. Vi era sempre di mezzo, ad impedirlo, il *litus maris*, che era *extra commercium* (v. retro n. 19.9.3).

50.3. Sulla fructificatio come modo di acquisto, e sui vari problemi legati alla figura del possessore, in particolare: Arn. *Sull'acquisto dei frutti naturali da parte del possessore di buona fede*, in *BIDR*. 43 (1935) 191 ss.; De Martino, *L'acquisto dei frutti naturali nel possesso di buona fede* (1940), in *Dir. econom. e società nel mondo rom.* (1995) 387 ss.; Pahl, *Osservazioni circa il momento dell'acquisto dei frutti da parte del possessore* (1945); Kaser, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten* cit. 253 ss.; Benedek, *Eigentumserwerb an Früchten im röm. R.*, in *St.* (1979) 3 ss.; Id., *Fruchterwerb des Eigentümers und des gutgläubigen Besitzers im röm. R.*, in *St. Iglesias* (1988) 79 ss. Per le fonti cfr. D. 22.1; C.I. 7.51; e, in partic., Iul. D. 22.1.25 e I. 2.1.35-38. — Sulla nozione di fructus: retro n. 19.4. — Sulla silva caedua: Miquel, *La definición de Servius de la «silva caedua» y la naturaleza de las cosas*, in *St. Iglesias* (1988) 451 ss.

50.3.1. Anche nei casi indicati a titolo di eccezione rispetto ai normali principi dell'acquisto dei frutti da parte del dominus, i fructus pendentes 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*. Cfr. pure Pomp. D. 19.1.40; Ven. D. 42.8.25.6; Paul. D. 41.3.48.3. — Sul caso del possessor bonae fidei: Iul. D. 22.1.25.1 (... *bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est*...); Paul. 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 (... *si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest*...). — Sul vectigalista cfr. Iul. D. 22.1.25.1 cit.: ... *ad bonae fidei autem possessorem pertinent, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque solo separati sunt*. V. *infra* n. 61.2. — Sull'usufructuarius cfr. Paul. D. 7.4.13: ... *Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit*... V. *infra* n. 58.2. — Sull'inquilinus cfr. I. 2.1.36: ... *eadem fere et de colono dicuntur*. V. *infra* n. 79.1.2.

dominium sui frutti al momento della «*separatio*»; *b*) il detentore della cosa a titolo di *usufructus* e il possessore di essa a titolo di *pignus* acquistavano il *dominium* sui frutti mediante la effettiva apprensione degli stessi («*perceptio*»), sicché la proprietà dei frutti non percetti spettava al *dominus* della cosa fruttifera (ammesso di conseguenza, fino al momento della raccolta, ad esercitare la *condictio furtiva* contro l'eventuale ladro); *c*) l'*inquilinus* (il locatario del fondo rustico) acquistava del pari il *dominium* sui frutti al momento della percezione, ma a condizione che fino a quel momento il *dominus* della cosa fruttifera non avesse manifestato una volontà contraria. Giustiniano limitò il diritto del possessore di buona fede nel senso che questi era autorizzato a non rendere conto dei frutti da lui già consumati («*fructus consumpti*») al momento in cui gli toccasse l'obbligo di restituire le cose fruttifere; i frutti ancora esistenti in quel momento («*fructus extantes*») andavano invece restituiti al proprietario.

50.4. Fatti di confusione («*confusio*», o anche «*commixtio*» o «*conflatio*») si verificavano tutte le volte in cui venissero a mescolanza inseparabile (cioè tale da non permettere, quanto

---

50.4. Sulla *confusio*: Schermaier, *Teilvindikation oder Teilungsklage?*, in *ZSS.* 110 (1993) 124 ss., con analisi approfondita delle poche e vaghe fonti in materia; Kiess, *Die «confusio» im kl. r. R.* (1995) 15 ss. Cfr. specialm.: Gai D. 41.1.7.8-9; I. 2.1.27-28; Pomp.-Ulp. D. 6.1.3.2 e 5 pr.-1. La nostra tesi si rifà alla vecchia teoria dell'Ascoli, *Contributo alla teoria della confusione*, in *BIDR.* 4 (1891) 9 ss. — Di estremo 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). Sul punto: Burdese, *In tema di «commixtio nummorum»*, in *RDCo.* 51 (1953) 269 ss.; Fuchs, *«Iusta causa traditionis»* (1952) 166 ss.; Kaser, *Das Geld im röm. Sachenrecht*, in *T.* 29 (1961) 185 ss.; Wacke, *Die Zahlung mit fremdem Geld: zum Begriff des «pecuniam consumere»*, in *BIDR.* 79 (1976) 49 ss.; Schermaier cit. 149 ss. — La *confusio* di *res eiusdem generis*, cioè di cose fungibili (es.: vino, frumento) si verificava sovente negli «ammassi» («*acervi*») entro appositi magazzini («*horrea*», «*receptacula*») o entro la stiva di navi da trasporto («*naves onerariae*»). È rimasta famosa, a proposito della seconda ipotesi, la questione cd. della «*navis Saufeii*». Avendo Saufeio, *magister navis*, gettato in mare, allo scopo di alleggerire il battello durante una tempesta, una certa quantità di grano dei suoi caricatori senza poter distinguere circa la proprietà di ciascuno degli stessi (ipotesi di «*iactus mercium navis levandae gratia*»: *infra* n. 50.8.2, n. 79.8), si determinò il problema se i caricatori sacrificati dal getto delle proprie cose potessero agire contro Saufeio (in rivalsa, almeno parziale, del loro conservatore) con un'«*actio oneris aversi*»: cfr. Alf. 5 *dig. a Paulo epit.* D. 19.2.31. Sulla complessa casistica: Benke, *Der Eigentumserwerb des Unternehmers bei der «locatio conductio irregularis»*, in *ZSS.* 104 (1987) 193 ss.; Schermaier cit. 176 ss.

meno in pratica, individuazione degli elementi componenti) cose solide o liquide (si pensi alla fusione di oro con argento nel cd. «*electrum*», oppure alla emulsione di vino con miele nel cd. «*mulsum*»). 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 azione di rivendica («*rei vindicatio incertae partis*»), diretta all'ottenimento della parte a lui spettante («*quantam partem paret ex illo acervo actoris esse*»). Ma se le cose, anziché formare un coacervo ben distinto, erano *res* fungibili e pertanto inevitabilmente si confondevano con l'intero *patrimonium* generale di un soggetto, era giocoforza ammettere che quest'ultimo ne acquistasse il *dominium* e fosse perciò tenuto a restituire ai proprietari originari solo altrettante cose della stessa specie e qualità («*tantundem eiusdem generis*»).

50.5. Fatti di accessione («*accessio*») furono ritenuti i casi di aggiunzione di una cosa ad un'altra cosa economicamente più importante. Il principio generale che regolò questi casi fu quello della «subordinazione della cosa accessoria» («*accessorium sequitur principale*»): si ritenne infatti che il proprietario della cosa «principale» acquistasse il *dominium* della cosa accessoria, cioè della cosa avente importanza secondaria. Possono distinguersi a questo proposito varie ipotesi: *a*) quelle di accessione di cose mobili a cose immobili (*satio, implantatio, inaedificatio*); *b*) quelle di accessione di cose mobili a cose mobili (*ferruminatio, textura, tinctura, scriptura, pictura*).

50.5.1. La «seminagione» («*satio*») era la semina operata in un fondo agricolo con sementi altrui. In tal caso il proprietario

---

50.5. 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, v., in generale: Rodei, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in dir. rom.* (1936); Maddalena, *«Accedere» e «cedere» nelle fonti classiche*, in *Labeo* 17 (1971) 169 ss. — Nei casi non infrequenti in cui avvenisse la separazione delle due cose (tra *res principalis* e *res accessoria*), e il dominus della *res accessoria* riassumesse la pienezza del diritto sulla stessa, si poneva 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.; 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 almeno sulla sua natura tardo-classica: Voci, *Modi di acquisto della proprietà* cit. 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.

50.5.1. Il tema della *satio* è trattato in Gai 2.75, GE. 2.1.4, I. 2.1.32; Gai. D. 41.1.9 pr.; C. 3.32.11 (a. 293). Sul punto: Daube, *«Implantatio» and «satio»*, in *AJ*.

del fondo, *res principalis* rispetto alle sementi, diveniva proprietario delle stesse e dei conseguenti germogli.

50.5.2. La «plantagione» (*«implantatio»*) era la messa a coltura di una pianta nel fondo agricolo 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 l'effetto non si verificava prima dell'attecchimento (*«coalitio»*) o quando la pianta fosse stata soltanto deposta nel fondo altrui o inserita tra le sue zolle, ma non ivi ancora trapiantata.

50.5.3. La «inedificazione» (*«inaedificatio»*) era la costruzione di un edificio in un fondo agricolo o non agricolo con mate-

---

1958; Holthöfer, *Sachteil und Sachzubehör im röm. und gem. R.* (1972). — È appena il caso di precisare che il proprietario del fondo era tenuto al risarcimento del proprietario delle sementi nel loro valore di mercato.

50.5.2. Sulla *implantatio* cfr. 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 radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit prioris domini est, ubi coaluit agro cedit. et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur* [rell.]). V.: Daube, *«Implantatio» und «satio»* cit. spec. 181 ss.; Holthöfer, *Sachteil* cit. — Il risarcimento del proprietario delle piante gravava ovviamente sul proprietario del suolo.

50.5.3. Sull'*inaedificatio* cfr. Gai 2.73, I. 2.1.29, D. 47.3 (*De tigno iuncto*), Paul. D. 6.1.23.6, Gai. D. 41.1.7.10 e 12. La storia dell'istituto è stata ricostruita in modi sensibilmente diversi da: Monier, *«Tignum iunctum»* (1922), che molti sviluppi attribuisce ad interpolazioni postclassiche e giustinianee; Melillo, *«Tignum iunctum»* cit., che è viceversa incline ad ammettere la sostanziale classicità di buona parte del tit. D. 47.3; Quadrato, *«Tignum iunctum» (Dalle XII tavole a Giustiniano)*, in *AUBA*. 1964-67, del pari tendenzialmente conservativo; Musumeci, *«Inaedificatio»* (1988), secondo cui l'*actio de tigno iuncto* (*in duplum*) non fu più considerata penale da Giustiniano e pertanto assorbì, in diritto giustinianeo, la distinta azione reipersecutoria intesa in precedenza al pagamento di un *pretium*, che non si capisce bene se fosse inteso come il corrispettivo per l'utilizzazione temporanea del materiale (salva restando l'esperibilità della *rei vindicatio* in caso di demolizione dell'edificio), o se fosse invece inteso come il corrispettivo da pagarsi una volta per tutte al proprietario del materiale per l'acquisto in proprietà (col suo consenso e con sua rinuncia alla eventuale *rei vindicatio*) del materiale a valore di mercato. A nostro avviso, le fonti di cui disponiamo mostrano l'affermarsi già molto antico della tendenza a privilegiare il *dominus soli* anche nell'acquisto definitivo, purché accettato dal relativo titolare, della proprietà dei materiali. Forse postclassico il principio per cui il costruttore con materiali su suolo altrui perdeva definitivamente la proprietà dei materiali stessi se era consapevole dell'alienità del suolo (cfr. Gai. D. 41.1.7.12 itp.: *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*). Quasi certamente giustinianea la regola per cui il proprietario dei materiali, avendo già ottenuto il *duplum* (o con le buone o con l'esercizio vittorioso dell'*actio de tigno iuncto*), perdeva ogni diritto sui materiali stessi (cfr. I. 2.1.29 i.f.: *sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum iam persecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum agere*). — La normativa decemvirale sul *tignum iunctum* in parte si ricava da riferimenti indiretti delle fonti (le quali attribuiscono alle XII tavole l'*actio de tigno iuncto*) e in parte si leggono in un passo di Festo sv. «*Tignum*» L. 502: *Tignum non solum in aedificiis, sed etiam in vineis, ut est in XII: «Tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito»*. In ordine a questo passo, oltre la letteratura citata dianzi (e la bibl. in essa indicata): Watson, *«Tignum iunctum», the XII Tables* riale 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 suolo acquistava il *dominium ex iure Quiritium* dell'edificio superficiario dal momento in cui esso fosse stato costruito e i materiali costruttivi fossero entrati a farne parte («*superficies solo cedit*»). Ma siccome l'edificio superficiario poteva anche e non raramente venir meno (per rovina, demolizione ecc.) il proprietario dei materiali rimaneva tale in quiescenza, a titolo di diritto affievolito, e poteva recuperarli con una azione di rivendica quando, per un qualunque motivo, l'edificio andasse in rovina e si perdesse come cosa unitaria. Regime caratteristico che si riconnetteva all'alto valore di certi materiali (travi di legno, infissi, elementi ornamentali), alla poca durata di gran parte degli edifici antichi non monumentali (fatti prevalentemente di legno) e all'antichissimo intervento di una norma delle XII tavole: norma che, dirimendo le vivaci controversie evidentemente insorte in proposito, vietò che il proprietario del trave inserito in un edificio o del palo inserito in una vigna («*tignum iunctum*») potesse distaccare il trave o il palo; e che forse già da allora gli concesse, ove il materiale fosse stato rubato, un'azione penale *in duplum* (denominata «*actio de tigno iuncto*») contro l'autore del furto, se non addirittura contro il *dominus* dell'edificio che del furto commesso da altri avesse tratto profitto. Ma molto dello sviluppo dell'istituto (ivi compreso il giusto risarcimento da prestarsi al proprietario del materiale) fu operato attraverso i secoli dalla giurisprudenza posteriore.

---

and the last word, in *RIDA*. 21 (1974) 317 ss.; Minieri, *Tab. 6.8: il «tignum iunctum» nella coltura viticola «a palo morto»*, in *St. Guarino* (1984) 1223 ss. (il quale plausibilmente sostiene che nella stesura originaria mancasse la menzione della vigna, dal momento che nel sec. V a. C. ancora non erano in uso le vigne a palo morto). Discussioni e congetture innumerevoli ha suscitato sopra tutto la locuzione «*et concapit*»: locuzione che certamente ha l'aria di indicare la esigenza che il *tignum* sia non soltanto appoggiato all'edificio (o alla vigna), ma sia «compreso» stabilmente (*con-captum*) nella struttura: ma locuzione che, almeno a nostro avviso, non può dar luogo ad una ricostruzione più particolareggiata, causa il guasto irreparabile del testo (v. in proposito: Guarino, *Rec.* a Musumeci, in *Iura* 39 [1988] 180 ss.). In materia v. anche: Hinker, «*Tignum iunctum*», in *ZSS*. 108 (1991) 94 ss. — Sul risarcimento del proprietario: Apathy, *Paul. D. 46.3.98.8. Zur Entschädigung bei der* [illegible], in *Iura* 42 (1991) 1 ss. — Sul principio *superficies solo cedit*: Meincke, «*S. s. c.*», in *ZSS*. 88 (1971) 171 ss. — L'istituto dell'*inaedificatio*, per via dell'inseparabilità della trave dall'immobile, è strettamente legato al tema del *ius tollendi*: *infra* n. 51.2.7. — Per i rapporti dell'istituto con la più antica configurazione del dolo: Kaser, *Typisierter «dolus» im altröm. R.*, in *BIDR*. 65 (1962) 79 ss. — Sui rapporti con l'*usucapio* (per la quale v. *infra* n. 50.9 e 54.4): Apathy, «*Inaedificatio*» *und* «*usucapio*», in *St. Wesener* (1992) 35 ss. — Sulla *superficies*: *infra* n. 60.

50.5.4. La «saldatura» («*ferruminatio*») era, più precisamente, la saldatura «autogena» (diretta), di due cose metalliche. In tale ipotesi il *dominus* della cosa considerata principale acquistava a partire 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 da quella della saldatura era l'ipotesi della «piombatura» («*adplumbatio*»), cioè della congiunzione di due parti metalliche mediante uno strato intermedio di piombo: nel qual caso non si verificava acquisto per accessione, e quindi al proprietario spossessato della sua cosa (principale o accessoria che fosse) era ben possibile ottenerne la restituzione esercitando l'azione esibitoria (*actio ad exhibendum*) o l'azione di rivendica (*rei vindicatio*).

50.5.5. L'ipotesi della «tessitura» («*textura*») era quella dei fili trapunti in una tela o in una stoffa altrui. Forse in periodo classico già si riteneva che il proprietario della stoffa acquistasse la proprietà dei fili, ma non è escluso che viceversa al proprietario dei fili (che potevano anche essere di gran valore: per esempio, di oro) fosse concessa l'azione esibitoria (*actio ad exhibendum*) al fine di porre le premesse per la loro enucleazione dal tessuto altrui.

50.5.6. La «tintura» o «attintatura» («*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 materiali che fossero serviti alla colorazione della stoffa.

50.5.7. Nel caso della «scritturazione» («*scriptura*») non si dubitò che il proprietario del materiale scrittorio (pergamena,

---

50.5.4. 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 ricuperatoria, se si eccettua il vago D. 6.1.23.5, che reca il parere di Cassio. 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), in *Scr.* 1 (1941) 7 ss.

50.5.5. 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 *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 *Sab.*) ed I. 2.1.26. Sul problema: Arnò, «Textura», in *St. Girard* 1 (1912) 311 ss.; Longo (G.), *Le cose* (corso. 1946) 117.

50.5.6. Sulla *tinctura* spec.: Voci, *Modi di acquisto* cit. 265 ss.

50.5.7. Sulla *scriptura* cfr. Gai 2.77; D. 10.4.3.14 (Ulp. 24 *ed.*); D. 41.1.9.1 (Gai. 2 *rer. cott.*); D. 6.1.23.3 (Paul. 21 *ed.*); I. 2.1.33. — Sul cd. *diritto d'autore*, assolutamente ignorato dal *ius privatum* romano, v. già retro n. 14.2. — Sulla *corrispondenza epistolare*: Benöhr, *Der Brief etc.*, in *ZSS.* 115 (1998) 115 ss.

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, tra i terzi.

50.5.8. Nell'ipotesi di «pittura» («*pictura*») con colori propri o altrui di una tavola (*tabula*) in dominio di un terzo, molto si discusse se il proprietario della tavola dipinta («*tabula picta*») acquistasse la proprietà dell'opera pittorica o se, invece, l'opera spettasse al pittore, salvo indennizzo del valore della tavola al proprietario. La ragione del dubbio 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 (né è escluso che essa sia riprodotta dall'autore su altre copie), 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 caso di attribuzione del dipinto al *dominus tabulae*) una adeguata ricompensa («*impensa picturae*»).

50.6. Fatti di specificazione («*specificatio*») furono considerati quelli per cui una persona diversa dal *dominus ex iure*

50.5.8. Sulla *pictura* cfr. 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*, sopra tutto considerando il caso in cui la *scriptura* fosse operata con materiale prezioso, per es. con lettere in oro. Sul punto, e sugli altri problemi, con letteratura: Maddalena, «*Tabula picta*» (*ritorno a Ihering*), in *Labeo* 13 (1967) 68 ss.; Kaser, «*Tabula picta*», in *T.* 36 (1968) 31 ss.; Visky, *Sulla qualifica delle pitture e delle sculture nelle fonti del dir. rom.*, in *St. Grosso* 4 (1971) 333 ss.; Lucrezi, *La «tabula picta» tra creatore e fruitore* (1984). Interessante la giustificazione per assurdo 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.).

50.6. Il termine *specificatio* fu introdotto dai Glossatori: usate invece sono le espressioni delle fonti romane, quale, ad esempio, lo «*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. Sul tema: Wieacker, *Spezifikation: Schulprobleme und Sachprobleme*, in *St. Rabel* 2 (1954) 263 ss.; Mayer-Maly, *Spezifikation etc.*, in *ZSS.* 73 (1956) 120 ss.; Plescia, *The case of specific. etc.*, in *Iura* 24 (1973) 234 ss.; Thielmann, *Zum Eigentumserwerb durch Verarbeitung etc.*, in *St. von Lübtow* (1980) 187 ss.; Behrends, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die «media sententia» etc.*, in *ZSS.* 112 (1995) 195 ss.; Stagl, «*Non solet locatio dominium mutare*» etc., in *T.* 66 (1998) 3 ss. V. anche: Guarino, *Le tracce del Parto* (1984), in *PDR.* 1 (1993) 318 ss. A titolo riepilogativo, si legga I. 2.1.25: ... *et post multas Sabinianorum et Proculia-*

Quiritium, da lui non incaricato, operasse una trasformazione di materia prima o di manufatti di quel *dominus*, in modo da creare una cosa formalmente diversa («*nova species*»). Così, ad esempio, nel caso in cui da una massa di metallo si traesse una statua; o nel caso di un vestito derivato da una pezza di stoffa; o nel caso di confusione di due o più ingredienti che desse luogo ad un prodotto diverso (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 a costui la proprietà della cosa risultante (della *nova species*), mentre i sabiniani ritenevano che la proprietà della materia di origine non si perdesse dal *dominus* pur se essa fosse stata da altri trasformata in modo da essere resa irriconoscibile. In età postclassica si formò una curiosa opinione intermedia (*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, purché 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 l'azione di rivendica per ottenere la *species* senza aver prima risarcito l'altra parte (del lavoro di specificazione o del valore della materia). Se la materia specificata era di origine furtiva, il derubato poteva esercitare le azioni di furto ove la cosa specificata non gli fosse restituita.

50.7. Fatti di assegnazione (giudiziale) sono da qualificare i casi di attribuzione (diretta o indiretta) del *dominium ex iure Quiritium* da parte del giudice. Tali furono: *a)* la *adiudicatio*; *b)* la *litis aestimatio*.

50.7.1. La «aggiudicazione» (*adiudicatio*) era il provvedimento del giudice di un'azione divisoria mediante il quale, in

---

norum 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.).

50.7. Sui fenomeni di assegnazione da parte del giudice v. già retro n. 30.5.2 (in relazione al iudicium) e 31.4.2, nonché 31.7 (in relazione alla sententia).

50.7.1. Sugli effetti dell'*adiudicatio* cfr. D. 10.2.44.1; Vat. 47a. Per la letteratura: Kaser, *«Adiudicatio» bei der «actio finium regundorum» und bei der Vindikation*, in St. David 1 (1968) 85 ss.; Misera, *Akzession und Surrogation infolge einer* 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'aggiudicazione faceva acquisire solo il cd. *in bonis habere*, di cui parleremo tra poco. La diversità degli effetti venne ovviamente a cadere quando il *dominium* fu, come vedremo ancora più in là, unificato.

50.7.2. La «estimazione giudiziale» («*litis aestimatio*») determinava forse anch'essa un acquisto del *dominium ex iure Quiritium*, nelle *actiones in rem*: ciò per effetto indiretto della pronuncia del giudice. A rigor di logica, infatti, quando il giudice privato pronunciava la condanna pecuniaria del possessore ingiusto nel valore della cosa in lite (cioè nella «*aestimatio litis*»), il convenuto acquistava, pagando il cd. *pretium rei*, il *dominium* della cosa in contestazione. Tuttavia, se anche questo effetto davvero si verificava in diritto classico, è difficile credere che l'acquisto immediato avesse luogo anche in ordine alle *res mancipi*; almeno per queste è da ritenere che la estimazione giudiziale altro non fosse che una giusta causa di successivo acquisto per usucapione (*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* aveva carattere di condanna in forma specifica.

50.8. Fatti di occupazione furono considerati tutti i casi in cui l'acquisto del *dominium ex iure Quiritium* si operasse me-

---

«*adiudicatio*», in *ZSS.* 103 (1986) 383 ss. — Sui iudicia legitima (e sulla loro differenza dai *iudicia imperio continentia*): *retro* n. 9.2.

50.7.2. Sulla litis aestimatio i testi più importanti sono: D. 6.1.46; D. 25.2.30 (acquisto del *dominium*); D. 41.4.1; D. 43.3.27 (*iusta causa usucapionis*). Sul tema: Betti, *Studi sulla «litis aestimatio»* 1 (1915); Carrelli, *L'acquisto della proprietà per «l. aest.» nel proc. civ. rom.* (1934); Erhardt, «*L. aest.*» *im röm. Formularproz.* (1934); Murga, *La «aest. l.» y el «pretium rei»*, in *St. Guarino* (1984) 2407 ss.

50.8. Sull'occupatio cfr. Gai 2.67-69; I. 2.1.12. Sul tema: Heck, «*Occupatio*», in *ZSS.* 64 (1947) 355 ss.; Robbe, *La differenza sostanziale tra «res nullius» e «res nullius in bonis»* etc. (1979) *passim*; Lambertini, *«[illegible] o bottino» e occupazione*, in *Labeo* 30 (1984) 192 ss. — Sull'animus occupandi: Weiss, *Das Willenselement bei der «occ.»* (1956); van der Merwe, *«Animus occupandi»*, in *Tijdsk. Hedendaags Rom.-Holl. Reg.* 1967. — Sulle res nullius (*in commercio*): *retro* n. 19.10. — Sull'insula in mari nata: *retro* nt. 50.2.4. — Sulle res communes omnium: *retro* n. 19.9.3. — L'occupazione bellica di un territorio nemico (cd. «*debellatio*») era fattispecie estranea al *ius privatum*, dalla quale poteva peraltro conseguire la immissione in *commercium* di cose immobili o mobili e diante la «presa di possesso» («*occupatio*») di una cosa effettuata con la volontà di divenirne il proprietario (cd. «*animus occupandi*»). Di per sé sola l'occupazione volontaria 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 «cose di nessuno» (*nullius*): *a*) l'«*insula in mari nata*», cioè l'isola emersa dalle onde del mare, sempre che altri non vi avesse posto per primo piede; *b*) le «*res communes omnium*» (cose a disposizione di tutti), di cui si acquistava il *dominium* se ed in quanto se ne occupassero parti limitate; *c*) gli animali selvatici («*ferae bestiae*»), di cui si acquistava il *dominium* mediante *aucupium* (caccia) o *piscatio* (pesca); *d*) le «*res inventae in litore maris*» (trovate sul lido del mare: pietre, conchiglie, gemme), purché non si trattasse di cose derivanti da naufragio (nel qual caso erano da tenere a disposizione, sino alla decorrenza dei termini per l'*usucapio*, di chi si presentasse a provarne il *dominium*); *e*) le «*res hostium*», cioè le cose prese al nemico come bottino, che andavano a chi se ne impadronisse per primo, salvo che fossero bottino dello stato.

50.8.1. In ordine alla «caccia» («*aucupium*») e alla «pesca» («*piscatio*»), alcuni giuristi pensavano che l'acquisto si operasse solo nel momento della materiale presa di possesso dell'animale, mentre altri sostenevano che bastasse il fatto di averlo ferito e di essere in atto di inseguirlo per raccoglierlo. Non aveva rilievo, ai fini dell'acquisto nella caccia, la circostanza 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 di reputarsi *dominus* della cacciagione raccolta sul proprio fondo, a meno che si trattasse di animali costituenti il red-

---

l'apertura delle stesse all'*occupatio* (a titolo di possesso o anche a titolo di *dominium*) da parte dei privati. V. anche *infra* n. 53.3.

50.8.2. Sulla definizione delle *ferae bestiae*, e sui limiti conseguenti all'occupazione a proposito degli animali che *ex consuetudine abire et redire solent*, cfr. Gai 2.67 e 68. Cfr. 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: Lombardi, *Libertà di caccia e proprietà privata in dir. rom.*, in *BIDR.* 53-54 (1948) 275 ss.; Polara, *Le «venationes»* cit. (1983). — 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.*

dito normale del fondo stesso. Gli animali generalmente selvatici, ma praticamente addomesticati (*mansuefacti*: ad es., i colombi), non potevano tuttavia essere cacciati, né comunque essere acquistati in *dominium* dal cacciatore, salvo che avessero perduto, allontanatisi dal fondo, l'istinto del ritorno (cd. «*animus revertendi*»).

50.8.2. Se non si trattava di *res nullius*, ma di «cose abbandonate» («*res derelictae*»), cioè di cose (generalmente mobili) che fossero state inequivocabilmente lasciate per sempre, 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 e materiale dismissione della cosa («*derelictio*»), ma si perdeva nel momento dell'*occupatio* da parte di chi raccogliesse l'oggetto abbandonato; viceversa, secondo la dottrina sabiniana, che trionfò in età postclassica, il dominio si perdeva subito dal dereliñ-

---

50.8.2. Sulla *derelictio* la dottrina proculiana è riferita in D. 41.7.2.1 (Paul. 54 ed.), e l'opposta opinione di Sabino e di Cassio in D. 47.2.43.5 (Ulp. 41 Sab.). La tesi sabiniana appare gradita alla tarda classicità, come dimostra l'adesione ad essa da parte di Ulpiano nel passo citato. Sul tema: Romano (S.), *Studi sulla derelizione nel dir. rom.* (1933); Daube, «*Derelictio*», «*occupatio*» und «*traditio*», in ZSS. 77 (1960) 79 ss.; Krüger, «*Derelictio*» und «*usucapio*», in *St. Pappulias* (1934) 121 ss.; Tomulescu, *Quelques pet. ét. de dr. rom. IV. Le régime juridique des choses abandonnées à l'époque classique*, in BIDR. 82 (1979) 168 ss.; Benedek, «*Iactus missilium*», in *St. Guarino* (1984) 2109 ss.; Vacca, «*Derelictio*» e acquisto delle «*res pro derelicto habitae*» (1984); Burdese, *In tema di «res derelictae»*, in BIDR. 92-93 (1989-90) 625 ss. — Molto discusso è se, ad integrare la *derelictio*, fosse necessario l'*animus dereliquendi*, cioè la volontà specifica di dismettere la proprietà della cosa. Il requisito è stato spesso negato in ordine al diritto romano classico, e bisogna dare atto che l'*animus dereliquendi* figura in luoghi sospetti di alterazione. Ma, se si ammette che l'*animus dereliquendi*, giusta la tendenza classica in ordine alla *voluntas* (retro n. 24.5), era solitamente identificato 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. Cfr., ad esempio, Paul. D. 41.7.2 pr.: *Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere*. Sul punto: Mladić, «*Scientia in derelictione-apprehensione*», in *St. Horvat* (1968) 408 ss. — Nell'ipotesi di *iactus mercium navis levandae gratia* (su cui *infra* n. 79.3), le *res iactae* (gettate in mare allo scopo di alleggerire la nave) rimanevano dei loro proprietari proprio perché non vi era stato (e non era obbiettivamente presumibile che vi fosse stato) l'*animus dereliquendi*: Arnò, «*Derelictio*» e «*iactus mercium*», in ATO. 1940-41. Cfr. Gai. D. 41.1.9.8: *Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur: hae enim dominorum permanent, quia non eo animo eiciuntur, quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat. qua de causa si quis eas fluctibus expulsas... abstulerit, furtum committit*. V. anche retro n. 50.4. — L'abbandono di cose immobili (mai qualificato, per quanto risulta, «*derelictio*») non era escluso in assoluto, ma era raro e difficile da operarsi in concreto. Il fenomeno divenne praticamente rilevante (ed assai ingrato al potere imperiale) a partire dalla crisi economica del sec. III d. C. e sopra tutto in periodo postclassico. Sul tema: Solidoro Maruotti, *Studi sull'abbandono degli immobili in dir. rom.* (1989); Ankum, *Das Verlassen von Liegenschaften*, in ZSS. 114 (1997) 402 ss. V. anche *infra* n. 54.1.2.

quente, sempre però che si trattasse di un vero e definitivo abbandono delle cose stesse, e non di un rilascio provvisorio del loro possesso o di un loro 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'occupazione altro non era che il primo momento del periodo di tempo richiesto per la successiva usucapione (*tempus ad usucapionem*).

50.8.3. Fatto di occupazione era anche il «ritrovamento» (l'«*inventio*»), cioè la scoperta di un «tesoro» («*thesaurus*»), inte-

---

50.8.3. Per la definizione di *thesaurus* (o «*thensaurus*») richiamata nel testo cfr. D. 41.1.31.1 (Paul. 31 ed.), Cassiod. *variae* 6.8.6 («*depositiva pecuniae, quae longa vetustate competentes dominos amiserunt*»), nonché CTh. 10.18.2 pr. (a. 380: «*thesauros et condita ab ignotis dominis tempore vetustiore monilia*» [o «*mobilia*»?]) e CI. 10.15.1 (a. 474: «*thesaurus, id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia*»). Queste fonti possono indurre a ritenere che oggetto del tesoro sia stato per i giuristi classici solo la *pecunia* (con un ritorno a questo concetto del tardo Cassiodoro) e che, in età postclassica, dapprima alla *pecunia* siano stati assimilati i *monilia*, di poi la nozione sia stata estesa (da Graziano, Valentiniano e Teodosio I, seguiti da Giustiniano) a tutti i *mobilia*: ma un minimo di riflessione suggerisce, a nostro avviso, che per «*pecunia*» Paolo (accolto nel *Digesto* da Giustiniano) abbia già inteso tutte le cose mobili di un certo pregio (tra cui le monete in corso e fuori corso) valutabili in danaro (cfr., per questo significato, Paul. D. 47.9.4.1) e che la lezione migliore di CTh. 10.18.2 pr. sia proprio quella, accolta dal Pithou, dei manoscritti che recano «*mobilia*». Sul tema: Silvana Marchi, *A «fórmula d'Anjou» e o instituto do tesouro*, in *Index* 25 (1997). — Inventio non era propriamente una specie dell'*occupatio*, potendo essa anche consistere nella semplice scoperta del tesoro, non accompagnata da materiale apprensione. Tuttavia, se quest'ultima (cioè la *occupatio*) non seguiva all'*inventio*, è difficile credere che lo scopritore potesse vantare un *dominium* sul tesoro. Del resto, anche il tesoro non era, a stretto rigore, una *res nullius*, potendosi il proprietario (o un suo avente causa) anche presentare, ad un certo momento (e purché non fossero decorsi i termini dell'usucapione), con le prove del suo buon diritto. Ma i Romani non si abbandonavano a queste sottigliezze (cfr. anche n. 93.7 ss.): Paolo, col suo «*iam dominum non habeat*» (ingiustamente sospettato di interpolazione dal Beseler) vuol alludere, secondo noi, ad una irreperibilità del *dominus* originario che equivale praticamente alla sua inesistenza. — La concezione più antica circa l'acquisto del tesoro è riflessa (come romana o come giudaica?) anche nell'Evangelo di Matteo, 13.44, là ove Gesù dice: «il regno dei cieli è simile ad un tesoro trovato in un campo: un uomo lo scopre e lo nasconde di nuovo, poi va, pieno di gioia, e vende tutti i suoi averi e compra quel campo». A prescindere dalle ovvie (e già mille volte ripetute) considerazioni circa la malizia consigliata al fine superiore dell'acquisto del regno dei cieli, grosso problema giuridico è se colui che abbia scoperto il tesoro o qualcosa del genere (al giorno d'oggi, si pensi ad un giacimento petrolifero) ed abbia comprato il fondo, tacendo al venditore del suo maggior valore (cosa peraltro assai difficile da provare), sia da ritenere esposto ad adeguata reazione giudiziaria: in particolare, ai mezzi repressivi del *dolus malus* (retro n. 24.5) oppure a quelli relativi alla cd. *laesio enormis* (infra n. 77.3.2). — L'interesse della giurisprudenza (e degli imperatori) per le sorti del tesoro è da ricollegarsi alla frequenza e alla rilevanza so come una quantità di monete (o di cose mobili pregiate) depositata in luogo segreto da tempo immemorabile, sicché non ne fosse più reperibile il proprietario («*vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat*»). 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 ritrovato («*inventor*»). Più precisamente, si ritenne: che il tesoro scoperto in fondo privato dal relativo *dominus* fosse integralmente di costui; che il tesoro scoperto in fondo non proprio, ma a séguito di specifiche ricerche («*data opera*»), appartenesse integralmente al ritrovatore; che il tesoro scoperto per puro caso andasse per una metà al ritrovatore e per l'altra metà al privato o alla autorità pubblica o religiosa cui appartenesse il fondo. Ma si trattò di criteri non sempre e in tutto uniformi.

50.9. Fatti di usucapione furono quelli per cui la proprietà si acquistava mediante la *possessio civilis* («*ad usucapionem*» appunto) della cosa per un certo periodo di tempo e col

---

economica del fenomeno, sia in Italia sia nelle province, in tempi che, a partire dalle guerre civili del sec. I a. C., furono densi di invasioni, di scorrerie e di eccidi. — Il regime dell'istituto, dopo vicende difficilmente ricostruibili e molto controverse, fu regolato da Adriano (sec. II d. C.) con una costituzione di tipo imprecisato (forse un *edictum*) e secondo criteri non del tutto chiari, per i quali cfr. I. 2.1.39: *Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. at si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuitu invenerit, dimidium domino soli concessit: et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. cui conveniens est, ut si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.* Sorvolando sui molteplici interventi imperiali (a favore del fisco o talvolta limitativi delle pretese dello stesso) che seguirono, sta di fatto che, secondo il regime fissato da Adriano e accolto da Giustiniano, 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*. Ai rapporti tra *dominus soli* (privato) e *inventor* provvide essenzialmente l'*interpretatio prudentium*. Non considerata dai Romani fu l'ipotesi (per vero, rara) di un tesoro nascosto entro una *res mobilis*.

50.9. Sull'usucapio: *retro* n. 35.3.1, 35.3.2, e *infra* n. 54.4, 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.* — 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.; Lauria, «*Usus auctoritas fundi biennium est*», in *Ott. von Lübtow* (1980) 163 ss. — Sulla figura speciale dell'usucapio pro herede: *retro* n. 31.6.1.

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*.

50.9.1. Alcune leggi del cd. *ius publicum* vietarono la usucapibilità di certe cose in certe condizioni. La *lex Atinia de rebus subreptis*, 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 stessa di un vizio oggettivo e intrinseco, che la rendeva inadatta alla usucapione da parte di chicchessia: a meno che si verificasse, sia pure per un solo attimo, il ritorno in possesso del proprietario («*reversio ad dominum*»), fatto che 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 «cosa usucapibile», cioè «atta all'usucapione» («*res habilis ad usucapionem*»).

50.10. La *mancipatio* («mancipazione»), il più antico negozio di trasferimento, originariamente relativo al *mancipium*,

---

50.9.1. Sui limiti all'usucapio cfr. Gai 2.45 e XII tab. 8.17; Gell. 17.7.1. — Sulla subreptio rerum: Solazzi, *Sulla «lex Atinia de rebus subreptis»* (1953), in *Scr.* 5 (1972) 477 ss.; De Visscher, *De la défense d'usucaper les choses volées*, in *RIDA*. 5 (1958) 499 ss.; Pugsley, *The misinterpretation of the «lex At.»*, in *RIDA*. 17 (1970) 259 ss.; Thomas, *«Furtum pignoris»*, in *T*. 38 (1970) 115 ss., e *The thefuous pledger and the «lex At.»*, in *On. Scherillo* (1972) 395 ss.; Stolfi, *«Lex At.»*, in *ATH*. 62 (1984) 546 ss.; Fronzio Giancoli, *La «lex At. de reb. subr.»: un'ipotesi di datazione*, in *Labeo* 43 (1997) 259 ss.

50.10. Una minuziosa descrizione delle formalità della mancipatio (v. già *retro* n. 22.3) è in Gai 1.119-120 e, sotto il profilo dei requisiti soggettivi, in Ulp. 19.3-6; di particolare interesse nel frammento ulpianeo il par. 6, relativo alla *mancipatio* delle cose mobili. Per la formula della *mancipatio*, in particolare, cfr. Gai 1.119. Estremamente ampia la letteratura sul tema. Oltre quella segnalata *retro* n. 34.2 a proposito del *mancipium*, v. spec.: Schlossmann, *«In iure cessio» und «mancip.»* (1904); Stintzing, *Ueber die «mancip.»* (1904); De Francisci, *Il trasferimento della proprietà* (1924); Husserl, *«Mancip.»*, in *ZSS*. 50 (1930) 478 ss.; Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach röm. R.* (1937); Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 107 ss.; Thormann, *Der doppelte Ursprung der «mancip.» etc.*² (1969); Cursino, *Il rituale della «mancip.» nella descrizione di Gaio*, in *SDHI*. 42 (1976) 149 ss.; Wolff (H. J.), *Ein Vorschlag zum Verständnis des Manzipationsrituals*, in *On. Santis* (1977) 1 ss.; Daube, *«Mancip.» of «res nec mancipi» in Cicero*, in *On. Seidl* (1975) 39 ss.; Behrends, *La «mancip.» nelle XII Tavole*, in *Iura* 33 (1982) 46 ss.; Wolff (J. G.), *Funktion und Struktur der «m.»*, in *On. Magdelain* (1998) 501 ss. — Tra i soggetti dell'atto molto oscura è la figura dell'antestatus, di cui è fatto cenno in GE. 1.6.4: probabilmente si vuole sottolineare la particolare funzione di testimonio ricoperta dal *libripens*. V., per analogia, *retro* n. 11.3.1. Non era richiesto che i testimoni fossero *sui iuris*. — Il raudusculum era un piccolo pezzo informe (*rudis*) di metallo, solitamente di bronzo. Esso poteva essere anche una moneta, un valeva per l'alienazione del *dominium ex iure Quiritium* sulle *res mancipi*, ma non è da escludere che potesse essere utilizzata (*a maiori ad minus*) per trasferire il *dominium* sulle *res nec mancipi*, sebbene il fatto che essa includeva in sé 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 romana, 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 fronteggiavano davanti all'oggetto da trasferire. L'acquirente, tenendo in mano un pezzetto di bronzo («*raudusculum*»), pronunciava 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, meno probabilmente, l'alienante) invitava il *mancipio accipiens* a toccare la bilancia col suo raudusculo («*raudusculo libram ferito*»): *raudusculum* che poi l'acquirente consegnava all'alienante a simbolo del prezzo.

50.10.1. In mancanza dell'oggetto, poteva essere portato sul posto un elemento rappresentativo dello stesso (per esempio,

---

nummus, quindi il *summus unus* di cui *infra* n. 50.10.3. — Su altre applicazioni dell'istituto: Ambrosino, *Le applicazioni innovative della «mancipatio»*, in *St. Albertario* 2 (1953) 573 ss. — L'affinità della *mancipatio* e del *nexum* (su cui *infra* 63.2.1) è generalmente accolta da tutti gli studiosi, i quali attribuiscono alle *XII tabulae* (basandosi essenzialmente su Cic. *de or.* 1.57.245) la disposizione riferita da Festo (su cui *retro* n. 22.3.2): «*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*». Sul punto, per tutti: Albanese, «*Cum nexum faciet mancipiumque*», in *AUPA* 42 (1992) 50 ss., che sostiene essere stata creata solo nel sec. II a. C. la categoria generale del «*nexum*» nel senso di negozio comprensivo sia della specie della *nexi datio* sia della specie della *mancipatio* (cfr. Varr. *de l. L.* 7.105, ove si attribuisce a Manilio la definizione del *nexum* come «*omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia*»). A nostro avviso, nei limiti in cui è ragionevole parlare del testo «originario» delle *XII tabulae* (nella specie, del versetto 6.1), la formulazione più antica dovette essere, al contrario, proprio quella più generale (e generica) «*cum nexum faciet*»: il che è confermato dal carattere palesemente posticcio (di giunta apposta dopo il «*faciet*», e non prima) della parola «*mancipiumque*» nella formula riferita da Festo. Manilio, scrivendo in un'epoca di forte decadenza *ex lege Poetelia Papiria* della *nexi datio*, fu presumibilmente spinto a specificare che l'antico e ormai quasi desueto termine «*nexum*» concerneva tutti i *gesta per aes et libram*, ivi compresa la *mancipatio*.

50.10.1. Sulla presenza dell'oggetto cfr. Gai 1.121: *In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint mancipari non possunt...; praedia vero absentia solent mancipari.* — Sulla *mancipatio* come imaginaria venditio (v. già *retro* n. 22.3) cfr. *FIRA.* 3.281 ss., ove si riportano *mancipationes fiduciae causa* e *donationis causa*. V. anche: Tomulescu, *Le funzioni del «nummus unus» nella «mancipatio»*, in *RIDA.* 23 (1976) 223 ss.

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: *a*) tanto a fini di trasferimento della *res* a titolo oneroso, nel qual caso l'acquirente procedeva contemporaneamente al versamento del danaro (e comunque al trasferimento di una cosa in corrispettivo all'alienante); *b*) quanto a fini di attribuzione gratuita di una cosa in *dominium ex iure Quiritium* («*donationis causa*»), nel qual caso si faceva «*nummo uno*», nel senso che l'acquirente versava all'alienante una monetina simbolica (*nummus unus*). A cominciare dalla fine del periodo preclassico si determinò, inoltre, l'usanza di redigere a scopo probatorio un documento scritto attestante il compimento dell'atto: documento («*testatio*» o «*instrumentum*») sigillato da tutti i personaggi che vi avessero partecipato.

50.10.2. La *mancipatio* era un «*actus legitimus*», cioè non passibile di clausole terminali o condizionali. Ad essa potevano, peraltro, accompagnarsi delle separate pattuizioni a forma libera (*pacta*) e ad efficacia puramente obbligatoria (cd. «*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 mancipi*.

50.10.3. Dalla *mancipatio* derivava *ipso iure*, a carico del mancipante, l'«*obligatio auctoritatis*» (obbligazione di garanzia): il *mancipio dans* era tenuto a garantire l'acquirente in ordine all'ipotesi che 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 in giudizio l'acquirente con la *rei vindicatio*, l'acquirente faceva un'opportuna denunzia del

---

50.10.2. L'appartenenza della *mancipatio* alla categoria degli *actus legitimi* è testimoniata da Pap. D. 50.17.77 (*retro* n. 26.3). — 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. Sul tema: Randazzo, «*Leges mancipii*» etc. (1998), che distingue tra *nuncupationes* integrative del *negotio* e *leges mancipii* costitutive di sole obbligazioni accessorie.

50.10.3. Sull'*auctoritas* nella *mancipatio* v. già *retro* n. 49.3, e: Meylan, *La mancipation et la garantie d'éviction etc.*, in Fs. von Lübtow (1970) 417 ss.; Ankum, *L'«actio auctoritatis» appartenant à l'acheteur «mancipio accipiens» a-t-elle existé?*, in *AAC*. 3 (1979) 1 ss. — Sulla *evictio* e sui problemi ad essa connessi v. anche, in tema di *emptio venditio*, *infra* n. 77.7.1.

fatto all'alienante, 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. «evizione» («*evictio*»), cioè la privazione della cosa, a lui spettava, contro il *mancipio dans*, l'«*actio auctoritatis*» *in duplum*, cioè un'azione intesa ad ottenere, a causa del mancato intervento a garanzia, il doppio del prezzo pagato (o del valore della *res*).

50.11. La *in iure cessio* («cessione davanti al magistrato») fu un negozio traslativo del *dominium ex iure Quiritium*, valevole sia per le *res mancipi* che per le *res nec mancipi*. Si trattò, più precisamente, di un'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 contrapporre la sua rivendica, taceva; se, sollecitato dal magistrato a *contravindicare*, egli continuava a tacere, al magistrato non restava altro che ritenere solennemente accertata l'appartenenza della cosa all'acquirente ed effettuare quindi l'assegnazione autoritaria (*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 indipen-

---

50.11. 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'ultima attestazione, in ordine cronologico, è in Consult. 6.10, in rapporto ad una costituzione di Diocl. e Maxim. del 293. In ogni caso, una minuziosa descrizione ci è conservata da Gai 2.24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, velut 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 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*. Sul tema: Corbino, *La struttura della dichiaraz. di acquisto nella «mancipatio» e nella «i. i. c.»*, in *St. Ankum* (1995) 87 ss. — Circa l'origine dell'istituto, non vi è dubbio che esso risalga alle *XII tab.*, secondo il dettato di Vat. 50 = XII tab. 6.6b. Secondo la comune dottrina, la *in iure cessio* sarebbe comunque posteriore alla *mancipatio* (*contra* però: Eisele, *«Res mancipi»* [1896] 236 ss., e Schlossmann, *«I. i. c.» und «mancipatio»* cit.). Sulla derivazione dell'istituto dal processo per *legis actiones*: Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im Gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS.* 28 (1907) 1 ss.; Naber, *De «i. i. c. et confessione»*, in *St. Perozzi* (1925) 361 ss. (*contra* però Lévy-Bruhl, *Quelques problèmes du très ancien dr. rom.* [1934] 114 ss.); Hackl, *Der Sakramentsprozess über Herrschaftsrechte und die «i. i. c.»*, in *ZSS.* 106 (1989) 152 ss. — Sulla *in iure cessio* come espressione della cd. *iurisdictio voluntaria*: retro n. 8.1.2. — 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. 18.8.2.

dentemente dalla rilevazione in concreto di una ragione pratica ed economica per realizzarlo. Da notare che, dato il carattere fittizio del processo, il *magistratus* poteva anche non essere il *praetor* (o altro magistrato giusdicente), purché fosse titolare di *imperium*, e poteva essere adito anche *extra ius*, fuori dal luogo ove sorgeva il *tribunal*.

50.12. La *traditio* («*ex iusta causa*») era la «tradizione» della *res*, cioè la consegna della cosa da un soggetto ad un altro. Essa determinava il trasferimento del dominio civilistico dal tradente all'accipiente se ed in quanto concorressero quattro requisiti: *a*) che la cosa fosse *res nec mancipi*; *b*) che la cosa si trovasse nel *dominium ex iure Quiritium* del tradente; *c*) che il tradente volesse effettivamente trasferirla in dominio all'accipiente e che questi effettivamente manifestasse la volontà di accettarla; *d*) che sussistesse una circostanza oggettiva tale da giustificare, secondo l'ordinamento giuridico, il trasferimento della proprietà sulla cosa *nec mancipi*. Tra le «giuste ragioni di trasferimento» («*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 relativa a danaro o ad altre cose fungibili allo scopo di fare un *mutuum* all'accipiente; 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*, e pertanto non comportavano il trasferimento del dominio: la do-

---

50.12. Sulla *traditio* in generale: Voci, *Modi di acquisto della proprietà* cit. 67 ss.; Gallo, *Studi sul trasferimento della propr.* cit. 81 ss.; Gordon, *Studies in the transfer of property by «traditio»* (1970); Krüger, *Erwerbszurechnung kraft Status* (1979); Thielmann, *«Tr.» und Gefahrübergang*, in ZSS. (1989) 327 ss.; Lobrano, *«Tradere» etc.*, in *St. Gallo* 1 (1997) 403 ss. — Sulla *iusta causa traditionis*: Lange, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition* (1930); Ehrhardt, *«Iusta c. tr.»* (1930); Betti, *Il dogma bizantino circa τῆς παραδόσεως e la irrilevanza del dissenso nella causa della trad.*, in *St. Bonfante* 1 (1930) 305 ss.; Fuchs, *«Iusta c. tr.»* (1952); Miguel, *«Iusta c. tr.» y «iusta c. usucapiendi» etc.*, in *St. Alvarez Suárez* (1978) 261 ss.; Behrends, *«Iusta c. tr.» etc.*, in SC. 9-10 (1997-98) 133 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 c. tr.»*, in *St. Bonfante* 3 (1930) 21 ss.; van Oven, *Die Antinomie D. 41.1.36 - D. 12.1.18 pr.*, in T. 19 (1951) 89 ss.; Kaser, *Zur «iusta c. tr.»*, in BIDR. 64 (1961) 61 ss. — Per i *rapporti con la compravendita*, in particolare: Schönbauer, *Zum römischen Kaufrechte*, in ZSS. 54 (1934) 335 ss.; Lévy (E.), *Verkauf und Übereignung*, in *Iura* 14 (1963) 1 ss.; Wubbe, *Die Interessenlage bei «traditio» und «usucapio»*, in T. 32 (1964) 558 ss.

nazione ad un coniuge (vietata dal più antico costume); il deposito e il comodato (negozi traslativi della sola *detentio*); il *pignus* e la *depositio in sequestrem* (negozi costitutivi solo di *possessio ad interdicta*); ed altre.

50.12.1. Quanto al requisito della «consegna della cosa», che avrebbe dovuto costituire il fondamento essenziale della *traditio*, attenuazioni numerose e di varia natura andarono 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 medievale); come pure si usò 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 toccarle e farle toccare materialmente (cd. «*traditio longa manu*»). Furono questi i casi iniziali di un lungo sviluppo, che portò alla formazione della «tradizione fittizia», di cui parleremo tra poco.

51. La tutela del «dominium ex iure Quiritium».

51.1. I mezzi processuali fondamentali a tutela della situazione di *dominium 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 operata da terze persone di essere i veri titolari del *dominium*: *a*) la *rei vindicatio* (con i connessi *interdictum quem fundum* e *actio ad exhibendum*); *b*) l'*actio negatoria*; *c*) 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 «insi-

---

50.12.1. Sulla traditio ficta: Riccobono, «*Traditio ficta*», in ZSS. 33 (1912) 259 ss., 34 (1913) 159 ss.; da ultimo, Lokin, «*Traditio* etc.», in *St. Scheltema* (1971) 121 ss. La categoria e la relativa denominazione sono di origine medievale. V. *infra* n. 54.3. — 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*: C. 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. 54.3.1-3, ivi bibl.

51.1. Altri mezzi processuali a tutela del *dominium* furono l'*interdictum de arboribus caedendis* e l'*interdictum de glande legenda*, su cui *retro* n. 49.7.1-2. — Per la repressione criminale in materia di confini: van Warmelo, «*Crimen termini moti*», in *St. Macqueron* (1970) 671 ss. — Postilla. *Per il diritto italiano vigente cfr. a. 948 (azione di rivendicazione), 949 (az. negatoria), 950 (az. di regolamento di confini), 951 (az. per apposizione di termini) cc.*

die», cioè da attività esplicate da terzi, che ponessero in pericolo il pacifico e completo godimento della cosa: *d*) la *cautio damni infecti*; *e*) l'*operis novi nuntiatio*; *f*) l'*interdictum quod vi aut clam*; *g*) l'*actio aquae pluviae arcendae*.

51.2. Con la *rei vindicatio* («rivendicazione», «azione di rivendica») il *dominus* agiva contro colui che si fosse impossessato *pro suo* (a proprio esclusivo favore) della sua cosa, chiedendo di riottenerla in possesso o, quanto meno, di essere ripagato del valore della stessa sulla base dell'accertamento della sua situazione di *dominus ex iure Quiritium*.

51.2.1. L'azione si esercitava, nei tempi più antichi, con la procedura della «*legis actio sacramenti in rem*». Ma questa procedura, come si è visto a suo tempo, era troppo complessa e dispendiosa per poter essere mantenuta in vita in epoche più progredite. Sembra pertanto che ad essa le parti abbiano rinunciato ancor prima dell'introduzione della procedura formulare e che, in questo periodo di transizione, esse siano state solite discutere e risolvere le controversie di proprietà con l'espediente della utilizzazione della *sponsio* e della conseguente *legis actio per iudi-*

51.2. Sulla *rei vindicatio*: Sturm, *La nature juridique de la «r. v.»*, in *Ch. Ankum* (1995) 513 ss. 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 (...*sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit*). Ma il caso non è identificabile con certezza: Heule, «*Unus casus*» (1925); Chiosos, «*Unus casus*» *und die Digesten*, in *ZSS*. 74 (1957) 373 ss. Per le fonti: D. 6.1 (*De rei vindicatione*); C. 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. — Il *dominus* disponeva anche della tutela possessoria (è appena il caso di ricordarlo): v. retro n. 36.

51.2.1. Sulla *rei vindicatio* primitiva: Betti, *La «vindicatio» romana primitiva etc.*, in *Fil.* 40 (1915) 321 ss.; Kaser, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in *ZSS*. 68 (1951) 131 ss.; Thür, «*Vindicatio*» *und* «*deductio*» *im frührömischen Grundstückstreit*, in *ZSS*. 94 (1977) 291 ss. — Sulla *legis actio sacramenti in rem*: retro n. 8.3.1. — Sulla *sponsio*: infra n. 73. — La procedura *per sponsionem* è descritta da Gai 4.93-94: *Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: «si homo quo de agitur ex iure Quiritium meus est, sestertium XXV nummorum dare spondes?» deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dare 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* (ecc.). Sul tema: Giomaro, «*Agere per sponsionem*» *etc.*, in *SD*. 43 (1993) 497 ss.; Martini, «*Sponsio*» *e processo formulare*, in *St. Scherillo* (1994) 115 ss., con bibl. — *Deductio moribus* era denominato il modo più usuale per instaurare il procedimento *per sponsionem* nelle controversie relative a beni immobili, quando il sedicente *dominus* non avesse il possesso del fondo. Col consenso dell'avversario, egli si immetteva nel possesso e si faceva subito dopo ritualmente spossessare. Sul punto: Cic. *pro Caecina* 7.20, *pro Tull.* 8.20.

cis postulationem: sistema della cd. «*legis actio per sponsionem*». Più precisamente, il *dominus* civilistico spossessato della cosa, avendo interesse a riottenerne la disponibilità, prendeva l'iniziativa di farsi promettere dalla controparte, mediante il ricorso ad una *sponsio* (cd. «*sponsio praeiudicialis*»), il pagamento di una somma simbolica per il caso che gli riuscisse di dimostrare nel successivo giudizio il suo titolo di proprietà; forte di questa «promessa pregiudiziale», egli citava quindi la controparte *in ius* con la *legis actio per iudicis postulationem*. Se il convenuto non operava il riconoscimento del suo diritto (mediante *confessio in iure*), 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 dal *iudex* senza la necessità di pagare la dispendiosa *summa sacramenti*.

51.2.2. Anche dopo l'adozione del sistema formulare, la *rei vindicatio* poteva ancora esperirsi attraverso un sistema corrispondente all'antica *legis actio per sponsionem*, cioè mediante un'«*actio per sponsionem*», quindi mediante un'azione *in personam*. Tuttavia il procedimento di gran lunga prevalente divenne rapidamente quello della cd. «*formula petitoria*» («formula di richiesta»), che era un'*actio in rem*. Senza bisogno di strappare una preventiva *sponsio* alla controparte, l'attore la conveniva *in ius* e davanti al magistrato affermava la sua qualità di *dominus ex iure Quiritium*, chiedendo la restituzione della cosa: in caso di diniego del convenuto, la «regola di giudizio» (il cd. *iudicium*) veniva pertanto ad essere formulata come un invito al giudice acché condannasse il convenuto al controvalore della cosa contesa ove gli risultasse che proprietario della cosa fosse effettivamente l'attore (ed ove il convenuto non prevenisse la condanna mediante la restituzione all'attore della cosa stessa).

51.2.3. Convenuto nella *rei vindicatio* era, di regola, il possessore della cosa al momento della *litis contestatio*. Ad evitare

---

51.2.2. Per la formula della *rei vindicatio* nella procedura per formulas: Lenel, *EP.*³ 185 s. Il testo era: «*Si paret rem, de qua agitur, Auli Agerii esse ex iure Quiritium, neque ea res Aulo Agerio arbitrio tuo a Numerio Negidio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito*». — Sulla condemnatio pecuniaria, con particolare riguardo al suo rapporto con l'oggetto della lite: Kaser, «*Quanti ea res est*» (1935); Medicus, «*Id quod interest*» (1962); Id., «*Restituere*», «*quanti ea res est*», «*id quod interest*», in *ZSS.* 115 (1998) 60 ss. V. anche retro n. 10.4.

51.2.3. Sui vari soggetti legittimati passivamente alla rei vindicatio: Siber, *Die Passivlegitimation bei der «r. v.»* (1907); Marrone, *La legittimazione passiva alla «r. v.»* (corso, 1970); *Contributi in tema di legittimazione passiva alla «r. v.»*, in *St. Scherillo* 1 (1972) 343 ss.; Kaser, *Nochmals über Besitz und Verschulden* astute manovre del convenuto stesso per sottrarsi alla condanna, si ritenne che questa potesse essere chiesta e irrogata anche nei confronti del cd. «possessore fittizio» («*fictus possessor*»), cioè: *a*) di colui che, per coprire il vero possessore della *res*, si fosse lasciato trascinare in giudizio, evitando di mettere in chiaro sin dall'inizio di non esserne possessore *pro suo* («*qui liti se optulit*»); *b*) oppure di colui che avesse maliziosamente trasferito ad altri il possesso della cosa all'unico scopo di sottrarsi alla *rei vindicatio* («*qui dolo desiit possidere*»).

51.2.4. La *rei vindicatio* nella formula petitoria contemplava l'«*arbitrium de restituendo*»: dunque, il convenuto, se al giudice paresse aver egli torto, era da costui preventivamente invitato 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 da condannarsi al «*quanti ea res erit*», vale a dire al pagamento di una somma pari al valore che avesse la cosa rivendicata nel momento della sentenza del giudice. La «*litis aestimatio*», cioè la «estimazione giudiziale» del valore della cosa controversa («*lis*»), era operata solitamente col ricorso ad un giuramento sul valore della cosa stessa («*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, che sarebbe stata presumibilmente assai alta.

51.2.5. Nel vecchio processo della *legis actio sacramenti in rem* il convenuto era tenuto a offrire dei «*praedes*», cioè dei terzi

---

bei den «actiones in rem», in *ZSS.* 98 (1981) 90 ss.; Wimmer, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten* (1995). Tra le fonti relative alla legittimazione passiva nella *rei vindicatio*, di particolare importanza è Ulp. D. 6.1.9: va notato, il testo riferisce i dubbi degli stessi giuristi classici in rapporto alla natura del possesso giustificante la legittimazione passiva (ma secondo alcuni, questa parte del frammento sarebbe itp.: Betti, *Ist.* 1.416 nt. 73).

51.2.4. Sulla struttura formulare dell'*arbitrium de restituendo*: Lenel, *EP.*³ 185 s. e *retro* n. 9.6.3. Per la valutazione della *res restituenda* cfr. Ulp. D. 6.1.13: ... *non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debebit* (ecc.). — Sulla *condemnatio* al *quanti ea res erit*: *retro* n. 10.4.2. — 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. 31.6.2.

51.2.5. Sulla *cautio pro praede litis et vindiciarum*: Lenel, *EP.*³ § 281. — Sulla *cautio iudicatum solvi*: La Rosa, *La struttura della «cautio iudicatum solvi»*, in *Labeo* 2 (1956) 160 ss. V. anche: Lenel, *EP.*³ § 287. — 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 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. V. *infra* n. 51.3.

che garantissero la restituzione della cosa o il pagamento del suo valore in caso di soccombenza. Nel processo successivo egli doveva prestare, a titolo sostitutivo dei *praedes*, una promessa personale, garantita però da terzi (quindi una *satisdatio*), e cioè: una «*cautio pro praede litis et vindiciarum*» nell'ipotesi di *actio per sponsionem*; oppure una «*satisdatio iudicatum solvi*» nell'ipotesi di *formula petitoria*. In caso di rifiuto di prestare la *satisdatio* (per riluttanza o per impossibilità di trovare garanti solvibili), il possesso della cosa controversa era negato al convenuto e trasferito imperativamente all'attore, purché questi fosse disposto ad offrire a sua volta satisdazione (cd. «*translatio possessionis*»): in questa ipotesi l'attore era esentato dall'onere della prova e il convenuto, volendo riottenere il possesso della cosa, era tenuto egli stesso a provare (come se fosse l'attore) il fondamento del suo titolo di proprietà. Naturalmente, le parti potevano anche rinunciare alla *satisdatio*, accontentandosi di una semplice *repromissio*.

51.2.6. Nella procedura «*per formulam petitoriam*» il possessore era tenuto a restituire all'attore anche i «frutti» (*fructus*) che la cosa avesse prodotto. Se il possesso era stato iniziato in buona fede, i frutti da restituire erano quelli percepiti dopo la *litis contestatio*; se il possesso era stato iniziato in mala fede, erano da restituire anche i frutti percepiti prima della *litis contestatio*, cioè 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 raccolti (*percepti*), ma anche quelli raccoglibili (*percipiendi*), cioè quelli che egli avrebbe potuto ottenere dalla cosa se l'avesse sfruttata più razionalmente.

51.2.7. Per ciò che riguarda le «spese» («*impensae*») incontrate dal convenuto durante il possesso della cosa, il *ius honora-*

51.2.6. Sui fructus: Bonfante, *Corso* cit. 2.2.411 ss. V. anche *retro* n. 19.4. — In diritto giustinianeo il possessore di buona fede era invece tenuto a restituire solo i frutti raccolti dopo l'inizio della lite nonché, dei frutti raccolti prima, quelli che fossero ancora nella sua disponibilità («*fructus extantes*»).

51.2.7. Sul tema delle impensae e del ius tollendi: Riccobono, *Dal diritto rom. class. al dir. moderno* (1917), in *Scr.* 2 (1964) spec. 247 ss.; Id., *Il compenso delle spese fatte da possessori su cose altrui*, in *BIDR.* 47 (1940) 1 ss.; Levy (J.-Ph.), *Les impenses dotales en dr. rom. class.* (1937) 230 ss.; Id., *D. 6.1.27.5, le droit de rétention et le «ius tollendi»*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 97 ss.; MacCormack, *«Ius tollendi»*, in *BIDR.* 85 (1982) 77 ss.; Gonzalez Palenzuela, *Las impensas en el der. rom. clasico* (1993). V. anche: Reszczynski, *«Impendere, impensa, impendium» (Sulla terminologia delle spese in dir. rom.)*, in *SDHI.* 55 (1989) 191 ss. — L'exceptio doli, determinando il diritto di ritenzione a favore del possessore, era di notevole efficacia, in quanto rendeva impossibile per il *dominus* il riottenimento della cosa: Ulp. 6.14-17. Cfr. Paul. D. 50.16.79. — In diritto giustinianeo la tutela predisposta dal pretore fu ampliata, istituendosi un organico rapporto tra *rium* ammise che al convenuto si dovessero risarcire quelle necessarie ed utili (ma in nessun caso quelle voluttuarie), purché risultasse essere stato possessore in buona fede, e a questo fine gli accordò una *exceptio doli* da opporre all'attore; dell'*exceptio doli* non vi fu più bisogno nel *ius novum* postclassico, dato che il risarcimento delle spese era calcolato direttamente dal giudice in sentenza. In diritto giustinianeo, 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, in più, il diritto al rimborso delle spese utili (nella somma minore fra lo speso ed il migliorato); a tutti e due si riconobbe un «*ius tollendi*», cioè un «diritto di asporto» dalla cosa di tutte le accessioni che vi fossero state operate, sempre che questa asportazione non implicasse un danneggiamento della cosa nel suo complesso.

51.3. Il punto debole del processo revindicatorio era costituito, quanto meno nella procedura formulare, dalla indefensio del convenuto («mancata difesa»), 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 non sottrarsi al processo e a difendere il suo possesso («*rem defendere*») o almeno ad effettuarne il trasferimento («*translatio possessionis*») all'attore, furono creati due mezzi processuali complementari: *a)* l'*interdictum «quem fundum»*; *b)* l'*actio ad exhibendum*.

51.3.1. L'*interdictum «quem fundum»* (così denominato dalle parole iniziali della formula) era un interdetto restitutorio relativo alle *res immobiles*. Con esso il magistrato ordinava al convenuto di restituire la cosa (*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 da perderne il possesso, gli bastava resistere all'ordine interdittale, si-

---

ius retentionis e le *impensae*: Nardi, *Studi sulla ritenzione in dir. rom.* 1 (1947), 2 (1957).

51.3. 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 passo v. già *retro* n. 11.3.5. Sul tema: Falcone, *Per la storia dell'«indefensio» nella rivendica*, in *AUPA.* 43 (1995) 537 ss. — Sulla translatio possessionis: *retro* n. 51.2.5.

51.3.1. Sull'interdictum quem fundum: Lenel, *EP*³ 474 s. La formula probabilmente 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*.

curo di essere assolto nel procedimento di cognizione ad esso conseguente. In caso contrario, il suo interesse era (potendo ancora farlo) di trasferire il possesso della cosa all'attore (con la riserva di agire in rivendicazione contro di lui in un secondo tempo), oppure di decidersi a *rem defendere*, cioè ad accettare, cosí come pronunciatogli dall'attore, il *iudicium* della *rei vindicatio*: altrimenti sarebbe stato condannato nel processo interdittale.

51.3.2. L'«*actio ad exhibendum*» («azione esibitoria») era relativa alle sole *res mobiles* (schiavi compresi) ed offriva al revindicante una garanzia anche maggiore dell'interdetto. Di fronte alla mancata difesa 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*, con la quale chiedeva la consegna della *res* o, in mancanza, la sua condanna al controvalore della cosa al momento della condanna (*quanti ea res erit*). Se il convenuto non possedeva la cosa, né aveva fatto dolosamente in modo da perderne il possesso, egli non aveva che da resistere alla nuova azione; in caso contrario, gli conveniva (potendo ancora farlo) operare la restituzione già nella fase *in iure*, oppure decidersi a *rem defendere*. E finalmente, se egli si rifiutava di contestare la lite in ordine al *iudicium in personam*, scattavano a suo danno le conseguenze dell'esecuzione personale («*duci iubere*») o della *missio in bona*.

51.4. L'*actio negatoria* («azione negatoria») era promossa dal *dominus* contro colui che proclamasse illecitamente la titola-

---

51.3.2. Sull'*actio ad exhibendum*: Marrone, «*Actio ad exhibendum*», in *AUPA*. 1957; Burillo, *Contribuciones al estudio de la «a. ad ex.» en dr. clásico*, in *SDHI*. 26 (1960) 190 ss. 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 sopra tutto la funzione di rimediare alla *indefensio* del convenuto, obbligandolo al *tollere pati* da parte dell'attore. Sul tema v. anche: Kaser, *Die «formula» der «a. ad ex.»* (1967), in *St. Volterra* 3 (1969) 543 ss., che seguiamo nella ricostruzione della formula: «*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.*». — 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: Kunkel, *Fides als schöpferisches Element im röm. Schuldr.*, in *St. Koschaker* 2 (1939) 4 nt. 4; Magdelain, *Les actions civiles* (1954); Kaser, *Eigentum und Besitz* cit. 40 ss. — Un ruolo 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. Sul punto: Marrone, «*Actio ad exhibendum*» cit. 403 ss.

51.4. 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 negato-*

rità di un diritto reale limitato sulla cosa, e più precisamente la titolarità di un *ius 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: si chiamava «*negatoria*» appunto perché caratterizzata dalla negazione di un diritto reale sulla cosa. Alla condanna nel *quanti ea res erit*, cioè nel valore della cosa al momento della sentenza, il convenuto poteva 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*.

51.5. Il *dominus* poteva anche opporre una *exceptio iusti dominii* («eccezione di giusto dominio») 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 volesse favorire le ragioni dell'attore: ad esempio, quando gli premesse di dimostrare di essersi reimpossessato per un giusto motivo della *res mancipi* di sua proprietà dopo averla precedentemente venduta e consegnata (*vendita ac tradita*) alla controparte (attrice, in questo caso, come diremo tra poco, con l'*actio Publiciana*).

51.6. La *cautio damni infecti* («cauzione di danno temuto») era una *stipulatio praetoria* consistente in una solenne

---

ria. Gai 4.3, 3, 4.6,2 e D. 7.6.5 pr. (Ulp. 17 *ed.*) parlano invece di «*actio negativa*». Non v'è dubbio che si tratti del medesimo istituto. In dottrina: Arangio-Ruiz, *Sulle azioni confessorie e negatorie* (1908), in *Scr.* 1 (1974) 113 ss.; Biondi, «*Actio negativa*» *ed* «*actio prohibitoria*» *ecc.*, in *AUME.* 1929; Bohácek, *L'«a. negativa» nell'ambito dell'usufrutto*, in *BIDR.* 44 (1937) 19 ss.; id., *Nuovi studi sulle «a. n.»*, in *BIDR.* 46 (1939) 142 ss.; Rodger, «*Actio confessoria*» *and* «*actio negatoria*», in *ZSS.* 88 (1971) 184 ss.; Bignardi, «*De suo iure agere oportet*» (1992) 1 ss., 79 ss.; Pugliese, *Brevi riflessioni su una «regula iuris»*, in *On. Wubbe* (1993) 389 ss. Per la formula, Lenel, *EP.*³ 191: «*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.*».

51.5. Sull'*exceptio iusti dominii*: *infra* n. 53.3 ss.

51.6. Sul *damnum infectum* cfr. D. 39.2 (*De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*). Per la letteratura: MacCormack, *The «cautio damni infecti»: buyer and seller*, in *ZSS.* 88 (1971) 300 ss.; Giaro, *Il limite della responsabilità «ex cautione d. i.»*, in *BIDR.* 78 (1975) 251 ss.; Betancourt, *Recursos supletorios de la «c. d. i.» en el der. rom. clás.*, in *AHDE.* 45 (1975) 7 ss.; Kaiser, *Servius und Labeo zur «c. d. i.»*, in *On. Waldstein* (1993) 285 ss. — L'esistenza di una antica *legis actio damni infecti* (non abolita dalla *lex Iulia iudiciaria*) si suol desumere da Gai 4.31 (riportato *retro* n. 9.3). Molto discusso il temapromessa (*cautio*) supportata dalla garanzia personale o reale di un terzo (dunque, più precisamente, una *satisdatio*) con la quale chi fosse proprietario di un edificio in pericolo o costruisse azzardatamente un edificio sul proprio fondo assicurava al proprietario del fondo o dell'edificio vicino di risarcirgli il danno che sarebbe potuto derivare al suo fondo o al suo edificio da eventuali crolli: per verità, un danno «non fatto» (*infectum*), ma soltanto temuto. Se si verificava l'ipotesi del danno, il *dominus* garantito da questa *cautio* non aveva che da esercitare l'*actio ex stipulatu* contro il *promissor* (o, subordinatamente, l'azione adeguata contro il garante di costui). Se però il proprietario del fondo da cui partiva il pericolo si rendeva assente *in iure* o ivi si rifiutava di prestare la *cautio*, il pretore elargiva all'interessato una *missio in possessionem* nell'immobile di lui, con l'effetto di renderlo «compossessore» dello stesso insieme al proprietario. Se infine, passato un anno, il proprietario del fondo insisteva ancora nel sottrarsi alla *cautio*, il pretore elargiva all'interessato una nuova e più efficace *missio in possessionem* («*missio ex secundo decreto*»), mediante la quale egli era immesso nel possesso esclusivo (e *ad usucapionem*) dell'immobile.

51.7. L'*operis novi nuntiatio* («denunzia di nuova opera») risaliva al diritto arcaico e consisteva, nel sistema del *ius*

---

re della *legis actio*, che per alcuni era una forma di *pignoris capio*. Sul tema: Albanese, *Gai 4.31 e il «lege agere d. i.»*, in *AUPA.* 31 (1969) 5 ss.; Falcone, *Sulle tracce del «l. a. d. i.»*, in *AUPA.* 43 (1995) 521 ss. — Sulla *nuntiatio damni infecti*: v. retro nt. 11.3.3. — La formula della *cautio* (retro n. 12.4) variava a seconda delle diverse possibilità di *damnum infectum*. Sul punto: Lenel, *EP.*³ § 292.

51.7. Sull'*operis novi nuntiatio* cfr. D. 39.1 (*de operis novi nuntiatione*), cui adde Ulp. D. 2.14.7.14, D. 43.25.1.3. L'istituto era indubbiamente molto antico, con ogni probabilità anteriore alla procedura formulare, anche se giunse a completa maturità solo nel corso del periodo classico, come dimostra l'accurata trattazione che ad esso riservarono i 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, specie sotto il riferimento alla *operis novi nunt. iuris publici tuendi gratia*. In questo senso: Lombardi, *«Novi operis nuntiatio iuris publici tuendi gratia»*, in *SPA.* 1951; Solazzi, *La «triplex causa» etc.* (1952), in *Scr.* 5 (1972) 400 ss. Contra, con soluzioni tuttavia diverse: Cosentini, *Appunti sull'o. n. n.*, in *AUCT.* 1950; id., *In tema di «o. n. n.» etc.*, in *Miscellanea romanistica* (1956) 117 ss.; Mozzillo, *Contributi* cit. 143 ss.; Melillo, *«Interdicta» e «o. n. n. iuris publici tuendi gratia»*, in *Labeo* 12 (1966) 178 ss. Per gli altri aspetti dell'istituto: Branca, *Danno temuto* cit.; id., *La «prohibitio» e la denuncia di nuova opera come forma di autotutela cautelare*, in *SDHI.* 7 (1941) 313 ss.; Berger, *L'«o. n. n.» ed il concetto di «ius publicum» in Ulpiano*, in *Iura* 1 (1950) 102 ss.; Arias Bonet, *Sobre la denuncia de obra nueva en el der. rom. clás.*, in *AHDE.* 42 (1972) 291 ss.; Paricio, *La denuncia de obra nueva en el der. rom. clás.* (1982); id., *La denuncia de obra nueva en el der. justinianeo*, in *St. Guarino* (1984) 2037 ss.; Nörr, *Cicero Top. 4.22 etc.*, in *honorarium*, in un'esplicita diffida extragiudiziale (cioè fatta fuori del tribunale pretorio) a chi avesse intrapreso (sempre che non l'avesse ancora portata a compimento) una costruzione o una demolizione su suolo pubblico o privato, affinché si astenesse dal continuarla e la eliminasse. Il «*nuntians*», autore della diffida, si limitava ad identificare, nel sito e nelle caratteristiche, la nuova opera (l'*opus novum*) e ad asserire (senza necessità di provarlo) di essere titolare al riguardo di un diritto di opposizione (di un «*ius* [*opus novum*] *prohibendi*»), cioè di un interesse giuridicamente rilevante a che l'opera non fosse eseguita (interesse derivantegli, ad esempio, dalla omessa osservanza delle prescrizioni sulle modalità e i limiti di quel certo tipo di costruzione o demolizione, oppure dalla mancata prestazione della *cautio damni infecti* da parte del costruttore, e via dicendo); il «*nuntiatus*», il destinatario della diffida, se non intendeva interrompere la nuova opera, asseriva a sua volta l'inesistenza del *ius prohibendi* del *nuntians* e si faceva dare dal *praetor* un *decretum* di «*remissio*», cioè di autorizzazione a proseguire (provvisoriamente e a tutto suo rischio) i lavori. Di fronte a questo atteggiamento del *nuntiatus*, il *nuntians* poteva tornare alla carica, chiedendo al magistrato un «interdetto demolitorio» («*interdictum demolitorium*») che ordinasse espressamente al *nuntiatus* la restituzione allo stato pristino, e quindi la demolizione del già costruito: il susseguente procedimento interdittale accertava se il *nuntians* avesse ragione (ed eventualmente, ove egli avesse torto, stabiliva quale risarcimento fosse tenuto a pagare per la sua incauta e ritardatrice *nuntiatio*). Per poter proseguire i lavori in attesa della definizione del procedimento interdittale, il *nuntiatus* doveva prestare una promessa di risarcimento di ogni possibile danno («*cautio ex operis novi nuntiatione*»).

31.8. L'*interdictum quod vi aut clam* (così denominato dalle parole iniziali della formula) era pronunciato, su richie-

---

Symposion 1977 (1982) 269 ss.; Rainer, *Einige weiterführende Ueberlegungen zur «o. n. n.»*, in SC. 8 (1996) 223 ss. — Per la procedura e per i rapporti con gli *interdicta* predisposti a tutela della proprietà pubblica e privata: Biscardi, *La tutela interdittale ed il relativo processo* (corso 1956) 259 ss.; Luzzatto, *Il problema d'origine del processo «extra ordinem»* (1965) 173 ss., 343 ss.; Melillo, *«Interdictum» e «operis novi nuntiatio»* cit.; Bignardi, *«De suo iure agere oportet»* cit. 155 ss. — La ricostruzione delle formule è in: Lenel, *EP.*³ § 174 (*edictio de operis novi nuntiatione*), 257 (*interdicta*), 291 (*cautio ex operis novi nuntiatione*).

31.8. Sull'*interdictum quod vi aut clam* cfr. D. 43.24 («*Quod vi aut clam*»), con particolare riguardo ad Ulp. 71 *ed.*: «*Quod vi aut clam factum est, ...id, cum experiundi potestas est, restituas*». Incerti sono i limiti che separavano l'*interdictum* in questione dalla *operis novi nuntiatio*, 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 sta di chiunque (anche se non *dominus*) dimostrasse di avervi un interesse giuridicamente rilevante, contro chi avesse già compiuto (su un fondo che fosse o si ritenesse altrui) opere illecite di nascosto (*clam*), oppure resistendo ad un precedente invito a desistere (*vi*). Si trattava di un *interdictum restitutorium*: dunque il convenuto era chiamato a rimettere le cose in pristino.

51.9. L'*actio aquae pluviae arcendae* («azione per il contenimento dell'acqua piovana»), prevista già dalle XII tavole, era concessa al *dominus* di un fondo contro il vicino, se a causa di lavori compiuti sul fondo di costui («*opus manu factum*») si fosse determinato un afflusso o un maggior afflusso di acque piovane sul fondo di lui. Il vicino era tenuto a risarcire all'attore ogni spesa incontrata dal proprietario del fondo invaso dall'acqua per evitare il danno e rimettere le cose al loro posto.

52. LA «DOMINICA POTESTAS» SUI «SERVI».

52.1. Manifestazione particolare del *dominium ex iure Quiritium* fu la cd. *dominica potestas* («potestà dominicale»:

---

altrui dal *servus* o dal *procurator* (cfr. Ulp. D. 43.24.3 pr.). Per quanto sbiadito 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. Sul tema: David, *Études sur l'interdit «quod vi aut clam»* (1947); Branca, *Carattere penale dell'i. «q. v. aut c.»*, in *Ann. Catania* 4 (1950) 111 ss.; Capogrossi Colognesi, *L'i. «q. v. aut c.» etc.*, in *Index* 20 (1992) 231 ss.; Fargnoli, *Studi sulla legittimaz. attiva all'i. «q. v. aut c.»*. V. anche retro n. 12.2 (ivi altra lett.) e infra n. 59.7.

51.9. La risalenza alle norme decemvirali di un'azione a tutela del regime delle acque si argomenta con sicurezza da D. 40.7.21 pr. (Pomp. 7 *ex Plautio*) = XII tab. 7.8 *a* e da D. 43.8.5 (Paul. 16 *Sab.*) = XII tab. 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 privato ex lege XII tabularum, ut noxa domino caveatur*. Di questo testo peraltro, 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) 119, 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; il Marello, *Contributi* cit. 67 ss., 76 ss., prospetta l'ipotesi che il brano originariamente esprimesse, per alcuni casi, il concorso alternativo tra *actio aquae pluviae arcendae* e *legis actio damni infecti*. Per gli altri problemi segnalati nel testo: Schönbauer, *Die «actio aquae pluviae arcendae»*, in *ZSS.* 54 (1934) 233 ss.; Sargenti, *L'«a. aq. pl. arc.»* (1940); Rodger, *Roman rain-water*, in *T.* 38 (1970) 417 ss.; Sitzia, *Ricerche in tema di «a. aq. pl. arc.» etc.* (1977); id., *«Aqua pluvia» e «natura agri»* (1999); Cairns, *D. 39.3.3 pr.-1 and the «a. aq. pl. arc.»*, in *St. Guarino* (1984) 2147 ss.; Vigneron, *A propos de la légitimation passive à l'«a. aq. pl. arc.»*, in *St. Guarino* (1984) 803 ss. V. anche: Lenel, *EP*³ § 177.

52.1. Nella vasta bibliografia sulla schiavitù in Roma: Buckland, *The Roman law of slavery* (1908, r. 1970); Westermann, sv. *Sklaverei*, in *PW. Suppl.* 6; id., spesso, peraltro, denominata semplicemente «*dominium*» o «*potestas*») sui *servi*. I «*servi*» («schiavi»), anche se erano in linea di massima equiparati alle *res*, erano pur sempre *personae*, esseri umani, e di qui derivò qualche anomalia del potere dominicale spettante su di essi al soggetto giuridico (il quale poteva essere, si ricordi, sia maschio sia femmina): anomalia che faceva pensare piuttosto alla *potestas* familiare, che non al vero e proprio *dominium*. Del che non è possibile rendersi conto, se non attraverso un breve riepilogo della storia della schiavitù in Roma.

52.2. L'evoluzione storica della schiavitù in Roma può essere approssimativamente tratteggiata in tre fasi: *a*) quella originaria, corrispondente al periodo arcaico; *b*) quella della massima fioritura, corrispondente ai periodi preclassico e classico; *c*) quella della decadenza, corrispondente al periodo postclassico.

The slave system of Greek and Roman antiquity (1955); Westrup, *Notes on the Roman slave law in early times* (1956); Vogt, *Sklaverei und Humanität. Studien zur antiken Sklaverei und ihrer Erforschung* (1965) (= tr. it. *L'uomo e lo schiavo nel mondo antico* [1969]); Robleda, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma* (1976); Dalla, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»* (1976); Goria, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel principato*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano* (1976) 309 ss.; Brockmeyer, *Antike Sklaverei* (1979); Finley, *Schiavitù antica e ideologie moderne* (1981); Id. (cur.), *La schiavitù nel mondo antico* (1990); Morabito, *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste* (1981); Dumont, «*Servus*». *Rome et l'esclavage sous la république* (1987); Watson, *Slavery and the development of Rom. l.*, in *BIDR*. 90 (1987) 105 ss.; Huwler, «*Homo et res*» cit., in *St. Wubbe* (1993) 207 ss.; Harrill, *The manumission of slaves in early Christianity* (1995); Melluso, *La schiavitù nell'età giustinianea* (2000). V. anche *retro* n. 15.4. e *infra* nr. 52.2.2. — La qualificazione del potere sugli schiavi come *dominica potestas* si incontra in Ulp. D. 21.1.17.10 (itp.). Frequentissima, sopra tutto in Gaio, la qualificazione come «*potestas*». Sul tema: Hoben, *Terminologische Studien zu den Sklavenerhebungen der römischen Republik* (1978); Morabito, *Ricerche sulla schiavitù attraverso il discorso dei giuristi nel Digesto*, in *Index* 8 (1978-79) 280 ss.

52.2. La concezione della schiavitù, nel mondo antico in genere e a Roma in ispecie, fu quella di un istituto contrario alle esigenze razionali della *natura rerum*, ma reso necessario dalle vicende economico-sociali e quindi compatibile con l'assetto di una società civile: lo si legge, ad esempio, in Flor. D. 1.5.4.1 (trascritto *retro* n. 15.4), in Ulp. D. 1.1.4 (... *cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita rell.*) e, ancora più chiaramente, in 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 nascebantur* (rell.). Come si vede, anche in età cristiana il precetto naturale secondo cui tutti gli uomini nascono liberi era ritenuto derogabile *iure gentium*, a causa dell'inevitabilità del ricorso alle guerre, alle conseguenti catture di prigionieri (*captivitates*) e quindi al mantenimento dei prigionieri (se non riscattati) in stato di durevole *servitus*: v. *retro* n. 5.5. Al di là delle affermazioni astratte tanto la filosofia stoica, quanto la religione cristiana non seppero o non poterono spingersi, anche se la seconda influì sensibilmente nel senso del trattamento più umano degli schiavi, del rispetto delle loro unioni contubernali (possibilmente, da non scindersi mediante vendita separata dei membri) e via dicendo: v., in proposito, Finley

52.3. Nel periodo arcaico ed anche oltre, cioè sino a che si realizzò il primo assestamento della *respublica* nazionale ro-

---

cit. 521 ss. — Da tenere altresì sempre presente è che il catalogo reale degli schiavi fu anche in Roma molto vario, in correlazione con gli impieghi più o meno rilevanti degli stessi, con le loro attitudini personali (dalla schiavitù provennero personaggi come il commediografo Terenzio e il filosofo Epitteto), con il comportamento dei loro padroni e, finalmente, con la diversità dei tempi. La *reductio ad unitatem* di tante numerose e differenti realtà (delle quali ci rendono avvertiti sopra tutto le fonti storiche e il materiale epigrafico) è stata operata in gran parte dai giuristi romani, ma in parte non esigua (bisogna dirlo) anche dalla storiografia giusromanistica. Comunque il loro merito (anzi, molto apprezzabile) di questo schematismo connaturato allo studio giuridico del fenomeno sociale della schiavitù sta, a nostro avviso, nell'aver messo o nel mettere in chiaro, in ordine a tutti gli stadi della storia romana, che il *servus* non si è mai riconosciuto dal trattamento buono o cattivo cui è stato sottoposto, ma si è riconosciuto ed è stato riconoscibile: dalla mancanza di cittadinanza romana (che invece sussisteva nei debitori *addicti*, *nexi*, *obaerati*, nonché, più in generale, nelle *personae in mancipio*); dalla mancanza di una propria *familia* (che invece era ammessa per i cd. servi della gleba o *coloni*); dalla possibilità di essere affrancati solo per decisione unilaterale (*manumissio*) del *dominus* o dei successori *mortis causa* di costui. — *Postilla. La storia della schiavitù non si chiuse certo con l'età romana, ma è continuata con alterne fortune sino all'età contemporanea. Solo nel corso del sec. XIX l'istituto fu progressivamente abolito e proclamato giuridicamente illecito, a partire dalla Francia rivoluzionaria (1791) e dall'Inghilterra (1807) sino a giungere agli Stati Uniti del Nord (1863), i quali però dovettero poi vincere la resistenza degli stati schiavisti del Sud nella cd. guerra di secessione (1861-1865), e sino a pervenire al Brasile (1888); ed è curioso che il tredicesimo emendamento della costituzione americana (1865: «la schiavitù volontaria o involontaria non potrà mai più esistere entro i confini degli Stati Uniti») è stato formalmente accolto dallo stato del Mississippi solo nel 1995. In Italia la «riduzione in schiavitù» è da molto tempo considerata reato (a. 600-604 c.p.) e nel resto del mondo, specie dopo la solenne «Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo» (approvata dall'ONU nel 1948), non vi è più paese che ufficialmente riconosca lecita la schiavitù: il che non toglie che essa sia ancora sensibilmente praticata (solo entro certi limiti a titolo di illecito) in varie plaghe dell'Africa, dell'Asia e dell'America meridionale, nelle quali le antichissime consuetudini tribali ancora tengono validamente testa alle legislazioni interne ed alle convenzioni internazionali sull'abolizionismo di un'istituzione tanto inumana. Per connessione di materia va aggiunto che, dopo le spaventose prassi di distruzione fisica di interi gruppi sociali (in particolare, di quelli ritenuti di «razza» ebrea) e di asservimento dei prigionieri di guerra a lavori forzati di tipo schiavistico messi in opera sopra tutto da una delle potenze belligeranti, si sono moltiplicate, dopo la fine della seconda guerra mondiale (1939-1945), le convenzioni internazionali intese alla migliore protezione dell'integrità fisica e della dignità personale dei prigionieri di guerra ed alla repressione con pene severe del reato di «genocidio» (per l'Italia, cfr. l. 9 ottobre 1967 n. 962, che parla di atti diretti «al fine di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso come tale»).*

52.3.1. Le origini della schiavitù in Roma (si intende: 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 (v. 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. 34.3). Sul tema v. anche, in senso vario: De Martino, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma* (1974), in *Dir. e soc. nell'antica Roma* (1979) 163 ss.; Guarino, *«Addicti» e «servi»* (1979), in *Iusculum iuris* (1985) 148 ss.; Castelmana (fine del sec. IV a. C.), la schiavitù fu in Roma un istituto universalmente e pacificamente accettato in astratto, ma un fenomeno praticamente molto poco diffuso. Ciò principalmente per due ragioni. In primo luogo, era ancora 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 del lavoro schiavistico: ai limitati impieghi della pastorizia, 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, sopra tutto 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, essendo stati già liberi e cittadini (o quanto meno di stirpe strettamente affine a quella romana, come i *Latini*), fossero passati per qualche tempo a servire in una *familia* che non era la propria per integrarne le forze di lavoro: nulla di strano e di sorprendente che, nei limitati casi in cui questi *mancipia*

Io, *Lo schiavo tra persone e cose nell'arcaico dir. rom.*, in *St. Biscardi* 1 (1982) 93 ss. Secondo il De Martino, la più antica forma di schiavitù a Roma sarebbe consistita nella *addictio del debitore* insolvente al creditore, con diritto di quest'ultimo di ucciderlo se non fosse stato pagato il riscatto (v. *retro* n. 3.6 e *infra* n. 53.2.1), ma a nostro avviso, la possibilità del riscatto (anche quando non voluto dal creditore) impediva che la situazione del debitore fosse equiparata a quella del *servus*: v. *retro* nn. 52.2 e, *amplius*, Guarino op. cit. — Sui *clientes gentium*: *retro* n. 16.2. Dato che non riteniamo che gli antichissimi *clientes* fossero in condizioni servili nei confronti dei loro *patroni*, escludiamo che le singolari caratteristiche della *manumissio iure civili* (che faceva acquistare ad un tempo la *libertas civitasque*) siano da ricollegare ad una del tutto improbabile *manumissio* del *cliens*. La verità è che anche i *servi* altro non erano, in età arcaica, che *mancipia* provenienti dalla massa etnico-culturale centroitalica di cui faceva parte Roma: la loro affrancazione, generalmente raggiunta 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 anche l'acquisto della cittadinanza (o, nei primi tempi, quella di sudditanza permanente propria dei *plebeii*) da parte dei *manumissi*.

non fossero già *cives*, la *manumissio* li rendesse tuttavia, oltre che liberi, cittadini.

52.2.2. Sul piano pratico, il fenomeno della schiavitù esplose, durante il periodo della *respublica* nazionale, solo nella fase

---

52.2.2. Sulla fioritura della schiavitù nella Roma della republica ed in quella del principato esiste una letteratura vastissima e approfondita, che sarebbe troppo lungo citare. Mentre rinviamo al sempre utile libro del Wallon, *Histoire de l'esclavage dans l'Antiquité*² (1879), ci limitiamo a segnalare (a parte i lavori indicati retro nt. 52.1): Staerman, *Die Blütezeit der Sklavenwirtschaft in der römischen Republik* (tr. dal russo 1969); Staerman-Trofimova, *La schiavitù nell'Italia imperiale* (tr. dal russo 1975, con prefazione e ulteriore ampio ragguaglio bibliografico del Mazza); Kiechle, *Sklavenarbeit und technischer Fortschritt im römischen Reich* (1969); AA.VV. (a cura di Eck e Heinrichs), *Sklaven und Freigelassene in der Gesellschaft der römischen Kaiserzeit* (1993). Per dettagliata descrizione degli impieghi dei *servi* nella cd. «economia schiavistica»: impieghi che possono essere raggruppati nelle categorie della «*familia urbana*» e della «*familia rustica*» di cui *infra* n. 52.3. — Sui vernae (schiavi nati in famiglia): Herrmann-Otto, «*Ex ancilla natus*» (1994). — Accanto alla categoria degli schiavi privati fiorì, anche se in misura non molto estesa, la categoria dei servi publici, cioè degli schiavi in potestà (per la quale non è il caso di parlare di *dominium*) dello stato e, per esso, dei suoi *magistratus* o *sacerdotes*. Questo tipo di schiavi era utilizzato sopratutto nelle industrie di stato e per servizi pubblici ausiliari, che andavano da quello dell'*aedituus* (cioè del sacrista addetto alla cura materiale di un tempio) a quello del *carnifex* (incaricato delle esecuzioni capitali), passando per tutta una gamma di altre mansioni sulle quali per brevità sorvoliamo. I *principes* non mancarono di servirsene, traendoli da livelli culturali particolarmente elevati e predestinandone i migliori all'affrancazione ed all'utilizzazione, come *liberti principis*, negli organici dei funzionari dipendenti; e forse proprio ai *principes* che si deve la concessione ai *servi publici* di disporre liberamente per testamento di metà del *peculium* accumulato nel loro servizio (cfr. Ulp. 20.16 e, sul tema in generale: Boulvert, *Esclaves et affranchis impériaux sous le Haut-Empire romain* [1970]; id., *Domestique et fonctionnaire sous le H.-E. rom.* [1974]; Rouland, *A propos des servi publici populi Romani*, in *Chiron* 7 [1977] 261 ss.). La linea di tendenza delle autorità di governo era, comunque, di ridurre allo stretto necessario il carico dei *servi publici*: gli stessi prigionieri di guerra erano, di solito, venduti in massa sul campo, per corrispettivi globali ovviamente piuttosto ridotti, ai mercanti di schiavi (*mangones*) che si aggiravano intorno alle truppe. Sul tema: Eder, «*Servitus publica*» (1980), con bibl. V. anche *infra* nt. 61.3. — Il servizio militare era, di regola, assolutamente interdetto agli schiavi, non fosse altro perché essi, essendo privi di libertà e di cittadinanza, non erano in grado di prestare il giuramento di fedeltà alle insegne romane, cioè il «*sacramentum militiae*» (cfr. Marcian. D. 49.16.11: *Ab omni militia servi prohibentur: alioquin capite puniuntur*). Tra le rarissime eccezioni (di cui, peraltro, non è facile ricostruire con esattezza la configurazione giuridica), la più famosa è quella dei «*volones*» (volontari), cioè degli schiavi arruolati in una o due legioni dopo la disastrosa battaglia di Canne (216 a. C.) per far fronte al vuoto delle leve cittadine (cfr. Liv. 22.57.11 e 35.7): il che avvenne, forse, sulla base di un *iusiurandum* religioso (accessibile anche ai *servi*) e con promessa di liberazione (o con affrancazione sospensivamente condizionata) alla fine del servizio. A parte vari casi in cui gli schiavi furono utilizzati illecitamente per azioni di guerra civile (ad esempio, nell'episodio insurrezionale di Catilina e dei suoi amici: 63 a. C.), frequente era tuttavia il loro impiego (a dirlo con termini però anacronistici) come scudieri, valletti, serventi dei loro padroni in armi. Sul tema: Rouland, *Les esclaves romains en temps de guerre* (1977), con bibl.; Giuffrè, *Sui «servi» e la «militia» secondo il Codice Teodosiano*, in *Labeo* 24 (1978) 191 ss.; Welwei, *Unfreie im antiken Kriegsdienst 3. Rom* (1988). Il tema andrebbe ulteriormente approfondito anche sotto il profilo della connivenza che podelle 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 svantaggioso il ricorso al lavoro libero e re-

---

teva esservi, a volte, di non procedere alla *manumissio* dei *servi* di maggiore utilità, non tanto per evitare il pagamento dell'imposta del cinque per cento del loro valore di mercato, prevista dalla *lex Manlia de vicesima manumissionum* sin dal 357 a. C., quanto per poterli lasciare esenti dal servizio militare e quindi liberi di attendere alle mansioni loro commesse nell'ambito della *familia*. Sulla *vicesima*: Guarino, *SDR.* n. 90, 97; Albana, *La vicesima libertatis in età imperiale*, in *Quad. catanesi* 17 (1988) 41 ss. — Non raro il fenomeno delle servae meretrices, cioè delle schiave costrette a prostituirsi dal relativo *dominus* all'aperto o in accoglienti locali (in *caupona*). A quest'abuso della *dominica potestas* la reazione sociale fu, dal periodo preclassico a quello postclassico, sempre più accentuata, traducendosi addirittura in accuse di *crimen*. Vari furono inoltre i rimedi escogitati dalla giurisprudenza, e confortati dall'intervento delle autorità, nel caso di legati o di alienazioni di una schiava accompagnati dalla esplicita clausola «ne (*serva*) *prostituatur*»: l'inosservanza del divieto da parte del legatario o dell'acquirente comportò a volte persino la liberazione della schiava. Sul tema: Sicari, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava* (1991), con bibl.; Id., «*Leges venditionis*» (1996). — Fenomeno non del tutto raro era anche quello del servus vicarius, cioè dello schiavo subordinato ad un altro schiavo («schiavo dello schiavo»): o in quanto assegnato dal *dominus* al *peculium* di un cd. «*servus quasi ordinarius*», o in quanto direttamente incaricato dallo stesso *dominus* di fare da subalterno a quest'ultimo. La graduazione, che a tutta prima può sembrare singolare, si spiega agevolmente quando si pensi alla eventuale complessità dell'impresa familiare ed alla conseguente opportunità di costituire talvolta, entro la comunità dei *servi*, organizzazioni o gerarchie di vario genere. Sul tema: Reduzzi Merola, «*Servo parere*» (1990), con bibl. — Degna di particolare attenzione è infine la figura del servus quasi colonus, profilatasi sin dal sec. I a. C., anche se diffusasi, probabilmente, solo molto dopo: a questo schiavo il *dominus* dava in una sorta di *locatio-conductio* (*infra* n. 79), quasi che si trattasse di un soggetto giuridico, un appezzamento di terreno coltivabile, con l'intesa che avrebbe percepito da lui una *merces* in denaro o in prodotti (cfr. spec. Alf. D. 15.3.16, Alf. D. 40.7.14 pr.). Il motivo per cui in tale ipotesi il *servus* non era considerato un normale *servus peculiatus* stava nell'autonomia di cui egli localmente godeva (per esempio, per l'acquisto di attrezzi o di bestiame) ai fini del miglior rendimento del fondo agricolo. Sul tema: Giliberti, «*Servus quasi colonus*» (1981); Veyne, *Il «dossier» degli schiavi-coloni romani* (1981), in *La società romana* (tr. it. 1990) 49 ss. Dato che gli autori citati si domandano se fosse servo-colono anche il pastore Titiro di Verg. *ecl.* 1 *passim*, v.: Guarino, *Lo stato giuridico di Titiro* (1989), in *PDR.* 6 (1995) 525 ss. — Sulla libertinitas: retro n. 16.2. — Sulle manumissiones: *infra* n. 57.4-6. — Sulla politica dei principes in ordine a schiavi e liberti, v. anche: Chantraine, *Freigelassene und Sklaven im Dienst der röm. Kaiser. Studien zu ihrer Nomenklatur* (1967).

munerato. L'economia romana fu pertanto progressivamente 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 d'azienda e via dicendo). Se e quando le esigenze di *servi* non fossero direttamente soddisfatte, sul piano della quantità o su quello della qualità, dalle guerre vittoriose, sovvenne su larga scala il ricorso al mercato internazionale degli schiavi, fortemente alimentato dalla pirateria non romana, sicché il lavoro libero si svalutò al punto da essere utilizzato solo là dove particolari condizioni di pericolo o di disagio rendessero più conveniente pagare un modesto e temporaneo salario, anziché rischiare il capitale investito nella proprietà dei *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 ed il *ius publicum* preclassico intervenne, a tutela della nazionalità romana, solo con leggi intese a gravare di un forte tributo le *manumissiones* ed a limitare in vari modi la capacità pubblica e privata dei *liberti*. Nel successivo periodo classico numerosi provvedimenti normativi di vario tipo, tutti ispirati dai *principes*, operarono ancora 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 elargite in cambio ai *liberti* (sopra tutto a quelli imperiali) e dallo scadimento progressivo dei valori della nazionalità romana.

52.2.3. Il periodo postclassico (ma, sia ben chiaro, già in parte la fase tarda del periodo classico) registrò, in concomitan-

---

52.2.3. Sulla decadenza della schiavitù nel mondo romano v. la letteratura cit. *retro* nn. 52.1 e 52.2.2, e v. nt. 15.4. *Adde*: De Martino, *Schiavi e coloni tra antichità e medioevo* (1988), in *Uomini e terre in Occidente tra tardo-antico e medioevo* (1988) 65 ss. — Sui soggetti limitati per motivi economici generali: *retro* n. 16.7. 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 sopra tutto (e anzi tutto) 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 za con l'esaurirsi delle grandi conquiste, la decadenza del fenomeno della schiavitù. Gli apporti di schiavi si ridussero notevolmente, elevandosi con ciò il prezzo della merce-schiavo sui mercati; d'altro canto, si moltiplicarono le istanze dei *servi* (istanze già numerose e pressanti nel periodo precedente) sia ad una congrua remunerazione del loro lavoro (con la conseguente moltiplicazione dei *peculia servorum*), sia all'affrancazione, spesso da loro stessi pagata utilizzando i *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 come tale. Fu giocoforza pertanto che l'economia romana tornasse ad orientarsi verso il 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 «semiliberi», vincolati alla terra o ai mestieri, che, in luogo degli schiavi mancanti, furono sfruttati, nella decadenza economica generale, per dare in qualche modo alla produzione l'alimento di lavoro di cui essa aveva bisogno.

52.3. La condizione giuridica dei *servi* (lo «*status servorum*») era, come si è detto a suo tempo, quella delle *res*

---

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 ridotte in condizioni 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 proletari.

52.3. Sui servi come *res mancipi*: retro n. 19.8. Sulle conseguenze in ordine alle vicende del *dominium*: retro n. 51. Per le analogie col trattamento dei *filii*, delle *mulieres in manu* e delle *personae in mancipio*: retro n. 39. — Sul *contubernium servorum*, e sulla sua irrilevanza giuridica cfr. Ulp. 5.5: *Cum servis nullum est conubium*; 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 forma 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: cfr., ad esempio, Paul. D. 16.3.27, e v. Pólay, *Il matrimonio degli schiavi nella Roma repubblicana*, in St. Grosso 3 (1968) 79 ss.; Bieżuńska-Małowist, *La vie familiale des esclaves*, in *Index* 8 (1978-79) 140 ss. Di qui anche l'uso di concetti come «*servilis cognatio*» e «*servilis adfinitas*»: Guarino, «*Adfinitas*» (1939) 89 s.; [illegible], *Effetti della «servilis cognatio»*, in *Index* 24 (1996) 321 ss. I primi e parziali riflessi giuridici si ebbero solo in età postclassica: divieti di nozze tra *cognati* o *adfines*, rilievo della *cognatio servilis* e talune offerte successorie *ab intestato*, divieto di scindere senza stretta necessità i gruppi familiari servili (cfr. Constant. CTh. 2.25.1 = CI. 3.38.11, a. 325). — 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*»: Żeber, *A study of the «peculium» of a slave in preclass. and class. Rom. L.* (1981). Per farsi liberare dal *dominus* lo schiavo aveva infatti due sistemi a disposizione: o promettergli mediante stipula-

mancipi. Ma si trattava, per molteplici riguardi, di oggetti giuridici *sui generis*, cioè del tutto particolari. 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* essi erano accomunati nella dizione di *personae in potestate*: al *dominus* (o alla *domina*) 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 di una *colonia civium Romanorum*) e alle dirette dipendenze del *dominus*, essi costituivano la cd. «*familia urbana* (*servorum*)», con una varietà di impieghi (manuali, artigianali, culturali, amministrativi) che poteva essere, in relazione al rilievo sociale ed economico del padrone, anche molto vasta e che portava spesso i più dotati al godimento, in pratica, di un trattamento identico a quello dei sottoposti liberi: possibilità di essere utilizzati come sostituti del *dominus* (con connessa attribuzione di una «mera capacità di agire»); incarichi di fiducia (e spesso di speciale delicatezza) nell'amministrazione domestica; facilità di ottenere adeguate retribuzioni e 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*, eventualmente come *exercitores*, come *institores*, o addirittura come *procuratores omnium bonorum* dei loro antichi padroni. Se utilizzati dai ricchi proprietari fondiari a distanza, particolarmente nelle *villae* rustiche e 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, il «*vilicus*», che era spesso un liberto o addirittura uno schiavo di rango superiore: il trattamento cui i *servi* venivano sottoposti era sovente, in tal caso, assai 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 propri figli: la loro unione era detta «*contuber*-

---

mento (pienamente valido dal punto di vista religioso) di pagarlo dopo la liberazione (v. *infra* n. 104, 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 dall'amico manomesso. Una *epistula* dei *divi Fratres* (Marco Aurelio e Lucio Vero) chiarì che l'acquirente non avrebbe potuto, in tal caso, sottrarsi all'impegno di *manumittere* il *servus*. Cfr. Ulp. D. 40.1.4 pr.: *Is qui suis nummis emitur epistula divorum fratrum ad Urbium Maximum in eam condicionem redigitur, ut libertatem adipiscatur*. — Sul *partus ancillae*: *retro* n. 19.4.

nium», cioè mera «convivenza», ed era in astratto (anzi, nelle *familiae rusticae*, anche talvolta in concreto) trattata, sopra tutto quanto ai «frutti», cioè ai figli, alla stessa stregua delle unioni tra animali subumani (i figli spettavano, dunque, al padrone).

52.3.1. La mancanza di efficienti mezzi di identificazione degli schiavi (i quali, almeno questo, non erano certo marchiati a fuoco come oggi gli animali subumani) dava luogo a numerosi casi di dubbio e di controversia, per dirimere i quali si ricorreva ad uno speciale procedimento di accertamento, la cd. «*causa liberalis*», risalente ai tempi più antichi. Chi volesse sostenere che una persona apparentemente libera era in realtà un proprio *servus* 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*» («assertore della libertà»). Augusto affidò le delicate questioni della *causa liberalis* ad un «*praetor liberalium causarum*» e la procedura si svolse nel periodo classico prevalentemente *extra ordinem*.

52.3.2. Lo *status* di *servus* si costituiva in forza dei seguenti fatti: *a*) la «*captivitas*», cioè la prigionia di guerra (od ogni altra

---

52.3.1. Sulla *causa liberalis* (o «*status quaestio*») cfr.: D. 40.12 (*De liberali causa*); C. 7.16. Per la letteratura v.: Franciosi, *Il processo di libertà in dir. rom.* (1961); Tomulescu, *Sur la maxime «vindiciae (dare) secundum libertatem»*, in *Iura* 22 (1971) 141 ss.; Ferenczy, *L'«adsertor libertatis» nell'età della repubbl. rom. arcaica*, in *St. Donatuti* 1 (1973) 387 ss.; Reggi, *La «vindicatio in libertatem» e l'«adsertor libertatis»*, in *St. Donatuti* 2 (1973) 1005 ss.; Wolf (J. G.), *Die «manumissio vindicta» und der Freiheitsprozess*, in *St. Wieacker* (1991) 61 ss. — L'identificazione degli schiavi era affidata di solito a segni distintivi piuttosto vaghi e facilmente eliminabili: principalmente a collari o bracciali di ferro con indicazione del nome del *dominus*.

52.3.2. Sulla costituzione della schiavitù: Modrzejewski, *«Aut nascuntur aut fiunt»: les schémas antiques des sources de l'esclavage*, in *BIDR.* 79 (1976) 1 ss. — Sulla *captivitas*: retro n. 15.4.2. L'«*amissio civitatis*» era comportata dall'*aqua et igni interdictio* (peraltro 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. 15.4.5. 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* era 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 invece ridotti in schiavitù i *dediticii Aeliani* (*infra* n. 52.5.4) che avessero violato il divieto di abitare nel raggio di cento miglia da Roma (così la *lex Aelia Sentia* del 4 d. C.: Gai 1.27). Sul condannato a morte, *ad bestias*, *ad metalla*, che diventava, secondo il processo criminale *extra ordinem*, privo di soggettività giuridica, quindi «*servus poenae*»: Zilletti, *In tema di «servitus poenae». Note di diritto penale tardo-*

prigionia ad essa equiparata) del *peregrinus* o dell'ex-*civis* che avesse subito la perdita della cittadinanza («*amissio civitatis*»); *b*) la «nascita da schiava» («*ex ancilla*»), cioè da donna che fosse schiava al momento del parto; *c*) la riduzione in schiavitù del cittadino per provvedimento di governo (es.: per condanna implicante la cd. «*servitus poenae*»); *d*) in diritto postclassico, infine, la «revoca in schiavitù» («*revocatio in servitutem*») del liberto che si fosse mostrato «ingrato» nei confronti del *patronus*. Essendo la *servitus* uno *status hominis*, non vi era possibilità di sottrarvisi, *de iure*, con la fuga: anche se si trattava di un marchio puramente ideale, cioè non visibile, esso tale era e tale rimaneva sino alla sua estinzione.

52.3.3. Lo *status* di *servus* si estingueva: *a*) per morte dello schiavo; *b*) in forza di speciali provvedimenti di governo a ca-

---

classico, in *SDHI.* 34 (1968) 32 ss. Sotto la denominazione di «morte civile» quest'ultimo istituto si è conservato sino al sec. XIX ed oltre. — Sulla revocatio in servitutem: retro n. 16.2.2; Wilinski, *Intorno all'«accusatio» e «revocatio in servitutem» del liberto ingrato*, in *Om. Volterra* 2 (1971) 559 ss. — Sulle alienazioni di schiavi: Wilinski, *Ricerche sull'alienazione degli schiavi nel dir. rom. etc.*, in *Index* 5 (1974-75) 321 ss.; Ankum, *«Mancipatio» by slaves in class. Rom. l.?*, in *Om. Reinert* 1 (1978) 1 ss.; Kudlien, *«Empticius servus»*, in *Hi.* 35 (1986) 240 ss. — Un caso particolare di servitù apparente era quello del liber homo bona fide serviens, cioè dell'uomo libero (*ingenuus* o *libertus*) posseduto come schiavo da un altro uomo in buona fede, nella scusabile ignoranza della sua condizione di libero: caso che veniva risolto anch'esso mediante una *causa liberalis* (retro n. 52.3.1), forse con l'ammissione ad agire (almeno in diritto giustinianeo) dello stesso *bona fide serviens*, invece che dell'*adsertor libertatis*. Le cause della presa di possesso potevano essere sopra tutto due: la *occupatio* di un bambino abbandonato mediante *expositio* pubblica, del quale non si avesse ragione di ritenere che fosse libero (v. anche retro n. 39.2.4); l'acquisizione ereditaria di uno schiavo nell'ignoranza, da parte dell'erede, del fatto che il dante causa lo aveva reso libero mediante testamento (o codicillo confermato dal testamento). In materia: Reggi, *«Liber homo bona fide serviens»* (1958) con bibl. V. anche *infra* n. 77.2.

52.3.3. Provvedimenti del governo portanti la concessione della *libertas* (*civitasque*) furono, innanzi tutto, quelli *ad personam* (per meriti speciali) decretati dagli alti magistrati o dal *princeps*: 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 il *servus index*, cioè per lo schiavo (o per gli schiavi) che avesse denunciato la persona dell'omicida: D'Ippolito, *Una presunta disposizione del Sc. Silaniano*, in *Om. Arangio-Ruiz* (1964) 717 ss.; Dalla, *«Sen. cons. Silan.»* (1980); Schumacher, *«Servus index»* (1982). A tal proposito va detto che fu caratteristico della mentalità antica che un *servus* (e più in generale un *humilior*) potesse essere costretto a dire la verità sotto tortura. V. anche retro n. 28.11. — Sulla praescriptio longi temporis dei: Diocl. C. 7.22.1-2; Constant. CTh. 4.8.7. — Particolarmente interessante il caso della cd. libertas Claudiana, su cui: Fanizza, *L'editto di Claudio sulla libertà degli schiavi*, in *AAN.* 81 (1970) 167 ss.; Faro, *La «libertas ex divi Claudii ed.»* (1996); Peluso, *«Aegra mancipia»*, in *Index* 26 (2000) 133 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 editrattere di concessione della libertà; *c*) in periodo postclassico, anche in forza di *longi temporis praescriptio*; ma sopra tutto: *d*) in forza di «*manumissio*», cioè di un atto di «affrancazione» deciso 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.

52.4. I modi di *manumissio* secondo il *ius civile* (cd. «*manumissiones iustae ac legitimae*»), che sortivano l'effetto caratteristico di far divenire il servo, al tempo stesso, libero e *civis Romanus*, furono tre: *a*) *manumissio vindicta*; *b*) *manumissio censu*; *c*) *manumissio testamento*.

52.4.1. La «*manumissio vindicta*» («affrancazione giudiziale») si operava mediante una finta «*vindicatio in libertatem*» e con for-

---

tum di Claudio dispose che il servo divenisse libero, e più precisamente in condizione di *latinus Iunianus* (v. *infra* n. 52.5.5), nell'ipotesi che guarisse. Cfr.: Suet. *Claud.* 25.2; Iust. C. 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»*. — Sulla liberazione della schiava prostituta: *retro* nt. 52.3.2. — Anche i *liberi in mancipio* erano affrancati dalla *potestas dominica* (essendo peraltro già *in libertate*) mediante *manumissio* (generalmente, mediante *m. censu*). V. *retro* n. 39.3.1. — *Ad statuas confugere* (o anche *ad templa*, *ad signa militaria*) fu una prassi abbastanza estesa sopra tutto nel periodo del principato ed in quello del dominato: prassi che i principi non condannarono come illecita, ma cercarono di disciplinare (e di limitare) con interventi *extra ordinem* e con alcune costituzioni. La prassi consisteva in ciò: che gli schiavi maltrattati (e a volte anche i liberi che si ritenessero seriamente pregiudicati da sentenze criminali o da comportamenti vari di sopraffazione) si rifugiavano presso le statue consacrate degli imperatori (o anche nei templi pagani, oppure sotto le insegne militari di influenti generali) per impetrare un miglior trattamento, la revisione delle condanne sofferte ecc. Poco probabile, a nostro avviso, che si sia mai pervenuti al riconoscimento pieno della liceità giuridica (pur se *extra ordinem*) di siffatti comportamenti. Da escludere comunque, ed a parere di tutti, che sia stato mai riconosciuto l'istituto dell'*asylum*, salvo che per la Chiesa cristiana (v. *retro* nt. 47.2), e che in alta antichità vi sia stato nell'urbe un cd. *asylum Romuli*. Sul tema: Gamauf, «*Ad statuam licet confugere*» etc. (1999), con bibl.

52.4. Sulle *manumissiones iustae ac legitimae* e sulla produzione di effetti che non riguardavano il singolo *dominus*, ma si estendevano a tutta la collettività cittadina: De Visscher, *De l'acquisition du droit de cité romaine par l'affranchissement*, in *SDHI.* 12 (1946) 69 ss.; Daube, *Two early patterns of manumission*, in *JRS.* 36 (1946) 57 ss.; Lemosse, *Affranchissement, clientèle, droit de cité*, in *RIDA.* 3 (1949) 37 ss.; Danieli, *Contributi alla storia delle manomiss. rom. 1. Origine ed efficacia delle forme di manomissione*, in *SU.* 1952-53; Volterra, *Manomissione e cittadinanza*, in *St. Paoli* (1956) 11 ss. Per le fonti cfr.: D. 40.1 (*De manumissionibus*); C. 7.15. V. *retro* n. 52.2.1. — La *lex Manlia de vicesima* del 357 a. C. (v. *retro* nt. 52.2.2), introducendo una rilevante imposta (del cinque per cento sul valore di mercato), non solo trattenne i cittadini romani dalle troppo facili *manumissiones iustae ac legitimae*, ma sottopose indirettamente queste ultime al controllo economico ed al *regimen morum* dei censori. Su di essa v. anche: Guarino, *La votazione della «lex Manlia de vicesima»* (1981), in *PDR.* 3 (1994) 255 ss., con altra bibl. L'imposta andava versata ad una speciale cassa dell'*aerarium*, cioè al cd. «*aerarium sanctius*»: non è chiaro come si procedette all'esazione dopo che l'*aerarium* fu assorbito dal *fiscus Caesaris*.

52.4.1. Sulla *manumissio vindicta*: Monier, *Contribution à l'étude des rites de la «man. vindicta»*, in *St. Albertario* 1 (1952) 195 ss.; Kaser, *Über Verfügungs-*

me ancorate alla procedura della *legis actio sacramenti in rem*. Davanti ad un magistrato *cum imperio* (anche non giusdicente: ad esempio, un console) un amico del *dominus* in veste di «*adsertor in libertatem*» toccava lo schiavo con una festuca («*vindicta*») e proclamava che egli era invece libero («*hunc ego hominem liberum esse aio*»). Il magistrato, nel silenzio del *dominus*, pronunziava l'assegnazione alla libertà («*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.

52.4.2. La «*manumissio censu*» («affrancazione per censimento») 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.

52.4.3. La «*manumissio testamento*» («affrancazione testamentaria») conseguiva ad una apposita disposizione testamenta-

---

akte Gerichtsverfahren» ecc., in *SDHI.* 56 (1990) 59 ss.; Meylan, *L'individualité de la «m. v.»*, in *St. Arangio-Ruiz* 4 (1953) 469 ss.; Charvet, *Adque*, in *SDHI.* 19 (1953) 334 ss.; Tondo, *Aspetti simbolici e magici nella struttura della «m. v.»* (1966); Peck, «*Manumissio in circo*»?, in *St. Vittinghoff* (1980) 179 ss.; Wacke, *Das Relief-fragm. n. 26 aus Mariemont: Zirkusszene oder «m. v.»?*, in *St. Biscardi* 1 (1982) 117 ss.; Guarino, «*Manumissio cum grano salis*» (1981), in *PDR.* 6 (1995) 536 s.; Wolf, *Die «m. vindicta»* cit. Per le fonti cfr.: D. 40.2 (*De manumissis vindicta*); C. 7.1. — È molto probabile, secondo quanto esposto nel testo, che la *manumissio vindicta* abbia tratto origine dal processo della *legis actio sacramenti in rem*. Sul tema: Franciosi, *Il processo di libertà* cit., e v. retro n. 50.15. — Sulla vindicta v. retro n. 8.3.3 e cfr. (con riguardo alla *manumissio*) Boeth. *in Cic. top.* 2.10: *Vindicta vero est virgula quaedam, quam lictor manumittendi servi capiti imponens eundem servum in libertatem vindicabat, dicens quaedam verba sollemnia, atque ideo illa virgula vindicta vocabatur.* Qui Boezio ricorda esattamente che i *lictores*, al seguito dei magistrati *cum imperio*, mentre imbracciavano i *fasces* a sinistra, impugnavano con la mano destra una verghetta (*virgula*), ma forse inesattamente attribuisce al *lictor* (e non al rivendicante) l'imposizione della *vindicta* sullo schiavo. A nostro avviso, l'equivoco è probabilmente derivato dal fatto che il rivendicante effettuava la *manumissio* mediante la *vindicta* che si faceva dare da un littore.

52.4.2. Non è chiaro il procedimento amministrativo attraverso il quale l'iscrizione nelle liste censuali determinava l'acquisto della libertà e della cittadinanza: Cosentini, *Studi sui liberti* 1 (1948) 14 ss.; Lemosse, *L'affranchissement par le cens*, in *RH.* (1949) 161 ss.; Dandoli, *In margine ad un recente studio sulla «m. c.»*, in *SDHI.* 15 (1949) 196 ss.; Frezza, *Note esegetiche di diritto pubblico romano*, in *St. De Francisci* 1 (1956) 199 ss. A nostro avviso, in occasione del censimento quinquennale della popolazione, come si autodenunciavano i neo-cittadini *manumissi vindicta* e *testamento*, così poteva denunciarsi come *liber* o *paterfamilias* ogni altro *servus*, purché il *dominus* manifestasse inequivocabilmente il suo assenso. Era in tale occasione che si procedeva, per tutti i tipi di *manumissio*, all'accertamento dell'imposta *ex lege Manlia* (che era ovviamente a carico dei *patroni*).

52.4.3. Sulla manomissione testamentaria: Impallomeni, *Le manomissioni «mortis causa»* (1963); Castello, *D. 40.5.26.7. In tema di senatoconsulto* ria del *dominus* («*Stichum servum meum liberum esse iubeo*»). Il *servus* acquistava la libertà al momento dell'acquisizione dell'*hereditas* da parte del soggetto istituito erede (*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, in omaggio al *favor libertatis*, in una situazione di provvisoria libertà («*statuliber*») sino al momento del verificarsi della condizione.

52.5. *Manumissiones a efficacia ridotta* furono: *a*) le cd. *manumissiones iure praetorio*; *b*) certe *manumissiones* limitate da appositi provvedimenti del *ius publicum* o del *ius novum*. Queste ultime furono occasionate proprio dalla diffusione delle prime (che costituivano un grave strappo ai criteri formalistici delle *manumissiones iure civili*), nonché dall'usanza, dilagante nella fase di crisi della *respublica* nazionale, di liberare anche *iure civili* larghe masse di schiavi, rendendoli con ciò *cives Romani*.

52.5.1. Le cd. «*manumissiones iure praetorio*» («affrancazioni pretorie») erano affrancazioni non solenni, che prescindevano

---

Rubriano, in *St. Scherillo* 1 (1972) 201 ss.; Bonini, *Note sul primo libro delle Istituz. di Giustiniano etc.*, in *St. Donatuti* 1 (1973) 143 ss.; Masiello, *Libertà e vantaggio patrimoniale in un rescritto di Marco Aurelio*, in *Labeo* 21 (1975) 10 ss.; D'Ors, «*Liberum esse volo*», in *Iura* 28 (1977) 85 ss.; Masiello, *Il «dies mortis» dello schiavo nelle manomiss. testamentarie*, in *St. Guarino* (1984) 2347 ss.; Talamanca, *Osservazioni sul concorso di affrancazioni testamentarie*, in *SDHI*. 60 (1994) 53 ss. — In particolare, sullo *statuliber*: Donatuti, *Lo statulibero* (1940), con ampia disamina di fonti (spec. Ulp. 2.1 ss.; cfr. Paul. D. 40.7.1). — La *manumissio* poteva anche conseguire ad un fedecommesso, nel qual caso si parlava di *fideicommissaria libertas*. Cfr. D. 40.5; Ulp. 2.7-12; Gai 2.263-266: *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere vel legatarius. Nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget an de eo, qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit.* (cfr. Ulp. 2.7-12; D. 40.5). *Manumissor* (e conseguentemente *patronus*) era ovviamente il fedecommissario.

52.5. Uno studio esauriente sulle *manumissiones ad efficacia ridotta*, 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 letterarie) dei ricchi romani che liberavano a frotte gli schiavi per pura ragione di lusso. Le cause del fenomeno furono invece, a nostro avviso, di gran lunga più varie, sostanziose e sottili. Per qualche considerazione in proposito: Guarino, *Spartaco. Analisi di un mito* (1979) 110 ss.

52.5.1. Sulle cd. *manumissiones praetoriae* è sempre valido, quanto alla sostanza del fenomeno, lo studio di Wlassak, *Die prätorischen Freilassungen*, in *ZSS*. 26 (1905) 367 ss. Contribuisce a spiegare la fortuna delle affrancazioni pretorie il fatto che esse, non essendo *manumissiones* a stretto rigore di diritto, permettevano di sfuggire al pesante gravame dell'imposta introdotta dalla *lex Manlia de vicesima*. — Scarsamente testimoniate nelle fonti giuridiche le modalità e gli effetti della *manumissio inter amicos*: cfr. però, Gai 1.41 e Dosith. 4.15. Alla dottrina tradizionale, per la quale la *manumissio inter amicos* si compiva senza particolari formalità, si è opposto l'Albanese, *La struttura della manumiss. inter ami-*

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 dichiarazioni scritte a forma libera); e in tal caso il *praetor*, per dare una qualche rilevanza giuridica a questi atti che *iure civili* erano privi di ogni validità, soleva concedere agli affrancati *exceptiones* e *actiones honorariae* contro coloro (a cominciare eventualmente dallo stesso *dominus*) che si rifiutassero di considerarli nella pratica condizione di *liberi*.

52.5.2. Gli affrancati *iure praetorio*, anche se più o meno largamente equiparati ai *cives* dal punto di vista privatistico, erano privi del *ius suffragii* e del *ius honorum* ed ovviamente premevano, oltre che per l'equiparazione piena *iure civili*, anche per il conseguimento di questi obbiettivi pubblicistici. Tanto più erano indotti a queste pressioni dal fatto che ormai non meno ingenti masse di schiavi, delle più varie e lontane provenienze, alla *civitas* di pieno diritto pervenivano attraverso larghe *manumissiones iure civili*: praticate, queste ultime, dai padroni, ad onta dell'imposta sulle manumissioni, o per arricchirsi dei *peculia* degli schiavi stessi, o per manifestare il loro lusso, o anche e non di rado per liberarsi degli oneri di mantenimento di una *familia* schiavistica diventata sovrabbondante. Non tanto per salvaguardare gli ormai scaduti valori della nazionalità romana, quanto per evitare che il privilegio dello *status* di *civis Romanus* fosse elargito a troppi titolari, Augusto e Tiberio, in ciò seguiti da tutto il *ius novum* imperiale, promossero pertanto l'emanazione (formalmente su richiesta dei consoli) di tre fondamentali leggi limitative: la *Fufia Caninia*, la *Aelia Sentia* e la *Iunia Norbana*.

---

cose», in *AUPA*. 1962, e di nuovo *Ancora sulla struttura della «m. i. a.»*, 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 testimonianza integrativa di questo *iussus* ad almeno cinque amici. *Contra*: Biscardi, *Μετὰ φίλων etc.*, in *St. Volterra* 3 (1971) 515 ss. V. anche *infra* n. 52.6. — Sulla *manumissio per epistulam*: Albanese, *La struttura* cit. 13 ss., ivi altra letteratura e fonti. — Il *manumissus iure praetorio*, mancando di soggettività a sensi di *ius civile*, era, rispetto al *dominus*, in una condizione comunque di gran lunga meno favorevole di quella del *libertus*: il che aveva grande rilevanza sopra tutto agli effetti successori, essendo i suoi guadagni formalmente destinati a tornare al *dominus* a titolo di *peculium*.

52.5.2. Sulle *leggi limitative delle manumissiones*, cardine di tutta l'evoluzione classica dell'istituto (specie per gli interventi del *ius novum* imperiale): Biondi, *La legislaz. augustea*, in *Conf. augustee* (1939) 139 ss.; Rodriguez Arias, *Las leyes limitadoras de las manumisiones en la época augustea* (1978); Cogrossi, *Preoccupazioni etiche nelle leggi di Augusto sulla «manumiss. servorum»*, in *Conoscenze etniche e rapp. di convivenza nell'antichità* (1979) 158 ss.

52.5.3. 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.

52.5.4. La *lex Aelia Sentia* (4 d. C.): *a*) proclamò nulle le *manumissiones* operate allo scopo di rendersi insolventi e di danneggiare con ciò i propri creditori («*in fraudem creditorum*»); *b*) svalutò fortemente le manomissioni di schiavi di età inferiore ai 30 anni o operate da *domini* di età inferiore ai 20 anni, assegnando a coloro che fossero *manumissi* fuori da questi limiti la qualifica ulteriormente deteriore di semplici *Latini* («*Latini Aeliani*»); *c*) inflisse la qualifica deteriore di *peregrini dediticii* (cd. «*dediticii Aeliani*») ai *servi* che fossero *manumissi* dopo aver compiuto in istato di schiavitù alcuni *crimina* particolarmente gravi.

52.5.5. La *lex Iunia Norbana* (19 d. C.) dette infine riconoscimento formale alle affrancazioni non solenni (*inter amicos* o *per epistulam*), ma assegnò agli affrancati la qualifica deteriore di *Latini* (cd. «*Latini Iuniani*»), gravandoli peraltro di limitazioni notevolmente più gravose di quelle subite dai cd. *Latini prisci*.

52.5.3. 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. Cfr. pure: I. 1.7, e C. 7.3 (a. 528). — Sulle leggi limitative dei *legata*: *infra* n. 33.5.

52.5.4. La *lex Aelia Sentia* (per la quale cfr. Gai 1.18 ss. e Ulp. 1.12) stabilì inoltre, relativamente alle manumissioni di ultratrentenni o da parte di infraventenni, che esse fossero valide solo se operate con la *vindicta*, davanti ad un magistrato assistito da un apposito *consilium*, e solo se giustificate agli occhi del magistrato con una «*iusta causa manumissionis*». Presumibilmente, il parere del *consilium* era obbligatorio, ma non vincolante: a causa sua si usò parlare spesso di una «*manumissio apud consilium*» (o «*in consilio*»). Sui vari aspetti della *lex*: Guarneri-Citati, *En matière d'affranchissement frauduleux*, in *St. Cornil* 1 (1926) 425 ss.; Schulz, *Die fraudatorische Freilassung im klass. und justinian. röm. R.*, in *ZSS.* 48 (1928) 197 ss.; De Dominicis, *Il requisito dell'età per l'efficacia delle manomissioni*, in *AUPE.* 1939; id., *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 *St. Grosso* 4 (1971) 459 ss.; Di Paola, *«Leges perfectae»*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 1075 ss.; De Dominicis, *La «latinitas Iuniana» e la legge Elia Senzia*, in *St. 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 testamentarias*, in *SDHI.* 40 (1974) 425 ss.; Zoz De Biasio, *L'invalidità delle manomiss. in frode al patrono disposte «inter vivos»*, in *Iura* 33 (1982) 131 ss.; Giménez-Candela, *Bemerkungen über Freilassungen «in consilio»*, in *ZSS.* 113 (1996) 64 ss. V. anche *retro* n. 16.3.2.

52.5.5. Sugli effetti della *lex Iunia Norbana* (o soltanto *Iunia*?) v. già *retro* n. 16.3.2. Sul tema: Balestri Fumagalli, *«Lex Iunia de manumissionibus»* (1985). V. anche: Sirks, *Informal manumission and the «lex Iunia»*, in *RIDA.* 28 (1981) 247 ss.; id., *The «lex Iunia» etc.*, in *RIDA.* 30 (1983) 211 ss.

52.6. **In periodo postclassico**, le affrancazioni non solenni (*«inter amicos»*, *«per epistulam»*) si diffusero sempre più e furono incrementate, nell'uso corrente, da un altro modo: la *«manumissio per mensam»* o *«convivii adhibitione»*, cioè operata in un banchetto, fermo restando il riconoscimento agli affrancati della qualifica di *Latini Iuniani*. Si affermò inoltre una forma privilegiata: la *«manumissio in ecclesia»*, che consisteva in una dichiarazione pubblica di affrancazione fatta in chiesa, davanti al capitolo sacerdotale, e che faceva acquistare la piena cittadinanza romana all'affrancato. Ogni differenza fu eliminata da Giustiniano, che fece conseguire a tutti i tipi di *manumissi* la *civitas Romana*.

53. I RAPPORTI AFFINI AL «DOMINIUM EX IURE QUIRITIUM».

53.1. **Rapporti affini** al *dominium ex iure Quiritium*, venutisi a configurare tra l'età preclassica e quella classica ed esauritisi nella successiva età postclassica, furono due istituti del *ius honorarium*: *a)* l'*«in bonis habere»*; *b)* la *«possessio vel usus fructus»* provinciale. Ambedue le denominazioni concorrono nel-

---

52.6. 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: Paoli, *«De manumissione per mensam»*, in *SDHI.* 2 (1936) 369 ss.; Biscardi, *La «m. per m.»* etc., 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 sono state avanzate a proposito della derivazione dell'istituto dalla civiltà orientale o greca in particolare: Calderini, *La manomissione e la condizione dei liberti in Grecia* (1908); De Francisci, *Intorno alle origini della «manum. in eccl.»*, in *RIL.* 1912; Mor, *La «m. in eccl.»*, in *RSDI.* 1 (1928) 80 ss.; Fabbrini, *«M. in eccl.»* (1964); Nörr, *Bemerkungen zur sakralen Freilassung in der späten Prinzipatszeit*, in *St. Volterra* 2 (1971) 619 ss.; Calderone, *Intorno ai problemi della «m. in eccl.»*, in *St. Grosso* 4 (1971) 379 ss. — La riforma giustinianea delle *manumissiones*, con conseguente abolizione delle categorie dei *Latini Iuniani* ed *Aeliani* e dei *dediticii Aeliani*, si legge in tre costituzioni del 528-531 riportate in CI. 7.2 (*De lege Fufia Caninia tollenda*), 7.5 (*De dediticia libertate tollenda*) e 7.6 (*De Latina libertate tollenda et per certos modos in civitatem Romanam transfusa*). Ivi anche la disposizione per cui le affrancazioni non solenni (*per epistulam*, *inter amicos*) dovevano essere provate con la testimonianza di cinque persone: Iust. CI. 7.6.1.1c e 2 (a. 531).

53.1. Circa i *rapporti affini al dominium ex iure Quiritium*, va avvertito che non romane, anche se attualmente correnti, sono le denominazioni di «proprietà pretoria» (o «dominio bonitario») e di «proprietà provinciale». Di più: si tenga presente che le denominazioni latine da noi qui prescelte non sono le sole usate dalle fonti per indicare i fenomeni relativi. La lettura diretta delle fonti romane implica, in altri termini, molteplici difficoltà di identificazione di istituti che erano, oltre tutto, solo in parte consolidati in strutture stabili.

le fonti con altre equivalenti e furono solo circonlocuzioni di comodo, che i giuristi romani usarono a preferenza del termine «*dominium*» per indicare: *a*) nel primo caso, un espediente di «supplenza» del *dominium ex iure Quiritium*; *b*) nel secondo caso, un espediente di «imitazione» dello stesso.

53.2. L'*in bonis habere* (letteralmente, l'«avere nel patrimonio») era una perifrasi volta ad indicare il fatto che un soggetto giuridico avesse una certa cosa nel suo patrimonio (nei suoi *bona*) in guisa analoga a quella di un oggetto del suo *dominium ex iure Quiritium*. Equivalente di questa circonlocuzione era quella «*in bonis esse*» (letteralmente, l'«essere nel patrimonio»), con la quale si intendeva che una cosa si trovasse nel patrimonio di un certo soggetto a somiglianza di un oggetto del suo *dominium ex iure Quiritium*. Il soggetto del rapporto era tale non perché fosse veramente *dominus ex iure Quiritium* della cosa, ma perché il *ius honorarium* trovava equo, a certe condizioni, equipararlo nella tutela processuale a un *dominus* civilistico. Del rapporto si usa pertanto parlare, in traduzione libera, come di «proprietà pretoria» o di «dominio bonitario».

53.2.1. L'istituto si profilò, sullo scorcio del periodo preclassico, per effetto della iniziativa assunta dai *praetores* di favorire

---

53.2. La terminologia del dominio bonitario è, nelle fonti romane, molto varia ed incerta, anche perché «*in bonis*» non erano soltanto le cose equiparate agli oggetti del *dominium ex iure Quiritium*, ma lo erano anche le cose semplicemente possedute e giuridicamente trattate come tali (si pensi al *pignus* ed alla formula dell'*actio Serviana* in rem: *infra* n. 61.5.3 e 4). Per un'analisi completa: Ankum, van Gessel-de Roo, Pool, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks «in bonis alicuius esse»/«in bonis habere» im klass. röm. R.*, in *ZSS.* 104 (1987) 238 ss., 105 (1988) 334 ss., 107 (1990) 155 ss. Questi autori giustamente rilevano che vi sono testi in cui si afferma «*in bonis alicuius (rem) esse*» e vi sono testi in cui più decisamente si dichiara «*in bonis meam (rem) esse*», ma sembrano dare al secondo modo di esprimersi un significato pregnante che esso forse non ha. L'unica cosa certa è, come abbiamo detto, l'incertezza della terminologia. Bisognerà arrivare a Teofilo, Par. 1.5.4, per trovare due espressioni meno equivoche: «δεσποτεία in bonis» e «δεσπότης βονιτάριος». — Sul concetto di *bona*: retro n. 14.6.

53.2.1. L'origine dell'*in bonis habere* non costituisce oggetto di sufficienti ragguagli nel *Digesto*, che pure dedicano all'*actio Publiciana* l'intero titolo D. 6.2. Molto vaghi sono pure i cenni di Ulp. 1.16 e Par. 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 producesse effetti *ex iure Quiritium*, ma affermando la possibilità dell'*usucapio* come conseguenza della *possessio* da parte di chi ha la cosa *in bonis*. Da quei testi parte sostanzialmente la dottrina moderna, che in prevalenza parla di «proprietà pretoria»: Ribéreau, *Théorie de l'«in bonis habere»* (1867); Lautry d'Arc, *Histoire de la propriété prétorienne à Rome* (1888); Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne* (2 voll. 1889). Prima della scoperta del palinsesto veronese di Gaio 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 Niebuhr);

certi possessori in attesa di usucapione (*possessores ad usucapionem*), accordando ad essi senza indugio una tutela processuale analoga a quella che sarebbe loro spettata se e quando fossero diventati *domini* civilistici. In età classica la giurisprudenza lo valorizzò sino al punto di considerarlo un rapporto assoluto reale in senso proprio: *a*) a carattere «provvisorio» (valevole cioè sino all'acquisto del *dominium* civilistico sulla *res* per usucapione); *b*) a carattere «sostitutivo» (in questo periodo di attesa) del *dominium ex iure Quiritium*; *c*) a carattere addirittura «prevalente» sul dominio civilistico in caso di conflitto tra *in bonis habens* e *dominus iure civili*. Il motivo di tanto favore accordato (anche nei confronti del proprietario ufficiale) a chi avesse la cosa *in bonis* fu che, in certi casi ben determinati, parve equo proteggere processualmente chi si fosse correttamente comportato sul piano sociale ed economico nell'acquistare la *res* e avesse mancato di divenirne *dominus* civilistico esclusivamente per vizi di carattere formale: 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 protetto dal magistrato giusdicente come se fosse il vero proprietario della *res*.

53.2.2. L'ipotesi tipica e originaria dell'*in bonis habere* fu costituita dalla alienazione di una *res mancipi* quando fosse stata fatta senza la formalità richiesta a questo scopo, cioè omettendo di utilizzare i negozi della *mancipatio* o della *in iure cessio*, ma ricorrendo ad una semplice *traditio*. Il fenomeno, decaduta l'importanza delle *res mancipi*, era praticamente frequente (soprattutto per le *res mobiles*) e comportava, a rigore di *ius civile*, che l'accipiente non acquistasse il *dominium ex iure Quiritium*, ma conseguisse soltanto un «titolo» per la usucapione della cosa. Siccome non era equo che, essendo mancata o non essendo risultata valida una formalità oramai ritenuta dalla coscienza sociale pressoché superflua, l'accipiente della *res mancipi* fosse esposto, nel tempo occorrente al compimento dell'*usucapio*, al rischio di subire l'azione di rivendicazione del *dominus ex iure*

---

da altri, particolarmente dai Pandettisti, si sostenne trattarsi di un tipo di proprietà iuris gentium. — Per la assolutezza del cd. dominio bonitario: Ankum, *Le droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif?*, in Om. Feenstra (1985) 125 ss. Chiarissimo in proposito Gai 2.40, riportato *infra* n. 53.2.7.

53.2.2. 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* (ecc.), che si riferisce appunto all'ipotesi della *traditio* (consensuale) di *res mancipi*.

Quiritium, oppure al pericolo di non poter chiedere la restituzione della cosa o il pagamento del suo valore a chi lo avesse spossessato della stessa, il pretore giudicò opportuno tutelare con mezzi speciali, sino al momento della usucapione, l'«aspettativa di *dominium*» dell'accipiente.

53.2.3. Per l'ipotesi che il *dominus* esperisse la *vindicatio*, fu concessa pertanto all'acquirente un'«*exceptio rei venditae et traditae*» («eccezione di avvenuta alienazione e consegna»), la quale serviva a paralizzare l'azione, se e in quanto al giudice risultasse provato che la cosa era stata oggetto di un negozio avente la finalità della sua alienazione (per es., di una *emptio venditio*) e che la cosa stessa era stata liberamente consegnata (*tradita*) dall'alienante all'acquirente, venendo perciò a far parte in modo socialmente ed economicamente corretto del patrimonio del primo.

53.2.4. Per l'ipotesi che l'acquirente dopo aver ricevuto la cosa dall'alienante, ne fosse stato spossessato o da lui o da altri, non potendoglisi riconoscere il diritto di esperire la *rei vindicatio*, gli si concesse contro il possessore un'*actio ficticia*, denominata «*actio Publiciana*». L'azione aveva una formula perfetta-

---

53.2.3. Dubbia è l'età d'introduzione dell'*exceptio rei venditae et traditae*, al punto che Krüger (H.), *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»* (1891), in *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, *Sulla «exceptio rei vend. et tr.»*, in *Scr.* 2 (1918) 450 ss.; Ganvers, *L'«exceptio rei vend. et tr.»* (1939). — Per la formula v. Lenel, *EP.*³ § 278: «*si non A.s A.s rem (mancipi) qua de agitur N.o N.o vendidit et tradidit*».

53.2.4. La formula dell'*actio Publiciana* è ricostruita dal Lenel, *EP.*³ § 60, sulla scorta di Gai 4.36: «*Si quem fundum* (o altra *res mancipi*) *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.)». Sul punto: 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. L'introduzione dell'azione suole essere attribuita dubitativamente al pretore Q. Publicius del 67 a. C.: cfr. Cic. *pro Cluent.* 126. — Molto si è discusso circa la natura dell'*actio*, che, secondo l'esplicito riferimento di Ulp. D. 6.2.7.8, trovava applicazione in completa analogia con la *rei vindicatio*. Per questa ragione la dottrina dominante parla di *actio in rem*: Segrè, *Sulla distinzione delle «actiones in rem» e «in personam» per rapporti estranei al «ius civile» ecc.*, in *BIDR*. 41 (1933) 17 ss.; De Sarlo, *La definiz. dell'«a. Publiciana» ecc.*, in *St. Solazzi* (1948) 203 ss.; Sturm, *Zur ursprünglichen Funktion der «a. P.»*, in *RIDA*. 9 (1962) 357 ss.; Apathy, *Die «a. P.» beim Doppelkauf vom Nichteigentümer*, in *ZSS*. 99 (1982) 158 ss.; id., *«A. P.» ohne Ersitzungsbesitz*, in *St. Guarino* (1984) 749 ss.; Benedek, *Ursprung und Funktion der «a. P.»*, in *St. Pólay* (1985) 71 ss.; Thielmann, *Nochmals: Doppelveräusserung durch Nichtberechtigte*, in *ZSS*. 111 (1994) 197 ss.; Burdese, *Editto publiciano e funzioni della compravendita rom.*, in *St. Hernandez-Tejero* 2 (1994) 65 ss.; Giaro, *Die Fiktion des eigentlichen Eigentümers*, in *St. Wolodkiewicz* (2000) 277 ss.

mente identica a quella della *rei vindicatio*, con in più l'invito al *iudex privatus* di «fingere» che il consegnatario della *res vendita* avesse già maturato a proprio favore il termine per la usucapione, e fosse perciò per questa via divenuto ormai *dominus ex iure Quiritium*.

53.2.5. Se l'*actio Publiciana* era esercitata dall'*in bonis habens* contro lo stesso l'alienante, che si fosse nuovamente impossessato della cosa di cui era domino civilistico, costui poteva opporre 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 magari una *replicatio doli*.

53.2.6. Dall'ipotesi originaria di alienazione di una *res mancipi* senza le richieste formalità, ma con *traditio* della *res* al compratore, si passò, col tempo, ad applicare il regime dell'*actio Publiciana* anche alle seguenti ipotesi analoghe: *a)* quella della *traditio* di *res mancipi* fatta a titolo di donazione, di costituzione di dote, e così via; *b)* quella della cosa trasferita da chi non ne fosse proprietario («*a non domino*»), nel qual caso, peraltro, sin che il termine della usucapione non fosse decorso il vero *dominus* della cosa, facendosi avanti, non poteva che avere la prevalenza; *c)* quella in cui non si venisse comunque a costituire un diritto *iure civili*, ma si determinasse una situazione giudicata degna di tutela soltanto a termini di *ius honorarium* (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).

53.2.7. In età classica giunse, sia pure piuttosto tardi e molto nebulosamente, a prendere forma l'idea che il *dominium* fos-

---

53.2.5. Sulla *replicatio* dell'*in bonis habens* («*aut si N.s N.s fundum, quo de agitur, A.o A.o vendidit et tradidit*»): Ner. D. 6.2.17. Pap. D. 17.1.57.

53.2.6. Per l'acquisto a seguito di *donazione mortis causa* cfr. D. 6.2.2 (Paul. 19 *ed.*) e D. 6.2.12 pr. (Paul. 19 *ed.*). — Per la *costituzione di dote*: D. 6.2.3.1 (Ulp. 16 *ed.*). — Per l'*acquisto a non domino*: D. 6.2.1 pr. (Ulp. 16 *ed.*): *Ait praetor: «Si quis id quod <mancipio transfertur> [traditur] ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo»*. Ma il tema, in ordine al quale esistono attestazioni contrastanti delle fonti, è molto discusso.

53.2.7. 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 dir. rom.*, in *St. Ferrini Pavia* (1946) 17 ss.; La Rosa, *In tema di «duplex dom.»*, in *AUCT* 1948-49; Solazzi, *In tema di «duplex dom.»* (1950), in *Scr.* 6 (1972) 602 ss.; Feenstra, «*Duplex* se una categoria suprema, che si distingueva in due sottospecie: l'una costituita dal *dominium ex iure Quiritium* e l'altra costituita dall'eventuale *in bonis habere* pretorio. Poteva darsi, pertanto, che una cosa fosse oggetto di cd. «doppio dominio» (*«duplex dominium»*), quello formale del *dominus ex iure Quiritium* e quello sostanziale del così detto proprietario pretorio: il *«plenum ius»* si verificava quando i due *dominia* si unificassero, per via di *usucapio*, nella stessa persona.

53.3. La *possessio vel usufructus* degli *agri provinciales* era una locuzione di comodo con la quale si soleva indicare un altro tipo di rapporto assoluto in senso proprio affine al *dominium ex iure Quiritium* e che si usa oggi anche denominare, in traduzione libera, «proprietà provinciale». L'istituto prese spunto dagli *edicta provincialia* dello scorcio del periodo preclassico o degli inizi del periodo classico, cioè dagli editti emanati dai governatori delle province (ad imitazione ed integrazione dell'editto pretorio urbano) in vista di liti giudiziarie che potessero insorgere tra i cittadini residenti nelle loro circoscrizioni. In piena età classica esso si configurò, sebbene in modo sporadico e non del tutto chiaro, come situazione attiva

---

dom.» cit.; Molcut, *Aspecte ale proprietatii pretoriene*, in *An. Univ. Bucuresti, St. Iur.* 18.1 (1969) 137 ss.; Diósdi, *«In bonis esse» und «nudum ius Quiritium»*, in *St. Volterra* 2 (1971) 125 ss.; Vacca, *Il c. d. «duplex dom.» e l'actio Publiciana*, in *St. De Sarlo* (1989) 607 ss. Di *dominium* a proposito dell'*in bonis habere* parlano anche, tra gli altri testi, D. 9.4.26.6 (Paul. 18 *ed.*), D. 10.3.5 (Iul. 2 *ad Urs. Fer.*), e D. 39.2.15.16, 17 (Ulp. 53 *ed.*). — I testi di Gaio meritano di essere trascritti. Si legga anzitutto Gai 2.40: *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem 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.* Ancora più significativo (anche se in qualcuno ha dato luogo all'idea peregrina di tre proprietà romane inserite tra parentesi da uno studioso di Gaio: la civile, la pretoria e la doppio) Gai 1.54: *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.*

53.3. Sulla proprietà provinciale v. anche: Lemosse, *«Mancipium» et droit provincial*, in *St. Sturm* (1999) 1.301 ss., nonché *infra* n. 61.3. — La distinzione fra *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 (v. Luzzatto, sv. *«Stipendium»*, in *NNDI.*). Di tenore opposto D. 50.16.27.1 (Ulp. 17 *ed.*), su cui Grelle, *«Stipendium vel tributum»* cit. 14 ss., secondo il quale non vi sarebbe distinzione tra le due categorie di fondi. Sul tema, anche: Grelle, *La signoria sul suolo provinciale nella Parafrasi di Teofilo*, in *Labeo* 12 (1966) 209 ss.; id., *L'appartenenza del suolo provinciale nell'analisi di Gaio 2.7 e 2.21*, in *Index* 18 (1990) 167 ss.; Nicolet, *«Tributum». Recherches sur la fiscalité directe sous la République romaine* (1976); Giliberti, *«Dominium Caesaris»*, in *Index* 24 (1996) 199 ss. — Sulla *possessio* dell'*ager publicus*: *retro* n. 35.4.1. — Sull'*usufructus*: *infra* n. 58.

di un rapporto puramente «imitativo» del *dominium ex iure Quiritium*, il quale atteneva a *res immobiles* che non potevano costituire oggetto di quest'ultimo, e più precisamente a terreni che non erano *fundi in agro Romano* (siti, come sappiamo, solo nelle tribù cittadine dell'Italia peninsulare o nei municipi e colonie *civium Romanorum*), ma che facevano parte del territorio provinciale (*agri provinciales*): terreni sottoposti ad una potestà pubblicistica dello stato (o dei suoi magistrati e *principes*) ed inseriti pertanto tra le *res extra commercium* («*res publicae*»). Dato che il potere pubblico, salvo eccezioni, non amministrava direttamente questi terreni, ma usava concederli in utilizzazione indefinita ai cittadini privati contro il pagamento di un tributo (che si diceva *stipendium* nelle province senatorie e *tributum* nelle province imperiali), i soggetti giuridici concessionari dei *fundi stipendiarii* o *tributarii* erano praticamente assimilati a domini dei *fundi* stessi. Siccome però la concessione era revocabile, la giurisprudenza classica, evitando studiatamente di usare la terminologia del *dominium*, parlò di «*possessio*», probabilmente per derivazione dal termine adoperato in antico rispetto alle concessioni dell'*ager publicus*, e parlò aggiuntivamente anche di «*ususfructus*», verosimilmente allo scopo di porre in rilievo l'analogia esistente tra il concessionario di un fondo provinciale e la figura dell'usufruttuario.

53.3.1. Al titolare della «*possessio vel usus fructus*» degli *agri provinciales* gli editti provinciali concedevano un'*actio utilis* imitativa della *rei vindicatio* (*ad exemplum rei vindicationis*), per permettergli di reclamare la restituzione del fondo di cui gli fosse stata concessa l'utilizzazione (il «*habere possidere uti frui licère*») da parte di chi lo avesse spossessato.

53.3.2. Modo caratteristico di acquisto della *possessio vel usus fructus* sui *fundi stipendiarii vel tributarii* fu, per intervento

---

53.3.1. La formula vindicatoria della *possessio vel usus fructus* è ricostruita congetturalmente dal Lenel, *EP.*³ § 71. 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 restituetur (etc.)*». 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 *ATII*. 30 (1942) 66 ss. Contro l'esistenza di una previsione editale, quanto meno nell'*edictum provinciale* (di cui nega l'esistenza in età classica), e Martini, *Ricerche in tema di editto provinciale* (1969) 76 ss. Ma v.: Guarino, *Gaio e l'«edictum provinciale»* (1969), in *PDR*. 4 (1994) 279 ss.

53.3.2. Sull'origine e sulla natura della *praescriptio longi temporis*: 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 ss.; Amelotti, *La prescrizione delle azioni in dir. rom.* (1958); Nörr, *Die Entstehung der «longi temp. praescr.» etc.* (1969); Cornioley, *De l'origine de la* del *ius novum* classico, la «*praescriptio longi temporis*» («prescrizione per lungo decorso di tempo»). L'istituto era ricalcato sulla greca «παραγραφή», la quale era un atto di opposizione processuale per cui il convenuto poteva essere assolto dall'azione esperita nei suoi confronti dal titolare di un diritto quando risultava che quest'ultimo avesse omesso a lungo di esercitarlo e quindi vi avesse presumibilmente rinunciato. Dato che i *fundi stipendiarii vel tributarii*, non costituivano oggetto di *dominium ex iure Quiritium* e perciò non potevano dar luogo ad una *usucapio*, le costituzioni imperiali dell'età dei Severi ammisero coloro che li avessero posseduti per un lungo periodo di tempo ad opporre un'*exceptio* contro chi si risolvesse tardivamente ad agire nei loro confronti con la *rei vindicatio utilis* per riottenerli: con il che essi non venivano certo ad acquistare né il *dominium* né un vero e proprio titolo di *possessio vel ususfructus*, ma venivano comunque a godere di un mezzo giudiziario atto a tutelare stabilmente la disposizione del fondo di cui si fossero da congruo tempo pacificamente e pubblicamente impossessati.

54. IL «DOMINIUM» UNIFICATO.

54.1. Nel quadro del *ius novum* tardo classico e postclassico avvenne la progressiva formazione di un *dominium* unita-

---

«*longi temp. praescr.*», in *I.* 41 (1975) 119 ss.; Hausen, *Zum Verhältnis zwischen «usucapio» und «l. t. p.» etc.*, in *Gs. Strum* (1959) 1.184 ss. V. anche *retro* n. 50.9 e *infra* n. 54.4. Tra le fonti che menzionano la *praescriptio longi temporis* cfr. P. Col. 181. 82 (= *FIRA.* 3. 318: Arangio-Ruiz, *Parerga* 9 [1942], in *St. epigrafici e papirologici* (1974) 258 ss.). — Sulla παραγραφή: Wolff, *Die attische Paragraphe* (1966). — Il termine *praescriptio*, in luogo di «*exceptio*», era allusivo alla *praescriptio pro reo* del *iudicium* formulare (v. *retro* n. 10.5.4) e si rapportava alla tendenza del *ius novum* ad indicare col termine «*praescriptio*» la «premessa in fatto», la descrizione del caso controverso (in certo modo corrispondente alla *demonstratio*, ma di questa solitamente più ampia e argomentata) con la quale si aprivano gli atti di citazione o di risposta del processo *extra ordinem* (v. *retro* n. 13.2.1 e *infra* n. 63.3.3).

54.1. Il processo di unificazione del *dominium* fu per larga parte dovuto all'influenza della prassi e dei diritti locali: Levy, *West roman vulgar law* cit. 1.19 ss.; Biscardi, *Studi sulla legislaz. del Basso Impero. Diritti reali e possesso* (1942); Kaser, *Wesen und Wirkungen der Detention*, in *Deutsch. Landesref. z. III intern. Kongress f. Rechtsvergl.* (1950) 27 ss.; Vera, *Per una storia della proprietà nel tardo impero*, in *AARC.* 9 (1993) 67 ss.; Paschoud, *Les sources littéraires comme témoin de la transformation de la propr. dans l'antiquité tardive*, in *AARC.* 9 (1993) 39 ss. — Sui rapporti tra *possessio* e *dominium* nelle vicende postclassiche: Cannata, *«Possessio», «possessor», «possidere» nelle fonti giur. del Basso Imp. rom.* (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 *Rev. belge phil. et hist.* 1964; Biscardi, *Proprietà e possesso nell'indagine positiva sul diritto del tardo impero*, in *AARC.* 9 (1993) 91 ss. V. anche *retro* n. 36.4.2. — La fusione dei vari tipi rio, nel quale confluirono non solo i tre istituti che abbiamo poc'anzi descritti (*dominium* civilistico, dominio bonitario e proprietà provinciale), ma si insinuarono altresí alcuni aspetti della concezione postclassica della cd. *possessio iuris*. Al nuovo istituto, la cui denominazione prevalente (ma non esclusiva) fu quella di «*dominium*» senza ulteriori specificazioni, non si pervenne costruendolo *ex novo* con l'utilizzo di materiali estranei ai regimi precedenti. Si pervenne, invece, lavorando sul tronco antico del *dominium ex iure Quiritium* ed apportando via via ad esso tutte le modifiche e le integrazioni suggerite dall'esperienza del dominio bonitario e della proprietà provinciale: istituti, questi due, che vennero pertanto ad essere sostanzialmente accantonati, pur se furono formalmente aboliti solo dall'imperatore Giustiniano.

54.1.1. Le cause principali del processo di trasformazione che portò al «*dominium* unificato» furono tre: *a*) la prevalenza schiacciante dell'*imperium Romanum* nei confronti degli ultimi resti della *respublica Romanorum*; *b*) la estensione del tributo fondiario anche ai fondi siti «*in agro Romano*» (riforma introdotta dall'imperatore Aureliano nel sec. III d. C.); *c*) la decadenza della peculiare importanza delle *res mancipi* di fronte alle *res nec mancipi*, quindi la valorizzazione della pura e semplice *traditio ex iusta causa* nei confronti delle formalità negoziali della *mancipatio* e dell'*in iure cessio*.

---

di *dominium* divenne 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, cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur... Inter quae nec non Italica praedia ex nostra constitutione nulla differentia est*. Sul tema: Thür, *Justinians «Publiciana» und «directa in rem»*, in ZSS. 89 (1972) 362 ss. — Sulla possessio iuris v. *retro* n. 30.4.5. — Le denominazioni alternative del «*dominium*» furono, prevalentemente: «*proprietas*», «*firma possessio*» (cfr. CTh. 11.7.4, a. 327), «*possessio inconcussa*» o «*sine inquietudine*» (cfr. CTh. 16.5.2, a. 326), «*iure dominii possessio*» (cfr. CI. 10.3.5, a. 369). Ma le citazioni (non tutte, per vero, di senso sicuro) potrebbero moltiplicarsi. — Postilla. *Per i riferimenti agli ordinamenti giuridici moderni, e in particolare al diritto italiano vigente, v. anche retro* n. 49.1.

54.1.5. Sull'imperium Romanum postclassico: *retro* n. 4.5. — Sulla formazione del dominium eminente dell'imperatore: Gilberti, *Studi sulla massima «Caesar omnia habet»* (1995). La massima è di Seneca, *de benef.* 7.6.3. — L'imposizione del tributo sui fondi in agro Italico, disposta da Aureliano, trovò poi la sua conferma nella riforma di Diocleziano, che abolì la distinzione tra province senatorie ed imperiali. Sul tema: Levy, *West roman vulgar law* cit. 5.301; Hirschfeld, *Verwaltungsbeamte* (1953) 17 nt. 3. Sul fondamento e sulle forme del tributo: Schwahn, sv. «*Tributum*», in *PW*; Déléage, *La «capitatio» du Bas Empire* (1945). Per la posizione di Giustiniano, che consolidò l'assetto descritto, cfr. CI. 7.25.1 (a. 530-531), su cui Biscardi, *Studi sulla legislaz. del Basso Impero* cit. 287 ss. — Sulla decadenza delle res mancipi: *retro* n. 19.8.

54.1.2. La concezione dello stato come *dominatus* imperiale, cui tutti i domini privati (e in particolare, tutti i domini fondiari) erano parimenti sottoposti, comportò non soltanto l'estensione a tutto il territorio dell'impero dell'imposta fondiaria, ma anche tre altre limitazioni che erano state nei confronti del *dominium ex iure Quiritium* ai limiti dell'inconcepibile: *a*) l'«espropriazione per pubblica utilità» decretata (generalmente contro compenso dei beni espropriati) a suo proprio arbitrio dall'imperatore; *b*) il «divieto dell'abbandono dei beni immobili» e, in particolare, dei terreni coltivabili; *c*) l'imposizione autoritaria di «servitù legali», al cui rispetto i proprietari immobiliari erano tenuti anche contro la loro volontà. Per il resto, a prescindere da modifiche parziali di cui abbiamo parlato a suo tempo (ed a prescindere dal fatto che anche in materia di proprietà, come in ogni altra materia, la tutela giudiziaria passò ad essere esercitata stabilmente «*extra ordinem*»), le riforme di maggior rilievo del *dominium* civilistico furono apportate alle modalità ed ai requisiti della *traditio* e della *usucapio*. Limiteremo pertanto il nostro discorso a queste riforme, subito dopo aver dedicato qualche precisazione ulteriore alla categoria delle *servitutes legis*.

54.2. *Le servitutes legis* («servitù legali», anche dette «coattive») imposte dalle costituzioni imperiali (cd. *leges*) po-

---

54.1.2. Sull'espropriazione per pubblica utilità: De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità* (1936) part. 179 ss.; Id., «*Emptio ab invito*», in *AUBA*. 1945-46; Id., *Sulla espropr. per pubbl. ut. nel dir. rom.*, in *St. Zanobini* 5 (1965) 141 ss.; Pennitz, *Der «Enteignungsfall» im r. R. der Republik und des Prinzipats* (1991); Lozano Corbi, *La expropiación forzosa en el der. rom.* (1994). V. anche *retro* nr. 49.5. — Sull'abbandono dei beni immobili e sulla mancata coltivazione dei fondi rustici (fenomeno dell'«*ager desertus*»): Solidoro Maruotti cit. *retro* nr. 50.8.2, spec. 241 ss., con ampia analisi dei provvedimenti imperiali relativi. — In ordine alle vicende e tutela della proprietà (fatta eccezione per la *traditio* e per i fatti di usucapione), nulla abbiamo da aggiungere a quanto già detto *retro* n. 50 e 51, cui rinviamo.

54.2. 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. 8.10.12.2b, 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: Ciapessoni, *Spunti critici in tema di servitù legali* (1937); Biondi, *La categoria romana delle «servitutes»* (1938); Levy, *West roman vulgar law* cit. 1.77 ss., 100 ss. — Su luci e prospetti: Riccobono, «*Prospectus mancipium*» (1906), in *Scr.* 1 (1957) 351 ss.; Biondi, *La categoria* cit. 97 ss. — Sul regime delle acque cfr. D. 39.3.22 (Pomp. 10 *ex var. lect.*); D. 39.3.23 (Paul. 16 *ad Sab.*). Sul tema: Schönbauer, *Die «actio aquae pluviae arcendae»*, in *ZSS.* 54 (1934) 233 ss.; Sargenti, *L'actio aquae pluviae arcendae* (1940) 61 ss.; Derine, *A propos du nouveau régime des eaux privées créé par Justinien*, in *RIDA*. 5 (1958) 449 ss.; Sitzia, «*Aqua pluvia*» *e* «*natura agri*» *etc.* (1999); Mescia, *The roman law of waters*, in *Index* 21 (1993) 433 ss. — Sull'*iter ad sepulchrum*: De Visscher, *Le droit des tombeaux romains* (1963) 49 ss., con ampio esame delle alterne soluzioni. — Per il diritto delle miniere: Schönbauer, *Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts* (1929); Id., *Vom Bodenrecht zum Bergrecht*, in *ZSS.* 55 (1935) 183 stclassiche furono numerosissime (ed anche piuttosto variabili) e consisterono in limitazioni all'esercizio della proprietà immobiliare, la cui violazione da parte di chi ne fosse gravato dava luogo ad azioni per inadempimento esercitate direttamente dai privati interessati alla loro osservanza, nonché spesso ad interventi pubblicistici anche a titolo di sanzione criminale. Le più vistose riguardarono i seguenti argomenti: *a*) «distanze immobiliari», da tenersi tra l'uno e l'altro fondo o tra l'una e l'altra costruzione, la cui misura fu fissata in dimensioni maggiori di quelle antiche del *limes* e dell'*ambitus*; *b*) «luci e prospetti» degli edifici, 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* anche la funzione di impedire qualsiasi abuso da parte del proprietario nel suo stesso fondo, se questo abuso fosse tale da poter recare nocumento indiretto al proprietario del fondo vicino; *d*) «passaggio attraverso fondi», a garanzia del quale (e contrariamente alla regola classica che conosceremo tra poco) si affermò l'istituto del «passo necessario», consistente nel diritto del proprietario o dell'usufruttuario di un fondo «intercluso», cioè totalmente circondato da altri fondi, di godere del passaggio forzoso attraverso questi ultimi; *e*) «edilizia», per cui molteplici limitazioni, che qui non è il caso di indicare in dettaglio, furono apportate alle costruzioni; *f*) «miniere», relativamente alle quali si consentì di scavare al di sotto del fondo altrui, versando però un decimo del ricavo al proprietario ed un altro decimo al fisco.

54.3. La *traditio ex iusta causa*, che progressivamente sostituì, sino a rimanere sola, la *mancipatio* e la *in iure cessio*,

---

ss.; Negri, *Diritto minerario romano* I (1984). — Giustiniano vietò che si approfittasse della ricostruzione di un edificio per modificarne le strutture, 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: Kaser *RPR*. 2.259 ss.; Simshäuser, *Sozialbindungen des Eigentums im römischen Bauwesen der späteren Kaiserzeit*, in *St. Guarino* (1984) 1793 ss.; Stojčević, *Proprietà sociale, proprietà feudale e «dominium»*, in *St. Guarino* (1984) 1927 ss. — POSTILLA. Nel diritto italiano vigente alle «servitù coattive» sono dedicati, tra l'altro, gli a. 1032-1057 cc.

54.3. Sulla traditio: *retro* nt. 50.5.1 e 58.12.1. Inoltre: Voci, *Tradit., donazione, vendita da Costantino a Giustin.*, in *Iura* 38 (1987) 72 ss. Per le fonti cfr. Diocl. C. 2.3.20: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transfe-*

già dagli ultimi tempi del periodo classico fu sempre più chiaramente impostata sulla essenzialità del requisito della volontà (*animus tradendi*) di colui che la effettuasse a scopo di trasferimento del *dominium*. In più, si ampliarono e moltiplicarono i casi di «tradizione fittizia» (*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», cioè svincolata dalla concreta inerenza alla cosa, che divennero del tutto superflui il requisito della presenza della cosa e quello della sua consegna, sia pure simbolica e fittizia, da una persona ad un'altra.

54.3.1. La «*traditio brevi manu*» era ravvisata nel mutamento dello stato d'animo delle parti riguardo alla cosa: si verificava cioè nell'ipotesi 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*.

54.3.2. Il «*constitutum possessorium*» era ravvisato nel mutamento inverso dello stato d'animo delle parti: si verificava cioè nell'ipotesi che colui il quale possedeva la cosa in nome proprio e a titolo di *dominium* volesse trasferirla ad altri conservando a se stesso il solo diritto di utilizzarla, e quindi continuasse a de-

---

rantur. — L'abolizione della *mancipatio* fu sancita da Giustiniano in connessione con la abolizione tra *res mancipi* e *nec mancipi* (su cui retro n. 39.3). Cfr. Iust. (s. 53F): CI. 7.31.1.5: *Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis*. Sul tema: Sturm, *Das Absterben der «manc.»*, in *Ueberlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgesch. Forsch.* (1993) 347 ss.

54.3.1. Sulla *traditio brevi manu*: Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten* (1916) 63 s.; Arnò, «*Fictio brevis manus*» (1938). Cfr. Gai. D. 41.1.9.5: *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi; licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio*.

54.3.2. Sul *constitutum possessorium*: Pflüger, *Erwerb des Eigentums* (1937) 63 ss.; Buckland, *Le constitut possessoire etc.*, in *RH.* 4 (1925) 355 ss.; Luzzatto, «*Constit. possess.*», in *AG.* 108 (1932) 244 ss.; Wesenberg, *Fr. 18 D. 41.2*, in *St. Albertario* 2 (1953) 43 ss.; Gordon, «*Const. poss.*», in *St. Biondi* 1 (1965) 301 ss. Cfr. Cels. D. 41.2.18 pr.; Ulp. D. 6.1.77: *Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonum. proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset*. Su quest'ultimo testo: Schulz, *Einführung* cit. 79 ss.

teneria con intenzione opportunamente mutata (come usufruttuario, affittuario, comodatario ecc.).

54.3.3. 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 orientale di *traditio*, detta «*traditio per chartam*» («per mezzo del documento»). In forza di essa, il trasferimento della proprietà su di una cosa era effettuato mediante il trasferimento dall'alienante all'acquirente della documentazione che rappresentava il titolo di proprietà sulla cosa stessa.

54.3.4. In età postclassica la *traditio*, atto di trasmissione della cosa, non giunse mai ad identificarsi completamente con la mera convenzione determinativa dell'obbligo di trasferire la cosa, cioè con quello che ormai usualmente si chiamava il «contratto». Tuttavia in diritto giustinianeo: *a*) per il trasferimento della proprietà sulle cose mobili finì per essere ritenuta bastevole la pura e semplice consegna delle stesse; *b*) per il trasferimento della proprietà sulle cose immobili, non bastando la consegna, si ritenne necessario e sufficiente il trasferimento degli atti costitutivi della proprietà purché accompagnato da un accordo scritto: Giustiniano fissò, infatti, il requisito della «*scriptura*» (documento scritto) e, pur non imponendola, favorì la prassi della «*insinuatio*», cioè l'uso di inserire (*insinuare*) una copia o un riassunto del documento nei processi verbali e nei pubblici registri che erano redatti da funzionari imperiali o da giudici in sede di cd. «giurisdizione volontaria».

54.4. «*Usucapio*» e «*praescriptio longi temporis*» si fusero progressivamente in età postclassica: più precisamente,

---

54.3.3. Sulla *traditio per chartam*: Steinacker, «*Traditio cartae*» und «*traditio per cartam*», ein Kontinuitätsproblem, in Arch. f. Diplomatik 1959-60.

54.3.4. Sulla *insinuatio*: Colorni, *Per la storia della pubblicità* (1954) 103 ss., nonché retro n. 22.5, e cfr. Nov. 73 (a. 538). 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*. — La *demonstratio proprietatis vicinis praesentibus* (cfr. Vat. 35, CTh. 3.1.2) fu introdotta da Costantino I, tra il 313 e il 337 d. C., come requisito la cui mancanza, accertata dagli ispettori del fisco, comportava la nullità dell'atto di trasferimento immobiliare. Rispetto a queste ed ad analoghe iniziative (cfr. NovValent. 15, a. 444-445), da lui messe da parte, Giustiniano si dimostrò indubbiamente più tollerante, con un ritorno alla libertà caratteristica dell'epoca classica. Ma è bene avvertire che tutta la materia non è stata ancora studiata in modo esauriente.

54.4. Sulle trasformazioni dell'*usucapio*: Partsch, *Die «longi temporis praescriptio»* cit.; Levy, *Die nachklassische Ersitzung*, in *BIDR*. 51-52 (1948) 352 ss.; id., *West roman vulgar law* cit. 180 ss., 362 ss. Fondamentale la lettura di Iust. C. 7.31.1 (a. 531), su cui Vacca, *La riforma di Giust. in materia di «u.» e di «l. t. praescr.»*, in *BIDR*. 96-97 (1993-94) 147 ss. V. anche retro n. 50.9 e 53.3.2.

si parlò di «*usucapio*» («usucapione») nei riguardi dell'acquisto delle *res mobiles* e di «*praescriptio longi temporis*» («prescrizione acquisitiva per lungo decorso di tempo») nei riguardi delle *res immobiles*. I requisiti comuni ai due istituti (requisiti determinatisi già nel corso dell'età classica) furono cinque e vengono tradizionalmente sintetizzati in questo esametro di conio medievale: «*res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*». Ma più chiaramente può dirsi che l'acquisto (per usucapione o, rispettivamente, per prescrizione acquisitiva) si verificava a favore di chi possedesse ininterrottamente *ad usucapionem* (cioè *ex iusta causa* ed *ex fide bona*) una *res habilis* per la durata di 3 anni, se mobile, o di 10 (o 20) anni, se immobile.

54.4.1. Si richiese, in primo luogo, la «*res habilis ad usucapionem*» («cosa usucapibile», «atta all'usucapione»), nel senso che alcune categorie di cose non potevano essere, a causa di loro caratteristiche oggettive, usucapite: le cose fuori commercio, le cose rubate, le cose sottratte con la forza (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 specie via via indicate (non senza variazioni) dalle costituzioni imperiali.

54.4.2. Si richiese, in secondo luogo, che l'usucapiente esercitasse sulla *res habilis* la «*possessio civilis*» (o «*ad usucapio-*

Postala. Sull'«usucapione» nel diritto italiano vigente cfr. specialm. a. 1158 e 1160 (*usucapione di immobili, di diritti reali immobiliari di godimento e di universalità di mobili: possesso continuato per 20 anni*), 1159 (*usucapione decennale: possesso di buona fede per 10 anni dalla data di trascrizione del titolo di acquisto*), 1159 bis (*usucapione speciale per la piccola proprietà rurale: possesso continuato per 15 anni*), 1161 (*usucapione di mobili in mancanza di titolo idoneo: 20 anni per il possessore di mala fede, 10 anni per il possessore di buona fede*), nonché a. 1162-1167 (*per ulteriori specificazioni*) cc.

54.4.1. Quanto al requisito della res habilis, si noti che i divieti originari riguardavano le res furtivae: Gai 2. 45 e XII tab. 8.17, e Gell. 17.7.1. Sul tema: 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: Bonfante, *La singola «iusta causa usucapionis» e il titolo putativo*, in *Scr*. 2 (1918) 279 ss.; Voci, «*Iusta c. traditionis*» e «*iusta c. usucap.*» (1949), in *St*. 1 (1985) 53 ss. — Per i donativi al funzionario provinciale cfr. la *lex Iulia repetundarum*, in D. 48.11.8 pr. (Paul. 54 ed.): *Quod contra legem repetundarum proconsuli vel praetori donatum est, non poterit usu capi*. — Per le res fisci cfr. I. 2.6.9. Per quelle del *principe* CI. 7.38.3.1 (a. 396), su cui: Meyers, *Usucapione e prescrizione contro lo Stato*, in *St. Ferrini Milano* 4 (1950) 202 ss. — Altri divieti di usucapione furono fissati per i beni della chiesa e delle opere pie: Nov. 111.1 (a. 541), e 131.6 (a. 545).

54.4.2. Sul requisito della possessio ad usucapionem: 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: Yaron, *De usurpationibus*, in *St. Grosso* 2 (1968) 553 ss. — L'esercizio dell'azione giudiziaria contro il possessore da parte di un terzo non *rem*») e che questo esercizio fosse esente da ogni «interruzione» («*usurpatio*») quanto meno nell'*animus*. Secondo il diritto classico, la morte del possessore non dava luogo ad interruzione, ma determinava la successione nel possesso («*successio possessionis*») a favore del suo successore universale *mortis causa* (non però del legatario). Secondo il diritto postclassico (che raccolse uno spunto forse già offerto dalla *praescriptio longi temporis* classica), l'interruzione fu esclusa anche nell'ipotesi di trasferimento a titolo particolare (ad un legatario o ad un acquirente *inter vivos*) e si ammise che al tempo maturato dal primo usucapiente si aggiungesse quello maturato dall'acquirente (cd. «*accessio possessionis*»).

54.4.3. Si richiese, in terzo luogo, che la *possessio* ininterrotta della *res habilis* fosse giustificata da un «*titulus*», cioè da una ragion d'essere, da una situazione oggettiva 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*», «giusta causa dell'usucapione»). 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

---

determinava l'interruzione dell'usucapione. La contraria soluzione fu adottata da Giustiniano, che nel 531, con la costituzione riportata in CI. 7.40.2, stabilì che l'usucapione fosse interrotta non solo dal promovimento dell'azione, ma addirittura dalla protesta davanti alla pubblica autorità. — In ordine a successio ed accessio possessionis: Pampaloni, *La «successio» e l'«accessio possessionis»*, in *AG.* 72 (1904) 177 ss., 353 ss.; Id., *Sulla storia dell'«acc. poss.» nell'usucapione*, in *AG.* 76 (1906) 3 ss.; Krüger (P.), *Beitrag zur «acc. temporis» bei der Ersitzung*, in *ZSS.* 26 (1905) 144 ss.

54.4.3. Sul titulus ad usucapionem: Bonfante, *Le singole «iustae causae»* cit.; Miquel, *«Iusta causa traditionis» y «iusta causa usucapionis» en las Instituciones de Gayo*, in *St. Alvarez Suárez* (1978) 261 ss. — Sul titolo pro emptore cfr. D. 41.4 e CI. 7.26. — Sul titolo pro donato cfr. D. 41.6 e v.: Nicosia, *Donazioni fra coniugi e «usucapio pro donato»*, in *AG.* 151 (1956) 67 ss. — Sul titolo pro dote cfr. D. 41.9 e CI. 7.28. — Sul titolo pro legato cfr. D. 41.8 e v.: Bianchini, *Le titre «pro legato»*, in *RIDA.* 1 (1948) 27 ss. — Sul titolo pro derelicto, consistente nella lecita occupazione di una cosa abbandonata: Wubbe, *Pomp. D. 41.7.5 pr. et l'«usucapio pro derelicto»*, in *St. Meylan* 1 (1963) 435 ss.; Vacca, *Osservazioni in tema di «iusta causa» e «bona fides» in relazione all'«usuc. pro derel.»*, in *St. Sanfilippo* 4 (1983) 773 ss.; Lemosse, *«Pro derel.»*, in *RHD.* 64 (1986) 407 ss.; F. Bessenyő, *Zum Problem der Ersitzung «p. d.»*, in *St. Benedek* (1996) 52 ss. — Sul titolo pro suo: Albertario, *«Possessio pro suo» e la contrapposizione «possessio pro suo - possessio pro alieno»*, in *St.* 2 (1941) 185 ss.; Vacca, *Osservazioni su «iusta causa» e «bona fides» nell'«usucapio» rom. a proposito del tit. «pro suo»*, in *St. Guarino* (1984) 1955 ss. — Sul titulus putativus: Mayer-Maly, *Das Putativtitelproblem bei der «usucapio»* (1962). Quanto al *titulus putativus*, il diritto postclassico fu, peraltro, meno rigoroso del diritto classico e lo ritenne operante se la falsa supposizione dell'usucapiente fosse giustificata da un «*error tolerabilis*». Sul tema: Wolodkiewicz, *Alcune osservazioni sull'applicazione del principio «iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse»*, in *St. Volterra* 1 (1971) 339 ss.

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: *a*) il titolo *«pro emptore»* (impossessamento verificatosi in base ad una *emptio venditio rei*, la quale, come vedremo a suo tempo, non aveva di per sé sola l'effetto di determinare il trasferimento del *dominium* dal *venditor* all'*emptor*); *b*) il titolo *«pro donato»* (impossessamento verificatosi in base ad una donazione non traslativa di proprietà); *c*) il titolo *«pro dote»* (basato su una attribuzione dotale non accompagnata da trasferimento del *dominium*); *d*) il titolo *«pro legato»*, quello *«pro derelicto»*, quello *«pro soluto»*, quello *«pro herede»* e via su questa strada sino al cd. titolo *«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*). Va aggiunto che, per essere operante, la *iusta causa usucapionis* doveva essere «continuativa», cioè esistente ininterrottamente sin dal primo momento della *possessio*, e «effettiva», cioè non meramente supposta (sia pure in buona fede): si ritenne, pertanto, che l'usucapiente non potesse cambiare di sua iniziativa una *causa* inizialmente *iniusta* (*«nemo sibi causam possessionis mutare potest»*) e non potesse invocare una *causa* meramente immaginaria (cd. *«titulus putativus»*), quale, ad esempio, la tradizione della *res* effettuata sulla base di un'*emptio venditio* ritenuta valida, ma in realtà invalida.

54.4.4. Si richiese, in quarto luogo, che la *possessio* della *res habilis*, oltre che ininterrotta e titolata, fosse corroborata dalla *«bona fides»* soggettiva dell'usucapiente, il quale doveva essere ragionevolmente consapevole di non ledere, con la presa di possesso della *res*, un diritto altrui. La *bona fides* era però «iniziale», era cioè richiesta solo al momento della presa di possesso, non dopo: si diceva quindi che «la mala fede sopravvenuta

---

54.4.4. Sul requisito della *bona fides*: Collinet, «*Iusta causa*» et «*bona fides*» dans l'usucapion, in *St. Fournier* (1929) 71 ss.; Hausmaninger, *Die «bona fides» des Ersitzungsbesitzers im klass. röm. R.* (1964). Sul rapporto tra *bona fides* ed errore: Voci, *L'errore nel dir. rom.* (1937) 154 ss.; Wołodkiewicz, *Alcune osservazioni* cit.; Wacke, *Paul D. 3.5.18.3* etc., in *St. von Lübtow* (1980) 269 ss. — Le ipotesi in cui era non 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 altre.

non nuoce» («*mala fides superveniens non nocet*»). Solo in alcuni casi eccezionali si prescindeva dal requisito della buona fede.

54.4.5. Si richiese, in quinto luogo, che la ininterrotta *possessio ad usucapionem* della *res habilis* si protraesse per una durata («*tempus*») minima, 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»*).

54.5. In periodo postclassico, da Costantino a Giustiniano, il *ius novum* forgiò infine (ma con caratteristiche molto approssimative) l'istituto della cd. *longissimi temporis praescriptio* («prescrizione acquisitiva per decorso di lunghissimo tempo») applicabile ad ogni sorta di *res*, salvo quelle fuori commercio e quelle sottratte con la forza. A determinare l'acquisto del *dominium* bastava la *bona fides* iniziale (non era, dunque, richiesta la *iusta causa*) di una *possessio* ininterrotta, cui Giustiniano fissò il *tempus* minimo di 30 anni (elevato in certi casi a 40). Il maggior tempo richiesto compensava il difetto degli altri requisiti.

54.4.5. Sul requisito del *tempus* cfr. sopra tutto 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 usucapiantur* (roll.). In dottrina: De Francisci, *Nuovi st. intorno alla legislaz. giustinianea durante la compilaz. delle Pandette*, in *BIDR.* 27 (1914) 9 ss.; Levy, *West roman vulgar law* cit. 371; Klingenberg, *Die Ersitzung während des Eigentumsprozesses*, in *Or. Wesener* (1992) 237 ss.

54.5. Quanto alla *longissimi temporis praescriptio*, il riferimento a Costantino è in CI. 7.39.2 (una costituzione di Valentiniano e Valente del 365, che parla di *lex Constantiniana*) e in PCol. 181 cit. cfr. *FIRA.* 1. 464: *rescr. Constantini de quadrag. ann. praescr.*). Di Giustiniano cfr. particolarm. CI. 7.39.8 (a. 528) e CI. 7.39.9 (a. 529). L'elevazione del *tempus praescriptionis* a 40 anni fu disposta in ordine di beni dello stato, della chiesa e di minori comunità ed opere pie. A titolo di esempio delle ragioni di indulgenza degli interventi di Giustiniano in materia, si legga l'enfatico pr. di CI. 7.39.9: *Saepe quidem suos adversarios in iudicium vocantes et iudicialis certaminibus ventilatis non ad certum finem litem producebant, sed taciturnitate in medio tempore adhibita, propter potentiam forte fugientium vel suam imbecillitatem vel alios quoscumque casus (cum sortis humanae multa sunt, quae nec dici nec enumerari possint), debile iure suo lapsi esse videbantur eo, quod post cognitionem novissimam triginta annorum spatium effluxerit, et huiusmodi exceptione opposita suas fortunas ad alios translatas videntes merito quidem, sine remedio autem lugebant.* Sul tema: Amelotti, *La prescrizione delle azioni* cit. 265 ss.; Id., sv. *Prescrizione (d. rom.)*, in *ED.*

CAPITOLO X

I RAPPORTI ASSOLUTI «IN RE ALIENA»

SOMMARIO: 55. Le *servitutes praediorum*. — 56. I tipi di *iura praediorum*. — 57. Il regime dei *iura praediorum*. — 58. L'*ususfructus*. — 59. I rapporti affini all'*ususfructus*. — 60. La *superficies*. — 61. L'*emphyteusis*. — 62. I rapporti assoluti di garanzia.

55. LE «SERVITUTES PRAEDIORUM».

55.1. Tra i rapporti assoluti *in re aliena* (su cosa altrui), quelli di origine più risalente furono le cd. *servitutes prae-*

55.1. Intorno alla problematica dei *iura praediorum* (cfr. I. 2.3; D. 8.1-6), che coinvolge, per molti aspetti storici e dogmatici, gran parte dei diritti assoluti *in re aliena*, esiste una vastissima, ma diseguale letteratura: il che impone, ancor più che in altri campi, una vasta selezione. Per tutti: Bonfante, *Corso di dir. rom. 3. Diritti reali* (r. 1972); Solazzi, *Requisiti e modi di costituzione delle s. pr.* (1947), *Specie ed estinzione delle s. pr.* (1949); Biondi, *Le s. pr.*² (1954); Longo (G.), *Corso di dir. rom. I diritti reali* (1962); Grosso e Dejana, *Le s. pr.*³ (1963); Franciosi, *Studi sulle s. pr.* (1967); Grosso, *Le s. pr. nel dir. rom.* (corso, 1969); Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana* 2 (1976); Corbino, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù* 1 (1981). 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 dir. rom.* (1908-9), in *Scr.* 1 (1974) 137 ss. e *Note brevi sulla struttura dei diritti reali frazionari* (1951), ivi 2 (1977) 501 ss. Da tener presenti sono anche: Kolendo, *L'agricoltura nell'Italia romana* (1980); Capogrossi Colognesi, *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi* 1 (1981); id. (a cura di), *L'agricoltura romana. Guida storica e critica* (1982); id., *Proprietà e diritti reali* etc. (1999). — A scanso di equivoci, nulla a che vedere con la situazione giuridica del proprietario del fondo servente ebbero le *obligationes propter rem* (anche dette «oneri reali»), su cui *infra* n. 65.5.1, non fosse altro, per il fatto che gli oneri reali avevano per contenuto un *dare* o un *facere*, mentre le servitù reali obbedivano, come vedremo (*infra* n. 55.4.1), al principio «*servitus in faciendo consistere nequit*». Tuttavia, è innegabile che alla radice delle servitù (e di altri diritti *in re aliena*) vi sia, pur se vaga, l'idea di un vincolo *propter rem* del proprietario (quale che sia) del fondo servente: il che conferma la nostra visione dei *iura in re aliena* come espressione di *diorum* o «*iura praediorum*» («servitù prediali» o «diritti prediali») relativi solo a *res immobiles*, cioè a fondi (*praedia*). Il termine di «*servitus praedii*» («servitù prediale») stette, letteralmente, ad indicare la situazione di subordinazione (di «servitù» in senso metaforico) in cui venisse a trovarsi un immobile, e in particolare un «*praedium*» (cd. «fondo servente»), rispetto ad un immobile vicino (cd. «fondo dominante»), quando fosse destinato ad assicurare un certo vantaggio oggettivo (una *utilitas*) a quest'altro fondo: per esempio, la possibilità del proprietario del fondo dominante di passare attraverso il servente. Ma il rapporto giuridico di *servitus* non correva, ovviamente, tra i fondi, bensì tra le persone dei loro proprietari: nel senso che il *dominus* del fondo dominante aveva diritto *erga omnes* a che il fondo servente, in mancanza di opposizione da parte del suo *dominus*, subisse una determinata limitazione per il vantaggio del fondo dominante. Data la inerenza del rapporto alla *utilitas* «obbiettiva» del fondo dominante, esso però non si estingueva con il mutamento dei soggetti, cioè dei proprietari dei due fondi posti da loro in correlazione di *servitus*, ma continuava a sussistere sinché permanesse la *utilitas*: quindi permaneva anche se uno o ambedue i proprietari cambiavano.

55.1.1. Le servitù prediali furono, in un certo senso, il paradigma cui si attennero i regolamenti di altri rapporti assoluti reali in senso improprio (non tutti limitati a cose immobili) che vennero a costituirsi 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».

55.1.2. In periodo postclassico e in diritto giustinianeo avvenne qualcosa di più. Avvenne che la terminologia di «*servitus*» e lo schema sistematico delle *servitutes* furono applicati anche

---

rapporti giuridici assoluti in senso improprio (cioè come rapporti essenzialmente relativi). V. *retro* n. 1.11.3 e *infra* n. 55.2.

55.1.1. A proposito del carattere paradigmatico dei *iura praediorum*, può dirsi che, al di là del sistema della tipicità, taluni principî, forse «più intuiti che esplicitamente enunciati» dei giuristi romani, trovarono applicazione generale, e non soltanto nell'ambito delle servitù. Sul punto: Biondi, *Ist.* 295 e, *contra*, Betti, *Ist.* 1 438; Bretone, *La nozione romana di usufrutto etc.* (1962) 26 ss.

55.1.2. Sulla generalizzazione del termine «*servitus*» cfr., esplicito in tal senso, D. 8.1.1 (Marcian. 3 *reg.*): *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum*. Ampiamente sospetto fr. *Index itp.* *ahl.* e, in particolare: Longo [C.], *La categoria delle «servitutes» nel dir. rom. class.*, in *BIDR.* 11 (1898) 330 ss.; Biondi, *La categoria romana* ad altri rapporti assoluti di godimento, ed in particolare al rapporto di *ususfructus* e ai rapporti giuridici affini all'*ususfructus*. Pertanto nel *Corpus iuris* giustinianeo si trova adombrata, in molti passi di giuristi classici alterati in età successiva, una «categoria generale delle *servitutes*», la quale viene distinta in due sottocategorie: *a*) quella delle «*servitutes praediorum*» o «*rerum*», vale a dire delle «servitù prediali» in senso proprio (gravanti cioè su un fondo a favore del proprietario di un altro fondo vicino); *b*) quella delle cd. «servitù personali» («*servitutes personarum*»), così dette perché gravanti su una cosa anche mobile a favore di persona non proprietaria della stessa): categoria in cui rientrano per l'appunto l'usufrutto e i diritti affini.

55.2. La configurazione come rapporti assoluti dei *iura praediorum*, anziché come rapporti relativi (intercorrenti cioè solo 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 sono derivate 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.

55.2.1. Già abbiamo detto a suo tempo che taluni *iura praediorum* (cioè l'*iter*, l'*actus*, la *via* e l'*aquaeductus*) sono sorti in

---

delle «servitutes» [1938] 675 ss.), questo frammento è in parte difeso da Buckland, *Marcian*, in *St. Riccobono* 1 (1936) 277 s., il quale considera Marciano autore della distinzione, nonostante il forte tradizionalismo dei classici in ordine alle questioni di terminologia e sistematica. In questo senso conservativo anche: De Giovanni, *Giuristi severiani. Elio Marciano* (1989) 139 ss. Ma contro: con argomenti, a nostro avviso, seri e convincenti: Hund, *Begriff und Einteilung der Servituten im röm. R.*, in *ZSS.* 73 (1956) 171 s.; Grosso, *Usufrutto e figure affini nel dir. rom.*² (1958) 4 ss. — La terminologia specifica dell'istituto può essere approssimativamente così condensata: «*iura praediorum*» o «*servitutes*», nel linguaggio classico; «*servitutes praediorum*» in quello giustinianeo. Così chiaramente, le fonti: Gai. 2.14; I. 2.2.3; Gai. D. 1.8.1.1. Sull'analogia, seppur mediata, con lo *status personarum*: Biondi, *La struttura giuridica della servitù prediale*, in *St. A. Scialoja* 3 (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: *infra* n. 56.4.1.

55.2. Sul carattere alogico dei rapporti assoluti impropri, e sulla necessità di trovare per ciascuno di essi una motivazione concreta, quindi essenzialmente storica, dell'astensione dal configurarli come rapporti relativi: *retro* n. 1.11.3. — In particolare, sulla storia dei *iura praediorum* (anche se con considerazioni non sempre corrispondenti alle nostre): Grosso, *Le servitù prediali* cit. 11 ss., con bibl.; Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana* 2 voll. (1969-76).

55.2.1. Sul mancipium immobiliare evoluto: *retro* n. 34.3.2. — Sulle servitutes mancipi, nel loro assetto dell'età storica: *infra* n. 56.3.1. A sosteepoca 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'orticello familiare («*heredium*»), si esplicava sul fondo sito in territorio cittadino (*fundus in agro Romano*) a fini di sfruttamento economico 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 anche da un indizio di notevole importanza. A differenza di tutte le altre, le quattro antichissime servitù sopra indicate erano qualificate, in età storica, «*servitutes mancipi*» ed erano costituite, come vedremo, 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'età primordiale, quella del *ius Quiritium*, in cui la sfera dell'ordinamento era tuttora limitata al *mancipium* e i rapporti relativi (le *obligationes*) ancora non avevano conseguito quella rilevanza giuridica che fu loro riconosciuta soltanto dal *ius legitimum vetus*, e in particolare dalle XII tavole (451-450 a. C.): dato che l'unica forma giuridica disponibile era a quell'epoca il *mancipium*, fu evidentemente in quella forma che dovettero riversarsi le prime servitù prediali, dette poi appunto *servitutes mancipi*.

55.2.2. Il *mancipium* del titolare del fondo dominante sulla zona di fondo servente necessaria al passaggio o all'acquedotto

---

gio della tesi da noi accolta milita anche la terminologia più antica: «*iter*», «*actus*», «*via*», «*rivus*» (termine che ha probabilmente preceduto quello di «*aquaeductus*») 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. 57.1.8): il che conferma la stretta parentela originaria (se non addirittura l'identità) tra *mancipium* come appartenenza e *iura praediorum*. Su questi temi: Franciosi, *Studi sulle servitù prediali* cit.; Ferenczy, *Sulla genesi delle servitù prediali*, in *BIDR*. 80 (1977) 43 ss. — Sul riconoscimento giuridico delle *obligationes*: *retro* n. 42.7 e, più ampiamente, *infra* n. 63.3. Si badi bene, peraltro, che il *ius legitimum vetus* non riconobbe d'un sol 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.

55.2.2. La questione circa il concorso tra i due titolari sul fondo servente, oltre che obbiettivamente 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 v., per le citazioni relative e per la critica degli argomenti, Grosso, *Servitù* cit. 36 ss.; Burdese, *Conside-*

non ebbe mai, probabilmente, carattere esclusivo: sarebbe stato irragionevole 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* venne però accantonata in omaggio al principio che non vi possono essere due o più diritti di proprietà sulla stessa cosa (*«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 sino 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.

55.2.3. Le ragioni per cui, giunte le cose a questo stadio, non si effettuò, nel quadro del *ius civile vetus*, il trapasso ad

---

razioni sulla configuraz. arcaica delle servitù etc., 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 v. particolarmente: Kaser, *Geteiltes Eigentum im ält. röm. R.*, in *St. Koschaker* 1 [1939] 445 ss.) è stata vivacemente criticata, oltre tutto perché rappresenta una formulazione diversa e meno felice della dottrina tradizionale: Grosso, *Servitù* cit. 37 ss. (v. anche lo stesso Kaser, *La nozione romana di usufrutto*, in *Labeo* 9 [1963] 364 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* n. 56.3.1, ed è oggi sostenuta, con riferimento al *mancipium*, da vari autori, tra cui, da ultimo ampiamente, il Franciosi, *Studi* cit. 54 ss.; ma è un'ipotesi, 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 obbietta che le *servitutes mancipi* si costituivano mediante *mancipatio*, mentre il *consortium ad exemplum fratrum suorum* si costituiva mediante una *legis actio*, che era forse la *in iure cessio*; ma è facile replicare che Gaio ci parla solo del *consortium fratrum* (3.154a) e di quello imitativo dello stesso (3.154b), 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. 57.1.1. — Sul *consortium ercto non cito*: retro n. 37.4.

55.2.3. I motivi determinanti degli altri *iura in re aliena* saranno indicati nei luoghi opportuni. La scelta tra il regime dell'*actio in personam* una concezione del rapporto tra i due *domini* come rapporto relativo, ed anzi molte altre *servitutes praedii* sopravvenute a quelle originarie (cioè le cd. *servitutes nec mancipi*) vennero anche esse trattate come rapporti assoluti, furono due: *a*) il tradizionalismo (o, se si preferisce, la forza di inerzia) connesso con un istituto di alta antichità e di vasta diffusione; *b*) il vantaggio notevole offerto al soggetto attivo (proprietario del fondo dominante) 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. Sopra tutto questa seconda considerazione spinse più tardi 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.

55.3. Caratteristica dei *iura praediorum*, almeno fino all'esaurimento dell'età classica, fu la cd. tipicità delle esplicazioni. 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 oggettive. Ciò non impediva la formazione di

---

e quello dell'*actio in rem* fu, di volta in volta, causato da specifici orientamenti verso una maggiore garanzia degli interessi del soggetto attivo. Orientamenti, giova aggiungerlo, molto diffusi anche nel mondo moderno.

55.3. La cd. tipicità delle *servitutes praediorum* viene disconosciuta 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 la proposta (e in ogni caso ammirevole per potenza ricostruttiva) la dimostrazione del Perozzi, *Struttura delle servitù prediali nel dir. rom.* (1888), in *Scr.* 2 (1948) 173 ss. La tesi è stata contrastata (forse con altrettanto radicalismo) dall'Arangio-Ruiz, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana* (1934), in *Scr.* 2 (1974) 485 ss., mentre è stata notevolmente e opportunamente ridimensionata dal Grosso, *L'evoluzione storica delle servitù nel dir. rom. e il problema della tipicità*, in *SDHI.* 3 (1937) 265 e *Servitù* cit. 65 ss., con bibl. Secondo noi, posto che alla radice non solo di qualunque servitù prediale, ma di qualunque *ius in re aliena* doveva esservi un'*utilitas* oggettiva da soddisfare, cioè una precisa funzione economica da assolvere compatibilmente con le possibilità offerte dalla *res* (v. infra n. 55.4.2), 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 sia 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, attraverso 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. — Sul cd. *numerus clausus* dei *iura in re aliena*: retro n. 54.1.2. *Adde*: Kaiser, *Zum Typenzwang der Servituten* etc., in *Chr. Ankum* (1995) 425 ss.

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 la 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, attraverso la messa in opera di nuovi e 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 esclusivamente a fini classificatori, *a posteriori*, delle preesistenti e consolidate figure tipiche.

55.3.1. Per individuare meglio il tipo di *ius praedii* (o, più in generale, di *ius in re aliena*) da loro prescelto, e cioè per determinarne concretamente il contenuto specifico, 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 in senso tecnico): un insieme appunto di «modalità», di precisazioni 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 modalità di esercizio cautamente innovative affermatesi lentamente nella prassi.

55.4. Alcuni principi caratteristici delle servitù prediali, utili al fine della loro individuazione, emergono dalla

---

55.3.1. Di *modus del ius in re aliena* le fonti parlano, per verità, solo in ordine alle servitù prediali (cd. «*modus servitutis*»). Cfr. 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.* Sul tema: Grosso, *Servitù* cit. 159 ss.; Curzi, «*Modus servitutis*» etc. (1999). — Sul concetto di *modus* negoziale e sulla clausola modale nei negozi giuridici: retro n. 25.2.

55.4. La coerenza dei cd. principi delle servitù si spiega per il fatto che la giurisprudenza romana, nella sua pur cospicua attività di casistica, rimase sempre aderente alla natura dell'istituto, che concepì autonomamente, sin dagli ultimi secoli della repubblica, come rapporto di subordinazione (permanente, vedremo) di un fondo ad un altro. Sì che, analogamente ad altri istituti del *ius civile*, anche le servitù romane presentano una struttura di base che rimase inalterabile molteplicità di osservazioni e rilievi dedicati all'istituto dalla giurisprudenza preclassica e classica: osservazioni e rilievi che, pur essendo stati fatti essenzialmente sul piano della casistica, presentano tra loro una singolare coerenza di fondo e sono inoltre, a ben guardare, spesso estensibili a tutti i diritti reali di godimento. Di questi principî è utile indicare i più importanti, che sono sette.

55.4.1. Prima e ovvia regola era quella espressa col detto che «nessuno può essere titolare di una servitù su cosa propria» («*nemini res sua servit*»). Era infatti inconcepibile che un rapporto di servitù potesse esistere o continuare ad esistere tra due fondi vicini appartenenti allo stesso proprietario e non a proprietari diversi. Principio valevole, evidentemente, per tutti i *iura in re aliena*.

55.4.2. Secondo principio era quello, già accennato dianzi, della «utilità oggettiva del rapporto» («*utilitas*»): il fondo serven-

---

nei secoli, anche se numerosi furono i parziali adattamenti, che la mutevole realtà della pratica, con le nuove esigenze della vita agricola e della edilizia cittadina, potè col tempo sollecitare.

55.4.1. Della regola *nemini res sua servit* vi 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. 7.6.5 pr., su cui Grosso, *La nozione* cit. 192 nt. 122, con bibl. Specialmente sul tema: Solazzi, *Sul principio «nemini res sua servit»* (1952), in *Scr.* 6 (1972) 634 ss., il quale esamina pure D. 8.4.10 (Ulp. 10 *Sab.*), ov'è la formula «*nemo ipse sibi servitutem debet*» che egli, con i più, ritiene non genuina, mentre accetta quella «*nullum praedium ipsum sibi servire posse*» di D. 8.3.31 (Iul. 2 *Min.*) e 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 destinazione del padre di famiglia, come apparente smentita del principio «*n.r.s.s.*», v. *infra* n. 57.1.9. — Sulla confusione e sulla consolidazione in relazione al principio «*n.r.s.s.*»: *infra* n. 57.2.1 e 58.6.

55.4.2. Se è vero che l'*utilitas* va intesa in senso ampio, com'è nel caso della *servitus ne prospectui officiatur* (per la quale Ulp. D. 8.2.15 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 potevano costituire (come testimoniano Ulp. D. 8.3.3 pr., Ulp. D. 8.3.5.1 e Paul. D. 8.3.6.1) soltanto per quel bestiame che venisse adoperato per la coltivazione del fondo dominante. — Dubbio è se fossero concepite le cd. servitù industriali (anche dette «aziendali»), cioè le servitù destinate ad un'*utilitas* del fondo dominante in quanto questo fosse stabilmente utilizzato come sede di un'azienda cd. «industriale» (es.: un caseificio). In senso affermativo: Giuffrè, *L'emersione dei «iura in re aliena»* (cit. retro n. 54.7.2) 182 ss. La categoria che maggiormente si presta all'inclusione delle servitù industriali è quella delle cd. *servitutes praetoriae* (o *personae*, sulle quali v. *infra* n. 56.4.3): ma manca ogni indizio concreto a favore di questa ipotesi. — Circa l'esclusione dell'utilità meramente personale per il proprietario del fondo dominante, è esplicito Paul. D. 8.1.8 pr.: *Ut pomum decerpere* te doveva essere infatti destinato ad una qualche utilità, ad un qualche vantaggio più o meno rilevante, più o meno concreto, del fondo dominante. L'*utilitas* del fondo servente poteva consistere anche in una pura e semplice «*amoenitas*» (piacevolezza, attrattiva), come ad esempio nel caso della servitù di prospetto (*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. Doveva, ad ogni modo, trattarsi di una *utilitas* «oggettiva» e non di una *utilitas* soggettiva: doveva cioè risolversi in una qualche dote o in una qualche peculiarità, 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*.

55.4.3. Terzo principio: quello della «possibilità del rapporto»: 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 quella materiale ed immediata correlazione che costituiva il fondamento pratico della *servitus*. Principio, anche questo, valevole per qualunque *ius in re aliena*.

55.4.4. Quarto principio: quello della «perpetuità della causa» (meglio detto: permanenza della funzione oggettiva della ser-

---

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 se non fra le parti e i loro eredi; ipotesi che Giustiniano non ignorò, come mostra l'itp. Pap. D. 8.3.4, e che i moderni definiscono servitù irregolare. Sul punto: Biondi, *La categoria* cit. 346 ss., 419 ss.; Solazzi, *Requisiti* cit. 25 ss.; Ciapessoni, «*Servitus personae*» e «*usus personae*», in *Per il XIV cent. della codif. giust.* (1934) 877 ss.

55.4.3. Per l'accertamento della natura e dei limiti del principio della possibilità del rapporto va detto, *a contrario*, che non doveva 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 Ulp. D. 8.3.5.1 (17 *ed.*). Tuttavia, per la sua indeterminatezza, la vicinanza non si pone come requisito inderogabile, poiché non mancano, per vero, alcune servitù in cui essa non è richiesta: la *servitus aquaeductus* o *pascendi*, ad esempio, o l'*altius non tollendi*, per le quali la vicinanza non è indispensabile, come si legge in Ulp. D. 8.4.6 pr.: ...*parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non*.

55.4.4. 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 caelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet quod manu fit): at quod ex caelo 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* vitù). Affinché una servitù prediale potesse essere costituita occorreva che i fondi fossero in condizioni tali da rendere possibile in modo permanente, duraturo, a tempo indeterminato (o, come si usava dire, *in perpetuum*) 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 durata limitata o incerta. In adesione a questo principio, in periodo classico, pur ammettendosi che le *servitutes* potessero essere volontariamente estinte, non si riteneva concepibile che esse fossero costituite con la predeterminazione del momento della loro estinzione. Invece in periodo postclassico si ritenne valida anche una costituzione a termine o sotto condizione 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.

55.4.5. Quinto principio: quello della «indivisibilità del rapporto». La servitù, essendo una «*qualitas fundi*», una qualità di

---

perpetua causa esse debet. Riguardo a quanto diciamo in testo alla servitù di acquedotto, cfr. Ulp. D. 43.22.1.4 e, sopra tutto, Paul. D. 8.3.9, 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: 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: Solazzi, *Requisiti* cit. 35 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 182 ss. — Sulla *servitus ad tempus*: Grosso, *Servitù «ad tempus» e concezione economica liberistica della proprietà*, in *Iura* 20 (1969) 144 ss.

55.4.5. Il principio dell'indivisibilità, frequentemente ribadito nelle opere della giurisprudenza classica, risulta da D. 8.1.17 (Pomp. 1. 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*. 2.469, un antico frammento pergamenaceo pubblicato nel 1933, che suole (ma forse azzardatamente) attribuirsi pure a Pomponio: *Et servitutes dividi non possunt: nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat*. La 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 quidem aestimandum totum usum fructum putabant et ita constituendum, quantum sit in legato*. (*rell.*): testo in cui, peraltro, sembra chiaramente itp. il richiamo alle «*ceteras servitutes*», come dimostra il parallelo Vat. 68 (v. Wieacker, *Textstufen* 413 s.), che parla soltanto dell'*iter*. Interessanti, infine, per conoscere i limiti e la natura della indivisibilità, appaiono Paul. D. 8.3.8.1, Cels. D. 8.3.11, Paul. D. 8.3.23.3, Afr. D. 8.3.33, Pap. D. 8.3.34 pr., Ulp. D. 8.4.6.1, Paul. D. 8.4.18, Gai. D. 35.2.80.1, sui quali: 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: Solazzi, «*Servitus divisa*» (1951), in *Scr.* 6 (1972) 412 ss. ove si sottolinea come questa regola abbia subito graduali attenuazioni, fino a scomparire, in qualche caso (è l'ipotesi di Ulp. D. 43.20.1.3), in età giustinianea.

tutto il fondo, non poteva che sorgere ed estinguersi per intero. Pertanto si escludeva che un solo condomino potesse costituire una servitù e si richiedeva, a questo fine, il concorso della volontà di tutti i condomini; 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. 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.

55.4.6. Sesto principio: quello della «inalienabilità del diritto». La servitù, essendo un diritto inerente al fondo, una sua *qualitas* oggettiva, doveva seguirne le sorti. Non era ammessa dunque un'alienazione separata della sola servitù: questa poteva essere alienata esclusivamente mediante il trasferimento del fondo ed esclusivamente a favore dell'acquirente del fondo.

55.4.7. Settimo principio: quello per cui «la servitù non può comportare prestazioni di fare» («*servitus in faciendo consistere*

55.4.6. A proposito della inalienabilità, la servitù «*fundum sequi*», informa Ven. D. 21.2.75. Ma le fonti pongono, accanto al divieto (o diremmo, più correttamente, impossibilità) di alienazione, anche quello di locazione, di usufrutto e di pegno: Ulp. D. 19.2.44, Afr. D. 8.3.33.1. — Al principio dell'inalienabilità si collega l'adagio *servitus servitutis esse non potest*; adagio che si legge in D. 33.2.1 (Paul. 3 *Sab.*) e che va evidentemente modificato in «*usus fructus servitutis esse non potest*». Per spiegare la sostituzione di «*usus fructus*» (o di «*usus*», o di «*fructus*») con «*servitus*» si è da molti pensato ad un errore di copista; tuttavia è più verosimile supporre che l'interpolazione sia stata operata da un lettore postclassico o da Giustiniano, in correlazione al senso più generale assunto dal termine «*servitus*» (come diritto reale di godimento) in età postclassica (v. *retro* n. 55.1.2). Sul tema: Metro, «*Fructus servitutis esse non potest*»?, in *Iura* 23 (1972) 104 ss. — Le *servitutes rusticae* erano, però, pignorabili: v. *infra* n. 56.1.4, 56.2, 62.5.

55.4.7. Il principio *servitus in faciendo consistere nequit* è espresso in Pomp. D. 8.1.15.1, 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 Biondi, *La regola «servitus in faciendo consistere nequit»*, in *St. Ascoli* (1931) 1 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: 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 servitu-*

nequit»). Il proprietario del fondo servente non poteva essere dunque tenuto ad un *facere*, cioè 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 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 in questa ipotesi 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 l'obbligo di riparazione del *paries* di sostegno era considerato, nell'opinione dominante, solo un dovere accessorio, un obbligo assolutamente in sottordine rispetto a quello caratteristico e fondamentale della sopportazione del peso del fondo dominante («*onus ferre*»).

55.4.8. 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 costui, la *servitus* poteva essere, infatti: *a*) tanto «positiva» (o «affermativa»), se comportava un suo diritto di *facere* al quale il proprietario del fondo servente non potesse opporsi (es.: il diritto di passaggio su fondo altrui); *b*) quanto «negativa», se comportava un suo diritto di pretendere che il proprietario del fondo servente si astenesse dal compiere una certa attività (es.: *servitus altius non tollendi*).

---

non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. Sul tema: Meinhart, *Ulp. D. 8.5.6.4 etc.*, in St. Kaser (1973) 83 ss.; Corbino, «*Servitus on. fer.*» *e* «*refectio parietis*», in St. Cannata (1999) 25 ss.

55.4.8. Le servitù positive e le servitù negative implicavano, per il proprietario del fondo dominante, anche i c.d. *adminicula servitutis*, cioè ogni facoltà di intervento sul fondo servente che fosse necessaria 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). In argomento: Guarino, sv. *Adminicula*, in *NNDI*. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni (lasciamo ad avvertirlo sin d'ora) le esigenze corrispondenti a quelle delle romane* servitutes praediorum *(cui sono qui dedicati anche i successivi n. 56-57) sono state tenute largamente presenti, in sede di limitazioni della proprietà privata, anche se non sempre e dovunque sono state rispettate da vicino le linee tracciate dall'ordinamento romano ed anche se può dirsi ormai opportunamente superato il principio della «tipicità». Caratteristico l'istituto inglese dell'«easement» (uso) del proprietario di un fondo sul vicino fondo altrui. Per il diritto italiano vigente (ancora fortemente influenzato dall'esperienza romana) cfr. a. 1027-1099 (articoli relativi anche alle «servitù coattive»). Va colta l'occasione per segnalare che il libro III («Della proprietà») del c.c., dopo aver parlato dei beni e della proprietà, segue quest'ordine espositivo: superficie, enfiteusi, usufrutto e diritti affini, servitù prediali.*

56. I TIPI DI «IURA PRAEDIORUM».

56.1. Prima di elencare sommariamente i tipi di servitù prediali affermatisi nel diritto romano, è opportuno dedicare un cenno ad alcune classificazioni dei *iura praediorum* che si rinvengono nelle fonti. Esse sono quelle che distinguono tra: *a*) *servitutes mancipi* e *nec mancipi*; *b*) *servitutes in solo* e *in superficie*; *c*) *servitutes rusticae* e *urbanae*.

56.1.1. La distinzione tra *servitutes mancipi* e *servitutes nec mancipi* si riportava alle origini dell'istituto. «*Servitutes mancipi*» erano solo le più antiche servitù (formatesi, come abbiamo detto, in un'epoca, quella del *ius Quiritium*, in cui il *mancipium* era l'unico rapporto assoluto riconosciuto dal diritto romano) erano: *a*) la «*servitus itineris*» (cioè «di cammino»), che comportava per il proprietario del fondo dominante il diritto di passare a piedi o su un quadrupede attraverso il fondo servente; *b*) la «*servitus actus*» (cioè «di condurre»), che comportava il diritto di condurre o guidare (*agere*) attraverso il fondo servente bestiame o carri; *c*) la «*servitus viae*» («di strada»), che comportava 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); *d*) la «*servitus aquaeductus*» (cioè «di acquedotto»), che comportava il diritto di far scorrere attraverso il fondo servente le acque di afflusso o di deflusso necessarie per l'utilizzazione del fondo dominante. «*Servitutes nec mancipi*» erano tutte le altre servitù, venute in essere in tempi posteriori alla fioritura del *ius Quiritium*.

56.1. Le classificazioni romane delle servitù prediali furono fortemente influenzate da motivazioni di origine e da modi e forme propri allo sviluppo evolutivo dei più antichi istituti piuttosto che da ragioni di dogmatica e casistica. In generale: Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 6 ss. e *passim*.

56.1.1. Sulla distinzione tra servitutes mancipi e nec mancipi e sulla concezione originariamente materialistica delle prime: *retro* n. 55.1.3. 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.*). — Sulle servitù di passaggio (*iter, actus, via*) e sulla loro evoluzione storica: Arangio-Ruiz, *Per la classificazione delle servitù di passaggio* (1950), in *Scr.* 3 (1974) 301 ss.; Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 28 ss.; Corbino, *Ricerche* cit.; Mariani, *Notae ad Corbinum*, in *Iura* 31 (1980) 137 ss. — Per la servitus aquaeductus cfr. Ulp. D. 43.20.1.5 e Ulp. D. 43.22.1.4. Sul tema: Ortega Carillo, *Una interpretación en materia de servidumbres a propósito de un caso de «servitus aquae ductus»*, in *Om. Alvarez Suárez* (1978) 353 ss.; Torrent, *El origen de la «servitus aquaed.» a la luz de la Tab. Contrebiensis*, in *Om. Biscardi* 2 (1982) 765 ss.; Zuccotti, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum» previsti per l'esercizio del «ius aq. ducendae»*, in *Om. Provera* (1994) 303 ss.

56.1.2. La distinzione tra «*servitutes in solo*» e «*servitutes in superficie*» fu di origine tardo-classica e si diffuse col progressivo profilarsi (di cui parleremo più in là) del rapporto reale assoluto di *superficies*, 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 delle fondazioni di uno stabile edificio), si disse talvolta che il superficiario, pur non essendo proprietario ma solo un *possessor* (anomalo, cioè non *ad interdicta*) del soprasuolo, aveva un *ius praedii* nei confronti del concedente.

56.1.3. La distinzione di maggiore importanza fu, a partire dal periodo preclassico, quella tra «*servitutes rusticae*» («di campagna») e «*servitutes urbanae*» («di città»). La differenza era fondata sulla funzione economica del rapporto e consisteva, più precisamente, in ciò: che le servitù rustiche erano quelle che soddisfacevano esigenze «tipiche» dell'agricoltura, mentre le servitù urbane erano quelle che soddisfacevano esigenze «tipiche» dei centri urbani. La qualifica, dunque, non aveva rapporto con la effettiva ubicazione dei fondi in territorio urbano o in territo-

---

56.1.2. Estranea al ius civile, la distinzione tra servitutes in solo e in superficie venne delineandosi nel ius honorarium, che favorì il superamento (attuatosi completamente 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. 173, una suddistinzione particolare delle servitù urbane. Sul punto: 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.; id., *Sulla superficie come servitù* (1947-48), in *Scr.* 6 (1972) 567 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 213 ss. — In ordine alle servitutes in superficie giova ricordare Paul. D. 8.2.20 pr.: *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* (ecc.). — Sulla superficies: *infra* n. 60.4.

56.1.3. La distinzione tra *servitutes* rusticae e urbanae s'incontra in Gai 2.14, purtroppo mutilo nella parte che riguarda l'elenco esemplificativo. Sul tema: 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 serv. pred. in dir. rom.*, in *BIDR.* 43 (1935) 19 ss.; Grosso, *Appunti storici e «de iure condendo» sulla distinzione fra serv. rustiche e urbane*, in *Riv. dir. agr.* (1938) 1 ss.; Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 2 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 200 ss.; Corbino, *La distinz. delle servitù in rustiche e urbane nel dir. rom.*, in *St. Falzea* 4 (1991) 211 ss. — La distinzione tra praedia urbana e rustica ebbe importanza, oltre che in materia di servitù prediali, anche in ordine ai poteri patrimoniali del *tutor impuberis* dopo l'*oratio Severi* del 195 (su cui retro n. 45.8.4). Molto importanti sono, in proposito, Ulp. D. 50.16.198 (ove si legge: *urbanum praedium non locus facit, sed materia*) e Diocl. Maxim. C. 5.71.16 pr. (a. 294). Sul tema: Mentxaka, «*Praedia rustica - praedia urbana*», in *RIDA.* 33 (1986) 149 ss.

rio extraurbano: una servitù urbana (così definita perchè tipicamente urbana) poteva costituirsi anche in territorio agricolo, mentre una servitù rustica poteva costituirsi anche all'interno di un centro abitato.

56.2. *Servitutes praediorum rusticorum* («servitù rustiche»), tipiche dei fondi rustici, furono anzitutto le «servitù di passaggio» e la «servitù di acquedotto», cioè quelle servitù più antiche (*servitutes mancipi*) di cui si è fatto cenno dianzi. Altre servitù rustiche (*nec mancipi*) furono: *a*) la «*servitus aquae haustus*», implicante il diritto di «attingere acqua» nel fondo servente, e quindi anche di entrarvi a questo scopo; *b*) la «*servitus pecoris ad aquam adpulsus*», consistente nel diritto di portare (*adpellere*) il proprio bestiame (*pecus*) nel fondo servente per l'«abbeverata»; *c*) la «*servitus pecoris pascendi*», consistente nel diritto di portare il proprio bestiame nel fondo servente per farlo «pascolare» (*pascere*) ivi; *d*) la «*servitus calcis coquendae*», consistente nel diritto di «impastare calcina» sul fondo servente; *e*) la «*servitus arenae fodiendae*» e la «*servitus cretae eximendae*», consistente nel diritto di «prelevare sabbia oppure creta» dal fondo servente.

56.3. *Servitutes praediorum urbanorum* («servitù urbane»), tipiche dei fondi urbani e tutte *nec mancipi*, furono le seguenti: *a*) le «*servitutes stillicidii*» e «*fluminis*», che consistevano nel diritto di «riversare l'acqua piovana» dal proprio tetto sul fondo altrui, la prima così come l'acqua cade dal cielo (cioè goccia a goccia, *stilla a stilla*), la seconda mediante grondaie artificiali (*flumina*); *b*) la «*servitus cloacae*», consistente nel diritto di far passare le proprie «fogne di scarico» (*cloacae*) attraverso il fondo altrui; *c*) la «*servitus tigni immittendi*», consistente nel diritto di «infiggere travi» (*tigna*) o altri materiali costruttivi nel fondo altrui; *d*) la «*servitus oneris ferendi*», di cui si è già parlato poc'anzi, consistente nel diritto di esigere dal proprietario del

---

56.2. Le *servitù rustiche* (cfr. D. 8.3) vengono di solito raggruppate, dagli interpreti, in due classi: *iura itinerum* e *iura aquarum*. Sul tema: Arangio-Ruiz, *Per la classificazione* cit.; Meylan, «*Fructus sine usu*», in *St. Albertoni* 1 (1934) 95 ss.; Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 27 ss.; Capogrossi Colognesi, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in dir. rom.* (1966). — Di marca postclassica fu la *servitus sterculini*, comportante il diritto di tenere un letamaio a ridosso del muro del fondo vicino. Cfr. Alf. D. 8.5.17.2 itp. Sul tema: Solazzi, *Specie ed estinz.* 53 ss. — Sulle *servitutes mancipi*: retro n. 56.1.1.

56.3. 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, *Evoluz. storica delle serv. e il problema della tipicità* cit. 265. Sui singoli tipi: Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 27 ss. e, in particolare sulla «*servitus ne luminibus officiatur*», 67 ss., 80 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 200 ss.

fondo servente il «sostegno dell'edificio dominante» mediante una struttura muraria (parete o colonna); *e*) la «*servitus protegendi*» e la «*servitus proiciendi*», consistenti nel diritto di «sporto», cioè di far sporgere il proprio tetto, oppure i proprî balconi, o altre strutture di un edificio, al di sopra del fondo altrui, in modo da coprirlo (*tegere*) in parte; *f*) la «*servitus altius non tollendi*», consistente nel diritto di esigere dal proprietario del fondo servente la «non elevazione» dell'edificio al di sopra di una certa altezza; *g*) la «*servitus ne luminibus officiatur*», consistente nel diritto di esigere dal proprietario del fondo servente che le costruzioni da lui erette su quest'ultimo non arrechino «pregiudizio alle luci» (*officere luminibus*), cioè alla luminosità offerta dalle aperture (finestre, balconi ecc.) destinate a portare la luce naturale all'interno del fondo dominante; *h*) la «*servitus ne prospectui officiatur*», consistente nel diritto di esigere dal proprietario del fondo servente che le sue costruzioni non arrechino «pregiudizio al prospetto» (*officere prospectui*), cioè ad una certa veduta ben determinata offerta dal fondo dominante.

56.4. Accanto alle «servitù regolari» or ora descritte, tutte previste dal *ius civile*, le fonti romane recano tracce di *servitutes irregolari*, cioè variamente difformi dalle regole civilistiche. Tali: *a*) le servitù pretorie; *b*) le servitù provinciali; *c*) le servitù anomale.

56.4.1. Le cd. «servitù pretorie» («*servitutes praetoriae*») furono rapporti analoghi, ma non identici alle *servitutes* del *ius civile*: principalmente quelle costituite mediante semplice *traditio* (messa a disposizione non formale) e quelle in cui l'*utilitas* non fosse rapportata al fondo dominante, ma piuttosto alla persona del suo

---

56.4. 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*. La qualificazione non è usuale in dottrina.

56.4.1. Sulle *servitutes praetoriae*: Perozzi, *I modi pretorî d'acquisto delle servitù* (1897), in *Scr.* 2 (1948) 197 ss.; Krüger, *Die prätorische Servitut* (1911); Rabel, *Zu den sogenannten prätorischen Servituten* (1912), in *Aufs.* 4 (1971) 247 ss.; Frezza, *Appunti esegetici in tema di modi pretori di costituz. di usufrutto e delle serv. pred.*, in *SUC*. 1934; Maschi, *Contributo allo studio delle serv. pretorie*, in *BIDR*. 46 (1939) 274 ss. Cfr. Ulp. D. 43.18.1.9: *Servitutes quoque praetorio iure constituentur* (ecc.), 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. spec. 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 pr. (*Ergo secundum haec et vindicari poterit*). — Sulle servitù industriali e sulla loro possibile inclusione tra le *servitutes praetoriae*: retro n. 55.4.2.

attuale proprietario (anche detti, perciò, «*servitutes personae*»). A questi rapporti concesse talvolta tutela, quando fosse equo farlo, il *ius honorarium*, con mezzi che lo stato delle nostre conoscenze non permette però di identificare in modo preciso.

56.4.2. Le cd. «servitù provinciali» furono rapporti analoghi alle *servitutes* civilistiche, ma aventi ad oggetto fondi delle *provinciae*: fondi in ordine ai quali, non potendo esservi il *dominium ex iure Quiritium*, non potevano esservi nemmeno vere e proprie *servitutes*. Esse si costituivano mediante convenzioni atipiche rafforzate da *stipulationes* («*pactiones et stipulationes*»), cioè mediante negozi creativi di mere *obligationes*, e ricevevano una tutela *erga omnes* solo attraverso la concessione magistratuale di *actiones utiles*, approssimativamente corrispondenti a quelle delle *servitutes* civilistiche.

56.4.3. «Servitù anomale», cioè irregolari in senso pieno («abnormi»), furono, a quanto risulta da certe fonti, le seguenti:

56.4.2. Fondamentale per la configurazione 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*. Non meno discussi: 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.*). L'opinione dominante è nel senso che fosse possibile la costituzione mediante *pactio et stipulatio*, sui fondi provinciali, di rapporti reali aventi il contenuto di usufrutto e di servitù (in tal senso: Grosso, *Riflessioni sulla costituz. delle serv. e dell'usufrutto «pactionibus et stipulationibus» sui fondi provinciali*, in *St. von Lübtow* [1970] 413 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 246 ss. e *Contratto e «stipulatio»* [1953] 16, 367 ss.), ma una minoranza di studiosi ritiene che, di là dalla fisionomia o dalla struttura, *pactio et stipulatio* non potesse produrre altro che un'*obligatio* (così: Frezza, *Appunti* cit. 84 ss., 100 ss.; Solazzi, *Requisiti* cit. 109 s.). Sul tema: La Rosa (F.), «*Pactionibus et stipulationibus*», in *Labeo* 40 (1994) 77 ss., che fa leva su Par. 2.3.4 (Teofilo) per sostenere l'applicazione originaria ai fondi italici e la ammissione *iure honorario* di effetti reali. V. anche *infra* n. 57.3.b.

56.4.3. Per le servitù anomale cfr. Gai 2.14, 2.31 e 4.3; D. 8.2.2 (Gai. 7 *ed. prov.*), I. 2.3.1 e D. 8.2.2. 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 rom. vulg. l. The law of property* (1951) 115 ss.; Grosso, *Sulle servitù «altius tollendi» e «stillicidii non avertendi»*, in *St. Albertoni* 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. 90 ss., che vede i presupposti già in epoca classica. Interessante e non priva di suggestioni anche l'ipotesi del Branca, *Considerazioni sulla «servitus altius tollendi»*, in *St. Cicu* 1 (1951) 105 ss., che individua la genesi di questa servitù nell'ambiente provinciale. Azzardate, invece, talune illazioni e generalizzazioni di Rodger, *Owners and neighbours in rom. l.* (1972). — Sulle cd. *servitutes legis*: *retro* n. 54.7.

a) la «*servitus altius tollendi*», la quale comportava il diritto di fabbricare nel proprio fondo (cioè nel fondo dominante) o di fabbricarvi oltre una certa altezza; *b*) la «*servitus luminibus officiendi*», la quale comportava il diritto di oscurare le luci altrui stando nel proprio fondo; *c*) la «*servitus stillicidii vel fluminis non avertendi*», la quale comportava il diritto di astenersi dallo scaricare le acque piovane o quelle di una condotta sul tetto o sul terreno del vicino (con ciò eventualmente sottraendo a quest'ultimo il vantaggio di utilizzare in via di risulta le acque stesse). Tre «servitù» (urbane), che, come si vede, altro non erano, in sostanza, se non esplicazioni del *dominium* sul proprio fondo e che vanno considerate, con tutta probabilità, come costruzioni dottrinali postclassiche, le quali vogliono 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 «servitù di legge» circa l'altezza e le luci degli edifici introdotte dalla legislazione postclassica.

57. Il regime dei «iura praediorum».

57.1. Affinché si potesse procedere a valida costituzione di una *servitus* regolare (cioè *iure civili*), occorreva che i due fondi in correlazione fossero fondi situati *in agro Romano*, che i loro proprietari fossero *domini ex iure Quiritium* e che fosse posto in opera uno dei seguenti modi di costituzione: *a*) la *mancipatio*; *b*) la *in iure cessio*; *c*) la *deductio servitutis*; *d*) il *legatum per vindicationem*; *e*) la *adiudicatio*. Ma in età postclassica, cessata la distinzione tra fondi su suolo cittadino (o equiparato) e fondi provinciali, scomparse inoltre la *mancipatio* e la *in iure cessio*, i primi due modi di costituzione vennero meno, mentre ai rimanenti se ne aggiunsero altri quattro: *f*) la *pactio et stipulatio*; *g*) la *traditio servitutis*; *h*) la *praerogativa temporis*; *i*) la *destinatio patris familias*.

57.1.1. La «mancipazione di servitù» («*mancipatio servitutis*») era riservata in età classica (in alternativa alla *in iure ces-*

57.1. Sulla costituzione delle servitù, in generale: Solazzi, *Requisiti* cit. 85 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 221 ss.; Grosso, *Servitù* cit. 187 ss.

57.1.1. In ordine alla *mancipatio servitutis*, Gai 2.29, mantenendosi coerente con quanto già indicato in 2.17, afferma: *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi <tantum> possunt, rusticorum vero etiam mancipari possunt*. Sul tema:

sio) alle *servitutes mancipi*. Non sappiamo però quali ritocchi si apportassero alla formula di *mancipatio* traslativa del *dominium* e in che modo fosse soddisfatta la esigenza della presenza della cosa nel cerimoniale della *mancipatio*.

57.1.2. Tutte le altre *servitutes* (cd. *nec mancipi*) si costituivano, in periodo classico, solo mediante «cessione giudiziale di servitù» («*in iure cessio servitutis*»), cioè mediante un processo fittizio di *vindicatio servitutis* esercitata dall'acquirente e di *cessio in iure* da parte dell'alienante.

57.1.3. Altro modo di costituzione, classico e postclassico, delle *servitutes*, sia *mancipi* che *nec mancipi*, fu la «deduzione di servitù» («*deductio servitutis*»), cioè 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 con espressa deduzione di servitù («*deducta servitute*») a favore dell'alienante (o, nel caso del *legatum*, a favore dell'erede).

57.1.4. Mediante un «legato per rivendicazione» («*legatum per vindicationem*») il testatore poteva costituire a favore del legatario anche il diritto reale di servitù.

57.1.5. Fu anche ammesso, come modo di costituzione delle servitù, la «*adiudicatio*», l'«aggiudicazione» della *servitus* da par-

---

retro n. 56.1.1. Il Solazzi, «*Servitutis mentio in mancipatione*» (1952), in *Scr.* 5 (1972) 630 ss., fondandosi su D. 12.6.22.1 (Pomp. 22 *Sab.*) e D. 19.1.8 pr. (Paul. 5 *Sab.*), afferma che toccasse al *mancipio accipiens* dichiarare che sul fondo acquistato veniva imposta una servitù. 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 volta 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. 55.2.2.

57.1.2. 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.

57.1.3. La *deductio servitutis* altro non era che una riserva in forma di *nuncupatio* inserita dall'alienante a proprio favore in una *mancipatio* o in una *in iure cessio* o in 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.*). — Sulla terminologia: La Rosa (R.), «*Deducere*» o «*detrahere usumfructum*» ed «*excipere*» o «*recipere servitutem*», in *St. Sanfilippo* 7 (1987) 319 ss.

57.1.4. In diritto postclassico la costituzione mediante *legatum* avveniva con legato ad effetti reali. Sul punto: Grosso, *Miscellanea critica*, in *St. Albertario* 1 (1953) 587 ss. — Sul *legatum per vindicationem*: *retro* n. 33.3.1.

57.1.5. Forse l'*adiudicatio servitutis* era ammessa esclusivamente nei *iudicia legitima*. Cfr. Ulp. D. 10.2.22.3 (ipotesi di *actio familiae erciscundae*): *Sed etiam cum adiudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum fa-*

te del *iudex* in un giudizio divisorio, allorché egli, trovandosi a dividere un *dominium ex iure Quiritium* collettivo su una determinata cosa immobile, ritenesse opportuno o necessario assegnare ad uno dei condividenti la servitù sulla cosa stessa o su parte di essa. Questo modo di costituzione rimase fermo in diritto postclassico.

57.1.6. In età postclassica, il modo regolare e fondamentale di costituzione delle servitù divenne la «*pactio et stipulatio*», vale a dire l'accordo intervenuto in qualunque forma (ma completato da solenne *clausula stipulationis*) tra proprietario del fondo dominante e proprietario del fondo servente. Questo modo di costituzione, lo abbiamo visto, era usato in diritto classico, con tutela giudiziaria concessa in via «utile», già per le cd. servitù provinciali.

57.1.7. 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 venne ammessa la «*quasi traditio*» (detta anche «*traditio servitutis*» o «*patientia*»), la quale fu costituita dalla accettazione non formale di una servitù rustica e positiva da parte del proprietario del fondo servente: vale a dire dalla «sopportazione» (*patientia*) da parte sua che il proprietario di un altro fondo compiese atti di servitù positiva (passaggio, abbeverata ecc.) sul fondo proprio.

57.1.8. In origine le *servitutes* si potevano acquistare anche mediante usucapione, probabilmente col decorso di due anni.

---

ciat, ex iis quos 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 l'*actio communi dividundo*: *Neratius scribit arbitrum, si regionibus fundum non vectigalem divisum duobus adiudicaverit, posse quasi in duobus fundis servitutem imponere.* — Sulla adiudicatio: *retro* n. 50.7.1.

57.1.6. Sulle pactiones et stipulationes cfr. I. 2.3.4: *Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet* (ecc.). *Adde* I. 2.4.1 e il sospettato D. 8.3.33 (Afr. 9 *quaest.*). Sul punto: Solazzi, *Stipulazioni di servitù prediali* (1954), in *Scr.* 5 (1972) 551 ss., che 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. V. *retro* n. 56.4.2.

57.1.7. Sulla patientia servitutis cfr. 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 della tutela pretoria. Ma genuino sembra pure D. 8.1.20 (Iav. 5 *post. Lab.*), ove si ammette una equivalenza fra *usus servitutis* e *traditio*. Sul punto: Solazzi, *Requisiti* cit. 149 ss., che nega i precedenti classici; 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. 55.4.8.

57.1.8. 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 constitue-*

Tuttavia una *lex Scribonia*, sulla fine dell'epoca preclassica, vietò l'«*usucapio servitutis*». In diritto postclassico si tornò peraltro a ritenere, rispetto a talune servitù (forse già con qualche precedente nel tardo diritto classico), che la «*vetustas*» (la «lunga durata», altrimenti detta «*praerogativa temporis*»), e più precisamente il lungo esercizio di fatto di una servitù, reso «apparente» (o meglio, appariscente) da opere costruite sul fondo servente da tempo immemorabile, potesse costituire prova della esistenza del diritto di servitù. Giustiniano, infine, assoggettò a prescrizione acquisitiva tutte le servitù positive con gli stessi requisiti della «*praescriptio longi temporis*» relativa a cose immobili.

57.1.9. Un modo tipicamente postclassico di costituzione delle servitù prediali fu la cd. «destinazione del padre di famiglia» («*destinatio patris familias*»: destinazione operata dal soggetto giuridico) la quale presupponeva una preesistente correlazione di «servitù di fatto» istituita da un proprietario tra due fondi o tra due parti chiaramente distinguibili di un unico fondo in dominio di un certo soggetto. Se i due fondi passavano a proprietari diversi (oppure se le due parti cessavano di essere dello stesso proprietario) si ritenne che tra i due fondi, per il solo motivo che in linea puramente di fatto già precedentemente si era costituito tra loro un rapporto economico di servitù, dovesse riconoscersi intercorrente anche *de iure* un rapporto di servitù.

---

bat, *non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute* (rell.). Assai discussa è la data della legge: si va dal 156 a. C. (anno del tribunato plebeo di L. Scribonio Libone) alla fine del sec. I a. C. (e precisamente dopo Cic. *pro 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 causata da Giustiniano con la rilevanza data alla *praescriptio longi temporis*, se fossero usucapibili, prima della *lex Scribonia*, le sole servitù rustiche o anche quelle urbane, le sole servitù positive o anche quelle negative. Sul tema: Tomulescu, *Sur la loi Scribonia «de usucap. servit.»*, in *RIDA.* 17 (1970) 329 ss.; Capogrossi Colognesi, *Alle origini di un diritto legislativo: la «l. S.»*, in *Ott. Gallo* 1 (1997) 79 ss. 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* e «*praerogativa temporis*», si possono indicare: D. 43.20.3.4 (Pomp. 34 *Sab.*); CI. 3.34.2 (a. 231); CI. 3.34.7 (a. 286). — Per la *longi temporis praescriptio* cfr.: 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.*). Sul tema: Solazzi, *Requisiti* cit. 164 s.; Alonso y Lambán, *Anotaciones sobre el diuturnus «usus» y la «vetustas» en la adquisición de servidumbres*, in *Ott. Sanchez del Rio* (1967) 197 ss. V. anche *retro* n. 54.4.

57.1.9. In ordine alla cd. *destinatio patris familias* (terminologia postromana), non chiari appaiono gli itp. D. 8.2.10 (Marc. 4 *dig.*), D. 8.2.41 pr. (Scaev. 1 *resp.*), D. 8.5.20 pr. (Scaev. 4 *dig.*), D. 33.2.15.1 (Marc. 13 *dig.*). Sul punto: Astolfi, *Costituz. di servitù e destinaz. del padre di fam.*, in *BIDR.* 72 (1969) 121 ss.; Lamberti, *«Nominatim imponendo servitutem»*, in *Labeo* 42 (1996) 37 ss. (che nega la consapevolezza dell'istituto, ricostruibile a fatica sulla base di testi precedentemente glossati, da parte dello stesso Giustiniano).

57.2. Modi di estinzione delle *servitutes* furono: *a*) la *confusio*; *b*) la *remissio*; *c*) il *non usus*; *d*) l'*usucapio libertatis*; *e*) la *mutatio praediorum*.

57.2.1. La estinzione della servitù per «confusione» («*confusio*») aveva luogo allorché i due fondi in correlazione di *servitus* venissero per un qualunque motivo a riunirsi in *dominium ex iure Quiritium* di una stessa persona. In tale caso la estinzione della servitù era conseguenza del principio «*nemini res sua servit*», che impediva l'esistenza di una servitù tra due fondi appartenenti allo stesso soggetto. Questo modo di estinzione si mantenne in età postclassica.

57.2.2. La «remissione della servitù» («*remissio servitutis*») si aveva allorché il proprietario del fondo dominante rinunciasse alla servitù a lui spettante. Ma la rinuncia, per poter essere giuridicamente operante, doveva concretarsi in un'operazione fittizia consistente in ciò: che il titolare del fondo servente esercitasse contro il proprietario del fondo dominante 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 però sufficiente una non formale manifestazione di volontà («*concessio*») da parte del proprietario del fondo dominante.

57.2.3. L'«inutilizzazione» («*non usus*») delle servitù positive (e quindi, principalmente, delle servitù rustiche) da parte del proprietario del fondo dominante comportava l'estinzione delle servitù

57.2. Sull'estinzione delle servitù, in generale: Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 125 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 305 ss.; Grosso, *Servitù* cit. 261 ss.

57.2.1. Sulla confusio cfr. Gai. D. 8.6.1: *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.; Kiess, *Die «c.» im kl. r. R.* (1995) 36 ss. — Sul principio nemini res sua servit: *retro* n. 55.4.1.

57.2.2. Criticando un'opinione isolata del Perozzi, *Ist.* 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 dal Treves, *Sulla estinzione delle servitù per rinuncia*, in *Labeo* 2 (1956) 222 ss. Sul punto: Russo Ruggeri, *Brevi note in tema di «remissio servitutis» nel dir. rom. class.*, in *AG.* 193 (1977) 53 ss.

57.2.3. Del non usus informa, tra l'altro, PS. 1.17.1-2: *Viam iter actum 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.* — Sulla praescriptio longi temporis: *retro* n. 54.4.

stesse quando si protraesse per due anni. Il termine dei due anni, caratteristico del diritto classico, nell'età postclassica fu portato rispettivamente a dieci o venti anni, a seconda che si trattasse di rapporti tra «presenti» o tra «assenti», secondo le regole della *praescriptio longi temporis*. La giustificazione del principio di estinzione delle servitù prediali per *non usus* fu che il proprietario del fondo servente, in caso di inutilizzazione della servitù da parte del proprietario del fondo dominante, acquistava il fondo servente come libero, come *optimus maximus*, a titolo di usucapione.

57.2.4. Relativamente alle servitù negative (quindi, principalmente, alle servitù urbane), non bastava alla riconoscibilità del mancato uso della servitù la astensione dal suo godimento da parte del proprietario del fondo dominante, perché egli non era tenuto ad esercitare nessuna attività positiva. Pertanto, a rendere riconoscibile l'inizio del periodo di *non usus* occorreva uno specifico e appariscente fatto indicativo, cioè 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 *servitus*: per esempio, trattandosi di una *servitus altius non tollendi*, era richiesto che il proprietario del fondo servente avesse effettivamente fabbricato, contravvenendo ai suoi obblighi, e che il proprietario del fondo dominante per tutto il periodo relativo al *non usus* non avesse fatto opposizione a questa edificazione, facendo con ciò intendere la sua implicita adesione. Fu questo il motivo per cui, relativamente alle servitù negative, anziché di *non usus* da parte del proprietario del fondo dominante, si preferì parlare di «*usucapio libertatis*» (cioè di «usucapione della libertà del fondo») da parte del proprietario del fondo servente.

57.2.5. Altro modo, ma non a carattere generale, di estinzione della servitù fu costituito dal «mutamento dello stato dei

---

57.2.4. Sulla usucapio libertatis cfr. Gai. D. 8.2.6: *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.). Sul tema: Grosso, *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù per «non usus» e della «usuc. libert.»*, in Fil. 62.4 (1937) 266 ss.; Branca, *Non uso e prescrizione*, in *St. Ferrini Milano* 1 (1947) 169 ss.; Solazzi, *Specie ed estinzione* cit. 159 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 311 ss.

57.2.5. 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.):

luoghi» (*«mutatio praediorum»*), 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 con opportuni interventi ripristinata (a meno che non fosse trascorso il termine del *non usus*), la servitù riprendeva vigore. 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.

57.3. Mezzo processuale fondamentale a tutela delle *servitutes praediorum* fu la *vindicatio servitutis*, cioè l'azione di «rivendicazione della servitù» spettante al proprietario del fondo dominante contro il proprietario del fondo servente, quando questi ponesse ostacoli all'esercizio concreto della servitù. In diritto giustinianeo la *vindicatio servitutis* era anche qualificata *«actio confessoria»* («azione confessoria»), in base alla considerazione che mirava a far riconoscere (confessare) al convenuto la esistenza della servitù. Rispetto ai fondi provinciali e alle servitù costituite sugli stessi, in periodo classico si accordava in via utile un'*actio in rem*, forse 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.

57.3.1. La formula della *vindicatio servitutis* era redatta in modo da invitare il giudice a condannare il convenuto, nel caso che risultasse esistente il tipico *ius praedii* vantato dall'attore.

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: Guarneri Citati, *Note critiche ed esegetiche sulle serv. pred. in dir. rom.*, in *BIDR.* 43 (1935) 19 ss.; Biondi, *Le serv. pred.* cit. 323 ss.

57.3. La *vindicatio servitutis* (cfr. 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) ebbe la sua matrice nella *rei vindicatio* con cui si faceva valere il *mancipium* su *iter, via, actus* e *aquaeductus*. Sul tema: Segrè, *La denominazione di «actio confessoria» per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in *St. Girard* 1 (1912) 511 ss., che per primo dimostrò l'opera dei compilatori nel qualificare la *vindicatio servitutis* come *«actio confessoria»*; Solazzi, *La tutela e il possesso* cit. 1 ss., 5 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 341 ss.; Grosso, *Servitù* cit. 243 ss. — Discussa è l'esistenza in diritto classico di un'*actio prohibitoria* del proprietario del fondo dominante, di cui fa cenno uno scolio di Stefano in B. 16.6.5 (a D. 7.6.5.1). Sul punto: Biondi, cit. *infra* nt. 57.3.2.

57.3.1. Per la *formula* della *vindicatio servitutis* cfr. Lenel, *EP*³ 193 ss. Ivi, particolarmente 193 s., i problemi inerenti alla struttura. La formula esordiva con la seguente *intentio*: *«si paret Aulo Agerio ius esse per fundum Capenatem (Numerii Negidii) eundi agendi (vindicare)»*, e continuava nel modo solito della *vindicatio rei*. — Sulla *rei vindicatio*: retro n. 53.2.

57.3.2. La rivendicazione di servitù spettava al *dominus* del fondo dominante non solo contro il *dominus* del fondo servente, ma anche contro chiunque altro 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 ostacolasse l'esercizio della servitù.

57.4. Il proprietario del fondo, che dal proprietario vicino si sostenesse infondatamente gravato di servitù, poteva, come già sappiamo, contestare la esistenza della servitù mediante una *actio negatoria* (*servitutis*), intesa ad ottenere l'accertamento che il preteso fondo servente era invece «*optimus maximus*».

57.5. La procedura della *vindicatio servitutis* e dell'*actio negatoria*, salva la differente formulazione dei due *iudicia* (una positiva e l'altra negativa), era praticamente la stessa ed era corrispondente, in linea generale, almeno nel diritto classico, alla procedura della *rei vindicatio*. Il convenuto poteva liberarsi delle conseguenze della condanna secondo i principi dei *iudicia* arbitraria, cioè mediante la cd. *restitutio*: la quale consisteva o nel consentire all'attore della *vindicatio servitutis* l'esercizio della servitù vantata, o nell'abbandonare l'esercizio della servitù in caso di vittoria dell'attore dell'*actio negatoria*. Mancando la *restitutio*,

---

57.3.2. Riguardo alla legittimazione attiva e passiva della *vindicatio servitutis*, la regola generale s'incontra in D. 8.5.4.2 (Ulp. 17 *ed.*): *Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti de ceteris servitutibus intenditur*. Ma l'azione poteva essere esperita, secondo alcuni giuristi, tra i quali in special modo Ulpiano, pure dall'usufruttuario (Ulp. 18 *Sab.* D. 7.6.5 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; Buckland, *The protection of «servitudes» in rom. l.*, 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), in *Scr.* 6 (1972) 615 ss. Per la conclusione positiva testimonia chiaramente 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.*

57.4. Sull'*actio negatoria servitutis*: Solazzi, *La tutela e il possesso* cit. 40 ss.; Biondi, *Le servitù* cit. 353 ss.; Grosso, *Servitù* cit. 303 ss. V. *retro* n. 51.4.

57.5. Per la procedura v. *retro* n. 31.2 ss. — Circa l'esistenza nella formula d'una *clausola 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, da: Segrè, *La clausola restitutoria nelle azioni «de servitutibus»*, in *BIDR*. 41 (1933) 17 ss.; Solazzi, *La tutela e il possesso* cit. 36 ss.

si applicava, a termini di *ius vetus*, la condanna in danaro comportata dalla *cognitio ordinaria*: quindi, se il soccombente pagava la somma stimata congrua dal giudice nella valutazione della servitù (*litis aestimatio*), la servitù veniva a costituirsi ove non esistesse, o viceversa veniva ad estinguersi ove esistesse. A termini di *ius novum*, cioè di *cognitio extra ordinem*, classica e postclassica, dato il sopravvenio del principio della *condemnatio in ipsam rem*, la vittoria nelle azioni confessoria e negatoria causava invece la effettiva messa in atto della servitù contestata dal convenuto o, rispettivamente, la eliminazione della servitù negata dall'attore.

57.6. Indipendentemente dalla esistenza effettiva, dal punto di vista giuridico, delle servitù e indipendentemente dalla tutela delle relative azioni, il pretore romano introdusse un numeroso stuolo di *interdicta de servitutibus*, cioè di mezzi interdittali, sopra tutto in materia di passaggio e di acque, allo scopo

---

57.6. Sulla protezione interdittale in materia di servitù prediali: Fabi, *La protezione interdittale delle servitù prediali*, in *AUCA*. 1943; Solazzi, *La tutela e il possesso* cit. 31 ss., e *«Interdictum quasi servitutem?»* (1950), in *Scr.* 5 (1972) 265 ss.; Biondi, *Le servitù prediali* cit. 355 ss.; Grosso, *Servitù* cit. 304 ss.; Musumeci, *L'«interdictum quod vi aut clam» nella tutela delle servitù e dell'usufrutto*, in *Om. Sanfilippo* 7 (1987) 487 ss.; Zuccotti, *Il «locus servitutis» e la sua tutela interdittale*, in *SDHI*. 60 (1994) 159 ss. V. *retro* n. 36.3. — Sugli *interdicta de servitutibus* e sulle condizioni per il loro rilascio 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*). In argomento: Lenel, *EP*.³ § 250-254, con ulteriori ipotesi nell'ambito d'una ampia indicazione di fonti. V. anche *infra* n. 58.7. — Le singole figure furono, più precisamente, le seguenti: *a*) 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 lo esercitasse di fatto; *b*) l'*interdictum «de itinere actuque reficiendo»*, che proibiva di impedire con la violenza la riparazione della *via* o del tracciato dell'*iter* o dell'*actus* fatta nel fondo servente da chi esercitasse di fatto il passaggio da almeno un anno; *c*) 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; *d*) 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; *e*) l'*interdictum «de rivis»*, che proibiva di impedire con la violenza la riparazione e lo spurgo di canali e chiuse a chi già avesse utilizzato di fatto quegli impianti nell'estate precedente; *f*) 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; *g*) 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. — La tutela della *salubritas* in generale fu certo implicata dagli interdetti in materia di acque e di fogne (e fu forse anche intravvista da giuristi come Labeone ed altri), ma sembrano alquanto esili gli indizi, da taluno sostenuti, di questo «ecologismo» avanti lettera degli antichi Romani. Sul punto: Di Porto, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza etc.*, in *BIDR*. 91 (1988) 459 ss., 92-93 (1989-90) 171 ss.

di tutelare, in determinate ipotesi, l'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 classica, considerati veri e propri interdetti possessori e davano luogo ad una *possessio ad interdicta* anomala, cioè a quella che in età postclassica si passò a denominare *possessio iuris*.

58. L'«USUSFRUCTUS».

58.1. L'*ususfructus* («usufrutto») era un rapporto assoluto reale in senso improprio avente ad oggetto una *res* fruttifera (mobile o immobile) e, nel contempo, inconsumabile. In forza di esso l'«usufruttuario» («*usufructuarius*») aveva *erga omnes* il diritto (si badi: temporaneo o, tutt'al più, vitalizio) di usare della cosa (inconsumabile, ma fruttifera) di un altro soggetto e di percepirne i frutti («*ius utendi fruendi*»), purché non ne mutasse la destinazione economica («*salva rerum substantia*»). Tra gli *omnes* tenuti al rispetto della situazione attiva dell'*usufructuarius* vi era in particolare, ed è ovvio, il proprietario stesso della *res aliena* (cd. «*dominus proprietatis*», o «*proprietarius*», o «nudo proprietario»). In sintesi il diritto dell'usufruttuario era perciò definito come «*ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*».

58.1.1. 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*».

58.1. Sull'ususfructus: Masson, *Essai sur la conception de l'usufruit en dr. rom.*, in *RH.* 13 (1934) 1 ss., 161 ss.; Vaucher, *Usufruit et pars dominii etc.* (1940); Grosso, *Usufrutto e figure affini nel dir. rom.*² (1958); Marrone, *La posizione possessoria del nudo proprietario*, in *AUPA.* 1961; Bretone, *La nozione romana di usufrutto* 1 cit., 2 (1967); Wesener, *Zur Frage der Ersitzbarkeit des «ususfructus»*, in *St. Grosso* 1 (1968) 203 ss.; Kaser, *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars* (1971), in *Schr.* 2 (1976) 73 ss.; Wieling, *«Nuda proprietas»*, in *St. Guarino* (1984) 2519 ss. Per le fonti cfr. D. 7.1 (*De usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur*); D. 7.2-4; D. 7.6; D. 7.9; C.I. 3.33; I. 2.4. — La definizione riportata nel testo si legge in D. 7.1.1 (Paul. 3 *Vitell.*) e I. 2.4 pr.

58.1.1. 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. retro n. 55.3.7) 281 ss., cui adde, da ultimo: Sanfilippo, *Servitutes personarum* I² (1960), con un esauriente panorama dei diversi problemi. — Sulle servitutes personarum: retro n. 55.1.2.

58.2. La configurazione dell'*ususfructus* come rapporto assoluto anziché come rapporto relativo (intercorrente cioè tra l'usufruttuario e il nudo proprietario) fu il portato di uno sviluppo storico indirettamente influenzato da quello dei *iura praediorum*. L'istituto si profilò nel *ius civile vetus* durante il 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, d'altra parte, non si volesse nominare eredi testamentari. 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, almeno 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. In un secondo momento neanche questo espediente fu però ritenuto soddisfacente: visto che al beneficiario erano assegnati tutti i frutti della cosa, era giusto che alla custodia e allo sfruttamento della cosa fruttifera (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 scatu-

---

58.2. 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 (v. 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. 3, 23 s. e, inoltre, Bretone, *La nozione* cit. 1.20 ss. Quest'ultimo autore, fondandosi su D. 7.1.68 pr. (Ulp. 17 *Sab.*) e Cic. *de fin.* 1.4.12, considera l'*ususfructus* un istituto già pienamente affermato alla metà del II secolo e, inoltre, respinge l'ipotesi d'una origine anteriore al III secolo, poiché creano un certo ostacolo non soltanto «il problema che ne sta alla base», ma sopra tutto 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» (v. Voci, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il dir. rom.* [1936] 83 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 dal Gallo, cit. e Bretone, in *BIDR.* 66 (1963) 196 ss. — Sul *commodatum* e la *locatio conductio*, in riferimento all'epoca in cui acquistarono rilevanza giuridica, v., rispettivamente, n. 75.3 e n. 79. — Sui *legata* testamentari: retro n. 35.3.

renti: siccome invece (come diremo a suo tempo) ciò non era ancora, la giurisprudenza suggerì la via del lascito al beneficiario del diritto di usare della cosa fruttifera («*uti*») e di appropriarsi dei suoi frutti («*frui*»), con obbligo di puntuale restituzione della cosa stessa alla scadenza del rapporto. Si trattava, in altri termini, di dare all'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* passò a poter essere costituito non solo *inter vivos* dall'erede (gravato a questo fine da *legatum sinendi modo* o da *legatum per damnationem*), ma anche *mortis causa*, direttamente dallo stesso testatore, mediante *legatum per vindicationem*.

58.2.1. Dal momento che, essendosi dapprima riconosciuto ad un soggetto il solo diritto di percepire i frutti di una cosa,

---

58.2.1. Per un'analisi della terminologia «*usus fructus*», ma in connessione con la struttura e gli svolgimenti dell'istituto: 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, sebbene le fonti parlino dell'usufruttuario come di un «*dominus usus fructus*» contrapposto al *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 exstat* [*rell.*]), non mancano critiche a una siffatta concezione. La difende il Pampaloni, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in *BIDR.* 22 (1910) 109 ss., ma va detto che nella costruzione dell'usufrutto quale «*pars rei*» i più scorgono soltanto un residuo di una concezione risalente, secondo cui tale istituto comportò, alle origini, la proprietà dei frutti: ipotesi, questa, suggerita dal Riccobono, *Iv.* (1907-08) 714 ss. e ripresa in séguito dal Biondi, *La categoria* cit. 64 s., dallo stesso Riccobono, *La mia colpa*, in *BIDR.* 49-50 (1948) 30 ss. e dal Kaser, *Geteiltes Eigentum im ält. röm. R.* (1939), in *Schr.* 2 (1976) 73 ss., e *Eigentum und Besitz im ält. röm. R.*² (1956) 19 s., 30, 302 ss. (nonché in numerosi altri luoghi). Il quale ultimo, 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 allo scopo di rendere possibile l'acquisto dei frutti. Sul punto v. anche (in senso adesivo al Kaser): Albanese, *La successione ereditaria in dir. rom. antico*, in *AUPA.* 1949, 257 ss.; Levy, *West rom. vulg. L.* cit. 71 s.; Matrone, *La posizione* cit. 52 s., 34, 113 s.; Ambrosino, «*Usus fructus*» *e* «*communio*», in *SDHI.* 16 (1950) 88 ss. (il quale ipotizza fra usufruttuario e proprietario, alle origini, un rapporto strutturalmente analogo alla «*communio*»: ipotesi accolta 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 vivacemente la sostanza di rapporto relativo dell'usufrutto, delinea l'istituto, in età repubblicana, come una specie di *obligatio*. Preferibile per il rigore della impostazione e la fedeltà alle fonti è la tesi del Grosso, *I problemi dei diritti reali* cit. 18 ss., *Usufrutto*² cit. 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*. Meno convincente l'ipotesi della «proprietà temporanea» formulata da Bretone, *Proprietà e usufrutto in Vat.* 54, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 507 ss., secondo cui nella esegesi di D. 8.5.2.2 (Ulp. 17 *ed.*) si scorge l'intervento di «un lettore abituato a considerare l'*usus fructus* in termini di proprietà». Sul tema anche: Wesener, *Julians Lehre vom «ususfruc-*

si passò poi ad attribuirgli il diritto di usare della cosa produttiva (dal che conseguì 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 cosa oggetto di dominio civilistico), nel senso che si ritenne che potesse sorgere un vero e proprio diritto di proprietà sui frutti di una cosa solo dal momento in cui questi frutti fossero effettivamente percepiti: di modo che sino a quel momento vi era uno stretto inquadramento del diritto dell'usufruttuario entro la sfera del *dominium* del proprietario della cosa fruttifera.

58.2.2. È bene avvertire, peraltro, che i Romani, pur avendo avuto chiara visione, sopra tutto alle origini, del carattere di frazionamento della proprietà nell'ipotesi di usufrutto, non giunsero mai alla conseguenza di ritenere che si potesse avere un usufrutto sulla cosa propria. Essi rimasero fermi nel 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 alcune fonti indubbiamente interpolate.

58.3. L'*usus* della cosa, riconosciuto all'usufruttuario allo scopo di garantire il suo diritto alla percezione dei frutti, essendo esercitato con pieno riconoscimento del *dominium* del proprietario della cosa stessa, non integrava un'ipotesi di *possessio ad interdicta*, ma era solo una manifestazione di *possessio*

---

ius», in ZSS. 81 (1964) 83 ss.; Tafaro, «*Pars rei*» e «*proprium quidquam*», in *Labeo* 18 (1972) 192 ss.; Gallo, «*Usus fructus*» e «*pars dominii*», in *I.* 14 (1963) 567 ss. — Sul principio *fructus servitutis esse non potest*: retro n. 55.4.6.

58.2.2. In ordine all'usufrutto di cosa propria: Solazzi, *L'usufr. di cose propria* (1952), in *Scr.* (1972) 619 ss. — In merito alla distinzione, medievale, tra usufrutto formale e causale ed ai problemi che essa pone: Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)* (1937) 109 s., che esamina analiticamente l'opera dei Commentatori. — Sul principio *nemini res sua servit*: retro n. 55.4.1.

58.3. Contro la *possessio dell'usufructuarius* (*ad interdicta*) sulla res: Gai 2.93-94; Vat. 89 = D. 7.1.12.3 (Ulp. 17 *Sab.*); Vat. 90; D. 10.4.5.1 (Ulp. 24 *ed.*); D. 41.2.3.8 (Paul. 54 *ed.*); D. 41.2.52 pr. (Ven. 1 *int.*); D. 43.26.6.2 (Ulp. 71 *ed.*). Più 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 giusromanistica contemporanea non sono sfuggite alcune testimonianze che attribuiscono la *possessio* all'usufruttuario (testimonianze in gran parte postclassiche): Marrone, *La posizione* cit. 47 ss.; id., *Osservazioni su Vat. Fragm. 90*, in *St. Biondi* 2 (1965) 269 ss.; Nicosia, «*Propter usum fructum possidere?*» etc., in *St. Zingali* 3 (1965) 497 ss., con bibl.

naturalis. L'usufruttuario altri non era, cioè, che un mero «detentore» della cosa fruttifera.

58.3.1. Per quanto riguarda il cd. «nudo proprietario», a lui fu riconosciuto il diritto di disporre ed anche di godere della cosa fruttifera nei limiti in cui non ostacolasse l'utilizzazione della stessa da parte dell'usufruttuario. Al di là di questi limiti il nudo proprietario non poteva spingersi, 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.

58.4. Caratteristiche essenziali dell'*usufructus* furono: *a*) la correlazione con la destinazione economica della cosa; *b*) la correlazione con la persona dell'usufruttuario; *c*) la temporaneità.

58.4.1. La «correlazione con la destinazione economica della *res*», espressa nell'inciso «*salva rerum substantia*» della definizione citata poc'anzi, implicò che l'usufruttuario non potesse

---

58.3.1. Sulla posizione possessoria del nudo proprietario: Marrone, *La posizione* cit., che ha posto in luce come nel corso dell'età repubblicana e, poi, nell'età classica l'usufruttuario detenesse la cosa, ma non in maniera esclusiva: ciò che non impedì il contemporaneo possesso diretto, e non mediato, del *dominus*. Tuttavia, come notano i più (v., per tutti, Levy, *West Rom. vulg. l.* cit. 34 ss.; Grosso, *Usufrutto*² cit. 72 s.), già in età pregiustinianea, a partire dal IV secolo, il concetto classico dell'usufrutto si intorbidò 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*.

58.4. Intorno alle caratteristiche dell'usufrutto: Gallo, cit. *retro* n. 58.2, il quale 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 essenzialmente con l'ipotesi di una originaria configurazione obbligatoria dell'istituto.

58.4.1. Già si è visto (*retro* n. 58.1) 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 era limitato alla *species rei*, vale a dire all'attuale configurazione della *res*, che era, di necessità, inconsumabile (come provano Ulp. 24.26 e I. 2.4.2) e non doveva risultare distrutta, alterata, danneggiata e, tanto meno, addirittura mutata nella destinazione economica. In questo senso: D. 7.1.44 (*Ner. 3 membr.*): *Usufructuarius novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere non potest, quia tametsi meliorem excolendo aedificium domini causam facturus esset, non tamen id iure suo facere potest, aliudque est tueri quod accepisset an novum facere.* — La *cautio usufructuaria* 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. D. 7.9.1 pr.; Ulp. D. 7.9.5 pr.). Sul punto: De Ruggiero, *Sulla «cautio usufructuaria»*, in *St. Scialoja* 1 (1905) 73 ss.; Grosso, *In tema di «c. usufr.»*, in *ATO.* 1936-37; id., *Problemi costruttivi* cit.; id., *I poteri dell'usufruttuario in rapporto alle cave e miniere nel dir. rom.*, in *RIDA.* 2 (1953) 355 ss.; Reichard, *Stipulation und Custodia-Haftung*, in *ZSS.* 107 (1990) 46 ss. — Solo il diritto postclassico consentì all'usufruttuario di effettuare modifiche alla destinazione economica, purché si risolvessero in oggettivi miglioramenti. Cfr. Ulp. D. 7.1.13.4: *Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet [meliorem facere potest]*.

mutare la struttura e la destinazione attuale della cosa, neanche se ne derivasse una valorizzazione della cosa stessa: solo in età postclassica si diffuse (opportunamente) una larga tolleranza nelle ipotesi in cui la cosa fosse stata dall'usufruttuario oggettivamente migliorata. Per essere immesso nell'esercizio effettivo del diritto, l'usufruttuario era quindi tenuto a garantire specificamente, nei riguardi del nudo proprietario, la conservazione della cosa e la sua restituzione alla scadenza: il che egli corroborava di solito mediante la prestazione di una *stipulatio*, detta «*cautio usufructuaria*», con la quale prometteva inoltre di sostenere le spese necessarie per la manutenzione della cosa fruttifera.

58.4.2. La «correlazione con la persona dell'usufruttuario» (solitamente espressa anche col termine ambiguo di «personalità») implicò che l'usufrutto fosse inscindibile dalla persona e dall'attuale situazione giuridica dell'usufruttuario. Originariamente, dato il suo carattere alimentare, l'usufrutto fu anzi strettamente limitato ai soggetti corporali (alle cd. persone fisiche), non ritenendosi concepibile un usufrutto a favore di enti immateriali: limitazione che fu completamente superata solo in periodo classico. Dal principio di personalità conseguiva: *a*) che solo l'usufruttuario poteva godere dell'usufrutto, la cui titolarità egli non poteva dunque trasferire ad altri; *b*) che cause ineluttabili di estinzione dell'usufrutto erano, anche se non fosse ancora scaduto il termine prefissato, la morte e la *capitis deminutio* dell'usufruttuario.

58.4.3. Il principio della «temporaneità» dell'usufrutto importava che esso dovesse essere costituito a termine e che, se non

---

58.4.2. La qualifica di servitus personarum adottata nella compilazione giustinianea (*retro* n. 58.1.1) 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 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'ultima non appare espressamente un modo di estinzione: Cl. 3.33.16.2, a. 530) e come non potesse venir trasferito né con atti *inter vivos* né con atti *mortis causa*. Sul punto: Buckland, *The conception of usufruct in classical law*, in *LQR*. 1927; Kaser, *Geteiltes Eigentum* cit. 460.

58.4.3. Per il requisito della temporaneità cfr. PS. 3.6.33: *Finitur usufructus aut morte aut tempore: morte, cum usufructuarius moritur; tempore, quotiens ad certum tempus usufructus legatur* (ecc.). Per quanto riguarda la soluzione giustinianea di 100 anni, avanzata negli fr. 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 solo da loro la possibilità dell'usufrutto ai *municipia*. Sul punto: Di Marzo, *Sull'usufrutto delle pers. giuridiche*, in *BIDR*. 14 (1903) 122 ss.; Fadda, *Il limite di tempo all'usufrutto delle pers. giur.*, in *AAN*. 1902; Grosso, *Usufrutto*² cit. 134.

costituito a termine, esso (come abbiamo visto or ora) non potesse comunque durare oltre la vita dell'usufruttuario. Nel caso di usufrutto costituito senza termine a favore di un soggetto incorporale (es.: di un *municipium*), si discusse circa la durata del diritto. I giuristi classici risolsero la questione subordinando la estinzione del rapporto all'estinzione dell'ente incorporale, cioè al *non usus* del diritto da parte di quest'ultimo; il diritto postclassico-giustinianeo fissò il termine massimo dell'usufrutto a favore di enti associativi in cento anni (pari alla più tarda età di una persona fisica: «*finis vitae longaevi hominis*»).

58.5. Modi di costituzione *iure civili* dell'*ususfructus* furono, in analogia con i modi di costituzione delle servitù prediali: *a*) la «cessione giudiziale» («*in iure cessio ususfructus*»), non però la *mancipatio*, non essendo l'*ususfructus* mai stato *res mancipi*; *b*) la «deduzione di usufrutto» («*deductio ususfructus*»); *c*) la «aggiudicazione» («*adiudicatio*»); *d*) il «legato di usufrutto» («*legatum* [*per vindicationem*] *ususfructus*»: «*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*: *e*) la «*pactio et stipulatio*»; *f*) la «*quasi traditio*».

58.5.1. È discusso se il diritto classico ammettesse anche l'acquisto dell'usufrutto per usucapione («*usucapio ususfructus*»), che peraltro non risulta vietato da alcuna norma. Il diritto postclassico, comunque, applicò all'usufrutto (in quanto «*servitus personae*») il regime sia della *usucapio* (relativamente alle cose mobili) sia della *praescriptio longi temporis* (relativamente alle cose immobili).

58.5.2. L'*ususfructus* non era trasferibile come diritto, ma poteva ben formare oggetto di *locatio* o addirittura di *venditio*

58.5. In ordine ai modi di costituzione dell'ususfructus cfr. 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.* Da leggere anche Vat. 47-47 a (Paul. 1 man.) e I. 2.4.1. La costituzione dell'ususfructus sui fondi provinciali mediante *pactiones* e *stipulationes* divenne in diritto giustinianeo, con la scomparsa delle forme solenni, modo generale di costituzione, come informa I. 2.4.1 nell'ultima parte. Sul punto: Guarino, *In tema di costituzione dell'«usus fructus»* (1964), in *PDR.* 4 (1995) 78 ss., con bibl.; Grosso, *Riflessioni sulla costituz. delle servitù e dell'usufrutto «pactionibus et stipulationibus»* cit. — Sui modi di costituzione delle servitutes praediorum: retro n. 57.5. — In ordine alla quasi traditio cfr. l'ep. Ulp. D. 6.2.11.1.

58.5.1. In ordine alla longi temporis praescriptio cfr. CI. 7.33.12 (a. 531).

58.5.2. Sulle ipotesi di locatio e venditio ususfructus: 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.

da parte dell'usufruttuario a un *conductor* o ad un *emptor ususfructus*. Tali contratti creavano l'obbligazione dell'usufruttuario di permettere alla controparte il mero «esercizio» del suo diritto: quindi, se veniva a cessare l'usufrutto per scadenza del termine o per morte dell'usufruttuario, avevano fine gli effetti della locazione o della vendita, pure se fosse stato convenuto tra le parti che essi dovessero perdurare per un periodo maggiore.

58.6. Modi di estinzione dell'usufrutto furono: *a*) la «consolidazione» (*«consolidatio»*), cioè la riunione (a mo' di *confusio*) in una sola persona delle situazioni di proprietario e di usufruttuario; *b*) la «rinuncia» (*«remissio»*); *c*) l'«inutilizzazione»

58.6. I modi di estinzione dell'*usus fructus* sono largamente attestati dalle fonti. Sul tema: Grosso, *Usufrutto*^{2} cit. 379 ss. — Cfr. per la *consolidatio* I. 2.4.3 (*...sed et 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 dominium»* per definirne la natura. In argomento: Klose, *Die «confusio» im r. R.* (1955) 13 ss. — 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, liberamente in diritto giustinianeo. Cfr. Gai 2.30: *...ipse usufructuarius 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 usufructus, 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 usufructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno*; Iust. C. 3.34.13 (a. 531): *Sicut usum fructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus deminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censemus, 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 (PS. 3.6.33, già esaminato retro nt. 58.4.3), 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 usufructus, si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restituatur*, o da D. 7.4.5.2 (Ulp. 17 *Sab.*) e D. 7.4.10 pr. ss. (Ulp. 17 *Sab.*). Sul tema: Cuvin, *L'extinction de l'usufruit «rei mutatione»* (t. 1933); Roddi, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giur. ecc.*, in MT. 1936; Grosso, *Usufrutto e mutamenti della cosa*, in *R.D.Co.* 39.2 (1941) 53 ss. — La morte dell'usufruttuario 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*. Ad essa fu equiparata la *capitis deminutio*, che era 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 venne limitata alla *maxima* e alla *media* dalla legislazione giustinianea (cfr. I. 2.4.3: *Finitur autem usus fructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media*). — Sui modi di estinzione delle *servitutes praediorum*: retro n. 57.2.

(«*non usus*»); *d*) la morte e la *capitis deminutio* (in età postclassica esclusa però quella *minima*) dell'*usufructuarius*.

58.6.1. Nel *legatum per vindicationem* costitutivo dell'*usus fructus* (non così nell'*in iure cessio* e nella *mancipatio cum deductione*, che erano *actus legitimi*) si poteva inserire la clausola condizionale della cd. «*repetitio usus fructus*» («ripetizione dell'usufrutto») per l'ipotesi che l'*usufructuarius* 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 usus fructus* fu ammessa anche in caso di morte dell'usufruttuario e a favore degli eredi di quest'ultimo.

58.7. A tutela dell'*usus fructus* il mezzo processuale di base fu la «*vindicatio usus fructus*» («rivendicazione dell'usufrutto», anche detta «*petitio usus fructus*»), spettante all'usufruttuario

---

58.6.1. La regola che vietava la *repetitio* dell'*usus fructus legatus* estintosi per la morte del titolare si trova enunciata in D. 7.4.3 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 del testo non soltanto è in palese contraddizione con il principio generale esposto all'inizio del passo, ma contrasta con la tendenza della giurisprudenza classica, che escludeva la possibilità di elargire 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 sostenuto da: Schulz, *Überlieferungsgeschichte der «responsa» des Cervidius Scaevola*, in *St. Lenel* (1935) 186. Sulla *repetitio legati usus fructus capite deminutione amissi*: Grosso, *Usufrutto*^{2} cit. 321 s.

58.7. 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) aveva per *intentio* le parole: «*si paret A.o A.o ius esse eum N.i N.i utendi fruendi*». Esso si svolgeva in origine nei confronti del proprietario, ma in seguito (già nel corso dell'età classica) fu ammessa contro qualsiasi possessore: cfr. D. 7.6.5.1 (Ulp. 17 *ed.*): *Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. et Iulianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere: nam et si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutem, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.* — Sempre ai pari delle servitù (v. *retro* n. 57.4), l'*actio negatoria* (chiamata in prevalenza «*negativa*», ma dai postclassici: Solazzi, *La tutela e il possesso* cit. 48 ss.; 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 rimmettere, 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 *AUPA.* 1929, essa spettava anche all'usufruttuario (cfr. Marcian. D. 20.1.15.2, ma v. *contra* Marrone, *La posizione* cit. 321 s. nt. 2, ivi bibl.). — Sul ricorso all'*interdictum* «*quem usum fructum*» (sc. *vindicare velis, restituas*»): Lenel, *EP*^{3} 475. — Sul ricorso all'*interdictum quod vi aut clam* (di cui *retro* n. 51.8) v. Musumeci, *L'interdictum q. v. aut c. nella tutela della servitù e dell'usufrutto*, in *St. Sanfilippo* 7 (1987) 487 ss. — *Postilla. Negli ordinamenti giuridici moderni, sopra tutto di stampo romanistico, l'«usufrutto» è largamente riconosciuto, secondo linee corrispondenti a quelle dell'ordinamento romano, anche se praticamente è ridotto a minore diffusione per la concorrenza di più duttili istituti a carattere nettamente obbligatorio. L'usufrutto e l'uso immobiliare hanno, in diritto inglese, struttura analoga a quella del diritto romano, ma sono designati col nome famoso di «profit à prendre». Per il diritto italiano vigente cfr. a. 978-1020 c.c., il quale prevede altresì tutti casi di costituzione per legge.*

in analogia alla revindicazione della servitù. Inoltre fu riconosciuto all'usufruttuario un «*interdictum quem usumfructum*», restitutorio, a tutela della sua situazione di detentore della cosa a fini di usufrutto. Come per le servitù, al proprietario fu attribuita un'«*actio negatoria*» (o «*negativa*» *ususfructus*), da opporre a chi pretendesse di avere un diritto di usufrutto sulla sua cosa.

59. I RAPPORTI AFFINI ALL'«USUSFRUCTUS».

59.1. Rapporti affini all'*ususfructus*, venuti via via e per diverse ragioni a fargli corona, furono: *a*) il *quasi ususfructus*; *b*) l'*usus*; *c*) il *fructus sine usu*; *d*) l'*habitatio*; *e*) le *operae servorum*.

59.2. Il *quasi ususfructus* («quasi usufrutto») acquistò rilevanza autonoma agli albori dell'età classica, in patente deroga all'ovvio principio per cui l'usufrutto non poteva che essere 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.

59.2.1. Sin dall'età preclassica era avvenuto che, per pura inavvertenza, si assegnasse talvolta in legato l'usufrutto di cose consumabili: il che poteva succedere, più precisamente, quando il lascito avesse ad oggetto l'usufrutto di un patrimonio o di una frazione di patrimonio, entro cui era assai facile che rien-

---

59.1. Sui rapporti affini all'usufrutto: Grosso, *Usufrutto*² cit. 415 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*); C. 3.33; D. 7.7 (*De operis servorum*).

59.2. L'evoluzione storica del *quasi ususfructus* fu delineata dal Pampaloni, *Sull'oggetto del quasi usufrutto*, in *BIDR*. 19 (1907) 85 ss., che sostenne la limitazione del *senatus consultum* (*infra* n. 59.2.2) all'*ususfructus pecuniae*, basandosi essenzialmente su Gai. D. 7.5.2.1, ove peraltro si fa cenno delle ragioni oggettive che ne provocarono la introduzione: *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, un'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. 33.2.5 (Paul. 3 *Sab*.); D. 35.2.69 (Pomp. 5 *Sab*.). Sul tema: Crifò, *Studi sul quasi-usufrutto romano* I. *Problemi di datazione* (1977).

59.2.1. In ordine alle limitazioni per i *caelibes* e gli *orbi* contenute nella legislazione augustea: *retro* n. 33.4.3. e 41.7. — Per quanto riguarda i problemi dogmatici che pongono, in generale, le *res consumabili* in rapporto all'usufrutto: Grosso, *Usufrutto*² cit. 415 ss. V. anche *retro* n. 19.5 e 19.5.1.

trassero anche cose consumabili. Questo sistema divenne cosciente e diffuso sul finire del sec. I a. C., allorché intervenne la legislazione matrimoniale di Augusto a limitare la capacità di acquisto del *dominium* a titolo successorio per i *caelibes* 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 consumare la cosa che ne costituisse oggetto: nel caso degli *incapaces ex lege Iulia et Papia*, la giurisprudenza non mancò di rilevarlo e perciò si divise tra chi denunciava questa prassi come *fraus legi* (e sosteneva pertanto la nullità del lascito) e chi, viceversa, era orientato nei suoi confronti verso una certa tolleranza (quindi verso la validità del lascito stesso).

59.2.2. A risolvere la questione nel senso più favorevole agli *incapaces* (quello della validità del negozio) intervenne nel sec. I d. C. un *senatusconsultum* normativo, di proponente ignoto, che riconobbe implicitamente la liceità dell'usufrutto di cose consumabili, stabilendo che il cd. usufruttuario dovesse garantire all'erede, mediante una speciale promessa stipulatoria (*cautio*), la restituzione di altrettante cose della stessa qualità di quelle da lui ricevute e consumate (il «*tantundem eiusdem generis*»). L'istituto ebbe fortuna e fu esteso, in periodo postclassico, anche alle cd. «cose deteriorabili» (in particolare alle vesti), stabilendosi altresì che, anziché essere obbligato alla restituzione dell'esatto *tantundem*, il «quasi usufruttuario» potesse procedere al pagamento del controvalore in danaro della cosa assegnatagli in quasi usufrutto.

59.2.2. Il *senatusconsultum* sul *quasi ususfructus* è, verosimilmente, del I sec. d. C.: Grosso, *Usufrutto*² cit. 411. Appare chiaro dalle fonti che, dopo la statuizione generale, il SC. conteneva una disposizione particolare per quelle cose in ordine alle quali non poteva sussistere usufrutto; questa disposizione 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.*); C.I. 3.33.1 (a. 193); I. 2.4.2. L'applicazione dell'istituto riguardò, innanzi tutto, le 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, a tutte le altre *res incorporales*, come si desume da D. 33.2.1 (Paul. 3 *Sab.*). Infine, il diritto postclassico ricomprese pure le *res «quae usu minuuntur»*, che nell'itp. D. 7.5.1 (Ulp. 18 *Sab.*) sono equiparate alle *res «quae usu consumuntur»*. Sul punto: Grosso, *Usufrutto*² cit. 417 ss.; Sesma, *El usufructo de vestidos en el der. rom.*, in *St. Iglesias* (1988) 1641. 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* cit.; *id.*, *Il suicidio di Cocceio Nerva «pater» etc.*, in *St. Scherillo* 1 (1972) 427 ss.

59.2.3. 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 che vedremo più in là essere stata quella di un mutuatario, ed era obbligato come il mutuatario a restituire il «*tantundem eiusdem generis*». Pertanto, se in qualche caso egli non prestava la *cautio* (per la restituzione del *tantundem* o, più tardi, del controvalore in danaro), non lo si poteva certo convenire in giudizio, dall'erede, con la *rei vindicatio*: occorreva, in queste ipotesi, ricorrere all'*actio certae creditae pecuniae* o alla *condictio certae rei*, cioè alle azioni a tutela del mutuante di danaro o di derrate.

59.3. L'*usus* (*sine fructu*) («uso») di una cosa inconsumabile, fruttifera o anche infruttifera, fu riconosciuto sin dal periodo classico e consistette appunto nel solo diritto assoluto (valevole *erga omnes*) di usare una cosa altrui entro i limiti dei propri bisogni o dei bisogni della propria famiglia.

59.3.1. L'«*usus*», pur essendo in linea di principio *sine fructu*, poteva talvolta anche non essere completamente esente

---

59.2.3. Sul *regime del quasi ususfructus*: Grosso, *Usufrutto*² cit. 416 ss. Cfr.: I. 2.4.2: *...ergo senatus non fecit quidem earum rerum usum fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usum fructum constituit.* — Sul *tantundem eiusdem generis* del mutuatario: *infra* n. 74.4. — Postilla. Per il diritto italiano vigente cfr. c.c. 995 ss.

59.3. Sotto un più [illegible] l'*usus* fu probabilmente limitato, in origine, soltanto alle cose infruttifere. Cfr. D. 7.8.4.1 (Ulp. 17 *Sab.*): *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 amplius Pomponius ait et cum socero habitaturam.* Sul tema: Grosso, *Usufrutto*² cit. 434 ss.; Longo (G.), *Note minime sull'«usus»* (1962), in *Ric. romanistiche* (1966) 501 ss.; Scapini, *«Usus domus» e «habitatio» nel diritto romano*, in *St. Grosso* 5 (1972) 23 ss.

59.3.1. 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: *cuius usus, id est sine fructu*; Ulp. 17 *Sab.* D. 7.8.2 pr., ove si legge: *Cui usus relictus est, uti potest, frui 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 *interpretatio* dei giuristi classici. Così questi stabilirono, ad esempio, che l'usuario non avesse la gestione agraria del fondo (semine, raccolti, piantagioni) né potesse impedire in alcun modo le opere dei campi (Ulp. 17 *Sab.* D. 7.8.10.4; Gai. 2 *r. cott.* D. 7.8.11); ma potesse villeggiarvi e, durante il soggiorno, cogliere, «*ad usum cottidianum*», acqua, legna e i prodotti della terra. A differenza dell'usufrutto, ma al pari delle servitù, l'uso era indivisibile, nel senso che la contitolarità implicava spettanza in solido e non la divisione in quote (cfr. Paul. 3 *Vitell.* D. 7.8.19: *Usus pars legari non potest:*

dalla possibilità di appropriarsi dei frutti della cosa: il che avveniva nell'ipotesi che la cosa fosse fruttifera e i suoi frutti fossero abitualmente percetti, almeno entro certi limiti, ai fini della sua utilizzazione. Ad esempio, l'*usus* di un fondo rustico implicava di solito anche la facoltà dell'usuario di coglierne qualche fiore e qualche frutto per l'ornamento della casa o per l'imbandigione della tavola, e così pure di attingervi acqua sempre per impieghi strettamente domestici. La giurisprudenza classica e quella postclassica favorirono largamente questa interpretazione sollecitante e Giustiniano stabilì, in termini generali, che l'usuario potesse percepire tutti i frutti che occorressero al sostentamento suo e dei suoi familiari (*«quod ad victum sibi suisque sufficiat»*).

59.4. Il *fructus sine usu* («diritto sui frutti senza uso della cosa») fu costruzione prevalentemente scolastica, sebbene con qualche precedente nell'usanza preclassica del legato (*sinendi modo*) di concessione della mera raccolta dei frutti. Esso implicava, come indica la denominazione, il potere del fruttuario di percepire i frutti di una cosa fruttifera senza peraltro utilizzarla.

59.5. L'*habitatio* («diritto di abitazione») era, in età giustinianea, un rapporto assoluto *in re aliena*, in forza del quale il

---

nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus). Rigorosamente vietata era 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*). Solo in diritto giustinianeo si attuò il sostanziale superamento d'una siffatta concezione (e massime della contrapposizione tra *usus* e *fructus*), sì che i poteri dell'usuario risultarono notevolmente allargati, presentandosi in conseguenza snaturato l'istituto, che si accostò ancor più all'usufrutto. Su questi temi: Riccobono, *Sull'usus*, in *St. Scialoja* 1 (1905) 3 ss.; Albertario, *Le valutazioni quantitative nel dir. giustinianeo etc.* (1927), in *St.* 5 (1937) 291 ss.; Pampaloni, *Questioni di dir. giustin. «Fructus sine usu»*, in *RISG.* 49 (1911) 201 ss.; Grosso, *Valutazioni quantitative nel regime giustinianeo*, in *SDHI.* 5 (1939) 533 ss., ed *Usufrutto*² cit. 430 ss.

59.4. Sul *fructus sine usu* cfr. 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 fructuarius, 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* (sic!). Il Pampaloni, *Questioni* etc., non dubita che i giuristi classici configurassero il *fructus sine usu* come un diritto reale autonomo, distinto dall'usufrutto e dall'uso: ma conclusioni storicamente e dogmaticamente più accettabili sono quelle avanzate dal Megini, «*Fructus sine usu*» cit., cui aderisce, in parte, il Grosso, *Usufrutto*² cit. 47 ss., che ha sostenuto in maniera convincente la posizione negativa romana. Sul tema: Crifò, *Lo schema dialettico «uti frui» etc.*, in *St. Macqueron* (1970) 209 ss.; Beduschi, «*Fructus sine usu esse non potest*», in *SDHI.* 30 (1964).

59.5. 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 soggetto attivo («*habitator*») aveva il diritto *erga omnes* di dimorare in una casa altrui ed eventualmente anche di darla in locazione a terzi.

59.5.1. È incerto se l'«*habitatio*», pur essendo stata sicuramente conosciuta in diritto classico, fosse da questo concepita come un vero e proprio rapporto giuridico reale in senso improprio. Dai testi risulta che i giuristi classici non erano concordi sul punto che 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 in chi ammetteva che il legato di *habitatio* fosse costitutivo di un diritto reale non mancava il dubbio 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 invece 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 proclamando l'*habitatio* un diritto *sui generis* (un *ius proprium* con «*natura specialis*») distinto sia dall'uso che dall'usufrutto.

59.6. L'istituto delle *operae servorum* («opere degli schiavi») comportava, in età giustinianea, il diritto assoluto di valersi dell'attività di schiavi altrui. Anche questo istituto ebbe certamente radici classiche, ma è probabilmente da escludere che in

---

di contrasti giurisprudenziali. *Cum antiquitas dubitabat usu fructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumne 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, antiquorum iurgium decidentes compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus. et si quidem habitationem reliquerit, 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 obaudiendum 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.*). Sul tema: Scapini, «*Usus domus*» e «*habitatio*» cit.

59.5.1. Il ricordo della disputa fra i giuristi classici in tema di *legatum habitationis* è ancor vivo in Ulp. D. 7.8.10.2. Sul tema: 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.; Sitzia, *D. 13.6.1.1 e D. 19.5.17 pr. etc.*, in *St. Sanfilippo* 2 (1982) 579 ss.

59.6. 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* periodo classico il rapporto fosse concepito come un rapporto giuridico reale, e in particolare come istituto affine, nel regolamento e nella struttura, all'*ususfructus* e all'*usus*. Soltanto Giustiniano, attraverso interpolazioni e risistemazioni dei testi accolti nei Digesti, avvicinò chiaramente le *operae servorum* all'uso.

59.6.1. Giustiniano, sempre su questa strada, ammise pure che potessero costituire oggetto di diritto assoluto autonomo le «*operae animalium*» («opere degli animali») oltre che degli schiavi.

60. LA «SUPERFICIES».

60.1. La *superficies* («superficie») era 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 lungo periodo di tempo, un edificio, con il diritto di difendere il suo godimento *erga omnes*, ma con l'obbligo

---

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*. Sul tema: Grosso, *Usufrutto*² cit. 304 ss.

59.6.1. Sulle *operae animalium*: Grosso, *Usufrutto*² cit. 376. Si legga spec. D. 7.9.5.3 (Ulp. 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*. — Postilla. Negli ordinamenti giuridici moderni sono largamente conosciuti gli istituti dell'«uso» e dell'«abitazione». Per il diritto italiano vigente cfr. a. 1021-1026 c.c.

60.1. Sulla *superficies*: Pugliese, *La sup. nel dir. giustin.*, in *St. Segrè* (1943) 108 ss.; Vogt, *Das Erbbaurecht des klass. röm. R.* (1950); Solazzi, *La «superficies» nel dir. giustin.* (1954), in *Scr.* 5 (1972) 533 ss.; Pastori, *La sup. nel dir. rom.* (1965); id., *Sup. e negozio costitutivo*, in *St. Biondi* 2 (1965) 381 ss.; id., *Prospettiva storica del diritto di superficie*, in *St. Donatuti* 2 (1973) 871 ss.; Rainer, «*Superficies*» *und Stockwerkseigentum im klass. röm. R.*, in *ZSS.* 106 (1989) 327 ss.; Silveira Marchi, *A propriedade horizontal no direito rom.* (1995). Per le fonti cfr. 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 externa*: in particolare, l'edificio (v. in proposito, Vogt, *Erbbaurecht* cit. 3 s., ma anche le osservazioni del Solazzi, rec. 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. 60.4.

di pagare al proprietario del suolo («*dominus soli*») un canone periodico detto «*solarium*». A questa configurazione dell'istituto come rapporto assoluto, il *ius privatum* giunse peraltro solo in periodo giustinianeo e non senza incertezze e contraddizioni, partendo da una configurazione originaria della fattispecie come rapporto puramente relativo tra *superficiarius* e *dominus soli*.

60.2. Il processo di formazione del *ius in re aliena* fu reso particolarmente difficile dal fatto che nel *ius civile* dell'età preclassica e classica aveva vigore, come già sappiamo, il principio che il soprasuolo accede al suolo («*superficies solo cedit*»), ragion per cui il proprietario di un fondo era proprietario delle opere costruite da lui o da terzi sul suolo di sua proprietà. Se avveniva che taluno costruisse con materiali propri od altrui un edificio (una casa in muratura o, più comunemente, un chiosco) sul suolo in *dominium* di un altro soggetto, sia pure con l'autorizzazione di quest'ultimo, la proprietà della costruzione non gli spettava: al massimo egli poteva goderne come creditore, se (e fino a quando) il godimento gli fosse elargito dal *dominus soli* in base a *commodatum* o in base a *locatio conductio*.

60.2.1. A parziale correzione di questo rigido sistema, sin dall'età preclassica invalse l'uso che gli enti pubblici, a cominciare dallo stato, non potendo o non volendo procedere ad utilizzazione diretta dei loro fondi, operassero «concessioni temporanee di suoli pubblici» a soggetti privati aventi un interesse ad esserne detentori per costruirvi padiglioni o edicole ai fini dell'esercizio dei loro commerci o delle loro industrie: il che era ovviamente subordinato alla corresponsione periodica di una somma di danaro che alimentasse l'erario. A tutela dei concessionari il *ius honorarium* intervenne accordando loro un interdetto proibitorio (l'«*interdictum de loco publico fruendo*»), il qua-

---

60.2. Le vivaci controversie sulla formazione storica del diritto di superficie sono riassunte dal Pastori, *La superficie* cit. 5 ss., 15 ss. — Applicazioni della regola civilistica superficies solo cedit si trovano, ad es., in Gai. D. 43.18.2 (il *dominium* della *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*). V. anche retro n. 49.5.3 e 50.5.3. — Sul commodatum: *infra* n. 75.3. — Sulla *locatio conductio*: *infra* n. 79.2.

60.2.1. Le fonti sulle concessioni pubbliche di suolo superficiario sono indicate in: Pastori, *La superficie* cit. 33 ss. Caso più noto e frequente di concessionari quello degli *argentarii* (su cui *infra* n. 82.5). — Per il solarium v.: 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* (*rei fruendae*).

le li metteva in grado di opporsi ad ogni invasione tentata o consumata da terzi che operassero con violenza e fossero sprovveduti di un titolo prevalente rilasciato del pari dalla comunità concedente.

60.2.2. Nel corso del periodo classico, l'uso delle concessioni superficiarie si estese anche ai rapporti fra privati e molto probabilmente fu utilizzato a questo scopo lo schema tecnico del contratto di *locatio conductio*, di modo che per le concessioni private di superfici edificatorie il concessionario (che solo più tardi si sarebbe qualificato *superficiarius*) fu usualmente indicato col termine di «*conductor*» o «*inquilinus*». Dal suo canto, il *ius honorarium*, e più precisamente il pretore, ritenendo che il concessionario di una *superficies* a titolo di *ius privatum* fosse equiparabile non tanto ad un mero detentore quanto ad un vero e proprio possessore, gli elargì, a tutela di questa sua *quasi possessio*, un interdetto proibitorio (l'«*interdictum de superficiebus*»), mediante cui egli poteva respingere ogni attacco violento che si operasse da altri al suo godimento, sempre che il godimento non fosse stato da lui conseguito, in pregiudizio dell'attaccante, *vi, clam, precario*.

60.2.3. Il punto dubbio è se, in età classica, il pretore si sia anche riservato di concedere al superficiario, subordinatamente ad un accertamento sommario del suo titolo possessorio (cioè previa *causae cognitio*), un'*actio in factum* nei confronti di chi

---

60.2.2. 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'editto sull'*interdictum de superficiebus* (Lenel, EP³ § 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> fruamini, 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: Biondi, *La legittimazione passiva nell'«actio aquae pluviae arcendae»*, in Scr. 1 (1909) 14 ss.; Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1 (1910) 100 ss.; Krüger, *Die prätorischen Servituten* (1911) 85 ss. La critica non ha avuto successo: v. Pastori, *La superficie* cit. 74 ss. Nemmeno convince l'opinione del Vogt, *Das Erbbaurecht* cit. 56 ss., che riferisce l'*interdictum de superficiebus* esclusivamente alle concessioni pubblicistiche.

60.2.3. La classicità dell'*actio in rem superficiaria* (per cui cfr. D. 43.18.1 pr., riportato retro n. 60.2.2) è stata vigorosamente e vivacemente contestata dal Biondi e dal Beseler, già citati, nonché dall'Albertario, *Il pegno della superficie*, in St. 2 (1941) 79. In senso contrario: Lenel, EP³ 476 ss. e, da ultimo, Pastori, *La superficie* cit. 79 ss., 95 ss. 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. Sul tema: Pastori, *Sulla struttura dell'«actio de superficie»*, in St. Biscardi 6 (1987) 375 ss.

gli avesse strappato 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: comunque è certo che in età postclassica essa si generalizzò, dando fondamento stabile alla concezione della *superficies* come rapporto giuridico assoluto in senso improprio avente ad oggetto il soprasuolo altrui.

60.3. Il regime classico dell'istituto fu, per riassumere, fondamentalmente quello di un rapporto giuridico «relativo» intercorrente tra *superficiarius* e *dominus soli* e derivante da una *locatio* del soprasuolo (o *superficies* che dir si voglia) fatta 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 al superficiario sopra tutto nelle ipotesi di *locatio in perpetuum* (cioè di locazione del suolo a tempo indeterminato, purché fosse regolarmente pagato il *solarium*): casi che le fonti classiche denominano anche, talvolta, di «vendita» della *superficies*.

60.4. Quanto al regime postclassico-giustinianeo della *superficies*, esso subì, probabilmente, molte variazioni peraltro non pienamente coerenti tra loro: variazioni che non furono tutte eliminate o superate dalla Compilazione giustinianea. Il più delle volte, la *superficies* figura 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 (sopra tutto trattandosi di concessioni superficiarie perpetue) ha tutte le apparenze di una sottospecie, tipicamente urbana, dell'*emphyteusis*, di cui parleremo tra poco.

60.4.1. Sopra tutto nella configurazione dell'istituto come *servitus in superficie* si palesarono, in età postclassica, i primi (e

---

60.3. 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 cfr. Ulp. D. 43.18.1.1. Si ricordi, a proposito del *ius in agro vectigali*, Gai 3.145, su cui *infra* n. 61.2.

60.4. Sul regime giustinianeo, spec.: Solazzi, *La «superficies» nel diritto giustinianeo* (1945), in *Scr.* 5 (1972) 533 ss.; Maschi, *Fonti giustinianee e fonti bizantine in tema di proprietà superficiaria*, in *Atti VIII Congr. st. bizantini* (1953); Id., *Proprietà divisa per piani, superficie etc.*, in *St. Arangio-Ruiz* 4 (1953) 153 ss.; Sitzia, *Studi sulla superficie in epoca giustinianea* (1979); Pastori, *Le influenze del dir. postclassico nella configurazione del rapporto superficiario*, in *AAC.* 9 (1993) 123 ss.

60.4.1. Sulla proprietà del soprasuolo (o «proprietà superficiaria», o «proprietà per piani») e sui molti e complessi problemi di ricostruzione storica ad essa connessi, specialm. Rainer e Silvestri, Maschi (cit. *retro* nt. 60.1), con bibl. —

vaghi) accenni di una nuova concezione (già intravvista molto alla lontana da qualche giurista classico): concezione per cui, distinta dalla proprietà del suolo, potesse esservi una vera e propria «proprietà del soprasuolo», eventualmente divisa per «piani» sovrapposti. Il rapporto di *servitus praedii* veniva a profilarsi, in tal caso, come un rapporto intercorrente tra l'avente diritto all'edificio sorgente sul soprasuolo (inteso questo come fondo dominante) e il proprietario del suolo sottostante (inteso come fondo servente).

61. L'«EMPHYTEUSIS».

61.1. L'*emphytèusis* («enfitèusi») era, in diritto giustinianeo, un rapporto assoluto reale in senso improprio, in forza del quale un soggetto («*emphytèuta*») poteva godere e disporre nel modo più pieno, in perpetuo o per un lungo periodo di anni, del fondo rustico di proprietà di un altro soggetto (cd. «concedente»), con l'obbligo di pagargli un canone annuo e col rischio di perdita del fondo (cd. «*devolutio fundi*», «devoluzione») in certi casi più gravi di inadempimento. In questa sua configurazione l'istituto implicava la concessione all'enfiteuta di un potere talmente intenso, per cui era persino dubbio se il vero proprietario del fondo fosse l'enfiteuta, anziché il concedente. Tuttavia bisogna avvertire che allo stadio giustinianeo il *ius privatum* pervenne a séguito di un'evoluzione complessa (e discussa) che ebbe i suoi inizi in periodo classico, anzi addirittura in età preclassica.

61.2. L'istituto dell'enfiteusi si ricollegava al precedente preclassico e classico noto come *ius in agro vectigali* («diritto

---

Positiva. *Negli ordinamenti giuridici moderni, causa l'enorme sviluppo delle attività edificatorie, il diritto di superficie ha acquistato dovunque grandissimo rilievo, basato in genere su concessioni perpetue o a lungo termine del proprietario del suolo, esso dà luogo ad un tipo particolare di proprietà, che è la proprietà dei (soli) edifici e la proprietà per piani. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 952-956 c.c. (il principio «superficies solo cedit» vale solo nel raro caso di concessioni ad aedificandum temporanee e non prorogabili a richiesta del concessionario: a. 953-954).*

61.1. Sull'*emphyteusis*: Mitteis, *Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum*, in *ASW.* 1901, con bibl. precedente, e *RPR.* 1.358 ss.; Rostowzew, *Studien zur Geschichte des röm. Kolonates* (1910); Schilling, *Studien aus der röm. Agrargeschichte* (1926); Haije, *Étude sur les locations à long terme et perpétuelles etc.* (1926); Levy, *West rom. vulgar l.* cit. 43 ss., 90 ss.; Burdeau, *L'administration des fonds patrimoniaux et emphytéotiques au Bas-Empire romain*, in *RIDA.* 20 (1973) 285 ss.; Bottiglieri, *La nozione romana di enfit.* (1994). 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.

61.2. Sulle *res universitatis* e sulla loro distinzione dall'*ager publicus* in senso stretto (cioè dall'*ager* delle 35 tribù territoriali della *respublica*): retro n.

su terreno vettigalista»): diritto spettante a coloro che avessero ottenuto in godimento, a titolo analogo (ma non identico) alla *locatio conductio*, terreni rustici appartenenti a *municipia* o *coloniae civium Romanorum* (cd. «*res universitatis*»), impegnandosi in cambio a pagare un canone annuo denominato «*vectigal*». Lo scopo di queste concessioni fu, essenzialmente, quello di far sí che la terra potesse essere sfruttata dai privati in un modo tale che non sarebbe stato agevole agli enti concedenti: qualcosa di simile alle concessioni di vario tipo che dell'*ager publicus* ad essa riservato faceva la *respublica*. Nella giurisprudenza classica era fortemente 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 predestinato (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.

61.2.1. Il «*ius in agro vectigali*», pur se era un diritto di credito, presentava notevoli singolarità. Il pretore, infatti, non solo riconobbe eccezionalmente al vettigalista la *possessio ad interdicta* (peraltro *pro alieno*), ma gli accordò anche (e in più) un'«*actio in rem*», analoga alla *rei vindicatio* del domino civilisti-

---

61.2. — Sul ius in agro vectigali: 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); De Martino, *«Ager privatus vectigalisque»* (1956), in *Dir. econom. e soc. nel mondo rom.* 7 (1995) 695 ss. Per le fonti cfr. D. 6.3 (*Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur*, tit.). — 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.* — Sulla locatio conductio (rei): *infra* n. 79.2-5. — Sulla emptio venditio: *infra* n. 77.

61.2.1. Sull'actio in rem vectigalis, oltre alla letteratura citata *retro* nt. 61.2: Lenel, *EP.*³ § 70. Cfr. 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* (trib.). 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. 36.2.

co e all'*actio in rem* del cd. «proprietario provinciale» (cioè di colui che avesse la *possessio vel usufructus* dell'*ager tributarius vel stipendiarius*): elargizione forse però limitata alle sole concessioni *in perpetuum*. In tal modo la situazione del titolare del *ius in agro vectigali* venne ad accostarsi, nel *ius vetus* dell'età classica, a quella del titolare di un *ius in re aliena*.

61.3. A termini del *ius novum* postclassico, il sistema della concessione di fondi pubblici a privati coltivatori (sistema originariamente caratteristico, come abbiamo detto, delle comunità municipali e coloniarie) fu adottato su larga scala anche dallo stato, in relazione a quei *fundi provinciales* che esso non intendeva concedere più ai privati a titolo esclusivo e irrevocabile di «*possessio vel usufructus*» (che ormai sarebbe stato quanto dire «proprietà») ma preferiva trattenere senza equivoci sotto il suo dominio. I terreni statali interessati si distinguevano, più precisamente, in due categorie: *a*) i «*fundi rei privatae*», di pertinenza del *fiscus Caesaris* (che aveva ormai completamente assorbito l'*aerarium populi Romani*); *b*) 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 esattamente inquadrate

---

61.3. Sulla complessa evoluzione postclassica: Kaser, *RPR.* 2.305 ss. Al riguardo è da tener presente che lo stato romano, che si considerava proprietario diretto dei territori provinciali, non era mai stato incline alle concessioni in *possessio vel usufructus*, preferendo limitarle a piccoli appezzamenti di terreno a coltura intensiva, sopra tutto giardini e frutteti. In ordine alle vaste estensioni di terreno coltivabili a grano o destinate a pastorizia (utili sopra tutto per le prime, le quali costituivano la fonte massima di ricchezza per lo stato romano, particolarmente con riguardo a quelle situate in Egitto), lo stato 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, divenne poco ambita e lo stato dovette giungere sino all'assurdo di rendere coattiva la concessione dei terreni stessi e di costringere i cittadini di determinati villaggi a non abbandonare la propria casa ed a coltivare i terreni in essa siti, malgrado le pessime condizioni di vita: sistema che si disse dell'[illegible] [illegible]. 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 agraria 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. 53.3. — In ordine agli istituti denominati *res privata principis* e *patrimonium principis*, va segnalato che i concetti variarono col tempo e che quelli cui si riferiscono attengono all'impero postclassico. Sul punto: Guarino, *SDR.* n. 250; Gilberti, *Studi sulla massima «Caesar omnia habet»* (1996).

nello schema formale del *ius in agro vectigali*. E a questo proposito bisogna distinguere il sistema prevalente nel sec. IV da quello prevalente nel successivo sec. V d. C.

61.3.1. Nel sec. IV d. C. si distingueva, generalmente, tra «*ius perpetuum*», relativo ai *fundi rei privatae*, e «*ius emphyteuticarium*», relativo ai *fundi patrimoniales*, ricalcato quest'ultimo sul modello greco della ἐμφύτευσις. Sia il concessionario del *ius perpetuum* che quello del *ius emphyteuticarium* erano tenuti al pagamento di un canone periodico, 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 la proprietà, dal punto di vista economico, si staccasse man mano dal concedente per passare, nei suoi aspetti positivi, tutta a vantaggio del concessionario; il *ius emphyteuticarium*, invece, almeno sul piano formale, implicava che fosse perennemente e opportunamente riveduto il rapporto tra concedente e concessionario al fine del mantenimento dell'equilibrio economico tra i due.

61.3.2. Nel sec. V d. C. i due cennati istituti finirono tuttavia per fondersi in un istituto unitario, il quale assunse la denominazione prevalente di «*ius emphyteuticarium*». L'istituto composito: *a*) mantenne le peculiarità del *ius perpetuum*, cioè la perpetuità e la invariabilità del canone, ma conservò dell'antico *ius emphyteuticarium* (in senso stretto) la caratteristica della possibilità da parte del concedente di reagire alla cattiva ammi-

---

61.3.1. Sul *ius emphyteuticarium* (distinto dal *ius perpetuum*) cfr.: CI. 11.62(61).1 (a. 315); CTh. 11.16.2 (a. 323); CTh. 2.25.1 = CI. 3.38.11 (a. 334?). V. anche: Gaudemet, *Note sur une constitution de Valentinien I relative à l'inaccessibilité des fonds emphytéotiques*, in St. Wieacker (1978) 66 ss.

61.3.2. La costituzione di Zenone sul *contractus emphyteuticarius* si legge in CI. 4.66.1 (a. 476-484). Cfr. 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 naturalis esset contractus, sin 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.* — Sui *potentiores* v. principalmente: Guarino, SDR. n. 244. — In tema di [illegible]: [illegible], «*Misthopratai*» ed «*exteriores*», in AUPA. 40 (1988) 37 ss.

nistrazione del fondo revocando la concessione; *b*) concedente del diritto non fu più soltanto il *princeps*, ma lo furono anche gli esponenti di grandi famiglie, i cd. «*potentiores*», i quali erano divenuti frattanto, attraverso usurpazioni e concessioni di favore dell'imperatore, latifondisti, cioè praticamente proprietari di vastissime estensioni terriere che non sarebbero stati in grado di amministrare direttamente. Pertanto l'*emphyteusis* si affermò, nel corso del V ed agli albori del VI sec. d. C., come un istituto della massima importanza, in ordine al quale si riprodusse la discussione, già profilatasi in tema di *ius in agro vectigali*, se si trattasse di una concessione a titolo locatizio oppure di una concessione di proprietà. Il dubbio fu autoritativamente eliminato (verso il 480 d. C.) da una costituzione dell'imperatore Zenone, che parlò di μισθοπρασία, cioè di «locazione mista a vendita», con la conseguenza che ogni rischio (*periculum*) relativo al fondo fosse ripartito, salvo patto contrario, in questo modo: se il fondo era sconvolto irreversibilmente per effetto di forza maggiore, pregiudicato doveva considerarsi il concedente, di modo che il concessionario non era più tenuto al pagamento del canone; se il fondo, viceversa, era danneggiato solo temporaneamente e i danni erano riparabili, gli effetti del danneggiamento dovevano essere subiti dal concessionario, il quale era perciò tuttora tenuto al pagamento del canone.

61.4. Il diritto giustinianeo recepì il *ius emphyteuticarium*, ma cercò di raccordarlo con l'antico *ius in agro vectigali*, di cui imponenti tracce rimanevano nelle opere della giurisprudenza classica. Le caratteristiche dell'istituto vennero ad essere, per effetto di questa ricucitura, le seguenti.

61.4.1. Sull'enfiteuta incombeva l'obbligo di pagare al concedente il «canone» («*canon*» o «*vectigal*») stabilito, nonché (di regola) l'obbligo di pagare direttamente allo stato l'imposta fondiaria. A prescindere da ciò, l'enfiteuta non era tenuto ad altro: in

---

61.4. Il regime giustinianeo dell'*emphyteusis* risulta, oltre che dal citato I. 3.24.3, da C.I. 4.66 («*de emphyteutico iure*») e dai testi interpolati di D. 6.3, cit. retro n. 61.2. Nel diritto giustinianeo, dunque, «*ius emphyteuticarium*» era sinonimo di «*ius in agro vectigali*». — *Dominium utile* denominarono i postglossatori la situazione giuridica dell'enfiteuta (e anche del superficiario) nel diritto giustinianeo, contrapponendola al «*dominium directum*» del concedente. Questa distinzione scolastica ebbe grande fortuna nel medioevo, sin quando fu vivacemente avversata dagli esponenti della Scuola culta (uno dei quali, il Vulteius, giunse ad affermare: «*distinctio illa ... iurisprudentiae sinceriori non est consentanea, sed promanavit ex faecibus posteriorum saeculorum*»). Sul punto: Grossi, *La categoria del dominio utile e gli «homines novi» del Quadrivio cinquecentesco*, in QF. 19 (1990) 409 ss.

61.4.1. Le *meliorationes* (ἐμπονήματα) del fondo potevano essere liberamente alienate, purché se ne offrisse l'opzione al *dominus fundi*: C.I. 4.66.3 (a. 530), su cui *infra* n. 61.4.2.

particolare non era tenuto (salvo diverso e specifico patto in proposito) a migliorare il fondo, o anche solo a coltivarlo, sempre però che non lo deteriorasse.

61.4.2. L'*emphyteusis* era trasmissibile agli eredi dell'enfiteuta e poteva essere anche alienata dall'enfiteuta a persona patrimonialmente solvibile, purché l'enfiteuta curasse di denunciare prima al concedente l'alienazione. Al concedente, infatti, si riconosceva un «diritto di opzione» (cd. «*ius protiméseos*»), per cui, offrendo pari condizioni, egli doveva essere preferito nel riscatto del fondo. Se il concedente non esercitava il potere di opzione, egli aveva diritto a ricevere preventivamente dall'enfiteuta il cd. «laudemio» («*laudémium*»), cioè un due per cento del prezzo di vendita, o del valore di stima dell'enfiteusi se trasferita a titolo gratuito.

61.4.3. Il concedente poteva, con la cd. «devoluzione» (da *devolvi*, decadere), far valere la estinzione del rapporto nell'ipotesi che l'enfiteuta per tre anni consecutivi (ridotti a due anni, nei casi di enfiteusi concessa da enti ecclesiastici) non avesse pagato il canone dovuto o le imposte gravanti sul fondo.

62. I RAPPORTI ASSOLUTI DI GARANZIA.

62.1. Il fine di offrire ai creditori una garanzia reale dei loro crediti (cioè una garanzia risolventesi nel diritto, in caso di

---

61.4.2. Sul cd. *ius protimeseos* (da προτίμησις, preferenza) cfr. CI. 4.66.3.1 (a. 530), costituzione assai confusa forse rimaneggiata da Giustiniano in occasione del *Codex repetitae praelectionis*. Sul tema: Pelta, *Sul diritto di prelazione tra il I e il IV secolo*, in *Index* 12 (1983-84) 526 ss. — Sul cd. *laudemium* (che è termine proprio del latino medievale, riferito al sistema feudale): CI. 4.66.3.4-5. Sull'istituto: Silveira, *O latim «laudemium»*, in *Humanitas* (1948-49) 3 ss.

61.4.3. 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 rendere operante l'effetto estintivo sulla base della causa indicata nel testo. Il concedente poteva far valere la estinzione del rapporto di enfiteusi (e rivendicare a sé stesso la proprietà del fondo) anche quando l'enfiteuta non avesse pagato tempestivamente il laudemio, quando avesse gravemente deteriorato il fondo, o infine quando avesse omesso di notificargli preventivamente la imminente alienazione del fondo ad un terzo, impedendogli l'esercizio del diritto di opzione. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni l'enfiteusi ed ogni istituto analogo (che hanno avuto moltissima fortuna nell'età intermedia) sono in netto declino e avviati verso la totale estinzione. Il diritto italiano vigente, dopo un tentativo di rivitalizzazione dell'istituto operato con gli a. 957-977 cc., si è anch'esso orientato (con leggi del 1966 e 1970) nel senso di favorire non tanto la «devoluzione» da parte del concedente, quanto l'«affrancazione» del fondo, pagando un certo controvalore in denaro, da parte dell'enfiteuta.*

62.1. Sulle garanzie reali delle obbligazioni: Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen* 1. *Geschichte der römischen Hypothek* (1904); id., sv. «*Hypotheca*» e sv. «*Pignus*», in *PW.*; Weiss, *Pfandrechtliche Untersuchungen* 2 voll. (1909-10);

inadempimento del debitore, di soddisfarsi direttamente sui beni, sulle «res», di lui 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*».

62.2. È da premettere che in età preclassica e ancora (ma sempre più raramente) in età classica la funzione di garanzia reale delle obbligazioni era anche attuata mediante un istituto tipicamente romano denominato usualmente *fiducia* («fiducia»), ma che andrebbe qualificato, più appropriatamente, «*dominium fiduciarium*» («proprietà fiduciaria»). La garanzia derivava infatti dalla fattispecie negoziale della «*fiducia cum creditore*» e consisteva in ciò: che il garante (debitore o terzo che fosse) trasferiva al creditore (mediante *mancipatio* o *in iure cessio*) il *dominium ex iure Quiritium* di una sua *res mancipi*, con l'espresso «patto fiduciario» (basato cioè sull'affidamento reciproco) che la cosa gli sarebbe stata ritrasferita in caso di adem-

---

Frezza, *Le garanzie reali* (1963); Kunkel, *Hypothesen zur Gesch. des röm. Pfandrechts*, in ZSS. 90 (1973) 150 ss.; Biscardi, *Appunti sulle garanzie reali in dir. rom.* (1976); Kaser, *Studien zum röm. Pfandrecht* (1982); Ankum, *Le droit romain classique a-t-il connu un droit de «pignus» relatif?*, in F. 53 (1985) 275 ss. V. anche: Impallomeni, *La surroga del sovventore nel privilegio, nel pegno, ecc.*, in SC. 8 (1996) 35 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 od interpolate (così, ad es.: Ebrard, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam* [1917]), il *pignus* è certamente più antico. Erman, *Pignus hypothecave*, in *Mél. Girard* 1 (1912); Biscardi, *Die mehrfache Verpfändung einer Sache etc.*, in ZSS. 86 (1969) 146 ss.; Kaser, *Über mehrfache Verpfändung im röm. R.* (1968), in *Schr.* 2 (1976) 25 ss. — Il vincolamento di un oggetto alla garanzia faceva parlare spesso di «*res obligata*» (*pignori, hypothecae* ecc.). Sul tema: Biscardi, *La dottrina romana dell'«obligatio rei»* (1991), di cui non condividiamo peraltro la tesi che in questi e in altri casi analoghi i Romani parlassero di obligatio in senso tecnico. V. *infra* nn. 63.1.

62.2. Sulla *fiducia*: *infra* n. 74.5, con bibl. — Sulla *usureceptio* cfr. 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; et 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 poco convincentemente l'integrazione «*anno scilicet si mobilis sit, biennio soli si sit*». Come risulta dal testo di Gaio, vi erano creditori più guardinghi (o più esosi) che non lasciavano il possesso della res fiduciata al debitore, oppure si salvaguardavano dall'eventualità della *usureceptio*, concedendo al debitore la cosa a titolo di locazione (dunque, in detenzione) o a titolo di possesso precario (revocabile ad nutum). — Sulla *usucapio* ordinaria: *retro* n. 58.9 e 54.4.

pimento, mentre in caso di inadempimento sarebbe rimasta per sempre al creditore insoddisfatto: generalmente il garante rimaneva comunque in possesso del bene (specie trattandosi di un fondo) allo scopo di farlo produrre. Proprio perché il *dominium* del garantito sulla *res* fiduciata aveva questa particolarità a tutti nota (o comunque resa conoscibile mediante adeguati mezzi di prova), si ammise che, ove il debitore avesse adempiuto e estinto l'obbligazione e il garantito non tenesse fede al *pactum fiduciae* di ritrasferimento, il garante, purché fosse rimasto in possesso della *res* fiduciata, avesse diritto di riacquistarne il *dominium* mediante «*usureceptio*», cioè mediante una usucapione di favore (una cd. «*usucapio lucrativa*») per la realizzazione della quale bastava (anche per le *res immobiles*) il decorso di un solo anno.

62.3. Anche se opportunamente corretto dall'*usureceptio*, l'istituto della *fiducia*, facendo venire meno la proprietà sulla cosa data in garanzia, costituiva un sacrificio (ed un rischio) davvero eccessivo per il garante, cioè per il fiduciante. Appunto perciò il *ius honorarium* preclassico accordò tutela giuridica ad un altro tipo di garanzia reale, già da tempo diffuso nella prassi e denominato ellitticamente col termine di *pignus* («pegno», cioè cosa vincolata a garanzia). Si trattava, più esattamente, di un rapporto giuridico assoluto improprio, in forza del quale al creditore era riservata la *possessio ad interdicta* di una *res* del debitore o di un terzo garante («*pignus*» o «*res pignoris*») con diritto, in caso di inadempimento, di alienare la cosa e di soddisfarsi sul ricavato: diritto che egli derivava appunto dai mezzi giurisdizionali apprestati a tutela di lui dal *ius honorarium*.

62.3.1. Nel corso del periodo classico, il sistema del *pignus*, senza escludere quello del *dominium* fiduciario (comprensibil-

---

62.3. Un esame completo e approfondito della vasta terminologia del *pignus* si trova in Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen* cit. V. anche *infra* n. 75.2. Per le fonti cfr.: 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 (*De pignoribus*). — Per la derivazione da una prassi molto antica dell'istituto del pegno v.: La Rosa (F.), *Ricerche sulle origini del pegno*, in *Ann. Catania* 3 (1949) 59 ss.

62.3.1. L'abolizione della *fiducia* implicò, da parte di Giustiniano, numerosi interventi interpolazionistici su testi classici relativi a questo istituto, testi in cui la parola «*fiducia*» e il riferimento alla stessa furono sostituiti dalla menzione del pegno e dal riferimento ad esso. Ma siccome i giuristi classici trattavano dei due istituti, seguendo le tracce dell'editto pretorio (cfr. Lenel, *EP*³ § 99 e 107), in due luoghi separati, è avvenuto che dai Digesti si trae, consultando i frammenti classici, la falsa impressione che i giuristi classici si occupassero in due luoghi separati dello stesso istituto del pegno.

mente preferito da certi *creditores*), assunse una schiacciante prevalenza. In età postclassica, la *fiducia* praticamente scomparve, via via che decaddero *mancipatio* e *in iure cessio* e che, dal suo canto, 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*.

62.4. Il *pignus* si distingueva in *datum* e *conventum* sulla base di due distinti negozi costitutivi del rapporto: la *datio pignoris* e la *conventio pignoris*. Ma occorre subito precisare che, accanto alla forma normale del «pegno volontario» (cioè concesso volontariamente 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.

62.4.1. Il «*pignus datum*» («pegno consegnato»), che fu il primo ad affermarsi, era quello basato su una «*datio pignoris*», cioè su una effettiva «dazione della cosa oppignorata» (*pignus*) 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*, cioè di avvenuto soddisfacimento dei diritti del creditore, mentre poteva essere alienata (per soddisfare il creditore sul ricavato) nel caso opposto.

62.4.2. Il «*pignus conventum*» («pegno convenzionato»), anche detto alla greca «*hypotheca*» («ipoteca»), derivava, nella sua

---

62.4. *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. Cfr. Gai. D. 50.16.238.2 (*infra* n. 75.2) e I. 4.6.7: *Pignoris appellatione 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.* Cfr. anche (sebbene radicale e semplicistico) Marcian. D. 20.1.5.1: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.*

62.4.1. Sulla *datio pignoris*, in quanto determinativa di *obligatio*: *infra* n. 75.2. — Sulla *satisfactio*: *infra* n. 67.3.1.

62.4.2. Sull'*hypotheca* cfr. soprattutto 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 (v. *Ebrard*, *Die Digestenfragmente* cit.) che ne esclude radicalmente la classicità: v., infatti, Erman, *Pignus hypothecave* cit. — Sull'ὑποθήκη greca: Pappulias, *Das Pfandrecht nach dem griech. und röm. R.* 1 (1909), con bibl. — Sulle applicazioni struttura tipica, da una «*conventio pignoris*», cioè da un «accordo di oppignorazione» 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 avrebbe ottenuto il possesso solo in caso di inadempimento, sí da poterla poi alienare a soddisfazione del proprio credito. L'ipotesi originaria di applicazione di questo schema (che permetteva al garante il vantaggio di utilizzare egli stesso la *res* fino al momento dell'inadempimento) fu costituita da un patto che solitamente interveniva tra locatore e conduttore di un fondo rustico: a garanzia del pagamento del canone, l'affittuario (*inquilinus*) si impegnava a non asportare dal fondo ed a tenere a disposizione del locatore, per l'ipotesi di inadempimento, gli oggetti, attrezzi ed animali, che avesse introdotto sul fondo per la coltivazione dello stesso («*invecta et illata*»).

62.4.3. Le ipotesi più sicure di «pegno (necessario) giurisdizionale», cioè basato su un provvedimento giurisdizionale, furono, a prescindere dal modello antico della «*pignoris capio*»: *a*) quella della «*missio in possessionem*», che era disposta dal pretore per costringere a determinati adempimenti una persona riottosa; *b*) quella del «*pignus ex causa iudicati captum*» della procedura *extra ordinem*, che era disposto dal giudicante ed eseguito dai suoi ufficiali giudiziari (*apparitores*) a garanzia dell'esecuzione della sentenza da parte del soccombente. Non in tutti i casi ora indicati il creditore conseguiva però la *possessio* piena (cioè *ad interdicta*).

---

originarie dell'istituto, oltre alla bibl. cit. retro nt. 62.1: Sargenti, *Il «de agricultura» di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in SDHI. 22 (1956) 158 ss. Cfr. ad es. Gai. D. 20.4.11 pr.-4. — La forma della *conventio pignoris* fu sempre libera, anche se ovviamente si preferì che essa fosse riversata *ad probationem* in una *scriptura*. Cfr. Gai. D. 20.1.4: *...nec ad rem pertinet quibus fit verbis, sicuti est 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*. V. ancora *infra* n. 82.2. — La cd. *perclusio locatoris*, cioè il diritto del locatore di trattenere a propria garanzia gli *invecta et illata* del locatario, fu intesa progressivamente, tra periodo classico e periodo postclassico, come un «*naturale negotii*» (come un patto tacito, salvo esplicita esclusione dalla *conventio pignoris*) e fu estesa anche alle locazioni di immobili urbani. Su di essa, per tutti: Murga, *La «p. l.», una forma extra litigiosa de ejecución*, in Om. Hernandez-Tejero 2 (1994) 379 ss., con bibl. V. anche *infra* n. 62.9.2.

62.4.3. Sulla *pignoris capio*: retro n. 8.7. — Sulla *missio in possessionem*: retro n. 17.5. — Sul *pignus ex causa iudicati captum*: retro n. 17.6.5. — Non sembra classico il cd. *pignus praetorium* in tema di *missio in possessionem*: Solazzi, *Il concorso dei creditori in dir. rom.* 1 (1937) 208 ss., e *Il «pignus praetorium» in D. 41.4.12* (1936), in Scr. 6 (1972) 710 ss.; Lepri, *Note sulla natura giur. della «missio in possessionem»* (1939) 3 ss.; Wagner, *Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im röm. R. etc.* (1974).

62.4.4. 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 si riversavano non era quello del *pignus datum*, ma era solitamente quello dell'*hypotheca* (con l'oggetto che rimaneva nelle mani del garante), 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*.

62.5. **Oggetto del *pignus*** poteva essere, a rigore, solo una *res corporalis* che fosse suscettibile di alienazione, quindi di

---

62.4.4. Sul *pignus tacitum* (terminologia di classicità contestata): Schulin, *Zum «pignus tacitum»*, in *Labeo* 15 (1969) 267 ss.; Cerami, *La «lex in vacuis vendendis» e la genesi dell'ipoteca legale del «fiscus»*, in *AUPA*. 36 (1967) 89 ss. Le applicazioni 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). — Quanto alle principali fattispecie di pegno legale, eccone una parziale elencazione. Fattispecie di «*pignus speciale*» furono, ad esempio: quella del pegno riservato al locatore di un immobile urbano sui mobili portati in casa dall'inquilino (denominati anch'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 acquistato con suo denaro; 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 imposte; 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.

62.5. Sull'oggetto del *pignus* cfr. 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*. Sul tema: Albertario, *Il pegno della superficie*, in *St.* 2 (1941); Meyer-Maly, *Die Verpfändbarkeit von Grunddienstbarkeiten*, in *Om. Feenstra* (1985) 173 ss. — Sul *subpignus*: Wubbe, *Eine Lehre vom «subpignus» im CIC.?*, in *T.* 26 (1958) 133 ss. — Sul *pignus servi*: D'Ors, *La manumisión del esclavo hipotecado en der. rom.*, in *AHDE*. 46 (1976) 347 ss. — Sul *pignus nominis*: Kaser, *Zum «p. nom.»*, in *St. Macqueron* (1970) 399 ss.; Rüdiger, *Die Forderungsverpfändung etc.* (1999). — Sul *pignus* di *res aliena*: Wubbe, *«Res aliena pignori data»* (1960). — Sul *pignus* di cose collettive: Mentxaka, *La pignoración de colectividades en der. rom. clas.* (1986); Wagner, *Zu einigen Grundfragen der Verpfändung von Sachmehrheiten*, in *BIDR*. 89 (1986) 491 ss. — Sul *pignus fructuum*: Romano, *Appunti sul pegno di frutti nel dir. rom.* (1935); De Robertis, *Sul problema dell'estensibilità del pegno ai prodotti della cosa nel dir. rom.*, in *AUBA*. 1948. — Sul *pignus* di cose future: Casoddisfacimento (attraverso l'alienazione a terzi) per il creditore che non avesse ottenuto l'adempimento o comunque la *satisfactio*. Ma già 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 diritti reali di godimento (servitú rustiche, usufrutto, superficie, enfiteusi), anche i crediti verso terzi (cd. «*pignus nominis*»), anche i diritti scaturenti da un *pignus* ottenuto da altri (cd. «*subpignus*», o «*pignus pignori datum*»), e ancora le cose future, i frutti non ancora venuti ad esistenza, le quote di una *communio*.

62.5.1. 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, nell'ipotesi che si fossero costituiti in *pignus* oggetti privi di siffatte qualificazioni, si ammise con una certa larghezza, sopra tutto in diritto postclassico, la possibilità della «convalidazione» successiva del pegno nato invalido.

62.6. Quanto ai soggetti attivi del pegno e dell'ipoteca, tra i due istituti vi fu differenza in questo senso: che 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 al diritto garantito).

---

caterra, *Il pegno delle c. f.* in AUPA. 1940; Löffelmann, *Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen* (1996). — Sulla cd. aestimatio possessionis: Lucke, «A. p.» etc. (1991).

62.5.1. Sulla convalida del pignus: Tondo, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi* (1959); Schanbacher, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten etc.* (1987).

62.6. La qualità di creditore nella persona garantita non era, probabilmente, richiesta in età arcaica: Erbe, *Fiducia* cit. 37 ss., con altra bibl. — Sulla accessorietà del *pignus*: Carrelli, *Sull'accessorietà del pegno* (1934), rist. con nota di lettura di Wołodkiewicz (1980). Cfr. 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 a garanzia dell'obligatio altrui. Cfr. Marcian. D. 20.1.5.2: *Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena.*

62.6.1. Se più persone erano titolari dei diritti nascenti dalla *conventio pignoris*, i rapporti tra le stesse erano regolati dal principio «*prior tempore potior iure*» («primo nel tempo prevalente nel diritto»): il che significava che aveva titolo al soddisfacimento, con preferenza rispetto agli altri (cd. «*privilegium exigendi*»), colui il quale avesse ottenuto prima degli altri la costituzione a suo favore della *hypotheca*. Tuttavia il creditore al quale fosse stata concessa un'ipoteca posteriore aveva un «*ius offerendi*» («diritto di offerta»), vale a dire il diritto di essere surrogato nella posizione del creditore munito di ipoteca anteriore, se ed in quanto offrisse a quest'ultimo di rimborsarlo dell'importo della obbligazione e quest'ultimo accettasse.

62.6.2. In età postclassica vennero stabilite alcune eccezioni ai principi ora detti sulla contitolarità del *pignus conventum*. Una prima 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 scrittura privata, 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.

62.6.1. Sul tema della pluralità dei creditori pignoratizi e del loro eventuale conflitto: Biscardi, *Il dogma della collisione alla luce del dir. rom.* (1935) 58 ss.; Id., *Ancora in tema di collis.*, in *SDHI.* 4 (1938) 488 ss.; Miquel, *El rango hipotecario en el der. clás.*, in *AHDE.* 29 (1959) 229 ss.; Tondo, *Convalida* cit.; Sirks, *La pluralité des créanciers hypothécaires sous rang en dr. rom. class.*, in *BIDR.* 89 (1986) 305 ss.; Wieling, «*Privilegium exigendi*», in *T.* 56 (1988) 279 ss. Cfr. D. 20.4, C.I. 8.18-19. — Sul principio *prior tempore potior iure* cfr. Antonin., a. 213, C.I. 8.17.3. — In partic., sul *ius offerendi* cfr.: D. 20.4.11.4; D. 20.5.5 pr.

62.6.2. Sui *crediti privilegiati* nel diritto postclassico cfr.: C.I. 5.13.1 b; D. 20.4.3.1; D. 20.4.5-7; C.I. 8.17(18).7; Nov. 97.3. — Di fronte ai crediti assistiti da privilegio o da ipoteca, i crediti non protetti da garanzia reale furono denominati, sopra tutto in periodo postclassico, *crediti chirografari* («*nomina chirographaria*») perché si limitavano al semplice *chirographum* di costituzione (sul quale v. *infra* n. 73.4). — Sul *pignus publicum* cfr. C.I. 8.17.11.1 (Leo, a. 472): *Si autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his continetur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris* (= sottoscrizioni autografe) *continentur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.* V. anche infra n. 72.5.

62.7. Il diritto del creditore pignoratizio si scindeva, più esattamente, in due poteri: *a*) il *ius possidendi*; *b*) il *ius distrahendi*. Carattere del tutto eccezionale aveva un terzo potere giuridico: *c*) il cd. *ius retentionis*.

62.7.1. Il «*ius possidendi*» («diritto di possedere») 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*» della cosa (da parte del garante o di 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 la *res pignerata* si commetteva *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*» («anticresi»), in forza del quale i frutti della *res* erano assegnati al creditore a titolo di interessi.

62.7.2. Il «*ius distrahendi*» era il «diritto di alienare» a terze persone, in caso di inadempimento, il *dominium ex iure*

62.7. Sui poteri del creditore pignoratizio in generale v. la letteratura cit. *retro* n. 62.1. Per le fonti cfr. D. 20.5.

62.7.1. 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. 62.9.4). — Sul possesso dei frutti e sul patto di *antichresis* cfr. 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. Cfr. 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* (*etc.*). — Sul *furtum usus* in ordine a *res pignori datae*: *infra* n. 88.4.1.

62.7.2. Sul *ius distrahendi*: 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 distr.» nella fiducia e nel pegno* (1937); Verbam, *D. 13.7.13 pr. A case of furtum?*, in *Ott. Scheltema* (1971) 193 ss.; Wacke, *Ungeteilte Pfandhaftung*, in *Index* 3 (1972) 454 ss.; Schlichting, *Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klass. röm. R.* (1973); Krampe, *Die Rückabwicklung des Pfandverkaufs etc.*, in *T*. 59 (1991) 33 ss. — La singolarità dell'istituto era 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) cfr. Gai 2.64: *...item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea*

Quiritium dell'oggetto ottenuto in possesso e di soddisfarsi sul ricavato, restituendo ovviamente al garante l'eventuale supero («*superfluum*», anche detto la «*hypérocha*»). Era escluso, per comprensibili motivi, l'acquisto dell'oggetto, pur se a pagamento, da parte del creditore stesso. Probabilmente, nei tempi più antichi il *ius distrahendi* sussisteva solo se tra garante e creditore fosse intervenuta una specifica pattuizione, la quale investisse il creditore del potere di alienare il *dominium* di una cosa non propria (il «*pactum de distrahendo pignore*»); ma in età classica il *pactum de distrahendo* si presumeva insito tacitamente in ogni *pignus*, sí che per escludere la *distractio* occorreva un'espressa pattuizione di non alienare la cosa pignorata («*pactum de non distrahendo pignore*»).

62.7.3. Il cd. «*ius retentionis*» («diritto di ritenzione»), cioè il diritto di appropriarsi dell'oggetto in caso di inadempimento, era escluso non meno della possibilità di acquistare la *res pignorata*. In periodo classico, alla regola si poteva però portare eccezione dalle parti mediante il cd. «*pactum commissorium*» (o «*lex commissoria*»: «patto di decadenza»), in forza del quale la proprietà della cosa oppignorata era attribuita al creditore nell'ipotesi di mancato adempimento; ma il patto commissorio, troppo gravoso per il garante, fu vietato da Costantino. In cambio, nel corso del periodo postclassico si ammise che il creditore, ove non riuscisse a vendere a terzi la cosa pignorata, facesse la richiesta («*impetratio dominii*») all'imperatore per poterla acquistare egli stesso al suo giusto valore.

62.8. Fatti estintivi del *pignus* furono, in primo luogo, quelli caratteristici di ogni altro rapporto *in re aliena*. Quindi: *a*) la distruzione della *res* o la sua cancellazione dal novero delle

---

res non sit (rem alienare potest) sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. — Sull'*hyperocha* cfr. Tryph. D. 20.4.20 (itp.?). — Sul *pactum de non distrahendo pignore* cfr. D. 13.7.4 (l'alienazione della *res pignorata* era concessa solo dopo aver fatto una triplice «*denuntiatio*» al debitore, per invitarlo a pagare).

62.7.3. Sul *ius retentionis*: Burge, «*Retentio*» *im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (1979). — Sul *pactum commissorium* (o «*lex commissoria*»): Burdese, «*Lex commissoria*» *e* «*ius vendendi*» *nella* «*fiducia*» *e nel* «*pignus*» (1949); Biscardi, *La* «*lex commiss.*» *nel sistema delle garanzie reali*, in *Om. Betti* 2 (1962) 575 ss. — Sulla *impetratio dominii* cfr. CI. 8.33.1, e CI. 8.33.3.4. Anche se la richiesta di acquisto del creditore era accolta, affinché il suo *dominium* venisse in essere occorreva il trascorrere di due anni, durante i quali il garante aveva il diritto di riscattare la *res pignorata*.

62.8. Sui modi di estinzione del *pignus* cfr. D. 20.6; in particolare: D. 20.4.12.2, 8.1 ss., 13.7.9; CI. 8.25.2. — Sulla *remissio pignoris*: Grosso, *Remissione di pegno e* «*satisfactio*», in *ATO.* 1930.

res in commercio; *b*) la *confusio* della situazione di creditore pignoratizio con quella di oppignorante; *c*) l'acquisto del *dominium* sulla *res* da parte di un terzo in buona fede per effetto di *praescriptio longi temporis*; *d*) la rinuncia al pegno («*remissio pignoris*») da parte del creditore. Se la rinuncia del creditore non era espressa, ma tacitamente implicata da un fatto concludente (per es., dalla riconsegna della *res* al garante), il *pignus* rimaneva ad ogni buon conto in vita, ma il garante aveva un'*exceptio doli* o un'*exceptio pacti* contro l'azione esercitata dal creditore pignoratizio (pentito della rinuncia) per ottenere la cosa.

62.8.1. In considerazione del carattere di accessorietà del *pignus* rispetto all'*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.

62.9. I mezzi di tutela giurisdizionale del creditore pignoratizio furono: *a*) l'*interdictum Salvianum*; *b*) l'*interdictum de migrando*; *c*) l'*actio Serviana*; *d*) l'*actio pigneraticia in rem*.

62.8.1. Sull'estinzione del *pignus* per estinzione dell'*obligatio* garantita, v. già retro nt. 62.4.3. Sul tema: Ankum, «*Pignus*» und «*novatio*» im klass. röm. R., in On. Santi (1975) 1 ss. — Sul *pignus Gordianum* (inesattamente ritenuto da molti come un caso di ritenzione): Nardi, *Ritenzione e pegno gordiano* (1939); Schapbucher, *Beobachtungen zum sog. «p. Gr.»*, in ZSS. 104 (1987) 233 ss. Cfr. C.I. 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. 68. — Sulla *litis contestatio* e i suoi effetti: retro n. 11.4.1.

62.9. Per la classicità della protezione del *pignus* a titolo di *ius in 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 On. Cammeo (1933) 1 ss.; id., *La struttura classica della «conventio pignoris»*, in On. Ratti (1934) 1 ss. — Sui mezzi di tutela: La Rosa (F.), *La protezione interdittale del «pignus» e l'«actio Serviana»*, in On. Sanfilippo 7 (1987) 281 ss.; Robaye, *Sanction judiciaire du contrat de gage en dr. rom. class.*, in RIDA. 34 (1987) 321 ss.

62.9.1. 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 cosa oppignorata (quindi, degli *invecta et illata*) dal locatario o comunque dall'occupatore del fondo.

62.9.2. 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 operasse illecitamente la cd. «*perclusio locatoris*», cioè gli impedisse l'asporto degli *invecta et illata* pur essendo stato saldato il canone.

62.9.3. L'«*actio Serviana (pigneraticia)*» era un'*actio arbitraria in rem* concessa al locatore di un fondo rustico per ottenere la condanna di chiunque (affittuario o terzo) risultasse essersi impossessato, avvenuto l'inadempimento, della cosa vincolata a garanzia del canone mediante *conventio pignoris*.

62.9.4. L'«*actio pigneraticia in rem*» (o «*vindicatio pignoris*», o «*actio quasi Serviana*») era null'altro che un'estensione in via

---

62.9.1. Sull'*interdictum Salvianum* cfr. 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. V. anche: Lenel, *EP*³ § 266.

62.9.2. Sull'*interdictum de migrando* (Lenel, *EP*³ § 265) cfr. 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 pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove 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*». — Sulla *perclusio locatoris*: retro n. 62.4.2.

62.9.3. Sulla cd. *formula Serviana*: Lenel, *EP*³ 493 ss. (§ 267); Kreller, *Pfandrechtliche Interdikte und «formula Serv.»*, in *ZSS*. 64 (1944) 306 ss.; [illegible]; Wubbe, *L'action servienne etc.*, in *St. Magdelain* (1998) 161 ss. Non si confonda l'*actio Serviana pigneraticia* con l'*actio Serviana ex bonorum emptione*: retro n. 12.6.1.

62.9.4. Sull'*actio pigneraticia in rem* (estensione della *formula Serviana*): Kaser, *Die Interessenberechnung bei der «vindicatio pignoris»*, in *Iura* 18 (1967) 1 ss.; Id., *Die «vindicatio pignoris» etc.*, in *St. Hübner* (1984) 63 ss.; Litewski, *Das Bestehen der «formula in ius concepta» mit der «bona fides» im Pfand.*, in *Labeo* 45 (1999) 183 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 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.*». 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 (totalmente o parte) classica: Giuliano (o altri prima di lui) si limitò ad estendere l'*actio hypothecaria* al *pignus datum*:

utile dell'*actio Serviana* (con la quale risulta spesso terminologicamente confusa) concessa a tutti i creditori pignoratizi contro chiunque s'impossessasse della cosa oppignorata 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*.

I. 4.6.7: *Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria 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 persequuntur* (etc.). — L'interdictum «quem fundum» (retro n. 53.3.1) era concesso anche a tutela di chi agisse, in ordine a beni immobili, con le azioni *Serviana* e *quasi Serviana*: cfr. Lenel, EP.³ 474 s. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni hanno recepito e sviluppato su larga scala gli spunti romani in materia di «garanzie reali» delle obbligazioni. Seguirne le varietà è difficile, ma è facile dire che tuttora vigono gli schemi generali del «pegno» (di cose mobili) e dell'«ipoteca» (di cose immobili o di mobili iscritti nei pubblici registri), integrati da una fitta graduazione di «privilegi» su mobili o immobili, che assicurano ad alcuni crediti (per esempio, a quelli per spese di giustizia e a quelli per retribuzioni di attività lavorative) l'adempimento preferenziale rispetto agli altri (cioè rispetto ai crediti con privilegio inferiore ed ai crediti chirografari). Per i diritti di stampo anglosassone gli istituti da considerare sono in parte quelli sviluppati nel «trust», su cui v. retro nt. 24.3) il «pawn», corrispondente al pegno di cose mobili (o «pledge») a favore di un «pledgee», e il «mortgage», corrispondente all'ipoteca concessa da un «mortgagor» ad un «mortgagee». Per il diritto italiano vigente (conforme sostanzialmente agli altri diritti di «civil law»), cfr. c. 2740-2744 (disposizioni generali), 2745-2783 (privilegi su beni mobili o su beni immobili), 2784-2807 (pegno su mobili, universalità di mobili, crediti), 2808-2899 (ipoteca su immobili, su beni [illegible] immobiliari, su certi mobili registrati).*

SEZIONE TERZA

I RAPPORTI RELATIVI DEL «IUS PRIVATUM»

CAPITOLO XI

I RAPPORTI RELATIVI DEL «IUS PRIVATUM»

SOMMARIO: 63. I rapporti relativi del *ius privatum*. — 64. I tipi delle *obligationes*. — 65. I soggetti delle *obligationes*. — 66. L'oggetto delle *obligationes*. — 67. L'adempimento delle *obligationes*. — 68. Le vicende delle *obligationes*. — 69. I fatti modificativi delle *obligationes*.

63. I RAPPORTI RELATIVI DEL «IUS PRIVATUM».

63.1. L'esperienza del *ius privatum* romano conobbe una vasta gamma di rapporti giuridici relativi, ma non pervenne mai a ricomprenderla tutta sotto una denominazione univoca

---

63.1. Il quadro dei rapporti relativi del *ius privatum* è stato dato retro n. 5.9.3-4. — Sulle obligationes in generale: Perozzi, *Le obbligazioni romane* (1903); Savigny, *Das Obligationenrecht* (2 voll. 1851-53; tr. con app. di Pacchioni, 1912); Bonfante, *Corso di dir. rom. IV. Le obbligaz.* (rist. 1979); Voci, *Le obbligaz. romane 1.1. Il contenuto dell'«obligatio»* (corso, 1969); Macqueron, *Histoire des obligations. Le dr. rom.* (corso lit., 1971); Zimmermann, *The law of obligations. Roman foundation of the civilian tradition* (1990); AA.VV., *Derecho romano de obligaciones* (= *Om. Murga*, 1994). Inoltre: Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung* 1 (1927), 2 (1941); Betti, *Il concetto della obbligaz. costruito dal punto di vista dell'azione* (1920); id., *La struttura dell'obbligaz. romana ed il problema della sua genesi*^{2} (1955); Pugliese, *«Actio» e diritto subiettivo* (1939); Pastori, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligaz.* (1951); id., *Elementi di dir. rom. Le obbligaz.* (1990); Guarino, *Il diritto e l'azione nella esperienza romana* (1953), in *PDR.* 1 (1993) 238 ss.; Longo (G.), *Dir. romano. Dir. delle obbligaz. etc.* (1954); Levy, *Weströmisches Vulgarrecht 2. Das Obligationenrecht* (1956); D'Ors, *Una explicación genetica del sistema romano de las obligaciones*, in *ZSS.* 109 (1992) 318 ss.; Giuffrè, *Studi sul debito*^{2} (1999). — 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: a) non erano sempre impiegati, sopra tutto in età classica, per indicare tutti i rapporti giuridici relativi (e ne avremo la conferma nel seguito di questo numero); b) erano invece spesso utilizzati al di fuori del campo dei rapporti relativi, per indicare il vincolamento di un oggetto giuridico ad una certa utilizzazione (es.: «*res obligata hypothecae nomine*», «*fundus obligatus alicui*», «*ager in alimenta obligatus*», «*obligatio generalis rerum* e costante. Il termine più diffuso, sopra tutto in diritto giustinianeo, fu quello di «*obligatio*»: tuttavia, a parte il fatto che esso non fu esclusivo dei rapporti giuridici relativi, è assai dubbio che i Romani siano mai pervenuti alla costruzione, o anche soltanto all'intuizione di una categoria generale delle obbligazioni, comprensiva sia dei rapporti relativi di debito sia dei rapporti relativi di responsabilità. Di fronte all'incertezza della terminologia e degli stessi concetti cui sembrano ispirarsi gli scritti dei giuristi romani, è opportuno ricorrere pertanto (beninteso, senza lasciarsene dominare) ai criteri di classificazione suggeriti dalla teoria generale.

63.1.1. Ciò posto, la prima cura da avere per la comprensione della realtà storica dei rapporti giuridici relativi nell'esperienza romana, consiste, così come già abbiamo fatto a suo tempo per il sistema dei rapporti giuridici assoluti, nel rintracciarne le cause efficienti, le cd. «fonti», in collegamento con la storia generale e in particolare con la storia economica di Roma. Il che implica il tentativo di individuare le posizioni via via assunte, di fronte al dilagante fenomeno del credito, dai vari sistemi normativi che si susseguirono (e che in parte concorsero più o meno a lungo tra loro) dall'età arcaica sino al periodo po-

---

quae quis habuit habiturusve sit» ecc.). Sul punto: Lantella, *Note semantiche sulle definizioni di «obl.»*, in *St. Grosso* 4 (1971) 167 ss.; Scherillo, *Le definizioni romane delle obbligazioni*, ivi 97 ss.; Biscardi, *La dottrina romana dell'«obl. rei»* (1991); id., *La genesi del concetto classico di «obl.»*, in *St. Murga* (1994) 39 ss. Il Biscardi, osservando che nei tempi più antichi i rapporti di credito si riversavano in rapporti giuridici assoluti, quindi in un vincolamento materiale sia di persone sia di cose, sostiene che, dopo la riduzione del vincolamento personale a «*vinculum iuris*» (e precisamente dopo l'«abolizione del *nexum*» da parte della *lex Poetelia Papiria* del 326), la categoria dell'*obligatio* nel senso di «vincolamento materiale» rimase limitata alle *res*: il che escluderebbe che la terminologia «*obligatio rei*» sia soltanto una metafora. L'ipotesi è seducente sul piano terminologico, ma non convince del tutto: a parte il fatto che vi sono testi che parlano anche di «*obligatio hereditatis*» (in senso che è difficile non ritenere del tutto metaforico: v. *retro* n. 32.1), nel caso della *res obligata hypothecae nomine* la *res* rimaneva nelle mani del debitore (o del garante) e perciò non era materialmente vincolata al creditore (v. *retro* n. 62.1). Inoltre, non sembra esatta la visione radicale della *lex Poetelia*: v. *infra* n. 63.4. — Per le definizioni dell'*obligatio*: *infra* n. 63.6.

63.1.1. Anche per le cd. fonti delle obbligazioni, cioè per i fatti giuridici costitutivi dei rapporti relativi del *ius privatum romanum*, mancò ai Romani una terminologia univoca e sicura. Di solito, ma non sempre, si fece ricorso al termine «*causa*», cioè ad un termine disponibile per gli usi più diversi, oppure a locuzioni e perifrasi di senso causale (introdotte da un «*ex*», espresse in ablativo assoluto ecc.), che indicassero comunque in chiaro le specifiche ragioni e le correlative specifiche modalità dell'insorgere del rapporto relativo, della cd. «*obligatio*». Infatti, dato che l'oggetto delle *obligationes*, come vedremo tra poco (*infra* n. 66), si riduceva a tre sole possibilità (*dare, facere, non facere*), una classificazione sufficientemente articolata delle manifestazioni dell'istituto era resa possibile essenzialmente dall'individuazione delle sue fonti.

stclassico e, in particolare, a Giustiniano: dunque, partendo dall'antichissimo *ius Quiritium* e pervenendo al *ius novum* classico e postclassico.

63.2. 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 peraltro 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 punto essenziale è che questa economia di scambio interessava sopra tutto la *pecunia* extrafamiliare e si esauriva quasi interamente 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, insomma, 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. Conseguenze di questo assetto socio-economico rudimentale furono due: *a*) che alla creazione dei rapporti relativi «di debito» presiedeva la semplice «*fides*», cioè la fiducia reciproca tra le parti, oppure (in qualche

---

63.2. Sul *ius Quiritium* e sul suo referente economico v. *retro* n. 4.3.2, 34.2. — 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, la 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 «forum boarium» (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 plebei (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 a sostenere questo grosso sacrificio la molla dell'interesse economico, dell'interesse cioè alla salvaguardia dell'indipendenza di un centro urbano che era comunque sede e ragione anche del loro benessere: Guarino, *La rivoluzione della plebe* (1975) spec. 76 ss., 300 ss., 330 ss., ivi bibl. Più in generale: De Martino, *Storia economica di Roma antica* (1980) 1 ss., 13 ss., 19 ss. — *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*. 32 (1971). — Sulla *fides*: Lombardi (L.), *Dalla «fides» alla «bona fides»* (1961); Behrends, *Institutionelles und prinzipielles Denken im röm. Privatr.*, in *ZSS*. 95 (1978) 187 ss.; Merola, *Tracce dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *OST*. 5 (1996) 1 ss. — Sulla *sponsio*: *infra* n. 73. In particolare: Westrup, *Notes sur la «sponsio» et le «nexum» dans l'ancien dr. rom.* (1947).

caso di maggior rilievo, in cui gli impegni erano assunti mediante il rito antichissimo della *sponsio*) l'autorità intimidatrice del «*fas*»; *b*) che i rapporti relativi «di responsabilità» erano ancora ben lontani dall'aver raggiunto una qualche consistenza, sicché alla lesione degli interessi personali o economici del *paterfamilias* non conseguiva una vera e propria «responsabilità primaria» dell'offensore, ma conseguiva direttamente la reazione vendicativa dell'offeso (così come autorizzata dal *fas*), mentre all'inadempimento dei debiti non corrispondeva una precisa «responsabilità secondaria» dell'inadempiente, ma corrispondeva del pari una reazione vendicativa (una «*manus iniectio*») da parte del creditore insoddisfatto.

63.2.1. Sin che il bisogno di credito fu esiguo e l'ambiente economico fu sano, questo sistema elementare ed approssimati-

---

63.2.1. In ordine al nexum, va detto che fu intuizione di G. B. Vico (*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 analoga a quella della servitù su un fondo. 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: Manigk, «*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» etc.* (1846); Kübler, *Kritische Bemerkungen zum «nex.»*, in *ZSS.* 25 (1904) 254 ss.; Senn, *Le «nexum» contrat de prêt du très ancien dr. rom.*, in *RH.* 29 (1905) 49 ss.; Eisele, *Zum Streit um das «nexum»*, ora in *St.* (1912) 1 ss.; von Lübtow, *Zum Nexumproblem*, in *ZSS.* 67 (1950) 112 ss.; Schönbauer, «*Mancipium*» *und* «*nexum*», in *Iura* 1 (1950) 300 ss.; Dulckeit, *Zur Rekonstruktion der Nexumsformel*, 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 *SDHI.* 20 (1954) 259 ss.; Behrends, *Das «nexum» im Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens*, in *RIDA.* 21 (1974) 137 ss.; Tondo, *Il «nexum» e Manilio*, in *Iura* 33 (1982) 136 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. 4.2.5) 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 (v. Cracco-Ruggini, *Esperienze economiche e sociali nel mondo romano*, in *Nuove questioni di storia romana* [1968] 694 ss.). Mentre le *familiae* più ricche, sia dei *patricii* sia di un certo numero di *plebeii*, poterono in qualche modo far fronte alla crisi attingendo 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. Venne 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 sulla vo poté essere sufficiente; ma quando, sul declino del sec. VI e nei primi decenni del sec. V a. C., una grave crisi economica dilagò in Roma, affliggendo in modo particolare larga parte del ceto plebeo, i rapporti relativi di debito non poterono non risentirne, perché la richiesta di risorse a titolo di credito evidentemente si moltiplicò e, per converso, si accrebbe la riluttanza delle persone più abbienti a concedere credito senza ottenere adeguate garanzie di adempimento. La soluzione del problema fu trovata in un espediente: quello del «*nexum*», che era un adattamento del *mancipium* inteso ad assicurare al creditore insoddisfatto la tutela del *ius Quiritium*. In mancanza di altro, il debitore (oppure un suo amico per lui) mancipava se stesso, mediante una «*nexi datio*», al creditore, divenendo oggetto del suo *mancipium*, e appunto perciò «*nexus*», «*adstrictus*», «*obligatus*» (nel senso letterale di «materialmente vincolato»): il che durava sino al giorno in cui un terzo si presentasse a riscattare il *nexus*, oppure quest'ultimo giungesse, a titolo di compenso del lavoro prestato, ad ottenere la sua liberazione («*nexi liberatio*»), vale a dire lo scioglimento dei suoi vincoli («*solutio*») mediante un *actus contrarius* di quel negozio librale che era la *nexi datio*, cioè mediante la cd. «*solutio per aes et libram*».

63.3. Il sistema del *ius legitimum vetus*, concludendo una evoluzione sulla quale molto influì la riluttanza della *plebs*

---

scorcio del sec. VI e nei primi decenni del sec. V a. C. — Sulla *solutio per aes et libram*: infra n. 68.2. — 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* (v. retro n. 22.3), è ammissibile che la legge decemvirale abbia voluto accennare alle due diverse funzioni della *nexi datio* e della *mancipatio* vera e propria (sul tema: Bellocci, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana* 1. *Le «nuncupationes»* [1979] passim). 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*» L. 160: *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. de l. L. 7.105: *Nexum Manilius scribit omne, quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quom mancipio dentur* (rell.).

63.3. L'origine del concetto di *obligatio* come «*vinculum iuris*» è tra le più oscure, e quindi tra le più contestate. La nostra ipotesi si inquadra in quella 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. 4.2.6. — Sulla *legis actio sacramenti in personam*, riconosciuta dalle *XII tabulae*: retro n. 8.3.2. Sul tema: Behrends, *Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts* (1974). — Sulla storia primitiva della reazione all'illecito: Albanese, sv. *Illecito (st. rom.)*, in *ED*.

all'espediente del *nexum*, riconobbe e regolò nei suoi termini essenziali sia il fenomeno dei rapporti relativi di debito, sia il fenomeno dei rapporti (relativi) di responsabilità. In particolare alle *XII tabulae* vanno ascritte tre importanti innovazioni: *a*) fu conferita piena rilevanza giuridica all'istituto (in origine puramente sacrale) della *sponsio*; *b*) fu disciplinata, separatamente dall'*actio sacramenti in rem*, la nuova *actio sacramenti in personam*, a tutela specifica dei rapporti relativi; *c*) fu posto parzialmente freno alla vendetta privata contro le attività illecite (illecite perché *nefas* o illecite perché riprovate dalla più evoluta coscienza sociale), stabilendo che contro gli autori di *delicta*, cioè di mancanze ai doveri della convivenza sociale, le vittime, almeno in certe ipotesi di minor gravità del fatto (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), si astenessero dalla vendetta e ricorressero all'*actio in personam*. In tutti questi casi la figura del soggetto passivo si atteggiava ben diversamente da quella di un *nexus*, cioè di una persona sottoposta al *mancipium* della controparte e in attesa del riscatto: il suo vincolamento materiale era solo un vincolamento eventuale, perché sospensivamente condizionato al suo inadempimento e, più in generale, all'affermazione della sua responsabilità a séguito della eventuale condanna giudiziaria.

63.3.1. Negli elementi ora accennati va ravvisato, crediamo, il germe (ma solamente il germe) di una concezione nuova: quella del debitore (o di chi si offrisse al suo posto) non più (e in nessuna ipotesi) come «materialmente» vincolato, non più come oggetto sin dall'inizio di un potere giuridico assoluto del suo creditore, ma sempre come vincolato dal creditore solo a titolo metaforico (solo, come suol dirsi, «idealmente»), almeno sino al momento fissato per il suo volontario adempimento della prestazione dovuta. Per conseguenza, sino a che la condanna del debitore nell'*actio in personam* non aprisse il varco all'esecuzione, quindi

---

63.3.1. Il processo di enucleazione e precisazione del concetto di *obligatio*, peraltro ancora non del tutto 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. 34.8. 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.

alla *manus iniectio*, quindi al potere assoluto del *creditor* sull'*obligatus* a lui assegnato (*addictus*) dal magistrato, il creditore non poteva disporre *erga omnes* dell'obbligato, ma poteva vantare nei suoi confronti soltanto una pretesa all'adempimento, era cioè titolare di un potere giuridico puramente relativo.

63.4. Il sistema del *ius civile vetus*, integrato da alcune importanti *leges* del cd. *ius publicum* (nel senso di «*ius legibus publicis conditum*») e attivamente alimentato dalla riflessione giurisprudenziale coeva, progressivamente precisò, pur senza mai giungere a visuali sistematiche generali, la nuova concezione dell'*obligatio* come vincolo puramente ideale, quindi come espressione di un rapporto giuridico relativo tra «*creditor*» e «*obligatus*», in forza del quale quest'ultimo era tenuto verso il primo al compimento della cd. «prestazione». Molto contribuì a questo processo evolutivo la *lex Poetelia Papiria de nexis* del 326 a. C.: legge la quale dispose che i *nexi* (quindi, per estensione, tutte le persone *sui iuris* provvisoriamente ridotte sotto il potere assoluto di un creditore insoddisfatto) non fossero da trattare nel modo rigoroso (dai ceppi ai piedi sino alla sopportazione del cd. *ius vitae ac necis*) in cui erano trattati o potevano essere trattati i sottoposti a pieno titolo (*filii*, *servi* e via dicendo). Per effetto di questo processo evolutivo, l'*obligatus*: *a*) sul piano formale rimase tuttora l'oggetto del potere giuridico riconosciuto al *creditor*; *b*) sul piano sostanziale fu invece sempre più chiaramente visto, anche nella fase esecutiva introdotta dalla *manus iniectio* sulla sua persona, come una mera parvenza di sottoposto a *potestas*, cioè come un soggetto giuridico limitato.

63.4.1. In coerenza con questi sviluppi della visione generale di *obligatio*, la giurisprudenza romana provvide, a partire dal

---

63.4. Sulla *lex Poetelia Papiria* cfr. Liv. 8.28.8 e gli altri testi citati da Rotondi, *Leges publicae p. R.* (r. 1962). Sul tema: De Visscher, *La «lex Poet. Pap.» et le régime des délits privés au IVe siècle de Rome*, in *Et.* (1931) 313 ss.; da ultimi, Magdelain, *La loi «Poet. Pap.» et la loi «Iulia de pecuniis mutuis»*, in *Om. D'Ors* (1987) 811 ss.; Di Paola, *Alle origini della «lex Poet. Pap.»*, in *Index* 24 (1996) 275 ss. La legge non abolì formalmente l'istituto del *nexum*, ma vietò (salvo che per i casi di noxa: *infra* n. 87.3) 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*»; i debitori andavano addirittura messi in libertà se giuravano «*bonam copiam*», cioè se giuravano di pagare (?). V. anche *retro* n. 16.5. — Sulla possibile qualifica dei *sui iuris* come oggetti giuridici (non come *res*, sia chiaro): *retro* n. 18.6.1. La costruzione da noi a suo tempo illustrata è frutto non di ragionamento astratto, ma di concreta presa d'atto della storia dello *obligatus* romano.

63.4.1. Sulle fonti delle obbligazioni («*causae*»): 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* sec. II a. C., ad abbozzare, sia pure in maniera molto frammentaria e imperfetta, un primo quadro delle «*causae obligationum*», quindi delle specie diverse dei rapporti relativi disciplinati dall'ordinamento civilistico. Con il ricorso ad un linguaggio ancora molto incerto e spesso equivoco, sul quale non è qui il caso di indugiare, essa distinse abbastanza nettamente i rapporti relativi di debito da quelli di responsabilità, ma trascurò l'approfondimento di questi ultimi e concentrò invece le sue analisi sulle diverse fonti da cui scaturivano i primi, quasi che le *obligationes* in senso proprio fossero solo quelle derivanti da atti giuridici leciti. Dal che conseguì il delinearsi di una categoria abbastanza precisa e articolata delle «*obligationes contractae*», a fronte di un coacervo, non denominato con apposita terminologia, di rapporti (relativi) di responsabilità derivanti da fatti giuridici involontari e volontari, tra i quali ultimi spiccavano i «*delicta*».

---

obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto cit., e *Ist.*³ 2.1 ss.). In contrario, Bonfante, *Le obbligazioni* cit. e Betti, *La struttura* cit., e *Le fonti d'obbligazione e problemi storici della loro classificaz.*, in *AG.* 93 (1925) 267 ss., ritengono l'obligatio nata non da delitto, ma dalla composizione volontaria delle sue conseguenze, e perciò configurabile come prigionia redimibile: a fini di garanzia, e di natura, dunque, convenzionale. — In particolare, sul fenomeno del contrahere: Talamanca, sv. *Contratto e patto nel d. rom.*, in *DIG.* (1991), con bibl. cui rinviamo, salvo che per i seguenti titoli: 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*, in *Scr.* 3 (1922) 489 ss.; Segrè, *«Obligatio», «obligare», «obligari»*, in *Om. Bonfante* 3 (1930) 499 ss.; Lauria, *«Contractum», «delictum», «obligatio»*, in *SDHI.* 4 (1938) 163 ss.; Voci, *La dottrina romana del contratto* (1946); Wolodkiewicz, *«Obligationes ex variis causarum figuris»*, in *RISG.* 14 (1970) 77 ss.; Cannata, *Sulla «divisio obligationum» nel dir. rom. repubbl. e class.*, in *Iura* 21 (1970) 52 ss.; Tondo, *Classificazioni delle fonti d'obbligaz.*, in *Labeo* 41 (1995) 371 ss. — La terminologia prevalente per designare approssimativamente gli atti giuridici leciti fu: quella di «*actum*» (participio passato di *agere*, agire volontariamente); quella di «*gestum*» (participio passato di *gerere*, risolvere volontariamente una situazione); e sopra tutto quella di «*contractum*» (participio passato di *contrahere*, mettere insieme, costruire, congegnare). Gli stessi termini furono talvolta usati (di qui l'equivoco) anche in ordine alla creazione di rapporti di responsabilità. Tuttavia prevalente fu l'uso di designare le fonti di questi ultimi (spesso, si ripete, non individuati ancora chiaramente come *obligationes*) mediante circonlocuzioni varie o, in certi casi, con il termine «*delictum*» (participio passato di *delinquere*, mancare al proprio dovere). V. *infra* nr. 65.3. — Della possibilità di obligationes non da atto giuridico (ma da fatto involontario) 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 ex 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: Hanisch, *«Obligatio ex lege»*, in *Rev. est. histor.-juridicos* 4 (1979) 51 ss. — 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 klass. röm. R.* (1966) 1 ss. (del quale peraltro non condividiamo tutte le illazioni). — Per l'uso di «actum» e «gestum» (oltre che di «*contractum*») per designare le *causae obligationum*: *infra* n. 65.3.

63.4.2. Le «*obligationes contractae*», cioè costituite lecitamente e deliberatamente tra le parti, furono distinte in tre gruppi, a seconda delle modalità esteriori della loro creazione: *a*) quello delle *obligationes* «*verbis contractae*», create con il ricorso a determinate forme espressive orali (*verba*); *b*) quello delle *obligationes* «*litteris contractae*», create con il ricorso a determinate forme espressive scritte (*litterae*); *c*) quello delle *obligationes* «*re contractae*», create con il ricorso ad inequivoche azioni materiali (*res*). L'elenco non fu completo sin dalle origini, ma si accrebbe man mano col passare del tempo (e con l'insorgere di nuove istanze sociali), così come preciseremo nei luoghi opportuni. Le caratteristiche che vanno segnalate sin d'ora sono due: *a*) che gli atti costitutivi di *obligationes contractae* furono solitamente bi- o plurilaterali, ma poterono essere talvolta anche unilaterali, purché a carattere di atti recettizi, cioè con effetti subordinati alla recezione da parte del destinatario (caso, per esempio, della *dotis dictio*); *b*) che gli stessi atti non giungevano a buon fine, non producevano quindi le corrispondenti *obligationes*, se una delle parti del rapporto obbligatorio da costituire non vi aderiva inequivocamente, sia pure con un «silenzio» significativo. Il che dimostra che gli atti produttivi di *obligationes contractae* avevano tutti, al fondo, natura di negozi giuridici.

63.4.3. Al di fuori delle *obligationes contractae* i rapporti (relativi) di responsabilità primaria e di responsabilità secondaria, soffrirono a lungo, come si è detto, di un'elaborazione concettuale assai meno intensa. Le ipotesi non rare di responsabilità oggettiva non furono mai esaminate in modo approfondito e

---

63.4.2. Per l'elenco delle obligationes contractae v. *infra* cap. XII, ove si indicano anche quelle non scaturenti da negozio giuridico bilaterale. Si noti, a questo proposito, che non tutte le *obligationes* derivanti da negozi unilaterali esplicite furono considerate *obligationes contractae*. Sul punto v. *infra* n. 84 e cfr. Ulp. D. 50.12.1 (a proposito della *pollicitatio*). V. anche: Rabello, *The law of obligations-Selected topics. From Roman Law to the new law of contracts* (1977); Wolodkiewicz, «*Contrahere - contractum - contractus*» *dans le dr. rom. class.*, in *Le dr. rom. et sa réception en Europe* (1978) 295 ss. — Il carattere di obligationes per antonomasia delle *obligationes contractae* è dimostrato, tra l'altro, dalla sistematica delle *institutiones* gaiane: *infra* n. 63.7.1. Impostazione parzialmente coincidente con la nostra ci sembra sia alla radice dello studio del Cannata, *La «distinctio» re verbis litteris consensu etc.*, in *St. von Lübtow* (1970) 431 ss., 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*.

63.4.3. Sulla responsabilità per inadempimento, e sul modo imperfetto in cui essa fu inquadrata nel concetto di *obligatio*, v. *infra* n. 93. — Sulla responsabilità *ex delicto*: *infra* n. 87, particolarm. nr. 87.1.3. 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. 63.7.1).

unitario. A parte ciò: *a*) i casi di «responsabilità secondaria» (cioè per inadempimento di un debito) furono in genere considerati come ipotesi complementari e consequenziali rispetto alle singole *obligationes contractae* rimaste inadempiute (quindi furono visti, più che altro, sotto il profilo processuale dell'*actio in personam* esercitata dal creditore insoddisfatto contro l'*obligatus* inadempiente); *b*) i casi di «responsabilità primaria», furono via via riconnessi a tre tipici «*delicta*» (l'*iniuria*, il *furtum*, il *damnum iniuria datum*) e furono altresì contraddistinti da certi caratteri peculiari (la penalità, la cumulatività, la nossalità, l'individualità), tuttavia per lungo tempo non pervennero ancora alla configurazione unitaria di «*obligationes ex delicto*», ed appunto perciò furono essenzialmente considerati come qualcosa di diverso, anche se affine, rispetto alle vere e proprie *obligationes* (*contractae*).

63.5. Il *ius civile novum*, sorto e affermatosi in funzione di una concezione più aperta e moderna del fenomeno economico del credito, accrebbe il novero delle *obligationes contractae* con quattro importanti gruppi tipici di nuove *obligationes*: quelle derivanti 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 infatti la caratteristica di non essere subordinati ad esigenze di forma o di *datio rei*, ma di essere tipicamente bilaterali (o plurilaterali) e di derivare, in quanto tali, esclusivamente dall'incontro delle volontà comunque manifestate dalle parti.

63.5.1. Fu principalmente guardando ai negozi disciplinati dal *ius civile novum* che i Romani, e particolarmente i giuristi,

---

63.5. Sulle *obligationes* del *ius civile novum* v. *infra* cap. XIII.

63.5.1. 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, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato* [1979]; Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. «Nova negotia» e «transactio» da Labeone ad Ulpiano* [1971] 37 ss.) e cioè Ulp. 11 ed. 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 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 (per il quale v. anche *retro* n. 63.4.1) rispecchia la più antica riflessione scientifica (almeno a nostra conoscenza) sulle fonti delle obbligazioni, la riflessione cioè di Labeone agli inizi dell'età classica (*retro* n. 4.4.5); ma non si dimentichi che l'originale di Labeone è passato per le mani di Ulpiano, un giurista crearono la categoria autonoma espressa dal sostantivo «*contractus*», nel senso nuovo di negozio obbligatorio a struttura bi- o plurilaterale (non unilaterale, si badi). Denominare le *obligationes consensu contractae* del *ius civile novum* come «*obligationes ex contractu*» significa dunque metterne 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 tutta l'ulteriore evoluzione delle *obligationes* da atto lecito.

63.6. Notevolissimo fu il contributo apportato dal *ius honorarium* all'incremento ed all'articolazione dei rapporti relativi, sia di debito sia di responsabilità. Esso si manifestò essenzialmente lungo due filoni di intervento. Un primo filone fu costituito dalla maggiore protezione accordata alle *obligationes* civilistiche e addirittura dall'introduzione tra le stesse, in omaggio

---

di due secoli dopo, e ci è pervenuto attraverso i *Digesta* di Giustiniano. Che abbia subito interpolazioni postclassiche (salvo forse l'eliminazione dell'accenno al contratto letterale, v. *infra* n. 73), 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 alludesse 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 riportato nel libro 4 *ad edictum*, D. 2.14.7.2. Ingegnoso, ma non altrettanto credibile, il tentativo (v. Schiavone, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro «ad edictum»*, in *Le teorie contrattualistiche* [1990] 125 ss., spec. 155 ss.) di salvare la paternità labeoniana di «*quod - vocant*» pensando ad una «strategia compositiva», addirittura ad un «montaggio» di Ulpiano, il quale avrebbe deliberatamente evitato di citare Labeone nel libro 4 *ad edictum* (attribuendo con ciò il concetto «allargato» di c. al posteriore e più modesto Aristone) perché la concezione labeoniana del c. sarebbe stata troppo limitata a quella dei *contractus* del *ius civile novum*: questo modo di agire «disinvoltamente» (come lo qualifica l'autore) non è ascrivibile ad un giurista serio, quale indubbiamente fu Ulpiano. Su tutto ciò v. anche *infra* nr. 63.7.

63.6. Le ipotesi onorarie di obbligazioni paracivilistiche furono, principalmente, quelle delle *obligationes de deposito* (scaturenti 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. 63.7. 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*».

a considerazioni analogiche, di nuovi istituti che civilistici di origine assolutamente non erano: caso, ad esempio, dell'illecito denominato *rapina* (inseritosi tra i *delicta* civilistici a causa della sua stretta affinità col *furtum*) e così pure dei negozi di *depositum*, di *commodatum*, di *datio pignoris* (entrati a far parte delle fonti di *obligationes re contractae* per il fatto di una certa analogia con il *mutuum* civilistico). Un secondo filone fu costituito dal riconoscimento di figure non assimilabili facilmente a preesistenti istituti civilistici e fatte oggetto, per conseguenza, di un regolamento anche sul piano formale di carattere dichiaratamente onorario: dai *pacta conventa* ai *recepta*, ai numerosi illeciti cd. pretorii, alla *missio in bona debitoris* sostitutiva della *manus iniectio* e via continuando. Argomenti, tutti, sui quali ritorneremo a tempo debito.

63.6.1. Fatte salve le ipotesi di istituti immessi surrettiziamente tra quelli produttivi di *obligationes* civilistiche, gli altri numerosi istituti presi in scoperta considerazione dal *ius honorarium* non rientrarono, a stretto rigore, nel concetto di *obligatio*. Per essi, anche in dipendenza del fatto che il rilievo giuridico era loro accordato in sede processuale, si usò parlare più propriamente di un «*teneri honoraria actione*», di un essere vincolati in forza di un'azione (o, più in generale, di un mezzo processuale) concessa al creditore dal magistrato giusdicente in sede di processo.

63.7. Importantissimo il ruolo della giurisprudenza classica nel quadro del *ius vetus* del periodo classico ed in

---

63.6.1. Sulla discussa categoria delle cd. *obligationes honorariae* v. infra n. 64.2. — Non è da credere, come a qualche studioso è accaduto, che la circonlocuzione del *teneri honoraria actione* sia stata studiosamente utilizzata a titolo esclusivo dai giuristi del periodo classico e che solo in periodo postclassico si siano denominati come *obligationes* anche i rapporti relativi riconosciuti in sede onoraria. A parte la già segnalata disponibilità del termine «obligatio» agli impieghi più diversi, non può essere dimenticato il dato storico di fondo, che già in periodo classico si andavano progressivamente amalgamando in un unico «ius vetus» i sistemi giuridici formati distintamente in età arcaica, in età preclassica e, tutt'al più, in una residua ma sempre più fiacca sopravvivenza, nella fase augustea del periodo del principato.

63.7. L'opera sistematrice della giurisprudenza preclassica e classica è tra gli argomenti più contrastati della scienza romanistica. A nostro parere, è davvero eccessivo far leva sulle numerose imprecisioni e contraddizioni per negarne la genuinità ed attribuirla *in toto* 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, essendo oltre tutto il «sistema» in senso scientifico cosa aliena tra i suoi propositi, non si è sistematicamente preoccupata di portare alle ultime conseguenze i suoi vari, e spesso diversi, spunti. — Per un tentativo di studio sisterelazione al ius *novum* venuto progressivamente ad affermarsi durante lo stesso periodo. Nella sua duplice veste di interprete

---

matica del ius novum in tema di obbligazioni: Schnebelt, *Reskripte der Soldatenkaiser: Ein Beitrag zur röm. Rechtsgeschichte des dritten nachchr. Jahrh.* (1974). — La generalizzazione del concetto di *obligatio*, sino a ricomprendere tutti i rapporti giuridici relativi, prese probabilmente spunto 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* [ecc.]); Gai. D. 50.16.11 (*creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur*); Ulp. D. 50.16.10 e 12. Su questi frammenti e sui molti problemi relativi ai primi tre essi: Albanese, *Per la storia del «creditum»* cit. — 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, EP³ § 10). Avendo il pretore statuito «*pacta conventa... servabo*» (v. *infra* n. 82), Ulpiano (4 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 quanto 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) e «*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* o ricevono da questo provvedimento di governo la tutela di un'*actio*: cfr. Paul. D. 2.14.6) o sono *conventiones* «*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 c.d. *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 (concezione cui Aristone applica la concezione greca del συνάλλαγμα). Per maggiori precisazioni sulle *conventiones sine nomine*: *infra* n. 83. 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. 63.5. Sul tema: Giffard, *La doctrine d'Ariston en matière de contrats innommés* (1947), in *Ét.* (1972) 189 ss.; Grosso, *Da Pedio ai Bizantini in D. 2.14.1.4*, in *St. Volterra* 1 (1969) 53 ss.; Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* (1983); Guarino, *Il contratto secondo Labeone*, in *Labeo* 29 (1983) 327 ss.; Biscardi, «*Quod Graeci synallagma vocant*», in *Labeo* 29 (1983) 127 ss.; Burdese, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in *SDHI*. 51 (1985) 458 ss.; id., *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura* 36 (1985, ma 1988) 14 ss., con quadro completo della questione; Sargenti, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico rom.*, in *Iura* 38 (1987, ma 1991) 25 ss.; id., *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico rom.*, in *Iura* 39 (1988, ma 1991) 24 ss.; Talamanca, *La tipicità dei contratti romani tra «conventio» e «stipulatio» fino a Labeone*, in *ACOP*. 4 (1990) 35 ss.; Schiavone, Gallo, Santoro, Talamanca, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea* (1991) del *ius vetus* e di ispiratrice di un *ius novum* imperiale ancora molto legato ai valori della tradizione anteriore, essa fece opera di sistemazione concettuale, pur se ancora piuttosto approssimativa e talvolta contraddittoria, quanto meno in due sensi: *a*) nel senso già accennato di unificare, almeno tendenzialmente, tutti i rapporti relativi (di debito o di responsabilità) sotto il paradigma esplicito o implicito dell'*obligatio*; *b*) nel senso di inquadrare la figura civilistica del *contractus* per antonomasia, che era il negozio a carattere bi- o plurilaterale, entro la categoria generale delle «*conventiones*» (cioè degli accordi tra due o più parti), favorendo per questa via la piena tutela, se non ancora di tutti gli altri possibili negozi giuridici bilaterali o plurilaterali, quanto meno di quei negozi a carattere corrispettivo che conosceremo, a suo tempo, come «*conventiones sine nomine*» (cd. «contratti innominati»).

63.7.1. Sintomatica la posizione di Gaio, scrittore del II sec. d. C., che riflette buona parte di questo lavorio incompiuto e non sempre coerente di sistemazione giurisprudenziale in due opere tra loro affini, eppure piuttosto diverse: le *institutiones*, che sono sicuramente sue, ma hanno un marcato carattere tradizionalistico, fortemente influenzato da visioni piuttosto arretrate del diritto privato romano; e le *res cottidianae*, che sono probabilmente di confezione postclassica, ma che riflettono, sino a prova contraria, gli insegnamenti da lui impartiti ai discepoli in relazione al diritto dei propri tempi. Nel manuale delle *institutiones* Gaio dichiara, in esordio, che ogni *obligatio* deriva da *contractus* oppure da *delictum* («*omnis obligatio vel ex contractu*

---

125 ss.; Gallo, «*Synallagma*» e «*conventio*» nel contratto 1 (1992), 2 (1995); Burdese, *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo* 38 (1992) 200 ss.; Melillo, «*Contrahere*», «*pacisci*», «*transigere*» etc. (1994).

63.7.1. Per la sistematica delle *institutiones* gaiane cfr. 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 3.91, il periodo «*sed haec species obligationis* [*rell.*]» (ma contra, tra gli altri, 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 solo nel successivo 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. L. Gai. n. 498-506, e cfr. Gai. D. 44.7.1: *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* [*rell.*]. — Sul tema: Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las Res cottidianae* (1996).

nascitur vel ex delicto»); espone poi le quattro categorie di obbligazioni *ex contractu* (tutte da negozi giuridici bilaterali); omette nel discorso relativo alle *obligationes re contractae* ogni riferimento al *depositum*, al *commodatum* ed alla *datio pignoris*; parla quindi delle obbligazioni nascenti dai quattro *delicta* civilistici; si astiene dunque dal segnalare l'esistenza ai suoi tempi di altri atti negoziali ed altri atti illeciti aventi pur essi il carattere di fonti di *obligationes*. Nei *libri rerum cottidianarum*, invece, l'autore (si tratti di Gaio o di un suo tardo parafraste) ci pone di fronte ad una «tripartizione delle fonti», in quanto dice a chiare lettere che le *obligationes* derivano, oltre che da *contractus* e da *delictum*, anche da «varie altre figure di fonti» («*proprio quodam iure ex variis causarum figuris*»): il che conferma il ricollegamento dei rapporti obbligatori a fonti diverse da quelle individuate nell'ambito del solo *ius civile* (*vetus* o *novum*).

63.8. Nel quadro del ius novum postclassico l'unità concettuale delle *obligationes* e l'estensione delle *causae* di que-

---

63.8. Le definizioni postclassico-giustinianee dell'obligatio ricalcano presumibilmente dettati classici genuini, ma hanno un carattere generalizzante che, altrettanto presumibilmente, i dettati genuini non ebbero. Cfr. I. 3.13 pr.: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* (in questa definizione la derivazione da un originale classico è facilmente intuibile, anche se è molto difficile precisarne la fonte e il senso); 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*. Sul tema: Scherillo, *Le definizioni* cit.; Lamberti, *Note semantiche* cit.; Albanese, *Papiniano e la definizione di «obligatio» in I. 3.13 pr.*, in *SDHI.* 50 (1984) 167 ss. Guarino, *«Obligatio est iuris vinculum»*, in *On. Talamanca* (2001). — 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, *RPR.* 2.322 ss. — La quadripartizione delle causae obligationum non si incontra nel *Digesto*, che mantengono la tripartizione dei *libri rerum cottidianarum* di Gaio (retro n. 63.7.1), 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*»). Sul punto: Cannata, sv. *Quasi contratti e quasi delitti (storia)*, in *ED.* — 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 ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipiuntur vel fieri prohibentur. «Necessitate» obligantur, quibus non licet aliud facere quam quod praeceptum est: quod evenit in necessario herede. «Ex peccato» obligamur, cum in facto quaestionis summa constitit. Etiam «nudus consensus» sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit.* — Le *obligationes quasi ex delicto* (o «*quasi ex maleficio*») sono fra tutte la ste ultime anche a vari altri fatti giuridici involontari e volontari (e, se volontari, leciti o illeciti) trovò la sua piena conferma nel linguaggio delle costituzioni imperiali ed in quello delle non pochissime glosse o interpolazioni inseritesi, per quanto è dato supporre, negli scritti giuridici di provenienza classica. A conclusione di questo sviluppo, Giustiniano tentò di fare qualcosa di più. Nel suo libro di istituzioni, affrettatamente scritto per sostituire nelle scuole le *institutiones* di Gaio, abbozzò addirittura una «quadripartizione delle fonti di obbligazioni» alquanto ingenuamente ispirata ad amore di simmetria. Affermò infatti che le *obligationes* possono provenire, oltre che da contratto e da delitto, «quasi da contratto» e «quasi da delitto» (*aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*»), con ciò tentando di articolare, attraverso la distinzione tra atti leciti non pienamente contrattuali ed atti illeciti non pienamente delittuosi, la generica categoria gaiana o pseudo-gaiana delle «*variae causarum figurae*».

63.9. L'esposizione analitica delle *obligationes*, o più in generale dei rapporti relativi del *ius privatum*, può essere

---

categoria forse più ingombrante e raccogliticcia. Su di essi: Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico* (1987), con bibl. (ma con presentazione della inaccettabile tesi che Giustiniano abbia affastellato nella categoria le quattro ipotesi, di cui *infra* nt. 93.1, in considerazione del fatto che si sarebbe trattato in origine, e stranamente non più ai tempi suoi, di fonti di responsabilità oggettiva); Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos* (1990). Lo spunto è chiaramente venuto a Giustiniano dalla lettura di Gai. 3 *aureorum* D. 44.7.5.4-6, cioè di uno squarcio appartenente a quei *libri aureorum* di Gaio che vengono da molti ritenuti una riedizione ulteriormente rielaborata dei già sospetti *libri rerum cottidianarum*. A titolo indicativo, riportiamo qui D. 44.7.5.4 (= D. 50.13.6, I. 4.5 pr.): *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri*. Il «*licet per imprudentiam*», si badi, non significa qui l'estensione dell'illecito doloso (su cui *infra* n. 90.7) anche ai casi di colpa, ma è solo un inciso costituente un richiamo ellittico al concetto postclassico che «*culpa lata dolo aequiparatur*» (v. *infra* nt. 91.5.2).

63.9. Il criterio espositivo della materia da noi adottato in questo e nei capitoli successivi (criterio che potremmo definire della «*divisio obligationum ex causis*») cerca di adeguarsi il più possibile (nei limiti del ragionevole) al Gaio delle *Institutiones* (3.88-225), allo pseudo-Gaio delle *res cottidianae sive aureae* (cfr. L. Gai. n. 498-521) e al Giustiniano delle *Institutiones* (3.13-29, 4.1-5). Esso non si discosta, in fondo, dal sistema espositivo di altri manuali, salvo che per l'accantonamento delle figure dei quasi-contratti e dei quasi-delitti e per il rilievo unitario conferito ai casi di responsabilità per inadempimento (*infra* n. 90-92). — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni trattano la materia delle obbligazioni, diventata nel mondo in cui viviamo estremamente ricca e ramificata, secondo modelli generali sensibilmente diversi, anche se un notevole numero di convenzioni internazionali su materie di interesse concorrente ha molto aiutato la formazione di regimi giuridici comunitari. Gli ordinamenti privatistici di derivazione romana sono tutti pervenuti ad una visione unitaria delle obbligazioni come rapporti relativi di debito derivanti da atti negoziali leciti unilaterali o plurilaterali, oppure derivanti da fatti involontari o da fatti giuridici determinativi di un pregiudizio ingiusto: di più. In essi il contratto (cui è spesso equiparato negli effetti il negozio giuridico* ancorata solo parzialmente, ed anche in questi casi non sempre con molta sicurezza, alle imperfette e talvolta contraddittorie concettualizzazioni che ci provengono dalla esperienza romana. Di questa si può dire *soltanto*: che pervenne assai presto ad una netta differenziazione dei rapporti giuridici relativi (non sempre, peraltro, qualificati come *obligationes*) dai rapporti giuridici assoluti; e che una differenziazione *sostanziale*, non terminologica, altrettanto netta operò, nell'ambito dei rapporti giuridici relativi, tra rapporti di debito e rapporti di responsabilità. Ecco il motivo per cui, dopo aver premesso in questo stesso capitolo un «quadro generale» dei tipi e delle vicende attinenti a quelle che denomineremo, per semplificazione di discorso, tutte quante come «*obligationes*», passeremo nei capitoli successivi a trattare via via di quattro raggruppamenti: *a*) quello delle cd. «*obligationes contractae*» del *ius civile vetus* (o a quest'ultimo successivamente attribuite dalle *leges publicae*, dai magistrati giusdicenti e dalla giurisprudenza); *b*) quello delle cd. «*obligationes ex contractu*» (o «*consensu contractae*») del *ius civile novum*; *c*) quello delle cd. «*obligationes non contractae*» (provenienti cioè da *pacta*, da convenzioni cd. «innominate», da cause lecite non convenzionali); *d*) quello delle cd. «*obligationes*» di responsabilità, sia primaria (da *delicta* civilistici o da altri illeciti successivamente venuti in rilievo giuridico), sia secondaria (da inadempimento di *obligationes* primarie di debito o di responsabilità).

64. I TIPI DELLE «OBLIGATIONES».

64.1. Anche se l'orientamento dei Romani fu, come abbiamo visto, nel senso della omogeneizzazione progressiva dei rapporti

---

unilaterale) viene considerato come una categoria negoziale compatta, capace di costituire o di modificare o di estinguere non solo rapporti relativi, ma anche rapporti assoluti (cfr. tuttavia, per il diritto italiano vigente, il discutibile a. 1321 c.c., che si trova nel libro «delle obbligazioni» e che parla di parti che costituiscono un rapporto giuridico «tra loro»). Molto diversa la configurazione degli ordinamenti privatistici di stampo anglosassone, e in particolare del diritto inglese, nei quali il concetto di obbligazione è sovrastato e spesso nascosto dal rilievo tipico che si riconosce ai singoli fatti giuridici e nei quali il regime degli atti leciti (e in particolare dei «contracts» bi- o plurilaterali) è nettamente distinto da quello degli atti illeciti («torts») e della responsabilità («liability») conseguente.

64.1. La distinzione tra *obligationes civiles e honorariae* si richiama a quella tra *actiones civiles* e *actiones honorariae* illustrata retro n. 9.3. Essa è formulata in I. 3.13.1 (che in ciò si differenzia da Gai 3.88: retro n. 63.7.1) come «*summa divisio*» di tutte le *obligationes*: *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut honorariae* (ecc.). — 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*.

giuridici relativi entro la categoria generale dell'*obligatio*, non può tacersi, a questo punto, di due tipi anomali di *obligationes* che in varia misura si differenziarono dal canone delle obbligazioni in senso pieno, cioè da quelle che si dissero al loro confronto, le *«obligationes civiles»*. Le due categorie anomale furono quelle: *a*) delle *obligationes honorariae*; *b*) delle *obligationes naturales*.

64.2. Le *obligationes honorariae* o *«praetoriae»* («obbligazioni onorarie») altro non erano che i rapporti relativi riconosciuti e tutelati, in periodo preclassico e classico, dal *ius honorarium*: rapporti che, come si ricorderà, la giurisprudenza di quei tempi evitava (pur se non in modo rigoroso e assoluto) di qualificare col termine di *«obligatio»* e preferiva indicare con la circonlocuzione *«teneri honoraria actione»* (essere cioè il debitore tenuto alla prestazione in virtù di un'azione concessa dal magistrato giusdicente al creditore). In teoria la sussistenza dell'obbligazione onoraria era legata alla *iurisdictio* del magistrato che le avesse elargito tutela, quindi anche alla durata in carica di quest'ultimo o comunque alla riconferma della promessa di tutela negli editti dei magistrati successivi; ma in pratica non tardò a prendere consistenza, nel corso del periodo classico, l'opinione che, una volta recepita la promessa di azione nell'editto giurisdizionale, il vincolo obbligatorio avesse lo stesso valore di un'obbligazione riconosciuta dal *ius civile* (*vetus* e *novum*) e dalle *leges publicae* di esso integrative.

64.2.1. La ragione per cui in periodo postclassico si continuò a parlare di *«obligationes honorariae»* non fu più quella di

---

64.2. Dubbi sulla classicità delle *obligationes honorariae* furono formulati per primo dal Perozzi (*Ist.* 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 prevalente, 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], in *St.* 3 [1936] 391 ss.) la formulazione della tesi per cui la *obligatio* rientrava nel *ius civile*, sempre per diritto classico, in linea esclusiva. In senso diverso: Segrè, «*Obligatio*» cit. 499 ss., e *Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra dir. civile e pretorio*, in *St. Ferrini Pavia* (1946) 729 ss.; Lauria, «*Contractus*» cit. 181 ss.; Pastori, *Profilo* cit. 206 ss.; van Oven, *Le sens* cit. 121 ss. Ormai la critica più avveduta, pur dando atto che i rapporti relativi di origine onoraria fossero preferibilmente designati dalle fonti preclassiche e classiche con un «*teneri honoraria actione*» o con altre circonlocuzioni del genere, respinge giustamente la [illegible] critica radicale della interpolazione di «*obligatio*» e «*obligari*» in tutti i passi in cui appaiono con riferimento a rapporti relativi riconosciuti dal *ius honorarium*.

64.2.1. La *summa divisio* giustinianea si legge in I. 3.13.2 (*retro* n. 64.1). Al proposito va tenuto presente che il titolo si rifà a Gai 3.88, ove si legge, con riferimento alle sole obbligazioni del *ius civile*, che la «*summa divisio*» è tra *obligationes ex contractu* e *obligationes ex delicto*. Giustiniano, allargando il discorso, persegnalare la loro differenza dalle «*obligationes civiles*». Essa fu, al contrario, quella di mettere in rilievo che esse, pur provenendo dal vecchio *ius honorarium*, erano «*obligationes*» a tutti gli effetti parificate alle obbligazioni civilistiche. Ciò spiega perché Giustiniano affermi, nelle sue *Institutiones*, che la «*summa divisio*» delle obbligazioni (prima ancora di quella tra *obligationes ex contractu, quasi ex contractu, ex delicto, quasi ex delicto*) è la distinzione tra *obligationes civiles* e *obligationes honorariae*.

64.3. Le *obligationes naturales* («obbligazioni naturali») erano un vasto e vario novero di rapporti giuridici relativi (generalmente con prestazione *in dando*) aventi tutti questa caratteristica comune: di dar luogo ad un «diritto affievolito» del creditore, e più precisamente ad un diritto creditorio condizionato all'«adempimento spontaneo» da parte del debitore. Solo se

---

la di una *summa divisio* in due «*genera*», aggiungendo a quello delle obbligazioni civili il *genus* delle *obligationes honorariae*, dopo di che (nel successivo paragrafo 2) egli passerà a dire che i due *genera* si suddividono nelle quattro «*species*» delle obbligazioni *ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio e quasi ex maleficio*.

64.3. Sulla *naturalis obligatio* (argomento dalle fonti particolarmente scarse e contraddittorie, che ha indotto il grande Cuiacio a confessare, dopo averlo trattato, *diu in desperatione fui*) la vastissima letteratura può essere ritrovata in: Vazny, «*Naturalis obligatio*», in *St. Bonfante* 4 (1930) 129 ss.; Burdese, *La nozione classica di «n. o.»* (1955); Longo (G. E.), *Ricerche sull'«o. n.»* (1962); Cornioley, «*Naturalis obligatio*» etc. (1964); Didier, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, in *RIDA*. 19 (1972) 239 ss.; id., *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisp. rom. des IIe et IIIe siècles*, in *SDHI*. 47 (1981) 195 ss.; Burdese, *La «n. o.» nella più recente dottrina*, in *SPR*. 32 (1981) 43 ss. — La concezione generale della *naturalis obligatio*, come *obligatio* che dà luogo solo a *soluti retentio* sembra smentita da Iul. 53 *dig.* D. 46.1.16.4: *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua* [*eorum*] <*earum*> *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 recipiunt, debitum sibi recepisse*. Il testo, per quanto sorprendente possa essere nella qualifica di «*naturales*» assegnata anche alle *obligationes* pienamente sancite (quindi, da qualificarsi, a rigore, «*civiles*»), difficilmente può essere ritenuto spurio poiché è letteralmente riprodotto da Ulp. D. 44.7.10. Tuttavia è utile tener presente che esso fa séguito ad un periodo (cfr. D. 46.1.16.3 e L. *Iul.* 751) in cui si afferma: *Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur*. Questo periodo lascia supporre che Giuliano abbia voluto sottolineare (sia pure in forma contorta e perciò equivoca) che le *obligationes naturales* si distinguevano da quelle *civiles*, non per il fatto di dar luogo ad un'azione creditoria (azione alla quale in effetti non davano luogo), ma per il fatto di autorizzare quanto meno la *soluti retentio* (e cioè per il fatto che i debitori naturali erano tali *minus proprie*, ma erano pur sempre debitori a termini di diritto). Interpretazione, la nostra, indubbiamente forzata, ma che tien conto sia della opportunità di conformare la lettura del passo giulianeo a quella meno equivoca degli altri giureconsulti classici, sia della inopportunità di attribuire a Giustiniano (o ad un precedente glossatore postclassico) una concezione che sarebbe, tutto sommato, in contrasto anche col diritto postclassico-giustinianeo. — Sulla *fideiussio*: *infra* n. 72.6.2. — Sulle *garanzie reali*: *retro* n. 62. — Sulla *novatio*: *infra* n. 69.3. — Sulla *compensatio*: *infra* n. 68.6. — La *casistica* delle *obligationes naturales* (anche indebitamente ritenute tali secondo qualche fonte) si ritrova in: Burdese, *La nozione classica* cit.

il debitore avesse provveduto all'adempimento di sua piena e libera volontà, il creditore poteva pretendere la «ritenzione della prestazione» fattagli («*soluti retentio*») e poteva conseguentemente resistere in sede giudiziaria (di solito, mediante *exceptio doli*) all'eventuale pretesa di restituzione della prestazione avanzata dal debitore tardivamente pentito. Dato che, malgrado questa forte attenuazione del potere del creditore, il rapporto aveva pur sempre carattere «giuridico» (cioè di *obligatio*): *a*) ne era ammessa (anzi, doveva essere frequente) la garanzia da parte di terzi mediante negozi di fideiussione (*fideiussio*) o anche di garanzia reale (*datio* o *conventio pignoris*); *b*) ne era concepibile (purché accettata dal debitore) la novazione (*novatio*) in obbligazione regolare (cioè in «*obligatio civilis*»); *c*) ne era ritenuta possibile (almeno in periodo postclassico) la compensazione (*compensatio*) con una obbligazione civilistica. Nel caso (peraltro rarissimo) che un'*obligatio naturalis* venisse successivamente munita (dal pretore, da una legge, da una costituzione imperiale) anche di azione diretta al pieno adempimento da parte del debitore, essa passava ovviamente ad essere un'*obligatio civilis*, ma non era da escludere che, malgrado ciò, si continuasse, per trascuratezza, a denominarla tuttora come *obligatio* «*naturalis*».

64.3.1. La ragione di fondo per cui vennero riconosciute in sempre più larga misura, prima dalla giurisprudenza e poi dalla giurisdizione, le fattispecie delle *obligationes naturales* fu essenzialmente questa. In quelle ipotesi, pur quando mancasse ad una delle parti la capacità (giuridica o di agire) occorrente alla costituzione di un rapporto giuridico obbligatorio in piena rego-

---

64.3.1. Sul *natura debere*, e sui suoi molti punti di contatto con il ius gentium e il *ius naturale*, cfr. ad es. Paul. D. 50.17.84.1: *is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus*. Non convince peraltro la tesi della provenienza dal ius gentium difesa dal Siber, «*Naturalis obligatio*», in *Gr. Mitteis* (1926) 1 ss. Sul tema (con altra bibl.): Burdese, *La nozione classica* cit. 15 ss. — Le origini della concezione del *debitum naturale* traspaiono da Iav. 2 *post. Lab.* D. 35.1.40.3: *Dominus servo* [*aureos quinque*] <*sestertium quinque milia*> *eius* <*rationis*> *legaverat: «heres meus Sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi,* [*aureos quinque*] <*sestertium quinque milia*>*, quos in tabulis debeo, dato». nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia domini servo nihil debere potuisset: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse et eo iure utimur*. Il *legatum per damnationem* a favore del *servus liber testamento factus*, essendo riferito ad un debito contratto dal *testator* con costui quando era ancora schiavo, era indubbiamente nullo secondo Servio Sulpicio Rufo (il cui parere era riferito dall'allievo Aufidio Namusa); tuttavia, a distanza di qualche decennio, Labeone espresse il parere (*ego puto* ... *spectandum esse*) che, se anche non si trattava di un debito civile, si trattava di un debito naturale, il che implicava la sua rilevanza ai fini della *soluti retentio*; e Giavoleno Prisco, alla fine del sec. I d. C., affermò che ormai la soluzione era pacifica (*eo iure utimur*). Sul tema, con ampia argomentazione e con riferimento a Sen. *de benef.* 3.18.1 ss.: Mantello, «*Beneficium servile – debitum naturale*» 1 (1979).

la, o pur quando mancasse allo specifico rapporto la motivazione economica adeguata ad un suo pieno riconoscimento giuridico, il debitore doveva sentirsi egualmente tenuto, stando alle correnti opinioni sociali, a comportarsi secondo l'impegno assunto: esigenza che si usava esprimere con la circonlocuzione «*natura debere*» (dover compiere la prestazione per un impulso socialmente del tutto naturale, spontaneo, ovvio) o con fraseologie dello stesso tipo. Sebbene sia evidente un certo collegamento di questa concezione con quelle del *ius gentium* e del *ius naturale*, è peraltro da escludere che le obbligazioni naturali siano state viste, salvo che in qualche occasione particolare, come dirette promanazioni di quei sistemi normativi. Al risultato finale di far coincidere le obbligazioni naturali con tutti quanti i più sentiti «doveri morali e sociali» che già non fossero coperti da piena tutela giuridica, si pervenne (ma in modo alquanto approssimativo) solamente nel periodo postclassico, mentre nel precedente periodo classico le fattispecie più probabili di *obligationes naturales* furono: *a*) quelle attinenti ai *servi*; *b*) quelle attinenti ai *liberi* sottoposti a *potestas*; *c*) quelle attinenti ai *capite minuti*; *d*) poche altre ancora.

64.3.2. Relativamente agli schiavi (*servi*), la giurisprudenza classica: da un lato, tenne sempre fermo il principio che essi fossero del tutto sforniti di capacità di agire in nome proprio (*pro se*) e che pertanto non potessero essere soggetti né attivi né passivi di *obligationes civiles* (cioè munite di azione); dall'altro lato, si indusse lentamente (e non senza incertezze) a considerarli debitori naturali in ordine alle obbligazioni derivanti da atti illeciti, nonché debitori o anche creditori naturali in ordine alle obbligazioni derivanti da atti leciti. Questa impostazione, accolta e sviluppata con favore in periodo postclassico, comportò principalmente che il diritto alla *soluti retentio*: *a*) potesse es-

---

64.3.2. Sulla naturalis obligatio dello schiavo cfr. 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.* Cfr. anche Iav. D. 35.1.40.3, Ulp. D. 46.3.16.3, 4, Afric. D. 46.3.21.2, 3. Unico testo al di fuori della compilazione in cui si rinviene un accenno alla *naturalis obligatio servi* è Gai 3.119a: *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.* Alla bibl. cit. *supra* nr. 64.3 e 64.3.1 si aggiunga in particolare: Longo (E. G.), *Concetto e limiti dell'obbligaz. naturale dello schiavo nel dir. rom. class.*, in *SDHI* 16 (1950) 86 ss.; Labruna, *Interpretaz. di Gai 3.119a*, in *Gaio nel suo tempo* (1966) 35 ss.; Buti, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»* (1976).

sere fatto valere nei confronti dello schiavo manomesso quando, dopo l'affrancazione, avesse spontaneamente rimborsato l'ex-padrone (o chi altri per costui) delle perdite economiche incontrate a causa di un delitto da lui perpetrato; *b*) potesse essere fatto valere nei confronti dello schiavo manomesso quando avesse spontaneamente adempiuto, sempre dopo l'affrancazione, un'obbligazione assunta per causa lecita verso il proprio padrone o verso un altro soggetto giuridico; *c*) potesse essere fatto valere nei confronti dello schiavo manomesso, almeno nei limiti del peculio, anche quando avesse proceduto all'adempimento spontaneo durante lo stato servile, cioè prima della *manumissio*; *d*) potesse essere fatto valere, dallo stesso schiavo manomesso, in veste di creditore naturale, nei confronti di chi avesse spontaneamente adempiuto un'obbligazione assunta, per causa lecita e prima dell'affrancazione, a favore di lui.

64.3.3. Relativamente ai sottoposti liberi di un *pater familias* (cioè ai *filii familiarum* ed ai *liberi* ad essi equiparati), va tenuto presente quanto si è detto a suo tempo circa il riconoscimento agli stessi, e in particolare ai figli maschi di primo grado, di una capacità di agire in nome proprio (*pro se*). Fuori da queste ipotesi speciali, la posizione della giurisprudenza preclassica e classica in ordine ai sottoposti liberi coincise quasi in tutto con quella assunta nei riguardi degli schiavi.

64.3.4. Relativamente a coloro che avessero perso la soggettività attiva o passiva di una precedente *obligatio civilis*, a séguito di *capitis deminutio* dovuta a privazione della libertà o ad *adrogatio* da parte di altro *pater familias*, analogo fu l'atteggiamento della giurisprudenza classica.

64.3.5. Altre fattispecie di obbligazioni naturali, delle quali è dubbia la classicità o addirittura probabile la postclassicità, fu-

---

64.3.3. Sulla capacità di agire *pro se* dei sottoposti liberi: retro n. 20.4.3.

64.3.4. Sulla naturalis obligatio del capite minutus cfr. D. 4.5.2.2: *Hi qui capite minuuntur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt manent obligati naturaliter.* Per la letteratura: Kaser, *Zur Geschichte der «capitis deminutio»*, in *Iura* 3 (1952) 48 ss.

64.3.5. Sulla naturalis obligatio del pupillo sponte *sine tutoris auctoritate* cfr. 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 sunt, legatum a creditore meruerit sub hac condicione, si decem quae acceperit heredi reddiderit, una numeratione et implet condicionem et liberatur naturali obligatione* (ecc.). Cfr. anche D. 46.3.95.2 e D.

rono: *a)* l'obbligazione assunta dal pupillo senza l'*auctoritas* del tutore; *b)* l'obbligazione assunta mediante *nudum pactum*; *c)* l'obbligazione estinta per prescrizione; *d)* l'obbligo del *paterfamilias* di dotare la figlia *in potestate*; *e)* l'obbligo della moglie *sui iuris* di autodotarsi; *f)* l'obbligo del liberto di prestare le *operae* al patrono; *g)* l'obbligo del donatario di remunerare il donatore. Elenco, questo, puramente indicativo, il quale non vale a dare un quadro sufficientemente chiaro e sicuro dello stato del diritto classico, ma serve solo a confermare il carattere approssimativo dell'identificazione postclassico-giustinianea delle *obligationes naturales* con i doveri morali e sociali in genere.

46.3.44. Con 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 Licinio Rufino*, in St. *Arangio-Ruiz* (1964) 760 ss. Per la classicità del principio secondo cui il pupillo si obbliga naturalmente quando agisce senza l'assistenza del tutore: Lubrano, «*Rescriptum divi Pii*» (1952), 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 St. *von Lübtow* (1970) 457 ss. — Sulle *naturales obligationes ex pacto* cfr. D. 46.3.5.2, su cui De Villa, *Le usurae ex pacto nel dir. rom.* (1938). — Per le *naturales obligationes* ritenute scaturenti dall'*officium* o dalla *pietas* in epoca postclassica, cfr. D. 5.3.25.11 e D. 12.6.26.12: *natura enim operas patrono libertus debet* (ecc.). Per il dovere del figlio di dare gli alimenti al padre (su cui *infra* n. 84.6), cfr. anche Iust. C. 8.47.10.5. Il quadro postclassico-giustinianeo (forse alquanto ridotto a causa della tendenza a considerare classiche quasi tutte le fattispecie) si trova in Kaser, *RPR.* 2.355 (da confrontare con 1.480 ss.). — I giochi aleatori («*lusus aleatorii*», cd. «di azzardo») e le scommesse in genere furono sempre molto largamente praticati (generalmente mediante poste condotte su due piedi), quanto severamente vietati anche sul piano criminale (cfr. D. 11.5 e C. 3.43): prima del periodo postclassico si faceva eccezione solo per la festa carnevalesca dei *Saturnalia* (17 dicembre e giorni immediatamente successivi) e per le *sponsiones* reciproche di modico danaro in ordine all'esito dei principali giochi agonistici pubblici (v. *infra* n. 77.3.1). Dal canto suo, il *praetor* negò ogni protezione giudiziaria agli organizzatori di giochi («*susceptores ludorum*») persino nell'ipotesi che fossero picchiati e derubati del loro guadagno: cfr. Ulp. D. 11.5.1 pr. Particolarmente duro fu Giustiniano (C. 3.43.1), che ammise i giochi d'azzardo nei limiti della posta di un *solidum* (somma praticamente simbolica) e che, al di sopra di questo minimo, proclamò «*ut solutum reddatur*». Non è quindi a parlarsi, in ordine a giuochi di sorte e a scommesse, di *obligationes naturales*. Sul tema: Impallomeni, *In tema di gioco*, in St. *Guarino* (1984) 2331 ss.; Poliera, *In tema di repressione del gioco d'azzardo* etc., in St. *De Sarlo* (1989) 517 ss.; Nardi, *Monopoli e C.*, in St. *Falzea* 4 (1991) 297 ss. — *Postilla. Negli ordinamenti giuridici moderni, particolarmente se di tradizione romanistica, notevoli, ma non univoche tracce degli orientamenti del diritto giustinianeo sono facilmente avvertibili. Per quanto riguarda il diritto italiano vigente, cfr. a. 2034 c.c. (che ammette al beneficio della soluti retentio colui cui sia stato pagato alcunché in adempimento di «doveri morali e sociali»), nonché a. 1933 c.c. (che dispone lo stesso per quanto sia stato dato a titolo di pagamento di debiti di giuoco o di scommessa, purché non si tratti di giuochi o scommesse «proibiti»).*

65. I SOGGETTI DELLE «OBLIGATIONES».

65.1. I soggetti di una *obligatio* (anche detti «rei» della stessa) erano, come abbiamo già visto in precedenza, due e ben determinati: un soggetto attivo, denominato «creditore» («*creditor*»), ed un soggetto passivo, denominato «debitore» («*debitor*») o anche e più spesso «obbligato» («*obligatus*»). Tuttavia erano possibili e previste l'ipotesi di una «pluralità» di soggetti attivi e di soggetti passivi e quella dell'«indeterminatezza» dei soggetti stessi. Parleremo qui, pertanto: *a*) delle obbligazioni parziarie; *b*) delle obbligazioni cumulative; *c*) delle obbligazioni solidali; *d*) delle obbligazioni a soggetto indeterminato.

65.2. La pluralità dei soggetti (attivi o passivi) di una *obligatio* dava luogo, di regola, ad una obbligazione parziaria («*obligatio pro parte*» o «*pro rata*»). L'*obligatio* si intendeva ripartita *ipso iure* in tante obbligazioni per quanti erano i soggetti attivi e passivi: quindi la prestazione spettava a ciascun creditore o gravava su ciascun debitore solo in proporzione alla sua parte individuale (c.d. «*portio virilis*»). Generalizzando una formulazione sorta in ordine ad una delle ipotesi (peraltro la più importante) di parziarietà, quella della successione *mortis causa* nelle *obligationes*, può dirsi, insomma, che il principio era nel senso che le obbligazioni a più soggetti erano divise *ipso iure* fra gli stessi («*nomina ipso iure divisa*»).

65.3. Rispetto alla regola della parziarietà delle obbligazioni a pluralità di soggetti, una prima eccezione era rappresentata

---

65.1. Quanto ai soggetti delle *obligationes*, una definizione di *creditor* è in Gai. D. 50.16.11 (riportato retro n. 63.7), mentre una parziale definizione di *debitor* è in Mod. D. 50.16.108: *Debitor intellegitur is, a quo invito exigi pecunia potest* (colui che si possa costringere giudizialmente a pagare quando non voglia adempiere spontaneamente).

65.2. 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 moltiplicarlo 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 duo 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. — *Postilla. Negli ordinamenti giuridici moderni il principio di parziarietà vige soltanto quanto alle situazioni creditorie. Vari diritti (tra cui quello italiano vigente: a. 1294 c.c.) stabiliscono invece la presunzione, sino a prova contraria, della solidarietà passiva dei condebitori.*

65.3. Per la cumulatività obbligatoria *ex voluntate*, cfr., ad esempio, D. 45.2.11.1-2 (riportato *retro* n. 65.2). — Quanto alla cumulatività 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 dalla volontà dei soggetti che ponevano in essere la obbligazione («*ex voluntate*»), oppure da norme dell'ordinamento giuridico (o meglio, da fatti giuridici involontari corrispondenti a quelle norme: «*ex iure*»). 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.

65.3.1. Sempre cumulative erano, per comune riconoscimento della giurisprudenza preclassica e classica, le obbligazioni fissate, a carico o a favore di più soggetti, a titolo di pena (cd. «*obligationes poenales*»), e in particolare quelle insorgenti a titolo

---

ex iure (e in particolare, quanto alla cumulatività delle *obligationes ex delicto*), si leggano D. 9.2.51.2 (*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*.

65.3.1. Sulla cumulatività delle obligationes poenales ex delicto (e in genere da responsabilità primaria): *infra* n. 87.5. — 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. 33.3.2 e *infra* n. 54.2), la cui formula portava *ab antiquo* una sorta di condanna dell'erede ad adempiere («*heres meus damnas esto*»: Liebs, «*Damnum, damnare*» und «*damnas*» etc., 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 [non essendo egli «fungibile»], 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. 33.3.1) 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; ancor più restrittivi furono la giurisprudenza postclassica e Giustiniano: cfr. Paul. D. 30.33, Ulp. 32.29, Marcian. D. 30.114, Iust. CI. 6.51.1.11a (*... nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio vel singulis in solidum praestetur*). — La locuzione obligatio in solidum (propria delle obbligazioni solidali) era spesso erroneamente adoperata anche per indicare la figura dell'obbligazione cumulativa.

lo di pena da una responsabilità primaria («*obligationes poenales ex delicto*»). 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 allontanò dalle sue origini di «vendetta», la giurisprudenza tardo-classica e, con più larghezza, il diritto postclassico-giustinianeo mostrarono una forte propensione a ridurre il numero delle ipotesi di cumulatività *ex poena* ed a convertire le obbligazioni penali a pluralità di soggetti da cumulative in solidali.

65.4. 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 molteplici condebitori cui la richiedesse l'unico creditore (ipotesi della «solidarietà passiva») oppure al primo dei molteplici concreditori che la richiedesse all'unico debitore (ipotesi della «solidarietà attiva»): dunque l'obbligazione era unica non solo formalmente (a causa dell'unicità del fatto giuridico da cui era scaturita), ma anche sostanzialmente, cioè a causa dell'unica prestazione dovuta («*plures rei unum debitum*»). Dalla circostanza che le fonti denominano talvolta (più precisamente, a proposito della *stipulatio* determinativa di obbligazioni solidali) «*correi*» i due o più soggetti («*rei*») legati dal

---

65.4. Sulle obligationes in solidum: Binder, *Die Correalobligation im röm. R.* 1 (1918), 2 (1922); Archi, *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *St. Castelli* (1940) 241 ss.; id., *La funzione del rapporto obbl. solid.*, in *SDHI.* 8 (1942) 197 ss.; Lucifredi Peterlongo, *Intorno alla unità o pluralità di vincoli nella solidarietà contrattuale* (1949); Albertario, *Le obbl. solid.* (corso, 1948); Branca, *Intorno alle fonti della solidarietà*, in *SDHI.* 15 (1949) 295 ss.; id., *«Unum debitum plures obligationes»*, in *RDCo.* (1954) 350 ss.; Correia de Castro, *As obrigações solidárias em dir. rom.*, in *Rev. Fac. Dir. São Paulo* 55 (1960) 197 ss.; Cantarella, *La fideiussione reciproca («ἀλληλεγγύη» e «mutua fideiussio»)* etc. (1965); Sacconi, *Studi sulle obbl. solid. da contratto in dir. rom.* (1973); Gonzalez, *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obl. solid. en der. rom. clás.* (1983). — 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 o semplici. La distinzione, oggi giustamente abbandonata, era essenzialmente basata sul rilievo dei modi di estinzione del rapporto (v. *infra* n. 65.4.5): là dove pareva che il rapporto si estinguesse solo per cause oggettive (valevoli in una volta sola per tutti i «*correi*») si sosteneva l'esistenza tra i contitolari di un vincolo assai più saldo di quello normale. Per la critica: Albertario, *Le obbl. solid.* cit. 75 ss.

vincolo di solidarietà, è derivato l'uso di chiamare le obbligazioni solidali, o talune tra esse, anche «obbligazioni correali».

65.4.1. La solidarietà obbligatoria derivava in rare ipotesi (per esempio, in quella delle obbligazioni indivisibili) da norme giuridiche (*«ex iure»*), ma il più delle volte derivava dalla volontà dei soggetti (*«ex voluntate»*) e particolarmente da atti negoziali. I negozi giuridici più usuali ai fini della costituzione di obbligazioni solidali furono: *a)* la *stipulatio* di un debito unitario (*«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»*); *b)* il *legatum per damnationem* di un *«unum debitum»* a carico di più eredi e a favore di un legatario (es.: *«Titius heres meus aut Caius heres meus Seio centum damnas esto dare»*) o a carico di un solo erede e 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*).

65.4.2. L'obbligazione solidale (salvo il caso che la prestazione fosse indivisibile) non implicava necessariamente l'adempi-

---

65.4.1. La solidarietà *ex iure* si verificava, in diritto classico, sopra tutto in materia di obbligazioni indivisibili (su cui *infra* n. 66.3.1): essa era implicata, 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. 65.3.1. — Sulla *stipulatio* (*infra* n. 67) come fonte di obbligazioni solidali cfr. 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* (*infra* n. 33.3.2) come fonte di obbligazioni solidali, cfr. 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 Marcell. D. 19.2.47 (*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*).

65.4.2. 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 re-*

mento *in solidum*, cioè integrale: ove l'avente diritto all'adempimento non pretendesse per esplicito che esso fosse effettuato integralmente, l'*obligatio* poteva essere ben adempiuta parziariamente (ciascuno per la sua parte di debito) dai singoli condebitori. Se però l'adempimento era stato comunque effettuato integralmente 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 parziario.

65.4.3. 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 *correi*, la *confusio* o il *concursus causarum* relativi ad uno dei *correi*, le situazioni determinative di *exceptio* relativamente ad un *correus* soltanto) avevano effetto estintivo limitatamente al soggetto (*correus*) interessato. Quanto alla *litiscontestatio*, bisogna distinguere: 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, ove qualcuno agisse successivamente per l'adempimento di quella *obligatio*, l'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 condebitori, era libero di ripetere l'azione contro un altro *correus* e poi contro un altro ancora, sino a trovare colui che effettivamente eseguisse l'adempimento.

---

orum, 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.

65.4.3. Quanto all'estinzione delle *obligationes in solidum* (v. *infra* n. 68 e 69): per le cause oggettive cfr. 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, cfr. D. 46.3.71; D. 45.2.19; D. 4.4.48; D. 2.14.25.1. — Per la litis contestatio cfr. 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 cotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contentiosa ex quacumque parte possit ius creditoris mutilare?* V. anche *retro* n. 11.4.5 e 61.3.5.

65.4.4. La struttura delle obbligazioni solidali non comportava, di per sé: né la possibilità della «rivalsa» dei creditori insoddisfatti verso il concreditore che avesse ricevuto l'adempimento; né la possibilità del «regresso» del debitore che avesse effettuato l'adempimento verso i condebitori insolventi. Tuttavia, era d'uso tra i concreditori ed i condebitori 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 cessione del credito (*cessio nominis*) dal creditore.

65.5. **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 rimandata, secondo criteri prefissati, al momento dell'adempimento. In astratto, il fatto che i soggetti, pur se non determinati, fossero però determinabili sarebbe dovuto essere sufficiente a legittimare le obbligazioni ambulatorie, ma il *ius privatum*, e particolarmente il *ius civile*, manifestò in concreto sensibili riluttanze, limitando la ammissibilità della figura a pochissimi casi (es.: legato a favore del primo fra i parenti che si presenterà ai funerali del testatore, cioè a favore di colui che «*ex cognatis meis primus ad funus meum venerit*»).

65.4.4. Circa il *regime postclassico della solidarietà* cfr. D. 19.2.47; Nov. 99. Si veda 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. — Sul *mandatum*: infra n. 81. — Sulla *negotiorum gestio*: infra n. 85. — Sulla *cessio nominis*: infra n. 69.4. In periodo 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 condebitori. — *Postilla. Negli ordinamenti giuridici moderni il fenomeno della solidarietà obbligatoria è largamente accolto e variamente disciplinato. Per il diritto italiano vigente, cfr. a. 1292-1313 c.c.*

65.5. Per la terminologia *obbligazioni ambulatorie* cfr. Paul. D. 4.5.7.1: *Iniuriarum et actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant*. Cfr. anche Ulp. D. 7.1.25.2. — Sul *primus ex cognatis*: retro n. 28.2.

65.5.1. Furono invece ammesse senza difficoltà dal *ius privatum* talune di quelle speciali obbligazioni ambulatorie che si sogliono denominare «*obligationes propter rem*», o (impropriamente) «oneri reali»: obbligazioni gravanti su chiunque si trovasse ad avere in proprietà o in possesso una certa *res*. Pertanto si ritenne: che il superficiario e l'enfiteuta, quali che essi fossero, avessero l'obbligo di pagare i canoni relativi al diritto acquistato; che qualunque successivo possessore di *fundi provinciales* fosse obbligato al pagamento dello *stipendium* o del *tributum*; che qualunque attuale 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 attuale 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.

66. L'OGGETTO DELLE «OBLIGATIONES».

66.1. Oggetto della *obligatio* era, nella concezione genuinamente romana, il soggetto passivo in funzione di 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 del suo obbligo. E questa visuale fu agevolata dal fatto che le *obligationes* passive, in origine ritenute strettamente inerenti alla persona dell'*obligatus*, furono col tempo riconosciute quasi tutte trasmissibili agli eredi e trasferibili *inter vivos*, vennero quindi considerate come entità economiche autonome.

66.2. La prestazione poteva consistere in un «*dare*» (cioè nel trasferimento di una cosa in proprietà o in possesso), in un

---

65.5.1. Sulle *obligationes propter rem*: Biondi, *Servitù reciproche, servitù «in faciendo», oneri reali e obbligaz. «propter rem»*, in *Gi.* (1952) 751 ss.; *Le «actiones noxales» nel dir. rom. class.*, in *AUPA.* (1925); Id., *Problemi ed ipotesi in tema di «act. noxales»* (1928), in *Scr.* 3 (1965) 369 ss.; Longo (C.), *Obbligazioni* (corso, 1936) 3 ss.; Sargenti, *Contributo allo studio della responsabilità nossale in dir. rom.*, in *SPA.* 1949; Grelle, *«Stipendium vel tributum»* (1963); Provera, *Servitù prediali ed obbligaz. «propter rem»*, in *St. Volterra* 2 (1971) 19 ss.

66.1. Sull'oggetto delle obligationes: Albertario, *Le obbligazioni. Parte gen.* 1 (1936); Betti, *Teoria delle obbligaz. in dir. rom.* 1 (1947); Pastori, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligaz.* cit.; Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione ecc.*³ (1966); Voci, *Le obbligaz.* cit. — Sull'obligatus come oggetto del diritto del creditore: retro n. 18.6.

66.2. Sulla prestazione: Voci, *Le obbligaz.* cit. 41 ss.; Wolf, *Haftung und «dare oportere»*, in *St. Wieacker* (1978) 519 ss. Si ricordi la definizione di Paul.

«facere» (cioè in una specifica attività del debitore), in un «non facere» (cioè nell'astensione del debitore da una specifica attività). Le fonti romane passano però spesso sotto silenzio il *non facere* e parlano invece di «*dare, facere*», o anche di «*dare, facere, praestare*». Con quest'ultimo termine («*praestare*»), che letteralmente significa «star garante» («*praes-stare*») e che solo la dottrina moderna ha arbitrariamente assunto a designazione generale dei comportamenti debitori, si voleva forse intendere il momento della «responsabilità» (e dell'obbligazione relativa), che seguiva a quello del mero debito in caso di inadempimento.

66.2.1. Requisiti della prestazione erano, in ogni caso, quattro: *a*) la «determinatezza», o almeno la «determinabilità» se-

---

D. 44.7.3 pr. (... *ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*) riportata retro n. 63.6 e si tenga altresì presente la *intentio* delle *actiones in personam* secondo Gai 4.2: *In personam actio est... cum intendimus dare facere praestare oportere*. — La prestazione di *dare* riguardava, in senso proprio, il trasferimento del *dominium ex iure Quiritium* o la costituzione di un *ius in re aliena* riconosciuto dal *ius civile vetus*. In senso improprio, ma affermatosi saldamente già in periodo preclassico, esso si riferiva anche al trasferimento della *possessio* o della *detentio* ai fini della costituzione di un rapporto di *ius civile* (*vetus* o *novum*) o di *ius honorarium* (es.: *rem utendam dare, rem pignori dare*). — La prestazione di *facere* era relativa ad ogni comportamento del debitore che non consistesse in un *dare*. In senso ampio, essa comprendeva dunque anche la prestazione di *non facere* (cfr., ad es., Ulp. D. 50.16.175: «*Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit*»). In senso più ampio ancora, essa abbracciava ogni comportamento debitorio, ivi compreso quello di *dare* (cfr. Pap. D. 50.16.218: *Verbum «facere» omnem omnino faciendi causam complectitur: dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi*). La nostra classificazione delle prestazioni obbligatorie si basa, insomma, sul significato prevalente delle parole, essendo escluso che i Romani, e in particolare i giuristi romani, fossero afflitti, almeno in questo campo, dalla preoccupazione di far capo ad una terminologia precisa. — Il significato di *praestare* è quanto mai controverso, anche se vi è sufficiente concordia circa la derivazione da «*praes stare*» (o da «*prae stare*»): Cardilli, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in d. r.* (1995), con bibl. Le fonti non contribuiscono in alcun modo ad accreditare un senso specifico del termine, anche se non di rado lo aggiungono a titolo di completamento alla menzione del *dare* e del *facere* (o *non facere*). La nostra spiegazione del *praestare* come allusivo alla responsabilità secondaria del debitore, in caso di inadempimento dell'obbligazione primaria (v. *infra* n. 91), è anch'essa una congettura. Un labile sostegno alla nostra ipotesi può vedersi in Ulp. D. 21.2.31, ove si legge che la *stipulatio* mediante cui si promette che il servo sarà in buona salute (*sanus*), oppure che non sarà ladro (*fur*), oppure non si darà alla spregevole attività di becchino (*vispellio, vespillo*), non è un negozio da considerarsi nullo per impossibilità di promettere una qualità futura del servo che si aliena, ma è una *stipulatio utilis*, sopra tutto se nella formula stipulatoria sia stato aggiunto il verbo «*praestari*», perché in questo caso garantisce nel modo più pieno una qualità dello schiavo cui l'acquirente (e *stipulans*) attribuisce specifico interesse.

66.2.1. Sulla determinatezza della prestazione (e con riguardo alla possibilità di determinazione affidata all'«*arbitrium boni viri*», cioè alla «valutazione da galantuomo» di una delle parti): Albertario, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestaz.*, *La nullità della obbligazione per indeterminatezza della prestaz.*, e *L'«a. b. v.» nell'onerato di un fedecommesso*, tutti ora in *St.* 3 cit. 311 ss.; Riccobono, *L'«a. b. v.» nei fedecommessi*, in *Op. Cornil* (1926) 275 ss.; Grosso, *Le clausole «si putaveris», «si aestimaveris» e simili nei fedecommessi e la dottrina del-*

condo criteri ben individuabili al momento della costituzione del rapporto: 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; *b*) la «possibilità» della sua effettuazione sia dal punto di vista materiale, che da quello giuridico: senza di che egualmente l'*obligatus* si sarebbe venuto a trovare completamente nelle mani del creditore; *c*) la «liceità» giuridica e morale, cioè la sua compatibilità con le norme inderogabili del diritto e con quelle fondamentali della morale; *d*) la «valutabilità economica»: senza di che non sarebbe stata possibile la *condemnatio pecuniaria* conseguente, nella *cognitio ordinaria*, all'esercizio dell'*actio in personam*.

66.3. Con riguardo alla prestazione, le *obligationes* erano passibili di tre classificazioni: *a*) obbligazioni positive e negative; *b*) obbligazioni divisibili e indivisibili; *c*) obbligazioni di specie e di genere.

66.3.1. «Obbligazioni positive» erano quelle aventi ad oggetto un comportamento commissivo (di *dare* o di *facere*), mentre «obbligazioni negative» erano quelle aventi ad oggetto un comportamento omissivo (di *non facere*). La distinzione aveva, come vedremo, il suo rilievo in materia di responsabilità per inadempimento.

66.3.2. «Obbligazioni indivisibili» erano quelle la cui prestazione era oggettivamente insuscettibile di adempimento parziale:

---

l'«a. b. v.», in *SDHI.* 1 (1935) 83 ss.; id., *Il fr. 77 D. 17.2 e i formulari di locazione del «de agri cultura» di Catone*, in *SDHI.* 3 (1937) 440 ss.; id., *Obbligazioni* cit. 93 ss.; Hausmann, *Zu L. 76 pr. D. 17,2*, in *St. Riccobono* 4 (1936) 179 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'«a. b. v.»*, in *St. Scherillo* 1 (1972) 539 ss. — Sulla possibilità cfr. Cels. D. 50.17.185: *Impossibilium nulla obligatio est* (nulla era pertanto l'obbligazione di recarsi sulla luna o di dare al creditore una *res extra commercium*). Sul tema: Rabel, *Origine de la règle «impossibilium n. o.»* (1907); id., *Unmöglichkeit der Leistung* (1907), in *Aufsät.* 4 (1971) 105 ss.; Longo (G.), *Casi di impossibilità della prestazione nel dir. giustinian.* (1934), in *Ricerche* (1966) 201 ss.; Cuena Boy, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación: la imposibilidad jurídica* (1992). — Sulla liceità: Siber, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, in *St. Bonfante* 4 (1930) 103 ss. Va rilevato, a questo proposito, che le prestazioni illecite o turpi davano luogo, se effettuate, ad obbligazioni di restituzione o di ripristino: v. *infra* n. 86. — Sulla valutabilità economica: Grosso, *Obbligazioni* cit. 315 ss.; Voci, *Le obbligazioni* cit. 229 ss. V. anche *infra* n. 67.3.3.

66.3. Alle classificazioni di cui sopra non aggiungiamo quella in «obbligazioni pecuniarie» e non, per i motivi di cui *infra* n. 66.5.

66.3.1. Sulle obbligazioni positive e negative v. *retro* n. 66.2 e *infra* (quanto all'inadempimento) n. 91.4.1. Cfr. Ulp. D. 45.1.75.7: *Qui id, quod in faciendo aut non faciendo stipulatur, incertum stipulari videtur: in faciendo, veluti «fossam fodiri», «domum aedificari», «vacuam possessionem tradi»: in non faciendo, veluti «per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat», «per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotem habere liceat».*

66.3.2. Sulle obbligazioni indivisibili: Arnò, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili* (1931); Guarneri Citati, *Studi sulle obbligaz. indivis. in dir. rom.* 1

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, in via estremamente approssimativa, si può dire che: *a*) erano normalmente divisibili le *obligationes in dando*, a meno che oggetto della prestazione fosse una cosa indivisibile; *b*) erano normalmente indivisibili le *obligationes in faciendo* e quelle *in non faciendo*; *c*) alle obbligazioni indivisibili erano normalmente applicabili le regole relative alle obbligazioni solidali.

66.3.3. «Obbligazioni generiche» erano quelle *obligationes in dando* che avevano per oggetto un «*genus*», cioè una categoria più o meno vasta di cose, tra cui poi scegliere la cosa da prestare in concreto: tutte le altre *obligationes* erano considerate di *species*, cioè di cosa individuata. La scelta nell'ambito del *genus* spettava di regola al debitore. Per diritto classico l'*obligatus* era tenuto a prestare una cosa qualsiasi rientrante nella categoria, purché non fosse da qualificare la peggiore («*nec optimum nec pessimum*»); per diritto giustinianeo egli era invece (più giustamente) tenuto a prestare una cosa di valore medio tra i due estremi («*res mediae aestimationis*»).

66.4. Il tema della prestazione implica che si parli anche delle cd. obbligazioni alternative, che erano quelle aventi

---

(1931); Segrè, *Le obbligaz. divis. e indivis.* 1 (corso 1932), 2 (1933); Bonini, *Obbligaz. indivis. e clausola penale*, in *AG.* 161 (1961) 108 ss. — Sulle res indivisibili: retro n. 19.3. — Sulla solidarietà obbligatoria: retro n. 65.4. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni applicano solitamente alle obbligazioni indivisibili le regole valevoli per le obbligazioni solidali. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 1314-1320 cc.*

66.3.3. Sulle obbligazioni generiche: Vassalli, *Delle obbligazioni di genere in dir. rom.* 4 (1909), in *St.* 3 (1960) 351 ss.; Albertario, *Le qualità della specie nelle obbligaz. generiche*, in *St.* 3 cit. 373 ss.; Beretta, «*Qualitas*» e «*bonitas*» nell'obbligaz. di genere, in *SDHI.* 9 (1943) 202 ss.; Grosso, *Note in tema di obbligaz. generica*, in *St. Vassalli* 2 (1960) 955 ss.; Knütel, «*In obligatione generis quid est in obligatione?*», in *St. Sanfilippo* 3 (1983) 351 ss. — Sulle cose generiche (con particolare riguardo alla cd. «fungibilità» delle stesse): retro n. 19.6. — Per il criterio della qualità media (universalmente accettato anche dai diritti moderni: cfr. a. 1178 cc.) la derivazione giustinianea è resa sicura sopra tutto da Iust. C. 6.43.3.1 e C. 6.53.55.1-2 ed è confermata, secondo la migliore dottrina, da varie interpolazioni di testi giurisprudenziali classici. Cfr. Ulp. D. 30.37 pr.: *Legato generaliter relicto, veluti hominis, C. Cassius scribit id esse observandum, ne optimus [vel pessimus] accipiatur: quae sententia rescripto imperatoris nostri et divi Severi iuvatur, qui rescripserunt homine legato actorem non posse eligi.* (Dire che il legatario non potesse scegliere lo schiavo peggiore, è sbagliato: la verità è che non poteva eligere lo schiavo migliore del patrimonio ereditario, quale era certamente il *servus actor*, cioè lo schiavo messo a capo dell'amministrazione).

66.4. Sulle obbligazioni alternative: Scialoja, *Tribonianismi in materia di obbligaz. alternative e generiche*, in *BIDR.* 11 (1898) 61 ss.; Vassalli, *Nuove osservazioni sulle obbligaz. alternative e generiche* (1916-17), in *St.* 4 (1960) 471 ss.; Grosso, *Note esegetiche in tema di obbligaz. alternative*, in *St. Mancaleoni* (1938) 3 ad oggetto due o più prestazioni, delle quali peraltro il debitore era tenuto ad adempiere una soltanto (es.: «*dare aut hominem Stichum aut centum*»). Di esse si diceva che le prestazioni erano due o più nel momento dell'obbligazione, ma si riducevano ad una nel momento dell'adempimento («*duae res vel plures sunt in obligatione, una autem in solutione*»). Il «diritto di scelta» della prestazione («*ius eligendi*») spettava normalmente al debitore, ma poteva anche essere esplicitamente rimesso al creditore o ad un terzo. Il debitore godeva però, normalmente, della facoltà di mutare decisione circa la prestazione, pur se avesse già provveduto ad indicarla, sino al momento dell'effettivo adempimento («*ius variandi*»).

66.4.1. Se, come di regola, il diritto di scelta della prestazione spettava al debitore ed una delle due prestazioni si rendeva impossibile per fatto non imputabile al debitore stesso, l'obbligazione alternativa si concentrava nella seconda prestazione; ma in periodo postclassico si 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 diveniva impossibile per fatto a lui inimputabile: in periodo classico la obbligazione si estingueva; in periodo postclassico il creditore poteva esercitare l'*actio de dolo* allo scopo di ottenere il risarcimento del valore medio tra le due prestazioni.

66.4.2. Diverse dalle obbligazioni alternative erano quelle «facoltative» («*cum facultate alternativa*»; «*una res est in obliga-*

---

ss.; id., *Problemi costruttivi e sistematici dell'obbligaz. alternativa in dir. rom.*, 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: Solazzi, *Sulla irretrattabilità della scelta nelle obbligaz. alternative e generiche*, in Di. Ferrini Milano 2 (1947) 295 ss. — L'adempimento in stato di errore (o per aver il debitore adempiuto erroneamente l'unica prestazione che credesse dovuta, o per aver egli erroneamente adempiuto ambedue le prestazioni dedotte *in obligationem*) dava luogo a contrastanti pareri circa il modo di riparare.

66.4.1. Sul ius eligendi cfr. D. 13.4.2.3; D. 45.1.106 pr.; D. 46.3.95.1; D. 32.6.12 pr.; D. 18.1.34.6; D. 33.5.9; D. 23.3.10.6. In proposito: Bessenyö, *Eine auffallende paulinische Entscheidung (D. 18.1.34.6)*, in OIS. 1 (1995) 54 ss. — Per quanto riguarda l'innovazione della aestimatio rei cfr. Ulp. D. 30.47.3: *Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit 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 pretium]* (itp.).

66.4.2. Sulle obligationes cum facultate alternativa: Grosso, *Obbligazioni* cit. 227 ss.; De Ruggiero, *Obbligazioni* cit. 134 ss.; D'Ors, cit. 22 ss. Cfr., ad es., Ulp. D. 35.2.19 pr.: *Cum sine praefinitione temporis legatum ita datum fuerit: uxori meae penum* (cioè il corredo femminile) *heres dato, si non dederit*.

tione, duae sunt autem in facultate solutionis»). In esse la prestazione era una soltanto, ma al debitore era concesso il diritto di sostituirla con una prestazione diversa (es.: canone di affitto stabilito in derrate, ma con diritto del debitore di pagarlo in danaro). Se la prestazione di base diventava impossibile per causa non imputabile al debitore, è chiaro che l'obbligazione si estingueva.

66.5. Carattere del tutto eccezionale aveva la prestazione degli interessi (*«usurae»* o *«fenus»*), cioè la prestazione di un tanto in più del capitale in danaro ricevuto in prestito (*«sors»*), da corrispondersi proporzionalmente all'ammontare del capitale stesso ed alla durata della sua utilizzazione da parte dell'*obligatus*. Dato che la *pecunia* era ritenuta cosa infruttifera, le *usurae* relative ad essa erano, di regola, «convenzionali», cioè potevano derivare solo da esplicite (o, in qualche contratto del *ius civile novum*, implicite) convenzioni tra le parti, a titolo di «corrispettivo» del sacrificio economico compiuto dal creditore. Per eccezione si ammise, peraltro, che *usurae* cd. «legali» decorressero, a titolo «risarcitorio», nel caso di *«mora* del debitore» nell'adempimento e in altre pochissime ipotesi.

---

certum dato», nisi si legimus intellegitur certum et statim peti posse, pignoris autem causa eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradito pane heres liberetur. — Postilla. In ordine alle obbligazioni alternative nei diritti moderni, cfr. per il diritto italiano vigente gli a. 1285-1291 c.c., che opportunamente estendono il relativo regolamento alle obbligazioni con alternatività multipla (cioè con più di due prestazioni dedotte in obbligazione).

66.5. Sulla *pecunia*: retro n. 39.4. — Sulle *usurae* (termine derivante da «uti», «usus»): Appleton, *Contribution à l'histoire du prêt à l'intérêt: le taux du «fenus unciarium»*, in *RH.* 43 (1919) 467 ss.; Sciascia, *«Unciarium fenus»*, in *St.* 7.2 (1934) 287 ss.; Michel, *Gratuité en dr. rom.* (1962) 103 ss.; Cervenca, *Contributo allo studio delle usurae cd. legali nel dir. rom.* (1969); De Villa, *Le «usurae ex pacto» nel dir. rom.* (1937); Klingenberg, *Zur formlosen Zinsvereinbarung beim Naturaldarlehen im röm. R.*, in *ZSS.* 93 (1976) 256 ss.; Tafaro (cur.), *L'usura ieri ed oggi etc.* (1997); Mrozek, *Faenus. Studien zum Zinsproblem etc.* (1999). Cfr. Pap. D. 6.1.62 pr.: ... *usura non natura pervenit, sed iure percipitur (cett.).* — Il termine *sors* («sorte») era usualmente impiegato per designare il capitale dato in prestito forse a causa del rischio connesso alle operazioni di credito. — Sulla *stipulatio usurarum*: *infra* n. 72.3. — Sulle *usurae moratoriae*: *infra* n. 92.1.2. — *Usurae ex pacto* erano dette quelle non derivanti da *stipulatio* (altrimenti denominate *«usurae in obligatione»*), ma convenute mediante semplice *pactum* (v. *infra* n. 82). Di regola, esse erano *«indebitae»* e quindi subordinate al regime della *«solutio indebiti»* (v. *infra* n. 86.2). In alcuni casi (specie quando il patto fosse stato aggiunto a contratti del *ius civile novum* o fosse ritenuto implicito negli stessi: v. *infra* n. 76.2.5 e 77.8) il pagamento ne era peraltro imposto *«officio iudicis»*. — Altre ipotesi di cd. *usurae ex lege* (o, per meglio dire, di *«usurae ipso iure»*), al di fuori delle *usurae moratoriae*, furono, ad esempio: gli interessi dovuti per l'uso indebito di danaro che si aveva il compito di custodire o di amministrare (cd. *«conversio in usus suos»*); quelli dovuti per aver omesso di impiegare vantaggiosamente il danaro altrui (*«pro pecunia otiosa»*); quelli dovuti, prima dell'esecuzione della condanna, *«post litem contestatam vel iudicatam»*. Tutte ipotesi che si accrebbero di numero nel procedere dal periodo classico al periodo postclassico.

66.5.1. 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. «anatocismo» («*anatocismus*»), cioè la produzione di interessi da parte degli interessi maturati e ancora da versarsi alla scadenza stabilita al creditore («*usurae usurarum*»).

66.6. Altro tipo caratteristico di prestazione era quello della prestazione di rendita consistente in una *datio* di danaro o

---

66.5.1. L'anatocismus fu espressamente proibito da Giustiniano: cfr. CI. 4.32.28 e 7.54.3. Sul tema: Wille, *Die Versur* (1984); Murillo Villar, *Anatocismo etc.*, in *AHDE.* 69 (1999) 497 ss. — Sul mutuum: *infra* n. 74.4.2. — Danistae erano detti coloro che impiegavano i loro capitali (eventualmente associandosi in *societas danistaria*: infra n. 80.2.1) in prestiti ad interesse (*ex obligatione* o *ex pacto*) a favore di persone in stato di bisogno. — 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.; Capone, *Gli interventi edilizi nella repressione delle «usurae»*, in *Labeo* 43 (1997) 195 ss.; Solidoro, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *Index* 25 (1997) 555 ss. Cfr. Ulp. D. 12.6.26.1: *Supra duplum autem usurae [et usurarum usurae] nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur [, quemadmodum futurarum usurarum usurae]*. L'interpolazione è resa evidente dalla lettura di Iust. CI. 4.32.28 (a. 529). — Il fenus improbum, cioè ogni ipotesi di usure illecite, di eccesso nel tasso degli interessi e di approfittamento usurario, dette luogo quanto meno al diritto alla ripetizione del *quantum* pagato. A volte l'azione ebbe carattere penale e fu relativa ad un multiplo, a volte si giunse sino alla configurazione di un «*crimen usurarum*» represso *extra ordinem*. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni il principio romano per cui i debiti di danaro non erano, di per sé, produttivi di interessi (v. per il mutuo infra n. 74.4.2) è stato quasi ovunque rinnegato. Gli interessi cd. «corrispettivi» sono considerati «frutti civili» di ogni capitale dato in godimento ad un altro (cfr. a. 820 cc. ital.) e decorrono di regola (salvo cioè patto contrario o provvedimento legislativo derogatorio) ad un tasso minimo in relazione a tutte le obbligazioni pecuniarie «liquide» (determinate nell'ammontare) ed «esigibili» (suscettibili di immediato esercizio): per il diritto italiano vigente cfr. a. 1277-1284 cc. Molti ordinamenti perseguono, d'altronde, criminalmente il «reato di usura», consistente nell'approfittare dello stato di bisogno di una persona per farle credito a tassi di interesse (o corrispettivi equiparati) eccessivi. Il diritto italiano vigente (cfr. l. 7 marzo 1996 n. 108) punisce l'usura in maniera molto rigorosa e dichiara nulle le clausole contrattuali che prevedono interessi usurari (cfr. a. 1815 cc. così riformato).*

66.6. Sulla rendita: Amelotti, sv. *Rendita (dir. rom.)*, in *ED.*, con bibl.; Sotty, *Brèves remarques sur les stip. «in annos singulos»*, in *Mél. Magdelain* (1998) 435 ss. — Fonti dell'obbligazione di rendita potevano essere o una *stipulatio* o un *legatum per damnationem*. Nel primo caso, avvenendo la costituzione *inter vivos* (v. *infra* n. 71), non sorgevano difficoltà a che la rendita fosse perpetua, piuttosto che vitalizia: anzi essa si considerava, salvo specificazione contraria, proprio come rendita perpetua, essendo nella piena libertà di un soggetto l'inserirsi nel passivo di altre cose fungibili (vino, olio, prodotti agricoli ecc.) ripetuta ogni anno («*in singulos annos*») o anche a scadenze inferiori. La rendita poteva essere: *a*) «perpetua», se il creditore ed i suoi eredi avevano diritto ad esigerla senza limiti di tempo; *b*) «vitalizia», se l'obbligazione era limitata alla vita del creditore o dell'obbligato. La ragione dell'istituto consisteva generalmente in una liberalità, ma poteva anche consistere nella remunerazione di una prestazione ricevuta preventivamente dal debitore (es.: remunerazione per l'acquisto di un fondo).

67. L'ADEMPIMENTO DELLE «OBLIGATIONES».

67.1. **L'adempimento delle obbligazioni** era normalmente denominato col termine di «*solutio*» («soluzione», scioglimento), evidentemente derivato dall'epoca in cui 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 suo «scioglimento», nel senso materiale della parola. In epoca storica, quando le *obligationes* furono concepite come vincoli astratti, il vocabolo «*solutio*» passò a designare genericamente l'«adempimento»: concetto indicante non solo l'osservanza esatta del comportamento cui il debitore fosse obbligato nei riguardi del creditore, ma anche, più in generale, il soddisfacimento comunque appagante del creditore.

---

del proprio patrimonio un'obbligazione di prestazioni annuali senza limiti di tempo: cfr. Pomp. D. 45.1.16.1. Nel caso invece di un *legatum per damnationem* (su cui v. *retro* n. 33.3.2 e *infra* n. 84.2), essendo l'obbligazione imposta dal testatore al legatario, la giurisprudenza aveva difficoltà ad ammettere che la rendita potesse essere perpetua e che potesse durare oltre la vita del legatario stesso: dunque, salvo specificazione del testatore liberamente accettata dal legatario, si presumeva che il legato di prestazione *in singulos annos* si risolvesse in tanti legati annuali subordinati alla condizione «*si (legatarius) vivat*». Cfr., in proposito, Paul. D. 33.1.4: *Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cuius sententia vera est, plura legata esse ait et primi anni purum, sequentium condicionale: videri enim hanc inesse condicionem «si vivat» et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.* — POSTILLA. *Alle rendite, istituto largamente ammesso (e con regole non dissimili da quelle romane) dagli ordinamenti giuridici moderni, il diritto italiano vigente dedica gli a. 1861-1871 (rendita perpetua) e 1872-1881 (rendita vitalizia) c.c.*

67.1. **Sull'adempimento delle *obligationes*:** Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione*² 1 (1935); Cruz, *Da «solutio»* 1. *Terminologia, conceito e características* (1962). 2.1 *Época post-clássica ocidental etc.* (1974). Per le fonti cfr. Gai 3.168 ss.; I. 3.29; D. 46.3 (*De solutionibus et liberationibus*); C. 8.42; Ulp. D. 50.16.176: *Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. «solvere» dicimus eum, qui fecit quod facere promisit.* — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni adottano principi analoghi a quelli romani. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 1176-1217 c.c. («Dell'adempimento delle obbligazioni», anche con riguardo al pagamento con surrogazione e alla mora del creditore).*

67.1.1. L'adempimento poteva infatti realizzarsi (senza che il creditore avesse diritto di protestare) anche in modo indiretto, cioè diverso dalla esecuzione della prestazione da parte dell'*obligatus*, quindi anche a mezzo di altri fatti o atti giuridici (eventualmente compiuti da terzi) dai quali conseguisse la «*satisfactio*» («soddisfazione», soddisfacimento), cioè l'appagamento sostanziale del creditore. La «soddisfazione» era insomma 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 valido del creditore, quando costui non lo ritenesse congruo.

67.1.2. Affinché l'*obligatio*, oltre che adempiuta (direttamente o indirettamente), fosse «estinta», cioè cancellata dalla vita del diritto, occorreva in più, almeno in alcuni casi, che intervenisse anche una particolare «formalità di estinzione»: formalità 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 in realtà non adempiute. L'estinzione formale (se ed in quanto

---

67.1.1. Sulla satisfactio: Brasiello, «*Satisfactio*» etc. (1938); Rossier, «*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* (ecc.). — La numeratio, cioè la «conta» (la enumerazione per numeri), si accompagnava spesso all'adempimento o alla *satisfactio*: non solo nell'ipotesi in cui si identificasse con la numerazione di cose fungibili (sulle quali v. *retro* n. 19.6), ma anche nell'ipotesi in cui occorresse valutare in danaro la prestazione infungibile (v. *retro* n. 66.2.1). Come si procedesse ad effettuare, a memorizzare e a segnalare (a gesti o per iscritto) la conta è argomento che non può essere qui trattato, salvo che per accennare due cose: *a*) che la memorizzazione avveniva sovente mediante l'accumulo di *stipes* o *stipulae*, cioè di tessere di legno o di metallo segnate con tacche indicative delle quantità da ciascuna rappresentata (di qui il termine «*stipendium*» per indicare il *quantum* versato dal cittadino a titolo di imposta o versato allo stato, specie ai soldati, a titolo di paga: cfr. Fest. L. 379 sv. «*stipem*»); *b*) che la segnalazione scritta delle cifre ci è nota, mentre della segnalazione gestuale sappiamo soltanto che consisteva in allusivi movimenti delle dita delle mani, i quali integravano l'azione cd. del «*micare*». In proposito: Guarino, «*Consuetudo micandi*» (1980), in *PDR* 6 (1995) 233 ss.; Zuccotti, *Congettura sulle origini della «stipulatio»*, cit. *infra* n. 71.1.

67.1.2. Sui modi di estinzione diversi dall'adempimento, v. *infra* n. 68.1-5 e 69.2. — L'estinzione non gradita dal creditore era, di regola, invalida. Ma poteva darsi che essa fosse resa valida dal comportamento passivo o tollerante del creditore, oppure dalla realizzazione con essa di una *satisfactio* oggettivamente non contestabile: v. *retro* n. 67.1.1. Su problemi connessi: Bonini, *Comportamenti illegali del creditore e perdita dell'azione o del diritto*, in *SDHI* 40 (1974) 311 ss.

accettata o non contestata dal creditore) eliminava comunque la necessità dell'effettivo adempimento.

67.2. Soggetto attivo dell'adempimento era ritenuto normalmente il soggetto passivo dell'obbligazione, cioè il debitore, il quale, eseguendo volontariamente ed esattamente la prestazione, veniva ad estinguere con questo mero atto giuridico la propria obbligazione. Tuttavia, anche un terzo poteva eventualmente effettuare l'adempimento (sempre che a tal uopo non fosse strettamente necessaria l'attività del debitore, come accadeva, ad esempio, per le prestazioni insostituibili di *facere* gravanti sulle specifiche qualità del debitore): nel qual caso non occorreva né il mandato del debitore, né la conoscenza da parte di costui dell'iniziativa assunta dal terzo, anzi l'estinzione dell'*obligatio* si verificava (in omaggio al *favor debitoris*) anche se egli facesse opposizione.

67.3. Soggetto passivo dell'adempimento era il creditore, 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 («esattore aggiunto»: «*adiectus solutionis causa*»). L'adempimento fatto a persona non prevista dall'ordinamento né 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 comunque verificata la *satisfactio*.

67.2. 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.). — Al terzo spettava il diritto di regresso verso l'*obligatus* (per esempio, con l'*actio negotiorum gestorum contraria*), fatta eccezione per il particolare caso che l'*obligatus* dimostrasse di non avere oggettivo interesse all'adempimento del debito.

67.3. Sul soggetto passivo dell'adempimento cfr. Ulp. D. 13.7.11.5: *Solutam autem pecuniam accipiendam 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*) cfr.: Ulp. D. 46.3.9 pr.; Pomp. D. 46.3.11. L'*adiectus*, essendo preposto solo all'esazione, poteva essere anche un incapace: cfr. in part. Iul. D. 45.1.56.2. Sull'istituto: Cugia, *L'adiectus solutionis causa* (1919).

67.4. Per l'adempimento dell'obbligazione si intese l'adempimento esatto: sia quanto al tempo, sia quanto al contenuto della prestazione. Non era da considerarsi 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.

67.5. La prova dell'adempimento poteva fornirsi in ogni modo, e quindi anche mediante testimoni. Sin dal periodo classico fu molto diffuso il sistema di provvedervi per iscritto, mediante «quietanze», ricevute emesse dallo stesso *creditore soddisfatto* («*apochae*»), oppure mediante dichiarazioni sigillate da testimoni («*testationes*»).

67.6. La prestazione in luogo di adempimento, cioè il pagamento avente ad oggetto un qualcosa per un'altra cosa («*aliud pro alio*»), si denominava usualmente «dazione in pagamento» («*datio in solutum*»), con riferimento al caso prevalente (ma non esaustivo) delle *obligationes in dando*. La «prestazione sostitutiva» era ritenuta, in diritto classico, ammissibi-

---

67.4. Sulla esattezza dell'adempimento cfr. 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, ecc.* — In particolare sul luogo del pagamento: Solazzi, Estinzione cit. 196 ss.; id., *Il «locus solutionis» per l'obbligazione dell'erede* (1955), in *Scr.* 6 (1972) 691 ss.; Talamanca, *Giuliano l. 54 «digestorum» D. 46.3.34.1 etc.*, in *St. Macqueron* (1970) 629 ss.; Amarelli, *«Locus solutionis»* (1984). — Nell'ipotesi di pagamento in un certo determinato luogo convenuto dalle parti, se il debitore si rendeva assente da quel preciso 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 dal pretore 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, EP³ § 95.

67.5. Sull'*apocha*, e sul suo valore meramente probatorio, cfr. 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 aliter, quam si pecunia soluta sit.* Buona esemplificazione in *FIRA*. 3.408 ss. — Sulla *testatio*: retro n. 22.2.1.

67.6. Sulla c.d. *datio in solutum*: Steiner, *«Datio in solutum»* (1914); Melillo, *«In sol. dare»* cit.; Harder, *Die Leistung an Erfüllungs statt* (1976). Cfr. 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 cfr. anche I. 3.29 pr., trascritto retro in n. 67.4). Su taluni punti particolari: Musumeci, *Marciano e gli effetti della «d. in s.»*, in *Iura* 20 (1969) 524 ss.; Nardi, *Radiografia dell'«aliud pro alio consentiente domino in sol. dare»*, in *St. Donatuti* 2 (1973) 773 ss.; Peters, *Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger etc.*, in *St. Kaser* (1976) 137 ss.

le solo se fosse «volontaria», nel senso che il creditore vi acconsentisse (cd. «*datio in solutum voluntaria*»). Il diritto postclassico ammise, in considerazione della difficile situazione economica dei tempi, anche qualche caso di prestazione sostitutiva «necessaria» («*datio in solutum necessaria*»): ad esempio, il debitore che non avesse danaro liquido, e non trovasse da realizzarne attraverso la vendita di un proprio immobile, poteva dare in pagamento al creditore l'immobile stesso. La prestazione sostitutiva comportava l'estinzione *ipso iure* dell'*obligatio* per i sabiniani, il cui parere fu accolto e generalizzato da Giustiniano; dai proculiani si ritenne invece che l'estinzione operasse solo se opposta come eccezione davanti al magistrato (*ope exceptionis*).

67.7. 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 limitate ipotesi, fu riconosciuto a talune persone il beneficio, di cui abbiamo parlato a suo tempo, di essere condannate soltanto nei limiti di quanto effettivamente potessero pagare («*condemnatio in id quod facere possunt*»): ciò allo scopo di evitar loro l'esecuzione personale, oppure la *bonorum venditio* e l'*infamia* conseguente. In età postclassica si specificò che in questi casi la condanna dovesse essere irrogata dal giudice previa deduzione di una minima parte dei beni, affinché il debitore non morisse di inedia («*deductio ne debitor egeat*»).

67.7. Sulla condanna in id quod facere potest: Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*² (1978). V. anche *retro* n. 10.5.3. Beneficiari della condanna limitata furono: *a*) il *socius* convenuto dal consocio per debiti sociali (Ulp. D. 17.2.63 pr., Ulp. D. 42.1.16 sg.); *b*) 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.); *c*) 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); *d*) 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.); *e*) il *donator* convenuto dal donatario per l'adempimento della promessa di donazione (Ulp. D. 39.5.12: «*ex rescripto divi Pii*»); *f*) il *maritus* convenuto dalla *uxor* e, in diritto postclassico, anche viceversa (Mod. D. 42.1.20 sg.); *g*) 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. 42.1.22 pr., Lab.-Paul. D. 23.3.84, Paul. D. 24.3.17 pr. e 1, Paul. D. 42.1.41 pr.); *h*) i *parentes* e i *patroni* convenuti, rispettivamente, dai loro *liberi emancipati* e dai loro *liberti* (I. 4.6.38). Di fattura postclassica ed essenzialmente provocato da equivoci è il caso ulteriore del *miles* convenuto dai suoi creditori: Ulp. D. 42.1.18 sg. Le prime tre fattispecie furono introdotte dall'*edictum praetoris*, la quarta dalla *lex Iulia de bonis cedendis* (v. *retro* n. 12.6), la quinta da un rescritto di Antonino Pio, le altre dall'elaborazione giurisprudenziale.

67.7.1. Altro istituto limitativo della prestazione fu il cd. «patto di pagamento ridotto» (*«pactum quo minus solvatur»*): una sorta di «concordato preventivo» (preventivo rispetto all'esecuzione processuale), che 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. A termini di *ius vetus*, l'istituto fu rigidamente volontaristico ed impegnò esclusivamente i creditori che lo avessero accettato: a termini di *ius novum* (sopra tutto postclassico e giustinianeo) prevalse, invece, il principio che la maggioranza dei creditori, calcolata in relazione all'ammontare del passivo (*pro modo debiti*) impegnasse la minoranza all'accettazione di un pagamento ripartito fra tutti proporzionalmente al credito di ciascuno (*pro parte*).

67.8. Il debitore aveva facoltà di procedere alla cd. imputazione dei pagamenti nel caso che avesse verso la stessa

---

67.7.1. Sul *pactum quo minus solvatur*: Solazzi, *Estinzione* cit. 192 ss. (ivi letteratura anteriore); id., *Il concorso dei creditori in dir. rom.* 4 (1943) 96 ss.; Guarino, *«Pactum quo minus solvatur»* (1940) e *Ancora sul «p. quo m. solv.»* (1950), in *PDR.* 7 (1995) 39 ss., 79 ss. Le fonti relative all'istituto sono costituite da una catena di testi (di Ulpiano, Papiniano, Paolo) commentata su D. 2.14.7.17, D. 2.14.8-9,10 pr., nonché da Paul. 4 *quaest.* D. 17.1.58.1: testi tutti relativi al *pactum ut minus solvatur* tra *heredes voluntarii* e creditori del defunto e tutti più o meno chiaramente allusivi alla prevalenza della volontà del maggior numero dei creditori su quella dei creditori in minoranza, alla introduzione di questo sistema per influenza di un *rescriptum divi Marci* (cioè di Marco Aurelio) ed alla necessità di un intervento confermativo del *pactum* da parte di un *decretum praetoris*. Nessun dubbio può esservi circa la verità del *decretum divi Marci* o la classicità dell'intervento pretorio, ma i dubbi (alimentati dal guasto evidente di taluni passi) sorgono in ordine alla classicità del principio di maggioranza. Cfr. specialmente Ulp. 4 *ed.* D. 2.14.7.17. 19: *Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus ut minus solvatur, pactum valiturum est... Hodie, tamen ita demum pacto huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint quota parte debiti contenti sint; si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem*; Pap. 10 *resp.* D. 2.14.8. V. anche retro n. 32.5.1. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni il concordato preventivo è un istituto inteso ad evitare l'esito rovinoso del fallimento e della liquidazione coatta amministrativa (retro n. 12.6). Il diritto italiano vigente (artt. 160-186 r.d. 16 marzo 1942 n. 267) lo ammette nell'ipotesi che l'imprenditore commerciale in stato di insolvenza offra serie garanzie di un congruo adempimento parziale e la sua offerta sia accolta da una maggioranza qualificata di creditori: nel qual caso l'accordo è reso vincolante per tutti indistintamente i creditori da un'apposita sentenza giudiziaria.*

67.8. Sull'imputazione del pagamento cfr. Pap. D. 46.3.97 (peraltro sospettato di interpolaz.): *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* 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 da lui compiuta non fosse tale da abbracciare tutte le prestazioni dovute: l'imputazione si faceva indicando i debiti che il debitore 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. Se tali criteri erano inapplicabili, la prestazione andava (è ovvio) proporzionalmente ripartita a scomputo parziale di tutte le obbligazioni.

67.9. Si verificava la cd. mora del creditore («*mora accipiendi*») quando il creditore non accettasse l'adempimento o ritardasse la sua cooperazione col debitore nel ricevere il pagamento. In tale ipotesi il debitore aveva diritto di non corrispondere più interessi (se pattuiti o dovuti) sin dal momento iniziale della mora; inoltre, nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione, egli 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 liberarsi effettuando, previa «offerta reale» («*oblatio rei*»), il «deposito in luogo pubblico» di quanto da lui dovuto («*depositum in aede publica*»: per esempio, presso i sacerdoti di un tempio).

68. LE VICENDE DELLE «OBLIGATIONES».

68.1. I modi di costituzione, di modificazione, di estinzione delle singole *obligationes* verranno indicati a proposito della trat-

---

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.

67.9. Sulla mora accipiendi e sul deposito della cosa dovuta: De Ruggiero, *Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziale in dir. rom.*, in *AUCA.* 1909; Guarneri Citati, *Contributi alla dottrina della mora* (1921); Solazzi, *Estinzione* cit. 140 ss.; Catalano, *Sul dep. della c. dov. in dir. rom.*, in *AUCT.* 1949; Bove, *Gli effetti del dep. della c. dov.*, in *Labeo* 1 (1955) 173 ss.; Magdelain, *Note sur la «purgatio morae»*, in *St. Lévy-Bruhl* (1959) 199 ss.; Vigneron, *«Offerre» aut «deponere»* etc. (1979). — Postilla. *Sulla mora del creditore nel diritto italiano vigente cfr. a.* 1206-1217 *cc.*

68.1. 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*).

lazione relativa a ciascun tipo di *obligatio*. Ma è opportuno far cenno sin d'ora di alcuni fatti estintivi di carattere generale, valevoli cioè per quasi tutti i rapporti obbligatori. Fatti «puramente estintivi» delle obbligazioni (a prescindere dall'adempimento delle stesse) furono: *a*) la *solutio per aes et libram* e gli altri modi solenni di remissione del debito (*acceptilatio verbis* e *acceptilatio litteris*); *b*) la sopravvenuta impossibilità della prestazione, se non imputabile al debitore; *c*) la confusione obbligatoria; *d*) il concorso di cause estintive; *e*) la compensazione; *f*) il patto di non exigere e gli altri modi non solenni di remissione (*transactio*, *contrarius consensus* ecc.); g) la prescrizione estintiva.

68.2. La *solutio per aes et libram* («scioglimento per mezzo di atto librale») era, in età arcaica, l'atto contrario della *nexi datio*: essa consisteva cioè in una *mancipatio* reintegrativa dello *status quo ante* (cioè in una *remancipatio*) mediante la quale il creditore (*mancipio dans*) acconsentiva, in cambio dell'adempimento, a che il debitore (*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 un quantitativo di bronzo (*aes rude*) ed effettuando cioè il pagamento simbolico di una sola monetina («*nummo uno*»), soprattutto nel caso che 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 che il creditore intendesse compiere una remissione del debito. Dall'ipotesi originaria della liberazione dal *nexum* («*nexi liberatio*») la *solutio per aes et libram* fu estesa in età ed. storica alla liberazione dalle obbligazioni (nel senso evoluto di vincoli ideali) nascenti da *legatum per damnationem*, da *iudicatio* e da *damnatio*.

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. 10.5.5), 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 assolvere il debitore convenuto. Ma la distinzione non fu mai chiaramente applicata, sopra tutto a causa del valore di mera opposizione assunto dall'*exceptio* nel processo *extra ordinem*. — Sulla remissione del debito («*remissio obligationis*»), cioè sulla rinuncia all'adempimento: Bianchini, sv. *Remissione del debito (storia)*, in *ED*. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni non si discostano molto dalle linee essenziali del diritto romano, ma descriverne le varie caratteristiche sarebbe troppo lungo. Per il diritto italiano vigente, cfr. cc. agli a. 1236-1240 (remissione dei debiti), 1241-1252 (compensazione), 1253-1255 (confusione), 1256-1259 (impossibilità sopravvenuta), 2946 (prescrizione estintiva decennale), 2947-2963 (altre norme in materia di prescrizione).*

68.2. Per la *solutio per aes et libram*: Solazzi, *Estinzione* cit., con bibl. — Sulla *nexi datio*: *retro* n. 63.2.1.

68.2.1. In diritto classico la *solutio per aes et libram* era divenuta ormai, sempre ed in ogni caso, una soluzione simulata («*imaginaria solutio*»), 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 remissione del debito 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.).

68.2.2. Alle stesse finalità di remissione del debito servivano, in età classica, l'«*acceptilatio verbis*» e l'«*acceptilatio litteris*», che erano in origine gli atti reciproci, rispettivamente, della *stipulatio* e della *expensilatio*, due negozi costitutivi di obbligazioni dei quali parleremo poco più avanti. In particolare, l'*acceptilatio verbis*, che era il negozio più diffuso, consisteva nello scambio contestuale di una domanda, con la quale il debitore chiedeva al creditore se avesse ricevuto l'adempimento («*quod ego tibi promisi habesne acceptum?*»), e di una risposta affermativa del cre-

---

68.2.1. Sul regime classico cfr. 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.* Sul tema: Bohm, *Zur imaginarien Zahlung «per aes et libram» (Gai Inst. 3.173-4)*, in *SDHI.* 43 (1977) 435 ss.; Tomulescu, *Quelques pet. ét. de dr. rom.*, 3. *La pesée du metal dans la formule de la «sol. p. ae. et l.»*, in *BIDR.* 82 (1979) 105 ss.

68.2.2. Sull'acceptilatio cfr. 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.* Sul tema: Solazzi, *Estinzione* cit. 245 ss.; Liebs, *«Contrarius actus»*, in *Fs. Wieacker* (1978) 111 ss.; Kramer, *«An inutilis acceptilatio utile habeat pactum quaeritur»*, in *T.* 53 (1985) 3 ss.; Molla Nebot, *Extinción formal de las oblig. La «acceptilatio»* (1993), con bibl. — La denominazione di «*acceptilatio*» per la dichiarazione di ricevuta fu probabilmente riferita, in origine, all'*a. litteris* (dato che essa era espressione di un «*acceptum ferre*» nel *codex accepti et expensi*, in corrispondenza con l'*expensilatio* ivi registrata). A rigor di termini, per l'*a. verbis* si sarebbe dovuto parlare di «*acceptihabitio*». — Sulla stipulatio: *infra* n. 71. — Sulla expensilatio: *infra* n. 73.2. — Sulla stipulatio Aquiliana: *infra* n. 72.3.

ditore («*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 obbligazioni precedenti in una *obligatio verbis ex stipulatu*, e quindi di estinguere questa *obligatio* mediante *acceptilatio* (cd. «*stipulatio Aquiliana*»).

68.3. La impossibilità non imputabile della prestazione si verificava allorché la prestazione (originariamente possibile) divenisse impossibile per cause sopravvenute: cause le quali peraltro non fossero considerate dall'ordinamento imputabili al debitore 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 responsabilità per inadempimento.

68.4. La confusione obbligatoria («*confusio obligationum*», da non confondere con la *confusio* in materia di diritti assoluti), era la riunione nello stesso soggetto giuridico della qualità di creditore e della qualità di debitore, per esempio a causa di successione *mortis causa* dell'uno all'altro. La confusione determinava l'estinzione dell'obbligazione in virtù del principio generale (di cui si faceva applicazione anche in materia di *iura in re aliena*) che nessuno può essere ad un tempo soggetto attivo e passivo dello stesso rapporto giuridico (nella specie: «*nemo obligatus sibi esse potest*»).

68.5. Si aveva concorso di cause estintive («*concursus causarum*») quando il creditore, pur non essendo stato pagato nel modo proprio alla sua *obligatio*, avesse ottenuto 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

---

68.3. Sulla impossibilità non imputabile *infra* n. 91.2. In argomento: Medicus, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im röm. R.*, in *ZSS.* 86 (1969) 67 ss. — Sulla imputabilità dell'inadempimento: *infra* n. 91.3.

68.4. Sulla confusio (obbligatoria): Kretschmar, *Theorie der Konfusion* (1899); Betti, *Sulla concezione classica della «conf.»*, in *SDHI.* 28 (1962) 14 ss.; Kiess, *Die «confusio» im kl. r. R.* (1995) 40 ss., con bibl. — Sulla confusio in tema di rapporti assoluti: *retro* n. 57.2.1.

68.5. Sul concursus causarum: Schulz, *Die Lehre vom «concursus causarum» im klass. und justinian. R.*, in *ZSS.* 38 (1917) 114 ss.; Ankum, *«Conc. caus.»*, in *St. Magdelain* (1998) 9 ss.; Pfeil, *Der «conc. duarum caus.» etc.* (1998). Particolarmente utile, per la comprensione dell'orientamento tardo-classico e postclassico, la lettura di I. 2.20.6: *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.)*.

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 della prestazione «a titolo oneroso» e ottenimento «a titolo lucrativo»: se il creditore aveva ottenuto, sí, l'oggetto della prestazione, ma a titolo oneroso, cioè pagandone il controvalore (per esempio, avendolo comprato), si riteneva giustamente che il debitore continuasse ad essere obbligato nei suoi confronti all'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.

68.6. La compensazione («*compensatio*») consisteva in un conguaglio tra le obbligazioni reciproche di due soggetti («*debiti et crediti inter se contributio*»). 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 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 creditore il «saldo», cioè la differenza fra le due quantità (nell'esempio, il saldo di 30).

68.6.1. In età classica la compensazione era riconosciuta solo in casi specifici, tra cui principalmente i seguenti quattro:

68.6. Sulla *compensatio*: Appleton, *Histoire de la compensation en dr. rom.* (1895); Biondi, *La compensaz. in dir. rom.* (1927); Solazzi, *La compensaz. in dir. rom.* (1950); Kreller, *Kritische Digestenexegesen zur «comp.»*, in *Iura* 2 (1951) 22 ss.; Rezzonico, *Il procedimento di compensaz. nel dir. rom. class.* (1958); van Warmelo, *Le rescrit de Marc'Aurèle à propos de la compensation*, in *St. Lévy-Bruhl* (1959) 335 ss.; Rozwadowski, *Studi sulla compensaz. nel dir. rom.*, in *BIDR.* 81 (1978) 73 ss. La definizione riportata nel testo è di Mod. D. 16.2.1.

68.6.1. Sulla *compensatio* nei *iudicia bonae fidei* (retro n. 9.6.2), cfr. 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 reliquum eum, cum quo actum est, condemnare 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* cfr. 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* (...), *deductioni 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* (...). *Praeterea compensationis quidem ratio in intentione* *a)* il caso dei crediti fatti valere mediante *iudicia bonae fidei*: questi crediti dovevano essere compensati, a cura del giudicante, con i debiti dell'attore verso il convenuto in base allo stesso rapporto fatto valere in giudizio («*ex eadem causa*»); *b)* il caso dell'*argentarius* (banchiere), quando agisse contro il cliente: egli doveva detrarre dal credito fatto valere contro il cliente l'importo dei crediti dello stesso genere di cose (es.: danaro, grano, vino) che il cliente vantasse per qualunque causa nei suoi riguardi («*agere cum compensatione*»); *c)* il caso del *bonorum emptor* che avesse acquistato in blocco i beni del fallito: egli doveva agire contro i debitori del fallito tenendo conto dei crediti relativi a qualunque genere di cose che eventualmente questi vantassero nei riguardi del fallito, e deducendo il relativo ammontare dalle sue pretese («*agere cum deductione*»); *d)* il caso di chi esercitasse l'*actio de peculio* nei riguardi del *pater familias*: l'attore aveva l'obbligo di dedurre dalla sua pretesa relativa al peculio l'importo delle obbligazioni naturali del *filius* o del *servus* nei confronti del *pater*. Nelle ipotesi di *iudicia bonae fidei* il convenuto poteva opporre le ragioni di compensazione anche *apud iudicem*, mentre nelle altre ipotesi egli disponeva soltanto di una *exceptio* esperibile nella fase *in iure*.

68.6.2. In diritto postclassico-giustinianeo il principio della compensazione acquistò carattere generale, beninteso limitatamente ai crediti «liquidi» ed «esigibili», cioè determinati nel loro ammontare e giunti a scadenza. Tutte le volte in cui un creditore agisse contro un debitore fu dunque 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*, cioè delle obbligazioni di responsabilità primaria, e quello dell'azione di deposito.

---

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. Sul punto v. anche: D'Ors, «*Agere cum deductione*», in *SDHI.* 49 (1983) 173 s. (con riferimento a [illegible] 456 = [illegible] 1158). — Sulla base di un rescritto di Marco Aurelio, la giurisprudenza tardo-classica ritenne che dovesse operarsi *compensatio* in ordine ai crediti per i quali si agisse con *condictio* o con *actio ex stipulatu*, cioè con *iudicia stricta*: a tal uopo era riconosciuta al debitore convenuto l'opponibilità di una *exceptio doli*. Cfr. I. 4.6.30. — Sugli argentarii: *infra* n. 80.2, 82.7.

68.6.2. Sulla compensatio giustinianea cfr. Iust. CI. 4.31.14. Sul tema: Solazzi, *Compensazione* cit. 149 ss. Si legga, per maggior chiarezza, I. 4.6.30: «*...sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione* (rell.).

68.7. **Il patto di non esigere** («*pactum de non petendo*») era il patto tra creditore e debitore, con il quale il creditore si obbligava a non esigere l'adempimento: *a*) mai più; *b*) oppure per un certo determinato periodo di tempo o in certe determinate circostanze. Esso dava luogo, quindi, ad una «*exceptio pacti conventi*» del debitore contro il creditore che chiedesse il pagamento, e più precisamente ad una eccezione, la quale: *a*) se il *pactum de non petendo* era stato fatto in relazione a qualsivoglia circostanza e ad ogni tempo, era evidentemente una *exceptio peremptoria*; *b*) negli altri casi era soltanto una *exceptio dilatoria*, esercitabile esclusivamente nell'ipotesi che la richiesta giudiziale dell'adempimento fosse incautamente avanzata dall'attore in presenza di quelle circostanze che erano state previste dal *pactum*, oppure nell'epoca stabilita dal *pactum* per la insegibilità del credito.

68.7.1. Il *pactum de non petendo* era un modo non solenne di remissione del credito. Altri modi di remissione 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 «transazione» («*transactio*»), cioè l'accordo di porre fine ad un rapporto controverso sulla base di reciproche concessioni (accordo appartenente alla categoria delle *conventiones sine nomine*).

68.8. **La prescrizione estintiva dei crediti** («*praescriptio longi temporis contra creditorem*») fu introdotta da Teodosio II (agli inizi del sec. V d. C.), il quale stabilì che il credito si dovesse considerare estinto se, entro 30 anni dal momento

---

68.7. Sul *pactum de non petendo*: Rotondi, *Di alcune riforme giustinianee relative al «pactum de non petendo»* (1913), in Scr. (1922) 2.307 ss.; Segrè, *Sull'efficacia del «p. de non p.»* (1915), in Scr. (1952) 115 ss.; Melillo, «*Pacta in rem*», «*pacta in personam*»: *una «divisio» classica?*, in Ott. Guarino (1984) 1659 ss. In età tardo-classica (cfr. Ulp. D. 2.14.7.8) si distinsero due tipi di *pacto de non petendo*: *a*) il «*pactum in rem*», valevole oggettivamente per il credito; *b*) 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. — Sulla distinzione tra *exceptio peremptoria* e *dilatoria*: *retro* n. 10.5.6.

68.7.1. Sul *contrarius consensus*: *infra* n. 76.2.5. — Sulla *transactio*: *infra* n. 93.6.

68.8. Sulla *praescriptio longi temporis* (*contra creditorem*): Regler, *Ein Berliner Papyrus (inv. n. 16976/977) über die «longi temporis praescriptio» etc.*, in Z. 70 (1952) 130 ss.; Schönbauer, *Der juristisch-literarische Papyrus der Wenger-Festschrift*, in Anz. Wien. Akad. Wiss. 1951. L'istituto esce dalla stessa matrice della *praescriptio longi temporis* in tema di *dominium* (sulla quale v. *retro* n. 54.4). Per le fonti, cfr. Theod. C. 7.39.3 (a. 424 = CTh. 4.14.1 pr.-1): *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. — Sulla *praescriptio dell'actio in rem*: *retro* n. 53.3, 54.4.

in cui fosse divenuto esigibile, non fosse stato preteso dal creditore; per conseguenza egli concesse al debitore una *exceptio*, analoga a quella esperibile contro l'*actio in rem*, nel caso che il creditore agisse a tempo scaduto per l'adempimento. «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 quando fosse venuto meno la causa sospensiva, si aveva in caso di trasferimento del credito ad un incapace, in caso di calamità e così via dicendo.

69. I FATTI MODIFICATIVI DELLE «OBLIGATIONES».

69.1. 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: *a*) la novazione; *b*) la delegazione. Fatti «puramente modificativi» delle *obligationes* (a prescindere dall'inadempimento imputabile dello stesso, dalla morte e dalla *capitis deminutio* dei soggetti) furono: *c*) la cessione del credito; *d*) la cessione del debito.

69.2. La novazione (*«novatio»*) consisteva nella sostituzione di una prima obbligazione con un'obbligazione parzialmente

---

69.1. 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, delineandone nei tratti essenziali l'evoluzione: v. retro n. 27 e 32.5. 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 (o di qualunque dei due) operarono come fatti estintivi (non come fatti modificativi) in materia di *delicta*, di *stipulatio*, di *mandatum*.

69.2. Sulla novatio: Bonifacio, *La novazione nel dir. rom.*² (1959); Feenstra, *L'effet extinctif de la novation*, in T. 29 (1961) 197 ss.; von Lübtow, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im röm. und gesch. R. etc.* (1965); Di Paola, *Considerazioni su Gai 3.176*, in St. Biondi 3 (1965) 395 ss.; Voci, *Per la storia della novaz.*, in BIDR. 68 (1965) 147 ss.; Apathy, *Zur Abgrenzung von Novation und Bürgschaft*, in RIDA. 18 (1971) 361 ss.; id., *Zur Abgrenzung von Nov. und Kumulation von Obligationen*, in ZSS. 89 (1972) 220 ss.; id., *«Animus novandi»* (1975); Ankum, *«Pignus» und «novatio» etc.*, in St. Seidl (1975) 1 ss.; Sotty, *Autour d'«opponere» et «obligatio» dans la novation etc.*, in St. Sanfilippo 2 (1982) 593 ss.; Kaser, *Zur Novation und Delegation*, in St. Feenstra (1985) 143 ss. Per le fonti, cfr. Gai 3.176-179; D. 46.2; C. 8.41. — La definizione dell'istituto è in Ulp. D. 46.2.1 pr.: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.*

nuova nel suo contenuto («*prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*»). Il concetto che stava alla base dell'istituto era che un negozio costitutivo di un'*obligatio* implicasse la estinzione di una *obligatio* precedente tutte le volte in cui la nuova *obligatio* fosse sicuramente riferibile allo stesso rapporto economico (di debito-credito) cui si riferiva, sia pure con connotazioni in parte diverse, la precedente *obligatio*. Si potevano avere pertanto tre tipi di *novatio*: *a*) una novazione «soggettiva attiva», consistente nella sostituzione del creditore, fermo restando il resto; *b*) una novazione «soggettiva passiva», consistente nella sostituzione del debitore; *c*) una novazione «oggettiva», consistente nella modifica (mai nella completa sostituzione) della prestazione o delle modalità connesse alla stessa. Alla estinzione della prima obbligazione conseguivano la estinzione delle garanzie reali e personali relative e la impossibilità di proporre, relativamente alla nuova *obligatio*, le eccezioni che si sarebbero potute proporre in relazione a quella estinta.

69.2.1. Il mezzo preferito per effettuare la novazione fu la *stipulatio*, negozio formale mediante il quale si trasfondeva espressamente in un'obbligazione *ex stipulatu* una precedente obbligazione scaturita da fonte diversa, oppure sorta già in quel modo ma con diverse caratteristiche oggettive o soggettive. Ma oltre la *stipulatio* il diritto preclassico e classico, sia pure su scala più limitata, utilizzarono 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*).

69.2.2. Requisiti della *novatio* furono: *a*) che la prima obbligazione (quella da estinguere) fosse valida; *b*) che la seconda obbligazione fosse a sua volta validamente costituita, mediante

---

novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione. — POSTILLA. Largamente nota agli ordinamenti giuridici moderni, la novazione è regolata, nel diritto italiano vigente, dagli a. 1230-1235 c.c.

69.2.1. Sugli atti novativi: Bonifacio, *Novazione* cit. 47 ss.; Sturm, *Novation durch Versprechen des Geldwerts?*, in *ZSS.* 83 (1966) 48 ss. Esempi di stipulazioni novative sono, pertanto: «*centum sestertios quos Lucius Titius mihi debet dari spondes?*» (nel qual caso il *promissor* si sostituiva a Lucio Tizio, avendosi una novazione subbiettiva passiva); «*centum sestertios quos mutuos tibi dedi dari spondes?*» (nel qual caso tra gli stessi soggetti, attivo e passivo, mutava il titolo dell'obbligazione, da *obligatio ex mutuo* in *obligatio ex stipulatu*); «*centum sestertios quos Caius Seius a te stipulatus est mihi dari spondes?*» (nel qual caso al precedente creditore Caio Seio si sostituiva un nuovo creditore nella persona dello *stipulans*, avendosi pertanto una novazione subbiettiva attiva). — Sulla *stipulatio*: *retro* n. 22.4 e *infra* n. 77. — Sulla *stipulatio Aquiliana*: *infra* n. 72.3. — Sulla *dotis dictio*: *infra* n. 79.5. — Sul *nomen transscripticium*: *infra* n. 73.2.

69.2.2. Sul problema, controversissimo, della classicità dell'*animus novandi*: 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»*, un negozio validamente attuato da persone capaci di porlo in essere; *c*) che la seconda obbligazione fosse sostanzialmente identica alla prima (nel senso che sussistesse l'«*idem debitum*»), salvo una qualche novità («*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, soprattutto quando tale atto fosse una *stipulatio* e quando nella *stipulatio* fosse fatto riferimento al rapporto di credito precedente. L'«intenzione di novare» («*animus novandi*») delle parti era vista insomma, dal diritto classico, *in re ipsa*, nel modo tipico 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 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 occorresse provare di volta in volta la esistenza di un preciso «*animus novandi*» nel debitore e nel creditore: senza di che si opinava che la nuova obbligazione fosse venuta ad aggiungersi alla prima e non a sostituirla.

69.2.3. Effetto caratteristico della novazione era la estinzione *ipso iure* della prima obbligazione dal giorno in cui il valido negozio novatorio avesse acquistato efficacia (e, in particolare, si fosse realizzata la condizione cui l'efficacia fosse stata so-

---

in *St.* 2.2 (1934) 289 ss.; Pringsheim, *Zur Geschichte des «an. nov.»*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 509 ss.; Frezza, «*An. nov.*», in *St. Biondi* 1 (1965) 225 ss.; Apathy, «*An. nov.*» cit. A nostro parere, il problema è più una questione di pertinenza dell'interpretazione negoziale che 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 comunque in quello più generale, di cui abbiamo parlato *retro* n. 21.3 e 4.3, 24.1.

69.2.3. 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... 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 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* (ecc.). — In alcuni casi eccezionali, pur non essendo validamente sorta la nuova obbligazione, si riteneva estinta l'obbligazione precedente. Così nel caso di un pupillo che avesse contratto una nuova obbligazione senza *tutoris auctoritas*, oppure nel caso di una donna che si fosse assunta un debito altrui contro il divieto del *senatusconsultum Velleianum*.

spensivamente condizionata). Effetti secondari furono: *a*) la estinzione delle garanzie reali e personali attinenti alla vecchia *obligatio*; *b*) la improponibilità, in relazione alla nuova *obligatio*, delle eccezioni che si sarebbero potute proporre contro l'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 precedente *obligatio* si usava ricorrere alla *stipulatio*: *«quod mihi Lucius Titius debet dari spondes?»* (prometti di darmi lo stesso che mi deve L. Tizio?).

69.3. La delegazione (*«delegatio»*) era un negozio unilaterale, espresso o tacito, di designazione da parte di un soggetto del rapporto obbligatorio di un altro soggetto in qualità di proprio «sostituto» (*«delegatus»*): *a*) nella posizione di creditore (delegazione «di credito» o novativa attiva); *b*) o in quella di debitore (delegazione «di debito» o novativa passiva); *c*) o in quella di accipiente del pagamento (delegazione «di pagamento attiva»); *d*) o in quella di solvente (delegazione «di pagamento passiva»). L'«ordine delegatorio» (il cd. *«iussum»*: *credendi*, *debendi*, *accipiendi*, *solvendi*) non era, dunque, rivolto alla controparte

---

69.3. Sulla *delegatio*: Bartsaert, *Études sur la délégation en dr. priv. rom.* (1929); Betti, *L'attuazione di due rapporti contrali attraverso un unico atto di tradizione etc.*, in *BIDR.* 41 (1933) 143 ss.; Sabel, *In tema di delegaz.* (1947), in *Ges. Aufsätze* 4 (1971) 643 ss.; Biondi, *Appunti intorno agli effetti estintivi della delegaz. etc.* (1954), in *Scr.* 3 (1965) 251 ss.; Koeberlin, *Die Kausalbeziehungen bei der «delegatio»*, in *ZSS.* 74 (1957) 100 ss.; Endemann, *Der Begriff der «delegatio» etc.* (1959); Sacconi, *Ricerche sulla delegazione in dir. rom.* (1971); Jakobs, *Delegation und Durchgangserwerb*, in *ZSS.* 91 (1974) 205 ss.; Kaser, *Durchgangserwerb*, in *Labeo* 26 (1980) 24 ss.; id., *Zur Novation und Delegation*, in *St. Feenstra* (1985) 141 ss.; Thielmann, *Schenkung durch Delegation*, in *St. Guarino* (1984) 2309 ss.; id., *Unwirksame Vorzugsverhältnisse bei der Deleg.*, in *ZSS.* 100 (1983) 239 ss.; Jakobs, *Fiducia und Deleg.*, in *ZSS.* 110 (1993) 379 ss.; Meder, *Die bargeldlose Zahlung* (1996). — L'ordine delegatorio preventivo (anche detto talvolta impropriamente «*mandatum*») poteva essere sostituito da una «ratifica» («*ratihabitio*»), cioè da una adesione successiva all'iniziativa assunta dal delegato stesso. — 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] *debet, mihi dari spondes?*»; «*quod Titio* [delegante] *debes, mihi* [delegato] *dari spondes?*»), si verificava una novazione subiettiva. — Postilla. *Noto largamente agli ordinamenti giuridici moderni, la delegazione è regolata, nel diritto italiano vigente, dagli a. 1268-1271 c.c. Spunti della delegatio romana sono ravvisabili nel moderno istituto della «carta di credito» (documento a formato tessera, munito di banda magnetica per la lettura elettronica, rilasciato da imprenditori economici, sopra tutto banche, ai loro clienti affinché possano acquistare merci, da addebitare all'emittente della carta, presso negozi di vendita convenzionati).*

del rapporto obbligatorio, cioè al «delegatario» (*«is cui delegatur»*), ma era rivolto dal delegante (*«is qui delegat»*) al delegato (*«is qui delegatur»*), il quale ultimo poteva tanto essersi già obbligato verso di lui a compiere l'attività delegatagli, quanto essere esente da ogni obbligo nei suoi riguardi. Se il delegato decideva di eseguire il *iussum*, lo portava egli stesso, a sua volta, a conoscenza del delegatario e costui: trattandosi di delegazione di pagamento, era tenuto, di regola, ad *accipere* o a *solvere* senza discutere; trattandosi di delegazione di credito o debito, era invece libero di decidere se gli convenisse o meno di accettare la nuova controparte.

69.4. La cessione del credito dal creditore ad un terzo (cd. *«cessio crediti»* o *«cessio nominis»*) fu attuata, fino ad avanzato periodo classico, in modo approssimativo e indiretto, data la persistenza nel non riconoscere la trasferibilità *inter vivos* (oltre che *mortis causa*) delle situazioni obbligatorie attive e passive. L'effetto pratico della cessione del credito fu pertanto conseguito indirettamente, e cioè in via giudiziaria, con l'espediente della «procura nell'interesse del procuratore» (*«procuratio in rem suam»*): il creditore nominava *procurator* (o *cognitor*) il terzo cessionario, dandogli il potere di perseguire il debitore per l'adempimento, ma dispensandolo dalla resa dei conti. L'azione del procuratore nel proprio interesse 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*. Sistema, questo, affetto dal grave inconveniente che la procura decadeva automaticamente con la morte di una delle parti e che, comunque, almeno sino al momento della *litis contestatio*, il creditore rimaneva creditore (con conseguente possibilità di agire indipendentemente dal procuratore contro il debitore, oppure di revocare al procuratore il potere di rappresentarlo, mentre dal suo canto il debitore poteva pagare a lui la prestazione con effetto liberatorio).

69.4.1. Solo a séguito di un autorevole rescritto di Antonino Pio (sec. II d. C.), si diffuse l'opinione che chi avesse comprato

---

69.4. Sulla *cessio crediti*: Grosskopf, *Die Geskiedenis van die Sessie van Vorderingsregte* (1960); Rozwadowski, *Studi sul trasferimento dei crediti*, in *BIDR.* 76 (1973) 11 ss. — Sul *procurator ad litem* (e sul *cognitor*): retro n. 11.2.2. — Sulle *formulae* a trasposizione di soggetti: retro n. 9.8.3.

69.4.1. La *cessio nominis* era normalmente «volontaria», 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 mediante *emptio venditio* un complesso ereditario disponesse non solo della normale azione contro il venditore inadempiente, ma anche di un'azione utile esercitabile direttamente nei confronti dei debitori ereditari («*actio utilis suo nomine*»): beneficio che fu progressivamente esteso dalla giurisprudenza anche a varie altre ipotesi e acquistò carattere generale in diritto giustinianeo. Con ciò furono superate, non senza qualche contrasto, sia la difficoltà della decadenza della cessione del credito per morte di una delle parti, sia l'inconveniente rappresentato dal diritto del debitore «ceduto» di pagare con effetto liberatorio al cedente piuttosto che al cessionario. L'inconveniente che non si riuscì mai ad eliminare fu invece quello costituito dal fatto che il contratto di cessione (in particolare, la *emptio venditio*) aveva per sua causa negoziale solo il trasferimento del credito in quanto tale, non anche la garanzia del suo adempimento da parte del debitore ceduto, dimodoché (salvo che la garanzia del pagamento fosse assunta con negozio a parte) il cedente doveva rispondere al cessionario solo della «esistenza del credito» (cd. «*nomen verum*»), non anche della sua «esigibilità» (cd. «*nomen bonum*»), cioè (come si usò dire) solo «*pro soluto*», e non anche «*pro solvendo*».

69.4.2. In età postclassica, parallelamente all'affermarsi della cessione dei crediti come principio generale, furono man mano vietati, per determinate ragioni, alcuni negozi di cessione: *a*) la cessione di «crediti litigiosi», vietata per evitare che persone di pochi scrupoli ne potessero operare l'acquisto a prezzo vile; *b*)

---

di credito, e quando un mandatario o il *negotiorum gestor* avessero acquistato un credito per conto del *dominus negotii*, o quando il *venditor*, avendo subìto il furto della merce prima di effettuarne la consegna, si liberasse dalla responsabilità verso il compratore cedendogli le azioni contro il ladro. V. inoltre retro nt. 65.4.4, in ordine al cd. *beneficium cedendarum actionum* del debitore solidale. — Sull'actio utilis suo nomine cfr. Ulp. 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*. Cfr. inoltre CI. 4.10.2. e 6.37.18. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni si occupano largamente della cessione dei crediti (cfr. a. 1260-1267 c.c.), e così pure della cessione del contratto (cfr. a. 1406 c.c.). Molto diffuso è, per esempio, il contratto di «factoring», in base al quale un soggetto («factor») si assume di provvedere all'esazione di tutti i crediti maturati (o anche maturandi) del suo cliente.*

69.4.2. Per i nomina non cedibili cfr. 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*). Sul tema: De Marini Avonzo, *I limiti alla disponibilità della «res litigiosa» nel dir. rom.* (1967); Giglio, *Patrocinio e dir. privato nel tardo impero rom.* (1995) 103 ss. — Per la lex Anastasiana cfr. CI. 4.35.22 (a. 506), 23, 24. Il provvedimento fu inteso a combattere il fenomeno dei cd. «*redemptores litium*», i quali facevano incetta a basso prezzo di crediti giudizialmente contestati per poi ricorrere a metodi vessatori di esazione nei confronti dei debitori. Sul tema: Reengfeldt, «*Lex Anastasiana*» (1991); Santucci, *In tema di «lex Anastasiana»*, in *SDHI.* 58 (1992) 326 ss.

la cessione a persona di rango sociale più elevato («*cessio in potentiorem*»), vietata allo scopo di evitare un fenomeno analogo a quello precedentemente descritto; *c*) la cessione al tutore dei crediti vantati da terzi verso il pupillo. Per evitare gli affarismi e proteggere in particolare i debitori contro cessionari di pochi scrupoli, l'imperatore Anastasio emanò nel 506 una famosa costituzione («*lex Anastasiana*»), la quale stabilì che il cessionario di un credito «litigioso», cioè contestato in sede giudiziaria, non potesse pretendere e riscuotere dal debitore più di quanto avesse pagato al cedente (cd. «retratto litigioso»).

69.5. Mentre la cessione dei crediti venne ad essere, sia pur faticosamente, riconosciuta dal diritto privato romano, non altrettanto può dirsi della cessione del debito («*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: *a*) o ricorrendo ad una «*expromissio*» del nuovo debitore (la quale, peraltro, faceva estinguere, in una col primo debito, le garanzie reali e personali relative); *b*) o facendo subentrare in giudizio, al posto del debitore, un'altra persona (il cessionario), in veste di «*procurator* (o *cognitor*) *in rem suam*».

69.5. Circa gli istituti cui si ricorreva per realizzare la *cessio debiti* v. ancora retro n. 71.2.2. — POSTILLA. *Per gli ordinamenti giuridici moderni cfr., ad esempio, a. 1268-1276 c.c. relativi agli istituti della delegazione, dell'espromissione (a. 1272: assunzione di un debito altrui senza delegazione del debitore) e dell'accollo (a. 1273-1276: assunzione di un debito altrui in base a convenzione col debitore e subordinatamente all'adesione del creditore).*

CAPITOLO XII

LE «OBLIGATIONES CONTRACTAE»

SOMMARIO: 70. *Le obligationes verbis contractae.* — 71. *Le obligationes ex stipulatu.* — 72. *Le applicazioni della stipulatio.* — 73. *Le obligationes litteris contractae.* — 74. *Le obligationes re contractae* in senso proprio. — 75. *Le obligationes re contractae* in senso improprio.

70. LE «OBLIGATIONES VERBIS CONTRACTAE».

70.1. Di tra le «*obligationes contractae*», di cui si è parlato a suo tempo, le *obligationes verbis contractae* («obbligazioni verbali») furono quelle lecitamente costituite («*contractae*») tra i loro soggetti (*creditor* e *obligatus*) in virtú della pronuncia di determinate frasi solenni («*certa verba*») fatta, in presenza l'uno dell'altro, da entrambi o anche da uno di essi (piú precisamente, in questo caso, dall'*obligatus*). Sorte in antico (quanto meno, quelle derivanti da *sponsio*) come espressioni di impegni puramente religiosi (estranei quindi al *ius Quiritium*), queste *obligationes* ottennero rilevanza giuridica dal *ius legitimum vetus* (in particolare, dalle *XII tabulae*) e divennero il settore piú 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 piú accentuata decadenza, divenuta poi

---

70.1. Sulle *obligationes verbis contractae*, in generale: Gneist, *Die formellen Verträge* (1845); Voci, *La dottrina rom. del contratto* (1946) spec. 125 ss.; Biondi, *Contratto e «stipulatio»* (1953); Grosso, *Il sistema rom. dei contratti*^{3} (1963) spec. 127 ss. — Per l'inquadramento storico v. anche retro n. 63. Va solo aggiunto, a quanto ivi detto, che la diffusione piú antica delle forme verbali come fonti di *obligatio* fu connessa (cosí come per le *actiones*: retro n. 7.2) alla utilizzazione e ritualizzazione di pratiche impegnative, nel clima di grande influenza esercitata dai sacerdoti, e particolarmente dai *pontifices*. — Per l'involuzione postclassica, in particolare: Kaser, *RPR*. 2.373 ss., con altra letteratura pressoché totale in diritto postclassico. I vari tipi di *obligationes verbis* andarono insomma progressivamente fuori uso ed anche quello più diffuso di tutti, costituito dalle *obligationes ex stipulatu*, finì per snaturarsi internamente e per essere quindi accantonato, a causa: sia della concorrenza esercitata, all'esterno, da nuove e più moderne figure negoziali; sia della prevalenza accordata, in ordine a certe obbligazioni di maggiore importanza, alle forme documentali.

70.1.1. Per la costituzione e l'esistenza delle *obligationes verbis contractae* non era necessario (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.) la quale ne giustificasse ragionevolmente il compimento. L'obbligazione, in altri termini, sorgeva per il solo fatto che fossero state ritualmente pronunciate le parole solenni stabilite (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 acquistò rilevanza solo per l'intervento del *ius honorarium*, nel senso che al debitore erano concessi rimedi giudiziari che paralizzassero l'esigibilità del debito (es.: una *exceptio doli*) o ripristinassero lo *status quo ante* (es.: una *in integrum restitutio*).

70.1.2. Sin dall'età preclassica venne fatto peraltro un uso sempre più ridotto della possibilità di non precostituire una

---

70.1.1. Sui negozi verbali, nel quadro dei negozi giuridici a forma vincolata *ad substantiam*, v. in generale *retro* n. 22.4. — 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 «modernamente astratti». Ma il *ius honorarium* si incaricò di ridurre la forma verbale da assorbente a dominante e di fare dei negozi verbali solo negozi «processualmente astratti». Su queste categorie v. *retro* nr. 22.5.

70.1.2. 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: Riccobono, «*Stipulatio* e *instrumentum* nel dir. giustinian.», in *ZSS.* 35 (1914) 214 ss., 43 (1922) 262 ss.; Id., «*Stipulationes, contractus, pacta*» (Mil. 1935).

prova dell'*obligatio verbis* e di omettere, nella pronuncia dei *verba*, ogni riferimento alla causa del negozio verbale costitutivo dell'obbligazione (*«iusta causa obligationis»*). Nel successivo periodo classico la giurisprudenza si spinse ancora più in là, e cioè pretese che le parole stabilite, oltre ad essere state pronunciate da persone capaci (di diritto e di agire), risultassero fondate su una causa negoziale (anche inespressa) lecita e costituissero manifestazione fedele di una volontà sana (non viziata da errore, da dolo, da minacce), anzi (nel caso della *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 processualmente inesigibile o frustrabile. Fu lungo questa strada che il diritto postclassico giunse infine alla svalorizzazione quasi completa delle obbligazioni verbali nel loro significato più genuino.

70.2. Fatti costitutivi di obbligazioni verbali furono: *a*) la *sponsio* o *stipulatio*; *b*) la *dotis dictio*; *c*) la *promissio iurata liberti*; *d*) la *vadiatura*; *e*) la *praediatura*. Rinviando per ora il discorso relativo all'atto di gran lunga più importante, la *sponsio* o *stipulatio*, parleremo qui di séguito degli altri negozi: i quali si dimostrarono, oltre tutto, per varie ragioni, quelli meno resistenti al logorio della storia.

70.3. La *dotis dictio* («pronunzia di dote»), della quale abbiamo già fatto cenno in tema di regime patrimoniale del

---

70.2. 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 (3.95a): *Sunt et aliae obligationes*... I paragrafi del manoscritto veronese riguardanti la *dotis dictio* ed il *iusiurandum liberti* sono purtroppo mutili (Gai 95a e 96), ma possono essere integrati con ricorso a GE. 2.9.3 (*Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedenti interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier sive sponso uxor futura, sive iam marito, dotem dicat.* [*rell.*]) e 4 (*Item et alio casu uno loquente et sine interrogatione alii promittente contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit.* [*rell.*]). Della *vadiatura* e della *praediatura* Gaio parla solo in tema di processo per *legis actiones* (Gai 4.11-29).

70.3. Sulla *dotis dictio*: Berger, *«Dotis dictio» im röm. R.*, in *Anzeig. Ak. Wiss. Krakau* 1909, con bibl. prec.; Kaser, *Die Wirkungen der «dotis d.»*, in *SDHI.* 17 (1951) 169 ss.; Ortega Carrillo, *«Dotis d.»* (1975) con altra bibl.; Russo Ruggeri, *Il «debitor potentis» e la «dotis d.»*, in *Labeo* 25 (1979) 39 ss. V. anche *retro* n. 45.2.2. — Le origini dell'istituto sono vivamente discusse, come pure discusso è il punto se la *dotis dictio* causasse solo un diritto di credito del marito o causasse addirittura un suo diritto di proprietà sui beni dotali. A nostro avviso, vi è ben poco da dubitare circa gli effetti puramente obbligatori del negozio in età preclassica, classica ed anche postclassica: cfr. Gai 3.95a, Ulp. 6.2, GE. 2.9.3. In età arcaica le cose andarono invece, per quanto è dato congetturare, ben diversamente. Sorta nel sistema del *ius Quiritium* (che non dava ancora rilevanza al fenomeno del credito e che si asteneva dall'accordare capacità di diritto alla donna), la *dotis* matrimonio, era un negozio giuridico unilaterale attinente in origine al cd. *matrimonium cum manu*, che in periodo preclassico e classico era utilizzato come promessa di dote (sia quanto al matrimonio *cum manu*, sia quanto al matrimonio libero) e serviva perciò allo scopo di costituire un diritto di credito del marito sui beni dotali indicati in sua presenza da colui che pronunciava la formula. L'alta antichità dell'istituto spiega perché fossero abilitati alla *dotis dictio* solo tre soggetti: il *pater familias* (padre o avo paterno) della donna *alieni iuris*; la stessa donna, ove fosse *sui iuris*; il debitore della donna *sui iuris*, se delegato da costei. Quanto alla formula, essa si imperniava sulle locuzioni «*dotem tibi dico*» o «*doti tibi erit (erunt)*»: locuzioni aventi entrambe il senso di un «ti assegno in dote» (o «ti saranno assegnati in dote»), le quali andavano di volta in volta completate dall'indicazione dettagliata dei beni dotali e dal preciso riferimento al matrimonio (futuro o già in atto, *cum manu* o *sine manu*) da arricchire mediante la dote.

70.3.1. In periodo postclassico la *dotis dictio* (già scarsamente praticata nel periodo precedente a causa della concorren-

---

dictio fu praticata solo in vista di un *matrimonium cum manu* futuro, e solo dal *paterfamilias* della futura moglie, allo scopo di prestabilire quali beni il dichiarante si riservava di trasferire nel *mancipium* del futuro marito contestualmente alla *confarreatio* o alla *coemptio*: la dichiarazione era priva, dunque, di valore impegnativo sul piano giuridico. Il riconoscimento della capacità giuridica alle donne fece sì, in prosieguo di tempo, che la *dotis dictio* fosse operata anche dalla donna *sui iuris* (ovviamente, *tutore auctore*) sempre in vista del futuro *matrimonium cum manu*: con il che la *mulier* veniva a riservarsi di trasferire a terzi (eventualmente, a titolo di *fiducia*) tutto quanto del suo patrimonio non intendesse far pervenire a titolo di dote nelle mani del marito. La estensione della *dotis dictio* al debitore della donna *sui iuris* fu un naturale sviluppo successivo. Dato che intanto aveva ottenuto riconoscimento giuridico la *sponsio-stipulatio* e che aveva preso a diffondersi il cd. *matrimonium sine manu*, la *dotis dictio* fu estesa anche a quest'ultimo e fu praticata non solo prima, ma anche dopo la costituzione del vincolo matrimoniale, acquistando valore di negozio creativo di una vera e propria *obligatio dotis*. Sul punto v. anche retro n. 41.17. — La decadenza della *dotis dictio* col progredire dell'età classica fu essenzialmente determinata dal fatto che, nei suoi confronti, la *dotis promissio* presentava almeno due vantaggi: quello di dar luogo, in caso di inadempienza, ad una rigorosa *actio ex stipulatu*, anziché ad una mai ben precisata *actio in personam* del marito; quello, inoltre, di consistere in una piena e incontestabile adesione del promittente alle richieste formulate dallo *stipulator* (eventuale altresì con l'*actio ex stipulatu*), anziché in sue dichiarazioni unilaterali assai più difficili da provare. D'altra parte, tra i pochi vantaggi della *dotis dictio* rispetto alla *dotis promissio*, vi era che, ove si volessero costituire in dote dei beni di cui il marito già fosse debitore verso il costituente, non occorreva a quest'ultimo fare prima la remissione al marito del debito, per poi passare a promettergli gli oggetti dello stesso mediante la *stipulatio*: la *dotis dictio* relativa a quei beni era sufficiente a raggiungere il risultato (cfr., ad es., Cels. D. 23.3.58.1).

70.3.1. L'eliminazione della *dotis dictio* nella prassi del periodo postclassico si inquadra nel fenomeno della decadenza postclassica delle forme verbali e orali, in particolare, con la prassi della copertura mediante la cd. «clauza della *promissio dotis*) subì una forte decadenza, pur senza giungere al punto da essere espressamente abolita. Non poche furono, pertanto, le fonti giurisprudenziali di epoca preclassica e classica in cui il termine «*dictio*» fu sostituito, in sede di interpolazione, col termine «*promissio*», adombrante a sua volta il cd. *pactum dotis*.

70.4. La *promissio iurata liberti* («promessa giurata del liberto»), anche detta «*iusiurandum liberti*» («giuramento del liberto»), era un negozio unilaterale consistente in una solenne promessa, rafforzata mediante un giuramento, con la quale lo schiavo liberato («*libertus*») si impegnava nei confronti del patrono a prestargli certi servigi speciali non rientranti nel novero ordinario delle *operae libertorum*, cioè nel novero delle attività manuali normalmente dovute al patrono a titolo di *obsequium* nei suoi confronti. La *promissio* unilaterale inerìva alle sole affrancazioni *inter vivos* e serviva di regola a confermare sul piano giuridico un impegno assunto mediante *iusiurandum* prima della manumissione, quando cioè lo schiavo non era ancora soggetto giuridico, ma era già soggetto rilevante dal punto di vista religioso. Dato che, soprattutto nell'ipotesi della *manumissio vindicta* (effettuata davanti al magistrato), il giuramento dello schiavo (che era rivolto agli dei) precedeva di ben poco la sua promessa da liberto (che era invece rivolta al patrono), era facile che i due atti praticamente si confondessero e che si parlasse pertanto, come abbiamo detto, di «*iusiurandum liberti*», impegnativo non solo verso gli dei, ma anche verso il patrono.

---

sola stipulatoria accordata, sempre in età postclassica, ad ogni sorta di atti costitutivi di *obligationes* (per la quale v. *infra* n. 73.5.3). Sulla sistematica sostituzione della terminologia «*promissio-promittere*» (o, in qualche caso, «*pollicitatio-polliceri*») a quella originaria «*dictio-dicere*»: Ortega Carrillo, cit. 170 ss.

70.4. Sulla *promissio iurata liberti*: Chevrier, *Du serment promissoire en dr. rom.* (1921); Lambert, *Les «operae liberti»* (1934) 236 ss., 313 ss.; Cosentini, *Studi sui liberti* 1 (1948) 160 ss.; Waldstein, *«Operae libertorum»* (1986) 239 ss.; Biscardi, *Temas de derecho romano* (1987) 35 ss. (anche con riguardo alla *dotis dictio*). — Sulla libertinitas e sul *patronatus*: *retro* n. 16.2.1. — La forma del negozio, così come da noi ricostruita nel testo (*promissio liberti* a conferma di un *iusiurandum servi*), è solo un tentativo di interpretazione di alcune fonti classiche e postclassiche, in cui si legge che «*uno loquente... iurisiurando contrahitur obligatio*» (cfr. Gai 3.96), oppure che «*uno loquente et sine interrogatione alii promittente contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuraverit*» (cfr. GE. 2.9.4), oppure che «*ut iurisiurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet qui iuret et libertatis causa iurare*» (cfr. Ulp. D. 38.1.7 pr.). Posto che il *iusiurandum* impegnava verso gli dei e non verso il patrono, è pensabile che esso fosse atto distinto dalla *promissio liberti* e pronunciato dallo schiavo prima del compimento della *manumissio*, allo scopo appunto di ottenere che il *dominus* si decidesse a farla. — La *promissio iurata liberti* non va confusa con la *promissio ex stipulatu liberti*, che era negozio bilaterale (v. *infra* n. 71).

70.4.1. È ovvio che il momento e il fine per cui lo schiavo prestava il suo giuramento, da convertire in *promissio liberti*, non erano psicologicamente i più favorevoli alla sua piena libertà di giudizio. L'istituto della *promissio iurata liberti* ebbe pertanto applicazioni tanto vaste e talmente gravose per gli interessi degli schiavi liberati, che il pretore dovette intervenire a contenerlo, minacciando al patrono il diniego della tutela giudiziaria (*denegatio actionis*) in ordine a tutte le richieste di prestazioni che risultassero essere state imposte allo scopo di rendere eccessivamente gravosa l'affrancazione («*onerandae libertatis causa*»).

70.5. Della *vadiatura* («vadiatura») si conosce con sicurezza soltanto un'applicazione: quella dei «*vades*» (termine intraducibile), i quali assumevano la garanzia della ricomparizione *in iure* del convenuto nell'ipotesi di differimento del processo *per legis actiones* 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 solo al pagamento di una penale. Rilevante è che l'istituto del *vadimonium* della procedura *per formulas* implicava, da parte del convenuto medesimo, che era appunto quegli che prestava il *vadimonium*, l'obbligazione di pagare una penale.

70.6. La *praediatura* («prediatura») era costituita con la formula «*praes es?*, *sum*», mediante la quale i «*praedes*» (termi-

---

70.4.1. Sulla *onerandae libertatis causa*: Lenel, EP.³ § 140 (*edictum «de operis libertorum»*) e § 278; Albertario, *Sui negozi giuridici conclusi dal liberto «oner. lib. causa»* (1916), in St. 3 (1936) 391 ss.; Giffard, *La portée de l'édit «de operis libertorum»*, in RH. 17 (1938) 92 ss.; Waldstein cit. 135 ss., con bibl.

70.5. 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 potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti*; Varr. de l. l. 6.74: *...vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat*. La nebulosità dell'istituto ha attirato l'attenzione di molti studiosi, ma purtroppo senza che si sia giunti a risultati appaganti. Sul tema: Schlossmann, *«Praes, vas, vindex»*, in ZSS. 26 (1905) 285 ss.; De Martino, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'«obligatio»* (1940), in *Dir. econ. e soc. nel mondo rom.* 1 (1995) 415 ss.; La Rosa, *Il «vindex» nella «in ius vocatio» e il garante del «vadimonium»*, in St. Betti 3 (1962) 30 s. 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. 11.3.2, 16.2; interessanti in particolare i trittici XIII, XIV e XV). — Sui *vades*: retro nt. 8.2.1. — Sul *vadimonium*: retro n. 13.3.2.

70.6. Sulla *praediatura* (retro n. 8.3) cfr., più che Varr. de l. l. 6.74, Fest. L. 249 (337) sv. «Praes»: *Praes est is, qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu, si praes sit, ille respondit: «praes»*. Sul tema: Schlossmann, «Praes, vas, vinne intraducibile) assumevano una garanzia in relazione a certe situazioni processuali che la richiedessero. Si conoscono, nell'ambito della procedura della *legis actio sacramenti*, due specie di *praedes*: *a*) i «*praedes litis et vindiciarum*», i quali, nell'*actio sacramenti in rem*, garantivano la buona conservazione della cosa litigiosa e la sua restituzione da parte di chi avesse ottenuto la cosa stessa in possesso interinale dal *praetor*; *b*) i «*praedes sacramenti*», i quali, in ambedue le *legis actiones sacramenti* (sia *in rem* sia *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 sostegno.

71. LE «OBLIGATIONES EX STIPULATU».

71.1. Il negozio verbale di gran lunga più importante fu la *stipulatio* («stipulazione»), talvolta anche detta «*sponsio*»

---

des» cit.; Viard, *Le «praes»* (t. 1907); Gradenwitz, *«Praedes» und «praedia»*, in *ZSS.* 42 (1921) 565 ss.; Mayr, *«Praestare»*, in *ZSS.* 42 (1921) 198 ss. (in ordine alla derivazione di «praestare» da «praes stare» e non viceversa, come comunemente si ritiene, sulla scorta di Varr. *de l. l.* 5.40); Kaser, *«Vindicia falsa» und «fructus duplio»*, in *Iura* 13 (1962) 22 ss. — La procedura di esecuzione nei riguardi del *praedes* è poco conosciuta. 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*».

71.1. Sulla *stipulatio* (o «stipulazione») cfr. 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*. In argomento: De Martino, *Studi sulle garanzie personali* 1. *L'autonomia classica della «sponsio»* (1937), 2. *Intorno alla storia della «sp.»* (1938), in *Dir. econom. e soc. nel mondo rom.* 1 (1995) 47 ss., 223 ss.; Voci, *La dottrina romana* cit. 132 ss.; Grosso, *Il sistema* cit. 130 ss.; Arangio-Ruiz, *«Sp.» e «stip.» nella terminologia rom.* (1962), in *Scr.* 4 (1977) 289 ss.; Biondi, *«Sp.» e «stip.»* (1963), in *Scr.* 3 (1965) 257 ss.; Knütel, *«Stip.» und «pacta»*, in *St. Kaser* (1976) 201 ss.; Talamanca, *«Conventio» e «stip.» nel sistema dei contratti romani*, in *Le dr. rom. et sa réception en Europe* (1978) 195 ss.; [illegible], *De la «sponsio» à la stipulation* etc., in *St. Guarino* (1984) 1891 ss.; id., *Les origines de la «sp.»*, in *Labeo* 35 (1989) 28 ss.; Sacconi, *Ricerche sulla «stip.»* (1989); Zuccotti, *Congetture sulle origini della «stip.»*, in *Atti Sem. probl. contratt.* 2 (1991) 91 ss.; id., *«Symbolon» e «stip.»*, in *St. Pastori* (1991) 305 ss.; Pastori, *Il negozio verbale in d. r.* (1994). La centralità dell'istituto ha fatto sì che 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. 11.1. Per le fonti: Gai 3.92-95 e 97-127; D. 45.1 (*De verborum obligationibus*); C. 8.38 (39). — Postilla. La «sponsorizzazione», termine usato in traduzione («sponsione» o, in traduzione libera, «sponsorizzazione»). Essa prendeva nome, per effetto di sineddoche (vale a dire per effetto della designazione del tutto mediante una parte), dal fatto che consisteva nell'incontro di una domanda (cioè, letteralmente, di una *stipulatio*) formulata dall'aspirante creditore con una corrispondente promessa (cioè, letteralmente, con una corrispondente *sponsio* o *promissio*) formulata dal futuro debitore. L'interrogante (cd. «*stipulator*» o «*reus stipulandi*») chiedeva alla controparte se intendesse impegnarsi ad una certa prestazione così come da lui stesso descritta (es.: «*spondes dari centum?*», «*promittis hoc et illud te facere?*») e l'interrogato (cd. «*sponsor*», «*promissor*», «*reus promittendi*») esprimeva la sua «adesione» con l'uso del verbo indicativo della corrispondente promessa (es.: «*spondeo*», «*promitto*»).

71.1.1. Quali siano state le origini e i primi sviluppi del contratto è estremamente oscuro. Le sole cose che possano dirsi

---

libera di «sponsio», è un vocabolo di recente acquisizione da parte della lingua italiana: vocabolo (sopra tutto nella accezione indeclinabile «sponsor») goffamente assorbito dall'inglese «sponsorship», con cui si indica, derivandola proprio dalla *sponsio* di garanzia romana, l'attività di protezione, di copertura, di finanziamento esercitata da uno «sponsor» (generalmente un ricco imprenditore con finalità autopubblicitarie) a sostegno di una istituzione o di una iniziativa priva di mezzi sufficienti.

71.1.1. Il problema delle origini 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 «solutio» romaine* (1934), hanno sostenuto che la *sponsio* sia nata come mezzo di garanzia. Il Pastori, *Appunti in tema di «sp.» e «stip.»* (1961) ha avanzato l'idea che sia la *sponsio* che la *stipulatio* adempissero originariamente a funzioni di garanzia [illegible], ma che la prima trovi la sua origine nel *ius sacrum*, mentre la seconda si sia sviluppata nell'ambito del *ius gentium*. Sul tema v. anche, in vario senso: [illegible], *Die Herkunft von «sp.» und «stip.»*, in *RIDR*. 44 (1937) 360 ss.; Magdelain, *Essai sur les origines de la «sp.»* (1943); Döll, *Zur römischen «stipulatio»*, in *ZSS*. 65 (1953) 193 ss.; Seidl, «*Sp.*» *und* «*stip.*» *etc.*, in *St. Ferrini Milano* 4 (1949) 368 ss.; nonché gli scritti indicati retro nt. 71.1 e quanto rileveremo *infra* nt. 72.6.1. Dal momento che questo non è il luogo per una lunga discussione, ci limiteremo ad accennare i principali elementi su cui si fonda l'ipotesi delineata per sommi capi nel testo. — Il carattere sacrale ed extragiuridico (cioè di estraneità al *ius Quiritium*) della *sponsio* (forse non ancora *stipulatio*) predecemvirale si può dedurre particolarmente dal fatto che Gai 3.93 riferisce come corrente la voce che «*spondere-sponsio*» derivava dal greco e che Festo, in un brano che trascriveremo tra poco, attribuisce al grammatico Verrio Flacco l'ancor più precisa notizia che *sponsus* e *sponsa* erano così denominati «*quod ii* σπονδὰς *interpositis rebus divinis faciant*». Tenuto conto che il greco σπονδή (da σπένδω) ha come suo primo significato quello della libagione in onore degli dei, è legittima la congettura di un'epoca originaria in cui la *sponsio* non aveva ancora rilevanza giuridica (il che è confermato da altri elementi indiziari a proposito della ristretta sfera di azione del *ius Quiritium*), ma aveva soltanto rilevanza sacrale. — Per l'ingresso delle obligationes nel mondo del diritto (e in particolare del *ius legitimum vetus*), v. retro n. 63.3 e cfr. Gai 4.17a, che a proposito della *legis actio per iudicis postulationem* allude esplicitamente al suo riferimento alla *stipulatio* da parte delle Dodici tavole. — Per la limicon una certa sicurezza sono le seguenti quattro: *a*) l'istituto ebbe riconoscimento giuridico, in una con le *obligationes*, solo da parte del *ius legitimum vetus* e in particolare delle XII tavole, le quali ultime per esso (o anche per esso) introdussero la

---

tazione ai cittadini romani dell'uso di *spondere* cfr. Gai 3.93, riportato infra n. 73.5.2: è chiaro che questa limitazione discende dall'originario impiego della *sponsio* nell'ambiente dei *Quirites* (e forse anche dei Latini, Sabini, Etruschi costituenti la koiné culturale di cui essi facevano parte). Circa la struttura della *sponsio* originaria è quanto meno da dubitare che essa fosse costituita rigidamente da un dialogo: forse consisteva (alla maniera della *dotis dictio*) nel suggello della solenne dichiarazione «spondeo» pronunciata unilateralmente dal promittente a chiusura delle conversazioni informali intercorse tra lui e la controparte. Induce a questa ipotesi la lettura di Fest. L. 440 s., 462 s. sv. «spondere»: *«Spondere» antea ponebatur pro «dicere», unde et «respondere» adhuc manet. sed postea usurpari coeptum est de promissu ex interrogatione alterius. «spondere» Verrius putat dictum, quod «sponte sua», id est voluntate, promittatur; deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dictam ait, quod ii σπονδὰς interpositis rebus faciant*: dunque, a un primo tempo in cui la *sponsio* era un negozio unilaterale succedette, a mente di Festo, un secondo tempo in cui la *sponsio* divenne parte di un negozio bilaterale (*interrogatio* più *sponsio*). Il «primo tempo» (quello della *sponsio* unilaterale) è confermato in certo modo anche da Verrio Flacco, il quale (non per disattenzione, ma per maggior precisione) aggiunge l'importante particolare (sia pure con riferimento allo *sponsus* ed alla *sponsa*) del carattere sacro dell'atto. — La sponsio internazionale è la miglior riprova (beninteso, sempre sul piano dell'induzione ipotetica) dell'iter storico dal negozio unilaterale (*sponsio*) al negozio bilaterale (*sponsio ex interrogatione*, cioè *stipulatio*). Su di essa: Lemosse, *Gaius Inst. III, 94: anachronisme ou actualité?*, in *St. Macqueron* (1970) 433 ss., con bibl.; Guarino, «*Pax Caudina*» (1987), in *PDR*. 3 (1994) 259 ss.; Loreto, *Per una «Quellenforschung» della «Pax Caudina»*, in *BIDR*. 92-93 (1989-90) 653 ss. Cfr. Gai 3.94: *Unde dicitur uno casu hoc verbo* (i.e. «*spondere*») *peregrinum quoque obligari posse, veluti si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget: «pacem futuram spondes?», vel ipse eodem modo interrogetur. quod nimium subtiliter dictum est, quia, si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed iure belli res vindicatur.* L'ipotesi descritta da Gaio (che non è quella di un trattato internazionale, cioè di un *foedus*, ma è quella dell'impegno di una delle parti ad osservare in futuro la pace, cioè a non ricorrere più alle armi) è chiaramente anomala (come lo stesso giurista riconosce, quando dice che, in caso di inosservanza della *sponsio*, il destinatario della stessa non agirà con l'*actio ex stipulatu*, ma darà luogo ad una guerra). Chiaramente scolastico è altresì l'ipotesi di un dialogo solenne che si svolga in lingua latina, e con il ricorso al verbo «*spondere*», tra l'*imperator noster* (che per Gaio è Antonino Pio) e il *princeps* straniero e di lingua straniera (sopra tutto nell'eventualità che l'interrogazione sia formulata da quest'ultimo). Tuttavia, anche se del tutto o quasi del tutto desueta, la *sponsio* internazionale non è un istituto immaginario, ma è piuttosto un istituto risalente ai tempi antichi in cui i Quiriti, e i Romani loro discendenti, regolarono sulla base di *sponsiones* fatte dai loro generali ai generali nemici dell'Italia centrale (è dubbio se anche viceversa) allo scopo di ottenere una tregua per recarsi a convincere i loro concittadini ad addivenire, tramite il complesso rituale dei *fetiales*, ad un definitivo *foedus*: l'esempio più famoso è quello dell'affare delle Forche Caudine (cfr. Liv. 9.4.12). — La denominazione di *stipulatio* dell'istituto è indubbiamente connessa alla *stips* o alla *stipula*, quindi alla contabilizzazione della prestazione (alla sua traduzione in preciso valore economico): cfr. Fest. L. 379 sv. «*stipem*»; PS. 5.7.1 (*..stipulum enim veteres firmum appellaverunt*); I. 3.15 pr. (*Quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens*). Andare oltre con le congetture significherebbe solo sguinzagliare la fantasia a briglie sciolte. V. anche retro n. 67.1.5 (a proposito della *numeratio*).

speciale *legis actio per iudicis postulationem*; *b*) nell'epoca predecemvirale, in cui l'ordinamento giuridico si limitava al *ius Quiritium* ed ai rapporti assoluti facenti capo al *mancipium*, l'istituto ebbe rilevanza puramente magico-religiosa (dunque extragiuridica) e fu largamente usato a fini di conferma, di copertura, di garanzia di prestazioni dovute, sul piano meramente sociale della fiducia (*fides*), dagli stessi promittenti o, più spesso, da altri; *c*) il verbo originariamente usato per la creazione del vincolo sacrale fu il verbo «*spondère*», rimasto poi sempre limitato ai soli cittadini romani; *d*) la denominazione dell'istituto con il termine «*stipulatio*» avvenne in tempi successivi al suo riconoscimento giuridico ed in connessione col fatto che il suo contenuto non era più illimitato, ma era costituito da una prestazione avente valore economico ed era perciò misurato contabilmente con riferimento ad una *stips* o *stipula*, cioè ad una tessera di legno o di metallo rappresentante nell'uso antico l'unità di conto.

71.1.2. Col sopravvenire del *ius civile novum* e col procedere ulteriore dei tempi, sia in periodo preclassico e sia in periodo classico, la *stipulatio* fu resa accessibile anche agli stranieri, con quest'unica avvertenza: che la domanda e la risposta non fossero da formulare con l'uso del verbo «*spondere*» (che restò limitato, come si è detto, ai soli cittadini romani), ma fossero da formulare con l'uso di qualunque altra forma verbale equivalente e persino in lingua greca («*promittis?, promitto*», «*dabis?, dabo*», «δώσεις; δώσω» ecc.). Si pervenne pertanto alla distinzione tra «*stipulatio iuris civilis*», riservata ai soli rapporti tra cittadini romani, e «*stipulatio iuris gentium*», aperta ai rapporti tra romani e non romani, oltre che (se la preferissero) tra romani soltanto. Malgrado il progressivo estendimento della cittadinanza sino agli estremi della *constitutio Antoniniana* del 212, il ricorso al verbo «*spondere*» (e quindi alla cd. «*sponsio*») si ridusse progressivamente sin quasi a sparire.

71.1.2. Per il regime classico (e preclassico) della *stipulatio* 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. et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo «δώσεις; δώσω, ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ, πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω, ποιήσεις; ποιήσω», etiam hae 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 Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.* Su ciò v. già retro n. 5.5.1 e, in particolare: Nicholas, *The form of the stipulation in rom. l.*, in *LQR.* 69 (1953) 63 ss., 233 ss.; Winkler, *Gaius III, 92 anlässlich der These von B. Nicholas*, in *RIDA.* 5 (1958) 603 ss.

71.1.3. Anche se non è possibile fare un taglio netto tra periodo classico e periodo postclassico, è chiaramente avvertibile, in materia di *stipulatio*, un processo di trasformazione, o più precisamente di degenerazione, che induce, sopra tutto per semplificare il discorso, a distinguere tra: *a*) una *stipulatio* tipicamente «classica» (o di *ius vetus*); *b*) una *stipulatio* tipicamente «postclassica» (o di *ius novum*).

71.2. La *stipulatio* classica (si ripete: «tipicamente» classica) ebbe per suoi requisiti caratterizzanti: *a*) la forma ver-

---

71.1.3. Il processo di degenerazione della *stipulatio* ebbe inizio e causa, in realtà, con l'accentuazione dell'importanza attribuita al *consensus partium*, piuttosto che ai *verba*: fenomeno certamente anteriore al sec. III d. C., già ben rilevabile in età severiana. V. *infra* n. 71.3.

71.2. La forma verbale della *stipulatio* classica impediva al muto, al sordo, al sordomuto (e, naturalmente, anche all'*infans*) di partecipare all'atto, ma l'inconveniente poteva essere aggirato: dal futuro creditore, facendosi sostituire da un sottoposto (per esempio, da uno schiavo: v. *retro* n. 20.4.1); dal futuro debitore, dando ad un terzo espressa autorizzazione (*iussum*) a *promittere* (v. *retro* n. 26.3.1). Cfr. Ulp. D. 45.1.1 pr.: *Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et (servus) adquiret ei ex stipulatu actionem. item si quis obligari velit iubeat et erit quasi iussu obligatus*. I giuristi classici giunsero ad ammettere che la domanda e la risposta, purché tra loro congruenti, fossero date in lingue diverse, ma di uso corrente presso i Romani (es.: lingua latina e lingua greca). Tuttavia è probabile alterazione postclassica il ricorso ad un interprete per sostituire chi si esprime in maniera incomprensibile e non è in grado di parlare o di udire: cfr. Ulp. D. 45.1.1.6 itp. (*...et scriptura Sabini, sed et usum hodie: ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat* [*sive per se sive per verum interpretem*]). — Sulla contestualità delle dichiarazioni cfr. Ulp. D. 45.1.1.1: *Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, inutilem efficit stipulationem: sin vero praesens interrogavit, mox discessit et reverso responsum est, obligat: intervallum enim* [*medium*] <*modicum*> *non vitiavit obligationem*; Venul. D. 45.1.137 pr.: *Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet* (*... ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit*) *et continuus respondere stipulanti oportet: ceterum si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spopondisset*. Il fatto posto in luce da Venuleio che la risposta affermativa del *promissor* non serve a nulla, se il *promissor* prima di rispondere è passato a trattare un altro affare, cioè a farsi fare da altri una proposta eventualmente da preferire, mette in evidenza che tra domanda e risposta non devono esservi interferenze, vi deve essere sostanziale continuità; tuttavia il fatto che la risposta «continua» vale purché data «nello stesso giorno», fa capire, senza bisogno della evidente glossa esplicativa «*ut tamen-possit*», che un modico intervallo tra proposta e accettazione può esservi. È chiaro che, in caso di ritardo del promittente a rispondere, lo stipulante era libero di revocare la domanda: principio valevole anche per le altre obbligazioni da negozio bilaterale e valevole, con precisazioni e temperamenti vari, negli ordinamenti giuridici moderni, con riferimento ai contratti in generale (cfr. per il diritto italiano vigente, a. 1326-1335 c.c.). — L'adesione del promittente alla domanda dello stipulante implicava che vi fosse piena congruenza tra la proposta e l'accettazione e che tutte le particolarità del contratto (impropriamente dette, nel linguaggio comune, «condizioni contrattuali») fossero dettagliatamente esposte dall'interrogante. Sul punto v. anche: Lévy-Bruhl, *La «congruence» dans la stipulation*, in ARCHID. 16 (1953) 49 ss. Nell'interpretazione largheggiante della giurisprudenza classica, la risposta poteva bale (cd. «*verba*»); *b*) la contestualità della domanda e della risposta; *c*) l'adesione totale del promittente alla domanda dell'interrogante. Della «forma verbale» si è già detto a proposito dell'uso del verbo «*spondere*» o di altri verbi equivalenti, sicché bisogna solo aggiungere che al negozio stipulatorio non potevano evidentemente partecipare soggetti muti, sordi o sordomuti. La «contestualità delle due dichiarazioni» esigeva che esse si verificassero tra persone a contatto di voce l'una con l'altra («*inter praesentes*») e con successione immediata (ragionevolmente immediata) della risposta alla domanda, sì che fosse evidente l'unità della fattispecie contrattuale (cd. «*unitas actus*» o «*continuatio actus*»). L'adesione del promittente all'interrogante richiedeva che il contenuto del contratto fosse esposto, in ogni suo dettaglio (prestazione, tempi, modi ecc.), dallo *stipulator* e che la controparte si limitasse ad esprimere la sua integrale accettazione mediante una sola e corrispondente parola di promessa («*spondeo*», «*promitto*», «*fideiubeo*», «*dabo*», «*faciam*» ecc.).

71.2.1. Una prima conseguenza di questa struttura della stipulazione fu quella della invalidità (più precisamente, della ino-

---

essere data anche con l'uso di un verbo di promessa diverso da quello utilizzato dallo *stipulator* e poteva essere anche accompagnata da espressioni giuridicamente irrilevanti (per esempio, di cortesia, di saccenza retorica ecc.), ma doveva essere inequivoca e non tale da modificare in alcunché la sostanza giuridica della proposta: più largheggiante ancora, sino all'eccesso, fu la giurisprudenza postclassica. Cfr. Ulp. D. 45.1.1.2 (itp.?): *Si quis ita interroget «dabis?» responderit «quid ni?» et is utique in ea causa est ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset* rell.; Flor. D. 45.1.65 pr.: *Quae extrinsecus et nihil ad praesentem actum pertinentia adiciuntur stipulationi pro supervacuis habebuntur nec vitiabunt obligationem, veluti si dicas «Arma virumque cano' spondeo»* (esempio alquanto ironico, ma formulato in un libro di *institutiones* e quindi opportunamente adatto a sollecitare l'attenzione e la memoria dei giovani lettori); Ulp. D. 45.1.1.4: *Si stipulanti mihi «decem» tu «viginti» respondeas, non esse contractam obligationem* [*nisi in decem*] *constat. ex contrario quoque si me «viginti» interrogante tu «decem» respondeas, obligatio* [*nisi in decem*] *non erit contracta.* [*licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse*]. Su quest'ultimo significantissimo testo: Guarino, *La congruenza delle somme* (1986), in *PDR.* 6 (1995) 220 ss., con bibl.

71.2.1. Sulla *stipulatio alteri* (e su quella «*in alterum*») cfr. 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 deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. sed diversae scholae auctores dimidium ei deberi existimant, pro altera vero parte inutilem esse stipulationem.* Cfr. anche I. 3.19.19, Marc. D. 50.17.73.4, Pomp. D. 45.1.110 pr., Ulp. D. 45.1.38.17 (*alteri stipulari nemo potest*). — Espedienti principali per giungere al cd. *contratto a favore di terzi* furono il ricorso all'*adstipulatio* (v. *infra* n. 72.4) 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: Wesenberg, *Verträge zugunsten Dritter* (1949) con bibl. prec.; Ankum, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle «alteri dari stipulari nemo potest»*, in *On. Macqueron* (1970) 21 ss.; Kaser, *Zur Interessenbestimmung bei den sogenannten unechten Verträgen zugunsten Dritter*, in *On. Seidl* (1975) 75 ss. — Pe-

tilitas) della *stipulatio* «relativa a terzi», cioè relativa a soggetti diversi dalle due parti. A tal proposito, più evidente e incontestata fu l'inammissibilità della stipulazione «a carico» di un soggetto diverso dal promittente (cd. «*stipulatio in alterum*»: a carico di un «*alter*», a carico di un secondo soggetto diverso dal *promissor*): questa stipulazione (formulata secondo lo schema: «*centum mihi a Titio dari promittis?, promitto*») postulava infatti l'assurdo che una persona estranea alla contrattazione si trovasse gravata di un debito che non avesse accettato. Meno evidente fu invece l'inammissibilità della stipulazione «a favore» di un soggetto diverso dallo stipulante (cd. «*stipulatio alteri*»: a vantaggio di un «*alter*», a vantaggio di un non-*stipulator*): questa stipulazione (formulata secondo lo schema: «*centum Titio dari promittis? promitto*») poteva anche non essere nell'interesse globale del terzo e poteva anche non costituire un favore da lui ben accetto, sicché prevaleva su ogni altra la considerazione della mancanza di una relativa richiesta del terzo. La regola dell'inammissibilità della stipulazione a favore di terzi influì sulla formazione di un principio più generale: quello dell'inammissibilità (o almeno della irregolarità) di ogni convenzione a vantaggio di estranei (cd. «contratto a favore di terzi»); ma la giurisprudenza classica e ancor più quella postclassica non mancarono di ammettere opportune eccezioni, quando risultassero evidenti l'interesse e il buon volere del terzo al negozio.

71.2.2. Altra conseguenza, sebbene non altrettanto lineare, dell'accennata struttura della stipulazione fu quella della invali-

---

stessa. *Gli ordinamenti giuridici moderni riconoscono il contratto a favore di terzi entro limiti analoghi a quelli segnati dal diritto postclassico. Per il diritto italiano vigente, cfr. c.c. 1411-1413 ss., ove si afferma il principio che è valida la stipulazione a favore di un terzo qualora lo stipulante vi abbia interesse, ma si precisa che il terzo è libero di rifiutarla o di dichiarare di volerne profittare.*

71.2.2. Sulla *stipulatio post mortem* cfr. Gai 3.100: *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: «post mortem meam dari spondes?», vel ita: «post mortem tuam dari spondes?». valet autem si quis ita dari stipuletur: «cum moriar dari spondes?», vel ita: «cum morieris dari spondes?», id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur. nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. rursum ita stipulari non possumus: «pridie quam moriar, aut pridie quam morieris, dari spondes?» quia non potest aliter intellegi «pridie quam aliquis morietur», quam si mors secuta sit* (vell. itp.). Il testo gaiano (una cui lacuna è stata colmata col corrispondente testo giustinianeo), pur compiacendosi di specificare che dire «il giorno prima della morte» è lo stesso che rimettere a dopo la morte l'esecuzione della *stipulatio*, mostra di accettare il principio «*ab heredis persona obligatio incipere non potest*» più per una ragione di sottigliezza giuridica (di *elegantia iuris*) che per un profondo convincimento (né molto più convinto si mostra Gaio, 3.158, in materia di nullità del *mandatum post mortem meam*: v. *infra* n. 81.3). Gai 3.101 aggiunge: *Quaecumque de morte diximus, eadem et de capitis deminutione dicta intellegemus*. Comunque, la regola classica fu abolita da Iust. C. 4.11.1, C. 8.37(38).11. Cfr. I. 3.19.13: ...*sed* dità (*inutilitas*) della *stipulatio* costitutiva di un'obbligazione destinata ad aver effetto dopo la morte di una delle parti. La «stipulazione per dopo la morte» (cd. «*stipulatio post mortem*»: sia «*post mortem stipulantis*» sia «*post mortem promittentis*») era ritenuta inconcepibile per il fatto che creava anch'essa, in sostanza, un diritto di credito oppure un'obbligazione a favore o a carico di un terzo, vale a dire a favore o a carico di quegli che sarebbe stato per motivi di successione il titolare del patrimonio di una delle parti. Trasmettere a titolo successorio i propri debiti e i propri crediti agli eredi era lecito; stipulare la costituzione degli stessi crediti e debiti per un momento coincidente con quello estremo del trapasso dalla vita alla morte (es.: «*cum moriar*», «*cum morieris*») era, al limite, parimenti lecito; ma andare oltre il momento della morte nella creazione dell'obbligazione attiva o passiva (stipulare cioè «*post mortem meam*» o «*post mortem tuam*», se non addirittura «*in heredem*» o «*heredi*») era cosa assolutamente da escludere (donde la regola: «*a persona heredis obligatio incipere non potest*»).

71.2.3. Terza conseguenza della struttura della stipulazione, connessa in particolare con il fatto che essa si realizzava me-

---

cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem sive pridie quam morietur stipulator sive promissor stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

71.2.3. Sul *favor promissoris*: *retro* n. 23.4.2. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni si trovano tutti di fronte al compito di fronteggiare, e in qualche modo di disciplinare con ricorso al favor promissoris: a) la diffusione e l'imponenza dei cd. «contratti per adesione» (o «contratti di massa») formulati da grandi imprese, spesso a carattere internazionale e spesso in condizioni di più o meno simulato monopolio (si pensi alle imprese fornitrici di energia elettrica, di comunicazioni telefoniche, di automobili ecc.), le quali predispongono minuziosi contratti e annessi «regolamenti contrattuali», solitamente a stampa, sottoponendoli alla firma di accettazione dei clienti con l'alternativa «prendere o lasciare»; b) il fenomeno ancora più esteso ed insidioso dei cd. «contratti squilibrati» intervenuti, anche senza il procedimento dell'adesione, tra un inesperto cliente (il cd. «consumatore») ed un esperto «professionista» (privato o pubblico) che operi cessione di beni o prestazione di servizi sbilanciandole, pur se non in malafede, a condizioni di obiettivo e rilevante squilibrio tra i suoi vantaggi e gli interessi della controparte. Da ordinamento ad ordinamento le discipline legislative e gli atteggiamenti giurisdizionali in qualche cosa ovviamente variano, ma le linee generali che si adottano sono, a tutto stringere, tre: a) le clausole particolarmente gravose per il cliente che aderisce al contratto di massa (le cd. «clausole vessatorie») non valgono se il cliente non le ha approvate e confermate con dichiarazione sottoscritta in aggiunta alla firma apposta in calce all'intero contratto; b) le clausole sottoscritte e accettate dal cliente anche al di fuori di un contratto di massa sono equiparate alle clausole vessatorie se il contratto risulta comunque obiettivamente squilibrato a favore del professionista; c) le clausole predisposte da una delle parti si interpretano, in caso di dubbio sul loro significato oggettivo, in senso favorevole all'altra parte. Per il diritto italiano vigente cfr.: cc. a. 1341: «condizioni generali di contratto»; 1342: «contratti conclusi mediante moduli o formulari»; 1370: «interpretazione contro l'autore della clausola»; 1469 bis-1469 sexies: «contratti del consumatore» (questi ultimi articoli sono stati introdotti dall'a. 25 della l. 6 febbraio 1996 n. 52 in applicazione di una direttiva comunitaria europea del 1993).*

diante una «adesione» del promittente alla domanda posta dall'interrogante, era che qualunque ipotesi di dubbio nell'interpretazione delle parole pronunciate dallo stipulante doveva essere risolta accettando la soluzione più favorevole al promittente. Questo «favore per il promittente» («*favor promissoris*») era giustificato dal fatto che, pur essendo stato di solito il contratto preceduto da più o meno ampie trattative sul suo contenuto e sulla sua formula interrogativa, il contraente più forte (cioè meglio avveduto) era da ritenersi pur sempre lo *stipulans*, cioè colui che si era riservato il vantaggio di pronunciare in tutti i suoi dettagli la *stipulatio*, mentre il *promissor* poteva non essersi reso conto di tutto, oppure non aver ben udito e capito quanto detto dall'interrogante, o anche, in casi estremi, trovarsi ad aver approvato una formula che l'interrogante avesse in qualche modo abilmente deformata.

71.3. La causa e la volontà dei contraenti avevano, nella *stipulatio* tipicamente classica, un rilievo certamente subordi-

---

71.3. L'emersione del cd. rapporto fondamentale trasparente al di sotto dei *verba stipulationis* (e quindi anche l'emersione del fatto che i *verba stipulationis* talvolta non coprivano nessuna reale ragione di credito) era resa possibile: o dalla esistenza di documenti probatori stesi in occasione della pronuncia dei *verba*; o (meno efficacemente) dall'intervento di testimonianze in occasione di controversie giudiziarie; o dall'analisi operata dal giudice di eventuali tracce di verità che i *verba stipulationis* non fossero riusciti a nascondere; o infine dall'evidenza che della verità del rapporto offrissero elementi di fatto connessi con una certa *stipulatio*. A titolo di esempio di queste due ultime ipotesi, si leggano: Ulp. D. 2.14.7.3: *Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione* (dove è chiarissimo il riferimento non certo ai *verba*, ma alla *conventio* di non commettere il delitto mascherata dai *verba stipulationis*); Pomp. D. 45.1.123: *Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet* (dove, essendo inverosimile che lo stipulante sia stato così ingenuo da parlare *expressis verbis* del *flagitium* fatto o da fare, è da ritenere che il negozio sia riferito all'evidente esistenza di una convenzione delittuosa tra le parti; convenzione che nel gergo di certa malavita odierna si usa denominare appunto, per ironia delle cose, come «contratto»); Cels. D. 45.1.97.2: «*Si tibi nupsero, decem dari spondes?*»: *causa cognita denegandam actionem puto* (dove il giurista giustamente rimette alla *causae cognitio* del magistrato l'accertamento del se la promessa stipulatoria sia stata fatta dalla donna al fine illecito di essere portata a nozze o solo per l'ipotesi anodina e lecita che intervenga il suo matrimonio con lo stipulante). — L'instrumentum stipulationis, o redatto dalle stesse parti (nel qual caso si parlava spesso anche di «*cautio*», ovviamente *scripta*) o redatto da testimoni presenti all'atto, era la prassi di gran lunga più diffusa al fine di provare la verità dei *verba stipulationis*: v. anche *retro* n. 33.2.3. Appunto in occasione della sua redazione si provvedeva a specificare meglio, *semper ad probationem*, i termini della *conventio* sottostante, né mancavano i casi in cui la *stipulatio* tra le parti si faceva con riferimento a quanto pattuito a parte o precedentemente tra le stesse, e trascritto in un documento probatorio. Cfr. Paul. D. 45.1.140 pr.: *Pluribus rebus praepositis, ita stipulatio facta est: «ea omnia, quae supra scripta sunt, dari?», proinde est, ac si tot stipulationes, quot res sint* (dove si dà per scontato che le prestazioni convenute precedentemente siano tutte convalidate dall'intervento dei *verba stipulationis*). — Sulla clausola stipulatoria e sulle sue origini: *infra* n. 71.5. — Sulle applicazioni della *stipulatio*, *infra* n. 72.

nato alla prevalenza della forma verbale, ma tutt'altro che trascurabile: sempre meno trascurabile, nell'evolversi dell'istituto col procedere dei tempi. Infatti, per quanto le parti volessero sforzarsi di ridurre ai minimi termini l'estensione della formula interrogatoria (riservando cioè a separati patti fiduciari il massimo numero di particolari), non era loro certo possibile omettere di indicare quali fossero i soggetti del negozio (con tutte le conseguenze di cui abbiamo detto in ordine alle eventuali stipulazioni relative a terzi), né certamente esse potevano tacere quale fosse la prestazione oggetto della promessa e della relativa obbligazione, quale fosse cioè la causa negoziale. Con riserva di parlare poco più in là delle principali applicazioni della *stipulatio*, qui importa per ora segnalare, sempre in riferimento all'assetto classico del contratto, alcuni punti di ordine generale attinenti agli elementi della causa e della volontà.

71.3.1. Per quanto riguarda la «causa» della stipulazione, va premesso che il negozio poteva essere finalizzato ad una prestazione di *dare*, di *facere* o, più raramente, di *non facere* (donde la distinzione tra «*stipulationes in dando*» e «*stipulationes in faciendo*»). Subordinatamente va precisato che: *a*) le stipulazioni di *dare* relative a cose infungibili ben identificate (o a ben identificate qualità e quantità di cose fungibili) erano qualificate

---

71.3.1. Sulla *causa stipulationis*: Wolf (J. G.), «Causa stipulationis» (1970). — Le *stipulationes sine causa*, come pure le *stipulationes turpes* e via dicendo, erano nulle. Vi erano però casi in cui l'utilizzazione del negozio era rimessa alla volontà delle parti: il che conferma la riluttanza della giurisprudenza classica a rigide categorizzazioni (v. retro n. 23.3). Cfr. Paul. D. 12.1.30: *Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat* (dove si vede che la promessa di ricevere un mutuo in futuro può anche non essere mantenuta, non essendo valutabile preventivamente quello che potrà essere l'interesse ad ottenere il mutuo: e donde si deduce per implicito che viceversa chi promette l'apertura di credito ad un eventuale mutuatario è tenuto sin dall'inizio a restare a disposizione, nei limiti della somma pattuita, del suo *stipulator*). — Sulle *stipulationes in dando* e *in faciendo* cfr. Paul. D. 45.1.2 pr., I. 3.15.7. Il «fatto del terzo» non poteva essere promesso, ma poteva essere promesso il pagamento di una penale per l'ipotesi che il terzo non avesse compiuto una certa azione: cfr. Paul. D. 45.1.83 pr., Ulp. D. 45.1.38.2. — Sulle *stipulationes certae* o *incertae* cfr. Gai. D. 45.1.74: *Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum*; Ulp. D. 45.1.75 pr.-1: *Ubi autem non apparet, quid quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est. Ergo si qui fundum sine propria appellatione vel hominem generaliter sine proprio nomine aut vinum frumentumque sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem*. — Sulla *intentio certa* o *incerta*: retro n. 38.3.2. — Gli esempi di *stipulazioni reciproche* li abbiamo visti in sede di processo, ma erano frequenti anche e sopra tutto al di fuori: v. nt. 64.3.4 (relativa alle scommesse) e (sempre in materia di scommesse) ricorda il caso riportato da Val. Max. 2.8.2, circa il vero vincitore della battaglia delle isole Egadi, su cui: Guarino, *Giusrom. element.* (1989) 239 ss.

come stipulazioni di prestazione certa (cd. «*stipulationes certi*», cioè di un *certum*) e davano pertanto luogo, in sede di processo formulare, ad una *intentio certa*; *b*) tutte le altre stipulazioni (di *dare* cose non bene identificate, oppure di *facere* o non *facere*) erano invece qualificate come stipulazioni di prestazione incerta (cd. «*stipulationes incerti*», cioè di un *incertum*), dando luogo ad una *intentio incerta*. La gamma delle possibili applicazioni del contratto era dunque vastissima, con quest'unica limitazione: che, essendo la *stipulatio* un negozio di gratificazione, con prestazione (o prestazioni) a carico di una sola delle parti (il *promissor*), i soggetti che volessero realizzare un effetto di corresponsione (cioè di prestazioni reciproche) dovevano ricorrere a due stipulazioni a ruoli invertiti, quindi ad una *stipulatio* e ad una contrapposta «*restipulatio*».

71.3.2. Per quanto riguarda la «volontà» delle parti del negozio stipulatorio, il carattere formale di quest'ultimo rendeva, a stretto rigore, impossibile andare al di là di quanto manifestato nei *verba stipulationis*. Tuttavia proprio dalla diffusa prassi di escludere dalla formula stipulatoria e di rimettere a pattuizioni separate la maggior parte dei dettagli dell'operazione derivò il primo spunto della concezione, di cui abbiamo parlato a suo tempo, secondo cui dietro alla stipulazione si nascondeva una *conventio*, che era opportuno portare, in sede di interpretazione, alla luce. Di qui, sopra tutto ad opera del *ius honorarium* e della giurisprudenza classica: *a*) la concessione al promittente di una *exceptio doli* per paralizzare l'*actio ex stipulatu*, ove provasse che lo stipulante non aveva dato o fatto ciò per cui era stata prestata la promessa di restituzione o di rivalsa; *b*) la concessione al promittente di una *exceptio pacti*, ove provasse che lo stipulante non si era attenuto o pienamente attenuto alle pattuizioni informali con lui intercorse; *c*) la diffusione, a partire dal tardo periodo classico e forse essenzialmente sul piano della *cognitio extra ordinem* (quindi, per intervento del *ius novum*), di un istituto fortemente anomalo denominato «eccezione di mancato versamento del danaro» («*exceptio non numeratae pecuniae*»).

71.3.2. Sulla conventio e sulla sua incidenza ai *contractus* (tra cui, in particolare, la *stipulatio*): retro n. 65.7. V. anche: Roussier, *Le pacte adjoint «in continenti» à la stipulation*, in *St. Betti* 4 (1962) 1 ss.; Kaser, *«Mutuum» und «stipulatio»*, in *St. Meridakis* 1 (1963) 155 ss.; Talamanca, *«Conventio» e «stipulatio»*, in *Le teorie contrattualistiche rom. nella storiografia contemporanea* (1991) 163 ss. — Sulla exceptio doli cfr. Gai 4.116a: *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; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere*. Cfr. anche Ulp. D. 44.4.2.3; Iul. D. 45.3.1.4.

71.3.3. L'*«exceptio non numeratae pecuniae»* (denominata più tardi anche *«querela non numeratae pecuniae»*) fu, in particolare, un'eccezione (dilatoria) relativa alle sole promesse stipulatorie di danaro che fossero documentate da una *«cautio scripta»*, cioè da una scrittura rilasciata dal soggetto convenuto come debitore, e segnò in qualche modo il ponte di passaggio dalla *stipulatio* tipicamente classica a quella tipicamente postclassica. Pur attraverso molte incertezze e variazioni, essa consistette essenzialmente in questo: *a*) che il *promissor* aveva per un certo tempo (che fu variamente fissato in periodi da uno a cinque anni) il diritto di utilizzarla per paralizzare l'azione che in quel tratto di tempo esercitasse contro di lui lo *stipulans*; *b*) che lo *stipulans* era peraltro ammesso a superarla, ove aggiungesse alla poco credibile prova implicata dal documento altri e più persuasivi mezzi di dimostrazione del fatto di aver effettivamente versato la somma richiesta.

71.4. La tutela giudiziaria dello *stipulator* nei confronti del *promissor* inadempiente era affidata ad un'*actio* (*civilis*) *in personam* denominata *«actio ex stipulatu»* («azione da stipulazione»), di cui le origini risalivano alla *legis actio per iudicis postulationem* ed alla successiva *legis actio per condictionem*. In termini di procedura formulare, si guardava alla già accennata distinzione tra *stipulatio certi* e *stipulatio incerti* per distinguersi tra: *a*) *«actio ex stipulatu certi»* (o *«actio certi ex stipulatu»*), di-

---

71.3.3. Sulla *exceptio non numeratae pecuniae*: Cimma, «*De non numerata pecunia*» (1984), con bibl.; Giuffrè, *La «datio mutui»* (1989) 113 ss.; Lewald, «*Non num. pec.*» *im klass. r. R.*, in *SDHI.* 60 (1994) 405 ss. Trascorso il periodo di tempo concesso al *promissor* per opporre allo *stipulans*-attore la richiesta di provare la *numeratio* di base, Giustiniano stabilì che il credito diventasse esigibile in forza del semplice documento, quasi che la mancata opposizione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* implicasse la conferma della *numeratio*. Cfr. I. 3.21, riportato *infra* nt. 73.1.2, nonché Iust. C. 4.30.14 (a. 528), che ridusse il termine di esperibilità dell'*exceptio* a due anni.

71.4. Sulla *tutela giudiziaria ex stipulatu*: Provera, *Corrispondenza tra «stipulatio» e «intentio» etc.*, in *AUCA.* 1955; van Oven, *Les actions issues de la stipulation*, in *T.* 27 (1959) 391 ss.; Kaser, *Formeln mit «intentio incerta», «actio ex stipulatu» und «condictio»*, in *Labeo* 22 (1976) 7 ss. — La formula dell'*actio ex stipulatu incerti* è schematizzata da Gai 4.55: «*Quod A.s A.s de N.o N.o incertum* (qui l'appropriata descrizione) *stipulatus est, quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare* (o *facere*) *oportet, eius iudex N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.*». — Per le azioni da mutuo v. *infra* n. 74.4.3. — La terminologia giustinianea delle azioni (non esente da qualche radice classica) risulta essere quella di «*condictio certi*» per le stipulazioni *in dando* di *pecunia* (cfr. Ulp. D. 12.1.9 pr. e 3 itp.), di «*condictio triticaria*» per le stipulazioni *in dando* di altre cose fungibili (cfr. Ulp. D. 13.3.1 itp.) e di «*actio ex stipulatu*» per le stipulazioni di *incertum*. La classicità di quest'ultima locuzione è stata poco convincentemente negata da D'Ors, «*Condictio ex stipulatione*», in *SDHI.* 26 (1960) 323 ss.

retta ad una condanna al controvalore della *res certa* di cui si era promessa la dazione («*quanti ea res est*»); *b*) «*actio ex stipulatu incerti*», eventualmente limitata da una *taxatio*, diretta ad una condanna al valore dell'interesse economico implicato dalla prestazione («*quidquid promissorem dare facere oportet*»). Ove la *stipulatio certi* fosse attinente ad una quantità di res fungibili (e la relativa promessa si fosse concretata in una corrispondente *datio*), si usava però preferire il ricorso (sulle tracce della *legis actio per condictionem*) all'esercizio dell'*actio certae creditae pecuniae* o della *condictio certae rei* spettanti al mutuante contro il mutuatario.

71.5. La *stipulatio* **postclassica** (si ripete: «stipulamento» postclassico) fu l'espressione e il risultato di un lungo (e non sempre rettilineo) processo di trasformazione (diciamo pure: di degenerazione) dovuto essenzialmente al *ius novum* ed al suo sforzo di adeguare l'istituto alle esigenze della prassi nelle due parti dell'impero (sopra tutto a quelle, fortemente influenzate dalle costumanze ellenistiche, della *pars Orientis*). I primi spunti del processo evolutivo li abbiamo già segnalati parlando della *stipulatio* classica; quanto agli aspetti ulteriori e più incisivi, essi possono condensarsi in due punti. Punto primo: vennero meno, pur senza essere mai espressamente aboliti, i rigori della forma verbale e della contestualità delle dichiarazioni delle parti, ritenendosi che, pur rimanendo ferma la struttura del contratto «per adesione», superasse ogni manchevolezza formale la identificabilità del pieno consenso dei contraenti in ordine ad una certa prestazione («*sensus et consonans intellectus ab utraque parte*»): ragion per cui divennero prevalenti sulla for-

---

71.5. **Sull'evoluzione postclassica della *stipulatio***: Archi, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislaz. da Costantino a Giustiniano*, in *St. Ferrini Pavia* (1946) 659 ss.; Astuti, *I contratti obbligatori nella storia del dir. ital.* 1 (1952) 85 ss.; Seidl, *Die «stipulatio» im ägyptischen Provinzialrecht*, in *St. Scherillo* (1972) 527 ss.; Diósdi, *Giustiniano e la «stipulatio»*, in *Labeo* 17 (1971) 39 ss. — **La prevalenza del consenso** sulla forma verbale fu espressamente affermata da una costituzione di Leone I dell'anno 472 riportata da CI. 8.37(38).10: *Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem*. Ancora più largo Giustiniano in I. 3.15.1: *Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est, quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est*. — Il **favor debitoris** postclassico (retro n. 71.4.2) deriva dal *favor promissoris* classico (retro n. 71.2.3). — Sulle ***pactiones et stipulationes*** costitutive di servitù o di usufrutto in età postclassica: retro n. 57.1.6 e 58.3. — *Postilla*. *Gli ordinamenti giuridici moderni usano spesso indicare col termine «stipulazione» («stipulation», «Stipulation» ecc.), o anche «stipula», il momento della conclusione dei contratti: ciò proprio per influenza del significato postclassico di «stipulatio» (cfr., ad es., a. 1411 c.c. ital.).*

ma gli elementi della causa e della volontà (anzi, più precisamente, della *conventio*). Punto secondo: la *stipulatio* perse quasi del tutto la sua fisionomia di contratto autonomo e passò ad esplicare una «funzione di integrazione e di copertura» di qualsivoglia negozio giuridico bilaterale di gratificazione: non solo quando si trattasse di costituire convenzionalmente un rapporto obbligatorio, ma in certi casi anche quando si trattasse di costituire convenzionalmente un rapporto giuridico assoluto in senso improprio (più precisamente, una servitù o un usufrutto).

71.9.1. La «funzione di integrazione e di copertura» di un'altra *conventio* e il trionfo postclassico della forma scritta su quella orale fecero sì che la *stipulatio* finì per ridursi progressivamente ad una «*clausula stipulatoria*», la quale veniva usualmente apposta a chiusura del negozio principale di gratificazione, o più esattamente a chiusura del relativo documento probatorio («*instrumentum*», «*scriptura*», «*cautio scripta*»): clausola che dichiarava sinteticamente l'avvenuta piena e integrale adesione di una parte (il *promissor*) alla richiesta rivoltale dall'altra parte (lo *stipulans*) di accettare tutto quanto tra loro convenuto e riversato nella stesura scritta («*interrogatus spopondit*», «ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησα»). Con l'andare del tempo, la clausola stipulatoria divenne addirittura una «clausola di stile», apposta

---

71.9.1. Sulla forma scritta della *stipulatio* postclassica: Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien* 1 (1912); Riccobono, «*Stipulatio*» *e* «*instrumentum*» *nel dir. giustinian.*, in *ZSS.* 35 (1914) 214 ss., 43 (1922) 262 ss.; Id., *La prassi nel periodo postclassico*, in *ACIR.* 1 (1933) 3 ss.; Gaurard, *Les rapports entre la stipulation et l'écrit stipulatoire dans la législation romaine classique et byzantine* (1931); Alvarez Suarez (U.), *Los orígenes 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), in *Abhandl.* 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 cfr. P. Oxy. 1473.11 ss. Secondo il De Visscher, *La pseudostipulation ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησα*, in *Eos* 48 (1956 = *St. Taubenschlag* 2) 361 ss., e *D'une clause de style gréco-égyptienne à la stipulation écrite*, in *BIDR.* 63 (1960) 39 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. 22.4.2. — Sui documenti scritti, in genere: retro nn. 22.2.3 e 22.5. Sull'«*instrumentum stipulationis*»: n. 73.3. In proposito cfr. 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. Iustin. C. 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.* In argomento: MacCormack, *Oral and written stip. in the Institutes*, in *St. Thomas* (1984) 96 ss.

cioè all'atto scritto per pura prassi formale, quindi anche nel caso che la *stipulatio* conclusiva tra le parti non fosse realmente avvenuta ed esclusivamente allo scopo di mettere bene in chiaro che l'obbligazione era sorta e che il ruolo di stipulante (con le azioni relative) spettava ad una parte piuttosto che all'altra. Dato che questa pratica conduceva assai vicino alla conclusione che l'*instrumentum* fosse non solo il mezzo di prova, ma addirittura la forma costitutiva *ad substantiam* della stipulazione, Giustiniano, in omaggio alla sua tendenza «classicistica», cioè di rispetto formale dell'antico diritto, volle reagire almeno in parte a questa illazione: pertanto dispose che il documento scritto valesse come prova dell'avvenuta stipulazione solo se e quando non si adducessero scritture o testimoni insospettabili a dimostrazione del fatto che invece le parti non si trovavano nella stessa località il giorno indicato dal documento come data dell'atto.

72. LE APPLICAZIONI DELLA «STIPULATIO».

72.1. A prescindere da molteplici casi particolari, di cui si parlerà a tempo debito, le applicazioni della *stipulatio* di maggior rilievo, lasciando da parte le «*stipulationes praetoriae*», furono le seguenti: *a*) la *promissio dotis*; *b*) le *stipulationes novatoriae*; *c*) la *adstipulatio*; *d*) la *stipulatio poenae*; *e*) le varie stipulazioni di garanzia (*sponsio, fidepromissio, fideiussio*).

72.2. La *dotis promissio* («promessa di dote») fu la stipulazione costitutiva di dote a favore del marito o del suo *pater familias*, quindi su domanda dello stesso in veste di *stipulans*. La formula della *stipulatio* era, a questo fine, così adattata: «*centum dotis causa dari promittis? promitto*».

72.1. Sulle *stipulationes praetoriae*: *retro* n. 32.4. — Una interessante applicazione della *stipulatio* era anche 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. 74.4.2). 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.-Afr. D. 19.5.24).

72.2. Per la *dotis promissio*, letteratura, fonti e problemi: *retro* n. 43.2.2. A differenza della *dotis dictio* (su cui *retro* n. 70.3), 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 (di cd. «*dos recepticia*») il costituente aveva, come sappiamo, un'*actio ex stipulatu*, indipendentemente dall'*actio rei uxoriae*, per il riottenimento della *dos*.

72.3. *Stipulationes novatoriae* («stipulazioni novatorie») furono quelle, appunto, indirizzate al fine di effettuare una novazione. Un'applicazione molto diffusa di questa categoria di *stipulationes* fu la «*stipulatio Aquiliana*», così detta perché inventata sullo scorcio dell'età preclassica dal giurista Aquilio Gallo allo scopo di far sì che potessero estinguersi mediante un'unica *acceptilatio* tutta una serie di obbligazioni tra le parti che non fossero già state costituite *verbis*. Le obbligazioni stesse venivano trasfuse, nel totale dei loro importi pecuniari, in un'unica *obligatio ex stipulatu certi* tra le parti, *obligatio* che successivamente (generalmente, subito dopo) si procedeva ad estinguere con l'*acceptilatio*.

72.3.1. L'importanza e conseguentemente la diffusione della *stipulatio Aquiliana* nel mondo economico furono, in ogni tempo, molto rilevanti, perché l'istituto permetteva di «chiudere» in una sola volta tutti i molteplici rapporti giuridici relativi insorti per ragioni di commercio tra due soggetti: dato anzi che in genere ciascuno dei due soggetti aveva rispetto all'altro non solo crediti, ma anche debiti, è probabile che l'uso fosse, tra uomini di affari, di ricorrere a questo fine a due *stipulationes* recipro-

---

72.3. Per la *stipulatio Aquiliana* cfr. Ulp. D. 2.15.4: *Aquiliana stipulatio... omnes praecedentes obligationes... perimit ipsaque perimitur per acceptilationem*; Flor. D. 46.4.18.1 e I. 3.29.2. Ritengo 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) 95 ss. (ma v. Bonifacio, *La novazione nel dir. rom.*² [1959] 127 ss.). Sul tema: Casavola, «*Actio, petitio, persecutio*» (1965) 31 ss.; Fuenteseca, *Investigaciones de derecho procesal romano* (1969) 50 ss.; Sturm, «*Stipulatio Aquiliana*» etc. (1972); Kaser, «*Stipulatio Aquiliana*», in *ZSS.* 90 (1973) 346 ss. — Sulla *novatio*: *retro* n. 68.9.1.

72.3.1. 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 meum habes tenes possides possideresve 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 v. Guarino, «*Actio petitio persecutio*» [1966], in *PDR.* 7 [1995] 37 ss.) sono le seguenti: interpolazione postclassica di «*quodque tu meum habes* (ecc.)»; riferimento della *stipulatio Aquiliana*, malgrado le prime apparenze, ai soli rapporti giuridici relativi; riferimento della *stipulatio Aquiliana* anche ai rapporti assoluti, ma suo carattere non novativo, checché dicano in contrario le fonti, dalla stessa; concessione di una *exceptio doli* a chi fosse convenuto in giudizio, per i rapporti assoluti, con l'*actio in rem* che si era voluto eliminare. È da tener presente che l'*acceptilatio* o le *acceptilationes* che integravano l'operazione non escludevano, naturalmente, che tra le parti si fosse proceduto separatamente, mediante versamento di denaro, al pagamento di quanto dovuto (o transattivamente stabilito come dovuto) dall'una all'altra a titolo di adempimento, oppure al conguaglio tra il suo maggior «dare» ed il suo minore «avere».

che. 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 sarebbe stato prevedibilmente dovuto in vista di una condanna a séguito di *actiones in personam* (cioè a titolo obbligatorio), ma anche quanto sarebbe stato prevedibilmente dovuto in vista della condanna a séguito di *actiones in rem* (cioè a titolo di rapporti assoluti): tuttavia questa seconda ipotesi non implicava la estinzione dei corrispondenti rapporti giuridici assoluti (come era invece per quelli relativi), ma comportava solo l'obbligo di estinguere successivamente quei rapporti nei modi loro propri.

72.4. L'*adstipulatio* («stipulazione aggiuntiva») non fu, in realtà, una figura generale: si trattò, invece, di un istituto desumibile da singole applicazioni, che furono, più precisamente, quella dell'*adstipulator* da un lato e quella dell'*adpromissor* dall'altro.

72.4.1. «*Adstipulator*» («stipulante aggiuntivo») era un *reus stipulandi* aggiunto dallo *stipulans* a se stesso mediante la domanda: «*mihi et Titio dari spondes?*» (prometti di dare a me e a Tizio?). In caso di risposta affermativa a questa domanda, l'*adstipulator* (nell'esempio, Tizio) poteva esigere il pagamento dal debitore, estinguere l'obbligazione mediante *acceptilatio*, stare in giudizio per il creditore, salvo a regolare separatamente i suoi rapporti con lo *stipulans* principale. Dell'*adstipulator*, per infrenarne i possibili arbitri, si occupò il secondo capitolo della *lex Aquilia de damno*, stabilendo che, se egli avesse fraudolentemente operato un'*acceptilatio* dell'obbligazione, con l'effetto di depauperare il concreditore, fosse tenuto, a vantaggio di costui, al pagamento del controvalore («*quanti ea res est*»).

72.4.2. «*Adpromissor*» («promittente aggiuntivo») fu, invece, il condebitore, che assumeva l'obbligazione *ex stipulatu* unitamente al *promissor*, sí 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.

72.4. Sulle figure dell'*adstipulatio*: Mendez, *L'«adstipulatio» et la «stipulatio» primitive* cit.; Scherillo, *L'«adstipulator»*, in *RIDA.* 10 (1963) 245 ss.

72.4.1. Sull'*adstipulator* cfr. Gai 3.110-114: *Possumus tamen ad id quod stipulamur alium adhibere, qui idem stipuletur, quem vulgo adstipulatorem vocamus* (ecc.). — Sul capitolo secondo della *lex Aquilia* e sulle origini dell'istituto dell'*adstipulator*: *infra* n. 89.2.

72.4.2. Sull'*adpromissor* cfr. spec. Pomp. D. 45.1.5.2, Ulp. D. 46.3.43. In argomento: Talamanca, *«Alia causa» e «auctor condicio» come limite dell'obbligazione dell'adpromissor*, in *St. Grosso* 3 (1968) 117 ss.

72.5. La *stipulatio poenae* («stipulazione di penale») era una clausola accessoria delle *stipulationes*, con cui si stabiliva che, in caso di inadempimento del debitore, l'obbligazione di quest'ultimo si convertisse nell'obbligo di pagare a titolo di penale (*poena*) una somma determinata. Per tal modo, sin dal momento della *stipulatio* veniva ad essere accertata la somma della condanna, evitandosi le incertezze della valutazione rimessa al giudice (*litis aestimatio*). Due erano le modalità di attuazione: *a*) una prima consisteva nel creare una sola obbligazione avente ad oggetto la *poena* per l'ipotesi che il *promissor* non adempisse la prestazione principale («*si servum Pamphilum non dederis, centum poenae nomine mihi dari spondes?*»); *b*) una seconda consisteva nel creare due obbligazioni, l'una per la prestazione e l'altra per la *poena* («*servum Pamphilum mihi dari spondes?, si non dederis, centum poenae nomine mihi dari spondes?*»).

72.6. Le stipulazioni di garanzia delle *obligationes*, molto diffuse nel diritto romano, sopra tutto classico, furono: la *spon-*

72.5. Sulla *stipulatio poenae*: Voci, *La responsabilità del debitore da «stipulatio poenae»*, in *St. Volterra* 3 (1971) 319 ss.; Visky, *La pena convenzionale in dir. rom. etc.*, in *St. Volterra* 3 (1971) 579 ss.; Knütel, *«Stipulatio poenae» etc.* (1976); Biscardi, *La double configuration de la clause pénale etc.*, in *St. von Lübtow* (1980); Sossna, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen* (1993). 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. 45.1.28; D. 44.4.4.7; D. 45.1.90. — Nell'ipotesi di doppia stipulazione, se la prima obbligazione non fosse stata adempiuta, lo stipulante aveva teoricamente diritto sia al controvalore 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 («*si non dederis, amplius centum poenae nomine mihi dari spondes?*»). — Utilizzazioni anomale della *stipulatio poenae* si avevano quando la penale era subordinata 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 a fattispecie non previste, oppure vietate dall'ordinamento: contratti preliminari, contratti a favore di terzi, contratti con prestazioni non patrimoniali ecc. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni fanno largamente ricorso, e in modi sostanzialmente conformi tra loro, alle cd. «clausole penali», apposte ai contratti, allo scopo di «liquidare» il danno in caso di inadempimento di una delle parti senza bisogno di procedere all'accertamento del se e del quantum di danno effettivamente prodotto dall'inadempienza. Per il diritto italiano vigente, cfr. a. 1382-1386 cc.*

72.6. Le garanzie personali delle obbligazioni, e le stesse garanzie reali (*fiducia cum creditore* [v. infra n. 74.3], *hypotheca* e *pignus* [retro n. 62], *receptum argentarii* [infra n. 82.7]) 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 gli ordinamenti giuridici 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 cautelo-

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.

72.6.1. È alquanto discusso, come sappiamo, se la «*sponsio*» abbia avuto alle origini funzione di assunzione di una *obli-*

---

ri, semplificati ed accomunati infine dalla pratica postclassica e dalla legislazione giustinianea. — Il concetto di *intercessio pro aliis* è l'unico adattabile alle varie garanzie personali. Esso (che si riferisce, peraltro, anche alla «*expromissio*» ed alla «*obligatio in solidum*») fu elaborato dai giuristi classici in relazione al *SC. Velleianum* (o *Vellaeanum*) 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. 36.4). In argomento cfr. 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.; Nov. 134.8 e 118.5. — Sulle *stipulationes di garanzia*, oltre agli scritti sulla *stipulatio* (retro nn. 71.3 e 71.1.3): Levy, «*Sponsio, fidepromissio, fideiussio*» cit.; id., *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); Solazzi, *Né «accessiones» né «adpromissores»* (1930), in *Scr.* 3 (1960) 359 ss.; Flume, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen* (1932); id., *Zu den röm. Bürgschaftsstipulationen*, in *ZSS*. 56 (1936) 81 ss.; Segrè, *In materia di garanzie personali*, in *BIDR*. 47 (1934) 497 ss.; De Martino, *Le garanzie pers. dell'obbligaz.* 1 (1940); id., *L'origine delle garanzie personali* cit.; Nocera, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel dir. rom.* (1942); Levy, *Principal and surety in class. rom. l.*, 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.; Talamanca, *Giavoleno l. 10 «epistularum» e la «fideiussio» di quanti ea res erit*, in *Est. Sanchez del Rio* (1967); Medicus, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im röm. R.*, in *ZSS*. 86 (1969) 67 ss.; Feenstra, *Le caractère des différents types de cautionnement «verbis» en dr. rom. class.*, in *Et. Macqueron* (1970) 301 ss.; Wolff (H. J.), *Papinian und die «Allelengye»*, in *St. Volterra* 3 (1971) 753 ss.; Mannino, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel d. rom. classico* (1992). Fonti: Gai 3.115 ss.; I. 3.20; D. 46.1 (*De fideiussoribus et mandatoribus*); CI. 8.40(41). — Sul *constitutum debiti alieni*: infra n. 82.3. — Sul *mandatum pecuniae credendae*: infra n. 81.2. — Sull'*arrha*: infra n. 78.2.

72.6.1. 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. 71.3.2). 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. Cfr. Gai 3.119: *Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit* (ecc.). Gaio riferisce, poi, la disputa circa l'obbligatorietà della *sponsio* a favore di uno schiavo o di un peregrino. Sul passo: Cornioley *gatio* in proprio o, viceversa, solo funzione di garanzia: sta comunque 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 (quindi una «*sponsio* di garanzia»), accanto al quale venne a porsi, in età sempre piuttosto risalente, un'altra *stipulatio* di garanzia, denominata «*fidepromissio*» («fedepromessa») ed aperta anche ai *peregrini*, quindi *iuris gentium*. Caratteristica delle due *stipulationes* fu che il promittente («*sponsor*» o «*fidepromissor*») si impegnava ad una prestazione pienamente identica a quella formante oggetto di una precedente obbligazione stipulatoria altrui («*idem dari spondes? spondeo*», «*idem dari fidepromittis? fidepromitto*»). Sia l'uno che l'altro negozio erano intrasmissibili agli eredi ed avevano carattere accessorio rispetto ad una *stipulatio* «principale»: non nel senso che fosse impossibile 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 che pertanto venivano automaticamente meno se il debitore principale estingueva la sua obbligazione.

«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: 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 questo costretto mediante un'azione per il *solidum*), concesse a lui un'azione 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 concessa, 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 favore dello stesso debitore, verso lo stesso creditore, nel corso dello stesso anno, per un importo superiore a ventimila sesterzi. In argomento: Triantaphyllopoulos, *«Lex Cicereia»* (1957-59), in *Labeo* 8 (1962) 25 ss., 220 ss., e 10 (1964) 74 ss., 171 ss., con bibl.; id., *La législation romaine sur le cautionnement*, in *RH.* 39 (1961) 505 ss.

72.6.2. Più recente della *sponsio* e della *fidepromissio* fu la «*fideiussio*» («fideiussione»), apparsa in Roma verso la fine dell'età preclassica. Anche essa fu una *stipulatio* comportante la promessa della stessa prestazione dovuta dal debitore principale («*quod Titius debet, id fide tua esse iubes? iubeo*»), ma ebbe la duplice caratteristica: di essere riferibile a qualunque tipo di *obligatio* (anche non *ex stipulatu*); di essere trasmissibile agli eredi. Il negozio di *fideiussio* era sottratto inizialmente a tutte le limitazioni che si erano venute determinando in ordine alle altre due stipulazioni di garanzia, ma più tardi, nel corso dell'epoca classica, subì un'evoluzione corrispondente a quella che aveva caratterizzato la storia della *sponsio* e della *fidepromissio* in età preclassica. Infatti: *a*) al fideiussore fu riconosciuto il diritto di opporsi (probabilmente con un'*exceptio doli*) a che il creditore si rivalesse a suo carico per l'intero quando vi fossero altri fideiussori solvibili contro cui agire per la loro quota (cd. «*beneficium divisionis*», «beneficio della divisione del dovuto»); *b*) al fideiussore stesso fu riconosciuto il diritto ad ottenere la 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 (cd. «*beneficium cedendarum actionum*», «beneficio della cessione delle azioni»); *c*) si fece anche lentamente strada la regola che la quota del congarante insolvente fosse accollata a carico di tutti gli altri garanti.

72.6.2. Sulla *fideiussio*: Schulz, «*Condictio indebiti*» *und die Accessorietät der «sponsio» und «fideiussio» (D. 12.6.47)*, in *Iura* 3 (1952) 15 ss.; Archi, «*Fideiussio animo donandi*», in *Syn. Arangio-Ruiz* 2 (1964) 909 ss.; Cenderelli, *Le garanzie pers. delle obbl. per debiti e crediti dell'eredità giacente etc.*, in *SDHI.* 30 (1964) 114 ss.; Kaser, *Celsus D. 12.6.47 und die Akzessorietät der Bürgschaft*, in *Fs. Flume* (1978) 143 ss.; Macqueron, *La fideiussion dans les tablettes de Pompéi*, in *Mél. Dauvillier* (1979) 479 ss.; Kaser, «*Unmittelbare Vollstreckbarkeit*» *und Bürgenregress*, in *ZSS.* 100 (1983) 80 ss. — Il problema discusso se in età classica la *fideiussio* servisse a garantire anche *obligationes ex delicto*: cfr. Gai 3.119a e D. 46.1.8.5; v. Perozzi, *Ist.* 2.236 s. — Per l'*actio mandati* cfr. Gai 3.127; I. 3.20; D. 17.1.62 (Ulp.); D. 50.17.60. Cfr. sulla formula in factum: Lenel, *EP.*³ 296 ss.; Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato in dir. rom.* 2 (1930), in *St.* (1976) 351 ss.; Kreller, *Zum «iudicium mandati»*, in *AG.* 133 (1933) 118 ss.; Tafaro, «*Fideiussor iudicio sistendi causa*», in *Labeo* 22 (1976) 237 ss.; González Sánchez, «*Fideiussio indemnitatis*» *etc.*, in *St. Alvarez Suárez* (1978) 193 ss. — Per l'*actio negotiorum gestorum* cfr. D. 17.1.20.1. Sul tema del regresso: Wesener, *Die Durchsetzung von Regressansprüchen etc.*, in *Labeo* 11 (1965) 341 ss. — Sul mancato effetto consuntivo della *litis contestatio* cfr.: CI. 8.40.28 (si cfr. il testo con PS. 2.17.16 e CT. 2.40.5). In argomento: Levy, *Principal and surety* cit. — Per il *beneficium divisionis* cfr. Gai 3.121 ss.; D. 46.1.26 e 28; PS. 1.20; D. 46.1.10 pr. (itp.). — Del *beneficium cedendarum actionum* conosciamo sopra tutto la regolamentazione giustinianea, dalla quale si desume quella precedente: Nov. 4.1 in fine. Sul tema: Provera, *Riflessioni sul «b. ced. act.»*, in *St. Sanfilippo* 4 (1983) 609 ss.; Briguglio, «*Fideiussoribus succurri solet*» (1999).

72.6.3. Dopo una lunga evoluzione postclassica, in diritto giustinianeo *sponsio* e *fidepromissio* erano ormai scomparse, mentre unica sussisteva la *fideiussio*. Ai *fideiussor*, inoltre, Giustiniano accordò (così come ad ogni *adpromissor*) il cd. «*beneficium excussionis*» o «*ordinis*» («beneficio dell'escussione»), cioè il diritto di bloccare con una *exceptio* l'azione del creditore se questi non avesse prima provveduto, adeguandosi ad una esigenza elementare di ordine, a chiamare in giudizio (*excutere*) il debitore principale e se il debitore principale, a sua volta, non avesse pagato.

73. LE «OBLIGATIONES LITTERIS CONTRACTAE».

73.1. Le *obligationes litteris contractae* («obbligazioni letterali») furono quelle costituitesi (*contractae*) tra i loro soggetti (*creditor* e *obligatus*) in virtù di determinate scritturazioni («*litterae*») stese a volte da entrambi e a volte da uno solo di essi (il creditore o il debitore). Loro comune caratteristica fu che a farle sorgere bastava il compimento della formalità della scritturazione e l'indicazione, attraverso quest'ultima, dei loro soggetti e della prestazione che ne formava oggetto: prestazione che, a quanto risulta, era esclusivamente di «*dare*», anzi esclusivamente relativa a somme di danaro o a quantità di altre cose fungibili. La esplicitazione della causa del negozio costitutivo

---

72.6.3. Per il *beneficium excussionis* cfr.: Nov. 4.1. Sulla prassi giustinianea: [illegible], *La ἀλληλεγγύη nella legislazione di Giustiniano*, in *St. Maridakis* 1 (1963) 153 ss.; Briguglio cit. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni riconoscono largamente, e in modi resi sostanzialmente conformi dalla prassi internazionale, l'istituto della «fideiussione» (o, più in generale, della «garanzia personale»), che viene solitamente prestata anche da istituti di credito, o per determinati affari, oppure entro un certo limite massimo, ma può anche assumere la forma (peraltro molto discussa) della cd. «fideiussione omnibus» (cioè valevole per tutte le obbligazioni presenti o future del garantito). Per il diritto italiano vigente cfr. a. 1936-1957 cc.*

73.1. Sulla storia delle *obligationes litteris contractae*, in generale: Mitteis, *Trapezitika*, in *ZSS.* 19 (1898) 231 ss., 242 ss., 252 ss.; Heck, *Der altrömische Literalkontrakt*, in *ACP.* 116 (1918) 129 ss.; De Ruggiero, *La classificaz. dei contratti e l'obbligaz. letterale etc.*, in *St. Perozzi* (1925) 369 ss.; Spangenberg, *Untersuchungen über das Wesen der römischen Litteralkontrakte* (1931); Voci, *La dottrina* cit. 135 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.; Cremades, *El contrato literal*, in *St.* [illegible] (1954) 559 ss. Fonti principali: Gai 3.128-134, I. 3.21 e alcuni documenti papirologici. — Sulle caratteristiche del *contratto letterale greco*: Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* (1891) 459 ss.; Popescu-Spineni, *Le contrat «litteris» etc.*, in *Bull. Inst. Archéol. Bulgar.* 9 (*Actes IVe Congr. int. ét. byz.*, 1935) 291 ss.; Arangio-Ruiz, in *Papiri Un. Milano* (1937) n. 25 ss.; Taubenschlag, *Greco-Roman Egypt* 298 ss.

non era dunque necessaria e non aveva rilevanza. Quanto alle azioni esercitabili dal creditore contro il debitore inadempiente, non si trattava di azioni speciali, ma erano le normali *actiones in personam* per debiti di cose fungibili, quindi l'*actio certae creditae pecuniae* e la *condictio certae rei*.

73.1.1. I negozi astratti costitutivi di obbligazioni letterali erano tre e vanno distinti in due categorie. La prima categoria si riassumeva nella «*expensilatio*», negozio del *ius civile vetus* progressivamente decaduto nel periodo classico e addirittura andato in desuetudine nel periodo postclassico: caratteristica ne era che la forma scritta fosse necessaria per la sua esistenza («*ad substantiam actus*»), ma non anche per la sua prova («*ad probationem actus*»), potendo la prova, in caso di smarrimento o di distruzione dello scritto, essere data in qualunque altro modo (dalla testimonianza orale ad una *testatio* documentale o ad un *chirographum* di conferma). La seconda categoria comprendeva le «*syngraphae*» ed i «*chirographa*», negozi del *ius civile novum* sempre più diffusi in periodo classico e postclassico: caratteristica ne era che la forma scritta fosse necessaria non solo per la loro esistenza, ma anche per la loro prova.

73.1.2. L'eventuale inesistenza di una lecita ragion d'essere, cioè di una causa dei negozi letterali, era pressoché impossibile da provare, a termini di stretto *ius civile*, dal debitore convenuto in giudizio per mancato adempimento. Tuttavia il *ius honorarium* pose riparo a questo rigore, concedendo al debitore una *exceptio doli*, così come al *promissor* di un negozio stipulatorio. Sullo stesso piano analogico procedettero l'avanzato diritto clas-

---

73.1.1. Sui negozi documentali: retro n. 22.5. — Sulla testatio, in particolare: retro n. 22.4 e nt. 22.2.1.

73.1.2. Sulla exceptio non numeratae pecuniae: retro n. 71.3.2. — La sistemazione giustinianea dei negozi letterali si legge in I. 3.21: *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus (transcripticiis) 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. Iust. C. 4.30.14, a. 528) *tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.* Il testo è interessante: non solo perché ricorda essere stato ridotto a due anni il termine più lungo concesso da precedenti *constitutiones principum* al debitore per paralizzare l'azione creditoria mediante la richiesta di provare la effettiva *numeratio pecuniae*, ma anche perché dichiara che i *nomina transcripticia* sono ormai non più usati (pur non essendo stati mai peraltro aboliti): e sopra tutto perché riflette la identificazione postclassica della *verborum obligatio* con l'*obligatio litteris*, della *stipulatio* con la *scriptura*.

sico e il diritto postclassico, che al debitore per singrafe o per chirografi, trattandosi di obbligazioni da documento (da cd. «*cautio scripta*»), concessero anche il beneficio della *exceptio non numeratae pecuniae*.

73.2. La *expensilatio* («registrazione di uscita»), detta anche «*nomen transscripticium*» («credito trascritto»), consisteva nella registrazione di una erogazione patrimoniale a favore di un soggetto determinato (l'*obligatus*, del quale si indicava appunto il *nomen*), che veniva fatta dal *creditor* nella colonna dell'«*expensum*» del suo «*codex accepti et expensi*» («codice delle entrate e delle uscite»). Questa registrazione d'uscita (non importa se operata in presenza dell'*obligatus*, se da questi accettata o meno, se da lui parallelamente registrata oppur no nella colonna dell'«*acceptum*» del proprio *codex accepti et expensi*) creava di per sé sola l'*obligatio* della controparte alla restituzione, nei limiti dell'importo pecuniario indicato dal *creditor* e nel termine da lui del pari indicato. Esclusivamente se e quando il *creditor* avesse registrato l'adempimento dell'*obligatio* (e cioè l'incasso della somma corrispondente) nella colonna dell'«*acceptum*» del *codex*, operando così un'«*acceptilatio litteris*» («accettilazione scritta»), l'obbligazione letterale si sarebbe potuta considerare estinta.

73.2.1. A titolo di chiarimento, va ricordato che i *patres familiarum* (ed i soggetti giuridici in genere) mediamente abbienti

---

73.2. Sull'*expensilatio*, cfr. Gai 3.128-130. In argomento: Arangio-Ruiz, *Le tavolette cerate ercolanesi e il contratto letterale*, in 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 la prassi di un vero e proprio «libro di cassa» (v. *infra* n. 73.2.1) fa intendere che l'istituto, certamente antico, non fu di origini antichissime: attribuirlo alla fine del sec. IV o agli inizi del sec. III a. C. è l'ipotesi meno azzardata. — Sulla *acceptilatio litteris*: *supra* n. 68.2.2.

73.2.1. Sui *libri contabili* del *paterfamilias*: Leonhard, sv. «*Adversaria (scripta)*», in PW.; Jouanique, *Le «codex accepti et expensi» chez Cicéron*, in RH. 46 (1968) 5 ss.; Thilo, *Der «Codex accepti et expensi» im röm. R.* (1980); [illegible], *Der Literalvertrag etc.*, in St. Wołodkiewicz (2000) 57 ss. — La connessione dell'*expensilatio* con il *codex accepti et expensi*, considerato come libro di cassa «a partita doppia», viene da alcuni criticata (v. 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 da 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, spesso anche con l'indicazione usavano tenere (e conservare, ai fini dei periodici censimenti e del controllo da parte dei loro successori) non solo una ben ordinata cassaforte («*arca domestica*»), ma anche e correlativamente un «libro cassa» (denominato «codex *accepti et expensi*»), in cui registravano in termini pecuniari le operazioni compiute, segnandole su due colonne distinte, 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 di questo *codex accepti et expensi* che si valsero i soggetti giuridici 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, eventualmente nemmeno in presenza del debitore, perché i libri di famiglia avevano sul piano religioso e sociale una importanza tanto alta, da rendere difficilmente pensabile che il *pater* si arbitrasse di alterarli o di registrarvi false operazioni (di credito, di pagamento, di debito, di ricezione di un pagamento). D'altra parte, il soggetto che fosse stato arbitrariamente registrato (e chiamato in giudizio) come *obligatus* ottenne probabilmente ben presto dal *praetor* (cioè *iure honorario*) la possibilità di paralizzare l'azione del falso *creditor*

---

della relativa entrata: 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). Ad ogni modo, per quel che può valere una difesa giudiziaria, Cic. *pro Roscio com.* 1.4, nell'attribuire a Roscio il massimo scrupolo nella redazione del suo *codex*, esclama che non vi può essere un uomo tanto sfrontato da sostenere in giudizio di aver registrato nel *codex accepti et expensi* un credito inesistente. — 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 sopra tutto il debitore avrebbe potuto dolosamente omettere la registrazione, il *codex accepti et expensi*, come si è detto, non era obbligatorio. — Un libro cassa distinto dal *codex accepti et expensi* era il *kalendarium*, in cui il soggetto giuridico registrava le vicende delle sue singole partite di credito, con annotazione delle relative scadenze e degli eventuali interessi (rapportati generalmente alle *kalendae* mensili). Vi attendeva un *servus kalendario praepositus*. Di solito, il *kalendarium* costituiva oggetto, con i crediti che vi erano annotati, di legato: Giliberti, *Legatum kalendarii* (1984). — L'uso degli *adversaria*, cioè dei «brogliacci» mensili più o meno disordinati delle operazioni attive e passive avvenute giorno dopo giorno, era cosa molto più diffusa, ma anche molto diverso dal rigoroso *codex accepti et expensi*. Cfr. Cic. *pro Roscio com.* 2.7: *quid est quod neglegenter scribamus adversaria? quid est quod diligenter conficiamus tabulas? qua de causa? quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sancte; haec parvi temporis memoriam, illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur: haec sunt disiecta, illae sunt in ordinem confectae.*

mediante un'*exceptio doli*, la quale lo poneva in condizioni di dimostrare al giudicante la manovra esercitata a suo danno dalla controparte. Comunque, proprio perché con l'avanzare dei secoli diminuí notevolmente, anche in Roma, il margine di sicurezza circa il fondamento di onestà delle operazioni di *expensilatio*, l'istituto si avviò a cadere in disuso già sul finire dell'età preclassica.

73.3. In età classica la *expensilatio* sopravvisse non più (o quasi mai più) per creare una nuova *obligatio*, ma solo al fine limitato della *novatio* di un'obbligazione preesistente, ed appunto perciò fu chiamata anche *nomen transscripticium* («credito trascritto»). Posto che tra due soggetti già esistesse una certa obbligazione, la si poteva novare mediante una trascrizione (*transscriptio*) del credito (del «*nomen*») nella colonna dell'*expensum*, trasformandola insomma in una nuova *obligatio* derivante da *expensilatio* che fosse sostitutiva di quella precedente. Gaio, che ci parla dell'istituto come tuttora vivo (ma, dobbiamo credere, piuttosto languente) nel sec. II d. C., indica due tipi di credito trascrittizio: *a*) la *transscriptio a re in personam*; *b*) la *transscriptio a persona in personam*.

73.3.1. La «*transscriptio a re in personam*» («trascrizione reale») era operata al fine di novare una *obligatio* non letterale

---

73.3. Del *nomen transscripticium* ci parlano essenzialmente Cicerone e Gaio (pallido ricordo è nelle Istituzioni di Giustiniano: retro n. 73.1.2 ed *infra* n. 73.3.3): molti punti, pertanto, sono oscuri e controversi. Per esempio, è contestato (v. Bonifacio, *La novazione* cit. 64 ss., ivi letteratura) il meccanismo della doppia trascrizione (*acceptilatio-expensilatio*). Neppure del tutto sicuro è se l'obbligazione nascente da *transscriptio* fosse tutelata mediante «*actio certae creditae pecuniae*». In ordine ai casi di *nomina transscripticia* ricordati da fonti letterarie: Pflüger, *Ciceros Rede «pro Roscio Comoedo»* (1904) 103 ss.; Gallet, *Essai sur Valère Maxime, VIII.2.2*, in *RH.* 21 (1942) 35 ss.; Villers, *Un prêt d'argent chez Horace: Satires II. 3. 69-71*, in *St. Betti* 4 (1962) 455 ss. — Diversi dai *nomina transscripticia* erano i *nomina arcaria*. Cfr. 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 rei 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 ravvisato in un *mutuum* e non nella registrazione, che aveva solo funzione di prova. V. in materia: Camodeca, *L'archivio puteolano dei Sulpicii* 1 (1992) 199 ss.; Id., *«Nomina arcaria» TH. 70 + 71 e 74*, in *OST* 2 (1993) 197 ss. — La terminologia di *nomen* per indicare i crediti derivava, come si è detto retro n. 73.2, dal fatto che i creditori solevano denominare le singole partite attive col nome dei relativi debitori.

73.3.1. Sulla *transscriptio a re in personam* cfr. Gai 3.129: *A re in personam transscriptio fit, veluti si id quod ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero*. Il collegamento (quanto meno, non tenue) con le *obligationes ex contractu* è evidente, ed è reso più evidente dal fatto che Gai 3.131 (retro n. 73.3) parla dei *nomina arcaria* quando vi sia stata una *numeratio pecuniae* (quando cioè l'*obligatio* sia stata *re contracta*). — Sulla appli-

(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 sopra tutto ne rendeva più facile, a tempo debito, l'estinzione (mediante *acceptilatio*). Probabilmente l'operazione era fatta registrando come «speso» (*expensum*) a favore della *persona* dell'obbligato l'importo da questi dovuto per altra causa 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*, cioè stranieri.

73.3.2. La «*transscriptio a persona in personam*» («trascrizione personale») era operata al fine di surrogare un debitore, già obbligato *litteris*, con un nuovo debitore: il che si faceva, probabilmente, portando 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*, la generalità dei giuristi sostenne che l'istituto fosse applicabile ai soli *cives Romani*.

73.3.3. Sebbene Gaio indichi il *nomen transscripticium* come un istituto vigente alla sua età, è da ritenere che, sullo scorcio

---

cabilità ai peregrini cfr. 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*. V. *infra* nt. 73.3.2.

73.3.2. Sulla *transscriptio a persona in personam* (la quale poteva riguardare tanto un'*obligatio* nata *litteris*, quanto un'*obligatio* divenuta *litteris* per effetto di una *transscriptio a re in personam*) cfr. Gai 3.130: *A persona in personam transscriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet tibi id expensum tulero, id est si Titius te pro se delegaverit mihi*. La *transscriptio a persona in personam* serviva dunque solo a fini di novazione soggettiva passiva. — Le ragioni per cui Nerva (cfr. Gai 3.133, *retro* nt. 73.3.1) 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 séguito di una *transscriptio a re in personam*.

73.3.3. 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 dimenticata dai postclassici o tralasciata dagli stessi autori tardo-classici. Per Giustiniano, v. *retro* nt. 73.1.2.

dell'età classica, esso sia stato praticamente disapplicato. 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 nelle *Institutiones* di Giustiniano solo per segnalarne la disapplicazione.

73.4. *Chirographa* e *syngraphae* («chirografi» e «singrafi») erano originariamente mezzi di costituzione di vincoli obbli-

---

73.4. Circa *chirographa* e *syngraphae*. L'avara notizia di Gai 3.134, giustificata dalla considerazione che il «*genus obligationis proprium peregrinorum est*», è completata da uno scolio dello pseudo-Asconio (*ad Cic. in Verr.* 2.1.91). Sugli istituti: 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 *DE.*; Kunkel, sv. «*Syngraphe*», in *PW.*; Bianchini, *Cicerone e le singrafi*, in *BIDR.* 73 (1970) 229 ss.; Castresana, *El «chirographum» y la «syngrapha»* etc., in *St. D'Ors* (1987) 361 ss. V. retro n. 22.2.1 e 22.5. Sul carattere costitutivo dei *chirographa* e (secondo noi) delle *syngraphae* o, più in generale, dei documenti scritti (*scripturae*) nel diritto postclassico-giustinianeo cfr. I. 3.21 (trascritto retro ns. 73.1.2) su cui: Messina Vitrano, *La «litterarum obligatio» nel dir. giustinian.*, in *AG.* 80 (1908) 94 ss.; Ferrari, *La degenerazione della «stipulatio» nel dir. intermed.*, in *AIV.* 1910; Binder, *Der justinianische Litteralkontrakt*, in *St. Brugi* (1910) 339 ss.; Riccobono, «*Stipulatio*» *ed* «*instrumentum*» cit. (in *ZSS.* 1913); Brasiello, *In tema di categorie contrattuali*, in *SDHI.* 10 (1944) 101 ss.; Archi, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale* cit.; Macqueron, «*Contractus scripturae*». *Contrats et quittances dans la pratique romaine* (1982). — Per paralizzare gli effetti del documento non rispondente alla realtà, era prevista, come sappiamo, la *querela non numeratae pecuniae* (v. retro n. 72.3.1). — Sottospecie di chirografi erano le *tesserae* (dette anche, alla greca, «*symbolae*»), delle quali peraltro poco si sa e molto si deve immaginare: v. Regling, sv. *Tessera*, in *PW.* Si trattava di piccoli quadrati o rettangoli di materia lignea o metallica che si rilasciavano a titolo di conferma o di assegnazione del diritto ad una certa prestazione (dall'ingresso a teatro sino all'ottenimento di una certa quantità di frumento o addirittura alla riscossione di una certa somma di danaro), talora indicando il nome dell'avente diritto, talaltra intendendo come titolare il portatore del documento. I testi giuridici non parlano di queste figure, ma dal materiale epigrafico e da qualche cenno delle fonti non giuridiche si trae netta la convinzione che esse fossero in pratica diffusissime, sopra tutto come *t. frumentariae* e come *t. nummariae* o *nummulariae* (esibendo o consegnando le quali si fruiva delle *liberalitates* pubbliche), ma anche come marche per la frequentazione di bagni o di bordelli (cd. *tesserae nummismata*). Il rilascio di tali documenti era dunque fatto non solo da pubbliche autorità, ma anche da imprenditori privati: v. *infra* n. 82.5. — *Postilla. Negli ordinamenti giuridici moderni presentano una certa analogia, sia pure alla lontana, con singrafi, con chirografi, con tessere e con documenti stipulatori (questi ultimi considerati nella loro configurazione postclassica) i cd. «titoli di credito»: istituti che costituiscono il nerbo della vita commerciale dei paesi civili e che, sia per ragioni di prassi sia per effetto di varie convenzioni internazionali, sono tra le espressioni più importanti del cd. diritto privato commerciale. Caratteristica generale dei titoli di credito (formulati di solito come promesse unilaterali, quindi a guisa di chirografi) è la «incorporazione» del credito (di danaro o di cose fungibili) nel documento (titolo, cartula) che ne indica l'ammontare e la scadenza: il trasferimento del titolo implica il trasferimento del credito, il suo smarrimento o la sua distruzione ne implicano (salvo che in casi eccezionali) la perdita, la contestazione del «rapporto causale» da parte del debitore è ammessa entro certi limiti ristrettissimi e comunque subordinatamente al pagamento della prestazione indicata nel documento (principio, questo, detto del «solve et repete»: prima paga e poi chiedi la restituzione). La distinzione fondamentale dei titoli di credito è in: a) titoli «nominativi», intestati ad un creditore ben determinato e trasferibili solo mediante annotazione del nome del cessionario sul titolo stesso e nel registro dell'emittente (debitore); b) titoli «all'ordine», intestati ad un determinato creditore, ma trasferibili da costui ad altro creditore (e da questo ad un creditore successivo ecc.) mediante una «girata», cioè segnando sul documento l'ordine* gatori tra *peregrini* della *pars Orientis*, e in particolare della Grecia e dell'Egitto: atti recepiti poi dal diritto romano nel corso dell'età classica. Poco si sa di preciso relativamente a questi istituti, salvo che: *a*) il «*chirographum*» (letteralmente: scritto a mano, «autografo») era redatto in unico originale dal debitore ed affidato al creditore a titolo di solenne impegno al pagamento; *b*) la «*syngrapha*» (detta anche «*syngraphum*»; letteralmente: scritto a due) era redatta in doppio originale e sottoscritta da ambo i soggetti, contenendo egualmente l'impegno al pagamento di una certa somma. Qualcuno ha pensato che solo le singrafi fossero effettivamente costitutive di *obligationes* e che i chirografi avessero valore puramente probatorio di *obligationes* sorte in altro modo; è assai probabile, invece, che tanto le une quanto gli altri avessero non solo pari efficacia costitutiva, ma addirittura efficacia «rappresentativa» dell'*obligatio*, nel senso che l'*obligatio* si ritenesse «incorporata» nel documento e quindi estinta con la distruzione di esso.

74. LE «OBLIGATIONES RE CONTRACTAE» IN SENSO PROPRIO.

74.1. Le *obligationes re contractae* («obbligazioni reali») furono quelle costituitesi (*contractae*) tra i loro soggetti (*creditor* e *obligatus*) in virtù del fatto che: *a*) il primo (cioè il cre-

---

al debitore di pagare al nuovo creditore; *c*) titoli «al portatore», privi dell'indicazione del nome del creditore e quindi spettanti a chi li possiede e trasferibili da costui ad altri mediante semplice consegna del documento. I più diffusi tra i titoli di credito sono: *a*) la «cambiale», titolo all'ordine che può assumere la forma di «tratta» (ordine di un «traente» ad un «trattario» di pagare ad un creditore denominato «prenditore»), oppure la forma di «vaglia cambiario», anche detto comunemente «pagherò» (promessa fatta da un «emittente» di pagare ad un creditore denominato «prenditore»); *b*) l'«assegno», titolo all'ordine che può assumere la forma di un «assegno bancario» (ordine di un cliente-traente ad una banca-trattaria di pagare ad un determinato prenditore, attingendo ad un deposito preventivamente fatto dal cliente o anche ad un'apertura di credito concessa a costui dalla banca), oppure la forma di «assegno circolare» (promessa fatta da una banca-emittente di pagare a vista un certo importo al prenditore del documento). Su tutto ciò cfr., per il diritto italiano vigente, a. 1992-2027 c.c., r.d. 14.12.1933 n. 1669 (cambiale), r.d. 21.12.1933 n. 1736 (assegno). Per le «carte di credito» v. retro n. 68.3.

74.1. Sulle *obligationes re contractae*: 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* (1924); id., *Ancora sulle «Res cottidianae»* (1930), in *Scr.* 2 (1974) 143 ss.; Wubbe, *Gaius et les contrats réels*, in *T.* 35 (1967) 500 ss.; id., *I contratti reali alla fine della repubblica*, in *ACOP* 4 (1989) 109 ss.; Maschi, *Tutela, fedecommessi, contratti reali*, in *St. Volterra* 4 (1970) 690 ss.; id., *La categoria dei contratti reali* (1973); MacCormack, *Gift, debt, obligation and the real contracts*, in *Labeo* 31 (1985) 131 ss. — La nozione generale da noi data nel testo si sforza di conciliare l'ipotesi in cui l'obbligazione reale derivava da una *datio rei* unilaterale (caso del mutuo) con quella in cui essa derivava da un accordo integrato da *datio rei*.

ditor) avesse effettuato una volontaria «*datio rei*» (una «consegna di cosa»: a titolo di proprietà, di possesso o di detenzione) a favore del secondo; *b*) il secondo (cioè il *debitor*), non avendo rifiutato la *datio* e non avendo diritto a trattenere presso di sé la cosa ad altro titolo, fosse pertanto tenuto a restituire la *res* al primo (cioè al *creditor*). I negozi costitutivi delle obbligazioni reali potevano essere unilaterali (cioè risultanti dalla sola volontà del dante) o bilaterali (cioè risultanti da un accordo tra dante e accipiente), ma avevano tutti per tratto comune la presenza di una *datio rei* e l'assenza di un diritto dell'accipiente a considerare la *res* come a lui spettante (per esempio, a titolo di pagamento di un suo credito verso il dante, a titolo di donazione ecc.): dal che altra conseguenza non poteva derivare, se non l'obbligo dell'accipiente di restituire la cosa al dante. E siccome è ovvio che alla base di queste operazioni (di dare per poi riavere) uno scopo pratico doveva pur esservi, alla individuazione specifica dello scopo stesso (quindi alla distinzione tra i vari negozi reali) si provvedeva, di solito: o mediante separate intese tra dante e accipiente (se si trattava di *dationes* effettuate con determinazione unilaterale del primo), oppure (o anche) mediante apposite clausole negoziali (se si trattava di *dationes* convenute bilateralmente).

74.1.1. Ignote al *ius Quiritium* e al *ius legitimum vetus* (anche se forse già praticate sul piano extragiuridico dei rapporti

---

74.1.1. Lo sviluppo storico delle *obligationes re contractae* è assai discusso e l'opinione espressa 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 autore). Il problema (a prescindere da quanto abbiamo detto retro n. 63.6 e 7) sorge dal fatto che: Gai 3.90-91 indica solo *mutuum* e *solutio indebiti* tra le cause di *obligatio re*; invece Gai. 2 aur. D. 44.7.1.2,3,5,6 tace della *solutio indebiti* (di cui si occupa Gai. 3 aur. D. 44.7.5.3) e indica accanto al *mutuum* anche *commodatum*, *depositum* e *pignus*; infine 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* e, comunque, presenti in altri luoghi del manuale gaiano) si spieghi per il fatto che esse davano origine ad *obligationes re* in senso improprio: v. Guarino, *L'intelligenza di Gaio* (1968), in PDR. 5 (1994) 329 ss. Val la pena di riportare al proposito il testo di Gai 3.90-91: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione. mutui autem datio proprie in his rebus contingit, quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum* sociali di carattere fiduciario), le obbligazioni reali furono riconosciute come giuridicamente rilevanti solo dal *ius civile vetus* e da alcune leggi del cd. *ius publicum* (cioè del *ius legitimum novum*) sullo scorcio del sec. III a. C., allorquando in Roma prese consistenza l'economia di scambio fondata sull'utilizzazione del danaro e di altre cose fungibili. Queste cose (che, come sappiamo, erano *nec mancipi*) venivano sempre più largamente passate di mano in mano mediante *traditio* (e perciò trasferite in proprietà dell'accipiente) a vario titolo: di donazione, di dote, di pagamento informale di una preesistente obbligazione, o infine di prestito (*mutuum*), cioè di provvisoria fornitura di mezzi economici ad un soggetto che ne avesse bisogno. Ove il pagamento risultasse ad una più attenta considerazione come non dovuto e, sopra tutto, ove il mutuante volesse riacquistare in sua proprietà le cose provvisoriamente prestate, era giusto che il dante ne

---

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. [sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium, quam contrahere]. Per il glossema in Gai 3.91 *fin.* (indicato per primo dal Solazzi): van Oven, *Remarques sur Gai 3.91*, in *Iura* 1 (1950) 21 ss.; Id., *L'origine de la glosse dans Gaius 3.91*, in *T.* 25 (1957) 196 ss. — Sull'economia romana del sec. III a.C.: retro n. 4.3 e De Martino, *Storia economica di Roma antica* 1 (1979) spec. 45 ss. È appena il caso di sottolineare che, nel mondo di «ricchi e poveri» del sec. III-II a. C., i così detti ricchi, avendo larga disponibilità di danaro e di derrate, presero ad alimentare un fenomeno sempre più diffuso in Roma (e dovunque): quello di sovvenire i così detti poveri (o, più precisamente, i meno abbienti, messi alle strette dalla scarsità di mezzi economici da investire nella produzione, sopra tutto agraria) con prestiti di danaro e di derrate (ovviamente a interessi) da rimborsarsi a chiusura dell'annata agraria, quando cioè vi fosse stato il raccolto. Le ragioni per cui questi mutui erano, dal punto di vista giuridico-formale, «gratuiti» saranno chiarite *infra* n. 74.4. Qui va aggiunto che i prestiti di cui sopra difficilmente erano fatti senza adeguate garanzie per l'ipotesi di mancata restituzione, e che la garanzia più adeguata era costituita dalla *mancipatio fiduciae causa* che i mutuatari facevano delle loro *res mancipi* ai mutuanti. Lo spropositato arricchimento immobiliare del ceto senatorio romano non si spiega solo con le vaste occupazioni di *ager publicus*, ma si spiega anche con l'acquisto definitivo in *dominium ex iure Quiritium* degli agri (e delle altre *res mancipi*) ottenuti in provvisoria *fiducia* dai loro debitori, quando questi non fossero in grado (come spesso succedeva) di pagare tempestivamente i loro debiti in danaro e in derrate. — A proposito delle donazioni, si ricordi che quelle *inter virum et uxorem* potevano ben essere richieste in restituzione come *indebitae* da chi (marito o moglie) le avesse operate, ma che le cd. «donationes immodicae» (vietate dalla *lex Cincia* del 204 a. C.) dettero luogo, *iure honorario*, solo ad una *exceptio* contro chi ne chiedesse la esecuzione promessa, ma non ancora avvenuta: se già materialmente effettuate, esse non davano diritto alla restituzione. V., in proposito, retro n. 23.4 e 27.5.3, nonché *infra* n. 82.3. — Sulla *legis actio per condictionem*: retro n. 8.5.

richiedesse la restituzione all'accipiente in quanto suo debitore: proprio allo scopo di favorirlo furono emanate, in quel torno di tempo, le *leges Silia* e *Calpurnia* istitutive della semplificata *legis actio per condictionem*. Quanto al rapporto relativo in cui queste ipotesi si riflettevano, venne naturale qualificarlo come *obligatio re contracta*.

74.1.2. In prosieguo di tempo, nell'ultimo secolo dell'età preclassica, la figura dell'*obligatio re contracta* venne ulteriormente sviluppata per l'intervento del *ius honorarium* e dell'interpretazione giurisprudenziale. Da un lato, si riconobbero come fonti di obbligazioni reali anche i negozi di trasferimento in proprietà di *res mancipi* (quindi *mancipationes* e *in iure cessiones*) che fossero accompagnati da un patto fiduciario di restituzione del *dominium* tra alienante e acquirente; dall'altro lato si riconobbero come fonti di obbligazioni reali anche dazioni di *res nec mancipi*, ma infungibili, a titolo di semplice detenzione o, al più, di possesso e in funzione di perfezionamento di specifici negozi bilaterali (di comodato, di deposito, di pegno) intervenuti tra le parti.

74.1.3. A conclusione di un ulteriore processo storico, il *ius vetus* classico, mentre mostrò una sempre più chiara tendenza ad accogliere tra le fonti di obbligazioni reali sia il mutuo sia le altre strutture negoziali dianzi accennate, palesò invece un sempre più grave disagio a qualificare formalmente come causa

---

74.1.2. L'intervento del *ius honorarium*, su ovvia suggestione della giurisprudenza preclassica, nel riconoscimento di rilevanza giuridica alle ipotesi delle obbligazioni derivanti da *fiducia* e di quelle derivanti da *commodatum*, *depositum* o *pignus* fu un intervento operato, come al solito, seguendo la via processuale, cioè creando specifiche azioni a tutela dei creditori. La domanda del perché il riconoscimento dei nuovi istituti giuridici non abbia comportato anche nella successiva età classica, almeno sino alla redazione delle *institutiones* di Gaio, l'inserimento esplicito e formale di essi nella categoria delle *obligationes re contractae* è una domanda, a nostro avviso, antistorica, la quale non tiene conto, quanto meno, di questo: che la giurisprudenza romana (compresa quella classica) fu assai poco incline, per non dire restia, alle categorizzazioni sistematiche; che Gai 3.90 (riportato retro n. 74.1.1) non intende indicare tutte le cause di *obligationes re contractae*, ma si apre con un significativo «*veluti*» di senso esemplificativo (così pure Gai 3.128, relativo alle *obligationes litteris contractae*); che ai tempi di Gaio la *fiducia* (sia *cum amico*, sia *cum creditore*) era ormai in forte decadenza (Gai 2.59-60 ne parla solo per segnalare la singolarità dell'*usureceptio*); che, infine, posto che le *res cottidianae* siano veramente di Gaio (il che è alquanto dubbio), non vi è nulla di strano che in esse l'autore, passando dalla esemplificazione delle *institutiones* ad una elencazione completa, abbia indicato come costitutivi di obbligazioni reali non solo il mutuo, ma anche il comodato, il deposito e il pegno. — Per le obbligazioni reali in senso improprio: *infra* n. 75.

74.1.3. Per la *solutio indebiti*: *infra* n. 86. Nulla di strano che il Gaio delle *res cottidianae* (o il confezionatore postclassico delle stesse) abbia tralasciato, *re melius perpensa*, di segnalare l'ipotesi come fonte di *obligatio re contracta*. — Sulle *res mancipi*: *retro* n. 19.8 e 54.1.8.

di una vera e propria obbligazione reale anche il pagamento del non dovuto («*solutio indebiti*»), pur non disconoscendo ovviamente che l'accipiente di un indebito fosse tenuto alla restituzione (mediante *condictio indebiti* esercitata dal dante). Quanto al *ius novum*, esso si differenziò dal *ius vetus* solo per il fatto che, essendo scaduta in età postclassica la rilevanza delle *res mancipi* e dei relativi negozi di trasferimento, fu da esso conseguentemente abbandonato anche l'istituto della *mancipatio fiduciae causa*.

74.2. In considerazione di quanto sopra detto, riteniamo opportuno qualificare come *obligationes re in senso proprio* solo quelle scaturenti da una *datio rei* traslativa di *dominium*, cioè derivanti da *mancipatio fiduciae causa* o da *datio mutui*, perché in virtù di esse l'*obligatus* si trovava in una situazione di puro obbligo (di restituzione) nei confronti del *creditor*, il quale si era reso del tutto privo di diritti assoluti sulla cosa. Separatamente e successivamente esamineremo le «*obligationes re in senso improprio*», derivanti da *datio rei* implicante detenzione o possesso (non proprietà) della cosa da parte dell'accipiente. Ancora in altra sede, relativa alle «obbligazioni non *contractae*», parleremo infine dell'obbligo di restituzione comportato dalla *solutio indebiti*.

74.3. *Fiducia* («fiducia») fu denominata, in terminologia abbreviativa, la fattispecie complessa costituita: *a*) da un negozio

---

74.2. Un quadro completo delle obbligazioni reali (in senso proprio o in senso improprio) dovrebbe comprendere, oltre agli obblighi di restituzione da *datio rei* di cui parleremo in questo e nel numero successivo, anche quelli da *solutio indebiti* (v. *infra* n. 86), da *datio ob rem* (v. *infra* n. 83), da *furtum* (v. *infra* n. 88.3.6): ipotesi, tutte, che davano luogo a *condictio*. La scelta da noi fatta (che è ovviamente una scelta) può essere, dunque, anche non condivisa. Alle ragioni di carattere strettamente giuridico, che abbiamo indicato nel testo per individuare il novero delle obbligazioni reali in senso proprio, si aggiungano i cenni di carattere storico-economico esposti *retro* nt. 74.1.1 e relativi al nesso tra prestiti di consumo e alienazioni fiduciarie di *res mancipi*.

74.3. Sulla *fiducia*: Erbe, *Die Fiduzia im röm. R.* (1940); Bellocci, *La tutela della «fid.» nell'epoca repubbl.* (1974); id., *La struttura del negozio della «fid.»* 1 (1979), 2 (1983); Kemenes, *Das «fides»-Prinzip und sein Zusammenhang mit der «fid.»*, in *St. Pólay* (1985) 145 ss.; Fuenteseca, *Líneas generales de la «fid. cum cred.»*, in *St. Murga* (1994) 387 ss.; Noordraven, *Die Fid. im röm. R.* (1999). — Sulla *fiducia cum creditore* v. già *retro* n. 62.2. — La *fiducia cum amico* è facile da comprendersi in ordine alle finalità di deposito («*quo tutius apud eum nostrae res essent*»). Le finalità di comodato *ante litteram* possono intuirsi se si pensa all'utile che veniva al fiduciario di integrare il suo patrimonio in vista del censimento e dell'iscrizione a una classe superiore a quella relativa al suo effettivo patrimonio. Per il fine di *donatio mortis causa* v. *retro* n. 27.1.1. Per il fine di *manumissio*, si pensi alle leggi limitative delle manumissioni (*retro* n. 52.5.3 e 4), ed alla possibilità che la *fiducia* offriva di eluderle, facendo operare la *manumissio* dall'*accipiens*. V., anche con riferimento ai dir. moderni: Paniani, *Le transfert fiduciaire etc.* (2000).

(*mancipatio* o *in iure cessio* che fosse) di trasferimento del *dominium* di una *res mancipi* dal fiduciante al fiduciario; *b*) da un patto separato (espresso in qualunque modo, ma chiaramente riferito a quel particolare trasferimento) con il quale il fiduciario si impegnava sulla sua parola (in nome della *fides* e non del diritto) a ritrasferire la cosa al fiduciante, ove si verificassero certe condizioni («*pactum fiduciae*»). Oltre alla «*fiducia cum creditore*», fatta a scopo di garanzia delle obbligazioni, di cui già abbiamo parlato altrove, si ebbe la c.d. «*fiducia cum amico*» per svariati altri fini: per fini di deposito o di comodato, quando questi contratti non erano ancora stati riconosciuti; per fini di attuazione di una *donatio mortis causa* (da porsi nel nulla in caso di premorienza del donatario al donante); per fini di *manumissio* (da effettuarsi dal fiduciario in ordine allo schiavo mancipatogli).

74.3.1. Sia nella ipotesi di *fiducia cum amico* e sia 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 l'esplicito *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 è ben comprensibile che il fiduciante potesse riacquistare il *dominium* di questa in base ad «*usureceptio*» (letteralmente: riacquisto mediante uso), cioè in base al suo possesso continuo per la durata di un solo anno pur se si trattasse di cosa immobile (relativamente a cui, come è noto, il normale *tempus ad usucapionem* era invece di due anni).

74.3.2. Per effetto della profonda e diffusa convinzione sociale circa l'obbligatorietà del *pactum fiduciae*, intervenne ad un

---

74.3.1. La *usureceptio* è la chiave di comprensione del carattere di provvisorietà che il *dominium fiduciarium* ebbe sin dai tempi anteriori a quello dell'introduzione dell'*actio fiduciae*. Premesso che per questa particolarissima forma di usucapione non era richiesta la iniziale *bona fides* dell'usucapiente, cioè del fiduciante (a proposito della quale v. retro n. 50.9 e 54.4), già abbiamo rilevato a proposito della *fiducia cum creditore* (retro n. 62.2) che la *mancipatio fiduciae causa* non comportava necessariamente che il fiduciario acquistasse anche la disponibilità materiale della cosa (e che anzi le *res mancipatae* o *in iure cessae* erano spesso trattenute materialmente dal fiduciante proprio allo scopo di impiegarle nella produzione e di procurarsi in tal modo i mezzi per il pagamento del prestito ricevuto dal fiduciario). Delle ipotesi di *fiducia cum amico* indicate nel testo solo quella della *fiducia* a fini di deposito implicava di necessità l'affidamento concreto della *res fiduciata* alla detenzione del fiduciario: le altre non sempre. Altro di più preciso non si può dire (beninteso, sempre che non si sia inclini a fantasticare) perché le testimonianze relative all'istituto della *fiducia* sono molto poche (se si eccettuano quelle di Gai *inst.*, di PS. 2.13 e di alcuni documenti papirologici) a causa della eliminazione che di esse ha fatto Giustiniano (v. *infra* n. 74.5.3).

74.3.2. 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.

certo punto, prima della fine del periodo preclassico, il *ius honorarium*. Il pretore introdusse infatti un'«*actio fiduciae in factum*», esperibile dal fiduciante contro il fiduciario per la restituzione della cosa mancipata in relazione a quanto stabilito nel *pactum fiduciae*. All'*actio in factum* fece forse séguito l'introduzione di un'«*actio fiduciae in ius*» *ex fide bona*, certamente più comoda alla tutela degli interessi del fiduciante. Ma la materia è, per ciò che riguarda i suoi più precisi contorni, estremamente controversa.

74.3.3. La *fiducia* si estinse nel corso del periodo postclassico del diritto romano. Ma già in età classica avanzata l'istituto era ormai scarsamente utilizzato, stante l'avvenuto riconoscimento dei negozi di comodato, deposito e pegno, che più elastica-

---

Di contro, Arangio-Ruiz, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine* (1912), in *Scr.* 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 «giudicare» e «condannare» nello svolgimento del processo romano*, in *RISG.* (1915) 55 nt. 1, 67 nt. 5, e corroborata, per quanto riguarda le contestazioni al Lenel, da Rotondi, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel dir. rom.* (1911), in *Scr.* 2 (1922) 1 ss. Il Lenel, nella terza ed. dell'*EP.* (1927), si è convertito anch'egli alla tesi dell'unicità della formula, pur continuando a considerarla *in factum concepta*, ma non perciò la questione può considerarsi chiusa. Sul punto: Bellocci, *La tutela* cit. (1974); Noordraven cit. (1990), con bibl. — La formula *in factum* è, nella ricostruzione del Lenel, la seguente (che qui si riporta con riferimento alla *fiducia cum creditore*): «*Si paret A.m A.m N.o N.o fundum de quo agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse* [*o in iure cessisse*] *eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse* (*aut per N.m N.m stetisse quominus solveretur*) *eumque fundum redditum non esse* (*negotiumve ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*) *quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.*». Nella formula relativa alla *fiducia cum amico* sono cancellate, ovviamente, le parole «*eamque pecuniam - solveretur*».

74.3.3. Sulla *fiducia* nell'età postclassica: Levy, *Weström. Vulgarrecht* 2. *Das Obligationenrecht* cit. (1956) 187 ss. Nella compilazione giustinianea la menzione della *fiducia* e dell'*actio fiduciae* era addirittura scomparsa, essendo stata accuratamente cancellata (come ha luminosamente dimostrato il Lenel) da tutti i testi che originariamente la portavano. Alla *fiducia cum creditore* fu sostituita 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. — Postilla. *Tra gli ordinamenti giuridici moderni danno rilievo alle «intese fiduciarie» (di cui già si è detto retro nt. 74.3.1) particolarmente i diritti di stampo anglosassone, nei quali, per ragioni storiche che qui non è il caso di riportare, è molto sviluppato quell'approssimativo derivato della fiducia cum amico che è l'istituto del «trust». I diritti di tradizione romanistica (tra cui il diritto italiano vigente), malgrado la forte influenza esercitata al giorno d'oggi dalle istituzioni anglosassoni (anche a causa dell'egemonia del mondo economico statunitense), non sono inclini, e ben opportunamente, ad adeguarsi. Tuttavia, siccome i «trusts» sono ormai una realtà dilagante che non si può ignorare e siccome essi non di rado coprono fenomeni anche di monopolio (o peggio) dei mercati nazionali e internazionali, i paesi dell'UE. aderirono ad una convenzione del 1985 che è stata tradotta in Italia nella l. 16 ottobre 1989 n. 364: legge che identifica, a scanso di equivoci, i tratti essenziali dell'istituto e che apre le porte alla repressione delle sue applicazioni illecite, cioè lesive della libertà di concorrenza. La complessa disciplina «antitrust» italiana fa capo alla l. 10 ottobre 1990 n. 287 e comporta anche una «Autorità garante della concorrenza» preposta alla sua applicazione.*

mente assolvevano le principali finalità per cui esso era sorto, sia nella forma *cum creditore* che in quella *cum amico*. Giustiniano, senza formalmente abolirlo, ne eliminò la menzione dai frammenti dei giuristi classici con uno dei suoi più vigorosi interventi compilatori.

74.4. *Mutuum* («mutuo», cd. «prestito di consumo») fu denominata la fattispecie consistente nel volontario trasferimento della proprietà di *pecunia* o di altre cose (*nec mancipi*) fungibili dal mutuante («*mutuo dans*») al mutuatario («*mutuo accipiens*»), con l'intesa di ritrasferire al mutuante il «*tantundem eiusdem generis*», cioè altrettante cose dello stesso tipo. 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*».

74.4.1. I giuristi classici ebbero della «dazione a mutuo» («*datio mutui*») una nozione piuttosto elastica. In primo luogo,

---

74.4. Per il *mutuum* le fonti principali sono: D. 12.1; C. 4.30; PS. 2.14.3. Sul tema: Huschke, *Die Lehre des röm. R. vom Darlehen* (1882); Segrè, *Mutuo e «stipulatio»* cit.; Seidl, *Der Eigentumsübergang beim Darlehen und «depositum irregulare»*, in *St. Schulz* 1 (1951) 373 ss.; Kaser, *«Mutuum» und «stipulatio»* cit.; Id., *Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten «contractus mohatrae»* (1969), in *Scr.* 2 (1976) 103 ss.; von Lübtow, *Ulpians Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 1212 ss.; Maschi, *La categoria* cit. 150 ss.; Giuffrè, *La «datio mutui»* (1989); Albanese, *Rilievi minimi sul «credere» edittale*, in *St. Biscardi* 3 (1982) 323 ss. V. anche retro n. 23.1.2 (sulla *causa mutui*). — In ordine all'etimologia, 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*. Sul punto: Bajic, *Postilla «mutuum»* cit., in *St.* [illegible] (1968) 791 ss.

74.4.1. Sostenne che la *datio mutui* unilaterale 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 *datio*: Serrao, *Sulla «mutui datio» da parte del servo comune*, in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1953) 51 ss.; Chevailler, *La «reconciliatio mutui»* etc., in *RH.* 33 (1955) 376 ss.; Sacconi, *«Conventio» e «mutuum»*, in *Index* 15 (1987) 423 ss. A nostro parere, in Gai 3.90 sono evidenti le tracce di una originaria concezione del *mutuum* come *datio* (*sine causa donationis o dotis e sine causa solvendi*) di una *res* che, essendo fungibile, diveniva necessariamente 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*) sia gli altri giuristi classici erano pervenuti, pur se in modi vari e con accentuazioni diverse, quanto meno alla concezione del *mutuum* come *datio* connessa ad una separata «intesa» (nel senso indicato retro n. 24.3.2) di restituzione del *tantundem* recepita volontariamente (e, al limite, anche unilateralmente) dal mutuatario. Man mano che si diffuse la concezione della *conventio*, il mutuo passò ad essere ritenuto appunto una manifestazione della stessa, cioè un negozio giuridico bilaterale. — Sul *mutuum con pecunia altrui* (e ipotesi analoghe) cfr. 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* non tutti e sempre videro nella *datio* un elemento costitutivo di un negozio giuridico bilaterale, cioè di una *conventio* tra mutuante e mutuatario: sopra tutto in età preclassica la *datio* fu concepita come un negozio unilaterale coordinato con una «intesa» (esplicita o implicita) di restituzione del *tantundem*, se non addirittura assorbita in una *stipulatio* che sancisse in termini inequivocabili l'obbligo di restituzione del mutuatario al mutuante. In secondo luogo, la *datio* fu ritenuta valida anche se non fosse fatta direttamente dal mutuante al mutuatario e quest'ultimo acquistasse la proprietà delle cose da un terzo per volontà del mutuante: per esempio, nel caso di un creditore che desse incarico al proprio debitore di passare la somma dovutagli ad un altro soggetto (che diveniva così mutuatario del creditore), o nel caso di chi, volendo dare a mutuo una certa somma ad un altro, ottenesse l'impegno al prestito della stessa da un terzo e incaricasse costui di trasferirla al proprio mutuatario.

74.4.2. Obbligo del mutuatario era di restituire l'«altrettanto» (il *tantundem*) nei limiti della dazione 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 denari residuali a titolo di donazione), mentre non era valida la convenzione per cui il mutuatario dovesse restituire più di quanto avesse ricevuto (centotrenta in luogo di cento). Da ciò appunto fu fatta derivare la impossibilità giuridica di inserire nel mutuo, in quanto tale, l'obbligo di pagare interessi («*usurae*») per la somma mutuata. La sua tipica struttura faceva sì che il *mutuum* fosse un contratto essenzialmente gratuito, sicché

---

ad id profecta. — Sul cd. contractus mohatrae cfr.: Ulp. D. 12.1.11 pr.; Ulp. D. 19.5.19 pr.; Diocl. Maxim. C. 4.2.8 (a. 293) (Tizio, richiesto da Caio 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).

74.4.2. Sulla pratica delle *usurae*: *retro* n. 66.3 e nt. 72.1. — Sui limiti della restituzione cfr. Ulp. D. 12.1.11.1 riportato *retro* nt. 23.1.2. — Sulla *stipulatio usurarum*: *retro* n. 72.1. — La capitalizzazione degli interessi era forse detta «*versura*»: Wilke, *Die Versur* (1984). V. però, in senso diverso: Sendbr. *Versura*, in ZSS. 107 (1990) 216 ss. (secondo cui la *versura* consisteva nel cambiamento del creditore o nel pagamento al primo creditore fatto col danaro ottenuto dal secondo). — La gratuità del mutuo (v. Michel, *Gratuité en dr. rom.* [1962] *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 dice nel testo. 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). Sul tema: Maschi, *La gratuità del mutuo classico*, in *St. Balladore Pallieri* 1 (1978) 289 ss.; Bianchini, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislaz. giustinianea*, in *St. Biscardi* 2 (1982) 389 ss. V. anche la letteratura indicata *retro* n. 66.3.1 e *infra* nt. 74.5.

per potersi stabilire il pagamento di interessi e per ottenere che la fattispecie si convertisse in un cd. «*fenus*» (o «*foenus*»), così come la pratica commerciale largamente esigeva, era necessario: o concludere separatamente una «*stipulatio usurarum*»; oppure novare il rapporto mediante una *stipulatio* comprensiva sia del capitale che degli interessi («*stipulatio sortis et usurarum*»).

74.4.3. Al mutuante spettava, a tutela del suo diritto alla restituzione del *tantundem eiusdem generis*, una *condictio*, la quale aveva il nome di «*actio certae creditae pecuniae*» per i mutui di danaro, e di «*condictio certae rei*» (o «*condictio triticaria*», cioè relativa a *triticum*, frumento) per i mutui di altre

---

74.4.1. La formula della condictio ex mutuo era: «*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: 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.; Bozza, *Intorno alla formula edittale della «cond. certae rei»*, in *SDHI.* 9 (1943) 202 ss.; Schwarz (F.), *Die Grundlage der «condictio» im klass. röm. R.* (1952); Wolf (J. G.), *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: die Kondiktionen des C. Sulpicius Cinnamus*, in *SDHI.* 45 (1979) 141 ss. — Circa il senatusconsultum Macedonianum (retro n. 64.3.3) si leggano: 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 obstabit: sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare condictionem, quoniam tunc ea 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*. Sull'istituto (a parole da tutti fervidamente lodato per l'eticità dei suoi intenti, ma nei fatti interpretato dalla giurisprudenza classica, e ancor più da quella postclassica, nel modo più restrittivo e riduttivo possibile: ovvio riflesso, tra l'altro, della progressiva decadenza della *patria potestas*): Lucrezi, *Dolo e procedura del senatoconsulto Macedoniano*, in *Panorami* 1 (1989) 319 ss.; Id., *Il senatoconsulto Macedoniano* (1992), con bibl.; Wacke, *Das Verbot der Darlehensgewährung an Haussöhne und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft* etc., in *ZSS.* 112 (1995) 239 ss. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni riconoscono e disciplinano tutti, in modi pressoché conformi, l'istituto del mutuo, e in particolare del prestito di danaro, che è uno dei cardini della vita sociale moderna. A differenza del diritto romano, il mutuo non è però più considerato gratuito, ma è considerato tipicamente oneroso, cioè produttivo (salvo patto contrario) di interessi in misura pari a quanto stabilito dalla legge o a quanto risultante dal mercato del danaro. Di più alcuni ordinamenti non concepiscono più l'istituto come un contratto reale, in cui l'accordo tra le parti debba essere integrato dalla datio rei, ma come un contratto che ha per oggetto la prestazione appunto della cosa e che dunque si perfeziona prima che la datio rei sia effettuata, secondo il sistema (largamente diffuso nella prassi bancaria) della cd. «apertura di credito»: dal che, peraltro, consegue l'inconveniente che, salvo patto contrario, gli interessi sono dovuti non dal momento della datio, ma dal momento (solitamente anteriore) della* cose fungibili. La *condictio* da 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 alla fattispecie del prestito, ma con la sola asserzione dell'obbligo di restituire. Tuttavia, la considerazione della specifica fattispecie poteva essere posta in risalto dal convenuto mediante un'*exceptio* che vi facesse riferimento: al qual proposito va in particolare ricordato che, avendo il SC. *Macedonianum* (sec. I d. C.) invitato i magistrati giusdicenti a non accordare protezione giuridica a coloro che avessero dato danaro a mutuo ai *filii familiarum*, il pretore prese conseguentemente l'uso di concedere, in questi casi, al *filius* mutuatario un'«*exceptio senatusconsulti Macedoniani*» (quando addirittura non denegava l'azione contro di lui al mutuante).

74.5. Una figura speciale di mutuo fu il *fenus nauticum* («prestito ad interesse marittimo», o meglio «nautico»), anche detto «*pecunia traiecticia*» (letteralmente: danaro da trasportarsi oltremare). Questo istituto, ricalcato su modelli greci e del commercio mediterraneo, si trasfondeva nella prassi in tipi negoziali variabili, tutti caratterizzati dal fatto: *a*) che un finanziatore assumeva su se stesso il grosso rischio (*periculum*) di dare in prestito una somma di danaro all'armatore o al capitano di una nave affinché questi la utilizzasse oltremare, o la impiegasse per

---

conclusione del contratto. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 1813-1822 c.c., che ancora opportunamente distinguono tra contratto di mutuo (perfezionato dalla datio rei) e mera promessa di mutuo, cioè contratto preliminare di mutuo (a. 1822), e cfr. inoltre a. 1284 c.c. (modificato successivamente) che fissa il saggio degli interessi legali annui.

74.5. 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 (*De nautico faenore*); CI. 4.33; Nov. 106 e 110; B. 53.122; sch. ad B. 17.1.33, 23.1.21, 23.3.44. In particolare cfr.: Mod. D. 22.2.1: *Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur... sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habeantur? 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*. Sul tema: Klingmüller, sv. «Foenus», in *PW*; De Martino, *Sul «foenus nauticum»* (1935) e *Ancora sul «f. n.»* (1936), in *Dir. econ. e soc.* 1 (1995) 1 ss., 33 ss.; Biscardi, *«Actio pecuniae traiecticiae»*² (1974); Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in *AUPA.* 39 (1987) 189 ss.; Krampe, *Der Seedarlehensstreit des Callimachus* etc., in *St. Ankum* (1995) 225 ss.; Giuffrè, *«Faenus» e intraprese commerciali*, in *SC.* 7 (1995) 133 ss. Sui modelli greci: Paoli, *Studi di dir. attico* (1930) 69 ss. — Postilla. *Il «contratto di assicurazione» degli ordinamenti giuridici moderni (cfr., per il diritto italiano vigente, a. 1882-1932 c.c.) ha notoriamente ascendenze medievali. Tuttavia la pecunia traiecticia è un parziale precedente romano dell'assicurazione contro i danni (la cui prima applicazione storicamente fu, come è noto, proprio quella avente funzione di copertura dei rischi della navigazione marittima). Diversamente: De Martino, Su presunti precedenti romani dell'assicuraz. (1959), in Dir. econom. e soc. cit. 657 ss.*

l'acquisto di merci da trasportare oltremare o per la provvista di materiali e attrezzi della navigazione; *b*) che l'accipiente era tenuto a restituire la somma soltanto nell'ipotesi in cui la navigazione giungesse a buon fine; *c*) che in tal caso il *nauta* ripagava il finanziatore con almeno il doppio della *pecunia* da lui ricevuta. A garanzia del finanziatore, interveniva solitamente tra le parti una *stipulatio* per le *usurae*, o anche una *stipulatio poenae*. Insomma la *pecunia traiecticia*, importata a Roma sul finire dell'età preclassica, era *mutuum* soltanto dal punto di vista economico, ma non era equiparabile ad un mutuo dal punto di vista tecnico-giuridico. È tuttavia molto dubbio che abbia preso consistenza tipica un'«*actio pecuniae traiecticiae*» a suo riguardo.

75. LE «OBLIGATIONES RE CONTRACTAE» IN SENSO IMPROPRIO.

75.1. *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, come abbiamo già detto, che la *datio rei* da cui scaturivano non consisteva in un trasferimento all'accipiente del *dominium*, ma solo nel trasferimento della *possessio* sulla *res data*; più precisamente, della *possessio ad interdicta* (o possesso interdittale) nelle ipotesi del pignoratario e del sequestratario, della *possessio naturalis* (o detenzione) nelle altre ipotesi. L'*obligatus* alla restituzione della cosa non era, dunque, esposto alla sola *actio in personam* del creditore (cui la cosa non fosse stata restituita), ma era esposto altresí alla *rei vindicatio* del *dominus*, che poteva tanto essere il creditore quanto un'altra persona.

75.1.1. Le fonti di obbligazioni reali in senso improprio furono sin dall'età classica tutte, chiaramente, negozi giuridici bilaterali (*conventiones*) integrati dalla relativa *datio rei*. Qui di séguito parleremo, nell'ordine: *a*) del *pignus datum*; *b*) del *commodatum*; *c*) del *depositum*. Parleremo inoltre di tre varianti del

---

75.1. Sulle obbligazioni re contractae improprie v. più retro n. 74.1.3. Giova riprodurre Gai. 2 aur. D. 44.7.1.2-6 (sgg.): *Re contrahitur obligatio mutui datione... Is quoque, cui rem aliquam commodaverimus, 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 deponimus, re nobis tenetur... Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur.*

75.1.1. L'elencazione delle cause di obbligazioni reali improprie da noi adottata è diversa da quella seguita in D. 44.7.1.2-6 e in I. 3.14 pr.-4.

deposito: *d*) il *depositum necessarium*; *e*) il *depositum in sequestrem*; *f*) il *depositum irregulare*.

75.2. Il *pignus datum* («*datio pignoris*», «oppignorazione»), istituto che già conosciamo, fu inteso a raggiungere la finalità della *fiducia cum creditore*, evitando però il trasferimento al creditore della proprietà della cosa data in garanzia. Esso consisteva nel conferimento del possesso interdittale di una cosa dall'oppignorante (o debitore pignoratizio) al pignoratario (o creditore pignoratizio), sulla base dell'accordo che questi: *a*) la conservasse a garanzia di un credito proprio o altrui; *b*) la restituisse in caso di *satisfactio*; *c*) la vendesse, al miglior offerente, appropriandosi del ricavato (salva la restituzione dell'*hyperocha*), in caso di inadempimento.

75.2.1. L'istituto fu il più recente tra quelli riconosciuti dal pretore, il quale concesse all'oppignorante contro il pignoratario, ai fini della restituzione della cosa pignorata, una «*actio in factum pigneraticia in personam*» (da non confondersi con l'*actio pigneraticia in rem* spettante al pignoratario contro i terzi che lo privassero della cosa). Nel tardo diritto classico fu riconosciuta dalla giurisprudenza all'oppignorante, accanto all'*actio in factum* originaria, anche un'«*actio pigneraticia in ius*» con struttura di *iudicium bonae fidei*. Al creditore pignoratizio (pignoratario) si riconobbe invece un *iudicium contrarium* contro il debitore (oppignorante) per il rimborso delle spese sostenute sulla cosa nell'interesse del costituente, per il risarcimento dei danni subiti a causa di evizione e per consimili ipotesi.

75.3. Affine al *mutuum* fu il *commodatum* («comodato», cd. «prestito ad uso»; letteralmente: dato a comodo) consistente

---

75.2. Per il *pignus datum* v. retro n. 23.1.2 (causa del negozio) e n. 62.4.1. Da ultimo: Rascón, «*Pignus*» *y* «*custodia*» *en el der. rom. clás.* (1976); De Churruca, «*Pignus*», in *St. Murga* (1994) 533 ss. Si legge qui l'etimologia, fantasiosa ma sintomatica della visuale da cui si poneva il giurista, data da Gai. 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.* — Il *pignus conventum* (o «*hypotheca*»: retro n. 62.4.2) differiva dal *pignus datum* (solitamente denominato, per breviloquenza, «*pignus*») a causa della mancanza della *datio rei*.

75.2.1. Sulle *actiones* a tutela dei rapporti derivanti da *datio pignoris*: Lenel, *EP*³ § 99; Arangio-Ruiz, *Le formule* cit. 67 ss.; Levy, *Konkurrenz der Aktionen und Personen* 2 (1922) 52 ss.; Kreller, *Formula* cit. 176 ss.; Magdelain, *Les actions civiles* (1954) 48 nt. 1; Kaser, *Studien z. röm. Pfandr.* II: «*Actio pigneraticia*» *und* «*actio fiduciae*», in *T.* 47 (1979) 195 ss. — Sul *iudicium contrarium* cfr.: D. 13.7.8 pr.; D. 13.7.16.1; D. 13.7.32. In argomento: Provera, *Una riforma giustinianea in tema di* «*iudicia contraria*», in *St. Solazzi* (1948) 345 ss. — Postilla. *Cenni sugli ordinamenti giuridici moderni*: retro nr. 62.4.

75.3. Oltre che di *commodatum* le fonti parlano anche di «*utendum datum*» (dato in uso). Pare che, secondo una più antica opinione, l'espressione «commonel conferimento della mera detenzione (cd. *possessio naturalis*) di una cosa dal comodante al comodatario sulla base dell'accordo che questi la usasse per proprio comodo e la restituisse poi integra al comodante. Oggetto del *commodatum* potevano essere ovviamente soltanto cose (mobili o immobili) inconsumabili; tuttavia 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 bella mostra con i terzi senza però spenderle (*ad pompam et ostentationem*). In ogni caso, il *commodatum*, come il *mutuum*, era essenzialmente gratuito, all'incirca per gli stessi motivi di carattere strutturale: ove fosse convenuto un compenso (una *merces*) per l'uso della *res* data a comodo, non si aveva *commodatum*, ma *locatio rei*.

75.3.1. 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 furto (*furtum usus*: letteralm. «furto di uso»), a meno che l'iniziativa fosse stata presa nell'opinione, in buona fede, che il comodante non avrebbe avuto motivo di vietarla. L'uso della *res commodata* avveniva normalmente per il vantaggio del comodatario, ma poteva aver luogo, sempre però a titolo gratuito, anche nell'interesse del comodante o di un terzo. Al termine

---

modare» 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*); cfr. partic. Pomp. D. 13.6.8, Ulp. D. 13.6.5.10. In dottrina: Pastori, *Il commodato nel dir. rom.* (1954); Maschi, *La categoria* cit. 150 ss., 218 ss.; Van den Bergh, «*Qui habet commoda ferre debet onera*» etc., in *Fl. Scheltema* (1971) 21 ss.; Polàček, *Commodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, in *Labeo* 19 (1973) 161 ss.; Zannini, *Spunti critici per una storia del «commodatum»* (1983); Cerami, *Il comodato*, in *Hom. Murga* (1994) 301 ss. Sugli sviluppi postclassici: Fusco, «*Pecuniam commodare*». *Aspetti economici e sociali della disciplina dei rapporti di credito nel V secolo d. C.* (1990). — Sulla *locatio rei*: infra n. 79.2. — Postilla. Gli ordinamenti giuridici moderni conoscono diffusamente l'istituto del prestito ad uso, anche immobiliare. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 1803-1812 c.c.

75.3.1. Circa il regime delle *obligationes* sgorgenti da *commodatum* cfr.: Gai 3.206; I. 4.1.7 e 4.1.16(18); Pomp. D. 47.2.77(76) pr. Sul tema: Michel, *Gratuité* cit. 93 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 commodatario; Metro, *L'obbligazione di custodire nel dir. rom.* (1966) 150 ss., per un riesame del problema della responsabilità del commodatario. — Sul *furtum usus*: infra n. 48.5.3.

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 affidato per usarne, i lucri ricavati dalla eventuale utilizzazione fruttuosa della cosa ricevuta.

75.3.2. 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 esistevano due formule: l'*actio 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 azioni.

75.3.3. 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 sua morte, a proprio arbitrio, gli eredi. Tuttavia, per l'ipotesi che la revoca del comodato fosse avvenuta intempestivamente (*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.

75.4. L'istituto del *depositum* («deposito») fu inteso a raggiungere una delle finalità della *fiducia cum amico*, evitando,

---

75.3.2. Per l'*actio commodati* cfr. Gai 4.47: *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati*. Sul punto: Magdelain, *Le consensualisme* cit. 103, ivi altre referenze bibliografiche e testuali. Gaio, dopo aver trascritto le formule dell'*actio depositi* (*infra* n. 75.4.3), aggiunge: *similes etiam commodati formulae sunt*. V. però: Paricio, *La pretendida fórmula «in ius» del comodato en el Edicto pretorio*, in *RIDA*. 29 (1982) 235 ss.; D'Ors, *A propos de l'«actio commodati»*, in *Iura* 34 (1983) 90 s.

75.3.3. Per i casi che legittimavano il *iudicium contrarium commodati* cfr.: Paul. D. 13.6.17.3; Gai. D. 13.6.18.2 ss.; Afr. D. 13.6.21 pr. Il *iudicium contrarium* fu anche riconosciuto nel caso che il comodante avesse scientemente comodato *vasa vitiosa* o *tigna vitiosa*, con la conseguenza che il vino contenuto in quei vasi fosse andato a male o la casa costruita con quei travi fosse crollata; 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.

75.4. In ordine al *depositum* cfr. 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 tradit, suae facilitati id imputare debet*. Cfr. 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* peraltro, l'inconveniente pratico ed antieconomico del trasferimento di proprietà delle cose date in custodia. Esso consisteva nel conferimento in mera *detenzione* di una cosa mobile dal deponente («*depositor*») al depositario («*depositarius*») sulla base dell'accordo che il depositario la detenesse per conto del deponente (quindi la custodisse con la normale diligenza del buon *pater familias*) e la restituisse intatta a richiesta. 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, al limite, persino dal ladro).

75.4.1. Requisito essenziale del deposito era la gratuità. Se si fosse convenuto un qualsivoglia compenso, anché minimo, non si aveva deposito, ma locazione (diverso il caso che il compenso fosse elargito a puro titolo di premio spontaneo dal deponente al depositario, cioè a titolo di *honorarium*). Inoltre era richiesto, acché si avesse deposito, il trasferimento materiale della cosa al depositario, non essendo sufficiente l'incarico di custodire la cosa: ove, infatti, vi fosse soltanto tale incarico, e tale incarico fosse ovviamente accettato dal depositario, la fattispecie non era di deposito, ma di mandato a custodire («*mandatum ad custodiendum*»).

75.4.2. Obbligazioni del depositario erano: *a*) quella di custodire la cosa ricevuta in deposito; *b*) quella di restituirla al

---

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*. Per la dottrina: Maschi, *La categoria* cit. 250 ss., 218 ss.; Gandolfi, *Il deposito nella problematica della giurisprud. rom.* (1976); Klami, «*Depositum*» *und* «*parakatatheke*», in St. Kaser (1986) 87 ss.

75.4.1. 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): Michel, *Gratuité* cit. 36 ss. — Sulla locatio rei: *infra* n. 79.2. — Sul mandatum: *infra* n. 81. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni danno tutti largo rilievo all'istituto del deposito in svariate articolazioni suggerite dalle esigenze sociali. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 1766-1797 c.c. (anche con riguardo ai depositi in albergo e nei magazzini generali).*

75.4.2. Sui problemi delle obbligazioni del depositario (tema strettamente connesso con quello delle azioni del deponente): Schulz, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klass. röm. R.*, in Z. Grünhut 38 (1911) 9 ss.; Albertario, *Variazioni di responsabilità nell'«actio depositi» derivanti da patto* (1912), in St. 4 (1946) 247 ss.; Sachers, *Die Verschuldenshaftung des Depositars*, in St. Koschaker 2 (1939) 80 ss.; Pflüger, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach röm. R.*, 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 formulas 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 dir. biz.*, in BIDR. 74 (1971) 189 ss.; Litewski, *Depositary's liability in Rom. L.*, in AG. 190 (1976) 3 ss.; Evans-Jones, *The measure of damages in the «actio depositi in factum»*, in T. 55 (1987) 267 ss.; Metro, *L'obbligazione di custodire* cit. 127 ss., con altra letteratura e con la critica (a deponente. L'«obbligo di custodire» scaturiva, come si è detto, dal fatto che la cosa era data al depositario a titolo di detenzione 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 a proprio vantaggio 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 contro il depositario 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).

73.4.3. Contro il depositario spettò al deponente: dapprima un'«*actio depositi in factum*» e successivamente un'«*actio depositi in ius*», che era *iudicium bonae fidei*. L'*actio in factum* perseguiva la mancata restituzione della cosa depositata nel caso che essa fosse dipesa da dolo (*dolus malus*); l'*actio in ius* perseguiva

---

nostro avviso, convincente) della tesi 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*: questa tesi è accettabile solo nel senso che il depositario aveva da esercitare la normale *possessio pro alio* (cioè la detenzione) sulla 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. 93.4.2. — Sull'estensione dell'obbligo di restituzione cfr. Ulp. D. 16.3.1.24: *et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat*. L'obbligazione di restituire doveva essere eseguita a richiesta del deponente, pur se fosse stato stabilito un termine e questo non fosse 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 con riguardo a tutte le sue pertinenze, e sopra tutto con riguardo a tutto ciò che la cosa avesse comunque prodotto durante il periodo del deposito.

73.4.3. 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.*». Cfr. Gai 4.47 e v. Lenel, EP^3 106. — Il iudicium contrarium depositi era probabilmente una *actio in factum*: cfr. Ulp. D. 16.3.5 pr. In periodo 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.

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*».

75.5. *Depositum necessarium* («deposito necessario», detto dai pratici medievali anche «*depositum miserabile*») si aveva nel caso che taluno fosse costretto a depositare le sue cose presso talaltro perché pressato dalla necessità di sottrarsi a un tumulto, a un incendio, a una rovina, ad un naufragio o ad altra sventura (*miseria*). Il pretore accordò al deponente, per la restituzione, un'*actio in factum*, la quale, anziché essere *in simplum*, era *in duplum* (nel doppio del valore delle cose depositate): 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 gli si era rivolto nella disgrazia. La responsabilità del depositario per necessità venne invece attenuata da Giustiniano, il quale giustamente stabilì che egli rispondesse *in duplum* solo nel caso in cui negasse fraudolentemente di aver ricevuto il deposito, ma che fosse tenuto nei limiti ordinari quando mancasse una tale frode e si fosse verificata solo la negligenza di un depositario normale.

75.6. *Depositum in sequestrem* («deposito presso un sequestratario», o «sequestro volontario») si aveva nell'ipotesi che taluni soggetti consegnassero, d'accordo tra loro e collettivamente (*in solidum*), una cosa in deposito ad un terzo («*sequester*»), con l'incarico di custodirla e di restituirla a quello tra i

---

75.5. Circa il cd. *depositum necessarium* Ulpiano (30 *ad ed.*, D. 16.3.1.1) ricorda la seguente prescrizione editale (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* sia 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. Sul tema: Litewski, *Studien zum sogenannten «depositum necessarium»*, in *SDHI*. 43 (1977) 188 ss.

75.6. Per il *depositum in sequestrem* cfr.: Paul. D. 16.3.6; Flor. D. 16.3.17; Pomp. D. 16.3.12.2 (itp.?). In argomento: Arangio-Ruiz, *Studi sulla dottrina romana del sequestro* (1906-07), in *Scr*. I (1974); Guarino, *Intorno alla nat. giur. del seq.*, in *St. Solazzi* (1948) 318 ss.; Broggini, *Introduction au «sequester»*, in *St. Meylan* I (1963) 43 ss.; Marrone, *Tab. Pomp. 28: un interessante documento in tema di seq.*, in *St. Sanfilippo* 3 (1983) 413 ss.; Aricò Anselmo, *Seq. «omittendae possessionis causa»*, in *AUPA*. 40 (1988) 215 ss.; Gostino, *«Dep. in sequestre»*, in *Ducoli etc*. 5 (2003). V. anche retro n. 36.2. — *Postilla. Tra gli ordinamenti giuridici moderni, il diritto italiano vigente disciplina il «sequestro convenzionale» (così chiamato per distinguerlo dal «sequestro conservativo» e dal «sequestro giudiziario»: a. 670-671 c.p.c.) negli a. 1798-1802 c.c.*

depositanti che si sarebbe successivamente trovato in una certa situazione (per esempio, a colui che sarebbe risultato in séguito 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: *a*) l'obbligazione di restituire la cosa depositata si sottraeva al principio normale secondo cui la cosa doveva essere riconsegnata a richiesta del depositante; *b*) dato che i due o più depositanti non potevano essere concepiti come compossessori della cosa tra loro contesa durante il periodo del sequestro, il sequestratario acquistava sulla cosa stessa non la semplice detenzione, ma il possesso interdittale. 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*».

75.7. Il cd. *depositum irregulare* («deposito irregolare») era il deposito avente ad oggetto somme di danaro (cioè cose tipicamente fungibili e consumabili), nell'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 eventualità, anziché vero e proprio deposito, si aveva in realtà, almeno sostanzialmente, un *mutuum* con obbligo di restituzione del *tantundem eiusdem generis*. 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

---

75.7. Circa il *depositum irregulare*, fonti e letteratura indicate *retro* n. 75.4. In particolare: Geiger, *Das «depositum irregulare» als Kreditgeschäft* (1961); Bogaert, *Les origines antiques de la banque de dépôt* (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. e ancora ivi 22 (1975) 279 ss.; Gordon, *Observations on «depositum irregulare»*, in *St. Biscardi* 3 (1982) 363 ss.; Vigneron, *Résistance du dr. rom. aux influences hellénistiques: le cas du dépôt irrégulier*, in *RIDA*. 31 (1984) 307 ss. Il problema più dibattuto è quello della classicità dell'istituto. Naber, *De deposito vasculario*, in *MN*. n.s. 34 (1906) 59 ss., 265 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 stata per molto tempo la dottrina dominante, che ha ritenuto quanto meno postclassica, e bizantina, l'ibrida figura del deposito irregolare, accusando interpolazioni o glossemi in D. 16.3.25.1 e D. 16.3.28 (v. l'*Index itp*. cit., e poi spec. Schulz, *The postclassical edition of Papinian's «libri quaestionum»*, in *St. Ferrini Milano* 4 (1950) 254 ss.). *Contra*: Segrè, *Sul deposito irregolare in dir. rom.*, in *BIDR*. 19 (1907) 197 ss., secondo cui l'istituto fu conosciuto da Papiniano; 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 autopresso di loro per altre operazioni, tuttavia non le ricevevano dai deponenti per questo scopo, bensí solo allo scopo «tipico» di tenerle in custodia e con l'obbligo di restituirle a richiesta. Comunque, la duplice natura del deposito irregolare fece sí 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 una figura di deposito, perché cosí qualificato volontariamente dalle parti, e quindi contrastò la utilizzazione delle azioni da mutuo.

---

tizzasse il depositario ad utilizzare il danaro. Ha riesaminato il problema dal punto di vista delle azioni. Bonifacio, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali* 1, in *St. De Francisci* 4 (1956) 473 ss. — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni il deposito irregolare (su cui cfr., ad esempio, a. 1782 c.c. ital.) ha proliferato nella vasta gamma dei «depositi bancari» e dei contratti affini. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 1834-1860 c.c., integrati da altre disposizioni di legge (tra cui il d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385, a. 115-128), sui «contratti bancari»: deposito di danaro o di titoli in amministrazione, servizio delle cassette di sicurezza, apertura di credito, anticipazione su pegno, operazioni in conto corrente, sconto di crediti verso terzi. Il contratto di conto corrente può intercorrere anche al di fuori delle banche (cfr. a. 1823-1833 c.c.): per esso le parti si obbligano ad annotare in un conto (fino a chiusura dello stesso) i crediti derivanti da reciproche rimesse.*

CAPITOLO XIII

LE «OBLIGATIONES EX CONTRACTU»

SOMMARIO: 76. *Le obligationes ex contractu.* — 77. *Le obligationes ex empto et vendito.* — 78. *Le leges emptionis et venditionis.* — 79. *Le obligationes ex locato et conducto.* — 80. *Le obligationes ex societate.* — 81. *Le obligationes ex mandato.*

76. LE «OBLIGATIONES EX CONTRACTU».

76.1. Le *obligationes ex contractu* (comunemente denominate «*obligationes consensu contractae*»: «obbligazioni consensuali») furono principalmente (e per lungo tempo esclusivamente) quelle derivanti dai quattro «*contractus*» riconosciuti in Roma dal *ius civile novum*, cioè: *a*) da «*emptio venditio*»; *b*) da «*locatio conductio*»; *c*) da «*societas*»; *d*) da «*mandatum*». La definizione non può essere piú precisa per almeno due motivi: primo, perché la nota comune originaria dei quattro *contractus* di cui sopra, cioè il fatto che essi si fondavano su un «nudo consenso» («*nudus consensus*») manifestato in piena libertà di forma dalle parti, si estese, nel corso dell'età classica, anche (e quanto meno) ad un'altra categoria di negozi bilaterali, i *pacta*; secondo, perché, come già si è detto altrove, il concetto di «*contractus*», che in un primo tempo caratterizzava i soli istituti del *ius civile novum*, passò gradualmente a caratterizzare, tra il periodo classico e l'età

76.1. Sulle *obligationes consensu contractae*, in generale: Voci, *La dottrina romana del contratto* (1946) 163 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'Édit du préteur* (1958) 5 ss.; Wunner, «*Contractus*» (1964); Mayer-Maly, *Der Konsens als Grundlage des Vertrages*, in *Fs. Seidl* (1975) 118 ss. — Sul *ius civile novum* (cd. «*ius gentium*»): retro n. 43.5. — Sulle *obligationes ex pacto e da conventio*: *infra* n. 82-83.

successiva, tutte le fattispecie di convenzione («*conventio*»), cioè di negozi giuridici bilaterali, che fossero determinanti, con o senza l'integrazione del consenso mediante altri requisiti, di un rapporto giuridico non solo obbligatorio, ma anche, talvolta, assoluto. Fatte queste avvertenze, è tuttavia opportuno passare a segnalare i caratteri propri e genuini dei quattro *contractus* «nominati» del *ius civile novum* in diritto romano preclassico e classico, salvo ad indicare subito dopo le principali alterazioni dagli stessi subite nell'età successiva.

76.2. I caratteri propri e genuini dei quattro *contractus* del *ius civile novum* furono, in periodo preclassico e classico: *a*) la consensualità; *b*) la libertà delle forme; *c*) la mera obbligatorietà; *d*) la bilateralità; *e*) l'azionabilità *ex fide bona*.

76.2. Sui caratteri dei *contractus* v. anche *retro* n. 43.5.2-7.1, ove è tracciata anche la nostra impostazione del problema. Per le fonti, cfr. Gai 3.135-137 e I. 3.22, nei passi riportati *infra*. — La caratteristica generale del *ius civile novum*, o «*ius gentium*» che dir si voglia (caratteristica che riassume ed esalta i caratteri specifici individuati nei numeri seguenti), sta, a nostro avviso, nella anticipazione, sia pure elementare, di quelle che sono le note proprie di un mercato economico (di un «mondo degli affari») molto esteso e molto evoluto, qual è quello (nazionale e internazionale) moderno. Un mercato di questo tipo, soprattutto quando si vada al di sopra delle operazioni economiche così dette «al minuto» (largamente ancorate, queste, agli scambi «a contanti» ed alle contrattazioni di minima portata e a breve termine), è un mercato che vive di contrattazioni informali, spesso tra persone che non si fronteggiano materialmente (quindi, per lettera, telefono, intermediari) e in ordine a programmi di realizzazione futura (quindi formanti oggetto più di obbligazioni che di trasferimenti immediati): dal noleggio di grosse petroliere di qui a tre o quattro anni (ma con nolo fissato nell'importo sin da oggi) alla vendita preventiva (con prezzo almeno in parte versato oggi) di centinaia di appartamenti ancora da costruire, ai «finanziamenti» (specie bancari) sulla cui promessa disponibilità contano gli imprenditori in ordine ai molteplici affari che non sarebbero in grado di prendersi a carico da soli e con i mezzi economici già accumulati, alle svariate «operazioni di borsa» che si svolgono quotidianamente entro quelle istituzioni sia col sistema «a pronti» (liquidazione degli obblighi assunti a fine giornata) sia col sistema «a termine» (liquidazione a fine mese). Il collante di tutto questo complesso di attività e di impegni (sopra tutto di mutui impegni) era costituito, allora come oggi, essenzialmente dalla *bona fides*, ma non tanto e non solo nel senso astratto e nobilmente etico del termine, quanto anche nel senso di comprovata affidabilità degli operatori economici, di interesse degli stessi a garantirsi un buon nome attraverso il mantenimento della parola data, di alta opportunità dell'adozione nei rapporti reciproci di criteri elastici e informali agli usi commerciali correnti. È pensabile, aggiungiamo, che nove volte su dieci, le controversie tra affaristi (specie se tra grossi affaristi) non fossero portate davanti alla *iurisdictio* magistratuale (il che, oltre tutto, avrebbe implicato una notorietà spesso sgradita), ma fossero direttamente dedotte ad arbitri privati (così come oggi) per stabilire il *quidquid ex fide bona dare facere oportet*: mentre in tal modo era assicurata la riservatezza, all'eventualità della mancata osservanza delle decisioni arbitrali si provvedeva, ad ogni buon conto, col ricorso alle reciproche stipulazioni penali (v. Volterra cit. *retro* n. 7.1, e *infra* n. 82.7.1). Certo è che il materiale di fonti di cui disponiamo ci pone in cospetto di questioni molteplici e sottili, ma tutte di piccolo taglio economico: il che è difficile che dipenda dal caso, ma deriva piuttosto dal fatto che i grandi affaristi romani, esattamente come le grandi imprese con-

76.2.1. La «consensualità» dei *contractus* del *ius civile novum* sta a significare che essi scaturivano rigorosamente da un «*consensus in idem placitum*» (conformità volontaria nella stessa decisione) delle parti contraenti. Il *consensus* era necessario e sufficiente alla loro esistenza giuridica: «necessario», perché se esso mancava, se non era effettivo (a causa di reciproca incomprensione delle parti, cioè di malinteso), se veniva meno (a causa di «*contrarius consensus*» insorto tra le parti), il *contractus* non era (o non era più) valido; «sufficiente», perché bastava il puro e semplice *consensus* a determinare la costituzione delle *obligationes ex contractu*, salvi casi eccezionali in cui essa era rimandata a tempo successivo dalla non ancora realizzatasi possibilità di precisare oggettivamente le obbligazioni stesse (così nell'ipotesi della cd. *emptio imperfecta* o in quella delle eventuali obbligazioni del mandante). Ma, si badi, il *consensus* non era sempre rigidamente inteso come un «momento» iniziale determinativo del contratto: nel caso della *societas* e del *mandatum*, contratti di cooperazione, esso doveva sussistere a titolo continuativo anche dopo il momento iniziale, ed il venir meno della volontà di una delle parti (*socius, mandator, mandatarius*) determinava *ipso iure* la fine del *contractus*.

---

temporanee, i tribunali preferivano evitarli, oppure adottavano l'accorgimento di sottoporre alla *iurisdictio* (o di rappresentare, a fini di *responsa*, ai giuristi) soltanto piccole «controversie-campione», della cui soluzione avrebbero tenuto poi conto per risolvere, tra loro o per mezzo di arbitri, le questioni veramente importanti nel loro integrale volume.

76.2.1. Sulla consensualità cfr. 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* (ecc.). Sul tema: Benöhr, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klass. röm. R.* (1965); Knütel, *«Contrarius consensus». Studien zur Vertragsaufhebung im röm. R.* (1968); Melillo, *«Contrahere», «pacisci», «transigere»* (1994). V. anche: Giuffrè, sv. *Offerta al pubblico (storia)*, in *ED*. — Caratteristico modo di estinzione delle obbligazioni da *contractus* era il *contrarius consensus* (denominato, nel caso della *societas*, anche «*dissensus*»). Nei contratti di corrispettivo 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*, già in età classica. Limitatamente alla *emptio venditio*, si affermò anche la possibilità e la convenienza del «*pactum ut abeatur*» (o «*ut discedatur*», cioè di libero recesso) tra le parti: patto che era preso in considerazione dal giudice 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. Sul punto *retro* n. 73.3.2.

76.2.2. La «libertà delle forme» dei *contractus* del *ius civile novum* 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 «nudo» consenso, purché naturalmente fosse esteriorizzato in modo inequivoco. Le fonti precisano, a questo proposito, che si poteva esprimere la propria volontà anche a gesti («*et nutu solo*»), che insomma la manifestazione dell'accordo, comunque fatta, era sufficiente («*sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse*»).

76.2.3. La «mera obbligatorietà» dei *contractus* del *ius civile novum* sta a significare che essi erano produttivi esclusivamente di *obligationes* tra le parti. Non solo non erano fonti 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 tra le parti (*inter partes*), creando obbligazioni tra le stesse.

76.2.4. La «bilateralità» dei *contractus* del *ius civile novum* sta a significare che essi erano costitutivi tra le parti di due o più obbligazioni reciproche e interdipendenti, anche se non corrispettive (cioè di valore economico non equivalente) ed anche se non tutte attuali (ma alcune attuali ed altre potenziali).

76.2.2. Sulla libertà delle forme cfr. 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*».

76.2.3. 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 detta finalità occorrevano, in aggiunta, attività giuridiche del tutto separate (una *mancipatio*, una *traditio*, un *depositum* presso terzi ecc.) che le parti si impegnassero a fare.

76.2.4. 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 di un negozio giuridico separato, ma in virtù del realizzarsi di circostanze già implicitamente presupposte dalle parti nel loro *consensus in idem placitum*. Sul tema: Melillo, *Il negozio bilaterale romano cit.*^{2} (1986).

A questo proposito, è opportuno precisare che: *a*) 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; *b*) 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; *c*) 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.

76.2.5. 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 (cioè colui che aveva sopportato l'inadempimento) 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*: *a*) dei «*pacta adiecta*» (patti aggiunti) 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; *b*) di ogni prestazione accessoria a quella principale o ad essa connessa (frutti, interessi, spese ecc.); *c*) delle ragioni per cui dovesse ritenersi non verificato il *consensus* tra le parti (errore di manifestazione della volontà, reciproca incomprensione, simulazione ecc.) o non sanamente formata la volontà di una di esse (*error facti*, *dolus malus*, *metus*); *d*) del «*dolus in contrahendo*», cioè del modo malizioso o sfuggente in cui una parte si fosse comportata durante le trattative precontrattuali; *e*) dei motivi di *compensatio*.

76.2.5. Sull'azionabilità *ex fide bona* cfr. 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 stipuletur alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.* — Sui iudicia bonae fidei: retro n. 9.6.2. — Sul dolus: retro n. 24.5.1. — Sulla compensatio: retro n. 65.6.

76.3. In età postclassica e giustinianea i caratteri sopra descritti dei quattro *contractus* consensuali del *ius civile novum* non erano più altrettanto evidenti. A prescindere dalla commistione concettuale dei *contractus* del *ius civile novum* con istituti di altra provenienza, va sopra tutto notato che: *a*) il *consensus in idem placitum*, anche quando poteva ancora essere «*nudus*», fu tendenzialmente identificato nel solo atto costitutivo iniziale; *b*) 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; *c*) la mera obbligatorietà venne meno in ordine ad alcuni *contractus* (in particolare: la *emptio venditio*), dando luogo ad effetti «*erga omnes*» o almeno verso terzi determinati, cioè ad effetti tipici dei fatti costitutivi di rapporti giuridici assoluti.

77. LE «OBLIGATIONES EX EMPTO ET VENDITO».

77.1. L'*emptio venditio* («compra-vendita») era il *contractus* tra «*venditor*» («venditore») e «*emptor*» («compratore») in forza del quale nascevano le seguenti *obligationes*: *a*) l'obbligo del *venditor* di procurare all'*emptor* la piena e pacifica disponibilità di una cosa («*merx*», «merce») sino a quando non ne avesse acquistato, per usucapione o altrimenti, la proprietà (diritto cd. dell'«*habēre licēre*»); *b*) l'obbligo dell'*emptor* di trasferire, a titolo di corrispettivo, al *venditor* la proprietà di una somma di danaro («*pretium*», «prezzo»).

77.1.1. L'istituto dell'*emptio venditio*, affermatosi nei rapporti di commercio tra Romani e *peregrini*, fece il suo ingresso nel

---

76.3. Sugli sviluppi postclassici: Levy, *Weströmisches Vulgarrecht 2. Das Obligationenrecht* (1956) 206 ss., 249 ss., 283 ss., 287 ss.

77.1. Sull'*emptio venditio* v. l'ormai classico trattato di Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht* 1 (1876), 2 (1884), 3.1 (1905), 3.2 (1908), superato naturalmente in molti punti. Inoltre: Scialoja, *Compravendita* (1907), un prezioso corso litografato dedicato alla esegesi del tit. 18.1 del Digesto, ma che si ferma al fr. 4.1; Longo (C.), *Corso etc. La compravendita* (1937) p. 281-460; De Zulueta, *The rom. l. of sale etc.* (1945), con una completa rassegna di fonti giuridiche e non giuridiche; Arangio-Ruiz, *La compravendita in dir. rom.*² (1954). Per il diritto greco: Pringsheim, *The greek law of sale* (1950). Per le origini: Labruna, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'«emptio» consensuale* (1968), in *Adminicula*³ (1995) 213 ss. Una raccolta di saggi è in *Om. De Zulueta* (1959). Per le fonti cfr. Gai 3.139-141; D. 18.1 (*De contrahenda emptione etc.*); I. 3.23; C. 4.38. — Il cd. *habere licere* («diritto di ottenere la cosa per sé»), che il venditore si obbligava a procurare al compratore, era anche detto, più analiticamente, «*uti frui habere possidereque recte licere*» o in modi simili: cfr. [illegible].

77.1.1. Diverse le opinioni sulle origini della vendita consensuale romana. Secondo il Mommsen, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, in *ius privatum* romano attraverso il *ius civile novum*. La mera obbligatorietà di questo *contractus* (tanto più singolare, se si riflette che la vendita dei diritti greci aveva invece effetti traslativi reali) è agevolmente spiegabile ove si tenga presente che i negozi tra Romani e stranieri 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

---

ZSS. 3 (1883) 260 ss., la compravendita, così come la locazione e i contratti consensuali in genere, sarebbe derivata dall'applicazione nell'ambito del diritto privato di schemi contrattuali pubblicistici, in particolare dall'imitazione delle vendite *ex lege quaestoria* e dei contratti di appalti pubblici: tale ipotesi è stata ripresa, con argomentazioni scarsamente convincenti, dal Cancelli, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel dir. rom.* etc. (1963), e, con maggiore cautela, dal Gallo, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI.* 30 (1964) 299 ss., il quale ha tentato altresì di conciliarla con i più sicuri risultati delle ricerche dell'Arangio-Ruiz, di cui diremo tra poco. Secondo il Pernice, *Labeo* 1 (1873) 456 ss., la compravendita consensuale si ricollegherebbe ad un precedente contratto obbligatorio di tipo reale: partendo dalla *mancipatio*, in un secondo momento si sarebbe ammesso che, mentre una delle parti eseguiva direttamente la sua prestazione, l'altra poteva dilazionare la propria obbligandosi ad effettuarla in futuro (in tal senso anche l'Humbert, sv. «*Obligatio*», in *DS.*). Non molto diversa dalla precedente, sia pure per taluni versi più accettabile, la tesi del Bechmann, *Geschichte des Kaufs im röm. R.* (1876) 330 ss., che tenta di semplificare il processo evolutivo ipotizzando che il passaggio dal contratto reale a quello consensuale sia avvenuto attraverso la mediazione dell'uso di accreditare semplicemente il prezzo. Acuta e coerente, ma alquanto astratta ed estremamente dubbia la tesi del passaggio dalla *mancipatio* all'*emptio venditio* consensuale attraverso una semplificazione della prima, sostenuta in una lunga serie di articoli dal Meylan, di cui v., da ultimo: *Gaius Inst.* 1 119: «*rem tenentes*» *ou* «*aes tenentes*», in *St. Albertario* 1 (1953) 213 ss., ove l'a. tenta di sostenere una lettura del frammento gaiano che dovrebbe servire da base per la sua teoria sull'origine del nostro istituto; *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 comptant à la vente consensuelle*, in *St. Simonius* (1955) 247 ss. Sul tema v. anche: Corbino, *Il rituale della «mancipatio» nella descrizione di Gaio* etc., in *SDHI.* 42 (1976) 149 ss.; Wolff (H. J.), *Ein Vorschlag zum Verständnis des Manzipationsrituals*, in *St.* [illegible] (1977) 1 ss.; Guarino, «*Rem tenens*» (1979), in *PDR.* 6 (1995) 83 ss. Su tutt'altro piano rispetto alle precedenti si pone l'ipotesi avanzata dal Bekker, *Die Aktionen des röm. Privatr.* 1 (1871) e dallo Jhering, *Geist*^{5} 3 (r. 1954) 201 ss., che fanno derivare la compravendita consensuale da due reciproche 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 congetturato che alla compravendita consensuale si sia giunti attraverso l'impiego di più stipulazioni e negozi diversi miranti tutti a [illegible] nell'ambito del *ius civile* la compravendita consensuale stessa. Secondo un'altra ipotesi, avanzata dal Voigt, *Die Lehre vom «ius naturale, aequum et bonum» und «ius gentium» der Römer* 3 (1871) 231 ss., e ripresa dal Ferrini, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, ora in *Op.* 3 (1929) 1 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. Resta, infine, l'ipotesi che si può dire accolta dalla maggior parte i Romani non annoverassero già, nel loro *ius civile vetus*, 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 del *dominium* sulla *res* (mediante *fiducia* o *mutuum*) contro il corrispondente impegno dell'acquirente (mediante *stipulatio*) al pagamento differito del prezzo. Dunque, la vera lacuna da colmare, nel sistema privatistico romano, era proprio costituita dalla «vendita a realizzazione differita», cioè da un istituto indispensabile all'evoluto mondo degli affari: istituto che permetteva di impostare 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.

77.1.2. In età postclassica, la progressiva decadenza della *mancipatio* e della *in iure cessio*, la valorizzazione degli atti con-

---

della dottrina, secondo cui la compravendita consensuale avrebbe avuto origine nell'ambito del *ius civile novum* (cd. *ius gentium*) e avrebbe trovato sanzione giuridica in Roma attraverso la giurisdizione del pretore peregrino: Scialoja, *La compravendita* cit. 181 ss.; Longo (C.), *Corso* cit. 297 ss.; Luzzatto, *L'art. 1470 C.C. e la compravendita consensuale romana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 19 (1965) 897 ss. — La crescente necessità di una vendita ad esecuzione differita fu probabilmente soddisfatta, prima dell'introduzione dell'*emptio-venditio*, 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, perché: in primo luogo, gli effetti reali potevano essere contestualmente realizzati mediante l'utilizzazione aggiuntiva di un «atto di disposizione» della cosa, cioè di un negozio traslativo del *dominium* (il «Verfügungsgeschäft» del diritto tedesco contemporaneo); in secondo luogo, l'eventuale attribuzione degli effetti reali all'*emptio venditio* avrebbe inevitabilmente riproposto il problema della creazione di un altro istituto (che non sarebbe più potuto essere l'*emptio venditio*) per la effettuazione della vendita ad esecuzione differita. — La origo emendi vendendique dal punto di vista economico è sintetizzata in Paul. 33 *ed.*, D. 18.1.1 pr., su cui v. retro n. 19.5.

77.1.2. Sulla copiosa legislazione costantiniana in tema di *emptio venditio* (si cfr. sopra testo: *Vat.* 35; CTh. 3.1.2; CTh. 3.35.1 e 2): 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* sensuali («pactiones et stipulationes») come costitutivi anche di rapporti giuridici assoluti, la depressione economica specie occidentale (che fece tornare largamente in uso le prudenziali vendite a contanti), la forte influenza in Oriente del modello ellenistico della vendita a effetti reali furono altrettanti fattori che concorsero a determinare l'evoluzione della *emptio venditio* da contratto obbligatorio a contratto con efficacia reale. Né fu ritenuto più sufficiente, nella maggior parte dei casi, il *nudus consensus*, perché il *ius novum*, a partire da Costantino, pretese con sempre maggior frequenza la forma scritta per la validità delle vendite, specie se immobiliari. Un tentativo di parziale ritorno all'antico si ebbe solo con Giustiniano, il quale riaffermò il principio della mera obbligatorietà della *emptio venditio* e fece della forma scritta solo una alternativa, ad arbitrio (e rischio) delle parti, di quella orale, tanto per le vendite immobiliari che per quelle mobiliari.

77.1.3. Elementi costitutivi del *contractus* di *emptio venditio* furono, dunque: il *consensus in idem placitum*, comunque manifestato, delle parti; e la funzione oggettiva (la «causa») di realizzare in qualunque modo, purché adeguato, 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: *a*) le caratteristiche della *merx*; *b*) le caratteristiche del *pretium*; *c*) il momento perfezionativo del *contractus*.

77.2. Relativamente alla *merx* («merce», anche detta «*res quae venit*», cosa che viene venduta) è da dire che potevano

---

rom. (1934) 368; Talamanca, *Ancora sul principio «emptione dominium transfertur»*, in SUC. 1962-63; Palma, *Donaz. e vendite «advocata vicinitate» nella legislaz. costantiniana*, in *Index* 20 (1992) 477 ss. — Per la legislazione giustinianea cfr. I. 3.23 pr., riportato *infra* nt. 78.2.5. Sul testo: Talamanca, *L'unità della vendita in I. 3.23 pr.*, in *St. Giuffrè* 3 (1967) 803 ss. La costituzione ricordata dalle Istituzioni (a. 528) è in C.I. 4.21.17, su cui: Gallo, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite* (Tor. 1964). Ulteriore bibl. *infra* nt. 77.4.2, 78.2 e 78.2.1.

77.1.3. Sugli elementi costitutivi della compravendita: De Zulueta, *The rom. l. of sale* cit. 10 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 88 ss. Si v. inoltre la letteratura cit. *retro* nt. 77.1.1 e *infra* nt. 77.4. — In particolare, quanto alla causa del contratto: *retro* nt. 23.1.2.

77.2. A rigore, il concetto di *merx* era comprensivo delle sole cose mobili, ad esclusione degli schiavi. Cfr. 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). — Sull'*emptio suae rei*: Russo Ruggeri, *«Suae rei emptio consistere non potest»*, in *St. Guarino* (1984) 2813 ss.; Cuena Boy, *«Emptio suae rei» etc.*, in *BIDR.* 91 (1988) 677 ss. — La vendita dell'*homo liber* al compratore di buona fede era oggetto di controversia. Cfr. L. Ruf. D. 18.1.70: *Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique* costituire oggetto di vendita tutte le cose, mobili o immobili, purché non fossero precedentemente perite, né fossero di pro-

---

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 liber homo bona fide serviens: retro nt. 52.3.2. — Per l'emptio hereditatis cfr. Paul. 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*. Sul punto: Daube, *Sale of inheritance and merger of rights*, in ZSS. 74 (1957) 234 ss.; Thomas, *«Venditio hereditatis» and «emptio spei»*, in *Tul. L. Rev.* 33 (1958-59) 541 ss.; Kaser, *Erbschaftskauf und Hoffnungskauf*, in *BIDR.* 74 (1971) 45 ss.; González Roldán, *Propuesta sobre la venta de herencia etc.* (1997). — Di emptio servitutis parlano le fonti solo nel senso di un contratto consensuale col quale il *dominus* del fondo si obbliga a costituire una servitù su di esso dietro pagamento di un corrispettivo: suo scopo è quindi non di trasferire un diritto già esistente, ma di costituirlo (Iav. D. 8.1.20). — L'ususfructus poteva essere venduto nel senso visto per le servitù, ma le esigenze pratiche portarono all'ammissione anche di una vera e propria compravendita dell'esercizio del suo diritto di usufrutto da parte dell'usufruttuario ad un terzo. In questo caso è da vedersi, secondo Paul. D. 18.6.8.2: «... *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 moriaris, 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 res extra commercium cfr. 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 cfr. 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* (etc.). Il principio della validità dell'emptio di cose 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 dir. giustinian.*, in *AUMA.* (1934); Voci, *L'errore nel dir. rom.* (1937) 146 ss.; Sargenti, *Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1952) 233 ss.; Peters, *Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, in *St. Kaser* (1976) 118 ss.; Evans-Jones, MacCormack (R. e G.), *The sale of «res e. c.» in Rom. Law*, in ZSS. 112 (1995) 330 ss. — La compravendita di cosa altrui è ammessa senza ostacoli. Cfr. Ulp. D. 18.1.28: *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest*. Sul tema: Scarlata Fazio, *Appunti esegetici in tema di vendita di cose altrui*, in *RISG.* n.s. 14 (1939) 256 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 (1961) 295 ss. (a proposito dell'emptio di *res mancipi*, aliena, venduta da una *mulier sine tutoris auctoritate* o con l'assistenza di un *falsus tutor*, cfr. anche D. 18.1.27); Daube, *D. 19.1.46 and adultery*, in *St. Meylan* 1 (1963) 65 ss. — Sulla vendita di cosa futura cfr. Pomp. D. 18.1.8 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 nascatur aut fiant, ex empto agi posse* (v. cd. *emptio rei speratae*): D. 18.1.8.1: *Aliquando tamen et sine re venditio facta intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur*, prietà dello stesso compratore. Anche l'*homo liber* (un *filius familias*, ad esempio) poteva essere validamente venduto ad un compratore, purché di buona fede: ovviamente, la sua condizione di libero, se venuta alla luce, lo avrebbe sottratto per altri versi al compratore. Potevano inoltre essere venduti: i complessi patrimoniali (in ispecie: l'*hereditas* o i *bona* del fallito); le facoltà ricomprese in *iura in re aliena* come le *servitutes* e l'*ususfructus*; i crediti verso i terzi. È discusso invece se, almeno in diritto classico, potessero vendersi, oltre alle cose *in commercio*, anche le *res extra commercium*, beninteso nella ragionevole aspettativa che divenissero o fossero rese commerciabili dopo la conclusione del contratto. Certo è che potevano formare oggetto di *emptio venditio* anche una «*res aliena*», cioè una cosa altrui (con l'implicito impegno di procurarla in futuro al compratore), e anche una «*res sperata*» («cosa sperata»), cioè 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*» («vendita di speranza», «vendita a sorte»), cioè la vendita di una cosa di cui si ignorasse oggettivamente 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

---

emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur (= cd. *emptio spei*). Sul tema: De Visscher, *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel* (1934); Bartošek, *La «spes» en dr. rom.*, in *RIDA.* 2 (1949) 19 ss.; Senn, *La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit*, in *RH.* 34 (1956) 143 ss.; Calonge, *La compraventa de cosa futura etc.* (1963); Kunz, «*Emptio rei speratae pura oder «sub condicione»?*, in *Labeo* 20 (1974) 194 ss. — Non era possibile una compravendita di cose di genere, salvo che se ne precisasse in contratto l'appartenenza ad un ambito determinato. Cfr. Gai. D. 18.1.35.7: ... *si ex doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est* (*quod et constare videtur*) *antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere* (ril.); Paul. D. 18.6.5: ... *si verbi gratia amphorae centum ex eo vino quod in cella esset venierint* (ril.). Sul punto: Casavola, «*Emptio pondere numero mensura*», in *St. Jovene* (1954) 551 ss.; Ernst, *Gattungskauf und Lieferungskauf*, in *ZSS.* 114 (1997) 272 ss. — Quanto all'identificazione dell'oggetto venduto: Marrone, *Considerazioni sul «certo (et) certa»*, in *St. Volterra* 1 (1971) 213 ss. (per la nozione di *res et certa* v. retro n. 59.3.1). — Sulla *emptio spei* cfr. Pomp. D. 18.1.8.1 cit. — A chiarimento della frequenza con cui appare la menzione relativa, va detto che *missilia* erano detti, particolarmente in età imperiale, i doni *in incertam personam* che si usavano fare dai *principes* (e da altre personalità ricche e altolocate) gettando al popolo (mediante un cd. «*iactus missilium*») manciate di monete, frutta secca, oggetti di valore, *tesserae* lignee che davano diritto al portatore di esigere somme di danaro o quantitativi di derrate: cfr. Suet. *Aug.* 98.3, *Nero* 11.9. L'acquisto in *dominium* del *missile* da parte di chi riuscisse a raccoglierlo era un caso ovvio di *occupatio* di *res derelicta* (v. retro n. 50.8.2), ma non infrequenti erano le preventive vendite aventi ad oggetto il numero e il valore dei *missilia* che il *venditor* si ripromettesse, con l'aiuto della fortuna, di raccogliere.

aleatorio», una sorta di scommessa tra le parti (*alea*) sotto forma di vendita.

77.3. Il *pretium* («prezzo») era costituito da danaro contante (*pecunia numerata*) e doveva essere: «certo», cioè determinato in una cifra esatta; «effettivo», cioè non simulato; «giusto», cioè corrispondente al valore di mercato della *merx*. Quanto al primo e piú essenziale requisito, erano ammesse solo queste due eccezioni: *a*) il prezzo poteva essere determinato anche *per relationem*, cioè con riferimento ad una quantità di danaro risultante da elementi esteriori al contratto (es.: «*quantum in arca habeo*», quanto ho nella mia cassaforte); *b*) il prezzo poteva essere rimesso alla decisione di un terzo o di uno solo dei contraenti, purché non si trattasse di *arbitrium merum*, di una decisione del tutto discrezionale, ma si trattasse di «*arbitrium boni viri*», cioè di una valutazione esercitata con «criteri da galantuomo» (da «*bonus pater familias*»), cioè con criteri facilmente controllabili di reale aderenza alla giusta stima.

77.3.1. Se il *pretium* non era fissato in danaro, non si aveva una vendita. Al piú, si realizzava, dal momento in cui fosse sta-

---

77.3. Sul *pretium*, in generale: De Zulueta, *The rom. l. of sale* cit. 16 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 134 ss.; De Senarclens, *La maxime «pretium debet esse verum, certum, iustum»*, in *St. Fournier* (1929) 685 ss. Salvo che in ordine alla certezza, la giurisprudenza classica ebbe una concezione molto elastica degli altri due requisiti (*verum* e *iustum*): non mancano nelle fonti chiari interventi postclassici al riguardo. — Nell'ipotesi di *pretium simulato* veniva a mancare la *emptio venditio* e si aveva soltanto una fattispecie di *donatio*. Cfr. Ulp. D. 18.1.36: *Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere*; Ulp. 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* cfr. 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; cuius opinionem Proculus secutus est* (cfr. anche I. 3.23.1); inoltre: Gai. 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: Daube, *Certainty of price in rom. l. of sale*, in *St. De Zulueta* (1959) 9 ss.; Thomas, *Marginalia on «certum pretium»*, in *T.* 35 (1967) 77 ss. — Sul *bonus pater familias* e sull'*arbitrium boni viri*: retro n. 20.2, 66.2

77.3.1. Sui rapporti tra *emptio venditio* e *permutatio* (convenzione *sine nomine* riconosciuta solo nel sec. II: *infra* n. 83.4): 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 per-*

ta effettuata la consegna della *merx* o del corrispettivo, una «*permutatio*» (permuta); ma ancora nel corso del sec. I d. C., non essendo stata unanimemente riconosciuta dalla giurisprudenza la figura giuridica autonoma della permuta, si dubitò se fosse 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.

77.3.2. Se poi il prezzo non era «giusto», cioè approssimativamente corrispondente al reale valore della *merx* al momento del contratto, il diritto classico si limitò 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: dunque, la vendita coscientemente fatta dal venditore a sottocosto e quella coscientemente accettata dal compratore a

---

imparis 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., retro n. 19.3). Sul punto: Meylan, «*Permutatio rerum*», in Fg. Gutzwiller (1959) 9 ss.

77.3.2. Per la compatibilità del *dolus bonus* col *iustum pretium* cfr. 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* (ecc.); Ulp. D. 4.4.16.4: *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*. Sul punto: 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* risulta dalla modifica, riconosciuta dal Gradenwitz (*Interpolazioni ed interpretazioni*, in *BIDR*. 2 [1889] 3 ss.), del dettato di una costituzione di Diocleziano ora in C. 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 C. 4.44.8). Sul problema: Solazzi, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme* (1921), 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 «l. e.»*, in Ét. Lambert 1 (1938) 185 ss.; Gutiérrez Alviz, «*L. e.*» (1945); De Francisci, «*Iustum pretium*», in St. Paoli (1955) 3 ss.; Dias, «*L. e.*». *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 C. 4.44.2 e 8 cit., ascrivendo l'introduzione del principio in questione a Diocleziano e collegandolo con la legislazione calmieratrice effettuata attraverso l'*edictum de pretiis*; Gallo, *Giusto corrispettivo presunto nella vendita e nella locazione*, in *SDHI*. 32 (1966) 234 ss.; Sirks, *La «l. e.» en dr. rom. et byz.*, in *T.* 53 (1985) 291 ss.; Klami, «*L. e.*» *im röm. R.*, in *Labeo* 33 (1987) 48 ss.; Montañana Casani, *La rescisión por lesión etc.* (1999). — POSTILLA. *La vendita sottocosto negli ordinamenti giuridici moderni viene spesso ritenuta illecita (e qualificata col termine inglese di «dumping») perché lesiva della cd. «lealtà della concorrenza»: principio non conosciuto dall'esperienza giuridica romana.*

sovrapprezzo erano pienamente valide. 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) per l'ipotesi che si accorgesse di aver oggettivamente sofferto, anche senza raggiri da parte dell'*emptor*, una «*laesio enormis*» («lesione enorme»), più precisamente un pregiudizio «*ultra dimidium*» (oltre la metà del valore della merce), in dipendenza dell'aver venduto il bene per meno della metà del suo valore: in caso di lesione enorme fu pertanto riconosciuto al venditore dell'immobile il diritto di chiedere al giudice la «rescissione» del contratto, salvo che il compratore si offrisse di pagare la differenza.

77.4. Relativamente al momento perfezionativo del contratto bisogna precisare che questo era ritenuto «*negotium perfectum*» allorché era completo di tutti i suoi elementi, ma era considerato eccezionalmente «*emptio imperfecta*» anche in tre ipotesi di sua inefficacia: *a*) nell'ipotesi di vendita sotto condizione sospensiva (es., *emptio rei speratae*), sin quando non si fosse verificata la condizione sospensiva; *b*) nell'ipotesi di vendita di cose determinate a peso, numero o misura (cd. cose fungibili), sin quando non fosse avvenuta la pesatura, la numerazione o la misurazione; *c*) nell'ipotesi di vendita «*per aversionem*» («per distrazione», per detrazione), cioè di *emptio venditio* di cose da detrarsi da una determinata massa, sino a che non fosse stata fatta la distrazione.

77.4.1. Il momento della «*perfectio*», nel senso di conseguimento di validità ed efficacia da parte del contratto, determina-

---

77.4. In ordine alla *perfectio* dell'*emptio venditio* cfr. Paul. D. 18.6.8 pr.: *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, sicuti nec stipulatio.* Cfr. anche Ulp. D. 18.1.7 pr.: *Haec venditio servi «si rationes domini computasset arbitrio» condicionalis est: condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio* (rell.). Sul tema: Daube, *Three notes on Digest 18.1 etc.*, 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, non eseguibilità del contratto; Rodger, «*Emptio perfecta*» *revisited etc.*, in *T.* 50 (1982) 337 ss. V. anche *retro* n. 21.3.2. — Sulla *emptio per aversionem* (e così pure sulla *locatio p. a.*): De Marco, *L'«aversio» etc.*, in *Index* 28 (2000) 355 ss.

77.4.1. Sul *periculum emptoris* cfr. D. 18.6.8 pr. cit. (n. 77.4) 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* va il trapasso al compratore del *«periculum rei venditae»*, cioè del «rischio» connesso al perimento della merce per forza maggiore o per caso fortuito. Pertanto, da quel momento il compratore era sempre tenuto al pagamento del *pretium*, pur se la cosa non gli fosse ancora stata consegnata dal venditore e fosse intanto perita. Ciò dipendeva dal fatto che la *emptio venditio* era soltanto obbligatoria e mancava, in sé e per sé, di ogni effetto traslativo o costitutivo reale.

77.4.2. Allo scopo di determinare l'acquisto della proprietà da parte del compratore occorreva, come abbiamo detto dianzi, un

---

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 dir. rom. class.*, 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 merce: tesi difesa in una serie di scritti, l'ultimo dei quali è: *La costituzione ultima del Codice «De periculo et commodo rei venditae» etc.*, in *St. Brugi* (1910) 151 ss. Contra: Seckel e Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klass. röm. R.*, in *ZSS.* 47 (1927) 117 ss. Secondo il Rabel, *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS.* 42 (1921) 543 ss., la *bona fides* che informa il rapporto determinò applicazioni postclassiche parzialmente derogative del principio classico del *periculum emptoris*. In vario senso sul dibattutissimo tema: Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*² (1958) 147 ss.; Krückmann, *Einige Randfragen zum «periculum emptoris»*, in *ZSS.* 59 (1939) 1 ss.; id., *«Periculum emptoris»*, in *ZSS.* 60 (1940) 1 ss.; Arias-Ramos, *La doctrina del riesgo en la compraventa rom.* (1947); Meylan, *«Periculum est emptoris»*, in *St. Guhl* (1950) 9 ss.; Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale 3. Obbligaz. di consegnare e «periculum rei venditae»*, in *SDHI.* 20 (1954) 127 ss.; Betti, *«Periculum». Problemi del rischio contrattuale in dir. rom. class. e giustinian.*, in *J.* 5 (1954) 333 ss.; Luzzatto, *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR.* 63 (1960) 47 ss.; Alonso Perez, *«Periculum emptoris» y Fragm. Vat. 16*, in *AHDE.* 31 (1961) 363 ss.; Provera, *Sul problema del rischio contrattuale nel dir. rom.*, in *St. Betti* 3 (1962) 693 ss.; Cannata, *Ricerche sulla responsab. contrattuale in dir. rom.* 1 (1966); Knütel, *Kauf und Pacht bei Ablieferungsgeschäften im röm. R.*, in *St. Kaser* (1973) 33 ss.; Harder, *«Commodum eius esse debet, cuius periculum est»*, in *St. Kaser* (1976) 351 ss.; Wolf (J. G.), *Barkauf und Haftung etc.*, in *T.* 45 (1977) 1 ss.; MacCormack, *«Periculum»*, in *ZSS.* 96 (1979) 129 ss.; Id., *Further on «periculum»*, in *BIDR.* 82 (1979) 11 ss.; Wieling, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klass. röm. R.*, in *T.* 51 (1983) 225 ss.; Molnar, *«Periculum emptoris» im röm. R.*, in *St. Guarino* (1984) 2227 ss.; Id., *Die Frage der Gefahrtragung und des Eigentumsüberganges beim Kauf*, in *Index* 16 (1988) 25 ss.; Peters, *«Periculum est emptoris»*, in *St. Kaser* (1986) 221 ss.; Talamanca, *Considerazioni sul «periculum rei venditae»*, in *SC.* 7 (1995) 217 ss.; Id., *«Lex» ed «interpretatio» in Lab. D. 19.1.50*, in *St. Gallo* 2 (1997) 353 ss.

77.4.2. Per la questione del trasferimento del *dominium* cfr. 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* separato fatto acquisitivo, cioè una *mancipatio*, una *in iure cessio*, una *traditio* (nel diritto giustinianeo, la sola *traditio*), oppure l'*usucapio*. Anzi molto si discuteva circa il momento del passaggio di proprietà. Mentre per alcuni esso avveniva contestualmente con l'atto traslativo della proprietà, per altri il dominio si acquistava dal compratore solo a condizione che avesse anche pagato il prezzo («*pretio soluto*») o che avesse dato garanzie sufficienti del suo pagamento, a meno che il venditore avesse esplicitamente accettato di rimettersi completamente alla sua *fides*.

77.5. Le azioni derivanti dall'*emptio venditio* furono l'«*actio venditi*» a tutela del venditore e l'«*actio empti*» a tutela del compratore: ambedue azioni di buona fede, comportanti l'invito al giudice a condannare il convenuto a «tutto ciò che egli dovesse dare o fare a sensi di buona fede» («*quidquid dare face-*

---

fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri; Pomp. 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.* Sul tema: Peters, *Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer*, in ZSS. 96 (1979) 173 ss.; Miquel, *Compraventa y transmisión de la propiedad*, in St. Murga (1994) 513 ss., con bibl. — Sulla regola che subordina il trasferimento della proprietà non solo all'attuazione del negozio traslativo ma anche al pagamento del prezzo v., fra la vastissima letteratura: Meylan, *Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue en dr. rom. class.*, in St. Bonfante 1 (1930) 441 ss., e *Varron et les conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine*, in St. Ferrini Milano 4 (1949) 176 ss.; Romano (Silvio), *Pagamento del prezzo e trasferim. della propr. etc.* (1934); id., *Nuovi studi sul trasferim. di propried etc.* (1937); Archi, *In tema di trasferim. della propr. 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, *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.; id., «*Fidem emptoris sequi*», in St. Paoli (1955) 273 ss.; Biscardi, *Sulla genesi della norma giustinianea in materia di trasferim. della cosa venduta*, in RIDA. 5 (1958) 271 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.; Schindler, *Die Bedeutung der Kaufpreiszahlung im nachklass. röm. R.*, in St. [illegible] (1977) 535 ss.; Fernandez Fernandez, «*Pecunia numerata*» *en función de precio etc.*, in St. Alvarez Suárez (1978) 127 ss.; Marrone, *Trasferimento della propr. della cosa venduta e pagam. del prezzo*, in AUPA. 42 (1992) 183 ss.

77.5. In ordine alle azioni nascenti dall'*emptio venditio* cfr. Gai 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito* (coll.). 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* ...». Fonti sul tema in D. 19.1 (*De actionibus empti venditi*); C. 4.49. — Sulla possibilità di porre in via preventiva un limite alla condanna («*taxatio*»), facendo seguire all'«*eius*» l'inciso «*dumtaxat sestertiis nummis tot*», etc. C. 4.49.4. e Lenel, EP.³ 154 nt. 3. In argomento: Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 285 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 rom.*, in SDHI. 21 (1955) 157 ss.; Meylan, *Réflexions sur Ulp. (Cels.) D. 19.1.13.17*, in RIDA. 3 s. 3 (1956) 383 ss.

re oportet ex fide bona»). Questa struttura di buona fede delle azioni facilitò col tempo l'insorgere di numerose e sottili questioni, quindi una ulteriore specificazione degli obblighi del venditore e del compratore.

77.6. L'obbligazione tipica del *venditor* era, come si è già detto, quella di far ottenere al compratore la disponibilità della cosa vendutagli, nel senso di assicurargli il possesso della stessa: possesso denominato usualmente «*habēre licēre*». Non occorreva, dunque, il trasferimento della proprietà, ma bastava la semplice *traditio* (anche se fatta a mezzo di altri) della cd. «*vacua possessio*», cioè del «possesso libero» (libero da altrui occupazione) della cosa venduta. Ottenuta una *res nec mancipi* in possesso, il compratore ne diventava subito proprietario; ottenuta in possesso una *res mancipi*, il compratore ne poteva effettuare successivamente l'acquisto in *dominium* mediante *usucapio* «*pro emptore*», ed intanto godeva della tutela pretoria mediante l'*actio Publiciana*. Se la cosa non era stata consegnata al compratore, questo aveva dunque contro il venditore l'*actio empti* per l'esecuzione dell'obbligo fondamentale di «*tradere vacuam possessionem*».

77.7. Altre obbligazioni del *venditor*, sebbene non direttamente dipendenti dal contratto, ma derivanti dalla più complessa fattispecie che venne a formarsi consuetudinariamente in

---

77.6. Sull'obbligo principale del venditore di far ottenere al compratore il possesso della cosa, non il *dominium*, cfr. Ulp. D. 18.1.25.1: *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit*; Afr. D. 19.1.30.1: ... *quamvis... venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat* (trad.). Sul tema: Bussmann, *L'obligation de délivrance du vendeur en dr. rom. class.* (1933); Sargenti, *La «satisdatio secundum mancipium» e la «stipulatio habere licere» etc.*, in *BIDR*. 65 (1962) 151 ss.; Meylan, *La stipulation «habere licere»*, in *Z*. 38 (1970) 67 ss. — L'essenzialità dell'obbligo è confermata da 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* [trad.]), che 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 bibl. cit. *supra* alla n. 77.4.2, cui *adde*: Meylan, *Nouvelle explication de Celse, D. 12.4.16*, in *Iura* 20 [1969] 287 ss.). Cfr. anche PS. 1.13a.4: *Si id quod emptum est neque traditur neque mancipatur, venditor cogi potest ut tradat aut mancipet*; D. 19.1.11.2: *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere vel si mancipi est mancipare*; nonché Gai 4.131a. — In ogni caso, una convenzione contraria all'acquisto di proprietà sulla cosa venduta da parte del compratore faceva sì che non venisse in essere una compravendita. Cfr. 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. 54.4.3.

77.7. Sulle altre obbligazioni del *venditor*: De Zulueta, *The rom. l. 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*).

ordine al fatto economico della compravendita, furono: *a*) la responsabilità per evizione; *b*) la responsabilità per vizi occulti.

77.7.1. La «responsabilità per *evictio*» («evizione») si aveva in rapporto alla ipotesi della vendita di una cosa altrui, la quale poneva il compratore 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*» (privazione). Siccome il venditore non era tenuto, a rigor di contratto, a trasferire il *dominium* della *merx*, sorse l'uso di ottenere da lui questa particolare garanzia attraverso una di queste due speciali *stipu-*

77.7.1. Sulla più antica responsabilità per evizione: De Visscher, *Le rôle de l'«auctoritas» dans la mancipation*, in *RH.* 12 (1933) 136 ss., 603 ss.; von Lübtow, *Studien zum altröm. Kaufr.*, in *St. Koschaker* 2 (1939) 113 ss.; Coing, *A typical development in the Rom. l. of sale*, in *Sem.* 6 (1950) 6 ss.; Thormann, *«Auctoritas» (Ein Beitrag zum röm. Kaufr.)*, in *Iura* 5 (1954) 1 ss.; Calonge, *Evicción etc.* (1968); Ankum, *Julian D. 16.44.5 und das Ziel der «actio empti» nach Eviktion*, in *St. Guarino* (1984) 3215 ss.; Vacca, *Sulla responsabilità «ex empto» del venditore nel caso di evic. etc.*, in *SC.* 7 (1995) 297 ss.; id., *Ancora sull'a. e.e. etc.*, in *Iura* 45 (1994) 35 ss.; Klingenberg, *Eviktion durch «iniuria iudicis»*, ivi 113 ss. — Sulle *stipulationes de evictione* cfr. D. 45.1.38 pr.: *Stipulatio ista: «habere licere spondes?» hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat* (Ulp.). Un esempio di *stipulatio duplae* è nel trittico del 142 («*emptio pueri*») pubblicato in *FIRA.* 3 al n. 88 (7-13): «... *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 probum recte dari fide rogavit Dasius Breucus, dari fide promisit Bellicus Alexandri, idem fide sua esse iussit Vibius Longus*». Altri esempi documentali pompeiani in: Camodeca, *Le «emptiones» con «stipulationes duplae» dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, in *Labeo* 33 (1987) 167 ss. Per il regime classico cfr. 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 solummodo evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum* (cfr. anche D. 21.2.37.2 e PS. 2.17.1). Sul tema: Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte* (1902); Lévy (J.-Ph.), *Les stipulations de garantie contre l'éviction dans la vente romaine*, in *RH.* 32 (1954) 321 ss.; Pezzana, *La «cautio de evictione» nelle compravendite 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 *St. von Lübtow* (1970) 417 ss.; Kaser, *Die römische Eviktionshaftung nach Weiterverkauf*, ivi 481 ss. (= *Schr.* 2 [1976] 337 ss.). — Il compratore era tenuto alla *denuntiatio litis de evictione* (o «*laudatio auctoris*»). In analogia con quanto disposto per la *mancipatio*, si riteneva cioè che, per potersi dar luogo alla responsabilità per evizione, egli fosse tenuto a diffidare tempestivamente il venditore, denunciandogli la lite intentatagli dal proprietario e invitandolo ad intervenire nel processo. — Sul *pactum de non praestanda evictione*: De Medio, *Il patto di non prestare evizione e il dolo del venditore nel dir. rom. class.*, in *BIDR.* 16 (1904) 5 ss.; Guarneri-Citati, *Gli effetti del «pactum de non praestanda evict.»*, in *AUPA.* 1922; Ricca-Barberis, *Altro ancora sull'efficacia del «pactum de non praest. evict.»*, in *St. De Francisci* 2 (1956) 13 ss.; Powell, *Eviction in Rom. l. and Engl. l.*, in *St. De Zulueta* (1959) 78 ss. — Sull'*obligatio auctoritatis*: retro n. 50.10.1.

lationes: *a*) 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'*obligatio auctoritatis*); *b*) la «*stipulatio habere licere*», mediante cui il venditore si obbligava (per vendite di minore importanza) al risarcimento del danno subito dal compratore per il mancato ottenimento della cosa. Nel corso dell'età classica la responsabilità per evizione finì per diventare un *naturale negotii*, vale a dire un elemento naturalmente connesso con il negozio di compravendita, salvo diversa volontà delle parti: dapprima si ritenne che il compratore, in caso di rifiuto del venditore alla *stipulatio*, potesse agire contro di lui con l'*actio empti* per costringerlo all'assunzione dell'impegno stipulatorio; di poi, addirittura, si ritenne che, anche indipendentemente dalla prestazione della specifica *promissio ex stipulatu*, il compratore potesse agire con l'*actio empti* contro il venditore allo scopo di essere risarcito del danno derivatogli dalla evizione.

77.7.2. Circa la «responsabilità per vizi occulti» della merce («*morbi vitiave*»), è da dire che inizialmente il venditore non era in alcun modo tenuto a risarcire al compratore i danni derivati-

---

77.7.2. Se l'impegno di risarcire i vizi occulti veniva assunto dal venditore mediante *stipulatio* (c.d. «*promissa*») egli rispondeva *ex stipulatu*; se invece tale garanzia era assunta attraverso dichiarazioni non formali (c.d. «*dicta*») egli era tenuto *ex empto*. Cfr. Ulp. 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*...; Ulp. 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 Ulp. 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: Haymann, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache* 1 (1912); id., *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); Frenkel, *Iulian, Ulpian über die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, in *ZSS.* 44 (1924) 517 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 353 ss.; Nicholas, «*Dicta promissave*», in *St. De Zulueta* (1959) 91 ss.; Apathy, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beisp. der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im kl. r. R.*, in *ZSS.* 111 (1994) 95 ss. — Per l'intervento edilizio cfr. Ulp. 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* gli 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; tuttavia sin dai più antichi tempi si diffuse anche la prassi di accompagnare la compravendita con *stipulationes* di garanzia, mediante le quali il venditore assumeva l'impegno del risarcimento per vizi della cosa venduta, sopra tutto con riguardo alle vendite degli animali. Gli edili curuli, cui spettava la *cura annonae*, regolarono poi specificamente questa materia a scopo di disciplina dei pubblici mercati, sopra tutto per evitare clamorose contestazioni negli stessi: nel loro editto essi proclamarono infatti che sui venditori di schiavi e di animali gravasse l'obbligo di denunciare ai compratori tutti i difetti e i vizi della cosa, anche e particolarmente se 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: *a*) l'«*actio redhibitoria*» («azione redibitoria» o di restituzione), esercitabile entro due mesi dalla scoperta del

---

in venditione pronuntianto: ex his enim causis, iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus» (cfr. Ulp. D. 21.1.19.6: *Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet...*); Ulp. D. 21.1.38 pr.: *Aediles aiunt: «Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique 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 inempti faciendi 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 cfr. Ulp. D. 21.1.1 pr.: *Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes*; e Ulp. 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: 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 espèce 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., *La «duplex condemnatio» de l'action rédhibitoire*, in *St. Bonfante* 3 (1930) 91 ss.; Gifford, *L'action édilicienne «quanti minoris»*, in *RH.* 10 (1931) 652 ss.; Pezzana, *Classicità dell'«a. aestimatoria»*, in *AG.* 140 (1951) 53 ss., e *D. 21.1.45. Contributi alla dottrina romana dell'«a. redhibitoria»*, in *RISG.* n.s. 88 (1951) 275 ss.; Pringsheim, *Das Alter der aedilician Liability* (1952), in *Abh.* 2 (1961) 171 ss.; Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* (1955); von Lübtow, *Zur Frage der Sachmängelhaftung im röm. R.*, in *St. Paoli* (1955) 481 ss.; Honoré, *The history of the aedilitian actions*, in *St. De Zulueta* (1959) 132 ss.; Kaser, *Die Jurisdiktion der kurulischen Aedilen*, in *St. Meylan* 1 (1963) 173 ss.; Pezzana, *Azioni di garanzia per vizi della cosa in dir. bit.*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1964) 648 ss.; Thielmann, *«A. redhib.» und zufälliger Untergang der Kaufsache*, in *St. Volterra* 2 (1971) 487 ss.; Manna, *«A. redhib.» e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto «de mancipiis vendundis»* (1994); Garofalo, *L'impossibilità della redhibizione etc.*, in *St. Wołodkiewicz* (2000) 249 ss.

vizio, allo scopo di ottenere la restituzione integrale del *pretium*; *b*) l'«*actio aestimatoria*» («azione estimatoria») o «*quanti minoris*» («di congrua minorazione»), esercitabile entro sei mesi, allo scopo di ottenere una riduzione del prezzo sulla base di una più esatta stima (*aestimatio*) della *merx*. La giurisprudenza classica trasse da tutto ciò la conseguenza che anche la responsabilità per vizi fosse un *naturale negotii* e ritenne che la si potesse far valere, salvo patto contrario, direttamente con l'*actio empti*.

77.8. L'obbligazione tipica dell'*emptor* era quella di procedere al pagamento del prezzo («*solutio pretii*») al venditore,

---

77.8. Sull'obbligo del compratore di trasferire la proprietà del prezzo al venditore cfr. Ulp. D. 19.1.11.2: ... *emptor autem nummos venditoris facere cogitur*; Pap. D. 19.4.1 pr.: ... *emptor nisi nummos accipientis fecerit tenetur ex vendito*... — Sull'obbligo di pagare gli interessi cfr. PS. 2.17.9: *Post rem traditam nisi emptor pretium statim exsolvat, usuras eius praestare cogendus est*; Ulp. 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 vi era un obbligo di cooperazione del compratore con il venditore all'adempimento. Cfr. Pomp. D. 19.1.9: *Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.* Sul testo: Siber, *Beiträge zur Interpolationenforschung* 1. *Konfusionsvereinigung*, in ZSS. 45 (1925) 146 ss.; 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. 201 ss. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni disciplinano largamente l'istituto della vendita, mostrando una spiccata tendenza a staccare dalla regolamentazione generale del diffusissimo contratto molte regolamentazioni particolari di ipotesi specifiche, che sono divenute, nella pratica degli affari, più o meno autonome rispetto allo schema di base del contratto (si pensi, tanto per fare qualche esempio, alla vendita a rate, alla vendita a scopo di prova, alla vendita di case da costruire con eventuale permuta dell'edificio o appartamento da demolire, a svariate operazioni di borsa, alla vendita di titoli di credito). Quanto alla regolamentazione generale, essa è nei vari paesi, anche per effetto di talune convenzioni internazionali, approssimativamente conforme e comprensiva dei naturalia negotii costituiti dalla garanzia per evizione e dalla garanzia per vizi occulti, salvo che per un punto fondamentale: la diversità tra ordinamenti (come quello francese, quello italiano e, entro certi limiti, quelli di stampo anglosassone) che concepiscono il consenso tra le parti come di per sé solo traslativo della proprietà della merce (dedotti taluni casi eccezionali di vendite meramente obbligatorie) e ordinamenti (come quello germanico) tuttora ancorati al principio romano della obbligatorietà in ogni caso della vendita e quindi della necessità di procedere ad un separato «atto di (messa a) disposizione», cioè ad un negozio traslativo della proprietà della merce al compratore. Per il diritto italiano vigente, cfr. a. 1470-1547 c.c., che peraltro taluni considerano come casi di vendita meramente «obbligatoria» quello della vendita di cose determinate solo nel genere, quello della vendita alternativa, quello della vendita di cosa futura (a. 1472), quello della vendita di cosa altrui (a. 1478), quello della vendita con riserva di proprietà (a. 1523 ss.). Contratti affini alla vendita sono considerati: la «permuta» (a. 1552-1555: v. infra n. 83.4); il «contratto estimatorio» (a. 1556-1558: v. infra n. 83.5); il «riporto» (a. 1548-1551: contratto per cui il riportato trasferisce in proprietà al riportatore determinati titoli di credito per un certo prezzo e il riportatore si obbliga a trasferire al riportato altrettanti titoli della stessa specie, alla scadenza stabilita, verso il rimborso del prezzo eventualmente anche aumentato o diminuito in una misura convenuta); il «contratto di somministrazione» (a. 1559-1570: una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a somministrare all'altra prestazioni periodiche o continuative (es.: acqua, energia elettrica, gas)). Connessa è altresì la materia dei «contratti di borsa», che si svolgono in appositi mercati (borse valori e borse merci) generalmente a mezzo di speciali mediatori (agenti di cambio), su cui non è possibile fermarsi.*

cioè di trasferire a quest'ultimo mediante *traditio* la proprietà della somma di danaro dedotta in contratto. A titolo accessorio, il compratore era anche tenuto, per evidenti ragioni di equità, a pagare al venditore gli interessi sul prezzo a partire 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 peraltro il compratore dal pagamento del prezzo nel caso che un terzo lo avesse convenuto in giudizio per evizione e fino a quando il giudizio non fosse deciso a suo favore; Giustiniano, al contrario, proclamò che il compratore fosse tenuto ad adempiere l'obbligazione di pagamento del prezzo in ogni caso, purché il venditore gli desse sufficienti garanzie di restituzione del suo ammontare nella ipotesi di realizzata evizione.

78. LE «LEGES EMPTIONIS ET VENDITIONIS».

78.1. La *emptio venditio*, così come sopra schematizzata, veniva in pratica arricchita da tutta una serie di «clausole» pattizie (cioè di «*leges privatae*»), che possiamo denominare le *leges emptionis et venditionis* («clausole integrative della compravendita») e che è utile conoscere, almeno nelle loro esplicazioni principali. Si trattò, diversamente da quanto si è visto per gli istituti di garanzia, sempre e soltanto di *accidentalia negotii*, cioè di clausole valevoli in quanto specificamente convenute tra le parti. Quelle di cui faremo cenno qui appresso sono: *a*) l'*arrha*; *b*) la *lex commissoria*; *c*) il *pactum de retrovendendo* e quello *de retroëmendo*; *d*) il *pactum displicentiae*; *e*) l'*in diem addictio*.

78.1. Sulle *leges emptionis*, in generale: Georgescu, *Essai d'une théorie générale des «leges privatae»* (1932); Id., *Ét. de philologie juridique et de dr. rom.* 1 (1940) 250 ss.; von Lübtow, *Catos «leges venditioni et locationi dictae»*, in *St. Taubenschlag* 3 (1957) 227 ss.; Cannata, *Studi sui «censores» e sull'«arbitratus» della «lex contractus»* (1957) spec. 113 ss.; Daube, *An arrangement concerning shortage of measure, and pacts in general*, in *St. De Zulueta* (1959) 64 ss.; Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte des röm. Kaufr.* (1973); Sicari, *«Leges venditionis» etc.* (1996). — Per la clausola di riserva dei manu sata, cioè dei prodotti del fondo nati da semina preventivamente fatta dal venditore (cfr. Paul. D. 18.1.40.3): Daube, *Sown by hand*, in *Univ. of Ceylon* 1958. Ma il principio era «*messis sementem sequitur*»: retro n. 41.2.1. — Per talune clausole apposte alle vendite di schiavi (ad es., le clausole «*ne manumitteretur*», «*ne exportetur*», «*ne prostituetur*»): Bonnet, *Zur Auslegung von Dig. 18.7.7*, in *ZSS.* 71 (1954) 359 ss.; Michel, *L'influence de la «lex venditionis» etc.*, in *RIDA.* 13 (1966) 325 ss.; Sicari, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava* (1991) 85 ss. V. inoltre retro n. 77.2.

78.2. L'*arrha* («arra», «caparra») detta anche «*arrabon*» (dal greco ἀρραβών), fu un istituto derivante dal diritto greco e adattato in modo approssimativo al diritto romano. Nella vendita greca (che non era obbligatoria, ma traslativa della proprietà della merce) l'*arrabon* consisteva in un anticipo totale o parziale del prezzo fatto, in sede precontrattuale, dal futuro compratore al futuro venditore per impegnarsi ed impegnarlo al contratto; se l'aspirante compratore decideva di non più effettuare la compera, egli perdeva automaticamente la caparra; se colui che era stato impegnato alla vendita della cosa decideva di non più venderla, egli era, a sua volta, tenuto a restituire un multiplo (generalmente il doppio) della caparra ricevuta. In diritto romano, essendo la vendita puramente obbligatoria, non era concepibile la funzione dell'arra come mezzo di impegno all'acquisto e rispettivamente all'alienazione, perché l'obbligo al reciproco trasferimento costituiva proprio il contenuto della fattispecie contrattuale: l'*arrha* fu utilizzata, pertanto, a «fini di prova», nel senso che una delle due parti dava all'altra una cosa di pregio, o più spesso una somma di danaro, allo scopo di rendere più evidente l'ormai avvenuta conclusione del contratto e quindi le obbligazioni reciprocamente ormai assunte. Sebbene il contratto potesse essere provato liberamente in ogni altro modo, la funzione probatoria dell'arra (intesa come «*argumentum emptionis et venditionis*») si rivelò nella pratica commerciale dei periodi 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: motivo per cui l'arra nella compravendita prese, più precisamente, il nome di «*arrha confirmatoria*» («arra confirmatoria»).

78.2.1. Nel diritto postclassico, particolarmente in quello giustinianeo, la funzione dell'arra nella compravendita fu però forte-

---

78.2. Sull'*arrha* nella compravendita (che ha solo in comune il nome, non altro, con l'istituto delle *arrhae sponsaliciae*, su cui v. retro n. 41.3.2): Talamanca, *L'arra della compravendita in dir. greco e in dir. rom.* (1953); Frezza, *Le garanzie delle obbl.* 1. *Le garanzie personali* (1962) 299 ss.; Moylan, *Des arrhes de la vente dans Plaute*, in *St. Lévy-Bruhl* (1959) 205 ss.; Boyer, *Isidore de Séville et la définition des arrhes*, ivi 49 ss.; Mortsinghe, *Ann. Nos 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.*

78.2.1. Per il regime postclassico dell'*arrha* nella compravendita, cfr. Iust. C. 4.21.17; 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* mente alterata e divenne una «funzione penale», quale già l'arra aveva nella pratica ellenistica dell'impero orientale. Si parlò, conseguentemente, di «*arrha poenitentialis*» («arra penitenziale»), e fu stabilito che, quando tra le parti fosse stato convenuto (a titolo di «contratto preliminare») di contrarre una vendita in forma scritta e dal futuro compratore fosse stata versata una caparra, l'aspirante compratore perdesse la caparra, oppure l'aspirante venditore dovesse restituire il doppio del valore, a seconda che la mancata conclusione del contratto fosse dipesa dall'uno o dall'altro.

78.3. La *lex commissoria* («patto commissorio», letteralmente «patto di decadenza») fu il patto mediante il quale si at-

---

haec quidem de emptionibus et venditionibus, quae sine scriptura consistunt, optinere oportet: nihil enim 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 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 tema: Popesco, *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien* (1935); Cornil, *Die «arrha» im justinian. R.*, in *ZSS.* 48 (1928) 51 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* [illegible]: *sive in scriptis sive sine scriptis*», in *Iura* 9 (1958) 78 ss.; id., *C. 4.38.15 (530)* etc., in *SDHI.* 26 (1960) 323 ss.; Thomas, *Arra in sale in Justinian's law*, in *T.* 24 (1956) 253 ss.; id., «*Arra* [illegible]», in *Butterworth's South African R.* (1956) 60 ss.; id., *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.* 14 (1959) 1 ss.; Taylor, *Writing and «arra» in sale under the «Corpus iuris»*, in *LQR.* 77 (1961) 1 ss.; Honoré, *Arra as you were*, ivi 172 ss.; Talamanca, *Osservazioni sull'arra nel dir. giustinian.*, in *St. Meylan* 1 (1963) 325 ss.; Visky, *Die «arra» in den römischen Rechtsquellen* etc., in *ROM.* 15-16 (1974) 436 ss.

78.3. Sulla *lex commissoria* cfr. 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* (etc.). Altre fonti in D. 18.3 (*De lege commissoria*). In argomento: Longo (C.), *Sulla «in diem addictio» e sulla «lex commissoria» nella vendita*, in *BIDR.* 31 (1921) 40 ss.; Wieacker, *«Lex commissoria»* etc. (1932); Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 408 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.; Flume, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf: «lex commissoria», «in diem addictio» und sogenanntes «pactum displicentiae»* etc., in *St. Kaser* (1976) 309 ss. — Famoso il caso della giovane *Rutiliana* esposto in Paul. D. 4.4.38 pr. Questa fanciulla, di poco uscita dalla *tutela impuberum*, volle che fossero annullati, mediante una *restitutio in integrum*, gli effetti di un *pactum commissorium* relativo alla vendita di un *fundus Rutilianus*: non avendola spuntata né davanti al *praetor urbanus*, né (in sede di *cognitio extra ordinem*) davanti al *praefectus urbi*, fece *supplicatio* per il riesame del caso da parte dell'imperatore (v. retro n. 33.5.1) e questi (Settimio Severo) «*motus est, quod dies committendi in tempus pupillae* (durante il periodo in cui essa era sotto *tutela impuberum*) *incidisset*», sicché, piuttosto inaspettatamente, si decise a darle ragione. Decreto che non andò a genio al glossatore Viviano Tosco (sec. XIII), il quale maliziosamente commentò: «*Imperator vidit puellam formosam et ideo fuit motus... quia* tribuiva al venditore il potere di considerare risolta (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 (se ed in quanto già acquisita in possesso dal compratore). La risoluzione della vendita era nel potere del venditore (era cioè un suo «diritto potestativo»), non un effetto categorico dell'inadempimento: il venditore, dunque, anziché esigere la restituzione della cosa venduta e dei frutti percepiti dal compratore, poteva sempre chiedere il pagamento del *pretium* mediante l'*actio venditi*, mantenendo cioè fermo il contratto.

78.4. Il *pactum de retrovendendo* («patto di rivendita») e il *pactum de retroëmendo* («patto di ricompera») furono due clausole intese allo scopo di subordinare praticamente la vendita alla discrezione del compratore oppure a quella del venditore. Mediante il «*pactum de retrovendendo*» il compratore si riservava 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 si riservava il diritto di ricomprare la cosa, restituendo il prezzo al debitore entro un certo termine. Ambedue i patti potevano essere fatti valere in via di eccezione, ma non è escluso che talvolta dessero luogo ad un'*actio in factum*.

78.5. Il *pactum displicentiae* («patto di non gradimento») serviva a riservare al compratore il diritto di restituire la

---

pulchra erat». Sul caso: Liebs, *Der Sieg der schönen Rutiliana*, in *St. Kaser* (1976) 373 s.; Kupisch, «*Rutiliana pupilla*», *schön oder energisch?*, in *ZSS.* 94 (1977) 247 ss. — Sul *pactum commissorium nel pignus*: *retro* 62.7.3.

78.4. Sui *pacta de retrovendendo* e *de retroëmendo* cfr. 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 personis observandum*; Alex., a. 222, C. 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*. Sul punto: Wesel, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kauf*, in *ZSS.* 85 (1968) 94 ss. — Altro patto era il cd. *pactum protimeseos* («patto di preferenza»), cioè il patto con cui il venditore alienava un fondo riservandosi il diritto di essere preferito a ogni altro in caso di rivendita («*ut nulli alii eum quam mihi venderes*»: cfr. D. 19.1.21.5 e D. 18.1.75). V. anche *retro* n. 61.4.2.

78.5. 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* (mult.). Cfr. anche I. 3.23.4, e D.

merce al venditore, nel caso che per qualunque e insindacabile motivo, non fosse di suo gradimento, reclamando in cambio la restituzione del prezzo. Esso 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.

78.5.1. Analogo al *pactum displicentiae* era il *«pactum degustationis»* («patto di degustazione»), solitamente utilizzato nel caso di compravendita di vino, in forza del quale il compratore era autorizzato ad accertare che la merce avesse le qualità desiderate: accertamento che, peraltro, non era insindacabile, ma doveva essere fatto *boni viri arbitratu*, col criterio obbiettivo tipico di un galantuomo.

78.6. La *in diem addictio* («patto di riserva di un termine») era una clausola pattuita sopra tutto nei casi di «vendita al-

---

18.5.6. *Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est* (rell.). Sul punto: Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 404. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni sono molto sensibili alla possibilità di «displicentia» ed al conseguente pentimento dei compratori incauti. In particolare, il diritto italiano vigente (d. lgs. 15.1.1992 n. 50) subordina ex imperio a condizione risolutiva di non gradimento del compratore le vendite effettuate a domicilio, attraverso canali televisivi ecc., cioè con mezzi particolarmente allettanti all'incauto acquisto, da parte di esperti operatori commerciali. Al compratore si concede, in queste ipotesi, un diritto di «recesso» dal contratto: diritto da esercitarsi peraltro entro un tempo determinato e con determinate particolarità.*

78.5.1. Sul *pactum degustationis* cfr. Ulp. D. 18.6.4 pr.: *Si quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit* (rell.). Sul tema: Yaron, *Sale of wine*, in St. *De Zulueta* (1959) 71 ss.; Frier, *Law and the wine trade. The problem of «Vinegar sold as wine»*, in ZSS. 100 (1983) 257 ss.; Olszak, *«Emptio ad gustum»*, in T. 58 (1990) 361 ss.; Benitez Lopez, *La venta de vino y otras mercancias en la jurisprudencia rom.* (1994); Pennitz, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klass. r. R.*, in T. 62 (1994) 251 ss., con bibl. — La vendita a prova (cioè subordinata alla verifica positiva di una qualità della cosa da parte di persona diversa dal venditore) è la categoria generale entro cui si iscrive il *pactum degustationis*.

78.6. 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»*. Sul punto: Sieg, *Quellenkritische Studien zur Besserungsklausel (in diem addictio) im röm. Kaufr.* (1933); Henle, *Die rechtliche Natur der «in diem addictio» beim Kaufvertrag*, in St. *Koschaker* 2 (1939) 169 ss.; Romano (S.), *Note sulla «in d. add.»* (1938); De Fontette, *Recherches sur l'«in d. add.»*, in St. *De Francisci* 3 (1956) 539 ss.; Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit. 407 ss. Sulla configurabilità della *in diem addictio* come *lex rei suae dicta*: Senn, *L'«in diem addictio»*, in NRH. 37 (1913) 275 ss., la cui opinione è accolta dal D'Ors, *«In d. add.»*, in AHDE. 16 (1945) 193 ss. Fonti dell'istituto in D. 18.2 (*De in diem addictione*). — La venditio in auctionem l'asta» (di «*venditio in auctionem*»). Essa dava il diritto al venditore di recedere dal contratto già concluso, nel caso che ricevesse da un terzo un'offerta pecuniaria maggiore entro un certo termine: al compratore si riconobbe peraltro il diritto di essere preferito al terzo ove facesse a sua volta un'offerta pari a quella fatta da lui. Si discuteva in età classica circa la natura giuridica della clausola: alcuni ritennero, a stretto rigore, che essa funzionasse come clausola condizionale risolutiva dell'*emptio venditio*, nel senso che gli effetti del contratto dovessero prodursi sin dal momento della sua conclusione, salvo a venir meno, con risoluzione del negozio *ex tunc*, in caso di offerta migliore da parte di un terzo e di mancata opzione per tale offerta da parte del compratore; altri invece sostennero che la *in diem addictio* potesse essere considerata anche come una clausola condizionale sospensiva del contratto, ove non fosse desumibile il contrario dalla fattispecie concreta.

79. LE «OBLIGATIONES EX LOCATO ET CONDUCTO».

79.1. La *locatio conductio* («locazione-conduzione») era il *contractus* tra «*locator*» (locatore) e «*conductor*» (conduttore), in forza del quale nascevano le seguenti obbligazioni: *a*) l'obbligo del *locator* di mantenere per un certo periodo di tempo a disposizione del *conductor* un determinato oggetto giuridico; *b*) l'obbligo del *conductor* di restituire l'oggetto al *locator* dopo averlo utilizzato, per utile proprio o per utile del *locator*, nel modo e per il tempo convenuto; *c*) l'obbligo di chi tra i due avesse tratto un utile dal contratto (normalmente il *conductor*, ma talvolta il *locator*) di corrispondere all'altro (normalmente al

---

(«vendita all'asta», «incanto») era un metodo di vendita fatta con offerta della merce a più persone e con aggiudicazione della stessa a colui che aumentasse più di ogni altro il prezzo di base. Largamente usata in ordine alla vendita di beni pubblici (nel qual caso si parlava di «*venditio sub corona*», soprattutto in ordine ai prigionieri di guerra, forse perché incoronati con ghirlande: cfr. Gell. 6.4.3 ss. e Fest. L. 400 s., sv. «*sub corona*»), la procedura oggi detta degli «incanti» (da «*in quantum*»?) fu in uso a Roma anche relativamente ai beni privati, la cui vendita e offerta al pubblico era operata, per conto dei proprietari, da specializzati «*argentarii*» (o «*coactores argentarii*»): v. *infra* n. 82.5. Sul complesso e discusso istituto: Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, in *MAL*. 6 (1954); Thielmann, *Die römische Privatauktion* (1961).

79.1. Sulla *locatio conductio* (di diritto privato, dalla quale debbono rigorosamente distinguersi le *locationes* di diritto pubblico): Longo (C.), *La locazione conduzione* (1927-28); Mayer-Maly, «*Locatio-conductio*» etc. (1954); Amirante, *Ricerche in tema di locazione*, in *BIDR*. 62 (1959) 9 ss.; Biscardi, *Il concetto romano di «locatio» nelle testimonianze epigrafiche*, in *SSE*. 1960, con particolare riferimento anche alle *locationes* pubbliche. Fonti in Gai. 3.142-147; PS. 2.18; D. 19.2 (*Locati conducti*); CI. 4.65; I. 3.24.

locator, ma talvolta al *conductor*) una somma di danaro («*merces*», «*mercedes*») a titolo di corrispettivo per l'utile stesso.

79.1.1. 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 (cioè di *ius civile vetus*) sono oscuri e, forse, si limitano a due ipotesi, che non dovettero essere in pratica nemmeno troppo frequenti: *a*) 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; *b*) l'ipotesi del *libertus* che si ponesse a disposizione del *patronus* per eseguire ai suoi ordini gli stessi servigi prestatigli da *servus* (le cd. «*operae libertorum*»), ottenendone in cambio una retribuzione (o promessa mediante *stipulatio* o, più di frequente, impegnata a titolo fiduciario).

79.1.2. Nei rapporti commerciali tra Romani e stranieri e nei rapporti di affari tra gli stessi cittadini romani la *locatio conductio* si rivelò di grande utilità sopra tutto per due motivi: *a*) perché permetteva di assicurare, contro un giusto corrispetti-

---

79.1.1. Incerte sono le origini della *locatio conductio*. La tesi del Mommsen (segna nello *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete* cit.) della derivazione della locazione privata dalle locazioni pubbliche è ormai abbandonata dalla migliore dottrina (bibl. 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 ai cit. retro nt. 79.3: Burckhardt, *Zur Geschichte der «locatio-conductio»* (1889), primo critico convincente delle tesi mommseniane; Scherillo, *Locazione e precario*, in *RIL*. 1929; Bock, *Zur Entstehung des römischen Mietvertrages* (1953), in «*Iuniora iuris*» (1990) 139 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 «l.-c.»*, in *RH*. 41 (1963) 553 ss.; Kaufmann, *Die altrömische Miete* (1964); Amirante, *In tema di «opus locatum»*, in *Labeo* 13 (1967) 49 ss.; Leuregans, *L'origine administrative du terme «locatio» dans la «l.-c.» rom.*, in *Eos* 65 (1977) 303 ss.; Visky, *I contratti di locazione nell'economia del III secolo*, in *St. Sanfilippo* 1 (1982) 667 ss.; Molnár, *Subjekte der «l.-c.»*, ivi 2 (1982) 411 ss.; id., *Rechte und Pflichten der Subjekte der «l.-c.»*, in *Index* 12 (1983-84) 157 ss.; Vigneron, *La conception originaire de la «l.-c.» romaine*, in *St. Wubbe* (1993) 509 ss. — Sul *precarium*: infra n. 83.8. — Sulle *operae libertorum*: retro n. 16.7.1.

79.1.2. Il riconoscimento del contratto da parte del *ius civile novum* coincise approssimativamente con quello 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* (ecc.); 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. 77.4.1. — Frequente, specie nelle fonti più antiche, è anche 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. Burdese, *Studi sull'«ager publicus»* (1952) *passim*; Georgescu, *Essai d'une théorie générale des «leges privatae»* cit.; e, sopra tutto, von Lübtow, *Catos «leges venditioni et locationi dictae»* cit.

vo, la futura utilizzazione temporanea di cose o di persone, senza richiedere come suo presupposto una *datio* (una consegna delle stesse: consegna alla quale poteva dunque procedersi anche dopo l'avvenuta conclusione del negozio); *b)* perché, nella sua struttura essenziale, si riduceva al semplicissimo schema di un *locator* impegnato a porre un oggetto giuridico a disposizione del *conductor* (cioè a fargli spazio, a «*locum dare*» a lui in ordine all'oggetto) e di un *conductor* impegnato, per converso, a restituire al *locator*, dopo un certo tempo o dopo una certa utilizzazione, quell'oggetto (cioè a rimetterglielo tra le mani, a riportarglielo, a «*cum ducere*» l'oggetto con sé). Il tutto, beninteso, visto che si trattava di un affare, pagandosi un giusto corrispettivo (*merces*) da parte di colui che dall'affare avesse tratto utile.

79.1.3. Fu appunto per la duttilità della sua struttura che la *locatio conductio*, nel periodo classico, giunse ad essere sempre più chiaramente distinta in tre *species* principali, nelle quali il diritto giustinianeo intravvide più tardi addirittura tre contratti (tre *genera*) diversi. Le tre specie furono: *a)* quella detta della «*locatio rei*» («locazione di cosa»), in forza della quale il *locator* si obbligava a mettere a disposizione del *conductor* (detto nel caso di fondi rustici «*colonus*», e nel caso di immobili di abitazione «*inquilinus*») una cosa materiale, mobile o immobile, affinché il *conductor* ne godesse e gli pagasse in corrispettivo una *merces*; *b)* quella detta della «*locatio operarum*» («locazione di opere»), in forza della quale il *locator* (cd. *mercennarius*), avendo specifiche capacità di lavoro, si obbligava a mettere se stesso, con riferimento limitato a quelle sue capacità (*operae*), a di-

---

79.1.3. 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 (v. per primo Arangio-Ruiz, *Ist.* [1921] 335 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 dir. rom.*, in *RISG.* n.s. 2 (1927) 529 ss. e 3 (1928) 3 ss.; Olivier-Martin, *Des divisions du louage en dr. rom.*, in *RH.* 15 (1936) 419 ss.; Mayer-Maly, «*Locatio conductio*» cit. 17 ss.; id., *Tipicità e unità della «locatio conductio»*, in *Labeo* 5 (1959) 390 ss.; Amirante, *Ricerche* cit. *passim*; Vigneron cit.; Fiori, *La definizione della «l. c.» cit.* (1999). A nostro avviso, è pura fantasia (o quasi) precisare quale sia potuta essere la struttura originaria dell'istituto e come si siano potute formare le varie derivazioni. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni sono ormai quasi tutti e del tutto lontani dalla matrice unitaria della locatio conductio e dalla terminologia relativa. Di «locazione» si parla, solitamente, solo in ordine alla locazione di cose mobili o immobili, con regolamenti speciali per le case di abitazione. Per le altre figure si usano, come vedremo, terminologie diverse. Così anche per il diritto italiano vigente (cfr. a. 1571-1654 cc., il quale detta regole particolari sull'«affitto» (locazione di cose produttive e, in particolare, di fondi rustici: a. 1615 ss.).*

sposizione del *conductor* (c.d. *dominus*), il quale appunto per ciò era tenuto a pagargli una *merces*; *c*) quella detta della «*locatio operis*» («locazione di opera»), 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*, il quale appunto per ciò si obbligava a pagargli, ad opera compiuta, una *merces*. Nelle prime due ipotesi la *merces* era dovuta dal *conductor* al *locator*, nella terza ipotesi la *merces* era dovuta (si badi bene) dal *locator* al *conductor*.

79.1.4. Delle tre specie di locazione dianzi tratteggiate quella originaria e paradigmatica fu indubbiamente la *locatio rei*. Nei confronti di essa la *locatio operarum* e la *locatio operis* meritano, a nostro avviso, la qualifica di locazioni «irregolari», accanto ad altre fattispecie minori, di cui ci limiteremo a fare qualche cenno. Il nostro discorso sarà pertanto esemplato dalla descrizione della *locatio rei*.

79.1.4. Sulle locazioni irregolari: Rossi, *La «locatio conductio irregularis»*, in SSE. 1890; Mayer-Maly, *«Locatio conductio»* cit. 34 ss.; Metro, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. «loc.-cond. irregularis»*, in SC. 7 (1995) 191 ss. Testi principali sull'argomento: D. 19.2.31 (Alf. 5 *dig. a Paul. ep.*); D. 34.2.34 pr. (Pomp. 9 *ad Muc.*). Le fonti ci offrono molte ipotesi di c.d. «*locationes conductiones irregulares*» (terminologia non romana), cioè di locazioni che non si inquadrano perfettamente entro le regole caratterizzanti le tre *species* descritte nel testo. A nostro avviso, i casi principali sono almeno cinque: *a*) quello della locazione di cose fungibili (che è l'unico solitamente denominato dalla dottrina moderna come *locatio irregularis*); *b*) quello della locazione mista a vendita; *c*) quello della locazione di attività intellettuali; *d*) quello della locazione d'opera con materiale fornito dall'artefice; *e*) quello del carico a fini di trasporto marittimo. Per quanto riguarda le tre ultime figure, v. *infra* n. 79.6.1, 79.7 e 79.8. Qui ci limiteremo ad un cenno relativo alle prime due. — La locazione di cose fungibili comportava di necessità (come nel caso del *mutuum* e in quello del *depositum irregulare*) l'acquisto in proprietà (e non in mera detenzione) di quelle cose da parte del locatario (beninteso, una volta che le cose gli fossero state consegnate). Cfr. Alf.-Paul. D. 19.2.31 e Q. Muc.-Pomp. D. 34.2.34 pr., due testi famosissimi, dal primo dei quali (relativo a più imprenditori che avevano caricato alla rinfusa il loro grano nella stiva della nave appartenente a tal Saufeio) estraiamo questo responso di Servio Sulpicio Rufo: *respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri* (rell.). Sul tema: Benke, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der «locatio conductio irregularis»*, in ZSS. 104 (1987) 156 ss. — La locazione mista a vendita si verificava nell'ipotesi (modernamente denominata col termine inglese di «leasing») in cui la cosa locata fosse esposta al rischio di perimento o di grave deperimento per effetto dell'uso fattone dal conduttore, per il che le parti convenivano sin da principio che, ove il rischio si verificasse, la cosa fosse da considerare (e pagare) come venduta. Cfr. Gai 3.146: ... *si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii viginti mihi dentur, 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.). Sul tema: Guarino, *Il «leasing» dei gladiatori* (1985), in PDR. 6 (1995) 153 ss.

79.2. Elementi costitutivi del *contractus* di *locatio conductio rei* furono: il *consensus in idem placitum*, comunque manifestato, delle parti; e la funzione economica («causa») di far utilizzare, contro un giusto corrispettivo (*merces*), la *res locata* al *conductor*. Senza indugiare oltre su questi requisiti, saranno qui illustrati solo tre punti: *a*) le caratteristiche della *res locata*; *b*) le caratteristiche della *merces*; *c*) la durata degli effetti del *contractus*.

79.2.1. La «*res locata*» («cosa locata») poteva essere qualunque cosa, sia mobile sia immobile, purché si trattasse, per evidenti ragioni, di cosa infungibile e inconsumabile. Non era escluso che la cosa fosse di proprietà dello stesso *conductor*, ma che il possesso ne spettasse al *locator* in forza di pegno o di usufrutto: ragion per cui la locazione serviva a fargliene avere da quest'ultimo il godimento.

79.2.2. La «*merces*» («mercede»), anche detta «*pensio*» («pigione»), consisteva normalmente in una somma di danaro, ma

---

79.2. Sulla *locatio rei*, in particolare, oltre ai cit. retro n. 79.1: Costa, *La locazione di cose nel dir. rom.* (1915); Berger, *Wohnungsmiete und Verwandtes in den Papyri*, in *ZVRW.* 29 (1913) 321 ss.; Maroi, *La locazione di cose nel dir. rom.*, in *Riv. it. sociol.* (1916); von Bolla, *Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum* (1940); Longo (G.), *Osservazioni critiche sulla disciplina della «loc. con. rei»*, in *St. Biondi* 2 (1965) 283 ss.; Wacke, *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung*, in *Labeo* 26 (1980) 299 ss.

79.2.1. Sui requisiti della *res locata*: 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 entrepôts en dr. rom.* (1965). — Sull'ammissibilità in diritto classico della *conductio rei suae*, cioè di cosa di proprietà del *conductor*: Kupiszewski, «*Loc. cond. rei suae*», in *Labeo* 3 (1957) 344 ss.; Albanese, «*Cond. rei suae*», in *BIDR.* 62 (1959) 321 ss.; Thomas, «*Cond. rei suae*», in *Index* 2 (1971) 183 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 colonum retineam? et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti, quia non meo nomine, sed suo fruitus est emptor: teneri plane mihi ex locato proprietarium quanti mea interfuit id factum non esse* (ecc.). 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. 58.6).

79.2.2. Sulla classicità della regola secondo la quale la *merces* (la quale talvolta era detta anche «*pretium*») doveva consistere in una somma di danaro: Longo (C.), *Sulla natura della «merces» nella «loc.-cond.»*, in *St. Girard* 1 (1912) 105 ss.; Thomas, *The nature of «merces»*, in *AJ.* 1958. Ritiene, invece, che tale regola non sia di origine classica il Longo (G.), *Note critiche e questioni esegetiche*, in *St. Albertario* 1 (1953) 683 ss., e *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella «locatio-conductio rei»*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 379 ss. Il Mayer-Maly, «*Loc.-cond.*» 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 et conductio* poteva consistere anche in altra cosa fungibile o infungibile, purché assicurasse la possibilità di differenziare la figura del *conductor* da quella del *locator*, e purché fosse di valore non puramente simbolico (per esempio, un «*nummus unus*»), ma corrispondente (sia pure in linea di larga approssimazione) al valore dell'utile prodotto dal contratto. Nell'ipotesi che la *merces* fosse costituita dai frutti della cosa locata, genericamente indicati come tali, il conduttore era tenuto a prestare tutti i frutti, quale che ne fosse la quantità: tuttavia, in ordine ai fondi rustici, poteva farsi luogo anche alla «*colonia partiaria*» («affitto a partizione»; modernamente, «colonia parziaria»), cioè ad una locazione del fondo contro pagamento di una quota dei suoi frutti, il che implicava la compartecipazione del *locator* alle vicende della coltivazione effettuata dal colono.

79.2.3. La durata della locazione era determinata dal contratto. In mancanza di determinazione contrattuale, si rispetta-

---

contrahetur. Cfr. anche: D. 10.3.23; D. 10.3.1.9; I. 3.24.2. — Sulla *colonia partiaria*: Mayer-Maly, «*Loc.-cond.*» cit. 135 ss., con bibl. e riferimenti alle condizioni economiche che ne favorirono lo sviluppo. Per le fonti cfr. 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* (più in generale, la locazione a mercede puramente simbolica o con «*remissio mercedis*») era nulla o integrava, al più, un'ipotesi di concessione a precario della *res*. Cfr. D. 19.2.46 *Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit* (itp.?); D. 41.2.10.2 e D. 19.2.20.1. Per altri elementi: Ankum, «*Remissio mercedis*», in *RIDA.* 19 (1972) 219 ss.; Thomas, «*Rem. merc.*», in *St. Donatuti* 3 (1973) 1271 ss.; de Neeve, «*Rem. merc.*», in *ZSS.* 100 (1983) 296 ss.; Capogrossi Colognesi, «*Rem. merc.*» etc., in *St. Magdelain* (1998) 73 ss.

79.2.3. Sulla *locatio in perpetuum* cfr. 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*». Cfr. anche: Gai. D. 19.2.2.1; I. 3.24.3. Sul punto: Bove, *Ricerche sugli «agri vectigales»* (1960) 73, 102, nonché retro n. 61.2. — 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, «*Loc.-cond.*» cit. 218 ss. — Sulla *estinzione per iniziativa unilaterale* del rapporto esistono 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 solverit*» (D. 19.2.54.1, cfr. D. 19.2.56); quando la cosa venisse deteriorata gravemente dal conduttore (CI. 4.65.3); quando il *locator* dimostrasse la necessità di abitare la casa o di ricostruirla (cfr. ancora: CI. 4.65.3 cit.). Le due ultime ipotesi furono però ammesse solo in diritto giustinianeo: Barciglini, *La risoluzione del contratto di locaz. per necessità del locatore etc.*, 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 (Gai. D. 19.2.24.4; cfr. D. 19.2.60 pr.); nel caso che la cosa presentasse difetti tali da impedirne o renderne difficile l'uso cui era destinata (ad esempio, «*si vicino aedificante obscurentur lumina cenaculi*»: Gai. D. 19.2.25.2; cfr. D. 19.2.27 pr.); nel caso in cui il conduttore fosse costretto a non utilizzare la cosa locata a causa di un sopravveniente grave pericolo «*cui resisti non potest*», ad esempio se «*exercitu veniente migravit conductor*» (Ulp. D. 19.2.13.7, cfr. D. 19.2.27.1). Cessava, inoltre, il rapporto quando vano gli usi locali; poteva anche essere convenuta una «*locatio perpetua*», valevole a tempo indeterminato 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 persisteva nel godimento della *res locata* senza opposizione del *locator*, si riteneva verificata la cd. «*renovatio tacita*» (rinnovazione tacita) del contratto: essa aveva effetto sino al giorno in cui il *locator* chiedesse esplicitamente la restituzione della cosa; ma nel caso di locazione di fondi rustici bisognava attendere il compimento un intero anno agrario.

79.3. 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 «tutto ciò che egli dovesse dare o fare a sensi di buona fede» («*quidquid dare facere oportet ex fide bona*»). La grande malleabilità del mezzo di tutela giurisdizionale fu l'elemento che più di ogni altro favorì l'applicazione della *locatio conductio* anche alle ipotesi diverse dalla pura e semplice *locatio rei*.

79.4. L'obbligazione tipica del *locator rei* era di procurare e assicurare al *conductor* la detenzione della *res lo-*

---

venisse meno il diritto del locatore sulla cosa locata, come nel caso in cui la locazione fosse stata stipulata dall'usufruttuario e questo morisse (Ulp. D. 19.2.9.1: *Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet* [rell.]). Su questi punti, da ultimo, oltre i già citati (nt. prec.): Frier, *Law, Economics and disasters down on the farm: «remissio mercedis» revisited*, in *BIDR.* 92-93 (1989-90) 237 ss. 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): Gallo, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locaz. per iniziativa unilaterale*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1964) 1198 ss.; Molnár, *Le cause di estinz. del contratto e il problema del diritto di disdetta nella «loc. cond.»*, in *Labeo* 32 (1986) 298 ss.

79.3. Sulle *actiones ex locato et conducto* cfr. Gai 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex... locato conducto* (rell.). Ricostruzione delle formule in Lenel, *EP*³ § 111: *a*) *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.*»; *b*) *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.*».

79.4. In generale, sulle obbligazioni scaturenti dalla *locatio conductio rei*: Longo (G.), *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella «loc. cond. 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. Cfr. Pomp. D. 19.1.6.4 e Ulp. D. 19.2.19.1 sg., su cui Mayer-Maly, *«Loc. cond.»* cit. 197 ss.; Nicosia, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel dir. rom.*, in *RISG.* n.s. 92 (1957-58) 403 ss.; Palazzolo, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, in *BIDR.* 68 (1965) 275 ss.; Pinna Parpaglia, *«Vitia ex ipsa re»* (1983). — Sulla responsabilità nei limiti dell'*id quod interest* del locatore: Medicus, *«Id quod interest»* (1962) 182 ss.; Thomas, *Digest 19.2.19.1*, in *ZSS.* 79 (1962) 354 ss.

cata per tutta la durata del contratto: dunque un'*obligatio in dando*. In caso di «*evictio*», di spossessamento giudiziario da parte di un terzo, dato che il *conductor* non era proprietario ma semplice detentore della cosa, evidentemente altra via non gli era aperta che di agire con l'*actio conducti* contro il *locator*, allo scopo di costringerlo all'adempimento o al risarcimento. Se l'impedimento alla esecuzione del contratto derivava dall'intervento di un terzo, al quale il *locator* avrebbe dovuto proibire di effettuare la turbativa, il *conductor* aveva il diritto al risarcimento di tutto quanto riuscisse a dimostrare essere di suo interesse ai fini della esecuzione del contratto («*id quod interest*»); se invece l'impedimento derivava da forza maggiore (o da causa equiparata), il conduttore aveva soltanto diritto a che la mercede gli fosse restituita o gli fosse comunque condonata.

79.4.1. Dall'obbligo di mantenere la *res* a disposizione del *conductor* derivava, a titolo accessorio, l'obbligo del *locator* di provvedere appunto alla «manutenzione» della cosa locata (cioè al suo mantenimento in stato di efficienza) affinché il con-

---

— Sulla responsabilità per vis maior: von Lübtow, *Die Haftung des Pächters etc.*, 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 cfr. Ulp. D. 19.2.9.1, 4, 5, e v., oltre alla lett. cit. retro n. 77.4.1: Kaser, «*Periculum locatoris*», in *ZSS*. 74 (1957) 155 ss.; Miquel, «*Peric. locat.*», in *ZSS*. 81 (1964) 134 ss.; Alzon, *Les risques dans la «loc.-cond.»*, in *Labeo* 12 (1966) 311 ss. — Sulla migratio inquilinorum per ragionevole timore cfr. Alf. D. 19.2.27.1. In tema: Tafaro, «*Causa timoris*» *e «migratio inquilinorum» etc.*, in *Index* 5 (1974-75) 45 ss.; Guarino, *Inquilini che scappano* (1982), in *Iusculum iuris* (1985) 201 ss.

79.4.1. Sull'obbligo del *locator* alla manutenzione della cosa locata cfr. 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*. Cfr. anche D. 19.2.19.2 e D. 19.2.25.2. In argomento: Mayer-Maly, «*Loc. cond.*» cit. 152 ss. Il termine «manutentio» è estraneo alle fonti romane ed è di conio medievale. — Sull'obbligo del *locator* al rimborso delle spese necessarie o utili al *conductor* cfr. 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*. Cfr. pure D. 19.2.61 pr. — Sul principio emptio tollit locatum (opposto, si badi, al principio vigente negli ordinamenti moderni: cfr., ad es., a. 1599 c.c. ital.): 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 eodem pacto et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto*. Cfr. anche C.I. 4.65.9. Sul tema: Hintze, *Der Satz «Kauf bricht Miete» im röm. R.* (1888); Torrent, *Excepciones pactadas a la regla «e. tollit loc.»*, in *St. Sanchez del Rio* (1967) 263 ss.; Schrage, «*E. (venditum) tollit loc.*», in *St. Beinart* 3 (1979) 1 ss.; Verstappen, «*Qui fundum locavit, si vendat, curare debet…*», in *St. Wubbe* (1993) 453 ss.; López Pedreira, «*E. tollit loc.*» (1996).

ductor potesse pienamente utilizzarla nei limiti del contratto: in mancanza di che, il *conductor* aveva diritto a una congrua riduzione della mercede, oppure al rimborso delle spese di manutenzione fatte su sua iniziativa. Siccome non era necessario che il *locator* fosse proprietario della cosa ma era sufficiente che ne fosse possessore o detentore, se il proprietario della stessa (lui o altri che fosse) alienava la cosa locata ad un terzo in costanza del contratto di locazione, si applicava il principio «*emptio tollit locatum*» (l'alienazione della cosa elimina la sua locazione): pertanto il nuovo proprietario era libero di non tener conto del contratto di locazione (ma ovviamente il locatore doveva provvedere ad assicurare al conduttore una congrua prestazione sostitutiva o il risarcimento del pregiudizio da lui sofferto).

79.5. Obbligazione tipica del *conductor rei* era quella di restituire la cosa locata al termine del contratto. Se la cosa risultava deteriorata o distrutta, il conduttore era tenuto a pagarne il controvalore, salvo che l'inadempimento non fosse assolutamente a lui imputabile.

79.5.1. Il *conductor* rei aveva inoltre l'obbligo di pagare la *merces* a titolo di «corrispettivo», cioè 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, con versamento di canoni periodici.

79.6. La *locatio conductio operarum* («locazione di servizi», «contratto di lavoro»), essendo derivata dalla locazione

---

79.5. Sull'obbligo del *conductor* di restituire la *res locata*, come obbligazione tipica scaturente dal nostro contratto: Amirante, *Ricerche* cit. spec. 133 ss.; Mayer-Maly, «*Loc. cond.*» cit. 177 ss. — Sull'obbligo del *conductor* di conservare in buono stato la cosa cfr. 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 responsabilità del *conductor* era fissata nei limiti della *custodia*: I. 3.24.5, su cui, per tutti: De Robertis, «*Exactissima diligentia*», in *SDHI*. 23 (1957) 159 ss.; Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* cit. 144 ss. — Sulla sublocazione: Cardascia, *Sur une fonction de la sous-location en dr. rom.*, in *St. Biscardi* 2 (1982) 365 ss.

79.5.1. Sull'obbligo di pagamento della *merces* cfr. Gai 3.142. Sul tema: Amirante, *Ricerche* cit. 101. Diversamente dal *pretium* della compravendita, la *merces* poteva essere determinata con un largo margine di discrezionalità (purché non si riducesse al minimo del *nummus unus*) anche a causa della difficoltà di stabilire con precisione il «giusto valore» della locazione.

79.6. Sulla *locatio operarum* in particolare: Solazzi, *Il lavoro libero nel mondo romano* (1905-6), in *Scr.* 1 (1955) 141 ss.; Deschamps, *Sur l'expression «locare operas» et le travail comme objet de contrat à Rome*, in *Mél. Girardin* (1907) 157 degli schiavi, conservò sempre il marchio di questa sua origine, sicché si ritenne che, almeno di regola, potesse riguardare (con *obligatio in faciendo*) servigi prevalentemente manuali o di limitato impegno intellettuale, da prestarsi comunque secondo direttive riservate al *conductor*, cioè al «datore di lavoro».

79.6.1. Al di fuori della *locatio operarum* in senso proprio rimasero, dunque, le «attività intellettuali» (o prevalentemente

---

ss.; [illegible], *Profili del rapporto industriale* (1973); De Robertis, *I rapporti di lavoro in dir. rom.* (1946); id., *Lavoro e lavoratori in dir. rom.* (1963), ove si. ricordano numerosi suoi scritti sull'argomento; Martini, *«Mercennarius». Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in dir. rom.*, in SSE. 1956-57; id., *Ancora sul «mercennarius»*, in *Iura* 10 (1959) 120 ss.; Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*² (1958); id., *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.; Nörr, *Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom*, in *ZSS.* 82 (1965) 67 ss.; Thomas, *The worker and his wage*, in *Mél. Recht-Verdam* (1971) 201 ss.; Bürge, *Der «mercennarius» und die Lohnarbeit*, in *ZSS.* 107 (1990) 80 ss.; Möller, *Die «mercennarii» in der röm. Arbeitswelt*, in *ZSS.* 110 (1993) 296 ss. — Sull'apprendistato: Palmieri, *Osservazioni romanistiche in tema di apprendistato*, in *Boll. Sem. Trieste* (*BST.*) 1961-62.

79.6.3. Sulle operae liberales: Siber, *«Operae liberales»*, in *JJ.* 1940; Heldrich, *Der Arzt im röm. Privatr.*, in *JJ.* 1940; Erdmann, *Freie Berufe und Arbeitsverträge in Rom*, in *ZSS.* 66 (1948) 567 ss.; Below, *Der Arzt im röm. R.* (1953); Maschi, *«Operae liberales» etc.*, in *BST.* 1955; Calabi-Limentani, *Il lavoro artistico* (1958); Visky, *La qualità della medicina nelle fonti del dir. rom.*, in *Iura* 10 (1959) 24 ss.; id., *Osservazioni sulle «artes liberales»*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1964) 1068 ss.; id., *Esclavage et «artes liberales» à Rome*, in *RIDA.* 15 (1968) 473 ss.; Palmieri, *«Mathematici»*, in *BST.* 1965; Elguera, *Situación jurídica de las personas libres que trabajaban como «scribae»*, in *St. Grosso* 2 (1968) 249 ss.; Guarino, *Gli «specialisti» e il dir. rom.* (1979), in *PDR.* 6 (1995) 520 ss.; Visky, *Geistige Arbeit und die «artes liberales» in den Quellen des röm. R.* (1977); Coppola, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano* (1994), con bibl. — Sulle remunerazioni delle professioni liberali, in particolare: Bernard, *La rémunération des professions libérales en dr. rom. class.* (1936); Michel, *Gratuité en dr. rom.* (1962) 198 ss.; Pescani, *«Honorarium»*, in *BST.* 1961-62; Visky, *Retribuzioni per il lavoro giuridico etc.*, in *Iura* 15 (1964) 1 ss.; Dell'Oro, *Retribuzioni dei docenti di diritto etc.*, in *St. Volterra* 2 (1971) 49 ss.; Marotta, *«Multa de iure sanxit»* (1988) 93 ss.; Dimopoulou, *La rémunération de l'assistance en justice etc.* (1999). — L'honorarium era corrisposto al prestatore d'opera liberale *ex officio et amicitia*: 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*). Amplius sul punto: Coppola, *Note sui termini «merces» e «honorarium»*, in *Atti Acc. Peloritana* 1990. A prescindere dalla tutela *extra ordinem* (che fu intesa più a proteggere le loro pretese di onorario che ad assicurare le conseguenze dei clienti), la responsabilità dei professionisti liberali 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 proprio come *conductores operis* e agendo contro di 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 era ben lontana dal potersi dire consolidata nella riflessione giurisprudenziale romana. — Un cenno ulteriore merita la condizione degli advocati o degli altri patrocinatori legali, in ordine ai quali ebbe sempre vigore, per tutta l'età classica, il divieto dei *munera* posto dalla *lex Cincia de donis et muneribus* del 204 a. C. (*retro* n. 23.6.1); Crook, *Legal advocacy in* intellettuali) come quelle prestate dai medici, dai grammatici, dai retori, dai filosofi, dagli artisti figurativi, dai musici, dagli avvocati, dai giureconsulti. Per l'utilizzazione di alcune di esse le grandi famiglie facevano capo a schiavi di pregio, ma per altre (in particolare, per l'opera degli avvocati e dei giureconsulti) il ricorso a schiavi era impensabile e pertanto si formarono, a disposizione del grosso pubblico, categorie di «professionisti liberi», le cui prestazioni furono appunto perciò usualmente denominate «*operae liberales*» (o «*artes ingenuae*»). Anche questi professionisti (sopra tutto quelli di minore spicco) si impegnarono talvolta all'esercizio della loro specialità *mediante* locazione, ma il contratto fu in tal caso una «*locatio conductio irregularis*»: sia perché l'attività da loro esercitata comportava una particolare autonomia, che mal si adattava alla subordinazione richiesta dal contratto di lavoro; sia perché non di rado entravano in gioco anche elementi tipici della *locatio operis*, in cui il professionista (obbligandosi, ad esempio, a rivestire di dipinti le pareti di una stanza) assumeva la veste di *conductor*. Comunque, i professionisti di rango più elevato rifuggivano generalmente dal ricorso alla *locatio conductio* e lavoravano a titolo formalmente gratuito, percependo compensi pecuniari anticipati o contando sulla posticipata dazione di tali compensi a titolo di onorario («*honorarium*», o «*munus*»): se l'onorario informalmente promesso non era pagato o non era congruo, essi ricorrevano pertanto alla tutela *extra ordinem* da parte del pretore o, in età classica, dell'imperatore.

---

the Roman World (1995). Non è seriamente credibile che essi esercitassero gratuitamente la loro gravosa professione, anzi è pensabile che i compensi richiesti siano stati spesso tanto alti da provocare lo sdegno di Augusto, il quale (se vera la curiosa notizia fornita da Dio Cass. 54.18) addirittura stabilì, nel 17 a. C. (forse attraverso la *lex Iulia iudiciaria*), che essi dovessero restituire ai clienti il quadruplo degli onorari (esagerati?) che avessero da loro ricevuti. Un massimo di diecimila sesterzi (con minaccia di incorrere per l'eccesso nei rigori del *crimen repetundarum*) fu stabilito, forse con senatoconsulto, sotto Claudio (cfr. Tac. *ann.* 11.5; Plin. *ep.* 5.9). Ai rigori della *lex Cincia* e di Augusto tornò invece Nerone (cfr. Tac. *ann.* 13.5 e 42). Materia comunque incertissima, in ordine alla quale non va dimenticato che la *lex Cincia* era una *lex imperfecta*, sicché può darsi che il pretore non concedesse l'*exceptio* al cliente che si fosse pentito di aver remunerato un *patronus*, quando fosse inteso nel senso di *orator* in giudizio (non in quello di alto e autorevole patrocinatore delle sue ragioni) o nel senso di personaggio chiamato (*advocatus*) ad assistere al dibattimento per tenere in ordine i documenti e i testi di legge da produrre nello stesso, talvolta per leggerli su indicazione del *patronus* od in sua sostituzione, spesso per far numero di pubblico plaudente alle argomentazioni ed alle tirate oratorie del difensore (episodi di «claque» [per dirla con un noto termine francese], che erano tipici dei procedimenti criminali). Cfr. ps. Ascon. *in divinat. Verr.* 11: *Qui defendit alterum in iudicio, aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus, si aut ius suggerit aut praesentiam suam commodat amico* [illegible].

79.6.2. Caratteristiche essenziali della *locatio operarum* erano: *a*) la personalità della prestazione del *locator operarum*; *b*) la subordinazione dello stesso alle direttive del *conductor*. La caratteristica della «personalità della prestazione» implicava che il *locator operarum* fosse tenuto a prestare personalmente, senza possibilità di farsi sostituire da altri, le attività dedotte in contratto, contro corresponsione della mercede da parte del *conductor*: il quale era peraltro tenuto al pagamento della *merces* anche quando il prestatore di lavoro si trovasse nella impossibilità di eseguire il lavoro contrattato, salvo che fosse intervenuto un patto contrario (per es.: il patto di non pagare il salario nei giorni in cui non fosse eseguibile il lavoro in riviera a causa di inondazione della stessa). La caratteristica della «subordinazione del prestatore di lavoro» implicava che il *locator operarum* fosse completamente dipendente, 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*» (locare se stesso e le proprie opere).

79.6.3. 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*, cioè il datore di lavoro, i suoi diritti e i suoi obblighi si trasmettevano agli eredi, salvo che nel frattempo il lavoratore avesse trovato altra occupazione.

79.6.4. Il diritto postclassico, per influenza del cristianesimo, fu tendenzialmente insofferente della *locatio operarum* e del con-

---

79.6.2. Sulla prestazione delle *operae locatae* cfr. Paul. D. 19.2.38 pr.: *Qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet si per eum non stetit quo minus operas praestet*. In argomento: Biondi, «*Iudicium operarum*», in *AUPE* 1916; 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 *BSI*. 1965.

79.6.3. Circa la morte del *locator operarum* cfr. Ulp. D. 19.2.19.8: *Ex conducto actionem etiam ad heredem transire palam est*.

79.6.4. Sull'evoluzione postclassica del contratto di *locatio operarum*: Cervenca, *Appunti sul valore del [illegible] nella legislazione postclassica*, in *BSI*. 1957; De Dominicis, *Postille e problemi attinenti il lavoro nel dir. rom. class. e postclass.*, in *BSI*. 1959; Charbonnel, *La condition des ouvriers dans les ateliers impériaux aux IVe et Ve siècles*, in *Aspects de l'Empire Romain* (1964) 61 ss. Nel periodo postclassico l'originaria distinzione tra i vari termini impiegati ad indicare la recetto di subordinazione quasi schiavistica 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 servitù della gleba 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.

79.7. La *locatio conductio operis* («locazione d'opera», «contratto d'opera») era sorta come locazione, cioè come affida-

---

muneratione 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. — POSTILLA. *Gli ordinamenti giuridici moderni sono giunti lungo percorsi diversi a concezioni ormai sostanzialmente conformi del «contratto di lavoro subordinato» e di tutto un complesso di integrazioni e di garanzie, particolarmente intese alla tutela dei lavoratori, che hanno dato luogo ad una disciplina autonoma e di alta importanza denominata «diritto del lavoro». Il grande salto è stato operato nel corso dell'ultimo secolo sotto l'impulso, gradito o sgradito che possa essere stato, di ideologie e di connessi movimenti sociali che hanno lasciato un segno indelebile nella storia della civiltà. Lo schema elementare del contratto (e del conseguente rapporto) è sempre quello del diritto romano, sia sotto l'aspetto della subordinazione, sia sotto l'aspetto della mercede (denominata oggi usualmente «salario» o «stipendio»): il suo superamento totale, anche là dove lo si è tentato, è stato reso difficile o impossibile da una serie di ostacoli sociali o politici sui quali non è il caso di soffermarsi. Comunque, il lavoratore subordinato dei giorni d'oggi è ben diverso nella sostanza dal locator subordinato (schiavo o libero che fosse) dei tempi romani (o ancora, per molti aspetti, della fine del sec. XIX) e fa capo a un contratto cd. «individuale» che, il più delle volte (ormai quasi sempre), si adegua alle linee di massima fissate da un «contratto collettivo di lavoro» intercorso tra le sue organizzazioni sindacali e quelle dei datori di lavoro, per di più secondo canoni che sono diventati progressivamente di diritto comunitario. Nel diritto italiano vigente la materia del lavoro subordinato fa parte del libro IV c.c. («Del lavoro») ed è regolata dagli a. 2060-2081 (contrattazione collettiva) e 2094-2134 (contrattazione individuale), cui va aggiunta una copiosa legislazione speciale tra cui emerge il cd. «statuto dei lavoratori» di cui alla l. 20 maggio 1970 n. 300. Gli articoli sulla contrattazione individuale (che fanno parte del tit. II, «Del lavoro nell'impresa») qualificano «collaboratori dell'imprenditore» i cd. «prestatori di lavoro subordinato», suddividendoli in dirigenti, quadri, impiegati e operai (cfr. a. 2094-2095).*

79.7. Sulla *locatio operis* cfr. 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 facto corpus aliquod perfectum.* Sul punto: Wubbe, *«Opus» selon la définition de Labéon*, in T. 50 (1982) 241 ss. — Sulla ipotesi di opus fatto con materiale dell'artefice cfr. 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.* Cfr. anche: D. 18.1.20; D. 19.2.2.1 cit.; I. 3.24.4, nonché Paul. D. 19.2.22.2: *Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem* (cioè ciò che è necessario all'effettuazione del lavoro). Su questi testi: Thomas, *«Non solet locatio dominium mutare»*, in Mél. Meylan 1 (1963) 339 ss.; Id., *«Loc. cond., emptio venditio»* mento di una cosa all'artefice, con l'obbligo (*in faciendo*) da parte di costui di trasformarla, lavorandola, e di riconsegnarla al *locator*, contro pagamento di una *merces*: era sorta, quindi, come «*locatio rei ad opus perficiendum*». Con l'andar del tempo, nel corso del periodo classico, la *locatio operis* si staccò, peraltro, dalla stretta osservanza di questo paradigma iniziale ed assunse forme variabili: si ritenne pertanto dai giuristi classici che vi fosse *locatio operis* non soltanto quando un artefice (fabbro, orafo, scultore, sarto, cuoco ecc.) si impegnasse a trasformare col suo lavoro e con la sua arte la cosa datagli da un *locator*, ma anche quando l'artefice si obbligasse alla trasformazione di una cosa esistente (oppure alla creazione di una cosa non ancora esistente) senza aver ottenuto i materiali occorrenti dal *locator* (caso tipico del piccolo imprenditore che si assumesse, dietro congruo compenso, di costruire un edificio, di fabbricare uno strumento, di approntare un monile ecc.).

79.7.1. L'obbligazione del *conductor operis* era, precipuamente, quella di apprestare l'*opus* stabilito: sia provvedendovi personalmente; sia, eventualmente, utilizzando l'opera dei propri schiavi oppure l'opera di altri liberi lavoratori (assunti, questi, mediante *conductio operarum*); sia infine col mezzo di «subappaltare» 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 al suo «collaudo» («*adprobatio operis*»), da farsi, peraltro, *viri boni arbitratu*, secondo valutazioni tipiche di un galantuomo, e non con criteri puramente personali. Inoltre, l'*opus* doveva essere apprestato nel tempo stabilito e, mancando la fissazione del termine, nel tempo ordinariamente necessario per effettuarlo.

79.7.2. Le obbligazioni derivanti da *locatio operis* si trasmettevano agli eredi nel caso di morte del *locator* e del *conductor*.

---

and «*specificatio*», in *ZSS.* 81 (1964) 109 ss.; id., *Reflections on building contracts*, in *RIDA.* 18 (1971) 673 ss.; id., *Words are tools, not masters*, in *St. Biscardi* 1 (1982) 23 ss.; Amirante, *In tema di «opus locatum»*, in *Labeo* 13 (1967) 49 ss.; Rainer, *Zur «loc. cond.»: Der Bauvertrag*, in *ZSS.* 109 (1992) 505 ss.; Cerbino, *La commissione di anelli all'orefice su materiali da lui forniti etc.*, in *St. Gallo* 1 (1997) 139 ss. — Sulla sublocatio operis, vale a dire sul cd. «subappalto»: Metro, *La sublocazione dell'«opus faciendum»*, in *St. Ankum* (1995) 349 ss.

79.7.1. 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 adprobatio operis cfr. Iav. D. 19.2.37: *Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.* Sul punto: Samter, «*Probatio operis*», in *ZSS.* 26 (1905) 125 ss.; Martin, *A reconsideration of «probatio operis»*, in *ZSS.* 103 (1986) 321 ss.

79.7.2. Per un esempio circa le discussioni in materia di prestazioni infungibili v. Guarino, *Gli specialisti e il dir. rom.* cit. — Postilla. *Gli ordinamenti*

Faceva eccezione, ovviamente, l'ipotesi che l'attività da prestarsi dal *conductor* fosse attività insostituibile, cioè di lui personalmente caratteristica (si pensi, per esempio, alla esecuzione di un ritratto da parte di un provetto pittore).

79.8. Altra ipotesi di *locatio conductio irregularis* era quella del caricamento marittimo, cioè dell'affidamento ad un capitano di nave (*magister navis*) di merci da trasportare mediante navigazione marittima: caso di trasporto ritenuto molto pericoloso per definizione. Nell'ipotesi di «avaría» della nave, e di eventuale getto di merci in mare fatto per alleggerirla, i Romani si ispiravano ai principi fissati da una imprecisata (e non romana) *lex Rhodia de iactu*, i cui principi erano osservati da tutti i popoli impegnati nel commercio mediterraneo e si riassumevano in ciò: che le conseguenze del getto («*iactus mercium*») dovevano essere ripartite proporzionalmente fra tutti i caricatori

---

giuristi moderni conoscono tutti il «contratto d'opera», variamente disciplinato in diverse applicazioni specifiche, tra cui principalmente l'«appalto» (e l'eventuale «subappalto»). Per il diritto italiano vigente cfr. a. 2222-2228 («contratto d'opera»), 2229-2238 («professioni intellettuali»), 1655-1677 («appalto»), 1678-1702 («trasporto») ec. Vastissima la legislazione speciale.

79.8. Per la cd. *lex Rhodia de iactu* cfr. D. 14.2. Sul tema: Kreller, «*Lex Rhodia*» etc., in *Z. f. ges. Handelsrecht* 85 (1921) 257 ss.; De Martino, «*Lex Rhodia*» (1937-38), in *Dir. econom. e soc.* (1995) 285 ss. che considera postclassico o giustinianeo tutto il titolo 14.2; Osuchowski, *Appunti sul probl. del «iactus»* etc., in *Iura* 1 (1950) 292 ss., che esclude la provenienza rodia del regime romano del *iactus*; Wieacker, «*Iactus in tributum nave salva venit*» etc., 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*» etc., in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1953) 155 ss.; Marrone, *D. 14.2.2 pr.* etc., in *Iura* 6 (1955) 170 ss.; Dimitrios, Νόμος Ῥ. Ν. (1996). — Sul contratto di trasporto marittimo: Arias Bonet, *El transporte marítimo en el mundo romano* (1948); Thomas, *Carriage by sea*, in *RIDA.* 7 (1960) 489 ss., e *Trasporto marittimo, locaz. ed «actio oneris aversi»*, in *Ant. giur.* 1 (1968) 225 ss.; De Robertis, *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, in *R. d. nav.* 24 (1965) 3 ss.; Atkinson, *Rome and the Rhodian sea-law*, in *Iura* 25 (1974) 46 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»* etc., in *R. d. nav.* 19 (1958) 241 ss. — Sul *iactus mercium navis levandae gratia* v. anche retro n. 58.3.2, nonché: Ormanni, sv. *Necessità (stato di)*, in *ED.* — Il regolamento classico dell'avaria è, a nostro avviso, 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* (ecc.). Con questo sistema si traduceva in termini di diritto romano la finalità della cd. *lex Rhodia* (forse un uso consuetudinale del commercio marittimo facente capo ai Rodiensi), per la quale cfr. 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.* Sul tema: Honsell, «*Ut omnium contributione sarciatur q.p.o.d.e.*» etc., in *Fs. Waldstein* (1993) 141 ss. — Poscia. *Il regime dell'avaria relativamente alle navi (e agli aeromobili) fa capo, nel diritto italiano vigente, al cod. nav.: cfr. in particolare a. 469.*

anche se il capitano non avesse potuto gettare a mare proporzionalmente le merci caricate da ciascuno, ma avesse gettato quelle che prima gli fossero venute sotto mano. L'effetto della ripartizione proporzionale dei danni fra i caricatori non fu ottenuto, sul piano giuridico, attraverso una azione divisoria apposita, ma fu conseguito indirettamente, col giuoco delle *actiones locati e conducti*. Si ritenne infatti: *a*) che i caricatori fossero *locatores* delle merci date in trasporto («*ad eas vehendas*»: *locatores operis*, dunque) nei confronti del *magister navis*, verso il quale potevano perciò agire per la restituzione delle merci (o per la rivalsa in ordine alle merci non restituite) con le rispettive *actiones locati*; *b*) che peraltro il *magister navis*, nella sua qualità di *conductor operis*, potesse a sua volta rivalersi nei confronti dei caricatori non danneggiati dal getto, e relativamente alla loro quota di danno, mediante l'*actio conducti*.

80. LE «OBLIGATIONES EX SOCIETATE».

80.1. La *societas* («società») era il *contractus* tra due (eccezionalmente, tra più di due) «*socii*», in forza del quale ciascun socio era obbligato a vincolare alla disposizione comune una certa entità, anche disuguale, di cose (*res*) o di attività personali (*operae*), allo scopo di compiere una singola oppure varie

---

80.1. Sulla *societas* in generale: Del Chiaro, *Le contrat de société en dr. privé rom.* etc. (1928); Wieacker, *«Societas»: Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft* 1 (1936); Id., *Das Gesellschafterverhältnis des klass. R.*, in ZSS. 69 (1952) 302 ss.; Arnò, *Il contratto di soc.* (1938); Arangio-Ruiz, *La soc. in dir. rom.* (1950); Bianchini, *Studi sulla «societas»* (1965); Guarino, *«Societas consensu contracta»* (1972) (v. rec. di Wieacker, in Iura 24 [1973] 243 ss.); id., *La società in dir. rom.* (raccolta di scritti, 1988); Bona, *Studi sulla società consensuale in dir. rom.* (1973); Kaser, *Neue Literatur zur «societas»*, in SDHI. 41 (1975) 278 ss.; Hernando Lera, *El contrato de sociedad* etc. (1992). V. anche: Steinwenter, *Aus dem Gesellschaftsrechte der Papyri*, in *St. Riccobono* 1 (1936) 485 ss.; Szlechter, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome* (1947); Taubenschlag, *Greco-Roman Egypt* cit. 293 ss. Le fonti sono Gai 3.148-154; D. 17.2 (*Pro socio*); I. 3.25; C.I. 4.37. — I termini *socius* e *societas* sono, di per sé, estremamente generici, e quindi passibili delle più svariate applicazioni: Wegner, *Untersuchungen zu den lateinischen 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.: C.I. 9.41 parla di «*societas sceleris*»). 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*: retro n. 38.1). 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.

operazioni economiche e di dividere tra tutti i guadagni e correlativamente anche le perdite. Ma il *contractus* di *societas* in tanto aveva rilevanza giuridica ed efficacia costitutiva di *obligationes*, in quanto ne fosse specificato il fine economico, cioè in quanto fossero ben chiare (anche se non esplicitamente indicate) le operazioni economiche al cui servizio esso si concludeva.

80.1.1. Le origini della *societas consensu contracta* sono discusse. Tutti concordano nel ritenere che il regolamento tipico dell'istituto, 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 sec. III a. C.; ma molti, e in modo vario, sostengono che la società meramente consensuale sia stata il frutto di un adattamento di precedenti istituti del *ius civile vetus*. Secondo i più la *societas* non sarebbe stata altro che la trasposizione in termini semplificati (e con apertura alla partecipazione dei *peregrini*) del vecchio *consortium ercto non cito*, e in particolare del consorzio tra estranei imitativo di quello tra fratelli (il *consortium ad exemplum fratrum suorum*), sicché la sua struttura più antica sarebbe stata quella della società relativa a tutti i beni

---

80.1.1. Sui problemi di origine v. anche la bibl. relativa alla *communio* ed al *consortium* (*retro* n. 37-38). — Quanto ai rapporti tra *societas* e *communio* è stata sempre dottrina pacifica che i due fossero istituti distinti; tuttavia Ein, *Le azioni tra condomini*, in *BIDR.* 39 (1931) 73 ss., e Frezza, «*Actio communi dividundo*», in *RISG.* n.s. 7 (1932) 3 ss., hanno sostenuto la loro sostanziale identità. Per una critica convincente di questa dottrina: Arangio-Ruiz, «*Societas re contracta*» *e* «*communio incidens*» (1936), in *Scr.* 3 (1977) 25 ss.; Solazzi, «*Societas*» *e* «*communio*» etc., e *Note di dir. rom.* 4. *Ancora di Gai 3.154a* (1935 e 1937), in *Scr.* 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.; D'Ors, «*Societas*» *y* «*consortium*», in *Rev. est. hist.-jur. Un. Valparaiso* 2 (1977) 33 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 tra 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 3.154a, 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. 37.4). La teoria, già sostenuta da altri prima del rinvenimento dei frammenti egiziani di Gai 3.154a e b, è stata vigorosamente difesa particolarmente dal Wieacker (negli scritti cit. *retro* nt. 80.1), ma non convince: contro di essa v. per tutti Guarino, «*Societas*» cit. Gaio parla del *consortium* (ai suoi tempi in disuso, «*olim*») solo a titolo di accostamento analogico (e per di più molto vago) alla *societas* in senso proprio. — Nemmeno convince la tesi di una cd. societas iuris civilis (*veteris*) che sarebbe esistita in età classica, costituendosi mediante una *certa legis actio*, con la *societas iuris gentium*. Essa è stata ripresa, sempre con riferimento a Gaio, da: Bianchini, *Studi sulla* «*societas*» cit. *Contra*: Guarino, *Tagliacarte*, in *Labeo* 13 (1967) 205 s.

dei soci (di *societas omnium bonorum*); anzi vi è chi asserisce, lungo questa strada, che accanto alla più moderna *societas* cd. *iuris gentium* (quella del *ius civile novum*) sarebbe sempre sussistito, ancora in età classica, 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 anzi agevolato indirettamente la decadenza, e sarebbe derivata da preesistenti esperienze romane (limitate ovviamente ai soli *cives*), quali quella delle società tra appaltatori di imposte (*societates publicanorum*), o quella delle compartecipazioni agrarie tra proprietari e contadini, o altre ancora. Secondo altri studiosi ancora la *societas* sarebbe sorta per il regolamento dei fenomeni di *communio*, cioè di contitolarità di diritti assoluti, e al fine dell'apertura della *communio*, nei limiti del materialmente possibile, anche all'accesso dei *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*» (società da fatto giuridico involontario).

80.1.2. Senza negare la precedenza e la concorrenza di questo e di altre fattispecie rispetto alla *societas consensu contracta*, noi riteniamo che la genesi della società meramente consensuale sia da ravvisare esclusivamente in un fenomeno particolare e originale del commercio mediterraneo: quello della cooperazione fiduciaria, della «alleanza di affari» tra due (ed eventualmente più) imprenditori 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 (e ripartire) i rischi in comune spinsero gli opera-

---

80.1.2. L'alleanza di affari (o, come si usa dire con terminologia inglese, la «*joint venture*») fu il tratto caratteristico delle *societates* tra Romani e *peregrini* costituitesi in periodo preclassico nel commercio mediterraneo (*societates* poi adeguate anche nelle relazioni tra cittadini romani). A parte il fatto che un *consortium* tra romani e stranieri era impensabile (e che, più in generale, i rispettivi ordinamenti giuridici presentavano diversità spesso insuperabili), il sistema dell'alleanza operativa (non portata all'estremo della costituzione di corporazioni unitarie: v. *retro* n. 16.2.3) presentava il vantaggio di salvaguardare l'autonomia giuridica dei soci (cosa importante, a Roma, sul piano del censimento), di tenere liberi i capitali impegnati fuori dei casi in cui fosse indispensabile tradurli in effettivi contributi, di offrire alle controparti una garanzia non limitata al «capitale sociale», ma estesa all'intero patrimonio dei *soci*. Quest'ultima caratteristica, che poteva anche non essere gradita a taluni per i rischi cui esponeva, era probabilmente eliminabile ove si costituisse la *societas* come «associazione in partecipazione»: *infra* n. 80.2.5.

tori economici dell'età preclassica (spesso di nazionalità diversa, spesso residenti a distanza l'uno dall'altro, spesso cooperanti all'impresa in modo diverso, e cioè taluno con i suoi capitali e talaltro 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 (e più audacemente) estese ad un impegno totale di tutte le loro forze economiche e intellettuali. Ed è evidente che queste esplicazioni dell'ambiente commerciale più evoluto (oltre che aperto al concorso di operatori economici stranieri con quelli romani) valsero, a loro volta, a far decadere gli istituti, meno perfetti e sopra tutto meno duttili alle esigenze della pratica, che avevano avuto diffusione in precedenza.

80.1.3. Nell'esperienza del diritto classico, in cui l'istituto ebbe la sua massima fortuna, la *societas consensu contracta* si presentava in una vastissima gamma di esplicazioni e con strut-

---

80.1.3. In ordine ai vari tipi di società cfr. 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*. Sul punto, 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 v. 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 *St. von Lübtow* [1970] 493 ss., con ulteriore bibl.) non era la figura di più frequente applicazione, ma era certo la figura più delicata, perché implicava il vincolamento integrale 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 contestare che essa per sua natura implicasse l'obbligo di conferire in *communio* i beni resi, o addirittura che la *communio* si realizzasse per il solo fatto della sua conclusione e senza necessità di atti traslativi della proprietà (in forza di un cd. «*transitus legalis*» dalla proprietà singola a quella collettiva). I testi che si adducono in proposito, previamente ritoccati in età postclassica, parlano solo di una «*communicatio rerum*» implicata dalla *societas omnium bonorum* (cfr. Paul. D. 17.2.1.1) e 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 fino 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 dir. rom.*, in *SDHI.* 33 (1967) 366 ss.; id., *Contributo alla storia della «societas universorum quae ex quaestu veniunt» in dir. rom.*, in *St. Grosso* 1 (1968) 383 ss.; Guarino, *«Societas»* cit. 27 ss. Per le fonti cfr. 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*. V. anche *infra* n. 80.2.2.

ture non sempre rigidamente identiche. 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: *a*) la *societas omnium bonorum*; *b*) la cd. *societas unius negotiationis*. La «*societas omnium bonorum*» (o «*totorum bonorum*» o «*universarum fortunarum*»: «società universale») era caratterizzata dall'impegno dei *socii* di tenere a disposizione comune la totalità delle loro sostanze (cioè gli interi loro patrimoni economici) per impiegarle in operazioni stabilite di comune accordo e per ripartire proporzionalmente tra tutti i profitti e le perdite: non era affatto necessario (anche se in età tardo-classica divenne frequente) che la società universale si traducesse sul piano giuridico in una *communio* patrimoniale, 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 al momento debito, quegli atti giuridici (di alienazione, di acquisto, di concessione di credito, di adempimento di obbligazioni 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*»: «società particolare») 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 e sola operazione a quella destinata al compimento di operazioni molteplici, di un certo tipo di attività economica, di un certo sfruttamento di beni comuni e cosí 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*»: «società lucrativa generale»), cioè della società intesa alla ripartizione tra i soci di tutti gli eventuali guadagni, derivanti dalla loro coordinata (ma separata) attività economica.

80.1.4. In diritto postclassico le visuali classiche non cambiarono di molto, ma certamente si intorbidarono. In un ambiente economico cui erano ormai quasi del tutto estranee le

---

80.1.4. Uno studio approfondito sull'evoluzione postclassica della *societas*, a nostro avviso, ancora manca. Non si tratta tanto di identificare interpolazioni, quanto di rendersi conto del senso diverso che le affermazioni dei giuristi classici acquistarono in relazione ad un ambiente economico e ad un ordinamento giuridico notevolmente diversi da quelli preclassici e classici. Sul punto: Guarino, «*Solutio societatis*» (1968), in *La soc. in d. r.* (1988) 123 ss. e *infra* n. 80.1.5.

iniziative dinamiche di un tempo (e in cui era quasi totalmente scomparsa la 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 a soggetto giuridico impersonale distinto dalle persone dei *socii*. Essa fu quindi intesa come una convenzione che di per sé sola determinava la *communio* dei beni reali dedotti in società (oltre l'obbligo di computare eventualmente in comune, specialmente nella *societas omnium bonorum*, anche i crediti e i debiti dei *socii*). La nota diversificante rispetto alla *communio* vera e propria ne fu solo 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.

80.1.5. Elementi costitutivi del *contractus* di *societas*, in tutte le sue manifestazioni, furono: il *consensus perseverans* (continuativo) *in idem placitum*, comunque manifestato, delle parti; e 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: *a*) dei cd. «conferimenti dei *socii*» (con il connesso riparto tra gli stessi degli utili e delle perdite); *b*) della «durevolezza del consenso» societario.

80.2. I conferimenti promessi dai *socii* potevano consistere in beni reali, in crediti verso terzi, in attività perso-

---

80.1.5. 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*, un loro «*convenire*». — Le strutture sociali (è il caso di ribadirlo) non furono sempre, al di là dello schema di base dell'istituto, identiche fra di loro. Le finalità delle alleanze d'affari, le modalità della loro esplicazione, i campi economici di riferimento delle stesse fecero sì che, nella realtà delle cose, le forme di società dovettero essere molteplici. Se le «*leges societatis*» a noi note sono, a differenza di quel che avvenne per la *emptio venditio* e per la *locatio conductio*, relativamente scarse, è perché la gran parte di queste particolarità (taciute dal manuale di Gaio) non sono giunte a nostra conoscenza attraverso la compilazione giustinianea, stante la decadenza postclassica dell'istituto e il suo progressivo accostamento alla *communio*.

80.2. Sulla natura dei conferimenti sociali cfr. 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.* — Su tutta la problematica dei nali da prestare al fine del conseguimento dei fini sociali (*operae, industria*), ma dovevano essere in ogni caso valutabili in termini economici, sí 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 rapportata la partecipazione agli utili e alle perdite delle attività sociali. Inconcepibile era la cd. «*societas leonina*» («società leonina»), in cui cioè ad un socio fossero assicurati in esclusiva tutti gli utili, o anche utili in proporzione vistosamente superiori ai conferimenti o alle perdite (insomma la «parte del leone»). Solo che la *societas*, essendo per sua natura restia a troppo rigide e minuziose determinazioni del capitale sociale, si prestava alla

---

conferimenti: Guarneri Citati, *Conferimenti e quote sociali in dir. rom.*, 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) 203 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. — Sul conferimento di operae anziché di beni e crediti (cioè di cd. pecunia): Santucci, *Il socio d'opera in d. r.* (1997) con bibl. e fonti. Cfr. in particolare Pomp. D. 17.2.6, ove si parla di *opera* (attività), *industria* (specializzazione), *gratia* (influenza personale). — 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 illo 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.* Cfr. anche D. 17.2.29.1; I. 3.25.2. — Sulla societas leonina cfr. 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 punto: Guarino, *La società col leone* (1972), in *La soc. cit.* (1988) 175 ss. — Sul criterio di ripartizione di profitti e perdite in assenza di esplicita convenzione tra le parti cfr. 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.* Cfr. 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. Cfr. Proc. D. 17.2.76: *Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu 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 quaesiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitrorum enim genera sunt duo, 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.* Cfr. anche D. 17.2.6.

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*, la «valutazione da galantuomo» degli stessi *socii* o di persone di loro comune fiducia, provvedeva il giudice in sede di *actio pro socio*.

80.2.1. Le finalità in vista delle quali erano «promessi» (promessi, si badi, e non necessariamente effettuati *in toto* e sin dall'inizio) i conferimenti sociali potevano essere «temporalmente indefinite» dalle parti (nel qual caso la *societas* durava sin che durasse la sua ragion d'essere, come l'esercizio di un certo commercio, o sin che perseverasse il consenso delle parti) o «temporalmente definite» dalle stesse (nel qual caso si parlava di «*societas in tempus coita*» per effetto di un termine esplicito di scadenza o per effetto di un termine implicito di esaurimento, come il compimento di un certo viaggio di affari). Quanto alle loro varietà, a prescindere dalle ipotesi estreme, già indicate, di «società universale» (*societas omnium bonorum*) e di «società lucrativa generale» (*societas omnium quae ex quaestu veniunt*), il catalogo offertoci dalle fonti è ricchissimo: qualunque tipo di lecita negoziazione (per esempio, la «*negotiatio sagaria et lintearia*», per il commercio dei vestiti e delle stoffe) o di amministrazione (per esempio quella di un fondo rustico) poteva essere esercitata su basi sociali. Tra le *societates* a tempo 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 (da parte degli *argentarii*); la «*societas danistaria*», per l'esercizio dei prestiti ad interesse (da parte dei *danistae*, usurai).

80.2.2. Solo in parte assoggettate alla disciplina ordinaria, causa i loro riflessi pubblicistici, erano: *a*) la «*societas vectigalis*»

80.2.1. Sulla *societas in tempus coita*: van Oven, «Societas in tempus coita», in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 453 ss. — Per i vari tipi di *societas unius negotiationis* cfr. Ulp. D. 17.2.52.4 (*negotiatio sagaria*); Paul. D. 21.1.44.1 (*societas venaliciaria*); Ulp. D. 17.2.52.5 (*societas argentaria*); FIRA. 3 n. 157 (*societas danistaria*). — Sulla *societas argentaria*: García Garrido, *La sociedad de los banqueros*, in *St. Biscardi* 3 (1982) 373 ss. V. anche *infra* n. 82.5.

80.2.2. Sulle *societates publicanorum seu vectigalium*: Kniep, «Societas publicanorum» (1896); Arias Bonet, «Societas publicanorum», in *AHDE.* 19 (1948-49) 218 ss.; Elguera, *Naturaleza jurídica de las «societates vectigalium» en la época clásica*, in *RSADR.* 1 (1954) 11 ss.; Cimma, *Ricerche sulle società di publicani* (1981); Bona, *Le «societates publicanorum» e le società questuarie nella tarda repubblica*, in (o «*vectigalium*»), per la esazione delle pubbliche imposte («*vectigalia*») in una certa zona; *b*) 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. Per il poco che ne sappiamo, si trattava certamente di cd. «*societates irregulares*» per almeno due motivi: *a*) perché disponevano di una forte organizzazione impiegatizia ed economica facente capo a «dirigenti» («*magistri*» e «*promagistri*»), a «comitati direttivi» («*decumani*»), a beni in comune («*res communes societatis*») e, tra questi beni, a una «cassa sociale» («*arca communis*»); *b*) perché gli eredi dei soci deceduti potevano essere ammessi («*adsciti*») dai soci sopravvissuti a sostituire i loro danti causa. Queste caratteristiche non erano, peraltro, tali da fare delle *societates publicanorum* o *vectigalium* degli «enti incorporali», identificati cioè con la loro organizzazione: al contrario, esse facevano capo ad un soggetto giuridico singolo, il quale partecipava in nome proprio alle aste pubbliche di cui rimaneva «aggiudicatario» («*manceps*»), mentre gli altri (spesso numerosi) finanziatori di quest'ultimo si vincolavano personalmente a lui (non allo stato) o come suoi *socii* (a responsabilità illimitata) o come suoi «associati in partecipazione» («*adfines*»: con responsabilità limitata al valore di quanto affidato all'associante).

80.3. Il consenso dei soci era *consensus perseverans* («consenso perseverante»): esso cioè, stante la continuità della

---

Imprenditorialità e diritto (1992) 13 ss.; Maseo, «*Manceps*», «*redemptor*», «*publicanus*» etc. (1999). V. anche: Badian, *Publicans and sinners* etc. (1972). Pur essendo sicuro che le *societates publicanorum* e *vectigalium* furono largamente diffuse ed economicamente potentissime, sopra tutto in periodo preclassico, le notizie che abbiamo di esse, quanto alla loro struttura ed al loro funzionamento sul piano del diritto, sono molto poche, vaghe e talvolta contraddittorie: il che dipende anche dal fatto che esse rientravano per larga parte nel *ius publicum*, cioè in una sfera dell'ordinamento giuridico romano che fu limitatamente trattata dai giuristi e che, comunque, figura assai imperfettamente nella Compilazione giustinianea. — Sulla ammissibilità degli eredi al posto dei soci defunti («*quod non similiter in voluntaria societate observatur*») cfr. Ulp. D. 17.2.63.8.

80.3. Sul *consensus perseverans* dei soci cfr. Gai 3.151: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint* (ecc.). Cfr. anche: I. 3.25.4; CI. 4.37.5. — Sul *dissensus sociorum* nella concezione classica v.: Guarino, «*Dissensus sociorum*» (1975), in *La soc.* cit. (1988) 157 ss. con altre indic. bibl. Il testo base è Paul. D. 17.2.65.3: *Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est si omnes dissentiunt* (ecc.). Cfr. anche: Pap. D. 41.2.44; 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 Gl. 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, v.: Guarino, «*Solutio societatis*» cit., e «*Societas*» cit. 55 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*.

cooperazione cui dava luogo, non poteva formarsi al momento iniziale dei rapporti sociali, ma doveva perdurare tra i soci (e, più precisamente, tra gli stessi *socii* che lo avevano inizialmente manifestato) sino a che il fine sociale fosse conseguito (o si rivelasse o divenisse oggettivamente irrealizzabile), oppure sin che sopravvenisse la scadenza del termine. Tre erano, in diritto classico, le conseguenze più importanti di questa necessità del contratto di essere continuamente alimentato dalla volontà delle parti: *a*) il «*dissensus sociorum*» («dissenso dei soci»), cioè una manifestazione di concorde volontà contraria (*contrarius consensus*) dei *socii*, poteva determinare in qualunque momento la fine, sia pure anticipata, della *societas*, la cd. «*solutio societatis*» (scioglimento della società), con relativa messa in liquidazione della stessa; *b*) la morte, la *capitis deminutio*, la sottoposizione di un singolo *socius* a *venditio bonorum* determinavano la sua estromissione dalla *societas*, la quale si estingueva nel caso tipico della società a due, ma continuava con gli altri soci nel caso (meno frequente) della società a più soci; *c*) la «rinunzia» unilaterale («*renuntiatio*») di un singolo *socius* dava anch'essa necessariamente luogo agli stessi effetti della *solutio*, 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 prematura o ingiustificabile rinuncia. Anche se si trattava di una società a tempo definito (*societas in tempus coita*), o se tra i soci era intervenuto un patto di non sciogliere la società durante un certo periodo di tempo («*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*.

80.3.1. In età postclassica, la tendenza a concepire la *societas* come contratto determinativo della co-gestione di un patri-

---

sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum 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. 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. 14.5.3), 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. Sulla «*renuntiatio*» v. anche *infra* n. 85.3.

80.3.1. Sulla *solutio* della *societas* postclassica cfr. D. 17.2.63.10: *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque sive homines* monio reso comune tra i *socii* dal consenso iniziale non giunse a mutare le linee direttive 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 dissenso, ma anche la rinunzia, la morte, il fallimento di un solo *socius* determinassero lo scioglimento della società (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 lo scioglimento della società, essendo beninteso liberi i vecchi soci (tra loro, o con gli eredi di quelli defunti, o con altri soggetti in sostituzione o in aggiunta a quelli venuti meno) di dare luogo, con un nuovo *consensus in idem placitum*, ad una nuova *societas*.

80.4. L'azione concessa a ciascun socio contro l'altro per far valere i suoi diritti era l'«*actio pro socio*»: azione di buona

---

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, neque 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 «summa» postclassica di testi classici in parte alterati. Per la dimostrazione relativa: Guarino, «*Solutio societatis*» cit., con bibl.

80.4. Sulle azioni *ex societate* cfr. 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 (della *societas omnium bonorum*) in Lenel, *EP*³ § 109: «*Quod A.s A.s cum N.o N.o societatem omnium bonorum coiit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o... dare facere... oportet ex fide bona, dumtaxat quod N.s N.s facere potest, eius iudex N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.*». — Le *actiones manente societate* sono generalmente ritenute non classiche dalla dottrina moderna, che ravvisa nel loro esercizio una causa di estinzione del rapporto sociale. Non così da noi, per i motivi esposti nel testo. Cautamente orientato verso la dottrina dominante: Misera, *Klagen «manente societate»*, in *Ott. Nirk* (1992) 697 ss., con bibl.; id., *Klagen «man. soc.»*, in *SDHI.* 60 (1994) 393 ss. — 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 cui: Wieacker, «*Societas*» cit. 212 ss., e *Haftungsformen des röm. Gesellschaftsr.*, 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 distortion by the past in class. rom. L.*, 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*; Drosdowski, *Das Verhältnis der a. p. s. und a. c. div.* etc. (1996). V. *retro* n. 33.5. —

fede, la quale importava la condanna del convenuto a «tutto ciò che egli dovesse dare o fare a sensi di buona fede» («*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 complesso economico in comunione tra i soci, l'azione era essenzialmente volta ad affermare la responsabilità di chi fosse venuto meno agli obblighi assunti, ed appunto perciò implicava, si è detto, l'estinzione della *societas*.

80.5. Obbligazione tipica di ciascun *socius* era, in diritto preclassico e classico, di porre in essere la cooperazione

---

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 classica lo estese anche al *socius unius negotiationis*. Cfr. Ulp. D. 17.2.63 pr.; Ulp. D. 42.1.16 itp. Sul punto: Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*^{2} (1978) 26 ss. V. retro n. 80.5.3 e 67.7.

80.5. Fra le obbligazioni dei soci merita di essere approfondita quella di rendere comuni gli acquisti effettuati per la società. Cfr. 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 spese e danni cfr. D. 17.2.38 pr.-1: *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futurum damno vel lucro pendente ex ea societate: quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (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* (cfr. anche D. 17.2.67.2). Sul punto: Sturm, *Gesellschaftsvertrag für Weib und Würfel*, in *Iura* 30 (1979) 78 ss. — Sulla sorte dei beni conferiti e sul cd. *transitus legalis* per fonti e letteratura in: Guarino, «*Societas*» cit. 21 ss. — Sui rapporti tra soci e terzi cfr. D. 17.2.82: *Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt* (itp.? cfr. anche D. 17.2.28). Su ciò: 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 dir. rom.*, in *St. Volterra* 5 (1971) 743 ss. — *Pistrina*. *Gli ordinamenti giuridici moderni conoscono sotto molteplici forme l'istituto della società, che è uno dei pilastri della vita commerciale contemporanea. Lo schema della societas romana (sia classica sia postclassica) si presenta in modi approssimativamente conformi quasi dovunque, ma come schema semplicistico, adottato per le relazioni di minore rilevanza economica tra singoli soggetti (e appunto perciò denominato come «società semplice», che non dà luogo ad un ente giuridico, dal diritto italiano vigente: cfr. a. 2247 e 2251-2290 c.c.). Per il resto le complicazioni sono tante (in particolare da quella della «joint venture», su cui retro n. 80.1.2), che non è possibile intrattenervisi. (Per quanto riguarda il diritto italiano vigente, ci limitiamo a ricordare che esso disciplina (a prescindere da ipotesi minori, tra cui quella dell'«associazione in partecipazione»: cfr. a. 2549-2554 c.c.) tutta una serie di enti incorporati (o più precisamente corporativi) a carattere di imprese commerciali, che sono la «società in nome collettivo» (a. 2291-2312 c.c.), in cui tutti i soci (coperti da una denominazione comune) rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni assunte dalla società verso i creditori; la «società in accomandita semplice» (a. 2313-2324 c.c.), in cui si distingue tra soci accomandatari e soci accomandanti (che si sono cioè affidati ai primi): gli accomandatari sono gli amministratori della società (a. 2318) e rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali, gli accomandanti hanno una responsabilità limitata alla loro quota di partecipazione; la «società per azioni» (a. 2325-2461 c.c.), in cui i conferi-*

promessa: sia tenendo a disposizione dell'altro socio (o degli altri *socii*) i cespiti economici o le energie individuali che erano stati promessi 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, cessioni di propri diritti reali o personali ai consoci, acquisti nell'interesse comune, assunzione di situazioni creditorie o debitorie nell'interesse comune). In periodo postclassico si giunse a ritenere, data la riduzione dei modi di trasferimento della proprietà alla sola *traditio* (che poteva essere anche fittizia), che il semplice accordo societario determinasse, automaticamente e sin dall'inizio, il trasferimento ai consoci della proprietà delle *res* promesse 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 utili ed agli eventuali rimborsi per spese e danni).

81. LE «OBLIGATIONES EX MANDATO».

81.1. Il *mandatum* («mandato») era il *contractus* tra «*mandator*» («mandante») e «*mandatarius*» («mandatario»), in

---

menti dei soci sono rappresentati da «azioni» di un certo taglio prestabilito (a. 2325 ss.) e per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società nei limiti del suo patrimonio; la «società in accomandita per azioni» (a. 2462-2471 cc.), in cui le quote di partecipazione dei soci (accomandanti ed accomandatari) sono rappresentate da azioni; la «società a responsabilità limitata» (a. 2472-2497 cc.), in cui delle obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio, ma questo è costituito da quote di partecipazione e non da titoli azionari. La legge italiana attribuisce la «personalità giuridica» (senza necessità di specifico riconoscimento) solo alle società per azioni, in accomandita per azioni ed a responsabilità limitata, cioè a quelle che si sogliono denominare «società di capitali», mentre alle altre società (cd. «società di persone») la personalità giuridica non è attribuita esplicitamente. Il tipo di società (di origine medievale) che si va sempre più affermando è, in tutte le parti del mondo, la «società per azioni», detta anche «società anonima»: le quote di partecipazione, in frazioni minime del capitale, sono costituite da titoli, che danno diritto a «dividendi» degli utili, e che sono facilmente commerciabili, mentre l'azionista non risponde delle obbligazioni della società (se non nel senso, economico, della perdita del valore conferito, rappresentato dalle azioni): le società azionarie riescono, quindi, a convogliare ingenti masse di risparmio, anche da parte di chi altrimenti non assumerebbe attività imprenditoriali e sono in grado di assurgere a dimensioni grandissime, di organizzarsi in molteplici società variamente collegate sotto la direzione di una «società-madre» (cd. «holding», che possiede la maggioranza dei relativi pacchetti azionari) e persino di pervenire al rango di «società multinazionali» dirette da una super-società («holding») di base e operanti (con gli opportuni adattamenti alle esigenze dei diritti locali) attraverso altrettante filiazioni aventi sede in vari paesi del mondo.

81.1. Sul *mandatum* in generale: Sanfilippo, *Il mandato* (corso, 1947); Arangio-Ruiz, *Il mandato in dir. rom.* (rist. 1965); Watson, *Contract of mandate in Rom. l.*

forza del quale quest'ultimo si obbligava a titolo gratuito a compiere uno o più atti, affidatigli dal *mandator* per l'utile proprio o di terzi o anche per un utile parzialmente del *mandatarius*, con l'obbligo del *mandator* ad eventualmente indennizzarlo solo nei limiti delle spese e dei danni subiti per la esecuzione dell'incarico. Il termine «*mandatum*» non sta letteralmente a significare il contratto, ma solo l'incarico dato dal mandante al mandatario: pertanto non sempre i *mandata* di cui parlano le fonti sono espressioni del contratto consensuale di *mandatum*, il quale più esattamente dovrebbe chiamarsi «*mandatum susceptum*» («mandato accettato»), o meglio ancora «*mandatum consensu contractum*» («mandato consensuale»).

81.1.1. Precedenti assimilabili al *mandatum* furono ignoti al *ius civile vetus*. Nell'ambiente più vetusto della repubblica, commercialmente poco sviluppato, era raro che un *pater* (o, più in generale, un soggetto giuridico) avesse bisogno di rivolgersi ad un altro soggetto per incaricarlo di attività di vario genere, che avrebbe potuto agevolmente compiere egli stesso, o di persona o per mezzo dei suoi sottoposti. Viceversa, nell'ambiente del commercio mediterraneo dei sec. III-II 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, ove egli non fosse in grado, chiamato ad altre cure, di seguirlo 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 apposito corrispettivo, ma tutt'al più suggerivano qualche dono di riconoscenza, e sopra tutto implicava-

---

(1961); Klami, «*Teneor mandati*» (1976); AA.VV. (cur. Nörr, Nishimura), «*Mandatum*» *und Verwandtes. Beitr. z. röm. und modernen R.* (1993); Watson, *Mandate and the boundaries of roman contract*, in *BIDR.* 94-95 (1991-92) 41 ss.; Nörr, *Sulla specificità del mandato rom.*, in *SDHI.* 60 (1994) 367 ss. Le fonti sono D. 17.1 (*Mandati vel contra*); C.I. 4.35; I. 3.26; Gai 3.155-162; PS. 2.15. V. pure: Taubenschlag, *Graeco-Roman Egypt* cit. 399 ss.; Modrzejewski, *Le mandat dans la pratique provinciale à la lumière des lettres privées grecques d'Égypte*, in *RH.* 37 (1959) 465 ss.

81.1.1. Per la storia del mandatum cfr. D. 17.1.1.4: *Mandatum... originem ex officio atque amicitia trahit* (Paul.). Sul tema: 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. 26.2.3. — L'etimologia è evidente: «*mandatum*» da «*manu(m)dare*», mettere in mano, affidare. Il *mandatum* puro e semplice (non accettato dal mandatario) era soltanto una richiesta (o, in certi casi di supremazia del *mandator* rispetto al *mandatarius*, un ordine). — Sui mandata principum: retro n. 44.3. In argomento: Marotta, «*Mandata principum*» (1991).

no il tacito impegno del mandante a ricambiare il favore alla prima occasione.

81.1.2. 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 rilevanza giuridica. Fu forse la crisi sociale ed economica 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 strettamente impegnato, sul piano del diritto e non più su quello della cortesia, attraverso dunque l'esperibilità di un'*actio mandati*, al compimento di una attività che avesse liberamente accettato di compiere. Certo è che il *mandatum*, per la sua corrispettività *solo* eventuale (e in particolare per la gratuità della prestazione del mandatario), mal si concilia con gli altri *contractus* del *ius civile novum*.

81.1.3. Il *mandatum* poteva essere di varie specie, a seconda dell'interesse che fosse diretto a tutelare: *a*) «*mandatum mea gratia*» («mandato nell'interesse del mandante»), se determinava l'obbligo di compiere l'attività nell'interesse del soggetto *mandator* (l'«*ego*» al quale, dunque, il *mandatarius* avrebbe dovuto trasferire, in un secondo momento, gli effetti dell'attività compiuta); *b*) «*mandatum mea et tua gratia*» («mandato nell'interesse comune»), se determinava l'obbligo di compiere l'attività nell'in-

---

81.1.2. Il nesso tra *mandatum* e *amicitia* era spesso affermato come fondamentale (salva la limitazione di un significativo «*fere*») da Cicerone in pieno sec. I a. C. Cfr. Cic. pro Roscio Am. 39.112: *Non enim possumus omnia per nos agere... idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur... nam neque mandat quisquam fere nisi amico, neque credit nisi ei, quem fidelem esse putat*. Sul tema: Behrends, *Die «bona fides» im «mandatum»*, in St. Waldstein (1993) 33 ss.; Nörr: «*Mandatum, fides, amicitia*», in Mand. und Verw. cit. 13 ss.

81.1.3. Sull'interesse nel mandato Gai 3.155-156: *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandavero, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi 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 tenebor. 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 cfr. anche: D. 17.1.2; e I. 3.26 pr.-6. Sul problema spec.: Mancaleoni, «*Mandatum tua gratia*» e «*consilium*», in RISG. 27 (1899) 367 ss.; Burdese, «*Mandatum mea aliena tua gratia*», in St. Arangio-Ruiz 1 (1953) 219 ss.; Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 158 ss.; Watson, *Contract of mandate* cit. 111 ss.; Litewski, *Interesse des Auftraggebers und des Beauftragten*, in BIDR. 78 (1975) 191 ss.

teresse comune delle parti, cioè sia del mandante («ego») che del mandatario («tu»); c) «*mandatum aliena gratia*» («mandato nell'interesse di un terzo»), se era predisposto nell'interesse di un estraneo (generalmente un cliente); d) «*mandatum mea et aliena gratia*» oppure «*tua et aliena gratia*», variazioni più scoperte del *mandatum aliena gratia*. Assurdo sarebbe stato peraltro un «*mandatum tua gratia tantum*», cioè nel solo interesse del mandatario: *mandatum* che era quindi considerato invalido, avendo tutt'al più il valore (non vincolante) di un'esortazione o di un consiglio.

81.1.4. Elementi costitutivi del *contractus* di *mandatum*, in tutte le sue manifestazioni, furono: il *consensus perseverans in idem placitum*, comunque manifestato, delle parti; e il fine pratico di compiere gratuitamente un'attività richiesta dal mandante. I punti che meritano particolare illustrazione attengono: *a*) all'attività del *mandatarius*; *b*) alla *perseverantia* del *consensus* tra le parti.

81.2. L'attività del mandatario non doveva essere necessariamente un'attività «giuridica», sebbene questo essa fosse nella gran maggioranza dei casi: poteva anche consistere nel compimento di operazioni prive di rilevanza giuridica (e di connesse conseguenze giurisdizionali). L'essenziale era che l'attività del mandatario fosse «giuridicamente lecita» e «sufficientemente determinata». Non era valido, dunque, il mandato di compiere atti illeciti («*mandatum rei turpis*»), né lo era il «mandato indeterminato» («*mandatum incertum*»).

81.1.4. Sulla natura consensuale del contratto di mandato cfr. 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*. Cfr. anche Gai 3.135-136. Sul punto: Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato in dir. rom. 1. La volontà del mandante* (1930), in *St.* (1976) 351 ss.; Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 79 ss.; Watson, *Contract of mandate* cit. 61 ss.

81.2. Sull'attività del mandatario (e sul fatto che essa poteva essere anche priva di rilievo giuridico) cfr. Gai 3.162: *In summa sciendum est, quotiens faciendum aliquid gratis dederim, quo nomine, si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem; veluti si fulloni polienda curandave vestimenta <dederim> aut sarcinatori sarcienda*. — Sul *mandatum rei turpis* cfr. 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*. Cfr. anche: I. 3.26.7; D. 17.1.6.3; D. 17.1.22.6. Un'ipotesi interessante in D. 17.1.32.11, su cui Bortolucci, *Mandato di credito*, in *BIDR.* 28 (1915) 191 ss.; Guarino, «*Mandatum credendi*» (1982) 71 ss. — Sul *mandatum incertum* cfr. D. 17.1.8.3; D. 3.5.28. In argomento: Donatuti, *Mandato incerto* (1923), in *St.* (1976) 159 ss.; Longo (G.), *Sul mandato incerto*, in *St. 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.

81.2.1. 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 in giudizio con l'*actio mandati*, ma la si poteva ottenere solo con un'*actio in factum* o, in taluni casi, con l'ausilio della *cognitio extra ordinem*.

81.3. Come per la *societas*, occorreva per il *mandatum* la *perseverantia consensus*, cioè la perduranza del consenso delle parti: il contratto doveva essere alimentato dalla ininterrotta concordanza 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*, cioè dall'accordo tra le parti di risolverlo), la semplice «revoca» unilaterale («*revocatio mandati*») del *mandator* o la semplice «rinunzia» unilaterale («re-

---

81.2.1. La gratuità del mandato 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 (da effettuarsi necessariamente da un soggetto giuridico), un ingenuo. Anche quando mandatario fu di regola un soggetto indipendente dal mandante il suo compito venne comunque considerato *officium*, e come tale gratuito. Cfr. D. 17.1.1.4: *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 vedano: 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*): Frese, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in *St. Riccobono* 4 (1936) 397 ss.; Klami, «*Mandatum*» *and labour*, in *ZSS.* 106 (1989) 575 ss. Sulla esigibilità di tale remunerazione solo grazie alla *cognitio extra ordinem*: C. 4.35.1 (cfr. D. 17.1.6 pr. itp.).

81.3. Sulla *revocatio* da parte del mandante cfr. Gai 3.159: *Sed recte quoque consummatum mandatum si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit*. Sul testo: Beseler, *Romanistische Studien*, in *ZSS.* 50 (1930) 18 ss. Per il requisito della *res integra* cfr. D. 17.1.15. — Sulla *renuntiatio* da parte del mandatario cfr. Paul. D. 17.1.22.11; Gai. D. 17.1.27.2; I. 3.26.11. In argomento: Meylan, *Révocation et renonciation du mandat en dr. rom. class.*, in *St. Grosso* 1 (1968) 405 ss.; Mayer-Maly, «*Renuntiatio*», in *St. Waldstein* (1993) 261 ss. Anche e sopra tutto in ordine alla *renuntiatio mandato* le fonti classiche segnalano che essa non era veramente possibile che «*re adhuc integra*» (cioè quando ancora non si era data esecuzione all'incarico, o nei limiti in cui all'incarico non si era data 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* (itp.). — Sul principio *mandatum morte solvitur* (e relative eccezioni, classiche): *infra* n. 81.3.1. — Sul *mandatum post mortem*, da ultimo: Sanfilippo, *Ancora un caso di «m. p. m.»?*, in *St. Guarino* (1984) 2047 ss.

nuntiatio mandato») del *mandatarius* a risolvere il contratto (*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 pertanto inammissibile un *«mandatum post mortem»*, da eseguirsi cioè dopo la morte del *mandator* o del *mandatarius*.

81.3.1. Questi principî subirono una qualche attenuazione in età postclassica. A tutela del *mandator* e dei suoi eredi, si ritenne che il *mandatarius* non potesse effettuare una *renuntiatio mandato* che ne pregiudicasse in modo sensibile gli interessi e si ritenne altresí che fosse valido il *«mandatum post mortem mandatoris»* (mandato a compiere una attività dopo la morte del mandante).

81.4. L'azione del *mandator* contro il *mandatarius* era l'*actio mandati* (*directa*). L'azione eventuale del *mandatarius* contro il *mandator* era l'*actio mandati contraria*. Ambo le azioni erano di buona fede e implicavano la condanna del convenuto a «tutto ciò che egli dovesse dare o fare a sensi di buona fede» (*«quidquid dare facere oportet ex fide bona»*).

81.3.1. Sulla *«resolutio mandati»* per morte di una delle due parti cfr. Gai 3.160: *Item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius interveniat, id est eius qui mandarit, vel eius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. sed utilitatis causa receptum est, ut si mortuo eo qui mihi mandaverit ignorans eum decessisse exsecutus fuero mandatum, posse me agere mandati actione: alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum mihi non adferet (rell.)*. Cfr. anche: D. 17.1.26 pr.; e D. 17.1.27.3, su cui Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 139 ss.; Watson, *Contract of mandate* cit. 125 ss. — Sul mandatum post mortem cfr. 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.* Cfr. anche D. 17.1.27.1; CI. 4.11.1 pr.-1; CI. 8.37(38).11. Sul problema esiste una vasta letteratura orientata in vario senso. Per tutti: Di Marzo, *Sul mandato «post mortem»*, in *St. 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 ss.; Rabie, *L'acte juridique «post m.» en dr. rom.: validité et fonction* (1955); Di Paola, *L'atto giuridico «post m.»*, in *Labeo* 1 (1955) 342 ss.; van Oven, *Gaius 3.158: «mandatum post m. mandantis»*, in *Eos* 48 (1956) 529 ss., e *Pour la dernière fois: Gaius 3.158*, in *Iura* 11 (1960) 183 ss.; Harder, *Zum transmortalen und postmortalen Auftrag etc.*, in *St. von Lübtow* (1970) 515 ss. — Sui casi di estinzione del mandatum v., in generale: López-Rendo Rodríguez, *Las causas particulares de extinción del mand. etc.* (1999).

81.4. Sulle azioni da mandato cfr. Gai 4.62 cit.: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec... mandati*. Ricostruzione della formula in Lenel, *EP*³ 295 ss. § 108: *«Quod A.s A.s N.o N.o mandavit ut..., 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.»*. Sul punto: 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., 81.5. Obbligazione tipica del mandatario 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, lecito esorbitare dai limiti delle istruzioni ricevute («*excedere fines mandati*»): 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 il 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 entro tali limiti accordavano l'azione e furono seguiti dalla giurisprudenza dominante dei periodi classico e postclassico.

---

578 ss.; Albanese, *«Iudicium contrarium» e «ignominia» nel mandato*, in *Iura* 21 (1970) 1 ss.; Sturm, *Observations exégétiques sur Paul. D. 46.3.12*, in *St. Volterra* 1 (1971) 257 ss.

81.5. Sull'obbligo del mandatario di compiere il negozio diligentemente l'incarico assuntosi e di riversare le conseguenze nella sfera giuridica del mandante cfr. Paul. D. 17.1.5 pr.: *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit aliud quid facere videtur et si susceptum non impleverit tenetur*; Paul. 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 potuit.* — Sull'eccesso dai limiti del mandato cfr. Gai 3.161: *Cum autem is, cui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest inplesse 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.* Cfr. anche: I. 3.26.8; D. 17.1.3; e D. 17.1.4. Sul punto: Pringsheim, *Eine absichtliche Textkürzung in Gai. Ver. 3. 161*, in *St. Besta* 1 (1939) 323 ss.; Id., *Noch einmal Gai 3. 161 und Inst. 3. 26, 8*, in *ZSS.* 72 (1955) 54 ss.; Nörr, *Paulus (32 ad ed.) D. 17.1.3.5 etc.*, in *St. Wubbe* (1993) 155 ss., con bibl. — Per il principio ratihabitio mandato comparatur cfr. D. 43.16.1.14; e D. 46.3.12.4. Sul punto: Bortolucci, *«Ratihabitio mandato comparatur»* (1916, rist. 1975); Cosentini, *«Rat. mand. comparatur»*, in *AUCT* 1947; Arangio-Ruiz, *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, *«Rat. mandato comp.»*, in *St. Sanchez del Rio* (1967) 253 ss. — Quanto alla rivalsa del mandatario contro il mandante per i danni sofferti, in particolare: Kaden, *Des pertes souffertes par le mandataire. Esquisse historique*, in *St. Sauser-Hall* (1952) 19 ss. — Sulla responsabilità del mandatario: Sachers, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars*, in *ZSS.* 59 (1939) 432 ss.; Gordon, *The liability of the mandatary*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1964) 202 ss.; MacCormack, *The liability of the mandatary*, in *Labeo* 18 (1972) 156 ss.; Litewski, *La responsabilité du mandataire*, in *Index* 12 (1983-84) 106 ss.

81.6. Obbligo eventuale del mandante era, come si è detto, quello di indennizzare il mandatario per le spese che avesse sostenuto in buona fede e per i danni che avesse subito nella esecuzione dell'incarico.

81.7. Figura specifica e qualificata di mandato era il *mandatum pecuniae credendae* («mandato di credito»), cioè il mandato di mutuare danaro ad una terza persona. Tale istituto era adoperato a scopo di garanzia personale delle obbligazioni. Il debitore, volendo offrire garanzia del pagamento del debito al suo creditore, chiedeva ad un terzo di notoria solvibilità di dar mandato al creditore di concedergli il mutuo. Se il terzo, accedendo alla sua richiesta per amicizia o per altro, effettuava il mandato (divenendo con ciò *mandator pecuniae credendae*), il creditore, sempre che avesse accettato il *mandatum*, veniva ad essere nella possibilità non soltanto di agire contro il debitore con l'*actio certae creditae pecuniae*, ma anche di rivalersi, subordinatamente al mancato adempimento da parte di costui, verso il *mandator* (garante) con l'*actio mandati contraria*.

81.6. Sugli obblighi del mandante cfr. D. 17.1.12.9; D. 17.1.26.7; e sopra tutto 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*. Sull'argomento: Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 153 ss.; Watson, *Contract of mandate* cit. 154 ss.

81.7. Sul *mandatum pecuniae credendae* cfr. Gai 3.155-156. In argomento: Bortolucci, *Il mandato di credito*, in *BIDR.* 27 (1914) 129 ss., e 28 (1915) 191 ss.; Constansky, *Le mandat de crédit en dr. rom.* (1932); Last, *Zur Lehre vom Kreditauftrag*, in *AIPA.* 1936; Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni* 1. *Le garanzie personali* (1962) 199 ss.; Sacconi, *«Mandatum credendi»* (1987); id., *Giustiniano interpolante se stesso?* (1983), in *PDR.* 4 (1994) 471 ss.; id., *Alle origini del «mandatum credendi»*, in *Ott. Marga* (1994) 649 ss. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni disciplinano tutti vari istituti derivanti dal mandatum romano o ad esso affini. Per quanto riguarda il diritto italiano vigente, cfr. a. 1703-1741 c.c., a sensi dei quali il mandato ha perso il carattere di gratuità (cioè si presume oneroso: a. 1709), l'istituto è limitato al compimento di «atti giuridici» (non anche materiali) per conto del mandante e può essere «con rappresentanza» (diretta) o «senza rappresentanza». Sottospecie del mandato sono i contratti di «commissione» (a. 1731-1736), di «spedizione» (a. 1737-1741) e di «agenzia» (a. 1742-1753): in forza di quest'ultimo, un «agente» assume stabilmente l'incarico di promuovere la conclusione di contratti (non di concluderli) per conto del suo «preponente».*

CAPITOLO XIV

LE «OBLIGATIONES» NON «CONTRACTAE»

SOMMARIO: 82. Le *obligationes* da *pactum*. — 83. Le *obligationes* da *conventiones sine nomine*. — 84. Le *obligationes* da cause non convenzionali. — 85. Le *obligationes* da *libera negotiorum gestio*. — 86. Le *obligationes* da cause ingiustificate.

82. LE «OBLIGATIONES» DA «PACTUM».

82.1. *Obligationes ex pacto* («obbligazioni da patto») furono, nell'esperienza giuridica dei periodi preclassico e classico, taluni rapporti relativi di debito considerati estranei alle categorie civilistiche sia delle *obligationes contractae* sia delle *obligationes ex contractu*. Questi rapporti furono caratterizzati dal fatto di essere costituiti mediante un negozio bilaterale a forma libera al quale si usò dare il nome di «*pactum*», in una significazione peraltro ristretta e particolare: cioè nel senso di «specificazione pattizia» di un rapporto giuridico primario, di accordo inteso a creare un «rapporto giuridico complementare» rispetto ad un rapporto giuridico principale, spesso dunque (anche se non sempre) di «clausola» aggiunta al negozio costitutivo del rapporto primario. In periodo postclassico, venuto meno il rigore concettuale delle epoche precedenti, le *obligationes ex pacto*,

---

82.1. Sulle *obligationes ex pacto*: Melillo, «*Contrahere*», «*pacisci*», «*transigere*»² (1994). V. anche Mayer Martinez, *Los pactos etc.* (1958); Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du préteur* (1958); Grosso, *Il sistema romano dei contratti*³ (1963) 171 ss., Archi, «*Ait praetor: pacta conventa servabo*» etc., in *St. von Lübtow* (1980) 373 ss.; Diósdi, «*Pacta nuda servabo?*» etc., in *BIDR.* 74 (1971) 89 ss.; Sturm, *Il «pactum»* etc., in *ACOP.* 4 (1990) 149 ss.; Végh, *Mediatio de edicto de pactis*, in *St. Waldstein* (1993) 345 ss.; id., «*Ex pacto ius*» etc., in *ZSS.* 110 (1993) 184 ss. Inquadramento più ampio in Talamanca, *Contratto e patto nel dir. rom.*, in *DIG.* (1989), con bibl. Per le fonti cfr. D. 2.14 (*De pactis*); CI. 2.3. V. anche *retro* n. 63.7.

pur senza essere addirittura inserite tra gli altri rapporti relativi derivanti da negozio giuridico bilaterale, furono equiparate alle *obligationes ex conventione* nella loro accezione più larga.

82.2. Per rendersi meglio conto del senso peculiare in cui il termine venne inteso nei periodi preclassico e classico, occorre soffermarsi brevemente sulla nozione di *pactum*. La parola «*pactum*», proveniente dall'antico verbo «*pacere*» e dal più recente «*pacisci*» (accordarsi, mettersi d'accordo), indicava, nel linguaggio corrente, una convenzione intervenuta tra due (o più) soggetti, portatori di interessi divergenti, allo scopo di chiudere pacificamente un dissenso tra loro e di regolare la materia contesa in un modo che fosse di comune soddisfacimento. Perfettamente consapevoli di questo significato generico del termine, i Romani (e in particolare i giuristi) non ebbero difficoltà a parlare di *pactum* (come pure di *conventio* o di *consensus*) per designare ogni specie di accordo che intercorresse tra due o più parti non solo in ordine a rapporti giuridici relativi, ma anche in ordine a rapporti giuridici assoluti (si pensi, ad esempio, al *pactum fiduciae*, alla *conventio pignoris*, alle *pactiones et stipulatio*-

---

82.2. Il significato di pactum è discusso. Secondo la tesi sostenuta dal Manenti, *Contributo critico alla teoria generale dei «pacta» secondo il dir. rom.*, in *SSE.* 1890 e 1891, ripresa e riaffermata in *SSE.* 1915, il «*pactum*» non indicava qualunque convenzione, ma solo quella diretta allo scopo di estinguere totalmente o parzialmente un'azione: esso aveva, in altri termini, una mera efficacia negativa. Invece il Bonfante, *Sul «contractus» e sui «pacta»* (1920), 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* non sarebbe stato, in periodo classico, un requisito essenziale) e il *pactum* inteso come accordo, come negozio consensuale (così anche 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) al *ius civile* e poi l'uscita dal titolo «*de pactis*» 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. 63.7.1). — 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. — Sul pactum fiduciae: retro n. 74.2. Dalla notorietà di questo patto, relativo ad un trasferimento di *dominium* su *res mancipi*, derivava, come sappiamo, non solo la concessione al fiduciante di un'*actio honoraria* (*actio fiduciae*), ma addirittura un effetto *iuris civilis*, costituito dalla *usureceptio*: retro n. 62.2 e 75.3.1. — Sulla conventio pignoris v. retro n. 63.4.3. — Sulle pactiones et stipulationes v. retro n. 56.4.2, 57.1.6, 58.5, 71.3. — 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; CI. 2.3.10; PS. 2.14.1: *Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti: nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur.*

nes costitutive di servitù o di usufrutto). Tuttavia la rilevanza giuridica accordata ad altri e ben individuati negozi giuridici pur essi alieni da ben precisi rivestimenti formali (orali, gestuali, scritti) non favorì l'evasione della categoria generale dei *pacta* dall'ambito delle relazioni puramente sociali e non aiutò la recezione della stessa, in tutta la sua pienezza, nel mondo del diritto. A scanso di troppi equivoci e complicazioni che i patti avrebbero potuto determinare, la regola cui si attenne il *ius civile* (*vetus* e *novum*) fu insomma che un patto puro e semplice (metaforicamente detto «nudo»: «*nudum pactum*») non creasse di per sé rapporti giuridici (né assoluti né relativi), e in particolare non generasse obbligazioni («*nudum pactum non parit obligationem*»). Solo per intervento del *ius honorarium* preclassico e classico e, più limitatamente, per intervento di alcune *leges* (sia del *ius vetus*, sia del *ius novum*), la restrittiva regola civilistica soffrì talune e non molto estese deroghe, le quali indussero i giuristi a distinguere dai *nuda pacta* i «*pacta praetoria*» ed i «*pacta legitima*», aventi (gli uni e gli altri) capacità di produrre effetti giuridici.

82.2.1. Limitando il discorso sulle deroghe al settore più vasto e importante, che fu quello del *ius honorarium*, va sottolineato che, nell'ultimo secolo del periodo preclassico (e forse anche prima), il pretore: *a*) prese atto della grande diffusione dei patti con cui si provvedeva dai soggetti a precisare e ad articolare meglio *obligationes* civilistiche già precedentemente costituite; *b*) emanò pertanto un editto generale («*edictum de pactis*») che proclamava «*pacta conventa servabo*» («rispetterò i patti concordati»), ed aggiungeva che questa tutela non si sarebbe ovviamente estesa ai patti conclusi contro le regole della correttezza e in contrarietà o in frode delle norme sancite dalle *leges publicae* e dagli altri provvedimenti di governo. In astratto l'editto *de pactis* comportava che tutti i patti di buona lega, quale che ne fosse il contenuto, avrebbero ottenuto protezione giuridica dal *ius honorarium*: ma bisogna subito aggiungere che, in concreto, sia nelle interpretazioni dei giuristi e sia nelle applicazioni del pretore, l'editto ebbe un campo di riferimento molto più ristret-

---

82.2.1. 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*». La formulazione riferita da Ulpiano è relativa ad un'epoca (inizi del sec. II d. C.), in cui i *rescripta principum* ancora non erano considerati fonti di diritto. È chiaro peraltro che la formulazione originaria (molto probabilmente, preclassica) dell'*edictum de pactis* dovette essere molto più ristretta (con esclusione delle costituzioni imperiali e forse anche dei *senatusconsulta*). — Sul *pactum de non petendo* v. *retro* n. 68.7. — Sui *iudicia bonae fidei* e sulla regola «*pacta conventa insunt bonae fidei iudiciis*»: *retro* n. 9.6.2.

to: esso fu inteso solo nel senso che i patti esplicitamente o implicitamente attinenti ad «obbligazioni già esistenti» (non dunque quelli attinenti a rapporti giuridici assoluti, né quelli intesi a creare *ex novo* un rapporto relativo tra soggetti precedentemente del tutto estranei tra loro) sarebbero stati tutelati nel modo di volta in volta più opportuno al caso specifico. Quanto ai mezzi processuali adottati, essi consistettero: *a*) in generale, in una «*exceptio pacti conventi*» (eccezione di intervenuto patto) contro chi promuovesse un'azione processuale senza rispettare il patto (si pensi al diffusissimo *pactum de non petendo*); *b*) in ordine alle *obligationes* tutelate dai cd. *iudicia bonae fidei*, nell'obbligo posto a carico del giudicante di tener conto (senza necessità di formale interposizione di *exceptio*) di tutti i patti accessori intercorsi tra le parti; *c*) in ordine a talune ipotesi speciali previste (al di fuori dell'editto *de pactis*) da altre clausole edittali, in specifiche *actiones* concesse alla parte che lamentasse l'inadempimento dell'*obligatio* (*honoraria*) *ex pacto*.

82.2.2. In periodo postclassico, come già accennato dianzi, anche per il prevalere della *cognitio extra ordinem* (che era facilmente disponibile alla tutela di qualsivoglia rapporto giuridico), le linee affermatesi nei periodi precedenti si ammorbidirono parecchio, ma non sino al punto da far perdere ogni individualità, quanto meno nominale, ai vecchi istituti di carattere puramente «pattizio». Interventi rilevanti delle *leges* imperiali si ebbero in scarsa misura, salvo che in materia di atti di liberalità (*donationes*).

82.2.3. Le *obligationes ex pacto* di cui è utile far cenno in questa sede (a prescindere dagli effetti del «*pactum de non peten-*

82.2.2. I *pacta del diritto postclassico* non differirono di molto da come già erano considerati in periodo classico avanzato, cioè come una *species* della categoria generale «*conventio*». Non a caso i *Digesta* riportano, in apertura del titolo D. 2.14 (*De pactis*), una dichiarazione (ingiustamente sospettata, in precedenza, anche da noi) di Ulp. 4 *ad edictum*, per la quale (D. 2.14.1.1-2): *pactum autem a pactione dicitur... et est pactio duorum pluriumve in idem placitum* [*et*] *consensus*. In questo testo ulpianeo, tenuto fermo da Giustiniano, si distingue tuttora tra il *genus* della *conventio* (qui denominata *pactio*) e la *species* del *pactum*: il quale ultimo, in altri termini, pur essendo segnalato come parente, attraverso la comune discendenza dalla *conventio*, degli altri negozi bilaterali produttivi di obbligazioni, non viene ad essi assimilato. Che Giustiniano non identificasse i *pacta* con i *contractus* è ulteriormente confermato dal fatto che, nella sua sistematica delle *obligationes*, le obbligazioni da *pactum* rientrano nel novero delle «*obligationes quasi ex contractu*»: v. *retro* n. 63.5.

82.2.3. *L'elenco delle obligationes ex pacto* è contestato: per esempio, contro la inclusione in esso del *constitutum* e dei *recepta* è il Grosso, *Sistema* cit. 191 s. Tuttavia, a noi sembra che non vi sia possibilità di dubitare seriamente della sussistenza, alla base delle fattispecie sopra indicate, di una convenzione quanto meno implicita tra le parti: convenzione che, non essendo inquadrabile do» e da quelli di svariati «*pacta adiecta*», cioè espressamente aggiunti a singoli negozi, dei quali abbiamo già detto nei luoghi opportuni) sono, anzi tutto, quelle derivanti dai *pacta praetoria* denominati: *a*) *iusiurandum voluntarium*; *b*) *constitutum debiti*; *c*) *receptum argentarii*; *d*) *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum*; *e*) *receptum arbitrii*. Ad esse vanno aggiunte le obbligazioni derivanti dall'importante *pactum legitimum* (sancito da costituzione imperiale postclassica) denominato: *f*) *pactum donationis*.

82.3. Il *pactum iurisiurandi* o «*iusiurandum voluntarium*» («giuramento libero» o «extragiudiziale») era il patto tra due parti in lite di porre fine alla lite stessa (e di evitare di trascinarla in giudizio), rimettendone la decisione ad un giuramento (*iusiurandum*) prestato da uno dei due soggetti: *a*) o il «giuramento confermativo», sul tema «la mia pretesa ad esigere da

---

né tra i *contractus*, né tra le *conventiones sine nomine*, altro non resta che identificare con un *pactum* non denominato espressamente come tale. — Indubbiamente poco chiara è la *categoria dei recepta*: categoria di cui non si capisce bene perché sia stata messa insieme, con elementi certo non strettamente omogenei, dall'editto pretorio (per il quale cfr. Lenel, *EP*^{3} § 48-50). A nostro avviso, tenuto conto del fatto ben noto che il c.d. «sistema» dell'editto si formò progressivamente nei secoli attraverso aggregazioni spesso del tutto casuali di clausole scarsamente simili fra loro, il motivo dell'aggregazione dei *recepta* è da vedere (come ha giustamente sostenuto, tra gli altri, il Perozzi, *Ist.*^{2} 2.276) nell'uso comune del verbo «*recipio*», di cui illustreremo il riferimento di volta in volta. Sin da ora avvertiamo, peraltro, che, nel caso del *receptum nautarum* (*cauponum*, *stabulariorum*), il titolo edittale (di confezione giustinianea) di D. 4.9 («*Nautae etc. ut recepta restituant*») può indurre in errore: in realtà, i *nautae* ecc. non erano meccanicamente tenuti a rendere le cose che avessero ricevute dai clienti, ma erano tenuti (come si rileva consultando il testo dell'editto in Ulp. D. 4.9.1 pr.) a ripristinare («*restituere*») nella loro integrità, o nel corrispondente valore, le cose dei clienti che avessero assunto l'obbligo di far sì che fossero salve («*quod cuiusque salvum fore receperint*»). V. *infra* n. 82.6.

82.3. Sul *iusiurandum voluntarium* o «*pactum iurisiurandi*» cfr. D. 12.2 (*De iure iurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali*). Oltre che fuori da ogni processo, il *pactum iurisiurandi* poteva intervenire nel corso del processo per interromperlo (e rimettere la soluzione della controversia al giuramento extraprocessuale). — La concezione del giuramento volontario come una *species transactionis* si legge in Paul. D. 12.2.2 (*Ius iurandum speciem transactionis continet maioremque habet auctoritatem quam res iudicata*), ma è chiaramente frutto di poco felice riflessione postclassica: a parte il fatto che la *transactio* non era per nulla il *genus proximum* del *pactum iurisiurandi* (rispetto al quale era soltanto un istituto concorrente al fine di evitare il processo: *retro* nt. 7.3), l'*actio iurisiurandi* scaturente dal patto aveva efficacia giuridica di gran lunga minore di quella di un'*actio iudicati*. — Il *iusiurandum* veniva eseguito in ossequio alla *religio* dominante nell'epoca e secondo modalità concordate tra le parti. In tempi di predominio del paganesimo, esso consisteva in una invocazione verbale degli dei (principalmente «*per Iovem*», ma anche «*per omnes deos*» o «*per genium principis*») con invito a proteggere il giurante se dicesse la verità («*optare sibi prospera*») oppure a fulminarlo se dicesse il falso («*exsecratio*»). Di esso si redigeva normalmente una *testatio* (v. *retro* nt. 22.2.5). *Amplius* sul tema: Zuccotti, *Il giuramento in Grecia e nella Roma pagana etc.*; Calore, «*Per Iovem lapidem*» etc. (2000); nonché gli altri scritti contenuti in Calore (cur.), *Seminari di storia e di diritto* 2 (1998) con bibl.

te una certa prestazione è fondata»; *b*) oppure il «giuramento contestativo», sul tema «la tua pretesa ad esigere da me una certa prestazione è infondata». Nel primo caso, l'autore del giuramento aveva contro l'altra parte (ove questa non effettuasse la prestazione dovuta) un'*actio iurisiurandi*; nel secondo caso, l'autore del giuramento aveva contro l'altra parte (ove questa esigesse in giudizio la prestazione non dovuta) una *exceptio iurisiurandi*. Le modalità del giuramento e la determinazione delle potenze divine coinvolte erano rimesse alle costumanze sociali.

82.4. Il *constitutum debiti* («regolamento di debito») era il patto con cui due (o più) parti regolavano le modalità di adempimento di un'*obligatio* di danaro (o di altre cose fungibili) già intercorrente fra loro o fra uno di loro e un terzo (un *alius*): il che consisteva nel fissare un certo termine futuro di pagamento (cioè in un «*constituere diem*») ed eventualmente nello stabilire altresì che il credito vantato da una delle parti verso il terzo sarebbe stato pagato, in caso di inadempimento del terzo, dall'altra parte del negozio. Si distingueva, pertanto, tra: *a*) «*constitutum debiti proprii*», inteso a dare una dilazione di pagamento (eventualmente dietro compenso) a chi fosse già debitore nel rapporto obbligatorio; *b*) «*constitutum debiti alieni*», inteso a creare un eventuale sostituto (e quindi un garante) del terzo, che fosse debitore di una delle parti e che potesse risultare inadempiente.

82.4.1. Contro l'inadempiente dell'*obligatio* creata mediante *constitutum debiti* il creditore insoddisfatto aveva originariamen-

---

82.4. Sul *constitutum debiti*: Astuti, *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento*, in *AUCA.* 1937, e *Studi intorno alla prom. di pagam. Il costituto di debito* (1941); Roussier, *Le constitut* (1958); Frezza, *Questioni esegetiche e sistematiche in materia di «c. d.»*, in *St. Fumagalli* (1963) 699 ss.; id., *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, *Klasik Roma Hukukunda «c. d.»* (1968); La Rosa (F.), *Il formalismo del pretore «c. d.» e «receptum»*, in *Labeo* 43 (1997) 202 ss.; id., *La pressione degli «argentarii» e la riforma giustinianea del «c. d.»*, in *St. Gallo* 1 (1997) 445 ss. Per le fonti cfr.: D. 13.5 (*De pecunia constituta*); C.I. 4.18. In particolare cfr.: 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.*

82.4.1. Per l'editto *de pecunia constituta*: Lenel, *EP*^{3} § 97: «*Qui pecuniam debitam constituit se soluturum eove nomine se satisfacturum esse, in eum iudicium dabo*». Forse era aggiunto (cfr. Gai 4.171): «*eoque nomine sponsionem et restipulationem facere permittam*». La formula del *iudicium* poteva pertanto essere: «*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 condemnato; s.n.p.a.*». — Sul *constitutum giustinianeo* cfr.: D. 13.5.1.5-8; Iust. C.I. 4.18.2.1; I. 4.6.8-9.

le un'*«actio pecuniae constitutae»* a carattere penale, quindi intrasmissibile passivamente e di durata sino ad un anno dalla scadenza del termine pattuito. Nel corso del periodo classico il carattere penale venne meno e rimase all'azione solo la caratteristica dell'annualità. Giustiniano favorì l'istituto, rendendolo applicabile anche alle obbligazioni di cose mobili non fungibili e facendogli assorbire, come vedremo subito, il *receptum argentarii*.

82.5. Il *receptum argentarii* («assunzione bancaria di debito») era il patto con cui un banchiere (*«argentarius»*, eser-

---

In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet praetor. Veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia: 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 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 promiserint, iure civili tenentur.

82.5. Il *receptum argentarii*, menzionato da Giustiniano solo per dire che esso era assorbito dal *constitutum debiti alieni* (cfr. Inst. C. 4.18.2, a. 531), è di difficile ricostruzione perché i compilatori del *Digesta* hanno avuto cura di eliminare ogni riferimento ad esso nei frammenti della giurisprudenza classica accolti in D. 13.5 (*De pecunia constituta*). Sul tema: Lenel, *EP*³ § 51; Mitteis, *Trapezitika*, in *ZSS.* 19 (1898) 189 ss.; Astuti, *Il costituto di debito* cit. 282; Frezza, *Le garanzie personali* cit. 274 ss.; Giomaro, *«Actio in factum adversus argentarios»*, in *SU.* 45 (1976-77) 55 ss. L'unico punto sicuro è che il protagonista del negozio era l'*argentarius*, nella sua veste di esercente, in pubblico e a titolo professionale, quella che oggi si chiama l'impresa «bancaria». — A proposito degli imprenditori bancari romani («banchieri»), va colta qui l'occasione per qualche precisazione di carattere generale. Per la quale v. anche: Andreau, *La vie financière dans le monde romain etc.* (1987); id., *Les comptes bancaires en nature*, in *Index* 15 (1987) 413 ss.; id., *Patrimoines, échanges et prêts d'argent etc.* (1997); Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit. Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in *ZSS.* 104 (1987) 465 ss.; Díaz Bautista, *Estudios sobre la banca bizantina etc.* (1987); Maselli, *«Argentaria». Banche e banchieri nella Roma repubblicana* (1986); Nadjo, *L'argent et les affaires à Rome des origines au IIe siècle a. J.C.* (1989); Petrucci, *«Mensam exercere». Studi sull'impresa finanziaria romana etc.* (1991); Howgego, *The supply and use of money in the Roman world, 200 B.C. - A. D. 300*, in *JRS.* 82 (1992) 1 ss.; Lucchesi, *Banche, banchieri e contratti bancari*, in *BIDR.* 94-95 (1991-92) 449 ss.; Gröschler, *Die Tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden* (1997) 37 ss. — Gli argentarii (così detti perché si occupavano di danaro, ed in particolare delle monete più rappresentative dello stesso (che erano quelle fuse in *argentum*), costituirono una categoria socio-economica molto attiva, sul modello greco-ellenistico dei «*trapezitae*», nel periodo di fioritura, a Roma e nel mondo mediterraneo, dell'economia di scambio, essenzialmente a base monetaria: dunque, tra il III sec. a. C. e il sec. II-III d. C. (secolo, quest'ultimo, a partire dal quale essi si ridussero di numero sino a scomparire o a limitarsi ad essere *argentarii* nel senso di «*nummularii*», cioè dei saggiatori del metallo delle monete e dei cambiavalute). Di rango inferiore alla ristretta categoria dei finanzieri (che si occupavano dei grandi affari e dei più lucrosi appalti vivendo in un mondo tutto loro, che evitava al massimo il ricorso alla giustizia statale: v. *retro* n. 7.3), gli *argentarii* si ponevano a disposizione del grosso pubblico, interessato agli affari commerciali di medio e di piccola mole, aprendo, nei fori o in altri luoghi di vasta frequentazione, delle «*tabernae argentariae*» (letteralmente, dei «tavoli» o dei «banchi», oggi si direbbe: degli «sportelli»), dietro alle quali essi o i loro dipendenti si cente di una cd. *mensa argentaria*) assumeva a proprio esclusivo carico («*in se recipere*») il debito di danaro che un suo cliente avesse verso un terzo: un «accollo» che si effettuava (pare) o mediante un accordo a tre (banchiere, cliente, terzo creditore), oppure mediante un accordo tra banchiere e cliente comunicato dall'uno o dall'altro (in genere mediante chirografo) al terzo. Contro il banchiere inadempiente il terzo creditore aveva un'«*actio recepticia*», esperibile forse anche nell'ipotesi che frattanto il cliente avesse revocato il suo ordine di pagamento al banchiere. Molto diffuso nell'ultima età preclassica e nella prima età classica, cioè in un'epoca di grande fioritura dell'attività bancaria, l'istituto decadde in età postclassica di pari passo col decadere dell'economia di scambio e della professione stessa dell'*argentarius*: fu perciò che Giustiniano lo cancellò dal diritto vigente e lo inserì nel quadro del *constitutum debiti alieni*.

82.6. Il *receptum nautae vel cauponis vel stabularii* («assunzione di responsabilità del comandante di nave, o del-

---

assidevano per ricevere i clienti e per trattare una gamma di «operazioni» (ovviamente, a pagamento, nonché, spesso, sostenute da adeguate garanzie reali o personali offerte dal cliente), quali: *a*) il saggio e il cambio delle monete (attività esercitata anche dai *nummularii*); la fornitura di monete straniere occorrenti per pagamenti fuori piazza; l'accettazione in deposito di merci o di somme di danaro in sacchetti sigillati (questi ultimi spesso accompagnati da «*tesserae nummulariae*», cioè da tavolette di osso o di avorio su cui si segnava la qualità e la quantità delle monete) (v. anche *retro* n. 69.3); *b*) l'accettazione in deposito (cd. «*depositum irregulare*»: *retro* n. 75.7) di danaro contante, da restituire a termine o a richiesta nel *tantundem eiusdem generis*, oppure da utilizzare per pagamenti a terzi (ipotesi in cui si inserisce il *receptum argentarii*); *c*) il «recupero crediti» per conto del cliente (recupero talvolta difficile, per il quale erano sovente utilizzati dei «*coactores*» o esattori appositi, se non anche degli schiavi in funzione di «*procuratores*», di persecutori fastidiosi e insistenti dei debitori riottosi); *d*) l'interposizione nelle vendite all'asta («*auctiones*»), sia di beni pubblici sia di beni privati, che vedeva spesso i banchieri personalmente impegnati come «*coactores argentarii*», affinché andassero a buon fine le complesse operazioni del passaggio della merce e della riscossione del prezzo (v. *retro* nr. 78.6); *e*) l'«apertura di credito», entro un certo limite, al cliente, affinché ne disponesse a suo piacimento mediante ritiro presso la *mensa* della somma occorrente, oppure mediante utilizzazione di una «lettera di credito» (solitamente un chirografo) rilasciatagli dal banchiere, o infine mediante ordine al banchiere di versare la somma a terzi aventi sede su piazza o fuori piazza. I rapporti di dare ed avere (spesso molto complicati tra i banchieri e i loro clienti abituali) soggiacevano, come sappiamo (*retro* n. 68.6.1), al principio della *compensatio*. In conclusione, quella dell'*argentaria* romana dell'epoca d'oro fu un tipo di attività che non era certo tanto ricca e articolata quanto l'attività bancaria moderna (cfr., per l'Italia, a. 1834-1860 c.c. e d. lgs. 1.9.1993 n. 385: *retro* nr. 75.7), ma che non era nemmeno così elementare e così ristretta in campo internazionale quale diventò solo in periodo postclassico e nel medioevo.

82.6. Sul *receptum nautarum, cauponum stabulariorumque*: Solazzi, *Responsabilità del «nauta» e legittimazione ad agire di danno* (1939), e *La responsabilità del vettore e D. 4.9.7 pr.* (1940), in *Scr.* 4 (1963) 55 ss., 197 ss.; De Robertis, «*Rec. naut.*», in *AUBA*. 1953; Sargenti, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in dir. rom.*, in *St. Albertario* 1 (1953) 551 ss.; Id., *Problemi della* l'albergatore, o dello stalliere») era il patto con cui un comandante di nave, un albergatore o un gestore di stallatico assumeva a proprio carico (effettuando con ciò un «*recipere*») l'obbligo che rimanesse intatto ed indenne («*salvum fore*») tutto ciò che, in cose inanimate o in animali da trasporto, il cliente avesse portato con sé nel suo locale. Solitamente il patto era tacito, essendo nell'ordine usuale delle cose che il *nauta*, il *caupo*, lo *stabularius*

---

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 (1960) 489 ss.; De Martino, sv. *Fortuna di mare*, in *NNDI.*; Brecht, *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht* (1962) spec. 84 ss.; Martini, *Κινδυνεύειν etc.*, in *St. Volterra* 6 (1971) 397 ss.; Meyer-Termeer, *Die Haftung der Schiffer im griech. und röm. R.* (1978); La Rosa, cit. *retro* n. 82.4. Per precisazioni terminologiche: Földi, «*Caupones*» *e* «*stabularii*» *nelle fonti del d. rom.*, in *St. Sturm* (1999) 1.119 ss. Per le fonti cfr. 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.o A.o res q.d.a. salvas fore recepisse, nisi restituet, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N.m N.m A.o A.o condemnato; s.n.p.a.*». V. anche *retro* n. 82.2.3. — Per i danni e i furti commessi dal personale provvedeva alla concessione di una speciale *actio* un'altra clausola dell'editto: v. *infra* n. 90.3. — Le attività imprenditoriali cui si riferiva l'editto erano, più precisamente, solo imprese di ospitalità dei viaggiatori lungo le vie di mare e le molte vie di terra che segnavano il mondo romano: alle esigenze del trasporto merci o del loro deposito in magazzini altrui si provvedeva, infatti, ricorrendo alla *locatio conductio* (*retro* n. 79) o rispettivamente al *depositum* (*retro* n. 75.4), da cui scaturivano, in caso di distruzione o di deterioramento delle merci, le relative e ben note azioni. Siccome gli abitanti del mondo romano si spostavano parecchio, sopra tutto per affari, recandosi in paesi oltremare e più frequentemente nei mercati (e nei luoghi di comizio) dell'urbe Roma o dei principali *municipia* italici ed extra-italici, sorse a loro servizio tutta una rete di imprese di ospitalità su navi e in locande, che era tanto fitta quanto rudimentale, poco sicura e mal sorvegliata dalle autorità di polizia. Ricevuti sulla parola a bordo delle navi (dall'*exercitor*, cioè dall'armatore, oppure direttamente dal *magister*, cioè dal capitano: v. *retro* n. 20.3.1) o all'interno delle locande e degli stallatici, i viaggiatori esponevano a rischio se non addirittura le loro persone, quanto meno i loro bagagli, le merci trasportate sui loro carri (*raedae*), le loro cavalcature. Fu essenzialmente alla salvaguardia di questi beni, affidati senza troppe cautele ai *nautae* e ai loro colleghi di terra, che volle far fronte con il suo editto il pretore. La giurisprudenza, interpretando estensivamente l'editto stesso, giunse al punto di ritenere che la *receptio* della responsabilità fosse implicita nell'accoglimento del viaggiatore (cioè nella *receptio* materiale di costui da parte dell'imprenditore (o di un suo rappresentante, come l'*institor*). — L'esenzione dalla responsabilità dell'imprenditore era presumibilmente ammessa, purché egli dichiarasse espressamente di non voler *recipere* il *salvum fore* del bagaglio del viaggiatore. Lo si desume dal fatto che egli (a differenza degli imprenditori di ospitalità moderni) poteva rifiutarsi, pur avendo posto a disposizione, di *recipere* addirittura lo stesso viaggiatore. — POSTILLA. *Negli ordinamenti giuridici moderni le linee dell'istituto del receptum degli imprenditori ospitanti sono tuttora riconoscibili (con riferimento alla ben più ampia e articolata struttura che le imprese di ospitalità, su mezzi di trasporto e a terra, hanno al giorno d'oggi) in regole accettate da tutti i paesi civili, anche sulla base di convenzioni internazionali tendenti alla equiparazione dei relativi ordinamenti ed alla limitazione della responsabilità dell'ospitante (albergatore o gestore di stabilimenti e locali assimilati agli alberghi) ad ipotesi ristrette ed a valori piuttosto contenuti (cfr., per l'Italia, a. 1783-1786 c.c.).*

assicurassero al cliente che i suoi beni sarebbero stati efficacemente custoditi e tutelati da lui stesso e dai suoi dipendenti; ma il gestore poteva anche respingere o limitare la sua normale responsabilità mediante una esplicita dichiarazione di discarico comunicata preventivamente al cliente. L'azione a tutela del cliente era un'«*actio de recepto*», intesa all'adeguato risarcimento.

82.7. Il *receptum arbitrii* («assunzione dell'arbitrato») era il patto con cui il soggetto designato da due (o più) litiganti come «*arbiter ex compromisso*» assumeva a proprio carico (effettuando con ciò un «*recipere*») la funzione di «decidere come arbitro» («*arbitratus*», «*arbitrium*») una divergenza insorta tra i litiganti. Il ricorso all'arbitrato stragiudiziale tornava molto utile ad evitare gli ingorghi, le lungaggini e la pubblicità (spesso non desiderata) dei processi giurisdizionali, ragion per cui l'arbitrato era visto con favore non solo dai soggetti privati, ma anche dagli organi della giurisdizione. Nell'ipotesi piuttosto rara che l'arbitro, dopo aver accettato l'incarico (presumibilmente accompagnato da un congruo onorario), si rifiutasse ingiustificatamente di pronunciare la *sententia* o rinviasse troppo a lungo la pronuncia della stessa, non era prevista una specifica azione contro di lui: il pretore, su ricorso anche di una sola fra le parti in lite, adottava nei suoi confronti, beninteso previo sommario esame del caso («*causa cognita*»), mezzi coercitivi di vario genere, che andavano dalla *pignoris capio* alla irrogazione di multe e ad altro.

82.7.1. Il «*compromissum*» («compromesso»), cui faceva riferimento il *receptum arbitrii*, era appunto un accordo tra le parti in lite di rimettere ad un arbitro la decisione della controversia,

---

82.7. Sul *receptum arbitrii*: Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken röm. R.* (1971) 47 ss., con bibl.; Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giur. rom.*, in *Riv. dell'arbitrato* 6 (1996) 1 ss. Per le fonti cfr. D. 4.8 (*De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*); C.I. 2.55(56). Il testo dell'editto era: «*Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam*» (Lenel, *EP.*³ § 48). Nulla impone di ritenere che il *pactum* tra le parti compromittenti e l'*arbiter* dovesse essere assolutamente esplicito: posto di fronte ad un compromesso che gli rimetteva la decisione della controversia, l'*arbiter* poteva anche limitarsi ad una dichiarazione di accoglimento dell'implicito invito.

82.7.1. Sul *compromissum*: La Pira, «*Compromissum*» e «*litis contestatio*», in *St. Riccobono* 2 (1936) 186 ss.; Roussier, *Du compromis «sine poena» en dr. rom. class.*, in *RH.* 18 (1939) 167 ss.; Bonifacio, *Appunti sulla natura della «litis contestatio» nel proc. formolare*, in *St. Albertario* 1 (1953) 61 ss.; Talamanca, *Ricerche in tema di «compromissum»* (1958); id., *L'arbitrato romano dai «veteres» a Giustiniano*, in *Labeo* 20 (1974) 83 ss.; Ziegler, *Das private Schiedsgericht* cit.; Paricio, *Notas sobre la sentencia del «arbiter ex compromisso» etc.*, in *RIDA.* 31 (1984) 285 ss.; Linares, «*Compromissum*» *y* «*receptum arbitrii*», in *St. Murga* (1994) 709 ss. — Sul *pactum arbitrii ex compromisso* (così denominato da noi) cfr. Iust. C.I. 2.55.4. Per l'esecuzione della sentenza arbitrale Giustiniano concesse all'interessato anche una specifica «*condictio ex lege*». — [illegible], *Sull'arbitrato negli ordinamenti giuridici moderni* v. retro n. 7.3.

ma non consistette necessariamente, in età classica e anche in buona parte dell'età postclassica, in un negozio giuridico apposito. Per vincolarsi più intensamente l'una verso l'altra, le parti usarono assai spesso ricorrere a reciproche *stipulationes poenales*, mediante le quali ciascuna prometteva all'altra di pagarle una certa penale in danaro nell'ipotesi che si sottraesse all'eventuale condanna pronunciata dall'arbitro in relazione ad una certa ben determinata controversia. A chiusura di un'evoluzione postclassica piuttosto oscura (resa ancora più oscura a causa della decadenza della *stipulatio*), Giustiniano convogliò la fattispecie del *compromissum* e il negozio del *receptum arbitrii* in un unico e solo, ma piuttosto confusionario, *pactum legitimum*, il cd. «*pactum arbitrii ex compromisso*» (patto di arbitrato da compromesso), che aveva tre caratteristiche principali: di intercorrere tra le parti in lite e tra queste e l'arbitro; di essere a forma probatoria scritta (o documentata dalle pubbliche autorità); di dover esser' confermato mediante giuramento.

82.8. Il *pactum donationis* («patto di donazione»), anche detto più genericamente «*donatio*», fu un *pactum legitimum* di formazione postclassica, che ebbe vicende non tutte molto chiare e coerenti tra Costantino e Giustiniano. Esso volle dare assetto di negozio giuridico apposito (e munito di proprio *nomen iuris*) ad alcune tra le più importanti fattispecie negoziali in cui si riversava, in periodo preclassico e in periodo classico, la cd. «*causa donationis*»: la quale era, come sappiamo, una «causa autonoma» (cioè una causa a negozi plurimi) consistente nella funzione di porre in essere una liberalità, una *donatio*, fra due parti (il donante e il donatario). Data la difficoltà pratica di individuare, al di dentro del negozio che i soggetti ponevano concretamente in essere, la eventuale *causa donationis*, Costantino e Giustiniano, legalizzando una prassi che doveva essersi già formata precedentemente, prescrissero che la *causa donationis* fosse esplicitata dalle parti e pretesero, con loro costituzioni, sia pure in misure diverse, la forma scritta del negozio e la pubblicità dell'atto relativo.

82.8. Sulla *donatio* e sulle sue vicende: Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*² (1955) 629 ss.; id., *Il concetto di donaz.*, in *Oo. Ferrini Milano* 1 (1947) 102 ss.; Levy (J.-Ph.), *Essai sur la promesse de donation en dr. rom.*, in *RIDA.* 3 (1949) 25 ss.; Archi, *La donazione* (1960). V. anche retro n. 23.4 (*causa donationis*), 27.5.1 (*donatio mortis causa*), 42.2.4 (*donatio inter virum et uxorem*), 43.6 (donazione obnuziale). — Elemento essenziale della *donatio* divenne, in diritto postclassico, l'*animus donandi*, cioè l'intenzione specifica di attuare una liberalità. Ma vi è chi sostiene che le fonti non siano alterate e che l'*animus* sia stato ritenuto già rilevante in diritto classico. Sul tema, da ultimo: Broise, «*Animus donandi*» (1975) con altra letteratura.

82.8.1. Costantino fu più radicale, anche se più approssimativo. A conferma di un uso già invalso in precedenza, egli impose che qualunque negozio di donazione (tanto reale, quanto obbligatoria, quanto liberatoria) fosse redatto per iscritto, fosse accompagnato (se avente carattere reale) dalla *traditio* della cosa donata e fosse in ogni caso annotato nei pubblici registri («*professio apud acta*»): col che volle dare una mano anche alla esigenza del fisco di sottoporre a tributo il donatario.

82.8.2. Giustiniano formulò invece un regolamento più elastico. Egli nulla pretese in ordine alle donazioni liberatorie e in ordine alle donazioni reali (le quali ultime, del resto, già per altri motivi dovevano essere inserite ai suoi tempi, nei casi più importanti, in atti scritti) e concentrò il suo interesse sul «*pactum donationis*», cioè sul negozio giuridico (molto frequente nella pratica) creativo di una donazione obbligatoria, cioè di una obbligazione di donare. Solo in relazione a questo *pactum legitimum* fu richiesta espressamente, ove l'importo fosse superiore ad un certo minimo (entro il quale nessuna formalità era necessaria), la forma scritta e la relativa iscrizione (*insinuatio*) nei pubblici registri. Sino a che l'atto non fosse reso «perfetto» con il consenso del donatario o con l'intervento della forma scritta, il *donator* poteva revocare la sua liberalità, pur avendola in altra forma promessa: la revoca della donazione era anzi lecita pur dopo la scrittura dell'atto, vale a dire in ogni tempo, se e quando sopravvenissero certe manifestazioni inequivoche di grave «ingratitudine» del donatario.

82.8.1. Sull'intervento di Costantino in materia di donazioni cfr. Vat. 249 e v. spec.: Dupont, *Les donations dans les constitutions de Constantin*, in *RIDA*. 9 (1962) 291 ss., Palma, *Donazione e vendita «advocata vicinitate» nella legislaz. costantiniana*, in *Index* 20 (1992) 477 ss. Non si dimentichi quanto si è detto retro n. 73.4.1. a proposito dello scadimento postclassico della *lex Cincia de donis et muneribus*.

82.8.2. Sull'intervento di Giustiniano cfr. CI. 8.53.34-36, I. 2.7.2-3. — Sulla revoca della *donatio* per manifesta ingratitudine (che ebbe qualche precedente classico) cfr. 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). — Postilla. *Nei moderni ordinamenti giuridici il regolamento delle donazioni non è fondamentalmente dissimile dall'assetto giustinianeo dell'istituto. Nel cc. italiano (a. 769-809) la disciplina della donazione, presentando analogie con il regime delle successioni testamentarie, è collocata nel libro secondo, prevalentemente relativo appunto alle successioni per causa di morte. Nel concetto di donazione rientra anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale rimunerazione («donazione rimuneratoria»: a. 770 co. 1); non vi rientra invece la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi (a. 770 co. 2). La donazione non è valida se non è fatta per atto pubblico (a. 782), salvo che si tratti di donazioni di modico valore (a. 783). La revoca da parte del donante è ammessa per ingratitudine del donatario (a. 801 s.) e per sopravvenienza di figli al donante (a. 803 s.).*

83. LE «OBLIGATIONES» DA «CONVENTIONES SINE NOMINE».

83.1. Nel quadro delle obbligazioni non «*contractae*», cioè non rientranti negli schemi tipici del *ius civile* (*vetus* e *novum*), meritano una trattazione a parte le *obligationes da conventiones sine nomine*: obbligazioni derivanti da certi negozi giuridici bilaterali (*conventiones*), ai quali non fu concesso dal *ius vetus* il regime giuridico dei «*pacta*», né fu solitamente attribuito un preciso «*nomen iuris*». Il riconoscimento progressivo di questi «*nova negotia*» (privi almeno inizialmente, si ripete, di propria denominazione e perciò detti, nell'uso della dottrina moderna, «contratti innominati») fu iniziato, nel quadro del *ius vetus*, dalla giurisprudenza classica e, sulle sue tracce, da sporadiche concessioni «decretali» dei magistrati giusdicenti ordinari, ma fu portato sensibilmente avanti soltanto in sede di *ius novum*, sia classico sia postclassico, quindi in sede di giurisdizione *extra ordinem* e di riflessione giurisprudenziale ad essa informata, attraverso vicende solo in parte successive l'una all'altra nel tempo, nonché estremamente difficili da identificare.

83.2. Le ragioni da cui scaturirono le *conventiones sine nomine* (cioè i cd. «contratti innominati») furono, dietro l'im-

---

83.1. La terminologia di *conventiones sine nomine* non è romana (così come non è romana la locuzione corrente «contratti innominati»). Essa è qui impiegata per ragioni meramente espositive, su suggestione peraltro di Ulp. D. 2.14.7 pr.-1: *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in* [*suo*] <*communi*> *nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*. V. già retro n. 63.7.

83.2. Il tema dei cd. contratti innominati, detti anche alla greca ἀνώνυμα συναλλάγματα, è sempre stato ed è tuttora profondamente controverso, sin da quando, agli inizi del sec. XX, alcuni studiosi, valendosi dei metodi della critica interpolazionistica, sostennero l'inammissibilità per diritto classico (dunque, il carattere postclassico-giustinianeo) dei numerosi testi della compilazione giustinianea che, in ordine a svariate *conventiones* non rientranti nelle categorie dei *contractus* «nominati» civilistici, prospettano soluzioni giudiziarie facenti capo ad una non meglio precisata *actio civilis*, *in factum*, *praescriptis verbis* o *incerti*. Radicali, in questo senso: De Francisci, Συνάλλαγμα 1 (1913), 2 (1916), con bibl.; Beseler, *Beitr.* 2 (1911) 156 ss., secondo i quali il diritto classico avrebbe riconosciuto, a tutela dei *nova negotia*, solo un'*actio in factum* pretoria. Le reazioni più energiche, ma forse altrettanto viziate di radicalismo, si leggono in numerosi autori successivi, e particolarmente in: Betti, *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» etc.*, in *BIDR*. 28 (1915) 20 ss., a parere del quale almeno una corrente dottrinale classica avrebbe riconosciuto l'*actio civilis incerti*, qualificandola anche «*praescriptis verbis*» perché la *demonstratio* del *iudicium* formulare avrebbe contenuto una dettagliata descrizione della fattispecie convenzionale; Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani* (1971) 98 ss. (nonché negli scritti successivi sino al saggio su *La scrittura di Ulpiano* cit. retro nt. 61.5), che identifica i principali sostenitori dell'*actio praescriptis verbis* in Labeone, Proculo, Pedio, Aristone, Nerazio, Paolo, Ulpiano, non seguiti peraltro da Sabino, da Cassio, da Celso figlio e da Giuliano. Quadro completo della questione e della relativa bibliografia in: Burdese, *Sul riconoscimento dei* pulso degli sviluppi economici e sociali verificatisi nell'alto e nel basso impero, essenzialmente le seguenti: *a*) che si trattò di negozi «a prestazioni corrispettive» non pienamente inquadrabili negli schemi contrattuali del *ius civile* e, in particolare, non facilmente riversabili nel contenitore della *stipulatio* (o, più esattamente, nel gioco di due stipulazioni reciproche tra le parti); *b*) che a buona parte della giurisprudenza classica parve opportuno che alle nuove *conventiones* emergenti dal progresso sociale si accordasse una tutela giuridica analoga a quella già riconosciuta ai vecchi istituti contrattuali del *ius civile*, cioè una tutela costituita da *actiones*; *c*) che i *praetores* e gli altri giusdicenti ordinari, per quanto sicuramente ben disposti a seguire queste suggestioni non erano ormai più in grado di farlo agevolmente mediante nuovi editti, ma si indussero a farlo solo in modo indiretto e approssimativo, cioè mediante una sorta di adattamento ai «*nova negotia*» delle azioni già previste per i *contractus* civilistici, quindi col ricorso ad *actiones utiles*, ad *actiones in factum* e ad altri ripieghi tecnici concessi solitamente di volta in volta, cioè per *decretum*. Dal canto loro, i *principes* secondarono largamente l'iniziativa, tanto in età classica quanto (e sopra tutto) in età postclassica, «coprendola» con la loro *cognitio extra ordinem*: se non fecero di più, astenendosi cioè dal creare di autorità mezzi giuridici esplicitamente nuovi, fu a causa della loro consueta politica di formale rispetto dell'antico, particolarmente in materia di *ius privatum*. Quanto ai *nova negotia*, avvenne che alcuni di essi (non tutti) finirono, a séguito della loro larga diffusione, per acquistare nell'uso anche quel *nomen iuris* che inizialmente non avevano: il che tuttavia non significa che essi abbiano mai avuto, nemmeno in periodo postclassico, ciascuno un

---

cd. contratti innominati cit. *retro* nt. 63.7, che propende per la classicità della tutela a partire da Aristone. Il fatto è, a nostro avviso, che le testimonianze di cui disponiamo sono troppo poche e tenui per permettere la ricostruzione induttiva di correnti di pensiero giurisprudenziali e di precisi e consolidati mezzi processuali di applicazione classica, tanto più che solitamente si trascura l'importanza del *ius novum* imperiale anche classico e la poca cura che esso ebbe, in sede di processo, del rigido rispetto degli schemi formulari dell'*ordo iudiciorum privatorum*. — Il punto di partenza del rilievo dato, in sede giurisprudenziale e in sede giurisdizionale, alle *conventiones sine nomine* non è, come si è detto, seriamente identificabile. L'attribuzione a M. Antistio Labeone è, a nostro avviso, alquanto dubbia per i motivi indicati *retro* nt. 63.3. La sola cosa che si può dire con sicurezza è che l'attenzione verso il problema si svegliò nel corso del sec. I a. C., cioè nel corso del secolo in cui progressivamente decadde l'attività creativa del pretore e degli altri magistrati giusdicenti, e che non tutti i giureconsulti classici (in particolare, non il proculiano Celso e nemmeno il sabiniano Giuliano) furono inclini alla tutela dei *nova negotia* attraverso specifici mezzi della giustizia ordinaria. Val la pena rileggere in proposito il brano più interessante dell'*excursus* ulpianeo (di cui *retro* nt. 63.7) riportato in D. 2.14.7.2.

suo mezzo di tutela giuridica proprio e caratteristico, alla maniera dei vecchi contratti civilistici.

83.2.1. Gli schemi fondamentali, ai quali la giurisprudenza classica riportò le svariate possibilità dei contratti innominati, furono quattro: *a*) «*do ut des*» («do acché tu dia»): consistente in una *datio* di una cosa fatta da una parte allo scopo di ottenere dall'altra parte la *datio* di una cosa diversa (es.: consegna di grasso per avere sale); *b*) «*do ut facias*» («do acché tu faccia»): 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*» («faccio acché tu dia»): consistente nella ipotesi inversa di quella precedentemente descritta; *d*) «*facio ut facias*» («faccio acché tu faccia»): 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 proprio compiuta allo scopo di farne manomettere un altro dalla controparte).

83.2.2. Caratteristiche comuni di queste strutture elementari furono tre. In primo luogo, l'obbligazione non sorgeva in base al solo consenso (*nudus consensus*), ma sorgeva se ed in quanto uno delle due parti avesse contemporaneamente operato una

---

83.2.1. Per la classificazione delle *conventiones sine nomine* cfr. Paul. D. 19.5.5 pr.: *Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris quaesitum est.* [*in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest. qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur*]. Non è dato sapere come Paolo (5 *quaest.*) abbia risolto l'interessante quesito (del tipo «*facio ut facias*»: *manumitto ut manumittas*). Una mano estranea è chiaramente intervenuta ad eliminare il ragionamento, probabilmente complesso, del giurista classico per segnalare che la *quaestio* costituisce lo spunto ideale per la *species* della materia dell'«*ob rem datum*» (materia che poi, si noti, non è relativa ai soli casi di *datio ob rem*, ma si estende anche alle ipotesi di «*facio ut*»). *Amplius* sul punto: Schmidt-Ott, «*Pauli Quaestiones*» (1993) 213 ss.

83.2.2. Sulla nozione di interdipendenza sinallagmatica: *retro* n. 2.7.1. — I punti di contatto con gli schemi civilistici non vanno ravvisati soltanto nelle *obligationes re contractae*. Si ricordi, ad esempio, la questione in materia di *emptio venditio* circa il carattere pecuniario del prezzo (*retro* n. 77.3.1), 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. 79.7): Gaio (3.147) espone correttamente la questione in termini di contratto comunque consensuale, ma poi lascia intravvedere l'avvicinamento alla *locatio conductio operis* (o *operarum*?) della fattispecie del *do ut facias* (*si meum aurum ei dedero* [ecc.]). Si legga infine (tanto per non allungar troppo l'elenco) Gai 3.146. Questo testo famoso (cfr. *retro* n. 79.3.4) 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.

prestazione di *dare* o di *facere*: il che molto avvicinava queste convenzioni, oltre che ai contratti consensuali, anche ai cd. «contratti reali», causativi di *obligationes re*. In secondo luogo, la prestazione effettiva 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 (la controparte) 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».

83.3. Il regime giuridico delle obbligazioni da *conventio sine nomine* è ricostruibile con qualche approssimativa sicurezza solo in ordine al diritto giustinianeo. Quel che si intravvede dell'assetto classico, e in particolare dell'assetto del *ius vetus*, è troppo poco e troppo incerto, come già si è detto, per potersi operare una ricostruzione storica sufficientemente salda. Le linee generali della disciplina giustinianea riguardano comunque tre punti: *a*) i mezzi giudiziari concessi al creditore (cioè a colui che avesse compiuto una prestazione finalizzata all'ottenimento di una certa controprestazione) per essere «reintegrato nel suo» in caso di inadempimento del debitore; *b*) i mezzi giudiziari concessi al creditore per «ritrarsi dall'affare» prima che il debitore avesse provveduto alla controprestazione; *c*) i mezzi giudiziari concessi al creditore per «ottenere l'adempimento» del debitore, o un congruo risarcimento nella ipotesi di debitore inadempiente.

83.3.1. Punto primo. Se il creditore, non avendo il debitore provveduto alla controprestazione, voleva essere reintegrato in

---

83.3. Il regime giuridico delle obbligazioni da contratto innominato non è ricostruibile in modo plausibile nemmeno con riguardo alla compilazione giustinianea, nella quale è evidente che sono confluite fonti genuine dell'età classica e fonti alterate nel corso dell'età postclassica: fonti che i compilatori di Giustiniano hanno ulteriormente inquinato, ma non hanno saputo o voluto riordinare in un sistema organico. Per la bibliografia: *retro* nt. 83.2. V. anche: *retro* nt. 8.5 e n. 9.6.1 (in ordine alla *condictio*) e n. 78.2 (in ordine all'*actio* nella compravendita).

83.3.1. Sul regime del *do ut des* cfr. D. 12.4; CI. 4.6. In particolare, cfr. Paul. D. 19.5.5.1 (itp.): *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin 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* ciò che avesse prestato, a lui era riconosciuta: *a)* un'*actio de dolo*, nel caso che la convenzione fosse stata del tipo «*facio ut (des, facias)*»; *b)* una *condictio ob rem*, nel caso che la convenzione fosse stata del tipo «*do ut (des, facias)*». È probabile che i due mezzi giudiziari siano stati riconosciuti già in età classica, ma in ordine alla *condictio ob rem* sorgeva la difficoltà che essa era limitata alla dazione di *pecunia* (ipotesi dell'*actio certae creditae pecuniae*) ed alla dazione di altre «cose fungibili» (ipotesi della *condictio certae rei*). Per ottenere la restituzione di una «cosa infungibile» (o meglio, del suo controvalore), il creditore non aveva alcuna azione a rigore di *ius vetus*; ma forse, in termini di *ius novum*, gli fu riconosciuta sin dal periodo classico una *condictio irregularis*, a titolo di analogia («*quasi*») con la vera e propria *condictio*, alla quale viene spesso dato il nome, almeno nella Compilazione giustinianea, di «*condictio causa data causa non secuta*» o di «*condictio ob causam datorum*».

83.3.2. Punto secondo. Se il creditore, nell'ipotesi di «*datio ut (des, facias)*» (non nelle altre due ipotesi), si pentiva del suo operato e voleva riottenere la cosa data prima che il debitore avesse provveduto all'adempimento della controprestazione, gli era concessa una «*condictio ex poenitentia*». È pensabile tuttavia che si sia trattato solo di una escogitazione giurisprudenziale postclassica.

83.3.3. Punto terzo. Se il creditore voleva seguire la via maestra intesa ad ottenere dal debitore la controprestazione o,

---

rem datam 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.

83.3.2. Sulla condictio ex poenitentia cfr. 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 succurrit ipsumque eum liberum, si nondum paenituerat eum qui in hoc dedit.*

83.3.3. Sull'actio praescriptis verbis, oltre la letteratura già indicata retro n. 83.2, v. (con adeguate referenze bibliografiche): Santoro, *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in *Le teorie contrattuali romane* (1991) 83 ss. Inutile insistere sulle diverse ricostruzioni: tutte con elementi di verosimiglianza e nessuna priva di mende e arbitri interpretativi facilmente identificabili. Per le fonti, è essenziale l'attenta consultazione di D. 19.5 (*De praescriptis verbis et in factum actionibus*) e di C.I. 4.64. Cfr., in particolare, Pap. D. 19.5.1 pr.: *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur* (ecc.); Cels. D. 19.5.2: *nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*. Sul frammento di Celso: Cerami, «*Vulgaria actionum nomina*» e «*agere praescriptis verbis*» in *D. 19.5.2*, in *Iura* 32 (1981) 121 ss. (di cui non riteniamo accettabile la difesa della genuinità del testo). — La ricostruzione formulare delle azioni relative alle varie *conventiones sine nomine* è, a in mancanza, il risarcimento della lesione subita nel proprio interesse, non vi è dubbio che, in età classica e a termini di *ius vetus*, si sia fatto molto per dargli soddisfazione con espedienti vari di volta in volta adattati alla fattispecie concreta: sopra tutto mediante *actiones utiles*, *actiones in factum*, *actiones* delimitate e precisate mediante una particolareggiata *demonstratio* oppure mediante una *praescriptio pro actore* molto circonstanziata. Dubbio, anzi pressoché da escludere, è però che al creditore sia stata addirittura riconosciuta, dal *ius vetus* classico e dalla correlativa giurisdizione ordinaria, una precisa azione *ad hoc* denominata «*actio praescriptis verbis*» («azione con descrizione preliminare della fattispecie») o «*actio civilis incerti*» (allo scopo di sottolineare che l'*intentio* mirava ad un importo non determinato *a priori*, ma da determinarsi in sede di sentenza, cioè al «*quidquid dare facere oportet*»): l'*actio praescriptis verbis*, che incontriamo nella Compilazione giustinianea, fu un istituto formatosi probabilmente nel seno del *ius novum* classico e, sopra tutto, postclassico.

83.3.4. Alle tre situazioni del diritto giustinianeo ora descritte si pervenne, insomma, attraverso un lunghissimo e travagliato processo storico, che ebbe sicuramente le sue radici (ma le sue radici soltanto) nello stesso periodo classico, prevalentemente nella *cognitio extra ordinem* di quel periodo.

---

nostro avviso, un'impresa illusoria, e quindi destinata al fallimento per almeno quattro ragioni: primo, perché è dubbio che vi sia stato, prima della Compilazione giustinianea (e in parte anche entro la stessa), un regime processuale unico, anziché una varietà di soluzioni strettamente collegate alla varietà delle ipotesi ed alla varietà dei giuristi e *principes* che se ne occuparono; secondo, perché è ancora più dubbio che i diversi giuristi e principi abbiano fatto riferimento alla procedura formulare nei termini schematici e rigidi in cui essa ci viene presentata dalle istituzioni di Gaio; terzo, perché bisogna tener presente (e troppo poco e raramente lo si fa dalla dottrina moderna) che gli istituti e le terminologie formulari (tra le quali, ad esempio, la *demonstratio*, la *praescriptio*, la *condictio*) subirono progressive e profonde trasformazioni, sin dall'età classica, nell'ambito delle procedure *extra ordinem* e del sistema del *ius novum*; quarto, perché è sintomatico che i magistrati giusdicenti non tradussero in proprie iniziative e in propri editti, causa la decadenza della loro funzione creativa nell'avanzato periodo classico (v. *retro* n. 4.4.2), le suggestioni provenienti dalla giurisprudenza coeva. V. anche *retro* n. 53.3.2 (a proposito della *praescriptio longi temporis*).

83.3.4. Per la ricostruzione del regime classico si veda anche la vicenda della *condictio* (*retro* n. 4.5, e n. 9.6.1) e la storia dell'*arrha* (*retro* n. 78.2). La derivazione postclassica della *condictio ex poenitentia* è sicura: l'azione in parola va ricollegata 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 l'insieme delle azioni intese alla restituzione della cosa data o all'indennizzo per la prestazione operata in caso di inadempimento dell'altra parte. Postclassica è, invece, l'*actio praescriptis verbis*, se concepita come azione generale munita di una sua precisa identità: la possibilità di pretendere giudiziariamente la controprestazione non fu ancora chiaramente vista dal *ius vetus* classico.

83.3.5. 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: *a*) la *permutatio*; *b*) l'*aestimatum*; *c*) la *transactio*; *d*) la *datio ad experiundum* ecc.; *e*) il *precarium*. Giova passare ad esaminarle più da vicino.

83.4. La *permutatio* («permuta») 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 (di valore corrispettivo a quello della merce ricevuta) e sia perché non si trattava di un negozio puramente consensuale, essendo necessaria al sorgere del contratto la contemporanea *datio* di una delle due parti. Comunque, l'analogia indubbiamente intercorrente tra *permutatio* e *emptio venditio* spiega come mai la giurisprudenza classica, pur non mostrandosi favorevole alla definizione della permuta come vendita, ritenesse applicabile alla permuta talune regole caratteristiche della *emptio venditio*, tra cui il regime della responsabilità per evizione e quello relativo ai vizi occulti.

83.5. L'*aestimatum* («contratto estimatorio») consisteva nella *datio* di una cosa preventivamente 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*, si discusse molto tra i giuristi se si trattasse di una vendita, oppure di un mandato ad alienare. Siccome la vendita era esclusa dal fatto che 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 invendu-

---

salvo forse che in qualche sporadico caso di ricorso ad un'*actio in factum* pretoria. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni hanno recepito, in vari modi, molti spunti dell'esperienza romana in materia di conventiones sine nomine. Per il diritto italiano vigente, cfr. a.* 1552-1555 *(permuta),* 1556-1558 *(contratto estimatorio),* 1965-1976 *(transazione) cc.*

83.3.5. L'elenco delle figure specifiche (e quindi, in sostanza, «nominate») delle *conventiones sine nomine* non è conforme in tutti i manuali a quello che riteniamo qui di poter compilare.

83.4. Sulla permutatio (oltre alla letteratura ed alle fonti cit. in materia di *emptio venditio*: spec. *retro* nt. 77.3.1) v.: Maschi, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 «ad edictum» di Paolo*, in St. *De Francisci* 2 (1956) 355 ss. — Sull'emptio venditio e sul *pretium*: *retro* n. 77.3. — Postilla. *Sulla «permuta» del diritto italiano vigente: retro nt. 77.8.*

83.5. Sull'aestimatum: De Medio, *Il «contractus aestimatorius»* (1900); Buckland, *«Aestimatum»*, in St. *Cornil* 1 (1926) 137 ss., in *RH.* 12 (1933) 217 s., e in *LQR.* 48 (1932) 495 ss.; Agter, *The Aestimatum contract*, in *Diss. Univ. Utrecht* (1979) 22 ss. Per le fonti cfr. D. 19.3 e ivi spec. Ulp. D. 19.3.1 pr. (itp.). — Postilla. *Per il «contratto estimatorio» del diritto italiano vigente retro nt. 77.8.*

ta, e siccome il mandato ad alienare era a sua volta escluso dal fatto che l'accipiente non assumeva nei riguardi del dante l'obbligo di effettuare la *venditio* della cosa, il pretore almeno in questo caso prese coraggio: allo scopo di far sì che il dante potesse ottenere il controvalore della cosa data nell'ipotesi di renitenza dell'accipiente, egli 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*.

83.6. La *transactio* («transazione») era l'accordo di porre fine ad una controversia facendosi reciproche concessioni («*aliquo dato aliquo retento*», cioè dando qualcosa e trattenendone qualche altra). Conosciuta sin dai più antichi tempi, la transazione era, in realtà, più che altro una funzione negoziale (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*, solo una *exceptio pacti*. Con l'andar del tempo il *pactum transactionis* assunse peraltro una figura sempre più determinata, 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.

83.6. Sulla *transactio*: Bertolini, *Della transazione secondo il dir. rom.* (1900); Peterlongo, *La transazione nel dir. rom.* (1936); Melillo, «*Contrahere*», «*pacisci*», «*transigere*» cit.; Burdese, *Tra causa e tipo negoziale ... in tema di transaz.*, in SC. 9-10 (1997-98) 45 ss. Per le fonti cfr. D. 2.15, CI. 2.4. 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... dimissus est..., si dum in ius venitur, de re transactum fuerit*) e si osserva che *pactum* significa, in realtà, come *transactio*, un accordo, gratuito o mediante spostamenti patrimoniali, di rinuncia all'azione giudiziaria. In argomento: Koschaker, *Bedingte Novation und «pactum» im röm. R.*, in *St. Hanausek* (1925) 118 ss.; Lombardi, *Ricerche in tema di «ius gentium»* (1946) 154 nt. 4; Magdelain, *Le consensualisme* cit. 49 ss.; Sturm, *Vertragsaufbau und Vertragsanpassung beim Vergleich*, in *St.* [illegible] 3 (1979) 97 ss. — Sui rapporti con la *stipulatio Aquiliana* (su cui retro n. 72.3.1): Solazzi, *Transazione e «stip. Aquiliana» nei giuristi e nei papiri* (1939), in *Scr.* 6 (1972) 531 ss.; Sturm, *Quittance transactionnelle et réduction de sa portée en dr. rom.*, in RIDA. 18 (1971) 659 ss. — Sul complesso problema della *transactio post litem contestatam*: 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. — [illegible] sulla «transazione» nel diritto italiano vigente cfr. c.c. 1965-1976 ss.

83.7. *Datio ad experiundum, inspiciendum, vendendum* («dazione in prova») 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 dubitarono circa la figura contrattuale da identificare. In generale si cercò di rapportare le singole fattispecie della 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 manifestazione nel periodo classico e divenne comunque di applicazione regolare nel periodo successivo.

83.8. Il *precarium* («precario»), inteso come convenzione del tipo «*datio ut*», altro non era che lo sviluppo di un antichissimo istituto che già abbiamo incontrato e che consisteva nella dazione di una cosa da un concedente («*precario dans*») ad un precarista («*precario accipiens*») affinché questi la possedesse, godendone a suo piacimento, sin quando il concedente la rivolesse e con l'obbligo da parte sua di prestare al concedente un corrispettivo del godimento della cosa rappresentato da un *dare* o da un *facere*. Le origini cui la convenzione si rifaceva erano costituite dalla prassi di elargizioni puramente di favore (ed eventualmente anche a titolo gratuito) della *res* su istanza (*prex*) dell'accipiente («*precarium est quod precibus petenti datur*»). Da questa prassi conseguì il canone fondamentale che il possesso della *res precario data* (che nei confronti dei terzi era, come sappiamo, una *possessio ad interdicta*) potesse essere ritolto dal concedente al precarista in ogni momento, a suo arbitrio, anche con un semplice cenno («*ad nutum*»): se il precarista si rifiutava di effettuare la restituzione, il concedente aveva contro di lui

---

83.7. Per la *datio ad experiundum* cfr., ad es., Ulp. D. 19.5.20 pr. (32 ed.): *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*. (Il desultor era un cavallerizzo specializzato nel correre con due cavalli, saltando dall'uno all'altro).

83.8. Sul *precarium*: Scherillo, *Locazione e precario*, in *RIL*. 1929; Zamorani, «*Precario habere*» (1969); Sondel, «*Precarium*» *w prawie rzymskim* (1973); Kaser, *Zur Geschichte des «prec.»*, in *ZSS*. 89 (1972) 94 ss.; García Vázquez, «*Prec. suae rei*», in *BIDR*. 94-95 (1991-92) 185 ss.; id., «*Prec. usus iuris*», in *BIDR*. 96-97 (1993-94). La definizione completa in Ulp. D. 43.26.1 pr.: *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur quamdiu is qui concessit patitur*. — Sul *precarium* come *figura di possessio*: retro n. 36.5. — Sulla *trasmissibilità all'erede*, dal lato attivo e passivo, dell'*interdictum de precario*: Biondi, *Successione nel rapporto di precario*, in *Iura* 5 (1954) 159 ss.

la *rei vindicatio*, nel caso che fosse proprietario della cosa; altrimenti, nel caso che egli non fosse proprietario, il pretore gli concesse un interdetto restitutorio («*interdictum de precario*»).

83.8.1. La figura del *precarium* fu trovata particolarmente utile come sostitutiva della *fiducia cum creditore*, allo scopo di evitare la *usureceptio* del fiduciante. Tuttavia il *ius novum*, soprattutto in periodo postclassico, ritenne opportuno non sottovalutare la utilità pratica della revocabilità *ad nutum* ed identificò nell'ipotesi di precario concesso a titolo oneroso una convenzione speciale di «*datio ut des, facias*», la quale offriva al concedente il vantaggio di aggiungere ai mezzi disponibili per la restituzione della cosa la possibilità di fare ricorso all'*actio praescriptis verbis* per l'ottenimento della controprestazione dovutagli.

84. LE «OBLIGATIONES» DA CAUSE NON CONVENZIONALI.

84.1. Cause non convenzionali, ma lecite, di rapporti obbligatori furono, tra l'altro: *a*) il *legatum per damnationem*; *b*) il *legatum sinendi modo*; *c*) la *pollicitatio* e il *votum*; *d*) la *communio incidens*; *e*) l'*obligatio alimentorum*; *f*) la *negotiorum gestio*; *g*) l'*indebiti solutio* con le figure affini di ingiustificato arricchimento. In questi casi, la giurisprudenza classica parlò talvolta (e a titolo approssimativo) di *variae causarum figurae*, mentre il diritto giustinianeo, come abbiamo segnalato a suo tempo, si orientò verso la definizione di «*obligationes quae quasi ex contractu nascuntur*», quindi di «*quasi contractus*». Cominceremo qui col far cenno delle prime sei figure, riservando le altre ai due paragrafi successivi.

84.2. Il *legatum per damnationem* («legato per imposizione di obbligo») era una disposizione testamentaria a titolo

---

83.8.1. Sul regime postclassico del *precarium* cfr. spec. D. 43.26.2.2 e 19.2 (itp.), su cui: Zamorani, «*Precario habere*» cit., 73 ss., 185 ss. — Va avvertito che le fonti danno assai scarsi elementi di informazione e di induzione circa i motivi per cui al *precarium* fu ritenuta applicabile l'*actio praescriptis verbis*. — Sulla *fiducia cum creditore*: retro n. 62.2 e 74.3.

84.1. Alle *obligationes* da cause non convenzionali dedicano un apposito titolo (I. 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 titolo sono i seguenti: *negotiorum gestio, tutela, communio, legatum, indebitum solutum*. Sulla categoria anche: Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle «obligationes ex variis causarum figuris»*, in *BIDR*. 76 (1973) 171 ss. V. retro n. 63.7.1 e 65.8.

84.2. Sul *legatum per damnationem* v. già retro n. 33.3.2. Giova qui ricordare che, a differenza dal *legatum per vindicationem*, il *legatum per damnatio-*

particolare, mediante la quale si imponeva all'erede l'obbligo di attribuire ad un *legatarius* indicato 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 («*damnas esto*», sia condannato) 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 rigorosa, e sempre meno rigida (sino a sparire del tutto) divenne la concezione penalistica della *obligatio ex damnatione*: in periodo classico si ammise pertanto che si potesse validamente *legare per damnationem*, utilizzando nel testamento una qualunque frase di imposizione all'erede («*Titius Seio X milia dato*»). L'azione a tutela del *legatarius* contro l'*heres* era la cd. «*actio ex testamento*», un'azione *in personam* strutturalmente corrispondente all'*actio certae creditae pecuniae* o alla *condictio certae rei*.

84.3. Il *legatum sinendi modo* («legato con prescrizione di permettere») era fondamentalmente analogo al *legatum per damnationem*, di cui costituiva una sottospecie, salvo che l'obbligo imposto all'erede era, specificamente, quello di permettere («*sinere*») che il legatario si impadronisse, se lo volesse, 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 lega-

---

nem 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, di un terzo, o a *res speratae*.

84.3. Sul *legatum sinendi modo* v. già retro n. 53.3.3. 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 si quidem 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. ... Maior illa dissensio in hoc legato intervenit, si eandem rem duobus pluribusve disiunctim legasti. quidam putant utrisque solidam 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, quo minus eam rem haberet.*

tario, 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 la condanna dell'erede a «tutto ciò che è necessario dare o fare in base al testamento» («*quidquid heredem ex testamento dare facere oportet*»).

84.4. La *pollicitatio* («profferta») era la «promessa unilaterale» di una certa prestazione a beneficio della comunità (generalmente, la promessa di un *opus publicum*). Essa soleva essere fatta da coloro i quali avessero assunto una carica pubblica («*honor*»), oppure volessero assumerla, allo scopo di ringraziare per l'incarico onorifico 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*» («voto»), 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 inerenti all'ordinamento pubblicistico e ignoti al sistema del *ius vetus*: tuttavia, in età classica, attraverso il diffondersi della *cognitio extra ordinem*, essi si inserirono anche nel *ius novum* privatistico.

84.4.1. Nel caso di *votum*, si riconobbe ai sacerdoti della divinità interessata il diritto di chiederne l'adempimento *extra ordinem*. Nel caso di *pollicitatio*, analogo diritto si riconobbe in età classica ai pubblici funzionari interessati, ma si ritenne che l'ob-

---

84.4. Sulla pollicitatio: Archi, *La «pollicitatio» nel dir. rom.* (1933), in *Scr.* 2 (1981) 1197 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 *St. De Visscher* 2 (1949) 111 ss.; Id., *La «poll. pecuniae»*, in *St. Arangio-Ruiz* 2 (1953) 31 ss.; Dell., *Promesse al pubblico e giurisdizione censoria*, in *I.* 1 (1950) 372 ss.; Iglesias Redondo, *La «poll.»*, in *St. Murga* (1994) 495 ss. — Sul votum: Toffan, *L'obligation née du vœu*, in *RH.* 33 (1955) 504 ss.; Visky, *Il «votum» in dir. priv. rom.*, in *Index* 2 (1971) 313 ss.; Daza, *El «votum»*, in *St. Murga* (1994) 305 ss. — *Postilla. Gli ordinamenti giuridici moderni non ignorano l'istituto della «promessa al pubblico» (per il diritto italiano vigente: cfr. c.c. 1989 ss.), cui peraltro accordano rilevanza (talvolta limitata ad un certo periodo), se ed in quanto si tratti di promesse di prestazioni ben determinate (es.: una somma di denaro) in ordine a ben determinate fattispecie; quanto al mezzo di pubblicità, la gamma è assai vasta, andando dai manifesti murali ai giornali, alla televisione, alla rete telematica ecc. Con le promesse al pubblico non vanno confuse le «offerte al pubblico» (per esempio, delle merci esposte in vetrina per un certo prezzo), le quali sono delle proposte di contratto revocabili sino a che non si presenti chi dichiari di accettarle. Una promessa al pubblico di particolare importanza è, nei mercati finanziari moderni, la cd. «OPA» (offerta pubblica di acquisto e di scambio di valori mobiliari quotati in borsa: cfr. l. 18 febbraio 1992 n. 149).*

84.4.1. Sul regime giuridico della *pollicitatio* (e del *votum*) cfr. D. 50.12 («*De pollicitationibus*»); C.I. 8.12(13).1; 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, ut est constitutum.*

bligazione sorgesse solo se e quando l'opera pubblica promessa fosse stata effettivamente iniziata («*opere coepto*»). In periodo postclassico, per la *pollicitatio* fatta in relazione a una carica pubblica, si proclamò che l'impegno valesse in ogni modo, mentre per ogni altra *pollicitatio* (anche, in particolare, se fatta a privati) si mantenne il principio della subordinazione all'inizio dell'opera.

84.5. La *communio incidens* («comunione incidentale») 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. Se taluno dei comunisti, agendo nell'interesse comune, incontrava qualche spesa, il diritto classico gli riconosceva, nei confronti degli altri comunisti, l'*actio negotiorum gestorum*. In diritto giustinianeo, invece, dalla *communio incidens* derivavano sempre *obligationes* reciproche tra i comunisti per l'equo riparto delle spese incontrate.

84.6. L'*obligatio alimentorum* («l'obbligazione alimentare») poteva derivare, oltre che da convenzione e da legato, anche da disposizioni dell'ordinamento giuridico. Questo stabiliva infatti, in talune ipotesi, che determinate persone, legate tra loro da vincoli di parentela, di affinità o di speciale riconoscenza, fossero tenute a fornire l'una all'altra, in caso di «bisogno», i «mezzi di sussistenza» (cibo, vestiario e alloggio), cioè gli «*alimenta*» («alimenti»), in natura o in danaro, strettamente necessari per sopravvivere. Per vero, il *ius vetus* non conobbe nessun caso di obbligazione alimentare, perché il carattere rigidamente potestativo della *familia* romana escludeva la possibilità stessa

---

84.5. Per la communio incidens cfr. 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: Donatuti, *La «communio incidens» come causa obbligatoria* (1953), in St. (1977) 679 ss. — Sulla communio in generale: retro n. 38.

84.6. Sull'origine e lo sviluppo del diritto agli alimenti: Roberti, *Il diritto agli alimenti nel dir. rom. etc.*, in *Om. Vermeersch* 2 (1935) 25 ss.; Lanfranchi, *«Ius exponendi» e obbligo alimentare nel dir. rom. class.*, in *SDHI.* 6 (1940) 5 ss.; Longo (G.), *Sul diritto agli alimenti*, in *AUMA.* 1945; Sachers, *Das Recht auf Unterhalt in der röm. Familie der klass. Zeit*, in *Om. Schulz* 1 (1951) 310 ss.; Zoz, *In tema di obbligaz. alimentari*, in *BIDR.* 73 (1970) 323 ss.; Schiller, *«Alimenta» in the «Sententiae Hadriani»*, in *Om. Grosso* 4 (1971) 401 ss.; Végh, *Bemerkungen zum Alimentenvergleich*, in *Om. Herdlitczka* (1972) 223 ss.; Wlcisk, *«Alimenta» et «victus» dans le dr. rom. class.*, in *RH.* 50 (1972) 205 ss.; Zoz De Biasio, *Alimenti etc.*, in *Om. Sturm* (1999) 1.595 ss. V. anche: Criniti, *La tabula alimentaria di Veleia* (1991); Pape, *Note sulla «tab. aliment.» di Veleia*, in *Labeo* 40 (1994) 60 ss. Per le fonti cfr. C. 5.25.

di concepire un obbligo dei genitori di alimentare i sottoposti e tanto meno l'obbligo del sottoposto (privo di autonomia giuridica privata) di alimentare i genitori. L'istituto degli *alimenta* cominciò a prendere consistenza nel corso del sec. II d. C., quando Antonino Pio e Marco Aurelio lo imposero in casi specifici assegnandogli una tutela *extra ordinem*. Più tardi il riconoscimento divenne generale, e in età postclassica fu, ovviamente, confortato dal cristianesimo, che basò l'istituto sulla cd. «carità del sangue» (*«caritas sanguinis»*).

84.6.1. L'obbligo degli alimenti poteva venir meno soltanto per gravi offese che l'alimentando avesse arrecato all'obbligato. L'azione intesa alla sua esecuzione era sottoposta a *taxatio «in id quod facere potest»*, portava cioè ad una condanna dell'inadempiente entro i limiti delle sue facoltà economiche e non oltre.

85. LE «OBLIGATIONES» DA «LIBERA NEGOTIORUM GESTIO».

85.1. Grande importanza pratica, tra le cause non convenzionali di *obligationes*, rivestì la fattispecie usualmente denominata, con terminologia per vero alquanto equivoca, negotiorum gestio («gestione di affari»). In realtà, non si trattava di una qualunque attività di gestione di affari (propri o altrui), ma si trattava

---

84.6.1. 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 animus repetendi, era privo di azione per il rimborso: Mod. D. 3.5.26(27).1. — Sulla taxatio: retro n. 30.5.3. — Postilla. *Sugli alimenti nel diritto italiano vigente cfr. a. 433-448 (persone obbligate), 660 e 670 (legato di al.), 2948 (prescrizione) ed altri a. del cc. Cfr. anche la legge fallimentare del 1942, a. 47, sugli alimenti spettanti al fallito.*

85.1. Sulla negotiorum gestio v. già retro n. 26.1, e n. 26.4. Alla letteratura ivi cit. *adde*: Wlassak, *Zur Geschichte der «negotiorum gestio»* (1879); Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui*³ (1935); Partsch, *Studien zur «neg. g.»*, in *SHA.* 1913; Negri, *La gestione di affari nel d. rom.*, in *St. Marga* (1994) 661 ss.; Cenderelli, *La «neg. g.» etc.* (1997); id., *«Actio n. g.» etc.*, in *St. Sturm* (1999) 175 ss. L'origine giustinianea dell'istituto è stata sostenuta dal Frese, *Prokuratur und «negotiorum gestio»*, in *St. Cornil* 1 (1926) 326 ss., *«Defensio», «solutio», «expromissio» des unbeteiligten 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 non ha incontrato il favore della dottrina (vi aderisce sostanzialmente solo il Rozwadowski, *Ancora sulla «negotiorum gestio»*, in *BIDR.* 37 (1929) 329 e *Die Abgrenzung des «mandatum» und der «negotiorum gestio» im klass. und justinian. R.* (1937)). Per le fonti cfr. D. 3.5 (*De negotiis gestis*), CI. 2.18(19). — 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. 2.13, e 26, con particolare riguardo a ciò che abbiamo detto relativamente al *procurator* (n. 26.4).

di quella particolare specie di *negotiorum gestio*, che era costituita dalla gestione spontaneamente e utilmente intrapresa di uno o più *negotia aliena*, di uno o più affari di un altro soggetto giuridico: quindi di una «*libera negotiorum alienorum gestio*» non sollecitata dall'interessato. In ordine a questa ipotesi di «rappresentanza indiretta spontanea», il *ius privatum* soddisfece una duplice esigenza: da un lato, quella che il rappresentante («*negotiorum gestor*», gestore degli affari) 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; dall'altro lato, quella che il rappresentato («*dominus negotii*», titolare dell'affare) avesse il dovere, una volta che l'affare fosse stato compiuto nel suo interesse, di assumerne a proprio conto gli effetti e di rivalere il rappresentante di tutte le spese occorse per la gestione. La *negotiorum gestio* dava dunque luogo, una volta intrapresa, a due serie di obbligazioni reciproche del rappresentante e del rappresentato.

85.2. La storia dell'istituto non è limpida. Probabilmente, il primo riconoscimento della *negotiorum gestio* (spontanea) come fonte di rapporti relativi tra *gestor* e *dominus negotii* fu operato in età preclassica dal *ius honorarium*, limitatamente all'ipotesi di chi avesse spontaneamente gerito gli affari di una persona assente da Roma, presentandosi a rappresentarla come *procurator* in giudizio: l'editto pretorio concesse in tal caso un'*actio in factum* al *gestor* contro il *dominus negotii* (e *litis*). Più tardi, ancora 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 più tardi come «*actio negotiorum gestorum directa*». Sullo scorcio del sec. I a. C., alla tutela onoraria *in factum* si aggiunge una tutela *in ius* «*ex fide bona*», cioè un *iudicium bonae fidei* inteso a coprire le ipotesi di gestione senza mandato che si esplicassero al di fuori del processo.

85.2.1. Le cose non finirono qui. In età classica, a séguito di un'evoluzione che non è possibile ricostruire nei particolari,

---

85.2. 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 accreditata è la tesi (per la quale v. Lenel, EP³ § 35) che l'editto abbia portato per tutta l'età classica un «absentis» al posto di «alterius». — Per altri spunti sulle vicende dell'istituto: Nicosia, *L'azione relativa alla «male gesta procuratio»* cit., in *St. Volterra* 4 (1971) 787 ss.; Seiler, *Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im röm. R.*, in *Fs. Kaser* (1976) 195 ss.

85.2.1. 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 l'editto «*de negotiis gestis*» allargò i suoi orizzonti e passò a contemplare due ipotesi: *a*) quella, di carattere generale, della gestione spontanea degli affari di qualunque *dominus negotii* vivente (e non del solo titolare assente da Roma) in qualunque contingenza (anche extraprocessuale); *b*) quella, di carattere specifico, della gestione spontanea degli affari di un morto, in attesa che sopravvenissero a prenderne cura i successori. In più, accanto alle *actiones in factum*, praticamente poco usate, i soggetti avevano a loro disposizione anche i due *iudicia bonae fidei* (*in ius*). Situazione rimasta approssimativamente invariata nel periodo postclassico, sino a Giustiniano.

85.3. I requisiti della fattispecie, cioè gli estremi richiesti affinché una *negotiorum gestio* producesse le accennate obbligazioni reciproche tra *gestor* e *dominus negotii* furono, in

---

evazione 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 concessa al principale contro il *gestor*, e quella *in factum concepta* al *gestor* contro il principale: v. 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 oggettiva nell'applicazione dell'una e dell'altra formula scorse Kreller, *Das Edikt «de negotiis gestis» in der Geschichte der Geschäftsbesorgung*, in *St. Koschaker* 2 (1939) 193 ss., *Das Edikt «de n. g.» in der klassischen Praxis*, in *ZSS.* 59 (1939) 390 ss., e su «*Neg. gestio*», in *PW.*, che ritenne la *formula in ius* anteriore a quella *in factum*, e limitò la *formula in factum concepta* alla *negotiorum gestio* in favore dell'assente e a quella relativa ad una eredità giacente. Accolse sostanzialmente la tesi del Kreller (ma la corresse in alcuni punti) Arangio-Ruiz, *Il mandato in dir. rom.* (r. 1949) 38 ss., che ricondusse la *formula in ius* alla tutela dei rapporti tra *procurator omnium bonorum* e principale e la *formula in factum* al caso che taluno si sostituisse di propria iniziativa ad una delle parti di un processo, nel di lei interesse. Sulla stessa linea anche: Nicosia, particolarmente fermo nel sostenere l'anteriorità della *formula in ius ex fide bona*. Ma tutto l'argomento della storia della *negotiorum gestio* e degli istituti connessi è, come si è detto, fortemente complesso e oscuro, non facile da risolversi con ipotesi lineari. Sul tema: Finazzi, *Ricerche in tema di «n. g.»* I. *Az. pretoria e az. civile* (1999).

85.3. 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.*

periodo classico, tre: *a*) la *gestio negotiorum alterius*; *b*) la *gestio sine mandato*; *c*) la *gestio utiliter coepta*.

85.3.1. Occorreva, in primo luogo, che si trattasse di «gestione degli affari di un altro» («*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 oggettivo ed inequivocabile di un altro soggetto (il *dominus negotii*). L'attività del *gestor* era ovviamente volontaria, ma non aveva rilevanza, almeno in diritto classico, che la volontà fosse esplicitamente rivolta a soddisfare l'interesse del titolare dell'affare: il fatto che l'affare rientrasse oggettivamente nella sfera degli interessi patrimoniali del *dominus negotii* (il fatto cioè che l'affare fosse estraneo agli interessi del gestore: fosse «*negotium alienum*» rispetto al *gestor*) era sufficiente a determinare gli effetti giuridici. Il cd. «*animus negotia aliena gerendi*» («volontà di gestire gli affari altrui») ebbe rilevanza (comunque, non generale) solo come requisito concorrente con quello oggettivo per la identificazione del «negozio altrui».

85.3.2. Occorreva, in secondo luogo, che si trattasse di «gestione non da mandato» («*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 mancasse il mandato, non era rigidamente richiesta la spontaneità del comportamento, sì che poté dar luogo alle *actiones negotiorum gestorum* anche qualche caso di gestione espletata per imposizione dell'ordinamento giuridico o dei suoi organi.

85.3.1. Sul problema dell'animus aliena negotia gerendi: Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno* (1917), in *Scr.* 2 (1964) 73 ss., sostenitore della classicità del requisito; Partsch, *Studien* cit. 57; Rabel, «*Negotium alienum*» *und* «*animus*», in *St. Bonfante* 4 (1930) 279 ss.; Rubin, «*Negotiorum gestio*» *and the* «*animus negotia aliena gerendi*», in *AJ.* 1958. A nostro avviso è ovvio che nei casi dubbi, quando non fossero sufficienti gli indizi oggettivi della *gestio negotiorum alterius*, si ponesse mente, anche in periodo classico, alle intenzioni manifestate (a voce o col suo comportamento) dal soggetto. Cfr., ad esempio, Ulp. D. 3.5.3.3: *...si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione* (con riferimento mentale a te), *ut... pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam*.

85.3.2. A proposito della gestio sine mandato cfr. Ulp. D. 3.5.5 pr.: *Item si, cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi, ex hoc nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione, idem est etiam, si pro te fideiussero, cum putavi mihi a te mandatum esse*. — Non rilevava lo scopo di lucro del gestor. Cfr. 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* (ecc.). — La ratihabitio (cioè la posteriore ratifica) del *dominus negotii* eliminava la *gestio sine mandato*: retro n. 81.3. Sul punto: Cardilli, *Una «elegantia» di Sesto Pedio: D. 3.5.5.11-13*, in *ASG.* 2 (1990) 273 ss.

85.3.3. Occorreva, in terzo luogo, che si trattasse di «gestione utilmente intrapresa» («*gestio utiliter coepta*»), cioè di attività concretamente iniziata, anche se non ancora giunta a compimento, e risolventesi in una reale utilità, anche se non in un guadagno, per il *dominus*. Dal «*negotium coeptum*» (affare intrapreso) scaturiva il diritto del *dominus* a pretenderne il completamento e la riversione a proprio favore. Dal «*negotium (domino) utile*» (affare utile per il *dominus negotii*) 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.

85.4. 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 sostanzialmente utile. Il criterio generale che si seguì fu quello che l'*utilitas* sussistesse ed impegnasse il *dominus* quando fossero state compiute erogazioni di carattere necessario o di evidente opportunità, non invece quando fossero state compiute spese superflue («*nulla re urguente sed voluptatis causa*»).

85.4.1. Si discusse anche circa l'ipotesi in cui un *negotium alienum* fosse stato intrapreso dal *gestor* nonostante la esplicita

---

85.3.3. In ordine alla gestio utiliter coepta è illuminante Ulp. D. 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 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.*

85.4. A proposito dell'utilitas del gestum, cfr. 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 solo communi habens habitationes paternas ampla aedificia aedificaverat; cumque eundem solum 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.* Più in generale, sul tema: Ankum, «Utiliter gestum», in OIR. 1 (1995) 39 ss.

85.4.1. Sul negotium prohibente domino coeptum cfr. Ulp. D. 3.5.7(8).3: *Iulianus libro tertio tractat, si ex duobus sociis alter me prohibuerit admi-*

proibizione del *dominus* («*negotium alienum prohibente domino utiliter coeptum*»). I giuristi classici riconobbero al *negotiorum gestor*, in questo caso, se non proprio la normale *actio negotiorum gestorum*, almeno un'*actio utilis* per il rimborso delle spese comunque già utilmente compiute per il *dominus negotii*. Giustiniano, invece, negò ogni rivalsa al *negotiorum gestor*, a meno che la proibizione del *dominus* non fosse pervenuta a conoscenza del *gestor* dopo l'inizio dell'attività.

85.5. 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*.

85.6. Caso particolare di gestione d'affari fu quello tutelato dall'*actio funeraria* («azione per i funerali»), cioè dall'azione

---

ministrare, 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 cfr. C. 2.18(19).24

85.5. 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 rivoltare la formula, invitando il giudice a condannare il *dominus* a favore del *gestor* («*Quod A.s A.s negotia N.i N.i gessit...*»). — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni l'istituto della «gestione di affari altrui» è largamente riconosciuto, ma visto generalmente con sfavore, e perciò limitato (di solito) ai soli casi di «necessità», anche e sopra tutto in considerazione del fatto che i mezzi di comunicazione sono ormai tali e tanti, da rendere infrequente l'assenza rispetto ai suoi affari del diretto interessato. Per il diritto italiano vigente, cfr. a. 2028-2032 c.c.*

85.6. Sull'*actio funeraria*: De Francisci, *La legittimazione attiva nell'azione fun.*, in *FIL.* 40 (1915) 14 ss., e *La legittimazione passiva nell'az. funeraria*, in *AUPE.* 1920; Desanti, «*Actio funeraria*» (1952), in *St.* (1977) 641 ss.; Paricio, «*Actio fun.*», in *On. Murga* (1994) 687 ss. V. anche: Cenderelli, *Gestione d'affari ereditaria ed editto «de sumptibus funerum» ecc.*, in *On. Biscardi* 1 (1982) 265 ss.; Palma, sv. *Sepoltura (d. rom.)*, in *ED*. Per le fonti cfr. D. 11.7.14.6, D. 11.7.14.13; D. 11.7.31.1 (itp.). L'editto era quello «*de sumptibus funerum*» (cfr. Ulp. D. 11.7.12.2): «*Quod funeris causa sumptus factus erit, eius 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 ivi, essa era: «*Quod A.s A.s in funus L. Titii sumptum fecit, q.d.r.a., quantam pecuniam 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.*». — L'incombenza dei funerali non era cosa di rilievo pecuniario trascurabile, nemmeno nel caso di funerali semplici (*funera vulgaria*, ben diversi dai solenni e concessa dal pretore a colui, il quale avesse sostenuto spontaneamente, in luogo delle persone socialmente tenute a questo adempimento, le spese necessarie al funerale di un defunto.

86. LE «OBLIGATIONES» DA CAUSE INGIUSTIFICATE.

86.1. Un insieme piuttosto eterogeneo di rapporti obbligatori fu costituito, a complemento di tutta la gamma dianzi de-

---

ricchi *funera indictiva*, *militaria* o *publica*): bisognava lavare e profumare il cadavere (operazione cui spesso provvedevano, in luogo dei familiari, specializzati *pollinctores*), bisognava organizzare il trasporto e l'accompagnamento funebre (*exequiae*), bisognava attendere all'eventuale incinerazione su rogo (*incineratio*, in luogo della più semplice *inhumatio*) e bisognava infine deporre i resti in un *sepulchrum* (che era *locus religiosus*: retro n. 19.9.5). Se il defunto non aveva predisposto un *electus* (per esempio, mediante legato modale) e se l'*electus* si faceva da parte (per esempio, rifiutando il legato), l'onere dei funerali gravava sull'*heres*: ma siccome l'*heres* (se *voluntarius*) poteva anche non accettare, esso passava a carico dei figli e degli altri parenti, con infinite possibilità di contestazioni della legittimazione passiva da parte degli stessi. Ciò nonostante, non erano poche le persone che si assumevano la *negotiorum gestio* dei funerali. Il che avveniva: sia perché queste persone erano di solito degli imprenditori funebri, che facevano i loro opportuni calcoli sul ricavo che, pur se dopo qualche tempo, avrebbero realizzato dal funerale di una persona di famiglia sufficientemente abbiente; sia perché i *voluntarii* chiamati all'eredità, essendo esitanti circa l'effettuazione o meno dell'*aditio*, non di rado erano restii a provvedere ai funerali del defunto per non compiere un atto che potesse essere interpretato come *pro herede gestio* (cfr., in proposito, Ulp. D. 11.7.14.7-9). V. anche: Wesch-Klein, *«Funus publicum»* (1993).

86.1. Le *obligationes* da causa ingiustificata, da noi qui raccolte, sono (con parziale eccezione dell'*obligatio ex indebiti solutione*) figure molto incerte, e di elaborazione prevalentemente postclassica, che si rapportano al dato comune della «*condictio*»: un mezzo giudiziario che il *ius novum* utilizzò con larghezza, e senza troppi sforzi di approfondimento e di coerenza, per munire di difesa giudiziaria *ad personam*, in svariate ipotesi, tutti coloro cui parve giusto concedere, nella mancante disponibilità di altre *actiones*, la possibilità di «ricuperare» i valori di prestazioni (sia di cose fungibili sia di cose infungibili) che avessero precedentemente compiuto, a favore delle controparti, senza un «perché» adeguatamente giustificabile. Il tema (che si ricollega in parte al requisito della «liceità giuridica e morale della prestazione»: retro n. 66.2.5) meriterebbe di essere più ampiamente studiato. — Il campo di applicazione della *condictio* classica e le trasformazioni o 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. Sul tema: Donatuti, *Le «causae» delle «condictiones»*, in *SPR.* [1951]; Schwarz, *Die Grundlage der «condictio» im klass. röm. R.* (1952); von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der «condictio» nach röm. und geltend. R.* (1952); Simonius, *Zur Frage einer einheitlichen «causa condictionis»*, in *St. Lewald* (1953) 161 ss.; Niederländer, *Die Bereicherungshaftung im klass. röm. R.* (1953); Flume, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom röm. zum geltend. R.*, in *St. 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 scritta, dalle obligationes da cause ingiustificate. Queste obbligazioni sorgevano per il fatto che un soggetto giuridico avesse fatto ad un altro una prestazione non giustificata da una causa, da una ragion d'essere giuridicamente, moralmente o socialmente, ammissibile: la conseguenza di ciò era appunto l'obbligazione dell'accipiente alla «restituzione» di quanto datogli o al «ripristino» dello *status quo ante*. Le più sicure tra le *obligationes* da cause ingiustificate furono quelle derivanti: *a*) da *solutio indebiti*; *b*) da *datio sine causa*; *c*) da *datio ob turpem causam*; *d*) da *iniusta locupletatio*.

86.2. La solutio indebiti («pagamento dell'indebito») era una prestazione, generalmente di *dare*, compiuta al fine di adempiere una obbligazione apparentemente valida, ma in realtà invalida: da essa derivava l'obbligazione dell'accipiente, cioè di colui che avesse ricevuto la prestazione indebita, di restituire il *datum* o di ripristinare il *factum* a favore del solvente. Come si è detto a suo tempo, quando l'obbligazione apparente aveva per oggetto un *dare* in senso proprio (cioè un trasferimento del *dominium*), la *solutio* della stessa era ritenuta, inizialmente, una causa di *obligatio re contracta* strettamente affine al mutuo. Senonché, dopo che si affermarono i contratti reali (in senso improprio) di comodato, deposito e pegno, e inoltre si propagò l'idea della equivalenza tra *contractus* e *conventio*, la *solutio indebiti* non poté che essere estromessa dal novero dei contratti e passò in quello delle *variae causarum figurae*, dal quale novero finí poi per essere riversata nella categoria giustinianea dei quasi contratti.

86.2.1. Il pagamento dell'indebito non escludeva, sempre trattandosi del caso normale di un'obbligazione di *dare* in senso proprio, che 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

---

ss.; Gay, *A propos d'études récents: «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 *ROM*. 9.11 (1978) 459 ss.

86.2. Sulla complessa questione della natura della solutio indebiti: Voci, *La dottrina romana del contratto* cit. 98 ss.; Grosso, *Il sistema* cit. 112 ss. — Sui rapporti con il mutuum v. retro n. 74.1.2. — Dall'indebito oggettivo, cioè tale a causa della inesistenza dell'obbligazione, va distinto l'«indebito soggettivo», relativo ad un'obbligazione esistente, ma gravante su altro soggetto. Il pagamento di un indebito soggettivo era un pagamento di debito altrui.

86.2.1. Sulla condictio indebiti (retro nn. 8.3 e ss. 9.6.1) fonti in: D. 12.6 (*De condictione indebiti*); C. 4.5. Sul tema: Sanfilippo, *«Condictio indebiti»* I. *Il fondamento dell'obbligazione da indebito* (1943); Guarino, *L'obbligazione da indebito* (1945), in *PDR*. 6 (1995) 244 ss.

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*» (azione per la restituzione dell'indebito).

86.2.2. Per la esperibilità della *condictio indebiti* il diritto postclassico-giustinianeo richiedeva il concorso di due requisiti: *a*) l'«*error solventis*»; *b*) l'«*error accipientis*». Se il solvente non dimostrava di aver pagato per errore, se ne deduceva che egli avesse voluto gratificare l'accipiente; se l'accipiente non dimostrava di aver ricevuto per suo errore l'*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*, intesa ad ottenere il controvalore della cosa rubata). Tuttavia è molto discusso se il diritto classico esigesse anch'esso il requisito dell'*error solventis* (salvo che nel caso particolare di adempimento di obbligazioni derivanti da fedecommesso): i sostenitori della tesi della irrilevanza dell'errore del solvente pensano cioè che la prova dell'errore compiuto non fosse richiesta, in età classica, per permettere al solvente di esperire vittoriosamente la *condictio*.

86.2.3. Sia in diritto classico sia in diritto postclassico-giustinianeo, si ritenne peraltro che, ove la *solutio* fosse stata fatta a titolo di adempimento di una cd. *obligatio naturalis*, questo comportamento del dante attribuisse all'accipiente il diritto alla cd. «*soluti retentio*» (ritenzione del pagato).

86.3. La *datio sine causa* («dazione senza scopo»), che meglio potrebbe denominarsi «*datio deficiente causa*» (dazione con sopravvenuta mancanza dello scopo), era una prestazione di

---

86.2.2. L'error del solvente come presupposto della *condictio indebiti* è stato escluso, per il diritto classico, da: Solazzi, *Le «condictiones» e l'errore* (1949), in *Scr.* 5 (1972) 1 ss. In senso contrario v. sopra tutto: Voci, *In tema di errore*, in *SDHI.* 8 (1942) 22 ss., e *La dottrina romana del contratto* cit. 101; Sanfilippo, «*Condictio indebiti*» cit. 97 ss.; 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 (favorevole, in linea di massima, alla tesi del Solazzi) è espresso nello scritto cit. *retro* n. 86.2.1.

86.2.3. Sulla *soluti retentio*: *retro* n. 69.3. — Postilla. *Sul «pagamento dell'indebito» nel diritto italiano vigente cfr. a. 2033-2040 cc. Dall'indebito «oggettivo» (che dà diritto alla ripetizione ed ai frutti e interessi, salvo che per le «obbligazioni naturali» e per le prestazioni contrarie al buon costume: a. 2034-2035) il legislatore distingue l'indebito «soggettivo», cioè il pagamento di un debito altrui, che dà diritto alla ripetizione se fatto per errore scusabile (a. 2036).*

86.3. Sulla *condictio sine causa* cfr. D. 12.7, C. 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. — Sulla *condictio ob causam datorum* v. *retro* n. 83.3.1.

dare effettuata a favore di un accipiente, anche senza una puntuale *conventio* tra i due, per uno scopo ben preciso ed esplicito. Se lo scopo diveniva obbiettivamente irrealizzabile, l'accipiente era tenuto alla restituzione di quanto ricevuto. In questa ipotesi il *ius novum*, particolarmente del periodo postclassico, concedeva al dante una *«condictio sine causa»* analoga alla *condictio ob causam datorum* (anche detta *«causa data causa non secuta»*) riconosciuta per obbligazioni derivanti da *conventiones* del tipo *«do ut (des, facias)»*.

86.4. La *datio ob turpem vel iniustam causam* («dazione per uno scopo turpe o ingiusto») era una prestazione di *dare* (avente ad oggetto generalmente danaro) effettuata allo scopo che l'accipiente, anche senza una puntuale *conventio* tra lui ed il dante, compisse una o più azioni turpi o antigiuridiche (es., un omicidio) o non fosse impedito dal compierle. Il *ius vetus* ed il *ius novum* riconobbero al dante la esperibilità di una *«condictio ob turpem (vel iniustam) causam»* per la restituzione. Ma la *condictio* spettava al dante solo se non fosse provato esservi stata *«turpitudo»*, cioè volontà delittuosa anche sua, oltre che dell'accipiente. Se *«turpitudo»* era stata sia del dante sia dell'accipiente, valeva il principio che «a parità di turpitudine prevale chi tra i due detiene la cosa» (*«in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis»*).

86.5. La *iniusta locupletatio* («arricchimento ingiustificato») era ogni *dare*, *o facere* (*o non facere*) che per un qualunque motivo, anche se non illecito, determinasse un arricchimento oggettivamente non giustificato di un soggetto, con connesso

---

86.4. Sulla *condictio ob turpem causam* cfr. 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.* — Sul principio della *par causa turpitudinis*: Honsell, *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte* (1974), spec. 85 ss. La storia di Roma non manca davvero di esempi di quelli che, in un certo linguaggio deteriore odierno, vengono spesso chiamati «contratti» (con implicito riferimento al killeraggio: «to put out a contract»). La preferenza accordata al detentore si riporta al più vasto principio «*occupantis melior est condicio*», su cui: Burge, «*O. m. e. c.*», in ZSS. 106 (1989) 248 ss.

86.5. La *iniusta locupletatio* (così da noi denominata) manca di una trattazione dottrinale esaustiva. V., comunque: Kupisch, sv. *Arricchimento (d. rom.)*, in DIG. — Sulla *condictio ex lege* cfr. D. 13.2; CI. 4.9. — Sulla *condictio certi* e sulla *condictio incerti* cfr. Ulp. D. 12.1.9 pr.-3 (itp.).

depauperamento dell'autore della prestazione. Questa ipotesi ad ampio raggio divenne nel *ius novum* postclassico, ed in particolare nel diritto giustinianeo, una fonte di obbligazioni che dette luogo a due *condictiones* del tutto anomale: *a*) la «*condictio ex lege*», intesa ad ottenere l'adempimento di qualunque *nova obligatio* che fosse stata introdotta da una legge senza specificare un atto particolarmente destinato al suo soddisfacimento; *b*) la cd. «*condictio certi*» (o «*condictio generalis*»), intesa alla restituzione di qualunque prestazione fatta ingiustificatamente a favore di altri. Le due *condictiones* potevano essere fatte valere, oltre che per la restituzione di una cosa ben determinata (*certum*) che fosse stata prestata con profitto ingiustificato dell'accipiente, anche per la rivalsa di un importo da valutarsi in sede di giudizio (*incertum*) corrispondente ad una attività da cui l'accipiente avesse tratto lucro ingiustificato (nel qual caso si parlò di «*condictio incerti*»).

86.5.1. Sempre nel diritto giustinianeo l'ingiustificato arricchimento compì, sebbene in modo non limpido, il salto decisivo di diventare, da motivo di elargizione della *condictio* in specifiche ipotesi e con riguardo a specifiche ragioni, un principio generale, di applicazione praticamente illimitata. Tutte le volte in cui taluno si fosse comunque arricchito a carico 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. Pertanto venne riconosciuta a chiunque la titolarità di un'azione generale (*condictio generalis*), a carattere di «azione sussidiaria», intesa ad eliminare la locupletazione ottenuta con suo depauperamento da un altro soggetto giuridico.

86.5.1. In diritto giustinianeo si ammetteva, per le ragioni indicate nel testo, la concessione al «depauperato», oltre che delle *condictiones*, anche, se del caso, dell'*actio negotiorum gestorum contraria* (retro n. 69.5), e della *rei vindicatio utilis* (retro n. 51.2). — Postilla. *Negli ordinamenti giuridici moderni l'obbligazione da indebito arricchimento è comunemente riconosciuta. Il diritto italiano vigente (a. 2041-2042 c.c.) accoglie e precisa l'impostazione giustinianea.*

CAPITOLO XV

LE «OBLIGATIONES» DI RESPONSABILITÀ

SOMMARIO: 87. Le *obligationes* di responsabilità primaria. — 88. La responsabilità da *iniuria, furtum, rapina*. — 89. La responsabilità da *damnum iniuria datum*. — 90. Le altre obbligazioni di responsabilità primaria. — 91. Le *obligationes* di responsabilità secondaria. — 92. La responsabilità da *mora solvendi* e da *fraus creditorum*.

87. LE «OBLIGATIONES» DI RESPONSABILITÀ PRIMARIA.

87.1. *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*) sia dal *ius honorarium*. La terminologia, sopra tutto in età classica, non fu peraltro univoca, perché i vocaboli

---

87.1. Per le *obligationes* di responsabilità primaria v. le seguenti opere specifiche: Metzl, *Die Obligation im Zeichen des Delikts* (1909); De Visscher, *Les origines de l'obligation «ex delicto»* (1928), in *Ét.* (1931) 11 ss.; Lauria, *«Contractus, delictum, obligatio»* (1938), in *St. e ric.* (1983) 635 ss.; Lavaggi, *«Iniuria» e «obligatio ex delicto»*, in *SDHI.* 13-14 (1947-48) 135 ss.; Pugliese, *«Actio» e diritto subbiettivo* (1939) 54 ss., 242 ss.; Betti, *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi*² (1955) 173 ss.; Sanfilippo, *Gli atti illeciti. Pena e risarcimento* (corso, 1950); Branca, *Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli*, in *St. Volterra* 1 (1971) 99 ss.; Longo (G.), *«Delictum» e «crimen»*, in *SSE.* 88 (1976) 155 ss.; Stein, *School attitudes in the law of delicts*, in *St. Biscardi* 2 (1982) 295 ss.; Cannata, *Delitto e obbligazione*, in *ACOP.* 5 (1992) 23 ss.; Molnár, *System der Verantwortung im röm. R. der späteren Republik*, in *BIDR.* 92-93 (1989-90) 545 ss. La materia è trattata in termini riassuntivi da I. 4.1-5. — Sulla terminologia di «*delicta*», «*maleficia*» ecc.: Albertario, *«Delictum» e «crimen» nel dir. rom. class. e nella legislaz. giustin.* (1923), che sostiene l'autenticità dei due termini in epoca classica; *contra*: Segrè, *«Obligatio, obligare, obligari»*, in *St. Bonfante* 3 (1929) 590 nt. 238. Sul termine «*delinquere*»: Volterra, *«Delinquere» nelle fonti giur. rom.*, in *RISG.* 5 (1930) 117 ss., e *«Flagitium» nelle fonti giur. rom.*, in *AG.* 111 (1934) 39 ss. In particolare, la voce «*delictum*», che era quella più diffusa, proveniva da «*de-linquere*», nel senso di abbandonare il proprio ruolo sociale, di sottrarsi ai propri doveri di consociato. — Sui *quasi delicta*: *retro* n. 43.3 ed *infra* n. 90.1.

«*obligatio*» e «*delictum*» furono rispettivamente usati, almeno in prevalenza, per la responsabilità nascente da quattro illeciti cd. civilistici (il *furtum*, l'*iniuria*, il *damnum iniuria datum* e la *rapina*) e solo per quei quattro atti illeciti. Una tendenza a generalizzare la terminologia si manifestò invece in età postclassica, unitamente alla inclinazione a qualificare il *delictum* anche come «*maleficium*» (malefizio), «*admissum*» (misfatto), «*flagitium*» (atto obbrobrioso) 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 rimasero quelle derivanti dai quattro illeciti civilistici sopra indicati, e «*obligationes quasi ex delicto*», che erano in astratto tutte le altre, mentre in concreto furono limitate a quattro figure soltanto.

87.1.1. Da notare è anche che, col prevalere del *ius novum*, si manifestò la tendenza a non accrescere il numero degli illeciti determinativi di *obligationes* privatistiche, 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 (morte, deportazione, tortura, multe e così via). Comunque, fu solo in età post-romana che gli illeciti *iure privato* si ridussero quasi esclusivamente al *damnum iniuria datum* (danneggiamento ingiusto), essendosi tutti gli altri trasferiti nella sfera del diritto criminale pubblicistico; 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*.

87.1.2. Le caratteristiche delle *obligationes* primarie da atto illecito furono, di regola, le seguenti: *a*) la penalità; *b*) la nos-

---

87.1.1. Sulla evoluzione del concetto di illecito come determinativo di *obligationes*: Albanese, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma*, in *St. Arangio-Ruiz* (1964) 104 ss., nonché *sv. Illecito (d. rom.)*, in *ED.*; Pólay, «*Iniuria dicitur omne, quod non iure fit*», in *BIDR.* 88 (1985) 73 ss.; Santoro, *Illecito e pena privata in età repubblicana*, in *ACOP.* 5 (1992) 375 ss. Per la letteratura sui *crimina* si rinvia alle trattazioni di diritto criminale romano indicate nel *Ragg. bibl.* n. 5.2. — Il concetto specifico di *obligatio ex delicto* fu, sia ben chiaro, il frutto di uno sviluppo progressivo del concetto più elementare di responsabilità da illecito. Sul quando e sul come di questo processo evolutivo sono state formulate molte ipotesi, tutte peraltro estremamente fragili. V. anche retro n. 63.4.3.

87.1.2. I caratteri della responsabilità da illecito rimasero approssimativamente gli stessi (salvo le variazioni che indicheremo di volta in volta) nel passaggio dalla reazione privata del *ius vetus* alla repressione pubblica (sempre più estesa) del *ius novum* postclassico. Si trasformò invece la procedura giudiziaria, che divenne ancora più accentuatamente «inquisitoria» di quanto già non lo salità; *c*) l'individualità; *d*) la cumulatività; *e*) la causalità volontaria.

87.2. La penalità delle *obligationes* primarie da illecito stette a significare che esse furono poste a carico dell'autore del-

---

fosse diventata in ordine alle materie non criminalistiche. V. *retro* n. 13.1 e 2. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni non sempre limitano gli illeciti privati, determinativi di obbligazioni perseguibili nel cd. processo civile, al solo «danno ingiusto». Nei diritti anglosassoni, e in particolare nel diritto inglese, sono considerati «torts» (v. retro n. 63.9) il «trespass» (azione violenta contro la persona e i suoi beni, specie immobiliari), la «conversion» (corrispondente al furto romano), la «nuisance» (molestia di una persona nel godimento dei suoi beni), la «defamation» (diffamazione) e, più genericamente, la «negligence» (pregiudizio procurato ad una persona o ai suoi beni per mancanza all'ordinario dovere di diligenza). Comunque sia, anche là dove la repressione dell'illecito è pubblica, si tiene presente il danno materiale (ed eventualmente anche il «danno morale», cioè il cd. «dolore») che possa essere derivato ad un privato o ai suoi eredi, per ammettere costoro alla relativa azione risarcitoria o «in sede penale (criminale)», mediante la cd. «costituzione di parte civile», o «in separata sede», cioè in un processo civile e subordinatamente all'accertamento di responsabilità del fatto operato in sede penale. Gli ordinamenti penalistici moderni prevedono altresì alcune ipotesi di reato la cui persecuzione in processo pubblico è condizionata ad una richiesta specifica (cd. «querela penale») di chi abbia personale interesse alla punizione (o possa avere interesse a che, tutto sommato, il processo pubblico non segua: caso, ad esempio, della diffamazione).*

87.2. Sul problema della responsabilità penale da atto illecito: Voci, *Risarcimento e pena privata nel dir. rom. class.* (1939); Marton, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, in *RIDA.* 3 (1949) 177 ss.; Visky, *La responsabilité dans le dr. rom. à la fin de la République*, in *RIDA.* 3 (1949) 437 ss.; De Robertis, *La funzione della pena in dir. rom.* (1954); [illegible], *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 dr. rom.*, in *St. Piganiol* (1966) 3 ss. — L'origine della pena privata, come risulterà meglio dai cenni dedicati alla repressione dei singoli illeciti, è da ravvisare nella vendetta originariamente esercitata dal gruppo cui apparteneva l'offeso contro il gruppo, anzi generalmente contro il capo del gruppo, cui apparteneva l'offensore. In taluni casi più gravi, nei quali oltre e più che a un gruppo gentilizio o familiare l'offesa era arrecata alle divinità (compromettendo perciò la *pax deorum*) o alla comunità politica in generale, la reazione vendicativa del gruppo offeso era assorbita da quella dell'intera comunità, nel senso che l'uccisione dell'offensore poteva essere messa in atto da chiunque: caso tipico, quello dell'uccisione non palesemente involontaria di un uomo libero (v. *infra* n. 87.6.1), il cui autore poteva essere a sua volta ucciso dal primo che lo incontrasse. Nei casi meno gravi fu invece praticata (e in taluni casi imposta), in luogo della vendetta, la composizione pecuniaria tra le parti: dal che derivò, col procedere del tempo, la concezione della *poena privata* come ammenda pecuniaria da richiedere, se del caso, in giudizio mediante un'*actio in personam*. — Sulle *actiones populares*: Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»* (1958, r. 1995), con bibl.; [illegible], *Observations sur les «actiones populares»*, in *St. Grosso* 6 (1974) 13 ss.; Lozano y Corbi, *La legitimación popular en el proceso romano clásico* (1982); Di Porto, *Interdetti popolari e «res in usu publico»*, in *St. Provera* (1994) 481 ss.; Gutiérrez-Masson, *Las acciones populares*, in *St. Murga* (1994) 739 ss. Queste azioni penali, dette *populares* perché spettanti ad un «*quivis de populo*» (purché, ovviamente, capace di diritti e capace di agire in giudizio), vennero in essere nel corso del periodo preclassico, e principalmente ad opera del *ius honorarium*, in relazione a certi illeciti che, pur non essendo giudicati meritevoli di repressione pubblica (cioè a titolo di *crimina*), erano tuttavia considerati tali, per la loro incidenza anche sul pubblico interesse, da non dover restare (possibilmente) impuniti: pertanto, ove mancasse una parte lesa ben individuata ed ove questa vi fosse, ma non se la l'illecito (o di chi fosse comunque ritenuto responsabile di un fatto lesivo di un interesse privato) a titolo di espiazione, di castigo, di sofferenza («*poena*»): sofferenza in origine fisica, ma poi progressivamente ridottasi all'obbligo di pagare una *somma* di danaro, una «penale» pecuniaria, 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*. Autorizzata ad esercitarla era, di regola, la vittima dell'azione antigiuridica; ma in taluni casi all'azione penale si riconosceva la caratteristica di «*actio popularis*» («azione popolare»), cioè di azione esercitabile da chiunque («*quivis de populo*») avesse scoperto l'illecito e volesse assumersi, al fine di lucrare la *poena*, l'onere (e il connesso rischio) di promuovere il giudizio contro il responsabile.

87.2.1. A parte l'*actio poenalis*, la vittima dell'illecito (ed essa soltanto) aveva solitamente a sua disposizione anche un'«*actio reipersecutoria*», intesa alla riparazione del pregiudizio economico subito (quindi una *reivindicatio* o una *condictio*). Ma si dava anche 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*.

87.2.2. Le *actiones poenales* riconosciute dal *ius civile* non erano soggette a termini di decadenza, valevano dunque *in perpetuum*: 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* create dal *ius honorarium* per la 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*»). È da aggiungere che tutte le *actiones poenales*, comprese quelle esperibili oltre l'anno, subivano talora, dopo il decorso del primo

---

sentisse di promuovere il giudizio (eventualmente nel timore di non riuscire a vincerlo e di esporsi pertanto alla *poena temere litigantium*), chiunque altro era ammesso (beninteso, a suo rischio e pericolo) a chiedere giudizialmente la pena per sé. Situazione, quella dell'*actio popularis*, per molti versi parallela a quella dell'*accusator* in un *iudicium publicum* e costituente indizio abbastanza evidente di una progressiva evoluzione del pensiero giuridico romano verso il concetto della repressione esclusivamente pubblicistica di ogni sorta di illecito. Sulle ipotesi di «*interdicta popularia*»: retro n. 59.9.2.

87.2.1. Sulla distinzione tra *actiones poenales*, *reipersecutoriae* e *mixtae*: retro n. 9.5.

87.2.2. Sulla durata delle azioni penali: Beretta, *L'annualità delle azioni pretorie nel dir. rom. class.*, in *RISG.* 85 (1948) 353 ss., 86 (1949) 365 ss.

anno, una limitazione: la condanna non poteva più essere chiesta in un multiplo del pregiudizio sofferto (*in duplum, triplum* ecc.), ma poteva essere soltanto chiesta *in simplum*.

87.3. La **nossalità** delle *obligationes* primarie da illecito era una caratteristica connessa con la struttura originaria del *delictum*, anticamente denominato anche «*noxa*» (da *nocère*, nuncere). Nell'età più vetusta, quando dalla commissione del *delictum* derivava l'esercizio della vendetta da parte del gruppo gentilizio o familiare cui appartenesse l'offeso, il capo del gruppo di cui faceva parte l'offensore poteva esimersi da ogni reazione, consegnando spontaneamente l'offensore, suo sottoposto, all'altro gruppo. Questa antichissima consuetudine rimase in vita nell'età storica sino a tutto il periodo classico: ragion per cui 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*» («azione nossale»), nel senso che il convenuto (*dominus* o *pater*) poteva liberarsi dalla responsabilità mediante il trasferimento alla parte lesa della sua *potestas* (*dominica* o *patria*) sul colpevole («*noxae deditio*», «dazione a nossa»), oppure rimettendo alla parte lesa il cadavere dell'offensore. In mancanza di dazione a nossa, il *dominus* o *pater* significava implicitamente il proposito

---

87.3. Sulla **nossalità**: Girard, *Les actions noxales* (1887), in *Mél.* 2 (1913) 307 ss.; Lenel, *Die Formeln der «actiones noxales»*, in *ZSS.* 47 (1927) 1 ss.; Biondi, *«Actiones noxales»*, in *AUPA.* 1925; id., *Problemi ed ipotesi in tema di «act. nox.»*, in *BIDR.* 36 (1928) 99 ss.; De Visscher, *Le régime romain de la noxalité* (1947); Sargenti, *Contributo allo studio della responsabilità nossale in dir. rom.*, in *SPI.* 1949; id., *Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale in dir. rom.* (1950); Pugliese, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *St. Carnelutti* 1 (1950) 113 ss.; id., *Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *St. Albertario* 1 (1953) 233 ss.; Lévy-Bruhl, *Sur l'abandon noxal*, in *St. 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.; Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* etc. (1976); Tilli, *«Dominus sciens» e «servus agens»*, in *Labeo* 23 (1977) 16 ss.; Giménez Candela, *Posesión de buena fe y noxalidad*, in *AHDE.* 47 (1977) 813 ss.; ead., *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (1981); Benöhr, *Zur Haftung für Sklavendelikte*, in *ZSS.* 97 (1980) 273 ss.; Sargenti, *«Innovatio in iure», «iudicium noxale», «iudicium sine noxae deditione»*, in *SDHI.* 48 (1982) 396 ss. Sull'argomento v. anche retro n. 39.2.2. — Per la **terminologia**: Lisowski, sv. *«Noxia, Noxa, Noxalis actio»*, in *PW. Suppl.* 7 (1940) 587 ss. — Nei **rapporti internazionali**, a scarico di responsabilità della *civitas* o *respublica*, famosi i casi di Brutulus Papius (Liv. 8.39), della *pax Caudina* (Liv. 9.1 ss.), di Hostilius Mancinus (Val. Max. 2.7.1). In ordine ai due ultimi: Guarino, *La coerenza di Publio Mucio* (1981) 97 ss.; id., *«Pax Caudina»* (1986), in *PDR.* 3 (1994) 299 ss. — Sulle **obbligazioni ambulatorie**: retro n. 65.5. — La **noxae deditio** si effettuava mediante *mancipatio* o *in iure cessio* del sottoposto. Inutile dire che essa poteva essere un modo per il *pater familias* di scaricare sul sottoposto la propria personale responsabilità: espediente non estraneo alla vita moderna.

di assumere su di sé le conseguenze del delitto commesso dal suo sottoposto («*servum vel filium defendere*»). E si noti che la responsabilità del delitto commesso dal sottoposto si trasmetteva anche ai successivi aventi potestà sullo stesso («*noxa caput sequitur*», il marchio della nossa segue l'individuo autore dell'illecito), sicché l'obbligazione *ex delicto* relativa era un'obbligazione passivamente «ambulatoria», almeno sino a quando il colpevole venisse a morte.

87.3.1. 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 filiale, 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.

87.3.2. Un'antichissima applicazione del principio di nossalità si ebbe anche in ordine al caso di «*pauperies*», cioè di «deva-

---

87.3.1. Per il regime giustinianeo cfr. 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.*

87.3.2. Per l'*actio de pauperie* (e sull'«*actio de pastu*») cfr. I. 4.9 pr. e D. 9.1. In particolare cfr. Ulp. D. 9.1.1 pr.: *Si quadrupes pauperiem fecisse 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*; Paul. D. 9.1.4: *Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal* (per es. un bipede) *pauperiem fecit*. Sul tema: Haymann, *Haftung für Tierschaden* etc., in ZSS. 42 (1921) 357 ss.; Fliniaux, *Une vieille action du dr. rom.: l'«a. de pastu»*, in St. Cornil 1 (1926) 245 ss.; Ankum, *L'«a. de paup.» et l'«a. legis Aquiliae» dans le dr. rom. class.*, in St. Sanfilippo 2 (1982) 11 ss.; Giangrieco Pessi, *Ricerche sull'«a. de paup.» dalle XII Tav. ad Ulpiano* (1996), con bibl.; Ead., *L'«interpretatio prudentium» nell'evoluz. dell'«a. de paup.»* etc., in St. Gallo 1 (1997) 285 ss. — Sul *contra naturam* e sul suo carattere limitativo della responsabilità (a nostro avviso di marca postclassica) v. anche: Triantaphyllopoulos, *«Contra naturam»*, in St. Guarino (1984) 3415 ss.; Modrzejewski, *Ulpien et la nature des animaux*, in *La fil. greca e il dir. rom.* 1 (1976) 177 ss. — I danni provocati da *ferae bestiae* (animali selvatici e non addomesticati: retro n. 50.8) ad uomini e cose furono perseguiti da un editto edilizio (*edictum de feris*) con pene pecuniarie a carico di chi, proprietario o non, avesse mancato di custodirli e frenarli adeguatamente: cfr. Ulp. D. 21.1.40 e 42, in cui si parla esemplificativamente di cani (selvatici), cinghiali e animali similari, lupi, orsi, pantere, leoni stazione», e quindi di danno patrimoniale, causato da bestiame domestico malcautamente custodito. 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 («*noxiam sarcire*»), 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 di *pauperies* solo per i danni arrecati dalle sue bestie con esplicazioni contrarie alla loro normale natura («*contra naturam*», 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.

87.4. La individualità delle *obligationes* primarie da illecito implicava in origine che esse attenessero 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) sia passivamente (ai successori dell'*obligatus*).

87.4.1. Nel corso dell'età preclassica e classica la giurisprudenza romana si mostrò, per ovvi motivi di equità, accentuatamente sfavorevole 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*» (azioni reclamanti vendetta), più intimamente collegate con l'originario sistema della vendetta, quali, ad esempio, l'*actio iniuriarum* o l'*actio sepulchri violati*.

---

portati incautamente in giro in luoghi pubblici. Sul punto: Rodríguez-Ennes, *Estudio sobre el «edictum de feris»* (1992), con bibl. — Una *lex Pesolania de cane* si trova citata in PS. 1.15.1 come integrativa dell'*actio de pauperie* con riferimento ai cani (domestici). Il misterioso provvedimento (un plebiscito?) fu forse emesso per risolvere ogni dubbio in ordine ai danni provocati nei fondi altrui dai validi cani da guardia (animali ai limiti della ferocia) di cui si usava per difendere le proprietà immobiliari (avvertendone spesso il pubblico con la scritta «*cave canem*»). Sul punto: Marqueron, *Les dommages causés par des chiens etc.*, in *St. Scherillo* (1972) 133 ss.; Cafaro, «*Lex P. de c.*», in *Index* 28 (2000) 279 ss.

87.4. Sull'individualità delle *actiones poenales*: 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.

87.4.1. Sull'intrasmissibilità (attiva e passiva) delle azioni penali cfr. Gai 4.112: *Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. sed heredi... actoris huius modi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.* — Sulle *actiones vindictam spirantes*: retro n. 9.5.2.

87.4.2. Il principio della «intrasmissibilità passiva» delle azioni penali si mantenne invece molto più fermo nei tempi. 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'azione penale poteva essere esercitata, nei riguardi degli eredi del responsabile, solo limitatamente al *quantum* di cui gli eredi stessi si fossero effettivamente arricchiti («*in id quod ad eos pervenit*»).

87.5. La cumulatività delle *obligationes* primarie 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 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 integralmente su ogni singolo soccombente ed era da prestarsi integralmente 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* (reati) 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*.

87.6. La causalità volontaria delle *obligationes* primarie da illecito implicava che esse, salvo rarissime eccezioni, derivas-

---

87.4.2. 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. Cfr. Gai. D. 50.17.139 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*.

87.5. Sulle obbligazioni cumulative: *retro* n. 65.3 (ove si indicano in nota i casi di cumulatività *ex iure* riportati dalla Compilazione giustinianea). — Sulla cumulatività ex poena: *retro* n. 65.3.1. — Va avvertito subito che la cumulatività *ex poena* non deve essere confusa con il cumulo delle pene, cioè con il fatto che, se un soggetto compiva due o più illeciti, le *poenae* relative ovviamente si cumulavano. Cfr. Ulp. D. 47.1.2 pr.-1: *Numquam 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*.

87.6. Sulla causalità volontaria delle *obligationes ex delicto*, con particolare riguardo alle origini: Kaser, *Typisierter «dolus» im altröm. R.*, in *BIDR* 65 (1962) 79 ss. V. anche: Robaye, *Responsabilité objective ou subjective en dr. rom.*, in *T.* 58 (1990) 345 ss.; Rizzelli, «*Qui consilio dolo malo*», in *BIDR*. 96-97 (1993-94), 293 ss. — La responsabilità oggettiva non era ignota alle origini, nell'ambito della *civitas* entro cui fiorì l'antichissimo *ius Quiritium*, ma trovò applicazione, per quanto è dato intuire, solo al di fuori del *ius Quiritium*, cioè solo sero da un atto illecito, cioè da un «fatto volontario» commesso dall'*obligatus* o da un suo sottoposto. Sin dai più antichi tempi, contrariamente a ciò che si può essere indotti a credere a tutta prima, la evidente involontarietà del fatto lesivo dell'altrui persona o dell'altrui patrimonio non autorizzò la vendetta dell'offeso e non determinò per conseguenza la *obligatio* dell'offensore verso quest'ultimo. Ipotesi eccezionali di responsabilità penale per fatto involontario (ipotesi cioè di «responsabilità penale oggettiva») furono configurate, nel corso del periodo preclassico e dei periodi successivi, in numero molto ristretto anche a causa del progressivo trasferimento degli illeciti relativi dalla sfera del *ius privatum* a quella del *ius criminale*.

87.6.1. In ordine agli atti illeciti produttivi di *obligationes ex delicto* (o a queste assimilate) la distinzione tra *culpa* (vo-

---

a titolo di responsabilità verso gli dei oppure verso la *civitas*. Valga ad esempio l'antichissimo principio attribuito ad una legge di Numa Pompilio (cfr. Fest. L. 248 sv. «*Pellices*»), secondo cui la *paelex* (concubina di un uomo sposato, meretrice) era responsabile sul piano religioso per il solo fatto di aver toccato l'altare di Giunone («*Paelex aram Iunonis ne tangito: si tangit, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito*»). La «vendetta del gruppo offeso», che fu la matrice delle *obligationes ex delicto*, era invero una reazione volontaria ad una offesa che si presupponeva a sua volta volontaria: che poi la responsabilità dell'offesa, pur essendo stata questa compiuta da un membro del gruppo, si addossasse al suo *pater familias* (o al *pater gentis*), dipendeva dalla carica esponenziale rivestita da quest'ultimo (al quale era concesso, d'altronde, di liberarsi della sua responsabilità con la *noxae deditio*).

87.6.1. La concezione originaria del *dolus* come semplice «volontarietà dell'atto» (e non anche come volontarietà dell'evento) è dimostrata non solo dalla elaborazione relativamente tarda del concetto di *culpa* (v. *infra* n. 89.3.4), ma anche, a tacer d'altro, dall'antica precisazione attribuita alle *XII tabulae* (8.24a): «*Si telum manu fugit, magis quam iecit, aries subicitur*»: disposizione con cui si scansava ogni dubbio circa la inammissibilità della reazione privata (da sostituirsi, in questo caso, col sacrificio di un ariete) quando il lancio di un dardo, da cui fosse derivata morte o lesioni personali, non apparisse chiaramente voluto. L'argomento, che riguarda anche il *ius criminale*, meriterebbe comunque maggiore approfondimento. — A proposito dell'omicidio, non può tralasciarsi di fare cenno di una questione che sino ad un certo punto riguarda la repressione criminale, ma che in realtà incide sulla concezione semplicistica del *dolus* che, secondo noi, avevano gli antichi *Quirites*. Stando a Fest. L. 247 sv. «*parricidi quaestores*», una leggendaria legge di Numa Pompilio avrebbe disposto «*si qui hominem liberum dolo sciens morti duit paricidas esto*»: il che (sorvolando sulle molte ipotesi, e talora fantasie, avanzate al riguardo) sembra ragionevolmente significare che l'uccisore di un concittadino poteva essere dei pari ucciso, a termini di taglione, sia dai familiari della vittima sia da chiunque altro, purché avesse inequivocabilmente operato sapendo ciò che faceva (di qui l'iterazione intensiva «*dolo sciens*»). Ora un passo di Servio (in Verg. buc. 4.43) attribuisce alla stessa antichissima epoca il principio per cui «*si quis imprudens occidisset hominem pro capite occisi agnatis eius in contione* (?) *offerret arietem*»: per quanto può valere questo richiamo impreciso e atecnico, sembra supponibile che l'uccisore potesse dare agli agnati dell'ucciso un ariete (da sacrificare agli dei in luogo della sua persona) solo quando avesse compiuto l'omicidio in evidente mancanza di discernimento, di consapevolezza, di prudenza. La deduzione è che il *dolus* dell'omicida esposto al taglione (al «*paricidas esto*») non fosse limitato alla volontà dell'evento, ma si estendesse alla pura e semplice volontarietà dell'atto (anche se compiuto, insomma, senza volontà specifica di uccidere). Il che, del lontarietà del fatto) e *dolus* (volontarietà anche dello specifico evento lesivo determinato dall'atto) fu operata con chiarezza solo nel corso dei periodi classico e postclassico, nei quali vennero perseguite con minore severità certe ipotesi considerate rilevanti solo in presenza del *dolus* dell'agente, e con severità via via maggiore altre ipotesi, per le quali si riteneva bastasse esservi stata la *culpa* (differenziata, quest'ultima, come vedremo, in *lata*, *media*, *minima*). La regola era, in mancanza di più specifiche esigenze, che fosse sufficiente la volontarietà dell'atto illecito (cioè la cd. *culpa*) a dar luogo all'*obligatio*; ma è bene avvertire che, prima che si facesse puntigliosa differenza tra *dolus* e *culpa* (il che avvenne particolarmente nel periodo postclassico), il termine usualmente utilizzato per indicare all'ingrosso la volontarietà del fatto (con o senza volontà dell'evento) fu quello più antico di «*dolus*» (malizia) e non ancora quello più recente di «*culpa*».

88. La responsabilità da «iniuria», «furtum», «rapina».

88.1. I quattro illeciti che la giurisprudenza romana unanimemente qualificò come *delicta*, inquadrandoli nel sistema del *ius civile* («delitti civilistici»), furono: *a*) l'*iniuria*; *b*) il *furtum*; *c*) la *rapina*; *d*) il *damnum iniuria datum*. Di essi, peraltro, i primi tre presentarono caratteristiche e sviluppi alquanto diversi dal quarto, che merita pertanto di essere rinviato a trattazione separata.

88.2. La fattispecie più antica fu probabilmente costituita dall'illecito qualificato col termine piuttosto generico di *iniuria*

---

resto, si accorda con un sistema primitivo, che badava alle apparenze esteriori e non era predisposto per più approfondite analisi del cd. «elemento psichico» dell'atto illecito.

88.1. Per l'elenco dei cd. *delicta civilistici* cfr. 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, cum ex contractu obligationes in quattuor genera diducantur, sicut supra exposuimus.*

88.2. Sull'*iniuria*: Hitzig, «*Iniuria*» (1899); Huvelin, *La notion de l'«iniuria» dans le très anc. dr. rom.*, in *St. Appleton* (1903) 369 ss.; Pugliese, *Studi sull'«in.»* 1 (1941); Di Paola, *La genesi storica del concetto di «in.»*, in *AUCT*. 1947; Marrone, *Considerazioni in tema di «in.»*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1964) 475 ss.; Birks, *The early history of «in.»*, in *T*. 37 (1969) 163 ss.; Raber, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche* (1969); Plescia, *The development of «in.»*, in *Labeo* 23 (1977) 271 ss.; Manfredini, *Contributi allo studio dell'«in.» in età repubblicana* (1977); Gioffredi, *In tema di «iniuria» etc.*, in *Nuovi St.* (1990) 145 ss.; Santa Cruz Teijeiro, *La «iniuria» en el der. rom.*, in *St. Sanfilippo* 2 (1982) 521 ss.; Hagemann, *«Iniuria» etc.* (1998). Per le fonti: I. 4.4; D. 47.10 (*De iniuriis et famosis libellis*); C.I. 9.35. — La («ingiuria», ma nel senso di «attacco antigiuridico» o di «offesa ingiusta»). 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 sopraffazione, anche non violenta, nei confronti di lui o dei suoi sottoposti, sempre che questi atti non sconfinassero in ipotesi di *crimina* (*homicidium*, violenze gravi previste e punite dalla *lex Cornelia de iniuriis* dell'81 a. C. e via dicendo). Ma a questa configurazione così ampia si giunse per gradi, attraverso successivi momenti rappresentati dal *ius Quiritium*, dal *ius legitimum vetus* e dal *ius honorarium*. Nel sistema del *ius Quiritium*, infatti, l'illecito era costituito dai soli atti di violenza fisica che ledessero gli interessi di un gruppo familiare: questi atti determinavano la giusta 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.

88.2.1. Le XII tavole, cioè l'espressione più autorevole del *ius legitimum vetus*, portarono ordine e temperamenti alla situazione originaria ed alle incertezze e controversie dalla stessa implicate. Esse distinsero tre ipotesi: *a*) il «*membrum ruptum*» («menomazione dell'integrità fisica»), che consisteva nell'asporta-

---

casistica dell'*iniuria* in Gai 3.220 rappresenta il regime ultimo e più sviluppato del delitto: *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.* In materia: Pólay, «Iniuria» types in Rom. L. (1986). — Degli estendimenti del delitto ad ipotesi di violenza non fisica parleremo *infra* n. 90.2.

88.2.1. Il regime decemvirale dell'*iniuria* è ricostruito nelle XII tab. 8.2 e 8.4. Cfr. 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, velut 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 pecuniariae poenae esse.* Per la letteratura: 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 altröm. R.*, in ZSS. 82 (1965) 132 ss.; Watson, *Personal injuries in the XII tables*, in T. 43 (1975) 213 ss.; Völkl, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen röm. R.* cit. (1984). È appena il caso di segnalare: *a*) che le figure del «*membrum ruptum*» e dell'«*os fractum*» sono di ricostruzione molto controversa; *b*) che la cd. «*iniuria simplex*» era in realtà, nel regime decemvirale, l'illecito indeterminato di ogni assalto fisico che non avesse l'entità del *membrum ruptum* e dell'*os fractum*; *c*) che Gaio qualifica tenue la pena pecuniaria disposta dalle *XII tabulae* perché la valuta, piuttosto ingenuamente, secondo i parametri monetari del suo tempo. Sul tema: Bignardi, *«Frangere» e «rumpere» nel lessico normativo e nell'interpret. prud.*», in Om. Gallo 1 (1997) 33 ss.

zione o inutilizzazione perpetua di un arto e quindi nell'indubbia e definitiva e gravissima diminuzione della integrità fisica del soggetto; *b*) l'«*os fractum*» («fratturazione ossea»), che consisteva nella rottura di un osso, produttiva, in genere, a guarigione avvenuta, di una malformazione fisica scarsamente influente sulle attitudini lavorative e sull'estetica della vittima; *c*) l'«*iniuria*» pura e semplice (cd. «*iniuria simplex*»), consistente in ogni altra lesione fisica lieve, di grado minore, quindi perfettamente guaribile, nonché eventualmente nelle offensive «percosse» (per esempio, schiaffi). Relativamente al *membrum ruptum* non fu confermata la liceità della vendetta indiscriminata, ma nemmeno fu abolita la preesistente prassi del taglione: i decemviri si limitarono a dare rilievo giuridico alla possibilità che le parti si accordassero con un patto per surrogare la vendetta mediante un risarcimento («*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*»). Relativamente all'*os fractum*, fu, invece, del tutto esclusa la vendetta e fu stabilita una pena pecuniaria fissa da pagarsi al capo del gruppo offeso (300 assi se la frattura fosse stata prodotta ad 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.

88.2.2. Con l'andar del tempo, il sistema delle XII tavole si rivelò tuttavia inefficiente per vari versi: da un lato, perché la

---

88.2.2. Sull'*actio iniuriarum* cfr. 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*. Variamente sul tema: Cenderelli, *Il carattere non patrimoniale dell'«actio iniuriarum»*, in *Iura* 15 (1964) 159 ss.; Wittmann, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, in *ZSS*. 91 (1974) 285 ss.; Manfredini, «*Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis*», in *AUFE*. 5 (1992) 65 ss. — L'introduzione dell'*actio iniuriarum* fu ricollegata (non si sa quanto scherzosamente) da Labeone (cfr. Gell. 20.1.13) all'aneddoto di un tal Lucio Verazio, personaggio ricco ed insolente (ma anche spiritoso), il quale, 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 denaro di pagare all'istante venticinque assi di penale a ciascuno degli offesi. Sul punto: Birks, *Lucius Veratius and the «lex Aebutia»*, in *St. Daube* (1974) 39 ss.; Gabano, *Verazio il cavaliere*, in *St. Guarino* (1984) 1881 ss.; Manfredini, *Contributi* cit.; Guarino, *Labeone e gli schiaffi* (1992), in *PDR*. 5 (1994) 125 ss. (ove si osserva che, supponendo che l'aneddoto sia vero, gli schiaffi di Verazio non andavano oltre i limiti di scherzosi e cordiali buffetti: altrimenti, sarebbe stato ovvio che gli schiaffeggiati restituissero a Verazio sia gli schiaffi sia gli assi, anzi approfittassero della levità della pena fissata dalle XII Tavole per moltiplicare, con modica spesa, la reazione all'offesa arrecata loro da Verazio). — Sulle varietà delle fattispecie: *infra* n. 90.2. — Sulle ipotesi di *iniuria atrox*, cfr. Gai 3.225: *Atrox autem iniuria aestimatur vel ex facto, velut si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibusve caesus fuerit;*

coscienza sociale più non tollerava ormai, in nessun caso, la possibilità del taglione; 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 sempre più irrisoria a causa della svalutazione monetaria. Di qui lo spunto per l'intervento del *ius honorarium*. Nel sec. I a. C. il pretore introdusse infatti la cd. *«actio iniuriarum aestimatoria»* («azione di stima delle ingiurie»), infamante, valevole per ogni e qualsiasi caso di lesione offensiva, ma intrasmissibile agli eredi della vittima e dello stesso autore dell'illecito. 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 entità della lesione prodotta ed alle stesse sue conseguenze di carattere patrimoniale: il *iudicium* pretorio 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 stesso a prestabilire, sia pure indirettamente, l'ammontare (particolarmente elevato) della pena da irrogarsi dal giudicante: in sede di *vadimonium*, egli fissava una *«summa vadimonii»* tanto ingente (per permettere al convenuto di ottenere il differimento), che ben difficilmente i *recuperatores* o il *iudex privatus* si sarebbero poi scostati da quella autorevole indicazione (coincidente di solito con l'importo massimo fissato dalla *taxatio*) ove giungessero a ritenere provate le asserzioni dell'attore.

88.2.3. Vittima dell'azione ingiuriosa, e quindi titolare dell'*actio iniuriarum*, era il soggetto giuridico: non solo, si badi, se

---

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 condemnanto; s.n.p.a.*». — Sulla *taxatio*: Nörr, Zur «*t.*» bei der «*a. iniur.*», in On. Ankum (1995) 403 s. — L'*actio iniuriarum aestimatoria* era intrasmissibile attivamente o passivamente agli eredi perché «*vindictam spirans*». V. anche: Selb, Die Formel der Injurienklage, in On. Beinart 2 (1979) 29 ss.

88.2.3. Sull'*iniuria commessa su un servus* cfr. Gai 3.222: *Servo autem ipsi quidem nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri videtur; non tamen isdem 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.* Il ricorso all'*actio iniuriarum* anziché all'*actio legis Aquiliae* era evidentemente motivato dal fatto che una *iniuria* «*in contumeliam domini*» (come la bastonatura di un suo schiavo) induceva il *dominus* offeso a pretendere la soddifosse stato leso lui personalmente, ma anche se fosse stato leso un suo sottoposto libero o schiavo. Tuttavia nel caso delle percosse o lesioni inferte al *servus*, la *lex Aquilia de damno dato* accordava al *dominus* (o alla *domina*), come vedremo tra poco, anche l'azione di risarcimento, sicché all'*actio iniuriarum* non si faceva generalmente ricorso. 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, non al *dominus*.

88.2.4. Autore dell'*iniuria* poteva essere, oltre che un 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 in tal caso attenuata: il sottoposto era cioè consegnato all'offeso solo affinché lo fustigasse, ma con obbligo di restituirlo.

88.3. Il *furtum* («furto»), illecito quasi altrettanto antico dell'*iniuria*, consisteva nella sottrazione volontaria, ma non violenta di una cosa mobile (ivi compresi gli animali subumani e gli schiavi) al suo attuale «detentore», anche se non proprietario del bene. Di fronte a questo atto palesemente arbitrario, già dai più antichi tempi la coscienza sociale (pur se non proprio il coevo *ius Quiritium*) fu orientata nel senso che il derubato potesse reagire e riprendersi la refurtiva presso il ladro o presso chi l'avesse ricevuta dal ladro. Tuttavia il comportamento del deru-

---

sizione di far ricadere sull'offensore l'*infamia*. Codice 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).

88.2.4. 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: Spagnuolo Vigorita, «*Actio iniuriarum noxalis*», in *Labeo* 15 (1969) 35 ss.

88.3. Sul *furtum*: Huvelin, *Études sur le «furtum» dans le très ancien dr. rom. 1. Les sources* (1915); Jolowicz, *Digest XLVII 2 «de furtis»* (1940); 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 (1930) 489 ss.; Gaudemet, *À propos du «furtum» à l'époque classique*, in *Labeo* 7 (1961) 7 ss. Tralasciamo la vastissima letteratura speciale sulla casistica. Per le fonti cfr.: Gai 3.183-208; I. 4.1; D. 47.2 (*De furtis*); CI. 6.2. — Il furto dello schiavo era ritenuto possibile, ma solo se e quando il *servus* non partecipasse con la sua volontà al misfatto, non si facesse cioè convincere a diventare *servus fugitivus*. Cfr. Ulp. D. 47.2.36 pr.: *Qui servo persuasit ut fugeret fur non est, nec enim qui alicui malum consilium dedit furtum facit... sed si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio eius furtum factum sit* (ecc.). — Sul *furtum rerum immobilium*: *infra* n. 88.4.1.

bato si esplicava spesso in maniera smodata: sia perché la reazione poteva spingersi sino alla uccisione del ladro scoperto in flagrante, sia perché la ricerca del ladro non flagrante, allo scopo di recuperare la refurtiva, implicava dissidi violenti tra le *familiae*, a tutto discapito per la pace sociale.

88.3.1. Anche in ordine al *furtum* fu il *ius legitimum vetus*, con le XII tavole, ad introdurre una prima ed approssimativa disciplina limitativa della reazione del derubato. Esso distinse fondamentalmente due ipotesi: *a*) quella del «*furtum manifestum*» («furto flagrante»), cioè del ladro (*fur*) colto sul fatto, in ordine

---

88.3.1. In particolare sul *furtum manifestum* e *nec manifestum* cfr. Gai 3.184-185: *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit* (*fur*) *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*. Come si vede, il concetto di «non flagranza» dipendeva dall'estensione che si assegnava al concetto di «flagranza», ed è ovvio che il derubato tendesse ad estendere il più possibile l'ipotesi di flagranza (con conseguenze addirittura a suo favore) nei confronti del più o meno sospetto ladro. Cfr. anche: XII tab. 8.12.13.16; Cic. pro Tull. 20.47 e 21.50; Gell. 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 v. partic.: Arangio-Ruiz, *La répression du vol flagrant et non flagrant dans l'anc. dr. rom.* (1932), in *Scr.* 2 (1974) 371 ss.; Berger, *Dig. IX.2.4.1 und das «endoplorato» der Zwölftafeln*, in *St. Albertoni* 1 (1934) 379 ss.; Wieacker, *«Endoploratio», Diebstahlsverfolgung und Gerüft im altröm. R.*, in *St. Wenger* (1944) 129 ss.; Kohacek, *«Si se telo defendit»*, in *St. Arangio-Ruiz* 3 (1953) 147 ss.; Bonini, *D. 48.19.16 (Claudius Saturninus «de poenis paganorum»)*, in *RISG.* (1961) 119 ss.; Solazzi, *Dispute romanistiche 1. Furto di notte e desuetudine della legge* (1933), in *Scr.* 3 (1960) 399 ss.; Thomas, *D. 47.2.21*, in *St. 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.; La Rosa (R.), *La repressione del «furtum» in età arcaica* cit. (1990); Balzarini, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, in *ACOP.* 8 (1992) 49 ss.; Guarino, *Il «fur nec manifestus»* (1993), in *PDR.* 4 (1994) 194 ss. — Sull'*endoploratio*, nell'ipotesi «*si se telo defendit*», v. anche, in particolare: Wieacker cit. con bibl.; Corbino, *«Si nox furtum faxit, si im occisit iure caesus esto»*, in *Il problema della pena criminale* (1993) 243 ss.; Guarino, *L'«endoploratio»*, in *PDR.* 4 (1994) 193 ss. Dato che il *furtum manifestum* era, in pratica, accertabile come tale dal derubato solo se alla sua commissione fossero stati presenti dei testimoni (eventualmente chiamati a gran voce per la constatazione del delitto), è presumibile che la «*endoploratio*» fosse qualcosa di diverso dalla chiamata dei testimoni: cioè la diffida, anzi l'ingiunzione, rivolta dal derubato al *fur manifestus* acché non facesse uso delle armi impugnate. Contrariamente a quanto sostenuto da vari autori (da ultimo, Corbino cit.) l'*endoploratio* non era infatti richiesta nell'ipotesi di furto notturno (cfr. Macrob. *Saturn.* 1.4.19). — Sulla *venditio trans Tiberim*: retro n. 8.6.

alla quale fu stabilito che il derubato potesse operare sul momento la *manus iniectio* del ladro e portarlo in vincoli davanti al magistrato giusdicente, affinché questi pronunziasse la assegnazione («*addictio*») del *fur* a lui (dal che conseguiva che egli acquistasse in *mancipium* il ladro e potesse operarne la «*venditio trans Tiberim*» quando nessuno si fosse offerto di riscattarlo nel corso di tre mercati consecutivi); *b*) quella del «*furtum nec manifestum*» («furto non flagrante»), in ordine alla quale fu stabilito che il derubato dovesse citare in giudizio il presunto ladro (o l'avente *potestas* su di lui) mediante la *legis actio sacramenti in personam*, allo scopo di provarne la reità e di ottenerne la condanna alla pena del doppio (*duplum*) del valore della cosa rubata. Solamente in due casi di *furtum manifestum* il derubato poteva spingere la sua reazione al punto di uccidere il ladro: quando il ladro fosse colto a rubare di notte («*si nox faxit*») e quando il ladro si difendesse con le armi dal tentativo del derubato di mettergli le mani addosso («*si se telo defendit*»). Ma in questa seconda ipotesi il derubato doveva aver prima espressamente implorato il ladro di deporre le armi («*endoploratio*»).

88.3.2. Le XII tavole contemplarono anche due ipotesi aggravate di *furtum nec manifestum*, fissando per esse la pena del *triplum*: *a*) quella del *furtum conceptum* (letteralmente, «furto nascosto»; più propriamente, «ricettazione»), di cui era tenuto responsabile colui nella cui casa il derubato riuscisse a reperirvi la *res furtiva* che vi era stata nascosta; *b*) quella del «*furtum oblatum*» (letteralmente, «furto trasferito»), che si aveva quando il reo di *furtum conceptum* riuscisse a dimostrare che la *res furtiva* gli era stata consegnata, per tenerla in casa, da un terzo (fosse o non fosse il ladro), sul quale ultimo il ricettatore si rifaceva del *triplum* prestato al derubato in sede di condanna nell'*actio furti concepti*. Un sistema di responsabilità, come si vede,

---

88.3.2. Sulle ipotesi aggravate di «*furtum nec manifestum*» cfr. Gai 3.186-187: *Conceptum 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 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*. Cfr. anche Gell. 11.18.12. Sul tema: Tomulescu, *Die Rolle der «actio furti concepti» in F. De Visschers Anschauung*, in *RIDA*. 15 (1968) 445 ss.; Wolf (J. G.), *«Lanx» und «licium». Das Ritual der Haussuchung im altröm. R.*, in *St. Wieacker* (1978) 59 ss. — I tentativi di spiegare la perquisitio lance licioque sono innumerevoli (cfr. Gai 3.192-193: *Quid sit linteum* [o *licium*] *quaesitum est. sed verius est consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur. quae res* [*lex*] *tota ridicula est* [ecc.]), ma sono destinati a fallire per mancanza di dati sicuri. Sul punto: Guarino, «*Partes necessariae*» (1972), in *PDR*. 4 (1994) 198 ss.

piuttosto rudimentale, che era messo in moto da una perquisizione effettuata dal derubato in casa (o comunque nel luogo di abitazione) dell'indiziato («*perquisitio lance licioque*»): perquisizione alla quale l'indiziato non poteva rifiutarsi, purché fosse eseguita con certe modalità rituali di non chiaro significato, consistenti nel fatto che il derubato doveva rivestirsi solo di un succinto grembiulino («*licium*») e portare in mano un piatto di bronzo («*lanx*»).

88.3.3. Questo complesso sistema di repressione del *furtum* fu accolto anche dal *ius civile vetus*, ma fu riordinato e mitigato in vari sensi dal *ius honorarium*. Restò sempre lecita la reazione diretta 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 sospetto ladro o contro il suo *pater familias* mediante un'«*actio furti*». Per il *furtum manifestum* decadde e fu abolito il sistema dell'assegnazione giurisdizionale del ladro al derubato e fu introdotta, nei confronti del ladro (o dell'avente potestà sullo stesso), un'*actio furti in quadruplum*. Per gli altri casi rimase l'*actio 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, questo 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): *a*) il «*furtum prohibitum*» («furto proibito»), che si verificava nel caso in cui l'indiziato di furto si fosse rifiutato di subire la perquisizione; *b*) il «*furtum non exhibitum*» («furto non esibito»), che si verificava nel caso in cui il ricettatore non avesse esibito a richiesta le cose poi reperite, a séguito di perquisizione, in casa sua.

88.3.4. Il sistema repressivo preclassico rimase formalmente stabile nelle epoche successive. Ma, caduta in desuetudine la

---

88.3.3. Sul regime pretorio del *furtum* cfr. Gai 3.189-194. Per le clausole edittali, nei limiti in cui è possibile ricostruirle: Lenel, *EP*³ § 128 ss. (tit. 23: *De furtis*). — Le denominazioni delle varie ipotesi di *furtum* non flagrante aggravato (come *conceptum*, *oblatum*, *prohibitum*, *non exhibitum*) sono espressioni ellittiche di marca giurisprudenziale. Sul tema: Guarino, *Giustiniano in lingua viva*, in *SDHI*. 60 (1994) 541 ss.

88.3.4. Sulla repressione classica *extra ordinem*: Balzarini, *In tema di repressione «extra ordinem» del furto nel diritto classico*, in *BIDR*. 72 (1969) 203 ss. Al caso può ricollegarsi il fatto che Gai 3.208 denomini il *furtum* come «*crimen*»: v. retro n. 20.3.1 — Sul regime giustinianeo cfr. I. 4.1.3-6, spec. I. 4.1.4: *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit,* pratica della 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*.

88.3.5. L'*actio furti* era riconosciuta non solamente al detentore, ma, più in generale, a qualunque soggetto giuridico che avesse interesse alla salvaguardia della cosa (*«cuius interest rem salvam esse»*) e spettava non solo contro il ladro o l'avente potestà su lui, ma anche contro chi avesse concorso nel furto, o avesse istigato l'atto delittuoso: essa era un'azione infamante e trasmissibile agli eredi del derubato, ma non agli eredi del ladro. Non solo. Oltre l'*actio furti*, il derubato, quando fosse an-

---

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 hae 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.

88.3.5. Sull'actio furti: Schulz, *Die Aktivlegitimation zur «actio furti» im klass. röm. R.*, in ZSS. 32 (1911) 23 ss.; Buckland, *L'intérêt dans l'«actio furti» en droit classique*, in RH. 41 (1917) 5 ss.; [illegible], *«De condictione ex causa furtiva»*, in AUPA. 1927; Donatuti, *Le «causae» delle «condictiones»*, in SPR 1951; De Robertis, *La legittimazione attiva nell'a. f.*, in AUBA. 1950; Rosenthal, *«Custodia» und Aktivlegitimation zur a. f.*, in ZSS. 68 (1951) 217 ss.; Niederländer, *Die gesteigerte Haftung des Gewalthabers für Delikte der Gewaltunterworfenen im klass. röm. R.*, in ZSS. 69 (1952) 211 ss.; Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im röm. Haftungsr.*, in ZSS. 73 (1956) 68 ss.; Lemosse, *Les actions pénales de vol dans l'anc. dr. civ. rom.*, in St. Lévy-Bruhl (1959) 179 ss.; Id., *Die actio furti des Verkäufers*, in ZSS. 96 (1979) 89 ss.; Kaser, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur a. f.*, in St. von Lübtow (1980) 291 ss.; Hackl, *Gaius 4, 37 und die Formeln der a. f.*, in St. Waldstein (1993) 127 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.* Pertanto, 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. Un analogo editto prevedeva l'ipotesi *«si familia publicanorum furtum fecisse dicetur»*: Lenel, EP^3 § 137-138. — Sulla condictio ex causa furtiva («*condictio furtiva*», nel linguaggio giustinianeo) cfr. 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.* Sul tema: Olde Kalter, *«Condictio ex causa furtiva» und «dominium»*, in T. 34 (1970) 107 ss.; Wolff (H. J.), *«Condictio ob causam datorum», «furtum». Ägyptische Haftung*, in St. von Lübtow (1970) 537 ss.; Pika, *«Ex causa furtiva condicere» im klass. röm. R.* (1988).

che *dominus* della cosa rubata, aveva contro il ladro anche una *actio rei persecutoria*, denominata «*condictio ex causa furtiva*» (o anche «*condictio furtiva*»), diretta alla restituzione della cosa o al suo equivalente in danaro. Si ammise quest'azione personale esclusivamente in odio al furto («*odio furum*»), cioè allo scopo di implicare in ogni modo la responsabilità del ladro (ed eventualmente dei suoi eredi) alla restituzione nel caso in cui il proprietario derubato non potesse per qualunque motivo esperire la normale *rei vindicatio*.

88.4. La fattispecie del *furtum*, riflettendo un fenomeno tanto diffuso quanto discusso nella società romana di tutti i tempi, fu sottoposta dalla giurisprudenza preclassica, classica e postclassica ad una intensa e approfondita elaborazione, che portò: da un lato, ad isolare come casi speciali, oppure a trasferire nella sfera della repressione dei *crimina*, talune ipotesi più singolari o più gravi; dall'altro lato, ad inquadrare la vastissima casistica delle azioni furtive entro categorie («*genera furtorum*») sempre più ampie ed a far successivamente confluire queste categorie in una categoria unitaria, in un'unica nozione generale del *furtum*, indipendentemente dal fatto che esso fosse o non fosse *manifestum*. Alla nozione generale del *furtum* determinativo di *poena* privata si pervenne, nell'ultima età classica, dalla giurisprudenza fiorita sotto i Severi, ma non pochi ulteriori sviluppi (e non tutti da deplorare superficialmente come scadenti) vanno attribuiti, con ogni probabilità, alla riflessione giurisprudenziale postclassica. I requisiti essenziali del *furtum* furono pertanto ravvisati: *a*) nel riferimento alle sole cose mobili; *b*) nel trafugamento di una cosa del derubato; *c*) nella volontarietà dell'effetto furtivo da parte del ladro; *d*) nella contrarietà all'atto da parte del derubato.

88.4. Sulla nozione classica del *furtum* e sulle sue variazioni postclassiche, letteratura *retro* n. 88.3, a cui *adde* spec.: Watson, *The definition of «furtum» and the trichotomy*, in T. 28 (1960) 197 ss. — Quanto ai genera *furtorum*, cfr. Gai 3.183: *Furtorum autem genera Servius Sulpicius et Masurius Sabinus quattuor 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*. Sul tema: Flaria Hidalgo, *La casuística del «furtum» en la jurisprudencia romana* (1991). — Una definizione del *furtum* chiaramente infarcita di glossemi, ma in sostanza corrispondente alla ultima nozione classica (e riportata anche da I. 4.1.1-2), si legge in Paul. 39 *ed.* D. 47.2.1.3: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere*. Nel passo delle Istituzioni mancano le parole «*lucri faciendi gratia*» e si parla di «*contrectatio rei alienae*». — Per le ipotesi speciali di *furtum* v. *infra* n. 90.3. — Per la repressione criminale (*extra ordinem*) di varie ipotesi di furto: Guarino, *SDR*. n. 231.

88.4.1. Per quanto riguarda il «riferimento alle sole cose mobili» (ivi compresi i *servi*), questo requisito fu posto in dubbio da alcuni esponenti della giurisprudenza preclassica e della scuola sabiniana, i quali sostennero che la *poena furti* potesse essere chiesta anche nei confronti di chi avesse abilmente sottratto la disponibilità di una cosa immobile (*aedes* o *fundus*) a chi precedentemente la deteneva. Ma questa opinione larheggiante non ebbe successo, con l'importante conseguenza che le cose immobili si sottrassero in ogni caso alla regola della inusucapibilità delle *res furtivae*.

88.4.2. Per quanto riguarda il «trafugamento di una cosa del derubato» («*contrectatio rei alienae*»), esso fu inteso con questa doppia precisazione: che la «cosa del derubato» (cd. «*res aliena*») poteva anche non essere di sua proprietà o nella materiale detenzione di lui, purché spettasse al ladro assicurarne la detenzione al derubato; che il «trafugamento» (cd. «*contrectatio*») poteva anche non consistere nell'asportazione materiale della cosa mobile al suo detentore (cd. «*amotio rei*») e consistere invece nel fare un uso anomalo della cosa detenuta dal ladro e riservata alla detenzione del derubato. Pertanto furono ritenuti autori di «furto d'uso» («*furtum usus*»): il comodatario che

---

88.4.1. Del furto di cose immobili non si può dire che fu ipotesi sostenuta dalla scuola sabiniana (Gai., ad esempio, non la indica come tale): si può dire soltanto che fu ipotesi difesa quanto meno da Sabino (cfr. Gell. 11.18.13-14). Comunque la tesi di Sabino non ebbe fortuna (cfr. Ulp. 41 *Sab.* D. 47.2.25 pr.; Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.3.38) ed è particolarmente significativa, in proposito, la lettura di Gai 2.51 (cui corrisponde I. 2.6.7): ... *quamvis ipse qui vacantem possessionem nactus est intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet, cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri posse*. Sul tema: Bello, *Observaciones sobre el «furtum fundi»*, in *ACOP.* 5 (1992) 371 ss. — Sulla inusucapibilità delle *res furtivae*: *retro* n. 50.9.1.

88.4.2. Sulla *contrectatio rei alienae*: Buckland, «*Contrectatio*», in *LQR.* 57 (1941) 467 ss.; Schepses, *Über Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des «furtum»*, in *SDHI.* 4 (1938) 99 ss.; Thomas, «*Contr.*», *complicity and «furtum»*, in *Iura* 13 (1962) 70 ss.; Watson, «*Contr.*» *as an essential of «furtum»*, in *LQR.* 77 (1961) 526 ss., e «*Contr.*» *again*, in *SDHI.* 28 (1962) 331 ss.; MacCormack, *Definitions: «furtum» and «contr.»*, in *Gs. Heinen* 2 (1979) 129 ss.; Pugsley, «*Contr.*», in *Americanus* (1989) 89 ss. — Su particolari casi di *furtum usus* (Gai 3.196-197): Watson, *D. 47.2.52.20* cit.; Molè, *Una 'vexata quaestio' in tema di furto*, in *St. Volterra* 3 (1971) 69 ss., con lett.; García Garrido, *El f. u. del depositario y del comodatario*, in *AAC.* 4 (1991) 861 ss. — Sul *furtum pignoris*: Thomas, «*Furtum pignoris*»: *a commentary on the commentators*, in *St. Sanfilippo* 1 (1982) 585 ss.; van den Berg, «*Custodia*» *and f. p.*, ivi, 603 ss.; Kaser, «*Furtum pignoris*» *und «furtum fiduciae»*, in *ZSS.* 99 (1982) 249 ss. — Sul *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*. In argomento: Thomas, «*Furtum pignoris*», in *TR.* 28 (1960) 197 ss.

usasse la cosa a lui comodata fuori dai limiti concessigli dal comodante; il depositario che facesse uso personale della cosa ricevuta (esclusivamente a fini di custodia) dal deponente; il creditore pignoratizio che utilizzasse la cosa di cui il debitore gli avesse fatta la mera *datio pignoris*; il detentore della cosa che si rifiutasse di restituirla materialmente al *dominus* della stessa; perfino il proprietario di una cosa che, dopo averne fatta la *datio pignoris* a un suo creditore, gliela sottraesse furtivamente (operando il cd. «*furtum rei suae*»).

88.4.3. Per quanto riguarda la «volontarietà dell'effetto furtivo da parte del ladro», il «*dolus*» (o «*dolus malus*») di costui fu denominato spesso, oltre che in altri modi, «*animus furandi*» (volontà di rubare), o addirittura «*animus lucri faciendi*» (volontà di conseguire un lucro). La giurisprudenza postclassica predilesse queste due ultime espressioni, ma almeno la prima (*animus furandi*) fu senza difficoltà impiegata già in età classica. Assai dubbio è invece che i giuristi classici abbiano ritenuto perseguibile il furto solo quando risultasse che il suo autore lo avesse compiuto con la precisa intenzione di trarne un vantaggio economico: intenzione ovviamente molto diffusa, ma che poteva anche mancare.

88.4.4. Per quanto riguarda la «contrarietà all'atto da parte del derubato», si usò dire, per semplicità di linguaggio, che il furto era tale solo se commesso «*invito domino*» (senza l'assen-

---

88.4.3. Sul dolus furis cfr. 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*. Sul tema: Huvelin, *L'animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol*, in RH. 42 (1918) 73 ss.; Albertario, «*Animus furandi*», in St. 3 (1936) 11 ss.; Longo (G.), *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, in St. De Francisci 3 (1956) 249 ss.; Thomas, «*An. fur.*», in Iura 19 (1968) 1 ss.; Pugsley, «*An. fur.*», in St. Guarino (1984) 2419 ss.; Milella, *Il consenso del «dominus» e l'elemento intenzionale nel furto*, in BIDR. 91 (1988) 391 ss. — L'Huvelin per primo formulò l'ipotesi che l'animus lucri faciendi non fosse per i classici un requisito generale del *furtum*, riconsiderandolo interpolato in: D. 47.2.1.3 (cfr. I. 4.1.1); D. 47.2.46(45); D. 47.2.55(54).1; D. 29.2.21.1 (per i testi genuini in argomento cfr.: Ulp. D. 47.2.43.4; Gai. D. 41.3.5.6. Gai. D. 41.1.9.8; cfr. anche: Gell. 11.18.21; I. 2.1.46 [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 sfuggono i passi di Gai 2.50, 3.208 e 4.178, nonché PS. 2.31.35). Infine, secondo l'Albanese, cit. 2.514 ss., l'*animus lucri faciendi* fu riconosciuto solo dalla giurisprudenza severiana ed è perciò da ritenersi genuino nella definizione di Paolo riportata *retro* nt. 88.4.

88.4.4. Sul requisito della commissione *invito domino* cfr. Gai 3.198: *Sed et si credat aliquis invito domino se rem contrectare, domino autem volente id* so del *dominus*), mentre abbiamo detto che vittima dell'illecito poteva essere anche il mero detentore della cosa o l'interessato alla sua salvaguardia. Era comunque evidente che il detentore della refurtiva non avesse titolo all'esercizio dell'*actio furti* e che il *dominus* della stessa non avesse titolo all'esercizio della *condictio* nei confronti del preteso ladro, ove risultasse che l'azione era stata commessa in espresso o tacito accordo con il derubato.

88.5. La rapina («*rapina*», anche detta «*bona vi rapta*», nel senso di beni strappati con la forza) fu, in sostanza, un'ipotesi aggravata di furto, molto diffusa nel torbido sec. I a. C., che fu repressa con una disciplina speciale dal *ius honorarium* e che la giurisprudenza preclassica sollecitamente inserì tra i *delicta* civilistici in considerazione appunto della sua stretta analogia col *furtum* (e in parte anche con l'*iniuria*). L'editto del pretore accordò, più precisamente, un'*actio poenalis in quadruplum* contro chi si rendesse autore di sottrazioni di cose altrui, e in particolare di saccheggi, mediante impiego di gente armata o di bande organizzate di uomini anche se non muniti di armi («*hominibus armatis coactisve*»). La giurisprudenza classica successiva estese progressivamente la configurazione del delitto anche all'ipotesi che non si fosse fatto ricorso a *homines armati coactive*, ma si fosse comunque impiegata violenza.

88.5.1. L'«*actio vi bonorum raptorum*» *in quadruplum* del rapinato, essendo basata su una concessione pretoria, era annale

---

furti, 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 contrectaverit, servi corrupti ideo, quod deterior servus factus non est.

88.5. Sulla rapina, oltre alla bibl. sul *furtum*: Balzarini, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel dir. rom.* (1969); Vacca, *Ricerche sulla rapina nel dir. rom.* 1. *L'editto di Lucullo e la «lex Plautia»*, in *SDC* 1965-68; Ebert, *Die Geschichte des Edikts «de hominibus armatis coactisve»* (1968). Cfr. Lenel, *EP*³ § 187. Cfr. I. 4.2; D. 47.8; CI. 9.33. — L'introduzione dell'ipotesi della rapina fu operata nel 76 a. C. dal *praetor peregrinus* M. Terenzio Varrone Lucullo. 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*». In particolare, Vacca, *L'editto di Lucullo*, in *ACOP* 5 (1992) 221 ss. — Sulla diffusione della violenza in età tardo-repubblicana e sul problema della sua repressione: Lintott, *Violence in republican Rome* (1968); Labruna, *Les racines de l'idéologie répressive de la violence etc.*, in *Index* 3 (1972) 525 ss.; Grünewald, *Räuber, Rebellen, Rivalen, Rächer etc.* (1999).

88.5.1. Per l'actio vi bonorum raptorum cfr. 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 improbum furem esse. sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bono-*

e cedeva il posto, dopo l'anno, solo ad un'*actio in factum* tendente alla restituzione del valore della cosa rapinata. La condanna comportava l'infamia. Si discusse, nel corso dell'età classica, se contro l'autore della rapina spettasse alla vittima della stessa, oltre l'*actio vi bonorum raptorum*, anche un'azione *reipersecutoria*: 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.

88.5.2. Connessa con la discussione relativa al concorso dell'*actio reipersecutoria*, fu quella circa il concorso con l'*actio vi bonorum raptorum* dell'*actio furti nec manifesti*. Giustiniano accolse la soluzione per cui, se era stata intentata per prima l'*actio furti*, l'*actio vi bonorum raptorum* era concessa *in duplum*, cioè per la differenza tra la condanna dell'*actio furti nec manifesti* e quella dell'azione di *rapina*.

89. La responsabilità da «damnum iniuria datum».

89.1. Il sistema romano della responsabilità primaria fece un progresso veramente decisivo allorché, nel corso del periodo pre-

---

rum raptorum, et est intra annum quadrupli, post annum simpli. quae actio utilis est, etsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Sul tema: Rouvier, *Remarques sur l'«actio vi bonorum raptorum»*, in RH. 41 (1963) 443 ss.; Metro, *L'esperibilità nei confronti dei «publicani» dell'«a. vi bon. rapt.»*, in *Iura* 18 (1967) 108 ss.; Vacca, *Ricerche in tema di «a. vi bon. rapt.»* (1972). — Per la soluzione giustinianea circa la natura dell'actio cfr. I. 4.2 pr.: ... *Quadrupli 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.*

88.5.2. Sul concorso con l'*actio furti* cfr. 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 excedat quadruplum*. Sul tema: Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen* 2 (1922) *passim*.

89.1. Sul *damnum iniuria datum*: Valditara, *«Damnum in. d.»*, in Hom. Murga (1994) 825 ss.; id., *Sulle origini del concetto di «damnum»*² (1998); 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 Rom. L.* (1956); Gerke, *Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der «lex Aq.»*, in SDHI. 23 (1957) 61 ss.; Longo (G.), *Appunti esegetici e note critiche in tema di «lex Aq.»*, in AUMA. 1958; Pringsheim, *The origin of the «lex Aq.»*, in Mél. Lévy-Bruhl (1959) 233 ss.; id., *Die Verletzung Freier und die «lex Aq.»*, in SDHI. 26 (1962) 1 ss.; Kelly, *The meaning of the «lex Aq.»*, in LQR. 80 (1964) 73 ss.; Thomas, classico, il *ius legitimum novum* (il cd. «*ius publicum*») dette rilevanza giuridica al *delictum* di *damnum iniuria datum* («danneggiamento ingiusto»). Si profilò, infatti, 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 cd. «responsabilità civile» (o, come si usa anche dire, «extracontrattuale») si verifica essenzialmente quando un soggetto ponga in essere un atto ingiustamente determinativo di un danno economico per un altro soggetto: donde l'obbligazione del danneggiatore di risarcire il danneggiato per un importo equivalente al pregiudizio economico subito.

89.2. La repressione del nuovo *delictum* fu introdotta, agli inizi del sec. III a. C., dalla *lex Aquilia de damno* (in realtà

Ad Aquiliam complet., in *St. Biondi* 2 (1965) 1 ss.; Schipani, *Responsabilità «ex lege Aq.»* etc. (1969); Pugsley, *«Damni iniuria»*, in *T.* 36 (1968) 371 ss.; von Lübtow, *Untersuchungen zur «lex Aq. de damno dato»* (1971); Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klass. röm. R.* (1972); MacCormack, *Aquilian Studies*, in *SDHI.* 41 (1975) 1 ss.; Wollschläger, *Das eigene «Si quis alteri damnum faxit»*, in *St. Beinart* 2 (1979) 295 ss.; La Rosa (F.), *Il valore originario di «iniuria» nella «lex Aq.»*, in *Labeo* 44 (1998) 366 ss.; De Robertis, *«Damnum iniuria datum»* etc. (2000). Per le fonti cfr. Gai 3.210-219; I. 4.3; D. 9.2 (*Ad legem Aquiliam*); CI. 3.35. — POSTILLA. *Per gli ordinamenti giuridici moderni, v. già retro n. 87.1.2. Il diritto italiano vigente (cfr. a. 2043 c.c.): a) proclama, con formulazione molto estensiva, che «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno» (a. 2043); b) concepisce il danno (alla pari di vari altri ordinamenti) anche se inferto alla persona del danneggiato; c) ammette che, in casi ben determinati dalla legge (principalmente quelli dei danni da reato: cfr. a. 185 c.p.), sia risarcibile anche il «danno non patrimoniale» (a. 2059); il risarcimento va operato, se possibile e se ritenuto conveniente dal giudice, in forma specifica: altrimenti va fatto in denaro (a. 2058).*

89.2. Per il *primum* dei *capita legis Aquiliae* cfr. Gai 3.210 e Gai. D. 9.2.2 pr.: *Lege Aquilia capite primo cavetur «[ut qui] <si quis> servum servamve alienum alienamve quadrupedem [vel] <vel> pecudem <alienam> iniuria 'occiderit', quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto»* (ecc.). 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 3.217 e 218, nonché di Ulp. D. 9.2.29.8: improbabile che il *caput tertium* rapportasse la condanna al valore della cosa nei trenta giorni successivi (anziché in quelli anteriori) all'azione di danneggiamento. Si noti fin d'ora che la legge non parlava in generale di «*damnum dare*», ma parlava in concreto di «*occidere*» (procurare la morte), «*urere*» (incendiare), «*frangere*» (fracassare), «*rumpere*» (rompere): tutte azioni per cui l'autore era «*damnas*» (o «*damnatus*») al risarcimento. In argomento: Tomulescu, *Les trois chapitres de la «l. Aq.»*, in *Iura* 21 (1970) 191 ss.; Cannata, *Sul testo originale della «l. Aq.»*, in *SDHI.* 58 (1992) 194 ss. Sul «*fuit*» («*fuerit*») del *caput tertium*: Ankum, *«Quanti e.r.e. in diebus XXX proximis» dans le troisième chapitre de la loi Aquilia: un fantasme florentin*, in *St. Ellul* (1983) 171 ss., con bibl. (che attribuisce l'«*erit*» di D. 9.2.27.5 ad un errore del copista della *littera Florentina*). — Il *caput secundum* stabiliva che l'*adstipulator* (su cui v. retro n. 72.4.1) fosse tenuto ad indennizzare il creditore principale quando avesse operato l'*acceptilatio* del debito senza la sua autorizzazione e contro il un *plebiscitum*), che dedicò al *damnum iniuria datum* il primo e il terzo dei tre capitoli (*capita*), in cui si divideva, e stabilì: nel

---

suo interesse: cfr. Gai 3.215-216. Su questo *caput* e sul problema della sua congruenza con gli altri: Lévy-Bruhl, *Le deuxième chapitre de la l. Aq.*, in *RIDA*. 5 (1958) 507 ss., secondo cui in origine l'azione dell'*adstipulator* consisteva non nella pura e semplice remissione dell'*obligatio*, ma nel ricevere 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 «l. Aq.»*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1964) 794 ss., che 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 (spiegazione poco convincente: sia perché attribuisce ad epoca troppo risalente la concezione della *res incorporalis*, 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*); Cannata, *Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della «l. Aq.»*, in *Index* 22 (1994) 151 ss. 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 formò 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 azioni dettagliatamente 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 bibl. 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 Par. 4.3.15, da cui si desume in modo abbastanza sicuro un collegamento tra il *plebiscitum Aquilium* e la *lex Hortensia de plebiscitis* (287 a. C.), 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). V. anche: Gordon, *Dating the «lex Aquilia»*, in *St. Beinart* 1 (1978) 315 ss. — Il problema della data è connesso con quello (ancora poco approfondito) dell'eventuale formazione in tempi successivi della lex Aquilia. Sul punto: Daube, *On the third chapter of the «l. Aq.»*, 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 l. Aq.*, in *St. Daube* (1974) 53 ss. A nostro parere, è più che probabile che il *caput tertium* sia stato apposto ai due precedenti, in modo da formare una sorta di «testo unico», in epoca o in epoche notevolmente posteriori: l'esistenza del *caput* sull'*adstipulator* tra gli altri due, relativi al *damnum 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. 87.3.2); l'*actio aquae pluviae arcendae* (retro n. 51.9); l'*actio de arboribus succisis* (XII tab. 8.9; Carrelli, *Plin. n. h. 18.3.12 e il delitto di danneggiamento alle messi*, in *AUBA*. 1939; v. anche infra n. 90.3). Sul punto: Kaser, *Das altrömische «Ius»* (1949) 239 ss. — Azioni complementari dell'*actio legis Aquiliae* furono concesse dal pretore. In argomento: Valiño, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la l. Aq.*

caput primum, che chiunque avesse ucciso schiavi o bestiame da gregge («*pecudes*») di proprietà altrui, fosse tenuto a pagare al proprietario (denominato all'antica come «*erus*») degli schiavi o degli animali il valore più alto 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 (semplici lesioni a schiavi o a *pecudes*, cioè a bestiame da gregge; 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 raggiunto dall'oggetto nel corso degli ultimi 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 che riguardava invece l'*adstipulatio*. Tutto ciò induce a sospettare che il «testo» della *lex Aquilia*, così come era noto ai giuristi del successivo periodo classico (che son quelli che più ce ne parlano), sia stato piuttosto il frutto di una stratificazione di *leges* precedenti.

89.2.1. L'azione spettante al danneggiato contro il danneggiatore («*actio legis Aquiliae*») era un'azione penale e reipersecutoria al tempo stesso (dunque, una *actio mixta*). Se il danneggiatore riconosceva *in iure* di aver provocato il danno (cioè rispondeva affermativamente alla domanda sul se avesse provocato il danno: «*an damnum dederit*»), l'azione (che in tal caso era qualificata «*confessoria*») proseguiva contro di lui *apud iudicem* esclusivamente allo scopo di determinare, secondo i criteri stabi-

---

(1972); Feenstra, *L'«actio legis Aquiliae utilis» en cas d'homicide chez les Glossateurs*, in *Ess. Oe. Utrecht* (1979) 45 ss.

89.2.1. Sulla infitiatio damni cfr. Ulp. D. 9.2.23.10. Sul punto: Pugsley, *Causation and confessions in the «lex Aquilia»*, in T. 38 (1970) 163 ss. La *infitiatio* in materia di *lex Aquilia* non va confusa con la *infitiatio* nella *manus iniectio* (retro n. 8.5.3), né con la *infitiatio* volta a negare il valore del *iudicatum* (retro n. 11.9). — Quanto alla valutazione del danno, cfr. 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*. Sulle numerose (e spesso sottili) discussioni in materia: Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai «non domini»* (1992). — Sulla condemnatio in quantum interest: retro n. 10.4.3.

liti dalla legge, l'ammontare pecuniario, il «*quantum*» da pagare. Se viceversa il danneggiatore negava *in iure* di essere l'autore del danno (e cioè compiva la cd. «*infitiatio damni*»), la fase *apud iudicem* serviva: anzi tutto ad accertare l'«*an damnum dederit*», se cioè avesse provocato il danno; dopo di che, risultando al giudice che il danno fosse stato prodotto proprio dal convenuto, quest'ultimo era condannato *in duplum*, nel doppio del valore del danno. Una evoluzione non chiaramente ricostruibile, ma comunque apprezzabile, portò la giurisprudenza classica ad identificare l'ammontare della condanna con la cifra che fosse stata di maggior convenienza personale per l'attore (con il «*quantum actoris pluris interfuit*»), o col *duplum* di essa, nell'anno (o, rispettivamente, nel mese) precedente il danneggiamento in relazione all'oggetto distrutto o danneggiato: dunque, non sempre e necessariamente con riferimento al maggior valore di mercato raggiunto dall'oggetto in quel periodo, ma con riferimento al valore (eventualmente superiore a quello di mercato) che l'oggetto avesse avuto in quel periodo per la vittima.

89.2.2. Titolare dell'*actio legis Aquiliae* era originariamente soltanto l'«*erus*», cioè il domino civilistico degli oggetti danneggiati. Ma in età classica (e, sulla stessa direttiva, in età postclassica) furono accordate varie azioni (*utiles* o *in factum*) in analogia alle previsioni della legge Aquilia («*ad exemplum legis Aquiliae*») anche a persone diverse dal *dominus*, che detenessero l'oggetto a

---

89.2.2. Sulla legittimazione attiva all'*actio legis Aquiliae*: De Medio, *La legittimaz. attiva nell'«a. legis Aquiliae»*, in *St. Scialoja* (1905) 27 ss.; Carrelli, *La legittimaz. attiva nell'«a. legis A.»*, in *RISG.* 9 (1934) 354 ss.; Wolf, *D. 20.1.27 Marc. 5 dig. etc.*, in *ZSS.* 76 (1959) 520 ss.; Slapnicar, *Ueber die Aktivlegitimation zur «a. l. A.» und «actio de dolo» im Drittpfandverhältnis*, in *St. von Lübtow* (1980) 191 ss. — Sulle estensioni della responsabilità aquiliana in periodo classico e in periodo postclassico: Macqueron, *Le rôle de la jurisprudence dans la création des actions en extension de la loi Aquilia*, in *Ann. Fac. Aix-en-Provence* 1950; Wenger, *«Actiones ad exemplum»*, in *ZSS.* 75 (1958) 320 ss.; Watson, *D. 7.1.13.2 (Ulp. 18 ad Sab.) etc.*, in *Iura* 17 (1966) 174 ss.; MacCormack, *«Celsus quaerit» etc.*, in *RIDA.* 20 (1973) 341 ss.; Barton, *The «l. Aq.» and decretal actions*, in *St. Daube* (1974) 15 ss. V. anche retro n. 9.8.3. con particolare riguardo ad Albanese, *Studi cit.*; Thielmann, *«Actio utilis» und «actio in factum» etc.*, in *St. Biscardi* 2 (1982) 295 ss.; Selb, *Formeln mit Analogien in «actiones utiles» und «actiones in factum» etc.*, in *St. Biscardi* 3 (1982) 315 ss.; von Warmelo, *Les actions autour de la l. Aq.*, *ivi*, 351 ss.; Valditara, *cit.*; Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klass. röm. R.* (1993); Ziliotto, *L'imputazione del danno aquiliano etc.* (2000). — L'omicidio di un uomo libero comportava in via utile l'azione aquiliana solo (e non sicuramente) nel caso di uccisione di un *filius familias* ed a favore del relativo *pater*: Sanfilippo, *Il risarcimento del danno per l'uccisione di un uomo libero nel d. r.*, in *AUCT.* 5 (1950-51) 118 ss. Poco convincente la tesi più ampia (azione in ogni caso ed a favore degli eredi) prospettata da: Feenstra, *L'applicatio de la loi Aq. en cas d'homicide d'un homme libre etc.*, in *St. Wubbe* (1993) 141 ss., con bibl.

nome suo (l'usufruttuario, l'usuario, il locatario, il comodatario), nonché al *possessor bonae fidei* dell'oggetto e (caso quasi sicuramente postclassico) al creditore pignoratizio.

89.3. La fattispecie del *damnum iniuria datum* venne progressivamente elaborata in visione unitaria e analizzata in tutte le sue varie esplicazioni dalla giurisprudenza preclassica, classica e postclassica, attraverso contributi di cui non è sempre possibile accertare, o anche solo intuire con qualche sicurezza, l'epoca. I requisiti essenziali del *delictum* (e della sua perseguibilità in giudizio con l'*actio legis Aquiliae*) risultarono, a seguito di questo approfondimento, quattro: *a*) l'evento di danno subito da un soggetto; *b*) la dipendenza causale del danno da un atto altrui; *c*) l'ingiustizia dell'atto dannoso; *d*) il vario tipo di volontarietà del danneggiamento.

89.3.1. Per quanto riguarda l'«evento di danno» subito da un soggetto (il cd. danneggiato), vanno precisati tre punti: *a*)

89.3. Sui titolari dell'azione di risarcimento: retro n. 89.2.2. Da notare che si usò sempre parlare di *actio legis Aquiliae* (come, del resto, anche al giorno d'oggi è largamente d'uso parlare di «responsabilità aquiliana») anche nei casi in cui il ricordo della *lex Aquilia* era estremamente vago, o in cui addirittura esplicitamente si riconosceva (forse per intervento compilatorio giustinianeo) che l'azione non aveva più nulla a che vedere con l'antica legge. Cfr. Paul. D. 9.2.33.1: *In damnis quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio*. Sul punto: Albanese, *Studi* cit. 1.296 ss. — La terminologia di *damnum* e il relativo concetto unitario fu opera della giurisprudenza preclassica, ulteriormente perfezionata dalla successiva giurisprudenza classica. Il punto di partenza fu costituito dal «*damnas esto*» («sia obbligato», «sia tenuto»: v. anche retro n. 84.2), mediante cui la *lex Aquilia* ingiungeva all'autore delle varie ipotesi in essa indicate (v. retro nt. 89.2) di risarcire l'*erus* danneggiato. Dato che nelle fonti (a parte da quelle relative alle *XII tabulae*) il termine «*damnum*» si presenta anche in vari altri e piuttosto diversi significati, le discussioni in argomento sono ovviamente interessantissime, così come altrettanto ovviamente disparati sono i pareri. Sul punto: Liebs, «*Damnum*», «*damnare*» und «*damnas*» etc., in ZSS. 85 (1968) 173 ss. (*damnum* come perdita patrimoniale). Ma v. anche, in senso diverso e con ulteriore letteratura: La Rosa (F.), *La repressione del «furtum» in età arcaica* cit. 5 ss. (con particolare riferimento al «*damnum decidere*» di cui Gai 4.37 in materia di furto). — Sul significato di *alienus*: Pugsley, *Americans are aliens*, in *Americans are aliens* (1989) 74 ss., con illazioni che non convincono.

89.3.1. Il concetto di *pecunia doloris*, da pagarsi alla vittima a titolo di risarcimento della sua personale sofferenza, si profilò, non senza molta difficoltà, solo a distanza di secoli dai tempi di Roma. Nel sistema romano la *pecunia doloris*, per quante estensioni siano state operate della *lex Aquilia*, non era pensabile perché la nozione di *damnum* rimase sempre ancorata ai beni della vittima e mai si estese, come negli ordinamenti moderni, anche alla persona della stessa: v. retro nt. 89.1. — Per la risarcibilità del cd. lucro cessante, cfr., ad esempio, Gai 3.212 (riportato retro nt. 89.2.1), in relazione al caso dello schiavo ucciso prima che potesse effettuare la *cretio* dell'eredità lasciatagli per testamento. — Per quanto concerne i danni non corporali cfr. 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.*

che il *damnum* doveva consistere in una perdita di carattere economico (cd. «danno patrimoniale») e non si estendeva alle mere sofferenze morali, al puro e semplice *dolor* (cd. «danno morale») procurato al soggetto passivo; *b*) che il *damnum* poteva concretarsi tanto in una diminuzione patrimoniale (cd. «danno emergente») quanto anche in un mancato e sicuramente prevedibile guadagno (cd. «lucro cessante») della vittima; *c*) che il *damnum* era, di regola, soltanto quello inferto ad un oggetto materiale con mezzi materiali, cioè con azioni fisiche («*damnum corpore corpori illatum*»). A differenza dalle prime due caratteristiche, che rimasero sempre approssimativamente identiche, la terza caratteristica subì deroghe sempre più numerose attraverso la concessione di *actiones utiles* e di *actiones in factum* a coloro i cui beni fossero stati distrutti o deteriorati per effetto di comportamenti omissivi (es.: la mancata alimentazione di bestiame o di schiavi), o anche per effetto indiretto di comportamenti non consistenti in aggressioni fisiche (es.: la somministrazione di sostanze velenose in luogo di medicinali). In diritto giustinianeo la cd. *actio legis Aquiliae* giunse ad essere considerata «azione generale», cioè applicabile a qualunque tipo di danno patrimoniale («*in factum generalis actio*»).

89.3.2. Per quanto riguarda la «dipendenza causale del danno da atto altrui» (cioè da atto compiuto da soggetto diverso

---

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 suffocatus fuerit, hunc quoque corpore suo damnum dedisse eo quod proiecerit non difficiliter intellegi poterit: 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: Schindler, *Ein Streit zwischen Julian und Celsus*, in ZSS. 74 (1957) 201 ss.; De Robertis, *Sulla risarcibilità del danno morale nel dir. giustinian.*, in AUBA. 1965-66; Nörr, *«Causa mortis»* (1986).

89.3.2. Sulla *vis maior* e le altre cause di esclusione della responsabilità (anche secondarie): *infra* n. 91.2. — Il nesso causale tra atto lesivo e evento di danno viene spesso inglobato dalle fonti, per motivi facili a comprendersi, nel requisito della *culpa*. Tipico il caso di Licinia, vedova di Caio Gracco, la quale chiese che la sua dote fosse, almeno in parte, sottratta alla confisca dei beni del marito e fosse a lei restituita, essendo le *res dotales* perite a causa di una *seditio*, cioè a causa di un fatto non voluto dal marito: stando a Iav. D. 24.3.66 pr., Publio Mucio espresse autorevolmente il parere che la *restitutio* non andasse compiuta perché la *seditio* era a sua volta dipesa dal comportamento di Caio Gracco, cui risaliva dunque la causa e la colpa di tutto: ... *quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset* (*rell.*). Sul punto: Guarino, *La coerenza di Publio Mucio* (1981) 135 ss. — Ipotesi di causalità sovverchiante furono quelle (rarissime nelle fonti) di danno causato per volontaria azione di un soggetto, ma che sarebbe sicuramente conseguito a dal danneggiato), questo requisito di ovvia necessità implicò che la responsabilità fosse da escludere quando l'evento dannoso fosse derivato, malgrado le prime apparenze, da «forza maggiore» (*«vis maior cui resisti non potest»*) e da altre evenienze del tutto incontrollabili dal proprietario (o chi per lui) della cosa che avesse materialmente prodotto il danno. Sopra tutto nelle ipotesi di danneggiamento indiretto o per omissione, la prova del nesso causale tra fatto lesivo ed evento di danno era un onere molto grave per chi vi fosse interessato.

89.3.3. Per quanto riguarda l'«ingiustizia dell'atto dannoso» (o meglio, la sua «antigiuridicità»), è evidente che non fosse tenuto al risarcimento chi avesse compiuto l'atto dannoso nell'esercizio di un suo diritto (ed entro i limiti concessi alla sua autotutela), oppure perché costrettovi da violenza fisica altrui, da «stato di necessità» o da cd. «legittima difesa»: tutte esimenti dell'antigiuridicità che già abbiamo imparato precedentemente a conoscere.

89.3.4. Per quanto riguarda la «volontarietà del danneggiamento», questo requisito dette luogo (spesso in connessione con i

---

contemporanea o di poco successiva causa di forza maggiore (cfr. Ulp. D. 43.24.7.4: incendio di una casa provocato da un Tizio poco prima che andasse a fuoco l'intero quartiere in cui sorgeva l'edificio). Sul problema relativo alla esenzione o riduzione della responsabilità del danneggiante: Gerkens, *«Aeque perituris...». Une approche de la causalité dépassante en dr. rom. class.* (1997), con bibl.

89.3.3. Sul requisito dell'iniuria cfr. 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 soggettivo 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 inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.* Sul tema: Perrin, *Le caractère subjectif de l'«iniuria» aquilienne à l'époque classique*, in *St. De Francisci* 4 (1956) 263 ss. — Sull'autotutela dei diritti e sulle esimenti degli atti di violenza: retro n. 7.5. In argomento: Wacke, *Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung*, in *ZSS.* 106 (1989) 469 ss.

89.3.4. Sul tipo di volontarietà del danneggiamento e sull'emergere della distinzione tra *dolus* e *culpa*: retro n. 87.6.1. La distinzione in esame e la suddistinzione della *culpa* in *lata*, *levis* e *levissima* procedettero, nella elaborazione giurisprudenziale romana, in parallelo con la riflessione sulla responsabilità secondaria per inadempimento, di cui *infra* n. 98: cosa ben comprensibile, trattandosi anche in questa materia di fenomeni derivanti, salvo eccezioni, da atti illeciti. — La figura della *culpa*, nella sua importanza agli occhi dei giureconsulti, assorbì spesso, come si è già detto, gli altri requisiti di essa, ad esempio, le figure giurisprudenziali della «*culpa in committendo*» e della «*culpa in omittendo*». Sul punto: Beinart, *«Culpa in omittendo»* (1949), e *The relationship of «iniuria» and «culpa» in the «lex Aquilia»*, in *St. Arangio-Ruiz* 1 (1953) 279 ss.; Lawson, *Negligence in civil law* (1950); Cohen, *The principle of causation in the jewish and the Rom. l. of damage*, in *St. De Francisci* 1 (1956) 303 ss.; Price, *The problem of causation in the aquilian action*, in *AJ.* 1958; MacCormack, *«Culpa in eligendo»*, in *RIDA.* 18 (1971) 525 ss., e *Aquilian «culpa»*, in *St. Daube* (1974) 201 ss.; Selb, *Kausalität in der* rilievi attinenti al nesso di causalità e alle esimenti dell'antigiuridicità dell'atto lesivo) ad una ricchissima serie di considerazioni, non sempre coerenti tra loro, connesse con la casistica esaminata. Sintetizzare la grande varietà degli sviluppi originati nel seno della giurisprudenza dalle secche formulazioni della *lex Aquilia* non è facile: si possono mettere in rilievo soltanto due linee di massima. In primo luogo, il confronto con gli altri *delicta* (solitamente determinato dal dubbio che fosse stato commesso uno di essi, anziché il delitto di danneggiamento) portò insensibilmente verso la conclusione che il «*dolus*» richiesto per la loro punibilità fosse di solito qualcosa di più intenso della mera «*culpa*» bastevole per la punibilità del *damnum iniuria datum*: il che avviò la giurisprudenza postclassico-giustinianea (se non già in parte quella tardo-classica) a concepire il *dolus* come intenzionalità dell'evento di danno e la *culpa* come semplice volontarietà (non intenzionale) dell'atto illecito da cui l'evento era derivato. In secondo luogo, la necessità di valutare caso per caso la misura della responsabilità dell'agente, onde poter meglio determinare la misura del risarcimento da lui dovuto, portò insensibilmente verso l'inclusione nella *culpa* delle sole (svariatissime) ipotesi di negligenza, imprudenza, imperizia e verso la graduazione di queste ipotesi in categorie di diversa gravità: il che avviò la giurisprudenza postclassico-giustinianea (se non già in parte quella tardo-classica) a distinguere tra «*culpa lata*», «*culpa levis*» e «*culpa levissima*».

90. LE ALTRE OBBLIGAZIONI DI RESPONSABILITÀ PRIMARIA.

90.1. Altre obbligazioni di responsabilità primaria, a prescindere da quelle inerenti ai quattro *delicta* dianzi illustrati, derivarono dalle cause seguenti: *a*) il «dolo (malefico) negoziale»; *b*) la determinazione del «timore negoziale»; *c*) alcune ipotesi di *iniuria* qualificata; *d*) alcune ipotesi di *furtum* qualificato; *e*) alcune ipotesi di *rapina* qualificata; *f*) l'*effusum vel de-*

---

dogmengeschichtlichen Betrachtung, in *Gs. Herdlitczka* (1972) 215 ss.; Schipani, «*Lex Aquilia*», «*culpa*», *responsabilità*, in *ACOP* 5 (1992) 129 ss. — *In lege Aquilia et levissima culpa venit* è principio che si legge in Ulp. D. 9.2.44 pr.; v. infra n. 91.5.3. — La casistica del *damnum iniuria datum* è tanto ricca che non può essere qui ridotta a minimi termini senza deformazioni. Per una scelta molto attenta: Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der «lex Aquilia»*⁵ (1996); Frier, *A casebook on the Rom. L. of delict* (1989) 1 ss.

90.1. Sul *dolus malus* v. retro n. 24.5 ss. — Sul *metus* v. retro n. 24.6. — Le ipotesi di *obligationes quasi ex delicto* indicate da I. 4.5 sono quelle dell'*effusum deiectumve* e del *positum suspensumve* (cfr. 1-2), del *iudicem litem suam facere* (cfr. pr. e 2), del *furtum* (*damnumve*) addossato ai *nautae* ecc. (cfr. 3).

iectum; *g*) il *positum vel suspensum*; *h*) il *litem suam facere*; *i*) il *falsum modum dicere*; *l*) la *corruptio servi*; *m*) il *sepulchrum violatum*; *n*) l'abuso di potere dei *publicani*; *o*) l'*album corruptum*. Dato che del *dolus malus* e del *metus* abbiamo già parlato altrove, limiteremo qui il discorso alle altre figure.

90.2. Ipotesi di *iniuria* qualificata, cioè di illeciti affini all'*iniuria*, vennero perseguite dal pretore con *actiones in aequum conceptae* e consistettero in svariate manifestazioni di «*contumelia*», cioè di sprezzo o di non adeguato rispetto verso altri soggetti giuridici, concretantisi in azioni fisicamente non violente. Così l'«*adtemptata pudicitia*» («offesa al pudore»), vale a dire il tentativo di corruzione dei costumi di una *mater familias* di qualunque età o di un *pater familias* impubere («*praetextatus*») verificantesi, ad esempio, nel distogliere dal suo compito l'accompagnatore adulto di tali persone («*comitem abducere*»), o nel dire alle stesse persone parole sconvenienti per istrada, nel pedinarle marcatamente e fastidiosamente («*adsectari*»). Così pure il «*convicium*» («motteggio»), vale a dire l'organizzazione (o la istigazione alla organizzazione) di chiassate derisorie e sconvenienti alle spalle di un soggetto giuridico o dei suoi sottoposti. Così infine l'«*infamatio*» («diffamazione»), cioè la diffusione sul conto di persone non presenti di voci, notizie, valutazioni tali da lederne la reputazione.

90.3. Ipotesi di *furtum* qualificato furono quelle che dettero luogo ad azioni speciali di cui abbiamo già parlato a

---

90.2. Sulle ipotesi affini all'*iniuria* cfr.: Lenel, *EP*^{3} § 191 («*convicium*»), 192 («*adtemptata pudicitia*»), 193 («*infamatio*»). — Per le estensioni giurisprudenziali, cfr. ad es., Ulp. D. 47.10.1-2: *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 iniuria aut per alias personas. Per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per 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 v. Daube, «*Ne quid infamandi causa fiat*», in *ACIV.* 3 (1953) 333 ss.; Birks, «*Infamandi causa facere*» *in disguise?*, in *On. Reinart* 1 (1978) 83 ss. Una delle ipotesi più note è quella del «*libellus famosus*», cioè della diffusione di uno scritto diffamatorio (cfr. Paul. in Coll. 2.6.3). V. particolarmente: Manfredini, *La diffamazione verbale* cit. retro n. 88.2.2. — L'ipotesi della *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 meretrice (cfr. Ulp. D. 47.10.15.15). Sul tema: Huber, *Frauensuche und «iniuria» durch «appellare»*, in *On. Volterra* 3 (1969) 433 ss. Ma l'ipotesi della matrona in abito da meretrice non è classica: Guarino, *Le matrone e i pappagalli* (1976), in *PDR.* 6 (1996) 262 ss.

90.3. Sull'*actio rerum amotarum* v. retro n. 42.2.5. — Sull'*actio rationibus distrahendis* v. retro n. 45.7.2. — Sull'*actio de tigno iuncto* v. retro n. 50.5.3. — Sull'*actio furti vel damni adversus nautas* suo tempo: l'«*actio rerum amotarum*», l'«*actio rationibus distrahendis*», l'«*actio de tigno iuncto*». Si aggiungano qui: il «furto o danno a carico del cliente ospitato», cioè il furto o il danno patrimoniale subiti a causa di ignoti dal cliente di un capitano di nave, di un oste o di uno stalliere durante la permanenza nei loro esercizi, ipotesi che indusse il pretore all'introduzione di un'*actio in duplum* contro i gestori degli esercizi stessi; e ancora il «taglio furtivo di alberi altrui» (con o senza asportazione dei fusti), ipotesi che già le XII tavole punirono con la pena di 25 assi per ogni albero e che più tardi il pretore perseguì con la concessione alla parte lesa di un'*actio in duplum*.

90.4. Ipotesi di *rapina qualificata* furono: il «saccheggio in occasione di calamità» (incendio, naufragio, cataclismi vari), perseguito dal pretore con un'*actio in quadruplum*; inoltre il «danneggiamento in occasione di disordini popolari» (provocato cioè approfittando della *turba*, della calca), perseguito dal pretore con un'*actio in duplum*.

90.5. L'*effusum vel deiectum* («versamento o getto incauti») era l'ipotesi di versamento di liquidi o di getto di solidi

---

caupones stabularios: Messina Vitrano, *Note intorno alle azioni «in factum» di danno e di furto contro il «caupo» e lo «stabularius»* (1909); Lenel, *EP*³ § 136; De Robertis, *«Receptum nautarum»* etc., in *AUBA*. 1967. Si noti che di damno parla D. 44.7.5.6, mentre I. 4.5.3 parla di dolo. V. anche *retro* n. 82.6. — Sull'*actio arborum furtim caesarum* (anticamente denominata *actio de arboribus succisis*: *retro* nr. 8.1.3): Albanese, *«Actio servi corrupti» e «actio arborum furtim caesarum»*, in *Labeo* 5 (1959) 325 ss.; Lenel, *EP*³ § 139. V. anche nr. 8.3.1. — Altro caso speciale fu quello del *furtum vel damnum servi manumissi* (realizzato in ordine alle *res* di una *hereditas nondum adita* dallo schiavo manomesso nel testamento, ma nell'attesa, o meglio nella speranza, dell'adizione che desse adito alla sua affrancazione): cfr. D. 47.4 e particolarmente Ulp. D. 47.4.1. Sul tema: Secchetti, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente operato dallo schiavo manomesso nel testamento* (1994). — Sull'*hereditas iacens*: *retro* n. 173.2, 31.6.

90.4. L'editto «*de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*» è ricostruito da Lenel, *EP*³ § 189. Sulla *navis* (nave commerciale): *retro* n. 39.2. Per «*ratis*» deve intendersi qualunque mezzo di navigazione (zattere comprese) meno complesso della *navis*. — L'editto «*de turba*» è ricostruito da Lenel, *EP*³ § 188.

90.5. Sull'*effusum vel deiectum*: Stein, *The «actio de effusis et deiectis» and the concept of quasi-delict*, in *SLR*. 25 (1959) 1 ss.; Casavola, *Studi sulle azioni popolari* cit. 149 ss.; Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klass. röm. R.* (1972); Longo, *I «quasi delicta»: «a. de eff. et deiectis», «a. de pos. et susp.»*, in *St. Sanfilippo* 4 (1983) 399 ss.; Rodriguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjetivo del «ed. de eff. et deiectis»*, in *Iura* 35 (1984) 91 ss.; Zimmermann, *«Effusum vel deiectum»*, in *St. Lange* (1992) 301 ss.; Palmirski, *«Eff. vel d.»*, in *St. Wołodkiewicz* (2000) 667 ss. Cfr. Lenel, *EP*³ § 61, che utilizza Ulp. D. 9.3.1 pr.: «*De his qui deiecerint vel effuderint. Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, 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, quinquaginta aureorum 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 dedere*». — Sulle *actiones populares*: *retro* nr. 67.2.

dall'alto delle case nelle strade o nei luoghi di pubblico accesso sottostanti. Se dal fatto conseguiva un danno ad una *res* altrui (schiavi compresi), al proprietario dell'oggetto danneggiato il pretore concedeva un'*actio in duplum* contro l'abitante dell'edificio (*habitator*); se da esso conseguiva una lesione personale ad un uomo libero (fosse o non fosse soggetto giuridico privato), all'offeso (o all'avente potestà su di lui) il pretore concedeva contro l'abitante un'*actio in quantum aequum*, come nel caso di *iniuria*; se infine dal fatto conseguiva la morte di un uomo libero, il pretore concedeva contro l'abitante un'*actio popularis* (esercitabile con preferenza dai familiari della vittima) intesa al pagamento di una somma fissa a titolo di penale. La responsabilità era addossata all'abitante dell'edificio (proprietario o non proprietario che ne fosse) a titolo eccezionale di responsabilità oggettiva: solo in periodo postclassico essa venne limitata ai casi di *culpa*.

90.6. Il *positum vel suspensum* («appoggio o sospensione incauti») era l'ipotesi di appoggio o sospensione di oggetti sull'alto delle case, con evidente pericolo di caduta nelle strade o nei luoghi di pubblico accesso sottostanti. Per questo solo fatto il pretore concedeva un'*actio popularis* intesa al pagamento di una penale fissa contro l'abitante dell'edificio cui fosse da attribuire il fatto pericoloso. La responsabilità dell'*habitator* era oggettiva per il diritto classico, mentre fu limitata alla *culpa* in periodo postclassico.

90.7. Il *litem suam facere* («parzialità del giudice») era l'ipotesi del giudice che nel suo ufficio non si fosse comportato

---

90.6. Sul *positum vel suspensum* cfr. Lenel EP.³ § 62 (su 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 ‹solidorum› decem ‹milium nummorum› in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo*». Cfr. 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*. Da notare quanto si legge nel seguito: *si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid e 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*. Sul tema: Watson, *Liability in the «actio de positis et suspensis»*, in *Mél. Meylan* 1 (1963) 379 ss.; Wittmann, *Die Körperverletzung* cit.; Longo, *I «quasi delicta»* cit. — Sulle *actiones populares*: retro n. 87.2.

90.7. Sul *litem suam facere* cfr. particolarm. 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*; Gai 4.52. In argomento: Hübner, *Zur Haftung des «iudex qui litem suam fecit»*, in *Iura* 5 (1954) 200 con la dovuta imparzialità, provocando con ciò intenzionalmente un pregiudizio ad una delle parti. Il disonesto agire del giudicante poteva andare dal vizio di procedura commesso ad arte (per esempio, un differimento eccessivo) sino al vizio di valutazione del merito compiuto per dolo o per inescusabile errore. In ordine a tutta questa vasta gamma di possibilità il pretore concesse alla parte lesa un'*actio in aequum concepta* contro il giudice parziale.

90.8. Il *falsum modum dicere* («falso in misurazioni agrarie») era l'ipotesi dell'agrimensore (*agrimensor*) 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 il pretore dette alla parte lesa un'*actio in id quod (actoris) interfuit*, cioè nel *quantum* di danno subito da chi avesse interesse a che non fosse stata operata la falsa misura («*falsum modum renuntiatum non esse*»).

90.9. La *corruptio servi* («corruzione di schiavo») era l'ipotesi di chi avesse favorito la fuga di uno schiavo altrui o avesse esercitato sullo stesso pressioni psicologiche tali da corromperne le disposizioni naturali dell'animo (quindi la sua originaria fruibilità). Contro l'autore del fatto il pretore attribuì al *dominus* un'azione («*actio servi corrupti*») *in duplum*. In diritto giustinianeo un'*actio utilis servi corrupti* spettava anche all'usufruttuario ed un'*actio utilis* spettava altresì al padre in caso di corruzione del figlio.

---

ss.; MacCormack, «*Iudex qui litem suam facit*», in *AJ.* 1977, 149 ss.; D'Ors, «*Litem suam facere*», in *SDHI.* 48 (1982) 368 ss.; De Martino, «*Lit. suam fac.*», in *BIDR.* 91 (1988) 1 ss.; Lamberti, *Riflessioni in tema di «lit. suam fac.»*, in *Labeo* 36 (1990) 218 ss., con bibl.; Robinson, *The «iudex qui l. s. fecit» explained*, in *ZSS.* 116 (1999) 195 ss.; Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel proc. formulare*, in *Om. Provera* (1994) 151 ss. La *lex Irnitana* epigrafica c. 91 parla dell'istituto, ma non per descriverne tutte le possibili esplicazioni (tra cui il dolo nella valutazione del merito), bensì solo per bollare il vizio di procedura consistente nel fatto che «*neque dies diffissus neque iudicatum fuerit*» (cfr. anche PAUL. 1.22): non sembra esatta la tesi avanzata dal D'Ors, e seguita da altri, secondo cui l'illecito si sarebbe limitato solo ai vizi di procedura e D. 5.1.15.1 sarebbe itp. — Sull'intervento diretto del magistrato contro il giudice inefficiente o sospetto, retro n. 15.6. — Sull'ipotesi di imprudentia del *iudex* (cfr. Gai D. 44.7.5.4): retro nt. 63.8.

90.8. Sul *falsum modum dicere*: Albertario, *Note critiche sul titolo del Digesto 11.6 «Si mensor falsum modum dixerit»*, in *St.* 6 (1953) 1 ss.; Piazza, *La disciplina del falso nel dir. rom.* (1991) 85 ss. Cfr. anche Lenel, *EP.*³ § 59 — Sulla *mensura agrorum*: retro n. 49.4.1.

90.9. Sulla *corruptio servi*: Albanese, «*Actio servi corrupti*», in *AUPA.* 1959, e «*A. s. c.*» e «*actio arborum furtim caesarum*» *fra condomini*, in *Labeo* 5 (1959) 325 ss.; Longo (G.), *D. 11.3.* in *BIDR.* 64 (1961) 199 ss.; Bonfiglio, «*Corruptio servi*» (1998). Per l'editto cfr. Lenel, *EP.*³ § 63 (da Ulp. D. 11.3.1 pr. e D. 11.3.5.3): «*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 servove fecisse dicetur (iudicium cum noxae deditione reddetur)*».

90.10. Il *sepulchrum violatum* («violazione di sepolcro») era 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*, era esercitabile da chiunque un'azione popolare intesa al pagamento di una multa.

90.11. L'abuso di potere dei *publicani* consisteva in ogni ipotesi di 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. Alla parte lesa il pretore concesse un'azione *in duplum* contro il *publicanus*.

90.12. L'*album corruptum* («alterazione dell'albo pretorio») era l'ipotesi di chiunque alterasse dolosamente le formulazioni degli editti giurisdizionali affisse in pubblico nell'apposito albo (*album praetorium*) o su altri materiali scrittori (papiri, pergamene, tavolette lignee ecc.). Contro l'autore della corruzione il pretore concesse, a tutela della fede pubblica, un'*actio popularis* intesa al pagamento di una forte somma.

91. LE «OBLIGATIONES» DI RESPONSABILITÀ SECONDARIA.

91.1. L'inadempimento di un'*obligatio* di debito o di responsabilità primaria (anzi, più in generale, il mancato soddi-

---

90.10. Sul *sepulchrum violatum*: Morel, *Le «sepulchrum violatum»* (1928). Il De Visscher, in una serie di studi (v., fra gli altri, *Les peines sépulcrales*, in *St. Lewald* [1953] 175 ss., e *Le droit des tombeaux romains* [1963]), ha ricostruito anche il sistema penale complementare dell'*actio sepulchri violati*. Sul tema: Kaser, *Zum röm. Grabr.*, in *ZSS.* 95 (1978) 15 ss. Cfr.: Lenel, *EP.*³ § 91-93. Per le fonti cfr.: D. 47.12; C.I. 9.19.

90.11. Sugli illeciti dei *publicani*: Solazzi, *L'editto «de publicanis» in D. 39.4.1 pr.* (1933), in *Scr.* 3 (1972) 404 ss.; Voci, *Note sulle azioni pretorie contro i publicani*, in *SDHI.* 60 (1994) 291 ss. Cfr. Lenel, *EP.*³ § 183-184 («*Quod publicanus vi ademerit*» e «*Quod publicanus illicite exegerit*»).

90.12. Sull'*edictum de albo corrupto* cfr. Ulp. 3 ad. D. 2.1.7 pr.: *Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum [aureorum] «milium sestertiorum» iudicium, quod populare est.* Cfr. anche Lenel, *EP.*³ § 7. In argomento: Palazzolo, *L'edictum «de albo corrupto» e il problema della pubblicità delle norme edittali in età postclassica*, in *St. Sanfilippo* 7 (1987) 593 ss.; Guarino, *«De albo corrupto»* (1990), in *PDR.* 4 (1994) 399 ss., con bibl.

91.1. Sull'*inadempimento dell'obligatio* e sulla cd. «responsabilità contrattuale»: Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in dir. rom.*² (1933, r. 1958), con bibl. prec.; Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla resp. contratt.* 1. *La responsabilità per custodia* (1938); Betti, «*Periculum*» etc., in *St. De* sfacimento, la mancata *satisfactio* del creditore) determinava a carico dell'*obligatus* (o di altri eventualmente tenuti in questa ipotesi per lui) il sorgere di un'obbligazione di «responsabilità secondaria», avente ad oggetto la rivalsa del *creditor* per la non ottenuta soddisfazione. Ma ovviamente sarebbe stato eccessivo che questa regola astratta trovasse puntuale e immancabile applicazione in tutti i casi specifici di inadempimento; pertanto, sopra tutto dopo l'introduzione della procedura formulare, cioè nel quadro del *ius civile novum* e del *ius honorarium*, la giurisprudenza 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, oppure parve giu-

---

Francisci 1 (1956) 131 ss.; Cannata, *Ricerche sulla resp. contratt. nel dir. rom.* 1 (1966); De Robertis, *La resp. contratt. nel dir. rom. dalle origini a tutta l'età postclassica* (1994), che conclude una lunga serie di contributi sul tema; Cardilli, *L'obbligazione di «praestare» e la resp. contratt. in d. r.* (1995); Cannata, *Sul problema della resp. nel dir. priv. romano*, in *Iura* 43 (1992) 1 ss. e 44 (1993) 1 ss., a conclusione di altra lunga serie di studi e con bibl. V. anche *retro* n. 66.2 e *infra* n. 91.5. Per verità, malgrado la fiorente letteratura, una trattazione esaustiva 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. Paul. D. 45.1.91.3), essi non volevano certo dire che l'*obligatio* primaria non fosse estinta, ma volevano sottolineare che, pur non essendo ormai 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. 3.7.4). Sul punto: Gradenwitz, «*Quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem*», in *ZSS.* 34 (1913) 255 ss.; Mayer-Maly, «*Perpet. obl.*», in *Iura* 7 (1956) 6 ss.; Fusetti Vanzetti, «*Perpet. obl.*» (1979); Cannata, «*Perpet. obl.*», in *SC.* 4 (1992) 49 ss. — Sulla *satisfactio*: *retro* n. 67.1.1. Resta inteso che il nostro discorso sarà portato, per ragioni di semplicità, sull'«inadempimento», sottintendendo la mancanza anche della *satisfactio*. — Sul *damnum iniuria datum*: *retro* n. 89. — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni sono tutti orientati, con regimi troppo vari per poter essere qui descritti, lungo queste tre direttrici: a) esclusione della imputabilità nei casi di forza maggiore e assimilati (con frequente riferimento esplicito a tali ipotesi e a molte altre ancora nelle clausole contrattuali); b) larghissima estensione della imputabilità per colpa o dolo, a seconda dei casi; c) ammissione a titolo eccezionale di alcuni casi di responsabilità oggettiva (v. già retro n. 1.12.1). Quanto al diritto italiano vigente, cfr. sopra tutto: a) gli a. 1218-1229 c.c., nei quali è fissato il principio che «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile» (così viene precisato, salvo prova liberatoria, che il debitore inadempiente è in colpa); b) gli a. 1453-1462, nei quali è regolata la risoluzione dei contratti (e, in genere, dei negozi giuridici bi- o plurilaterali) per inadempimento; c) gli a. 1463-1466, nei quali è regolata la risoluzione totale o la riduzione dei contratti con prestazioni corrispettive in caso di sopravvenuta impossibilità (totale o parziale) di adempiere; d) gli a. 1467-1469, nei quali è regolata la risoluzione dei contratti (purché non «aleatori», cioè esposti sin da principio a questa eventualità) nel caso di sopravveniente eccessiva onerosità della prestazione.*

sto imputare al debitore l'inadempimento solo se esso risultasse da lui più o meno intensamente voluto. Questa fitta riflessione giurisprudenziale, che non a caso fu parallela a quella esercitatasi in ordine al risarcimento del *damnum iniuria datum*, incise notevolmente sui comportamenti dei magistrati giusdicenti e sulle valutazioni dei giudicanti, dando luogo ad un campionario di regole particolari, peraltro piuttosto elastiche e molto influenzate dalla varietà delle fatti-specie di riferimento, le quali subirono poi non indifferenti sviluppi nell'ambito del *ius novum* (con connessa *cognitio extra ordinem*) del periodo classico e postclassico, nonché nella codificazione giustinianea. Quest'ultima giunse molto chiaramente a distinguere tra l'obbligazione «primaria» (cioè quella insoddisfatta) e la conseguente (ed eventuale) obbligazione «secondaria» di responsabilità, fissando le linee generali (tutto sommato, da ritenersi anche come le più ragionevoli) della complessa materia.

91.1.1. È impossibile ricostruire con un minimo di sicurezza l'impostazione arcaica, ed è troppo difficile esporre sinteticamente le soluzioni (oltre tutto, non sempre tra loro conformi) adottate in ordine all'inadempimento delle singole obbligazioni

---

91.1.1. Ai fini di una storia del regime dell'inadempimento delle obbligazioni nel *ius privatum romanum*, la cosa da tenere fondamentalmente presente è questa: che, a prescindere dalle variazioni che poterono essere determinate dalle epoche diverse, dalle diversità dei tipi di rapporti obbligatori, dalle diverse concezioni manifestatesi nel seno della giurisprudenza e dalle possibilità diverse offerte dalle varie *cognitiones* alternatesi via via nell'ordinamento giuridico romano, un ruolo di grande importanza (generalmente troppo trascurato in sede di ricostruzione storica) fu giocato dal rilievo assegnato, nell'ambito più vasto della vita sociale ed economica, a certi determinati fatti, a certi determinati comportamenti debitori e anche a certe determinate attività generatrici di rapporti obbligatori. — Una visione generale del problema induce, pertanto, non più che alle generiche affermazioni che seguono. Primo: l'ordinamento 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 fatto del mancato adempimento (ma non è da escludere che sin dall'età arcaica sia stato riconosciuto carattere esimente a qualche ipotesi di *casus fortuitus* e, sopra tutto, di *vis maior*). Secondo: nelle età successive fu sempre più largamente avvertita la necessità di discostarsi dal semplicismo (e dal conseguente rigorismo) dell'impostazione arcaica, tuttavia (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. Terzo: in periodo preclassico e classico, il principio arcaico subì con l'avvento della procedura formulare, 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, sopra tutto, a singole indicazioni e valutazioni di giuristi). Quarto: in periodo postclassico-giustinianeo (ma già in età tardo-classica, a causa dell'influenza esercitata dal *ius novum*), 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, favorito dalla *cognitio extra ordinem*, nel trattamento concreto delle singole fattispecie.

nell'arco di tempo intercorrente tra il sec. III a. C. e il sec. VI d. C. Ci limiteremo quindi a delineare qui di séguito i soli orientamenti di massima del *ius privatum*: anzitutto, con riferimento all'inadempimento solitamente ritenuto «non imputabile» (non attribuibile, non accollabile) all'*obligatus*; secondariamente, con riferimento all'inadempimento solitamente ritenuto «imputabile» all'*obligatus*. In ordine all'«inadempimento imputabile», che era poi l'ipotesi di gran lunga più frequente e più fervida di discussioni, cercheremo di distinguere: *a*) il regime che si applicò all'inadempiente nel quadro del *ius vetus* e della *cognitio ordinaria* (dunque, già in periodo preclassico e classico); *b*) dal regime che si applicò all'inadempiente nel quadro del *ius novum* e della *cognitio extraordinaria* (dunque, già in periodo classico avanzato, ma particolarmente in periodo postclassico).

91.2. Relativamente all'inadempimento non imputabile, l'orientamento di tutti i periodi storicamente ricostruibili fu, almeno in via generale, costante. Si ritenne non imputabile al debitore (e pertanto da sopportarsi, nelle sue conseguenze, esclusivamente dal creditore) ogni ipotesi di inadempimento determinato da fatto non voluto dall'*obligatus* e non resistibile da parte dello stesso. Quindi: *a*) l'inadempimento provocato col suo comportamento volontario proprio dal creditore (per esempio, la voluta distruzione da parte sua dell'oggetto dovuto); *b*) l'inadempimento dipeso da cause estranee alla volontà del debitore e tali da non poter essere da lui, anche con l'impiego della massima diligenza, contrastate o tempestivamente evitate (per esempio, la deliberata o incauta distruzione dell'oggetto dovuto a causa di una calamità naturale). Rispetto a questo secondo e vasto ordine di ipotesi, che ovviamente non mancò di dar luogo a numerose contestazioni tra le parti, la casistica delle fonti è molto ampia ed è tutt'altro che univoca nei concetti cui fa capo: concetti che sono quelli del caso (*casus, casus fortuitus*), della forza maggiore (*vis maior, vis cui resisti non potest*), del danno fatale (*damnum fatale*), dell'attacco dei pirati (*vis piratarum*), dell'incursione dei briganti (*incursio latronum*), della calamità atmosferica (*tempestas*) ed altri ancora.

91.2. Sull'inadempimento inimputabile: De Medio, *Caso fortuito e forza maggiore in dir. rom.*, in *BIDR.* 20 (1908) 157 ss.; Schulz, *Rechtsvergleichende Forschungen über die Zufallshaftung*, in *Z. Vergl. Rechtsw.* 1910-12; Medicus, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im röm. R.*, in *ZSS.* 86 (1969) 67 ss.; Mocciola, *L'elemento fortuito nel dir. rom. e com.*, in *AG.* 193 (1977) 63 ss.; Torrent, «*Factum debitoris, culpa deb., scientia deb.*», in *St. Alvarez Suárez* (1978) 493 ss.; Doll, *Von der «vis maior» zur Höheren Gewalt* (1989); Ernst, *Wandlungen des «vis maior»-Begriffes in der Entwicklung der röm. Rechtswissenschaft*, in *Index* 22 (1994) 293 ss.

91.2.1. Le varie ipotesi delle cause di inadempimento non volute dal debitore e da lui non contrastabili o tempestivamente evitabili sfociarono, in periodo postclassico-giustinianeo, in due categorie generali, peraltro di senso molto approssimativo e non incontestato: *a*) quella della *«vis maior»* («forza maggiore»), intesa come un avvenimento, sia pur prevedibile e previsto, comunque irresistibile per le normali forze umane, e in particolare per le forze del debitore; *b*) quella del *«casus fortuitus»* («caso fortuito»), inteso come un avvenimento, sia pur resistibile, verificatosi però al di fuori delle normali possibilità di previsione, e quindi di tempestiva ed efficace reazione, del debitore.

91.3. Relativamente all'inadempimento imputabile al debitore l'orientamento di base fu in tutti i tempi che esso fosse

---

91.2.1. Le categorie postclassiche della *«vis maior»* e del *«casus fortuitus»* (largamente accettate anche in ordine ai diritti moderni) sono, si ripete, molto approssimative. La loro precisa definizione è cosa molto difficile. Per i tentativi in proposito (e per ampi riferimenti alla casistica classica): Sargenti, *Problemi* cit. 127 ss. — La deroga convenzionale, almeno in parte, ai principi della inimputabilità dell'inadempimento (per es., in vista della *vis piratarum* o della *incursio latronum*) era, ovviamente, sempre possibile, sia in diritto classico sia in diritto postclassico.

91.3. Quanto all'inadempimento imputabile, il maggior rigore che si riscontra nel periodo preclassico e classico rispetto al periodo postclassico in parte dipese dalla relativa vicinanza alle «primitive» e semplicistiche posizioni dell'età arcaica, ma in parte derivò anche dalla cosciente riluttanza del diritto preclassico e classico al cd. *«favor debitoris»* (su cui v. *infra* n. 91.5). A parte il fatto che l'*obligatus* era, ancora in età classica, un soggetto ben più fortemente vincolato al *creditor*, di quanto non lo fosse un debitore del diritto giustinianeo (e dei diritti moderni), la giurisprudenza preclassica e classica era indotta ad un trattamento di maggior 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 individualistiche sopra tutto orientali, il lassismo caratteristico della decadenza giuridica cooperarono ad un rovesciamento (d'altronde, in gran parte positivo e apprezzabile) delle visuali precedenti. Cfr. D. 12.1.5: *Quod te mihi dare oportet 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.* — *De se queri debere* dicono talvolta le fonti a proposito dell'inadempimento imputabile. Sul punto: Mayer-Maly, *«De se queri debere»: officia erga se und Verschulden gegen sich selbst*, in *St. Kaser* (1976) 243 ss.; Triantaphyllopoulos, *«De se queri»*, in *St. Iglesias* (1988) 1065 ss. — Sui problemi della responsabilità soggettiva e oggettiva: MacCormack, *«Culpa»*, in *SDHI.* 38 (1972) 123 ss.; Margadant, *La responsabilidad objetiva en el der. rom.*, in *Jurídica* 6 (1974) 261 ss.; Robaye, *Responsabilité objective ou subjective en dr. rom.*, in *T.* 58 (1990) 345 ss., con bibl.; MacCormack, *«Dolus, culpa, custodia, diligentia»: criteria of liability or content of obligations*, in *Index* 22 (1994) 189 ss. A nostro avviso, le ipotesi di responsabilità oggettiva (di cui uno dei maggiori assertori è stato l'Arangio-Ruiz cit. *retro* n. 91.1) sono, in realtà, tutte e soltanto ipotesi di responsabilità da attribuirsi a cause diverse da quelle (di inimputabilità) dianzi descritte, quindi fosse da accollare al comportamento volontario (commissivo od omissivo) del debitore (cd. «*factum debitoris*»). Ipotesi vere e proprie di «responsabilità oggettiva» del debitore per l'inadempimento non furono dunque concepite: l'inadempimento fu sempre imputato al debitore a titolo di «responsabilità soggettiva», dipendente cioè dalla sua libera, non coatta, non necessitata astensione dal provvedere alla prestazione dovuta («*per eum stare quo minus praestet*»). Tuttavia la molteplicità dei casi concreti, delle questioni sollevate in sede giurisdizionale, delle riflessioni e discussioni giurisprudenziali comportò che le imputazioni per l'inadempimento oscillassero tra due poli estremi molto distanti tra loro: quello della «responsabilità massima» (quasi ai confini della responsabilità oggettiva) e quello della «responsabilità minima» (limitata ai soli casi di chiara intenzionalità dell'inadempimento).

91.3.1. All'interno del vasto arco intercorrente tra i due poli ora menzionati, si profilarono e via via si precisarono i distinti concetti del *dolus* e della *culpa*, quest'ultima suddistinta in *lata*, *levis* e *levissima*. Ma il cammino che portò a queste precisazioni fu comprensibilmente lungo e pieno di incertezze e di contrasti. Il massimo che si può fare per averne un'idea nebulosa è distinguere tra regime del *ius vetus* e regime del *ius novum*.

---

soggettiva accollata al debitore con rigore estremo. — Il danno del terzo, cioè il danno subito da soggetto estraneo al rapporto obbligatorio per riflesso dell'inadempimento del debitore, non era ovviamente risarcibile. Tuttavia qualche caso di responsabilità per danno del terzo si intravvede nella larghissima casistica delle fonti. Sul tema: Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes im kl. röm. R.* (1993), con bibl.; Cannata, *Le disavventure del capitano Ross*, in *Labeo* 41 (1995) 387 ss.

91.3.1. Che un'evoluzione storica anche in tema di responsabilità per inadempimento vi sia stata è sicuro. Che questa evoluzione abbia avuto la fisionomia generale indicata retro nt. 91.1.1 è più che probabile. Che, nel passaggio dal tardo periodo preclassico al periodo postclassico-giustinianeo, la distinzione tra *dolus* e *culpa* e le suddistinzioni di questa in rapporto al grado di *diligentia* del debitore si siano andate sempre più precisando, è congettura sorretta da molteplici indizi, suggerita sopra tutto da alcune interpolazioni testuali persuasivamente sospettate in sede di cauta esegesi critica. Tuttavia il grandissimo divario tra le ricostruzioni specifiche finora prospettate induce a concludere: non solo che il materiale di fonti del quale disponiamo è forse insufficiente; ma anche che, sopra tutto in questa materia (comprensibilmente fomentatrice di innumerevoli e sottili controversie di carattere giudiziario), si è commesso da parecchi studiosi lo sbaglio di non tenere presente che molte differenze e contraddizioni rilevabili nelle fonti non sono da attribuire al passaggio da un'epoca all'altra, ma sono da riferire alla concorrenza contemporanea della *cognitio ordinaria* formulare con la *cognitio extra ordinem* (che alla prima si surrogava oppure, in sede di *appellatio*, si sovrapponeva). Sul punto: De Falco, «*Diligentiam praestare*». *Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo nelle «obligationes»* (1991). Inaccettabile, a nostro avviso, la tesi del Voci cit. retro nt. 91.1, il quale sostiene la piena ed esclusiva classicità di tutte le ipotesi di inadempimento imputabile che si leggono nelle fonti a nostra disposizione e, in particolare, nella Compilazione giustinianea, con ciò poco verosimilmente negando ogni evoluzione storica postclassica.

91.4. Nell'ambito del *ius vetus* (quindi della *cognitio ordinaria* ad esso inerente e della giurisprudenza preclassica e classica ad esso riferentesi) si differenziarono, in maniera peraltro molto approssimativa, tre gruppi di ipotesi di responsabilità per inadempimento volontario: *a*) quello dei casi di responsabilità praticamente illimitata per effetto del tipo della prestazione; *b*) quello dei casi di responsabilità massima per effetto del tipo di impegno volontariamente assunto dal debitore; *c*) quello dei casi di responsabilità commisurata al diverso livello di diligenza normalmente richiesto, nelle varie specie di obbligazioni, al debitore.

91.4.1. Le ipotesi di «responsabilità praticamente illimitata» del debitore inadempiente per effetto del tipo di prestazione da lui dovuta furono quella delle «obbligazioni negative» (cioè di *non facere*) e quella delle «obbligazioni generiche» (cioè di dare *res* appartenenti ad un *genus*, e quindi cd. fungibili). Salvo che intervenissero cause del tutto eccezionali di inimputabilità (del tipo della forza maggiore che inducesse il debitore al *facere* contro voglia o che determinasse l'estinzione totale del *genus* dedotto in obbligazione), l'adempimento del debitore era praticamente tanto agevole (sia pure se a costo, talvolta, di maggiori oneri sopra tutto economici) che il suo inadempimento volontario non poteva a nessun costo essere ritenuto scusabile e fu quindi, sempre e in ogni caso, a lui imputato.

91.4.2. Le ipotesi di «responsabilità massima» del debitore inadempiente per effetto del tipo di impegno da lui volontaria-

---

91.4. Sul ius vetus: retro n. 4.6.2, con particolare riguardo a Guarino, *SDR.* n. 199-296, e id., *OGR.* n. 79.

91.4.1. La responsabilità illimitata del debitore non va intesa ovviamente in assoluto, ma va sempre rapportata all'esistenza in fatto della illimitatezza della prestazione: ecco perché abbiamo parlato di responsabilità «praticamente» illimitata. — Sopra tutto in ordine alle obbligazioni generiche si intende il valore non assoluto della illimitatezza della responsabilità incombente sul debitore. Infatti nulla vi è di più falso del vecchio detto «*genus numquam perit*» (il genere non si esaurisce mai): la difficoltà che un *genus* venga meno per estinzione di tutte le cose che lo compongono è direttamente correlata all'ampiezza del *genus*. Per conseguenza, mentre un'obbligazione di *dare triticum* (frumento) o di *dare vinum* (vino) era considerata praticamente illimitata, più limitata era l'obbligazione di *dare triticum Africum* o di *dare vinum Campanum*, più limitata ancora era quella di *dare triticum fundi Corneliani* o di *dare decem ex pecunia quam in arca habeo*, e così via dicendo. Il tutto per non parlare di un caso di forza maggiore che, ad esempio, rendesse sterile il fondo Corneliano o distruggesse il forziere del debitore. — Per le obbligazioni pecuniarie cfr. Gai. D. 44.7.1.4: *Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet*. Cfr. anche I. 3.14.2 e v.: Cannata, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la «culpa debitoris» nelle obbligaz. da «stipulatio in dando»*, in *SDHI.* 32 (1966) 63 ss.

91.4.2. Sulle ipotesi del praestare custodiam: Metro, *L'obbligazione di custodire nel dir. rom.* (1966), e «*Custodiam praestare*», in *Labeo* 13 (1967) 60 ss.; Almente assunto furono una serie limitata di fattispecie in ordine alle quali la prevalente coscienza sociale ritenne che il debitore, avendo ricevuto una cosa in «speciale affidamento», non potesse a nessun costo essere scusato (salvo intervento di *vis maior* o di *casus fortuitus*) per non averla resa al creditore. Relativamente a queste fattispecie si usò dire, con espressione contratta e metaforica, che il debitore, a prescindere dalle sue ulteriori obbligazioni (di *dare*, di *facere*, di *non facere*), era tenuto verso il creditore a «*praestare custodiam*», cioè a garantire che avrebbe fatto tutto il possibile per salvare l'integrità della cosa affidata alla sua vigilanza, alla sua cura, alla sua attenzione: in

---

lanese, *D. 13.6.19 e D. 19.2.41 etc.*, in Op. Grosso 1 (1968) 79 ss.; Hoffmann-Riem, *Die «custodia»-Haftung des Schuldners etc.*, in ZSS. 86 (1969) 394 ss.; MacCormack, *«Custodia» and «culpa»*, in ZSS. 89 (1972) 149 ss.; van den Berg, *«Custodiam praestare» etc.*, in T. 43 (1975) 59 ss.; Robaye, *L'obligation de garde* (1987); Reichard, *Stipulation und Custodiahaftung*, in ZSS. 107 (1990) 46 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* n. 91.4.3), siamo di fronte ad un'applicazione del principio dell'«*utilitas contrahendi*» (nella specie: *utilitas creditoris*). Molto dubbia è la tesi che il «*praestare custodiam*» possa qualificarsi addirittura come un caso di responsabilità oggettiva, e non piuttosto come un caso di responsabilità soggettiva portata ai massimi limiti della dilatazione. — Per la casistica, 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 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, sed ea actio domino competit.* Si noti che Gaio non spiega perché mai il creditore in possesso di un *pignus*, 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 subito 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 sintetico di esprimere (con particolare riguardo agli obblighi di restituzione di una *res* al creditore) il diffuso, addirittura ovvio convincimento che in certi determinati casi il debitore fosse sempre responsabile per l'inadempimento. Per gli altri casi del «*praestare custodiam*», v. Robaye cit. *passim*, notando che per tutti i casi qui indicati non mancano testi in cui, anziché di «*custodia*», si parla di «*culpa*» o di violazione del dovere di *diligentia*, e forse non sempre a causa di interpolazioni.

caso di mancata restituzione egli era responsabile verso il creditore senza che quest'ultimo dovesse provare la sua specifica colpa («*sine culpa*»), quindi esclusivamente sulla base della «*custodia*» cui era tenuto. Gli esempi più caratteristici di responsabilità per custodia furono: *a*) quello del comodatario nei confronti del comodante, per avergli questi affidato gratuitamente e solo nel suo interesse la *res commodata*; *b*) quello del lavandaio (*fullo*) e del sarto (*sarcinator*) nei confronti del cliente (*locator operis*), per il fatto che esercitavano normalmente il proprio mestiere in luoghi aperti al pubblico e quindi esposti a grande pericolo di furti; *c*) quello del creditore pignoratizio nei confronti del debitore che avesse compiuto il sacrificio di mettere in sue mani un *pignus* (appunto mediante una *datio pignoris*). Ed è quasi inutile dire che nulla vietava peraltro che si pattuissero tra le parti anche clausole limitative di tanto estesa responsabilità.

91.4.3. Le ipotesi di responsabilità del debitore inadempiente commisurate al «vario livello di diligenza» cui egli era tenuto a seconda delle varie specie delle singole obbligazioni furono relative alla gran massa dei rapporti di credito non rientranti nei due

---

91.4.3. 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*»: *a*) se l'*obligatio* è sorta per esclusivo interesse del *creditor*, il *debitor* inadempiente è responsabile solo ove l'inadempimento sia dipeso da *dolus*; *b*) se l'*obligatio* è sorta nell'interesse del *debitor* (o anche di lui), la responsabilità del *debitor* inadempiente si estende alla *culpa*. Cfr. Ulp. D. 13.6.5.2: ... *in contractibus interdum dolum solum, 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. 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*. — In ordine alle *obligationes tutelate mediante iudicia bonae fidei* la prassi giudiziale portò ben presto ad una soluzione più favorevole al debitore: non ogni *culpa* da lui commessa lo rendeva responsabile dell'inadempimento, ma lo rendeva tale solo lo specifico «*dolus malus*» (o più precisamente il «*dolus praesens*»), cioè l'accertata intenzionalità di sottrarsi sino all'ultimo (sino al momento della *sententia iudicis*) all'adempimento. 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 dolus 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) in 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*.

gruppi di ipotesi precedentemente accennati: obbligazioni, dunque, di *dare* e di *facere*, con esclusione di quelle generiche e di quelle implicanti la garanzia della custodia. Indirizzi precisi e dettagliati non si formarono. Può solo dirsi, piuttosto all'ingrosso, che la responsabilità del debitore inadempiente fu subordinata alla «volontarietà» del suo inadempimento: volontarietà che si espresse con i termini di «*culpa* (*debitoris*)» o anche, senza troppo sottilizzare, di «*dolus* (*debitoris*)», cioè con termini che denunciavano la mancanza nel debitore della diligenza che un buon *paterfamilias* (vale a dire un «galantuomo») avrebbe dovuto impiegare per tener fede al suo impegno («*diligentia boni patris familias*»).

91.5. Nell'ambito del *ius novum* (quindi della *cognitio extra ordinem* ad esso inerente e della giurisprudenza classica o postclassica da esso influenzata), le ipotesi di inadempimento imputabile furono convogliate verso una sempre più sottile aderenza alle esigenze delle varie categorie di obbligazioni. La regola del *ius vetus* relativa alle obbligazioni negative o alle obbligazioni generiche rimase sostanzialmente immutata, ma in ordine ad ogni altro tipo di obbligazione (*obligationes in dando* di cose infungibili, *obligationes* di *facere*) i criteri di imputazione della responsabilità si affinarono, e conseguentemente si moltiplicarono, dando luogo, come passiamo subito a vedere, ad un criterio normale della colpa lieve ed ad alcuni criteri eccezionali *pro debitore* o *contra debitorem*.

91.5.1. Criterio normale di imputazione della responsabilità, come già per il *ius vetus*, fu quello della «*culpa levis*» («colpa lieve»: così qualificata per distinguerla dagli altri due gradi di colpa), cioè il criterio della mancanza della «diligenza dell'uomo

---

91.5. Sull'orientamento giustinianeo in ordine alla responsabilità per inadempimento: Nörr, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht* (1960); De Robertis, *La disciplina della responsabilità contratt. nel sistema della grande Compilaz. giustinianea* (1981-82) con altra letteratura. — Le gradazioni della *culpa* (*lata, levis, levissima*) non furono probabilmente mai formulate dalla giurisprudenza classica e, pertanto, non classica è l'equiparazione della *culpa lata* al *dolus* («*culpa lata dolo aequiparatur*»): De Medio, *Studi sulla «culpa lata» in dir. rom.*, 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) 223 ss.; Lenel, *«Culpa lata» und «culpa levis»*, in *ZSS*. 38 (1917) 263 ss. — Il rovescio della medaglia del regime del *ius novum* fu costituito dall'astrattezza eccessiva dei giuristi postclassici e dei compilatori giustinianei, la quale produsse una singolare concorrenza di criteri astratti apparentemente impeccabili e inderogabili con soluzioni concrete diverse e spesso non coerenti con quegli astratti criteri.

91.5.1. Sulla nozione del *diligens paterfamilias* (centrale per il diritto postclassico e giustinianeo ed ancor oggi detto, in ordine ai diritti moderni, «diligenza del buon padre di famiglia» o «diligenza media»): Arangio-Ruiz, *Responsabilità* cit. 229 ss.; Guarino, *Il «buon padre» gentiluomo?* (1993), in *PDR*. 3 (1993) 309 ss. V. anche retro n. 20.2.1.

medio» o del «galantuomo» («*diligentia boni patris familias*»). Di regola, dunque, era richiesta nel debitore, 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*»), cioè di una piccola (ma non piccolissima) negligenza dell'*obligatus*.

91.5.2. Criteri eccezionali (e sporadici) a favore del *debitor* (cioè a svantaggio del *creditor*) furono: quello del «*dolus*» («dolo»), cioè dell'intenzionalità dell'inadempimento; e quello della «*culpa lata*» («colpa grave»), cioè dell'eccessiva negligenza nell'evitare l'inadempimento. Se un debitore era chiamato responsabile solo dell'inadempimento intenzionale o, sia pure, dell'inadempimento causato da sua «*magna neglegentia*», evidentemente egli era favorito di fronte alla media dei debitori. Sul piano pratico la differenza tra i due criteri di favore era inoltre tanto poca che si affermò il principio «*culpa lata dolo aequiparatur*» (la colpa grave è equiparata al dolo).

91.5.3. Criteri eccezionali (e ancora più sporadici dei precedenti) a sfavore del *debitor* (cioè a vantaggio del *creditor*) furo-

---

91.5.2. Sul dolus cfr., 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 desidiae atque neglegentiae, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui neglegenti amico rem custodiendam tradidit suae facilitati id imputare debet.* — Sulla culpa lata cfr. Ulp. D. 50.16.213.2: *Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*. Sulla equiparazione al *dolus* cfr. Ulp. D. 11.6.1.1, ma cfr. già Cels. D. 16.3.32: *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur (rell.)*.

91.5.3. 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*». V.: Hoffmann, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, unter besonderer Berücksichtigung der «culpa levissima»* (1966). — La diligentia quam in suis comportava normalmente un aggravamento di responsabilità: tuttavia, trattandosi di un criterio di riferimento a situazioni concrete, poteva ben darsi che essa risultasse pari o inferiore a quella che fosse, *in abstracto*, la *diligentia in suis* di una persona media. Cfr. in 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.)*. Sul tema: Hausmaninger, «*Diligentia quam in suis*», in *Fs. Kaser* (1976) 265 ss., che attribuisce l'escogitazione del criterio di imputabiso: *a*) quello della «*culpa levissima*» («colpa lievissima», minima), cioè della mancata esplicazione di una diligenza particolarmente intensa richiesta ai fini dell'adempimento («*diligentia diligentissimi patris familias*»); *b*) quello della cd. «*culpa in concreto*» («colpa in concreto»), cioè della mancata esplicazione da parte del debitore 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 per *custodia* e rappresentarono il massimo dello sfavore verso il debitore inadempiente.

92. LA RESPONSABILITÀ DA «MORA SOLVENDI» E DA «FRAUS CREDITORUM».

92.1. 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).

92.2. La *mora solvendi* («mora del debitore») 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*») generatore di una particolare responsabilità del debitore (o di altri per lui).

92.2.1. Il momento iniziale del periodo di *mora solvendi* (il cd. momento della «messa in mora») era costituito: nelle obbli-

---

ista a Celso (11 *dig.* D. 16.3.32), seguito da Gaio (2 *rer. cott.* D. 17.2.72), ma ignorato dalla successiva giurisprudenza classica; Mercogliano, «*Diligentia quam in suis*» *per i giuristi romani classici*, in *Index* 19 (1991) 379 ss. secondo cui sarebbero genuini anche i testi che si trovano nei posteriori giuristi tardo-classici. Con tutte le cautele del caso, noi insistiamo nel ritenere alterati da glossatori postclassici e da Giustiniano i frammenti relativi, cui aggiungo I. 3.14.3 cit. e I. 3.25.9 (... *qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet*).

92.1. Delle ipotesi particolari di inadempimento esposte in questo numero, quella della «*fraus creditorum*» non viene inquadrata tra le figure di inadempimento dalla *communis opinio*.

92.2. Sulla mora solvendi: Riccobono (jr.), *Profilo storico della dottrina della mora in dir. rom.*, in *AUPA*. 1962; id., *La genesi della mora come mezzo di attuazione del «favor debitoris»*, in *Circ. giur.* 1963. Per le fonti cfr. Ulp. D. 50.16.12.1: *Minus solvit qui tardius solvit: nam et tempore minus solvitur.* — Postilla. *Gli ordinamenti giuridici moderni regolano la «mora del debitore» in maniera approssimativamente conforme a quella romano-giustinianea. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 1219-1222 c.c.*

92.2.1. Sull'inizio della mora: Siber, «*Interpellatio*» *und* «*mora*», in *ZSS.* 29 (1908) 47 ss.; Elefante, «*Interpellatio*» *e* «*mora*», in *Labeo* 6 (1960) 30 ss.;

gazioni a termine fisso, dal momento della scadenza del termine; nelle obbligazioni senza termine fisso, dal momento della «richiesta di adempimento» («*interpellatio*») da parte del *creditor*. In ordine all'*interpellatio*, 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 necessario all'adempimento. Invece il diritto postclassico, attraverso una teorizzazione più rigida del fenomeno, fu orientato nel senso che la mora decorresse, di regola, dal giorno preciso di una formale ed esplicita «*interpellatio*», mentre solo eccezionalmente ammise che nelle obbligazioni a termine la scadenza del termine equivalesse alla *interpellatio* del creditore («*dies interpellat pro homine*»).

92.2.2. Effetti della *mora solvendi* erano: *a*) la protrazione dell'obbligazione («*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; *b*) l'obbligazione del pagamento degli interessi di mora («*usurae moratoriae*»), che peraltro valeva nei soli giudizi di buona fede ed era perciò determinata dal giudice (onde si parlò di «*usurae quae officio iudicis praestantur*»). In diritto postclassico il principio della *perpetuatio obligationis* subì qualche limitazione di carattere equitativo, nel senso che l'*obligatio* si intese perpetuata nei limiti ed agli effetti

---

Jakobs, «Culpa» und «interpellatio» bei der «mora debitoris» nach klassischem Recht, in T. 42 (1974) 23 ss. Cfr. Marcian. D. 22.1.32 pr.: *Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno 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*. — Mora ex persona veniva denominata la mora da interpellatio, «mora ex re» veniva denominata quella per scadenza del termine.

92.2.2. Sugli effetti della mora cfr. 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?* Cfr. anche: PS. 2.12.7; Gord. C. 4.54.5. — Sulla perpetuatio obligationis: retro n. 91.3. — Sulle usurae moratoriae: Cervenca, *Contributo allo studio delle «usurae» c. d. legali nel dir. rom.* (1969), con bibl.

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.

92.2.3. La *mora solvendi* era passibile di «sanatoria» (*«purgatio»*), se il debitore ritardatario finalmente offriva al creditore l'adempimento del capitale (della cd. *sors*) e delle eventuali *usurae moratoriae*, senza che il creditore avesse giusto motivo per opporsi.

92.3. La cd. *fraus creditorum* («frode dei creditori») consisteva nella dolosa alienazione di propri cespiti patrimoniali fatta dal debitore allo scopo di creare o aggravare la propria insolvenza, danneggiando con ciò 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.

92.3.1. I mezzi giudiziari concessi ai creditori frodati in periodo classico non sono sicuramente noti. Sembra che essi consistessero: *a*) in una «*restitutio in integrum*», concessa allo scopo di porre nel nulla gli atti fraudolenti; *b*) in un «*interdictum fraudatorium*», concesso contro il terzo acquirente conscio della frode (*sciens fraudis*) allo scopo di costringerlo a restituire quanto avesse ricevuto dal debitore. Nel diritto giustinianeo i due rimedi classici furono unificati in una azione unica, che viene denominata, in qualche testo probabilmente interpolato,

---

92.2.3. Sulla cd. purgatio morae: Guarneri Citati, *Contributi alla dottrina della mora nel dir. rom.*, in *AUPA*. 1923. Cfr. ancora Paul. D. 45.1.91.3 (riportato retro n. 92.2.2).

92.3. Sulla fraus creditorum è fondamentale l'opera del Solazzi, *La revoca degli atti fraudolenti nel dir. rom.*³ (2 voll. 1945), che riassume tutta una serie di precedenti studi sul tema; ivi bibl. V. inoltre: Impallomeni, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel dir. rom. class.* (1958). Per le fonti cfr.: D. 42.8 (*Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*); C.I. 7.75. Cfr. anche: Lenel, *EP*³ § 268. — POSTILLA. *Negli ordinamenti giuridici moderni i mezzi giudiziari diretti alla revoca degli atti in frode dei creditori sono stati molto potenziati, sopra tutto con riguardo all'ipotesi di fallimento. Per il diritto italiano vigente cfr. a. 2901-2904 cc. e a. 64 l. fallimentare del 1942.*

92.3.1. Sui mezzi giudiziari: Ankum, *De Geschiedenis der «actio Pauliana»* (1962), e *«Interdictum fraudatorium» et «restitutio in integrum ob fraudem»*, in *Synt. Arangio-Ruiz* 2 (1964) 779 ss.; Impallomeni, sv. *«Pauliana actio»*, in *NNDI.*; D'Ors (X.), *El interdicto fraudatorio en el der. rom. clás.* (1974), con le rec. di Metro, in *Iura* 25 (1974) 189 ss., di Gandolfi, in *SDHI.* 42 (1976) 499 ss., e di Impallomeni, in *Labeo* 23 (1977) 83 ss. — Per il diritto giustinianeo cfr. 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.*

«*actio Pauliana*»: una azione intesa alla «revoca» degli atti fraudolenti. Sottoposti 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 reale per *non usus*). Sottratti alla revoca erano invece i comportamenti di rinunzia ad un arricchimento, e quindi i casi di mancato acquisto.

92.3.2. La *fraus creditorum* rilevava solo se all'elemento oggettivo dell'«evento di danno» («*eventus damni*», evento di pregiudizio economico per i creditori) si aggiungesse l'elemento soggettivo della «volontà della frode» («*consilium fraudis*»), cioè dell'intento del debitore di recare per l'appunto un pregiudizio ai creditori. Inoltre, gli atti di alienazione a titolo oneroso erano revocabili, come si è detto, solo se il terzo acquirente avesse avuto la «consapevolezza della frode» contro i creditori («*scientia fraudis*»).

92.3.3. L'evento di danno non corrispondeva alla insolvenza generica, ma doveva consistere in una «insolvenza specifica e concreta»: esso non poteva dirsi realizzato quando la frode, pur essendo coscientemente perpetrata e oggettivamente attuata, non avesse avuto la conseguenza della irreparabile e accertata insolvenza del debitore. Pertanto non era a parlarsi di evento di danno, se non si fosse preventivamente aperto a carico del debitore un procedimento di «*missio in bona rei servandae causa*». Quanto ai mezzi revocatori, essi potevano essere esercitati soltanto entro l'anno dall'avvenuta alienazione, e solo contro l'acquirente della cosa alienata, restando esente da ogni possibilità di revoca l'eventuale subacquirente della stessa.

92.3.2. Sui requisiti per la revoca cfr. Ulp. D. 42.8.6.11: *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.

92.3.3. Sulla *missio in bona rei servandae causa* v. retro n. 12.5.3. Il provvedimento era concesso a richiesta del *curator bonorum*; ove successivamente venissero alla luce altri atti fraudolenti, la richiesta era fatta dal *magister bonorum*. Dopo l'anno, nei confronti dell'acquirente o dei suoi successori a titolo universale (ma non dei successori a titolo particolare), poteva essere esercitata un'*actio in factum* «*in id quod ad eum pervenit*», cioè nella misura dell'arricchimento.

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 principali sulle fonti e sulla giurisprudenza. — 7. Opere generali sul diritto privato e processuale privato. — 8. Opere generali sul processo privato. — 9. Principali riviste giusromanistiche. — 10. Altri periodici. — 11. Enciclopedie e lessici. — 12. Mezzi ausiliari di studio delle fonti giuridiche romane. — 13. Raccolte di scritti di uno stesso autore. — 14. Raccolte di scritti di vari autori. — 15. Opere sulla tradizione romanistica.

1. Edizioni e raccolte di fonti.

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

Böcking E., Bethmann-Hollweg M. A., *Corpus iuris Romani anteiustiniani*, 3 voll. (Berolini 1837-44; rist. 1971).

Bruns = Bruns C. G., *Fontes iuris Romani antiqui*^{7}, riv. da Gradenwitz O., 3 voll. (Tubingae 1909-12; rist. 1969).

Crawford M. H. (cur.), *Roman Statutes*, 2 voll. (1996).

CTh. = *Codex Theodosianus*, cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredi, 6 voll. (Lugduni 1665; ed. Ritter, Lipsiae 1736-43; rist. 1975). — *Theodosiani libri XVI*, cum constitutionibus Sirmondianis, et leges novellae ad Theodosianum pertinentes, ed. Mommsen Th. e Meyer P. M., 2 voll. (Berolini 1905; rist. 1990). — *Codex Theodosianus*, rec. Krüger P., 1. lib. I-VI (Berolini 1923); 2. lib. VII-VIII (1926) (incompleto). — L'ediz. generalmente usata è quella Mommsen-Meyer.

David M., Nelson H. L. W., *Gai Institut. commentarii IV. Editio minor*^{3} (Leiden 1964).

FIRA = Riccobono S., Baviera G., Ferrini C., Furlani G., Arangio-Ruiz V., *Fontes iuris Romani antejustiniani* (Florentiae): 1^{2}. *Leges* (1941, varie rist.); 2^{2}. *Auctores* (1940, varie rist.); 3^{2}. *Negotia* (1969).

Gai = *Gai institutionum commentarii IV*, ed. Kübler (v. infra Huschke).

Girard P. F., *Textes de droit romain*^{6}, riv. da Senn F. (Paris 1937). È in corso una nuova ediz. a cura di vari studiosi: per ora il 1°. *Commentaires* (Paris 1967), cur. Sautel G. e [illegible], e il 2°. *Les lois des Romains* (Napoli 1977), cur. Giuffrè V.

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

Huschke E., *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae*^{6}, riv. da Seckel E. e Kübler B., 3 voll. (Lipsiae 1908-27); estratto di *Gai Institutiones*^{8}, cur. Kübler (1939).

Krüger P., Mommsen Th., Studemund G., *Collectio librorum iuris anteiustiniani* 1^{7}, 2, 3 (Berolini 1927, 1878-90).

Rodríguez Martín, *Fragmenta Augustodunensia* (1998).

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

Selb W., *Sententiae Syriacae* (Wien 1990).

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

Studemund W., *Gai institutionum comm. IV codicis Veronensis denuo collati apographum* (1874; rist. 1965).

1.2. Per le fonti giustinianee e postgiustinianee si usa far capo alle seguenti edizioni:

I., D., CI., Novl. = *Corpus iuris civilis*, ed. Mommsen Th., Krueger P., Schoell R., Kroll G., 1°. *Institutiones* (Krueger), *Digesta* (Mommsen, Krueger); 2°. *Codex repetitae praelectionis* (Krueger); 3°. *Novellae* (Schoell, Kroll) (Berolini 1928-29: varie rist.). Di usuale consultazione.

D. *ed. maior* = *Digesta Iustiniani Augusti*, ed. Mommsen Th., 2 voll. (Berolini 1866-70; rist. 1962-63). La prima e fondamentale edizione critica dell'opera, con ampio apparato di note.

D. *Flor.* = *Iustiniani Augusti Pandectarum codex Florentinus* (Florentiae 1988, ed. facsimile, 2 voll.) cur. Corbino A. e Santalucia B.

D. *Ital.* = *Digesta Iustiniani Augusti*, ed. Bonfante P., Fadda C., Ferrini C., Riccobono S., Scialoja V. (Mediolani 1908-31; rist. 1960).

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

Par. = *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo vulgo tributa*, recensuit et versione latina instruxit Ferrini C. (Berolini 1884-97; rist. 1967).

B (H.) = *Basilicorum libri LX*, ed. Heimbach G. E., 6 voll. (Lipsiae 1833-70), *Supplementum* ed. Zachariae von Lingenthal K. E. (1846), *Supplementum alterum* ed. Mercati G. e Ferrini C. (Lipsiae-Mediolani 1897). Il vol. 6.1 (*Prolegomena*) è stato ristampato con prefazione di Scheltema H. J. (Amsterdam 1962). Edizione non sempre corretta, ma tuttora utile anche per le versioni latine dei testi greci.

B. (Sch.) = *Basilicorum libri LX* (Groningae). *Series A: Textus*, 1 (lib. 1-8, 1953, ed. Scheltema H. J. e van der Wal N.), 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), 7 (lib. 53-59, 1974, Scheltema e van der Wal), 8 (fin., 1988, Scheltema e van der Wal). *Series B: Scholia*, 1 (lib. 1-11, 1953, Scheltema), 2 (lib. 12-14, 1954, Scheltema e Holwerda D.), 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), 8-9 (lib. 50-60, 1988, Scheltema e Holwerda).

Ius Graeco-Romanum, cur. Zepos J. e P.: 1. *Novellae et Aureae Bullae Imperatorum post Iustinianum* (ex ed. Zachariae von Lingenthal K. E.); 2. *Leges Imperatorum Isaurorum et Macedonum*; 3. *Theophili Antecessoris Institutiones*; 4. *Practica ex actis Eustathii Romani. Epitome Legum* (ex ed. Zachariae von Lingenthal); 7. *Prochiron*, *Auctum*; 8. *Codex Civilis Moldaviae* (Athenis 1931; rist. 1962).

Sitzia F., *Le Rhopai* (1984).

Subsidia al Legum Iustiniani imperatoris vocabularium: 1. *Le costituzioni giustinianee nei papiri e nelle epigrafi*, cur. Amelotti M. e Luzzatto G. I. (1972); 2. *Drei dogmatische Schriften Iustinians*, cur. Schwartz E. (2ª ed. cur. Amelotti M., Albertella R., Migliardi L., 1973); 3. *Scritti teologici ed ecclesiastici di Giustiniano*, cur. Amelotti M. e Migliardi Zingale L. (1977); 4. *Scritti apocrifi di Giustiniano*, cur. Demicheli A. M. - *Nuovi testi epigrafici*, cur. Migliardi Zingale L. (1994).

Tip. = M. ΚΡΙΤΟΥ ΤΟΥ ΠΑΤΖΗ, ΤΙΠΟΥΚΕΙΤΟΣ *sive librorum LX Basilicorum summarium* (*Tipucito*): 5 voll. (1914-57).

Coll. Trip. = *Collectio Tripartita. Justinian on Religious and Ecclesiastical Affairs*, ed. van der Wal N. e Stolte B. H. (Groningen 1994).

1.3. Principali raccolte e repertori di fonti epigrafiche e papirologiche sono le seguenti:

Chr. = Mitteis L., Wilcken U., *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, 4 voll. (Leipzig 1912; rist. Hildesheim 1963).

CIG. = *Corpus Inscriptionum Graecarum*, auctoritate et impensis Academiae litterarum Borussicae editum, 4 voll. (Berolini 1828-77).

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

CPL. = CAVENAILE R., *Corpus papyrorum Latinarum* (Wiesbaden 1956-58).

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

ILS. = DESSAU H., *Inscriptiones Latinae selectae*, 3 voll., 5 tomi³ (Berolini 1892-1916; rist. 1954-55).

Inscriptiones Graecae ad res Romanas pertinentes..., collectae et editae cur. CAGNAT R., TOUTAIN J., LAFAYE G., 3 voll. (Paris 1906-27).

OGIS. = DITTENBERGER W., *Orientis Graeci inscriptiones selectae. Supplementum. Sylloges inscriptionum Graecarum*, 2 voll. (Lipsiae 1903-05; rist. Hildesheim 1960).

PIR. = *Prosopographia Imperii Romani, saec. I-III²*, a cura di GROAG E., STEIN A., PETERSEN L.: 1 (A-B: Berlin-Leipzig 1933), 2 (C: 1936), 3 (D-F: 1943), 4.1 (G: 1952), 4.2 (H: 1958), 4.3 (I: 1966), 5.1 (L: 1970), 5.2 (M: 1983), 5.3 (N-O 1987).

PLRE. = *The prosopography of the late Roman Empire*, cur. JONES A. H. M., MARTINDALE J. R., MORRIS J.: 1 (*a.D.* 260-395. Cambridge 1971), 2 (*a.D.* 395-527, 1980), 3 (*a.D.* 527-641, 1992, cur. solo MARTINDALE).

1.4. Utili per la lettura delle fonti sono le palingenesi seguenti:

BREMER = BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, 3 voll. (Lipsiae 1896-1901; rist. 1985). Raccolta di tutti i frammenti residui e 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 non giuridici. L'opera è divisa in tre voll.: il vol. 1 concerne i giuristi dell'età repubblicana, distinti per secoli dal V al VIII a.U.c.; il vol. 2.1 concerne i giuristi del principato, da Augusto a Nerone; il vol. 2.2 concerne i giuristi da Nerone a Traiano. L'ordine di inquadramento dei singoli giuristi è quello cronologico: per ognuno di essi si cerca di ricomporre, nei limiti del possibile, le varie opere. Al vol. 2.2 è aggiunto un indice alfabetico analitico del contenuto di tutti i tomi.

L. = LENEL O., *Palingenesia iuris civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit O. L.*, 2 voll. (Lipsiae 1889). Raccolta (rist. Graz 1960, con un *Supplementum ad fidem papyrorum* di SIERL L. E., e Roma 2000), che offre la ricostruzione ipotetica, nella struttura, nei contenuti, degli scritti della giurisprudenza classica e preclassica, quali erano originariamente, e cioè prima di essere smembrati e sminuzzati in frammenti dagli autori delle compilazioni postclassiche e giustinianea. — Le manchevolezze di questa palingenesi (peraltro di altissimo merito) sono due: *a)* di aver omesso, per ragioni puramente editoriali, la trascrizione e la opportuna collocazione dei frammenti riportati da certe compilazioni pregiustinianee (*Pauli sententiae*, *Tituli ex corpore Ulpiani*, *fragmenta Dositheana*, *fragm. de iure fisci*, nonché tutte le *Institutiones* di Gaio nel manoscritto veronese ecc.); *b)* di aver escluso dal novero dei giuristi (o delle opere dei giuristi inclusi) quelli che si occuparono di *ius publicum* o di *ius sacrum*. — 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 di ciascun giurista si susseguono nell'ordine alfabetico dato dal loro titolo, ma i frammenti delle opere di uno stesso giurista sono segnati con numerazione progressiva unica dei frammenti del loro autore. Accanto ai testi trascritti è indicato il luogo dei *Digesta* o dell'altra compilazione in cui si leggono. — Un testo della *Palingenesia* si cita dunque così: 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. = LENEL O., *Das Edictum perpetuum*³ (Leipzig 1927; rist. 1985). Si divide in due parti, alle quali 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 del libro (p. 1-48) espone le tesi generali dell'a. circa la materia e il sistema dell'editto (*Das Ediktsystem*) e circa la disposizione delle singole due sezioni. La seconda parte (p. 49-553) espone, paragrafo per paragrafo, la ricostruzione specifica degli editti e delle formule, raggruppati entro 45 titoli contraddistinti ciascuno da una rubrica generale o suddivisi internamente in paragrafi, i quali sono segnati con numeri progressivi e si riferiscono a ciascun editto ricostruito (in tutto 292 paragrafi per 45 titoli). Alla ricostruzione dell'*Edictum dei praetores* segue (p. 554 ss.) quella dell'*Edictum aedilium curulium* in 3 titoli e 4 paragrafi. — Si avverta, peraltro, che la ricostruzione dell'editto pretorio (che non è qui suddistinto in urbano e peregrino) e quella dell'editto edilizio sono frutto di un «tentativo» largamente ipotetico (*Versuch seiner Wiederherstellung* è il sottotitolo dell'opera), tentativo comunque indubbiamente migliore delle proposte di ricostruzione dovute ad altri autori, che lo hanno preceduto. Si avverta, inoltre, che la ricostruzione è stata condotta sui commenti *ad edictum* dei quattro giuristi del II-III secolo dianzi citati (più altri pochi elementi desunti da altri scritti giurisprudenziali) sulla base del presupposto che essi riflettessero fedelmente il «testo» unificato e codificato, secondo una tradizione comunemente accolta, per ordine di Adriano. — L'*Edictum* del Lenel si cita in tal modo: Lenel, *EP*^{3} § 207; oppure, Lenel, *EP*^{3} con indicazione della pagina.

1.5. Florilegi di fonti giuridiche, utili per l'insegnamento, sono tra gli altri i seguenti:

Arangio-Ruiz V., Guarino A., *Breviarium iuris Romani*^{7} (Milano 1998).

Düll R., *Corpus iuris. Eine Auswahl der Rechtsgrundsätze der Antike übersetzt und mit dem Urtext herausgegeben*^{3} (München 1960).

Migliorini L., *Fonti e strumenti di ricerca. Metodo di consultazione per lo studio del diritto romano* (Milano 1992).

Mantovani D., *Le formule del processo privato romano*^{2} (Padova 1999) con tr. it. e con testo e tr. it. di Gai 4.

Nardi E., *Istituzioni di diritto romano A - Testi 1* (Milano 1975, rist. 1986), *B - Testi 2* (1975, rist. 1986), con tr. it. V. anche *infra* n. 7.

Schwarz F., *Römisches Privatrecht (Lateinisch und Deutsch)* (Zürich 1960).

Scheltema H. J., *Florilegium iurisprudentiae Graeco-Romanae* (Leiden 1950).

Sommer O., *Texty ke studiu soukromého práva římského* [ordinati secondo il sistema di Lenel, *EP*] (Praga 1932).

Si tenga conto che molte fonti o scelte di fonti sono edite anche con traduzioni, generalmente a fronte del testo, in varie lingue: traduzioni, ovviamente, da controllare in sede di lettura a causa degli arbitri di interpretazione che inevitabilmente implicano. Qui ci limitiamo a citare: Foramiti, *Corpo del diritto civile* (1836); Vignali, *Corpo del diritto ecc., Digesto* (1856), *Codice* (1860); Otto, Schilling, Sintenis (e altri), *Das Corpus Iuris Civilis (Romani) ins Deutsche übersetzt* (1830-33; rist. 1984-85); Hulot, Tissot, Berthelot, Béranger, *Corps de droit civil romain* (1803-10, rist. 1979); García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (1889, rist. 1989); Watson, *The Digest of Justinian. English Translation* (1985); *El Digesto de Justiniano*, vers. castigl. di D'Ors, Hernández-Tejero, Fuenteseca, García Garrido, Burillo (3 tomi, 1968-75); *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, a cura di Behrends, Knütel, Kupisch, Seiler (in corso dal 1990); *Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertaling*, a cura di Spruit, Feenstra, Bongenaar (in corso dal 1994); Birks e McLeod, *Justinian's Institutes* (1987); Gordon e Robinson, *Institutes of Gaius* (1988); Pharr, *The Theodosian Code, Novels and the Sirmondian Constitutions* (1952). Altre traduzioni delle Istituzioni giustinianee: in olandese Oudemans (1946^{3}); in inglese Thomas (1975); in spagnolo, Hernández-Tejero (1998); in cinese Zhang (1989). Per le Istituzioni di Gaio (tra le altre): [illegible], *Le Ist. di Gaio. Traduz. italiana* (1998). Utili anche: Coleman-Norton, *Roman State and Christian Church. A Collection of Legal Documents to A.D. 535*, 3 voll. (1966); *Comparación de leyes mosaicas y romanas*, vers. castigl. di Montemayor Aceves (1994); Barzanò, *Il cristianesimo nelle leggi di Roma imperiale* (1996); Cosma Fort, Rodríguez Martín, *Epitome Gai* (1996; vers. castigl.).

1.6. Le fonti non giuridiche sono pubblicate in edizioni critiche da tre collane, l'una tedesca (cd. «Teubneriana»), l'altra francese («Les Belles Lettres»), l'ultima inglese («Oxoniensis»). Accanto ad esse si segnalano le edizioni della «Loeb Classical Library», del «Corpus Paravianum» e dei «Classici latini Utet».

Le fonti più importanti che interessano singoli periodi sono talvolta anche 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 dittatu-*

ra di Silla (le fonti) (ed. Celuc 1972); GREENIDGE A. H. J., CLAY A. M., GRAY E. W., *Sources for Roman history 133-70 B.C.*² (1960); EHRENBERG V., JONES A. H. M., *Documents illustrating the reigns of Augustus and Tiberius*² (1967); SMALLWOOD E. M., *Documents illustrating the Principates of Gaius, Claudius and Nero* (1967); CHARLESWORTH M. P., *Documents illustrating the reigns of Claudius and Nero* (rist. 1951); MCCRUM M., WOODHEAD A. G., *Select documents of the principates of the Flavian emperors (68-96)*² (1966); SMALLWOOD V., *Documents illustrating the principates of Nerva, Trajan and Hadrian* (1966); BARKER E., *From Alexander to Constantine. Passages and documents illustrating the history of social and political ideas 336 B.C. to 337 A.D.* (1956). Anche: JONES A. H. M., *A history of Rome through the fifth Century* 1. *The Republic* (1968), 2. *The Empire* (1970).

Naturalmente i principali documenti hanno anche edizioni critiche a sé stanti: ad es., le *Res gestae divi Augusti* (MOMMSEN TH., Berlin 1883; GAGÉ J., Paris 1935; MALCOVATI E., Roma 1934; GUARINO A., LABRUNA L., Milano 1968); l'*Edictum de pretiis* diocletianeo (LAUFFER S., Berlin 1971; GIACCHERO M., Genova 1974); la *Notitia Dignitatum* (SEECK O., Berlin 1876).

Sono in corso: una «Raccolta delle fonti di cognizione del diritto pubblico romano dalle origini alla fine del principato» (testi letterari giuridici e non giuridici, epigrafici, papirologici) intitolata *Corpus iuris Romani publici* (Milano, dal 1976), iniziata da A. BISCARDI; e una raccolta dal titolo *Materiali per una palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali*, a cura di M. SARGENTI e F. PASTORI (Milano, dal 1985).

1.7. L'esegesi delle fonti, e più precisamente la loro lettura critica, è materia di stretta pertinenza dei singoli studiosi (oppure, eventualmente, di singoli gruppi di ricerca (*équipes*) o scuole). In linea del tutto generale, si indicano qui i seguenti manuali:
GUARINO A., *Giusromanistica elementare* (Napoli 1989).
GUARINO A., *Esegesi delle fonti del dir. rom.*², cur. LABRUNA L. (1968).
LAMBERTINI R., *Introduz. allo studio esegetico del dir. rom.* (Bologna 1993).
SCHLOSSER H., STURM F., WEBER H., *Die rechtsgeschichtliche Exegese*² (München 1993).

1.8. Il modo di citazione delle fonti è quello c.d. «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 intervallandoli 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. 3.7.5 (= § 5 del tit. 7 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. 4.30.8.5 (= § 5 della costituzione 8 del tit. 30 del libro IV del *Codex Iustinianus*); B. 48.10.6 (= § 6 del tit. 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.

2.1. I repertori più vasti della bibliografia romanistica sono i seguenti:
CAES L., HENRION R., *Collectio bibliographica operum ad ius Romanorum pertinentium*: I.1 (1949), I.2-3 (1950), I.4-5 (1951), I.6 (1956), I.7 (1958), I.8-9 (1959), I.10 (1961), I.11-12 (1962), I.13-14 (1964), I.15-16 (1965), I.17-18 (1966), I.19-20 (1968), I.21 (1971), I.22 (1973), I.23 (1974), I.24 (1975); *Suppl.* I. – *Index notarum cumulativus vol. 1-20 (1949-1968)* (1969); 2.1 (1950), 2.2 (1960). Incompleta (e, purtroppo, con poche probabilità di essere portata a termine). 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*».

SARGENTI M., *Index (modo et ratione ordinatus) operum ad ius Romanum pertinentium quae ab anno MCMXL usque ad annum MCMLXX edita sunt* (3 voll., 1978-82); *Index... ab anno MCMLXXI usque ad annum MCMLXXX* (3 voll., 1989-90); *Pars quarta (addenda, corrigenda, materiae, auctores)* (1994).

In attesa che le citate opere vengano completate può essere utilmente consultato (integrandolo con lo «Schedario» di *Labeo*, su cui *infra* n. 2.2) BERGER A., *Encyclopedic dictionary of Roman law* (1953), dizionario elementare con corredo di bibl. essenziale (ma talvolta imprecisa) disposta per voci (*infra* n. 11.3).

2.2. Di grande utilità sono: *a*) la «Rassegna bibliografica» annuale, con sunti degli articoli e delle monografie e con indicazioni delle fonti particolarmente esaminate, pubblicata (dal 1948-49) nella rivista *Iura*; *b*) lo «Schedario» quadrimestrale, in continuazione dei dati bibliografici del *Dictionary* del Berger, edito nella rivista *Labeo* (dal 1955).

2.3. Altri repertori, di più limitata importanza o di non più fresca attualità, vengono qui tralasciati. Si fa eccezione solo per gli indici generali della rivista *ZSS.*: *Generalregister zu den Bänden 1-50* (1931) e *zu den Bänden 51-75* (2 voll. 1967-78) cur. SCHERES E.; *Generalregister zu den Bänden 76-100* (2 voll. 1990) cur. MEINHART M. e MAYER J.

2.4. Ulteriori mezzi di reperimento degli scritti sull'antichità romana sono: *L'année philologique. Bibliographie critique et analytique de l'antiquité gréco-latine* (*APH.*, dal 1924), e *L'année épigraphique. Revue des publications épigraphiques relatives à l'antiquité romaine* (*AEP.*, dal 1888).

V., inoltre, per più rapide e sistematiche informazioni: BENGTSON H., *Einführung in die Alte Geschichte*^{8} (1979, tr. it. 1990); CHRIST K., *Römische Geschichte. Einführung, Quellenkunde, Bibliographie*^{4} (1990); WINKELMANN F., BRANDES W., *Quellen zur Geschichte des frühen Byzanz (4.-9. Jahrhundert)* (1990); POUCET J., HANNICK J.-M., *Aux sources de l'Antiquité gréco-romaine* (1993). V. anche: HEINEN H., *Die Geschichte des Altertums im Spiegel der sowjetischen Forschung* (1980).

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

2.5. Esistono anche varie iniziative di tesaurizzazione elettronica della letteratura relativa alle singole fonti di cognizione in senso tecnico e atecnico (cfr. *Catalogo CD-ROM e dati base L. S. Arrioni* (1996)). Degne di menzione le seguenti.

ALB. = *Autores Latinitatis Bibliotheca*, raccoglie il testo integrale dei principali autori latini repubblicani ed altoimperiali (secondo le edizioni più diffuse) su un solo disco. Consente la ricerca su terminoli oltre che sugli autori e le singole opere.

BIA. = *Bibliotheca iuris antiqui*, curata presso l'Università di Catania da PALAZZOLO N. Raccoglie su compact disc: *a*) le fonti giustinianee (*Fontes*); *b*) una bibliografia relativa agli anni 1940-98 (*Opera*); *c*) un *Thesaurus* con circa 3000 termini relativi al diritto dell'antichità.

CLCLT. = *Cetedoc Library of Christian Latin Texts* su CD-ROM (1994). Raccoglie l'opera completa di molti autori (es. Agostino, Girolamo, Gregorio Magno, ecc.) nonché il *Corpus Patrum Latinorum* (più qualche autore tratto dalla Patrologia del Migne, in assenza di ed. critica recente).

EPI. = *Epigraph*. Riproduzione elettronica delle iscrizioni del VI vol. del *CIL.* (ed. MOMMSEN), senza tuttavia le informazioni editoriali, le varianti ed i commenti.

FIURIS. = Archivio elettronico per l'interpretazione delle fonti giuridiche romane, dir. da CATALANO P. e SITZIA F., su CD-ROM (1995, con aggiornamenti), con la bibliografia tratta dai periodici partendo dalla singola fonte prescelta: *Corpus* giustinianeo, Codice Teodosiano, novelle post-teodosiane, Gaio, Epitome Gai, le altre opere cui si riferisce il *VIR*.

HER. = *Heuremata*. Banca dati bibliografici del mondo antico su floppy disk (1993), in quattro lingue predisposta e aggiornata da 'L'Erma' di Bretschneider.
GBD. = *Gnomon Bibliographische Datenbank. Internationales Informationssystem für die klassische Altertumswissenschaft*, cur. Malitz J. (Beck 1994, con successivi aggiornamenti), raccoglie su floppy le monografie, le opere collettive, gli articoli, le recensioni contenute in riviste antichistiche a partire dal 1924.
INC. = *In principio. Incipit Index of Latin Texts* (1994). Ben 400.000 *incipit* letterari latini su CD-ROM, dall'età preclassica al Rinascimento, raccolti dall'Institut de recherche et d'histoire des textes di Parigi (ed. Brepols); ogni *incipit* è corredato dai necessari dati di identificazione sia manoscritti sia bibliografici.
PHI. = *PHI Latin CD-ROM*, del Packard Humanities Institute di Los Altos (1991, con revisioni successive), contenente gran parte degli autori latini dal sec. II a. C. - II d. C., nonché alcuni altri posteriori tra cui il Digesto giustinianeo.
POESIS = *Poesis*. CD-ROM dei testi poetici latini da Ennio a Eugenio da Toledo (VII sec. d. C.). Il CD è allegato a 2 voll. con i testi scritti (Bologna, Zanichelli, 1995).
TFL. = *Thesaurus formarum totius latinitatis a Plauto usque ad saeculum XX^{um}* (ed. Brepols, in corso). Raccolta su CD-ROM (in Data-Base) delle *formae* della lingua latina distinte per periodi (Antiquitas, Aetas Patrum, Medium Aevum, Recentior Latinitas); utile sia per la comparazione scientifica sia per la didattica linguistica.
TLG. = *Thesaurus linguae Graecae Canon of Greek Authors and Works*, banca dati elettronica curata dalla University of California Irvine.
TPG. = *Thesaurus Patrum Graecorum*, tesaurizzazione su microfiches curata da CETEDOC della patristica di lingua greca (dal 1990, in corso).
È anche annunciato il *Vatican Library accessible worldwide*: un catalogo elettronico IBM con ca. 2.000.000 di schede che riproducono i materiali (ca. 1.500.000 libri, più manoscritti, stampe e disegni) oggi reperibili alla Biblioteca Vaticana.

3. OPERE SULLA STORIA DELLA CIVILTÀ ROMANA IN GENERALE.

3.1. Tra le moltissime trattazioni generali (non tutte relative all'intero arco storico di Roma) segnaliamo le seguenti:
AA. VV., *Handbuch der Europäischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte* I. *Röm. Kaiserzeit* (1990).
Alföldy G., *Römische Sozialgeschichte*^{3} (1984, tr. ingl. 1993^3; tr. fr. 1991; tr. it. 1987, rist. 2000)
Altheim F., *Römische Geschichte*, 3 voll. (1956-58).
Bellen H., *Grundzüge der römischen Geschichte* 1^2 (1995), 2 (1998).
Bengtson H., *Grundriss der röm. Gesch. mit Quellenkunde* 1. *Republik und Kaiserzeit bis 284 n. Chr.*^{2} (1970); *Introduz. allo studio della storia antica* (tr. it. 1998).
Bleicken J., *Geschichte der röm. Republik*^{4} (1992).
Boak R. E., *A history of Rome to A.D. 565*^{5} (1947).
Boren H. C., *Roman Society. A soc., econ. and cultural history*^{2} (1992).
Bringmann K., *Römische Geschichte* (1995; tr. it. 1998, rist. 2000).
Cameron Av., *The Mediterranean World in Late Antiq. AD 395-600* (1993).
Cary M., Scullard H. H., *A history of Rome*^{3} (1975; tr. it. 1981 in 3 voll.).
Chastagnol A., *Le Bas-Empire*^{2} (1981).
Christ K., *Die Römer. Eine Einführung in ihre Geschichte und Zivilisation*^{3} (1994). *Römische Gesch. Einführung, Quellenkunde, Bibliographie*^{5} (1994); *Röm. Gesch. und Wissenschaftsgeschichte* (3 voll., 1982-83); *Krise und Untergang der röm. Republik* (1993); *Gesch. der röm. Kaiserzeit von Augustus bis Konstantin*^{3} (1995).
Classen C. J., *Die Welt der Römer* (1993).
Clemente G., *Guida alla storia romana. Eventi, strutture sociali, metodi di ricerca*^{3} (1981, rist. 1990).
Cornell T., *The Beginnings of Rome* (1995).
Dahlheim W., *Geschichte der römischen Kaiserzeit*^{2} (1989).
Demandt A., *Die Spätantike. Römische Gesch. von Diokletian bis Justinian* (1989).
De Sanctis G., *Storia dei Romani* 1^2 (1980), 2^2 (1960), 3.1^2 (1967), 3.2^2 (1968), 4.1 (1969), 4.2-1 (1953), 4.2-2 (1957), 4.3 (1964).

Devoto G., *Gli antichi Italici* (1967).
Dudley D., *Roman Society* (1975).
Duruy V., *Histoire des Romains*², 7 voll. (1885-1904; tr. it. 1929 ss.).
Ferrabino A., *Nuova storia di Roma*, 3 voll. (1942-48).
Ferrero G., Barbagallo C., *Roma antica*, 3 voll. (1921-22).
Firpo L. (cur.), *Storia delle idee politiche economiche e sociali* 1. *L'antich. class.* (1982).
Frank T., *A history of Rome* (1923; tr. it. 1932).
Fuhrmann M., *Rom in der Spätantike* (1994).
Gabba E., Foraboschi D., Mantovani D., Lo Cascio E., Troiani L., *Introduzione alla storia di Roma* (1999).
Gehrke H.-J., *Geschichte des Hellenismus*² (1995).
Giannelli G., Mazzarino S., *Trattato di storia romana* 1³ (1965), 2² (1962; varie rist.).
Grant M., *The World of Rome* (1960; tr. it. 1962); *History of Rome* (1978).
Hartmann L. M., Kromayer J., *Römische Geschichte*⁴ (1925; tr. it.³ 1952).
Heuss A., *Römische Geschichte*⁶ (1998).
Homo L., *Nouvelle histoire romaine* (1941; rist. 1969).
Jones A. H. M., *The later Roman Empire (284-602)*, 3 voll. (1964; tr. it. 1973-81); *The decline of ancient world* (1966; tr. it. 1972).
Kamm A., *The Romans* (1995).
Kolb F., *Rom. Die Gesch. der Stadt in der Antike* (1995).
Kuhn J., *Der römische Staat 2. Die Kaiserzeit* (1997).
Kornemann E., *Römische Geschichte*⁷, 2 voll. (1977); *Gesch. der Spätantike* (1978).
Kovaliov S. I., *Istoria Rima* (1948; tr. it., 2 voll., 1955 e varie rist.).
Le Bohec Y., *Histoire romaine. Textes et documents* (1997).
Levi M. A., Meloni P., *Storia romana dalle origini al 476 d.C.* (1993)
Manni E., *Roma e l'Italia nel Mediterraneo antico* (1973).
Martin J., *Spätantike und Völkerwanderung*³ (1995).
Mommsen Th., *Römische Geschichte* 1-3¹² (1919-20), 5⁷ (1917); prima tr. it. dei voll. 1-3 di Di San Giusto A. (1903-05), del vol. 5 di De Ruggiero E. (1887-90). L'opera è stata più volte tradotta in varie lingue e ristampata: ultimam. nel 1962-63, cur. G. Pugliese Carratelli (in ingl. 1996); *Römische Kaisergeschichte*, cur. A. e B. Demandt (1992; tr. ingl. 1996).
Niebuhr B. G., *Römische Geschichte* 1² (1828), 2² (1830), 3 (1832) (tr. it. 1846-51).
Niese B., *Grundriss der römischen Gesch. nebst Quellenkunde*⁵ (1923; tr. it. 1923).
Ostrogorsky G., *Gesch. des byzantinischen Staates*³ (1963; tr. it. 1968; varie rist.).
Pais E., *Storia di Roma dalle or. all'inizio delle g. puniche*³, 5 voll. (1926-28).
Pareti L., *Storia di Roma* 1-2 (1952), 3 (1953), 4 (1955), 5 (1960), 6 (1960-61).
Petit P., *Histoire générale de l'Empire romain*, 3 voll. (1974).
Piganiol A., *Histoire de Rome*⁵ (1962); *La conquête romaine*⁵ (1967; tr. it. 1971).
Rosenberg A., *Einleitung und Quellenkunde zur röm. Geschichte* (1921).
Rostovzev M., *A history of the ancient world*, 2 voll. (1928-30; tr. it. 1965).
Seeck O., *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*⁴, 6 voll. (1920-23; rist. 1966).
Starr C. G., *A history of the ancient world*² (1974; tr. it. 1977).
Vogt J., *Die röm. Republik* (1968; tr. it. 1968); *Der Niedergang Roms* (1965; tr. it. 1965).

3.2. Tra le raccolte di alta divulgazione, ma su basi rigorosamente critiche, indichiamo le seguenti:

La *Storia di Roma* (fino all'età contemporanea) a cura 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 R., *Le origini ed il periodo regio. La Repubblica fino alla conquista del primato in Italia* (1954); Giannelli G., *Roma nell'età delle guerre puniche* (1938); Corradi G., *Le grandi conquiste mediterranee* (1945); Rossi R. F., *Dai Gracchi a Silla* (1980); Paribeni R., *L'età di Cesare e di Augusto* (1950); Garzetti A., *L'Impero da Tiberio agli Antonini* (1960); Calderini A., *I Severi. La crisi dell'Impero nel III secolo* (1949); Paribeni R., *Da Diocleziano alla caduta dell'Impero d'Occidente* (1942); Bertolini O., *Roma di fronte a Bisanzio e ai Longobardi* (1941); Luzzatto G. I., *Roma e le province* 1. *Organizzazione, Economia, Società* (1985); Mansuelli G. A., *Roma e le province* 2. *Topografia, Urbanizzazione, Cultura* (1985); Wacher J. (cur.), *Il mondo di Roma imperiale* 3 voll. (1989).

Raccolta più ristretta è la *Methuen's History of the Greek and Roman World*, tra cui i seguenti volumi: Scullard H. H., *A history of Roman world from 753 to 146 b.C.*^{3} (1961; tr. it. 1992); Marsh F. B., Scullard H. H., *A history of Roman world from 146 to 30 b.C.*^{3} (1963; tr. it. 1992); Salmon E. T., *A history of Roman world from 30 b.C. to a.D. 138*^{6} (1968); Parker H. M. D., Warmington B. H., *A history of Roman world from 138 to 337*^{2} (1958); Jones P., Sidwell K. (cur.), *The World of Rome. An introduction to Roman Culture* (1997). In lingua italiana (trad. dall'inglese) è disponibile una *Storia del mondo antico* (1998), a cura di Murray O., in cui la *Storia di Roma* è esposta, in quattro volumi, da Ogilvie R. M., Crawford M. H., Wells C. M., Cameron A.

Ottima, e ben aggiornata, è la collezione francese della «*Nouvelle Clio*», in cui figurano: Heurgon J., *Rome et la Méditerranée occidentale jusqu'aux guerres puniques*^{3} (1993; tr. it. 1972); Nicolet Cl. (e altri), *Rome et la conquête du monde méditerranéen. 264-27 av. J.C.*^{3}, 2 voll. (1991); Petit P., *La paix romaine*^{2} (1971); Jacques F., Scheid J., *Rome et l'intégration de l'empire (44 av. - 260 ap. J.-C.) 1. Les structures de l'empire romain* (1990; tr. it. 1999^{2}); Simon M., Benoit A., *Le Judaïsme et le Christianisme antique* (1968); Rémondon R., *La crise de l'Empire romain de Marc-Aurèle à Anastase* (1964); Musset L., *Les invasions: les vagues germaniques*^{2} (1969).

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 Müller, curato in seconda edizione dall'Otto, continuato (e ulteriormente 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*^{2} (= *CAH.*) 7.2 (1989), 8 (1989), 9 (1994), 10 (1996), 13 (1998). I volumi che più da vicino interessano (9-12, 1932-61, in prima edizione) sono stati oggetto di tr. it. (in corso). Dello stesso genere, ma di mole minore, è la *Fischer Weltgeschichte*, voll. 6-10 (1965-68), edita in Italia col titolo *Storia universale Feltrinelli* (voll. 6-10, 1967-70). Per l'Italia va inoltre segnalata la *Storia di Roma*, prog. da Momigliano A. e Schiavone A., diretta da quest'ultimo, che dedica molteplici contributi (di cui alcuni eccellenti) a tutto il percorso che va dalla protostoria sino alla caduta dell'Impero di Occidente (476 d. C.) in quattro volumi (divisi in 7 tomi) a partire dal 1988 (alcuni saggi sono ora in vol. unico, 1999).

Una visione più sintetica, ma completa, della romanità si ha anche nella trattazione globale, per settori, diretta da Ussani V. e Arnaldi F., *Guida allo studio della civiltà romana antica*^{2} (1958), a cui si collegano idealmente, e in parte sostanzialmente, le *Guide allo studio della civiltà romana* dirette da Arnaldi F. e Calderone S. (Roma dal 1978). Da non trascurare la *Einleitung in die lateinische Philologie* a cura di F. Graf e compilata da vari autori.

Impianto vastissimo ha, infine, *ANRW*, cioè l'opera collettiva (ideata da Temporini H., e coordinata poi anche da Haase W.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung*. I molti volumi (a partire dal 1972) in cui essa (tuttora incompleta) si divide costituiscono una raccolta di accurate monografie su tutti gli aspetti della civiltà romana.

3.3. Per la lingua e letteratura si consultino:

Amatucci A. G., *La letteratura di Roma imperiale* (1946).

André J. M., Hus A., *L'histoire à Rome. Historiens et biographes dans la litt. latine* (1974).

Bayet J., Nougaret L., *Littérature latine*^{12} (1997).

Cavallo G., Fedeli P., Giardina A. (cur.), *Lo spazio letterario di Roma antica*, 5 voll. (1989-91).

Cazzaniga I., *Storia della letteratura latina* (1962).

Citroni M., *Poesia e lettori in Roma antica* (1995).

Citroni M., Consolino F. E., Labate M., Narducci E., *Letteratura di Roma ant.* (1997).

De Labriolle P., *Histoire de la littérature latine chrétienne* (1947).

De Meo C., *Lingue tecniche del latino*^{2} (1986).

Devoto G., *La lingua di Roma*^{2} (1944; rist. 1969).

Dihle A., *Die griech. und latein. Literatur der Kaiserzeit etc.* (1989; tr. ingl. 1994).
Flach D., *Römische Geschichtsschreibung*³ (1998).
Fritsch J. F., Mader P., *Latein in der Rechtssprache* (1993).
Garbarino G., *Letteratura latina*², 4 voll. (1997).
Hadas M., *A history of latin literature* (1952).
Harris W. V., *Ancient literacy* (1989).
Herzog R., Schmidt P. L. (curr.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, in corso. Finora apparsi: vol. IV [117-283] cur. Sallmann K. (1997), vol. V [284-374] cur. Herzog R. (1989; tr. fr. 1993).
Irmscher J. (cur.), *Die Literatur der Spätantike-polyethnisch und polyglottisch betrachtet* (1997).
Jäger G., *Einführung in die klassische Philologie* (1990).
Lana I., *Storia della civiltà letteraria di Roma e del mondo romano* (1984).
La Penna A., *La cultura letteraria a Roma*³ (1994 rist.).
Marchesi C., *Storia della letteratura latina*⁸, 2 voll. (rist. 1964).
Norden E., *Die römische Literatur*⁷ (1998; tr. it. 1958).
Paratore E., *La letteratura latina dell'età repubblicana e augustea*² (1969, rist. 1992); *La letteratura latina dell'età imperiale*² (1969, rist. 1992).
Ronconi A., *La letteratura romana* (1968).
Rostagni A., *La letteratura di Roma repubblicana ed augustea* (1939); *Storia della letteratura latina*³, cur. Lana I., 3 voll. (1964).
Schanz M., Hosius C., Krüger G., *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, voll. 1-4 (1-2) (rist. 1959 di diverse edizioni).
Simonetti M., *La letteratura cristiana antica greca e latina* (1969).
Von Albrecht M., *Geschichte der römischen Literatur von Andronicus bis Boethius*², 2 voll. (1994; tr. it. 1995).
Zehnacker H., Fredouille J.-C., *Littérature latine* (1993).

3.4. Per l'arte romana, anche in generale, si consultino:
AA. VV., *«Romana pictura». La pittura romana dalle origini all'età bizantina* (1998).
Anderson J., *Roman Architecture and Society* (1997).
Andreae B., *L'arte nell'età imperiale. Princeps Urbium* (1991).
Baratte F., *Histoire de l'art antique: l'art romain* (1996).
Bianchi Bandinelli R., *Roma. L'arte romana nel centro del potere dalle origini alla fine del II secolo d.C.* (1969, rist. 1984); *Roma. La fine dell'arte antica. L'arte dell'impero romano da Settimio Severo a Teodosio I* (1970); *Dall'ellenismo al medioevo* (1978); *La pittura antica* (1980).
Borda M., *La pittura romana* (1958).
Crema L., *L'architettura romana* (1959).
Frova A., *L'arte di Roma e del mondo romano* (1961).
MacDonald W., *The architecture of the Roman Empire* I (1965).
Maiuri A., *La peinture romaine* (1953).
Stutzer H. A., *Römische Kunstgeschichte* (1973).

3.5. Per la scrittura e la tradizione documentale si consultino:
Blanck H., *Das Buch in der Antike* (1992).
Calabi Limentani I., *Epigrafia latina*⁴ (1991).
Cavallo G. (cur.), *Le biblioteche nel mondo antico e medievale* (1989); *Gli usi della cultura scritta nel mondo romano. Princeps Urbium* (1991).
Cencetti G., *Lineamenti di st. della scrittura latina* (1954); *Paleografia latina*² (1978).
Dain A., *Les manuscrits* (1949).
Degni P., *Usi delle tavolette lignee e cerate nel mondo greco e romano* (1998).
Desbordes F., *Idées romaines sur l'écriture* (1990).
Kleberg T., *Buchhandel und Verlagswesen in der Antike*³ (1969).
Montevecchi O., *La papirologia* (1988).
Pasquali G., *Storia della tradizione e critica del testo*² (rist. 1962).
Petrucci A., *Breve storia della scrittura latina* (1992).
Pöhlmann E., *Einführung in die Überlieferungsgeschichte und in die Textkritik der antiken Literatur I. Altertum* (1994).
Purpura G., *Diritto, papiri e scrittura* (1995).

Rupprecht H.-A., *Kleine Einführung in die Papyruskunde* (1994).
Schubart W., *Das Buch bei den Griechen und Römern*^{2} (1962).
Speyer W., *Die literarische Fälschung im heidnischen und christl. Altertum* (1971).
Walser G., *Römische Inschriftkunst* (1993).

3.6. Per la cultura generale si consultino:

Achard G., *La communication à Rome* (1991).
Adorno F., *La filosofia antica 2* (1965).
Blume H.-D., *Einführung in das antike Theaterwesen* (1978).
Boyd C. E., *Public libraries and literary culture in ancient Rome* (1916).
Bonner S. F., *L'educazione nell'antica Roma* (1992).
Classen C. J., *Diritto, retorica, politica* (1985; tr. it. 1998).
Coppola G., *Sacralità, laicizzazione, commercializzazione e pubblicizzazione dell'ars medica nel mondo rom.* (1996).
Crook J. A., *Legal Advocacy in the Roman World* (1995).
De Filippis Cappai, *Medici e medicina in Roma antica* (1993).
Della Corte F. (cur.), *Introduz. allo studio della cultura classica*, 3 voll. (1972-74).
Dupont F., *Teatro e società a Roma*^{2} (1995).
Frasca R., *Educazione e formazione a Roma* (1996).
Grimal P., *L'anima romana. Valori e stili di vita della civiltà latina* (tr. it. 1998).
Hellegouarc'h J., *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République* (1963).
Howald E., *Die Kultur der Antike* (1948; tr. it. 1967).
Koelbing H. M., *Arzt und Patient in der antiken Welt* (1977).
Marrou H. I., *Histoire de l'éducation dans l'antiquité*^{6} (1965; tr. it. 1950).
Matthews J., *Political Life and Culture in Late Roman Society* (1985).
Mazzarino S., *Il pensiero storico classico*, 3 tomi (1966-67; rist. 1, 1990; 2, 1997).
Michel A., *Histoire des doctrines politiques à Rome* (1971); *La philosophie politique à Rome d'Auguste à Marc Aurèle* (1969).
Neugebauer O., *The exact sciences in antiquity*^{2} (1957).
Nicolet Cl., *Les idées politiques à Rome sous la République*^{2} (1970).
Pani M., *La politica in Roma antica. Cultura e prassi* (1997).
Rosen K. (cur.), *Macht und Kultur im Rom der Kaiserzeit* (1994).
Scarborough J., *Roman medicine* (1969).
Stahl W. H., *Roman science* (1962; tr. it. 1974).
Tobey J. L., *The history of ideas. A bibliographical introduction 1. Class. antiquity* (1975).
Valette-Cagnac E., *La lecture à Rome* (1997).
Wheeler M., *Rome beyond the imperial frontiers* (1955; tr. it. 1963).
Wille G., *Musica Romana. Die Bedeutung der Musik im Leben der Römer* (1967); *Einführung in das römische Musikleben* (1977).

3.7. Per la religione si consultino:

Altheim F., *Römische Religionsgeschichte*^{2}, 2 voll. (1956; tr. it. 1996).
Bayet J., *Histoire politique et psychologique de la relig. romaine*^{2} (1969; tr. it. 1959).
Beard M., North J., Price S., *Religions of Rome*, 2 voll. (1998).
Behrends O., Capogrossi Colognesi L. (cur.), *Die römische Feldmesskunst. Interdisziplinäre Beiträge* (1992).
Bouché-Leclercq A., *Hist. de la divination dans l'antiquité*, 4 voll. (1879-82; rist. 1963).
De Churruca J., *Cristianismo y mundo romano* (1998).
Dubourdieu A., *Les origines et le développement du culte des pénates à Rome* (1989).
Dumézil G., *La religion romaine archaïque*^{2} (1974; tr. it. 1977).
Feldman L. H., *Jew and Gentile in the Ancient World* (1993).
Ferrari A., *Dizionario di mitologia greca e latina* (1999).
Fraschetti A., *La conversione. Da Roma pagana a Roma cristiana* (1999).
Gaudemet J., *La formation du dr. séculier et du dr. de l'Église aux IV^e et V^e siècles*^{2} (1979); *Les sources du droit de l'Église en Occident* (1985); *L'Église dans l'Empire romain au IV^e-V^e siècles* (1958, aggiorn. 1989).
Goodman M. (cur.), *Jews in a Graeco-Roman World* (1998).
Grenier A., *Les religions étrusque et romaine* (1957); *Le génie romain dans la religion, la pensée et l'art* (1969).

Inglebert H., *Les Romains chrétiens face à l'histoire de Rome* (1996).
Latte K., *Römische Religionsgeschichte²* (1967, rist. 1992).
Le Glay M., *La religion romaine²* (1991).
Lehmann Y., *La religion romaine* (1981).
MacMullen R., *Paganism in the Roman Empire* (1981; tr. fr. 1987).
MacMullen R., Lane E. (cur.), *Paganism and Christianity 100-425 C. E.* (1992).
Momigliano A., *Saggi di storia della religione romana* (1988).
Moreau J., *La persécution du Christianisme dans l'Empire romain* (1956).
Pastorino A., *La religione romana* (1973).
Pighi G. B., *La religione romana* (1967).
Pilati G., *Chiesa e Stato nei primi quindici secoli* (1961).
Pincherle A., *Introduzione al cristianesimo antico* (rist. 1998).
Pippidi M. D., *Recherches sur le culte impérial* (1940).
Rahner H., *Kirche und Staat im frühen Christentum* (1961; tr. it. 1970).
Scheid J., *Religion et piété à Rome* (1985).
Simon E., *Die Götter der Römer* (1990).
Siniscalco P., *Il cammino di Cristo nell'Impero romano²* (1996, rist.).
Sordi M., *Il Cristianesimo e Roma* (1965).
Sordi M. (cur.), *Religione e politica nel mondo antico* (1981).
Szemler G. J., *The priests of the Roman Republic* (1972).
Thrams P., *Christianisierung des Römerreiches und heidnischer Widerstand* (1992).
Toutain J., *Les cultes païens dans l'Empire romain*, 3 voll. (1967).
Turcan R., *La religion romaine*, 2 voll. (1988); *Les cultes orientaux dans le monde romain* (1989).
Turchi N., *La religione di Roma antica* (1939).
Wissowa G., *Religion und Kultus der Römer²* (1912).

3.9. Per l'economia si consultino:

Altheim F., Stiehl R., *Finanzgeschichte der Spätantike* (1956).
Aubert J.-J., *Business Managers in Ancient Rome* (1994).
Brockmeyer N., *Arbeitsorganisation und ökonomisches Denken in der Gutswirtschaft des röm. Reiches* (1968); *Sozialgeschichte der Antike. Ein Abriss* (1972).
Capogrossi Colognesi L. (cur.), *L'agricoltura romana. Guida storica e critica* (1982).
Castronovo V. (cur.), *Storia dell'economia 1. Dall'antichità al Medioevo* (1996).
Charlesworth M. P., *Trade routes and commerce of the Rom. Empire²* (1924; tr. it. 1940).
Ciccotti E., *Lineamenti della evoluzione tributaria nel mondo antico. I tributi e l'amministrazione finanziaria nel m. a.* (1921; rist. 1960).
Clerici L., *Economia e finanza dei Romani* I. *Dalle origini alla fine delle guerre sannitiche* (1943).
Cracco Ruggini L., *Economia e società nell'"Italia annonaria". Rapporti fra agricoltura e commercio dal IV al VI secolo d. C.* (1961).
Crawford M. H., *La moneta in Grecia e a Roma* (tr. it. 1982).
De Laet S. J., *Portorium. Étude sur l'organisation douanière chez les Romains, surtout à l'époque du Haut-Empire* (1949).
De Martino F., *Storia economica di Roma antica*, 2 tomi (1980).
De Robertis F. M., *Lavoro e lavoratori nel mondo romano* (1963).
Duncan-Jones R., *The economy of the Roman Empire: quantitative studies* (1974); *Structure and Scale in the Roman Economy* (1990); *Money and Government in the Roman Empire* (1994; pbk. 1998).
Flach D., *Römische Agrargeschichte* (1990).
Frank T. (ed altri), *An economic survey of ancient Rome*, 6 voll. (1933-40; rist. 1959); *Economic history of Rome* (rist. 1962; tr. it. 1924).
Frier B.W., *Landlords and Tenants in Imperial Rome* (1980).
Garnsey P., *Cities, Peasants and Food in Classical Antiquity* (1998).
Giardina A., Schiavone A. (cur.), *Società romana e produz. schiavistica*, 3 voll. (1981).
Grant M., *Roman history from coins* (1958).
Hatzfeld J., *Les trafiquants italiens dans l'Orient hellénique* (1919).
Heichelheim F. M., *Wirtschaftsgeschichte des Altertums*, 2 voll. (1938; nuova ed. ingl. 1958-70; tr. it. 1972).

Jones A. H. M., *L'economia romana. Studi di storia economica e amministrativa antica* (tr. it. 1984).

Kolendo J., *L'agricoltura nell'Italia romana* (tr. it. 1980).

Martin R., *Recherches sur les agronomes latins et leurs conceptions économiques et sociales* (1971).

Mattingly H., *Roman coins from the earliest times to the fall of the West. Empire*² (1962).

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

Nicolet C., *Rendre à César. Économie et société dans la Rome ant.* (1988).

Rostovzev M., *Social and economic history of the Roman Empire*² (1927; tr. it.² 1963; tr. fr. 1988).

Rougé J., *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain* (1966).

Salvioli G., *Il capitalismo antico. Storia dell'economia romana* (1929; precedente ed. fr. 1906, rist. 1979).

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

Sirago V. A., *Storia agraria romana* 1 (1995), 2 (1996).

Tozzi G., *Economisti greci e romani* (1961).

Weber M., *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht* (1891, rist. 1966; tr. it. 1967); *Storia economica e sociale dell'antichità. I rapporti agrari* (1992 tr. it.).

Westermann L. W., *Slave system of Greek and Roman antiquity* (1955).

3.9. Per la vita quotidiana si consultino:

AA. VV., *La mort au quotidien dans le monde romain* (1995).

André J., *L'alimentation et la cuisine à Rome* (1961); *L'otium dans la vie morale et intellectuelle romaine* (1966).

Ariès P., Duby G. (cur.), *Histoire de la vie privée 1. De l'Empire romain à l'an Mil* (1985).

Auguet R., *Cruauté et civilisation: les jeux romains* (1970).

Blanck H., *Einführung in das Privatleben der Griechen und Römer*² (1996).

Blümner H., *Die römischen Privataltertümer*³ (1911).

Brödner E., *Die römischen Thermen und das antike Badewesen* (rist. 1992).

Carcopino J., *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire* (1939; rist. 1999).

Cèbe J.-P., *La caricature et la parodie dans le monde romain antique* (1966)

Crook J. A., *Law and life of Rome* (1967).

Demandt A., *Das Privatleben der römischen Kaiser*² (1997).

Dixon S., *The Roman Family* (1992).

Dupont F., *La vita quotidiana nella Roma repubblicana* (1989; tr. it. 1990; tr. ingl. 1992).

Fayer C., *La «familia» romana* (1994).

Fortuin R. W., *Der Sport im augusteischen Rom* (1996).

Frasca R., *Mestieri e professioni a Roma* (1994).

Garnsey, *Food and Society in Classical Antiquity* (1999).

Giardina A. (cur.), *L'uomo romano* (1989; rist. 1998; tr. fr. 1992; tr. ingl. 1993).

Grant M., *The gladiators* (1967).

Leppin H., *Histrionen. Untersuchungen zur soz. Stellung von Bühnenkünstlern im Westen des Röm. Reichs zur Zeit der Republik und des Principats* (1992).

Marquardt J., *Das Privatleben der Römer*² (1886; rist. 1964).

Nicolet Cl., *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine* (1976; tr. it.² 1982).

Paoli U. E., *Vita romana* (1976).

Potter D. S., Mattingly D. J. (cur.), *Life, Death and Entertainment in the Roman Empire* (1999).

Robert J. N., *Les plaisirs à Rome* (1983); *La vie à la campagne dans l'Antiquité romaine* (1985); *Les modes à Rome* (1988).

Stumpp B. E., *Die Prostitution in der römischen Antike* (1998).

Toynbee J. M. C., *Animals in Roman life and art* (1973); *Death and Burial in the Roman world* (1971).

Thuillier J.-P., *Sport im antiken Rom* (tr. ted. 1999).

Veyne P., *La société romaine* (1991); *La vita privata nell'impero romano* (tr. it. da Ariès, Duby cit.) (2000).

Virlouvet C., *Tessera frumentaria* (1995).

3.10. Per la condizione femminile si consultino:

AA. VV., *Roma al femminile* (1994).
AA. VV., *Storia delle donne in Occidente. I. L'Antichità* (1990).
AA. VV., *Women in the classical world* (1994).
Balsdon J. P. V. D., *Roman women. Their history and habits* (1962).
Bauman R. A., *Women and Politics in ancient Rome*² (1994).
Burck E., *Die Frau in der griechisch-römischen Antike* (1969).
Cantarella E., *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*² (1985; tr. ingl. 1987).
Clark G., *Women in late Antiquity. Pagan and Christian Lifestyles* (1993; rist. 1994).
Fau G., *L'émancipation féminine dans la Rome antique* (1978).
Fraschetti A. (cur.), *Roma al femminile* (1994).
Gardner J. F., *Frauen im antiken Rom* (1995).
Goodwater L., *Women in antiquity: an annotated bibliography* (1975).
Herrmann C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la Rép. romaine* (1964).
Kreck B., *Untersuchungen zur polit. und sozialen Rolle der Frau in der späten röm. Republik* (1975).
Peppe L., *Posizione giur. e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (1984).
Rizzelli G., *Le donne nell'esperienza giur. di Roma antica. I comportamenti sessuali* (2000).
Schmitt Pantel P. (cur.), *Storia delle donne in Occidente. L'Antichità* (1993).
Schuller W., *Frauen in der röm. Geschichte*² (1992).

3.11. Per l'urbanistica si consultino:

Ampolo C. (cur.), *La città antica. Guida storica e critica* (1980).
Castagnoli F. (ed altri), *Topografia e urbanistica di Roma* (1958); *Roma antica. Profilo urbanistico* (1978).
Coarelli F., *Roma*³ (1995, ed. ampl.); *Dintorni di Roma* (1981); *Lazio* (1985); *Italia centrale* (1985).
Duret L., Néraudau J.-P., *Urbanisme et métamorphoses de la Rome ant.* (1983).
Dudley D. R., *Urbs Roma: a source book of classical texts on the city and its monuments* (1967).
Frutaz A. P., *Le piante di Roma* (1962).
Gatti G., *Topografia ed edilizia di Roma* (1989).
Gros P., *Architecture et société à Rome et en Italie centro-méridionale aux deux derniers siècles de la République* (1978).
Gros P., Torelli M., *Storia dell'urbanistica. Il mondo romano*² (1994).
Lugli G., *Roma antica. Il centro monumentale* (1946); *Fontes ad topographiam veteris Urbis Romae pertinentes*, 6 voll. (1952-65).
Owens E. J., *The City in the Greek and Roman World* (1992).
Rich J. (cur.), *The City in Late Antiquity* (1996).
Zaccaria Ruggiu A., *Spazio privato e spazio pubblico nella città romana* (1995).
Carta archeologica di Roma, a cura del Min. ist. P. I. (dal 1962).

3.12. Per i problemi militari e bellici si consultino:

AA. VV., *Problèmes de la guerre à Rome*, cur. Brisson J. P. (1969).
Alföldy G., Dobson B., Eck W., *Kaiser, Heer und Gesellschaft in der Römischen Kaiserzeit* (2000).
Andreski S., *Military organization and society* (1954).
Birley E., *The Roman Army: Papers 1929-1986* (1988).
Brisson J.-P. (cur.), *Problèmes de la guerre à Rome* (1969).
Campbell J. B., *The Emperor and the Roman Army* (1984); *The Roman Army, 31 B.C.-A.D. 337* (1994).
Domaszewski A., *Die Rangordnung des römischen Heeres*² (1967).
Forni G., *Il reclutamento delle legioni da Augusto a Diocleziano* (1953).
Gabba E., *Esercito e società nella tarda Repubblica romana* (raccolta di scritti, 1973); *Per la storia dell'esercito romano in età imperiale* (1974).
Giuffrè V., *Letture e ricerche sulla «res militaris»*, 2 voll. (1996).
Grosse R., *Römische Militärgeschichte von Gallienus bis zum Beginn der byzantinischen Themenverfassung* (1920).

Hoffmann D., *Das spätröm. Bewegungsheer und die Notitia Dign.*, 2 voll. (1969-70).
Le Bohec Y., *L'armée romaine sous le Haut-Empire*² (1990; tr. it. 1992; tr. ted. 1993).
MacMullen R., *Soldier and civilian in the later Roman Empire* (1963).
Marín y Peña M., *Instituciones militares romanas* (1956).
Marquardt J., *De l'organisation militaire chez les Romains* (1891).
Milan A., *Le forze armate nella storia di Roma antica* (1993).
Parker H. M. D., *The Roman legions* (1928).
Passerini A., *Le coorti pretorie* (1939).
Rich J., Shipley G. (cur.), *War and Society in the Roman World* (1993).
Smith R. E., *The service in the post-Marian Roman army* (1958).
Van Berchem D., *L'armée de Dioclétien et la réforme constantinienne* (1952).
Watson G. R., *The Roman Soldier* (1969).

3.13. Per la cronologia si consultino:

Bickerman E. J., *Chronology of the ancient world* (1968).
Chevallier R., *Aiôn. Le temps chez les Romains* (1976).
Della Corte F., *L'antico calendario dei Romani* (1969).
Ginzel F. K., *Handbuch der mathematischen und technischen Chronologie*, 3 voll. (1906-14; rist. 1958).
Leuze O., *Die römische Jahrzählung* (1909).
Meimaris Y. E., *Chronological Systems in Roman-Byzantine Palestine and Arabia* (1992).
Michels A. K., *The calendar of the Roman Republic* (1967).
Mommsen Th., *Römische Chronologie*² (1859).
Prack N., *Der röm. Kalender (264-168 v. Chr.), Verlauf und Synchronisation* (1996).
Rüpke J., *Kalender und Öffentlichkeit. Die Geschichte der Repräsentation und religiösen Qualifikation von Zeit in Rom* (1995).
Salzman M. R., *On Roman Time. The Codex-Calendar of 354, and the Rhythms of Urban Life in Late Antiquity* (1990).
Samuel A. E., *Greek and Roman chronology. Calendars and years in classical ant.* (1972).
[illegible] F., *Vita e costumi dei Romani antichi. Spazio e tempo* (1992).

3.14. Per la cultura bizantina negli ultimi secoli di Roma (oltre ad alcune opere in 3.1) si consultino:

Beck H. G., *Das byzantinische Jahrtausend*² (1994).
Bréhier L., *Les institutions de l'empire byzantin* (1949).
Carile A., *Introduzione alla storia bizantina* (1988).
Claude D., *Die byzantinische Stadt im 6. Jahrhundert* (1969).
Conca F., Criscuolo U., Maisano R., *Bisanzio. Storia e civiltà* (1994).
Irmscher J., *Einführung in die Byzantinistik* (1971).
Kaegi W. E. jr., *Byzantium and the decline of Rome* (1968).
Lançon B., *Le monde tardif. III*^{e}*-VII*^{e} *siècle ap. J.-C.* (1992).
Mango C., *Byzantium, the empire of New Rome* (1980); *La civiltà bizantina* (1998).
Schreiner P., *Byzanz*² (1994).
Stein E., *Histoire du Bas-Empire*, 3 voll. (1949-59; rist. 1968).
Tinnefeld F., *Die frühbyzantinische Gesellschaft* (1977).
Vasiliev A. A., *History of the Byzantine Empire*² (1962).

3.15. Per la geografia si consultino:

Bengtson H., Milojčić V., *Grosser hist. Weltatlas 1. Vorgeschichte und Altertum*⁶ (1978).
Brodersen K., *Terra cognita. Studien zur römischen Raumerfassung* (1995).
Cornell T., Matthews J., *Atlas of Roman world* (1982).
Fraccaro P., *Atlante storico 1. Evo antico* (1966).

4. INTRODUZIONI ALLO STUDIO DEL DIRITTO ROMANO.

Albanese B., *Premesse allo studio del diritto privato romano* (1978).
Albertario E., *Introduz. storica allo studio del dir. rom. giustinianeo* I (1935).
Álvarez Suárez U., *Horizonte actual del Derecho romano* (1944).

Apathy P., Klingenberg G., Stiegler H., *Einführung in das römische Recht*² (1998).

Arangio-Ruiz V., Guarino A., Pugliese G., *Il diritto romano: costituzione, fonti, diritto privato, diritto penale* (1980).

Benedek F., *Római magánjog. Dologi és kötelmi jog*² (1995).

Biondi B., *Prospettive romanistiche* (1933).

Bretone M., Talamanca M., *Il diritto in Grecia e a Roma*² (1994).

Bürge A., *Römisches Privatrecht. Eine Einführung* (1999).

Cerami P., *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituz. romana*³ (1996).

Chiazzese L., *Introduzione allo studio del diritto romano*³ (rist. 1993).

Cruz S., *Direito romano* I⁴, *Introdução. Fontes* (1984).

Cuena Boy F., *Sistema jurídico y derecho romano* (1998).

Dalla D., *Introduzione a un corso romanistico*² (1997).

Daube D., *Roman law. Linguistic, social and philosophical aspects* (1969).

David M., *Der Rechtshistoriker und seine Aufgabe* (1937).

Daza Martínez J., Saiz López V., *Iniciación al estudio histórico del der. romano*² (1997).

De Churruca J., *Introducción histórica al derecho romano*⁷ (1994).

De Marini Avonzo F., *Critica testuale e studio storico del diritto*² (1973).

De Sanctis G., *Storia dei Romani* 4.2.2 (1957).

D'Ors A., *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano* (1943); *Elementos de Derecho romano*² (1992).

Ducos M., *Rome et le droit* (1996; tr. it. 1998, rist. 2000).

Dulckeit G., *Philosophie der Rechtsgeschichte: die Grundgestalten des Rechtsbegriffs in seiner historischen Entwicklung* (1950).

Gibbon E., Hugo G., *Historische Uebersicht des Römischen Rechts* (cur. O. Behrends)² (1996).

Gilissen J., *Introduction historique au droit* (1979).

Grosso G., *Premesse generali al corso di diritto romano*³ (1966).

Guarino A., *L'ordinamento giuridico romano*⁵ (1990); *Profilo del diritto romano*⁹ (1994; tr. spagn. 1996); *Giusromanistica elementare* (1994).

Hamza G., Pólay E., *Römisches Recht und röm. Rechtsgeschichte* (1987).

Hanard G., *Droit romain* I: *Notions de base* (1997).

Hesse E., Thielmann G., *Rechtsgeschichte. Ein Lehrbuch* I (1998).

Hunada M., *Romaho nyumon* (1967).

Iglesias J., *Derecho romano y esencia del derecho* (1975); *Espíritu del Derecho romano*² (1995; tr. it. 1984).

Jhering R., *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁶, 3 voll. (1924-26, rist. 1993 della 6ª ed. 1968; tr. fr. della 3ª ed., *L'esprit du droit romain*³, 4 voll., 1886-88).

Johnston D., *Roman Law in Context* (1999).

Jolowicz H. F., Nicholas J. K. B. M., *Historical introduction to the study of Roman law*³ (1972).

Kosarev A. I., *Rimskoe pravo* (1986).

Lapieza Elli A. E., *Introducción al Derecho romano* (1972).

Lauria M., *Ius. Visioni romane e moderne*³ (1967).

Lee R. W., *The Elements of Roman Law with a transl. of the Inst. of Justinian*⁴ (1990).

Lewis A. D. E., Ibbetson D. J. (eds.), *The Roman Law Tradition* (1994).

Mantello A., *Lezioni di diritto romano* I: *Parte generale* (1992).

Michel J.-H., *Éléments de dr. rom. à l'usage des juristes, des latinistes et des historiens* (1998).

Nicholas J. K. B. M., *An introduction to Roman law* (1975).

Nogueira A. C., *Introdução ao direito romano* (1971).

Orestano R., *Introduzione allo studio del diritto romano*⁷ (1987).

Robinson O. F., Fergus T. D., Gordon W. M., *An introduction to european legal history* (1985).

Robleda O., *Introduzione allo studio del diritto privato romano*² (1979).

Sánchez del Río J., *Notas sobre los temas generales del der. romano* (1955).

Schiller A. A., *Roman law. Mechanisms of development* (1978).

Schulz F., *Prinzipien des römischen Rechts* (1934; tr. it. 1946, rist. 1995).

Selb W., *Antike Rechte im Mittelmeerraum. Rom, Griechenland, Ägypten und der Orient* (1993).

Söllner A., *Einführung in die römische Rechtsgeschichte*^{5} (1996).
Stein P., *Roman Law in European History* (1999).
Tellegen-Couperus O. E., *Korte geschiedenis van het Romeinse recht* (1990; tr. ingl. 1993: *A Short History of Roman Law*).
Torrent A., *Introducción metodológica al estudio del Der. romano* (1974).
Umur Z., *Roma Hukuku. Tarihi Giriş ve Kaynaklar* (1967); *Umumi Mefhumlar ve Hakların Himayesi* (1967).
van Warmelo P., *An introduction to the principles of Rom. civil l.* (1976).
Villey M., *Le droit romain*^{7} (1965).
Visu J. R., *Introducción al estudio del Derecho romano* (1966).
Watson A., *The law of the ancient Romans* (1970); *The spirit of Rom. Law* (1995)
Westrup C. W., *Introduction to early Roman law*, 5 voll. (1934-54).
Wieacker F., *Vom römischen Recht*^{2} (1961).
Wiliński A., *Das römische Recht. Geschichte und Grundbegriffe des Privatrechts mit einem Anhang über Strafrecht und Strafprozess* (1966).
Wilkinson L. P., *The Roman experience* (1974).
Wolff H. J., *Roman law. An historical introduction* (1951).

5. OPERE GENERALI SULLA STORIA DEL DIRITTO ROMANO E SUL DIRITTO PUBBLICO.

5.1. Sulla storia del diritto costituzionale e della giurisprudenza:

Abbott F. F., *History and description of Roman political institutions*^{3} (1963).
Amarelli F., De Giovanni L., Garbarino P., Schiavone A. (cur.), Vincenti U., *Storia del diritto romano* (2000).
Amelotti M., Bonini R., Brutti M., Capogrossi L., Cassola F., Cervenca G., Labruna L., Masi A., Santalucia B., Talamanca M. (cur.), *Lineamenti di storia del diritto romano*^{2} (1989).
Amirante L. (coll. di De Giovanni L.), *Una storia giuridica di Roma* etc.^{2} (1991).
Arangio-Ruiz V., *Storia del diritto romano*^{7} (1957; varie rist.).
Arcaria F., Giglio S., Licandro O., Lorenzi C., Maggio L., Palazzolo N. (cur.), *Storia giuridica di Roma. Principato e Dominato* (1998).
Baviera G., *Lezioni di storia del diritto romano*, 3 voll. (1914-25).
Betti E., *La crisi della repubbl. e la genesi del principato a Roma*, cur. Crifò G. (1982).
Biondi B., *Il diritto romano cristiano*, 3 voll. (1952-54).
Bleicken J., *Die Verfassung der römischen Republik*^{7} (1995); *Verfassungs- und Sozialgeschichte des römischen Kaiserreiches* 1^{4} (1995), 2^{3} (1994).
Bonfante P., *Diritto romano* (1900, rist. 1976); *Storia del diritto romano*^{4}, 2 voll. (1934; rist. riv. e aggiornata bibliogr. 1959).
Brasiello U., *Lineamenti di storia del diritto romano* (1972).
Bretone M., *Storia del diritto romano* (1987, ultima rist. 2000; tr. ted. 1992).
Bruns C. G., Lenel O., *Geschichte und Quellen des römischen Rechts* (in Holtzendorff, Kohler, *Enzikl. der Rechtswissenschaft* 1^{7}) (1979).
Burdese A., *Manuale di diritto pubblico romano*^{3} (1993).
Capogrossi Colognesi L., *Storia delle istituzioni romane arcaiche* (1978).
Cassola F., Labruna L., *Linee di una storia delle istituz. repubblicane*^{3} (1991).
Cerami P., Corbino A., Metro A., Purpura G., *Storia del dir. rom. Profilo elem.*^{2} (1996).
Costa E., *Storia del diritto romano pubblico*^{2} (1920).
Crifò G., *Lezioni di storia del diritto romano*^{3} (2000).
De Arza Martel A., *Derecho romano* I. *Introducción y historia externa* (1964).
De Giovanni L., *Introduzione allo studio del d. rom. tardoantico*^{4} (2000).
De Francisci P., *Arcana imperii*, 3 voll. (= 4 tomi) (1947-48; rist. 1970); *Storia del dir. rom.*, 3 voll. (1943-44, incompleta); *Sintesi storica del dir. romano*^{4} (1969)
De Marini Avonzo F., *Lezioni di storia del diritto romano* (1999).
De Martino F., *Storia della costituzione romana* 1^{2} (1972), 2^{2}-3^{2} (1973), 4.1^{2} (1974), 4.2^{1}-5^{2} (1975), 6^{2} (indici generali 1990).
Dulckeit G., Schwarz F., Waldstein W., *Röm. Rechtsgeschichte*^{9} (1995).
Ellul J., *Histoire des institutions de l'Antiquité* (1961-72; tr. it. 1981).

Fernández de Buján A., *Derecho público romano* (1996).
Franciosi G., *Manuale di storia del diritto romano* (2000).
Frezza P., *Corso di storia del diritto romano*^{2} (1974).
Fuenteseca P., *Historia del Derecho romano* (1987).
Gaudemet J., *Les institutions de l'Antiquité*^{5} (1998).
Giliberti G., *Elementi di storia del diritto romano*^{2} (1991).
Giuffrè V., *Il 'diritto pubblico' nell'esperienza romana*^{2} (1989).
Grosso G., *Lezioni di storia del diritto romano*^{5} (1965).
Guarino A., *Storia del diritto romano*^{12} (1998).
Harries J., *Law and Empire in Late Antiquity* (1999).
Homo L., *Les institutions politiques romaines*^{11} (1953; tr. it. 1975).
Hugo G., *Geschichte des römischen Rechts* (1790 e ss.; tr. it. 1856).
Humbert M., *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*^{5} (1994).
[illegible] H., [illegible] (1968).
Karlowa O., *Römische Rechtsgeschichte*, 2 voll. (1885-1901).
Kaser M., *Römische Rechtsgeschichte*^{2} (1967; tr. it. 1977; rist.^{5} 1994).
Koranyi K., *Powszechna historia państwa i prawa* I (1965).
Kosarev A. I., *Rimskoe pravo* (1986).
Kreller H., *Römische Rechtsgeschichte*^{2} (1948).
Kübler B., *Geschichte des römischen Rechts* (1925).
Kunkel W., *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*^{12} (1990; tr. it.: *Linee di storia giuridica romana*, 1973).
Kunkel W., Wittmann R., *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik 2. Die Magistratur* (1995).
Lapieza Elli A. E., *Historia del Derecho romano* (1975).
Lenel O., *Römische Rechtsgeschichte* (estr., 1915).
Lintott A., *Imperium Romanum. Politics and Administration* (1993); *The constitution of the Roman Republic* (1999).
Longo C., Scherillo G., *Storia del diritto romano* (1935).
Manthe U., *Geschichte des römischen Rechts* (2000).
Marquardt J., *Römische Staatsverwaltung*^{2}, 3 voll. (part. cur. Dessau H., Domaszewski A., Wissowa G., 1881-85; rist. 1957).
Maschi C. A., *Storia del diritto romano* (1975).
Mendoza [illegible] C., *Derecho romano* (1963).
Meyer E., *Einführung in die antike Staatskunde*^{2} (1974); *Römischer Staat und Staatsgedanke*^{4} (1975).
Mispoulet J. B., *Les institutions politiques des Romains*, 2 voll. (1882-83).
Mommsen Th., *Römisches Staatsrecht*, 3 voll. (1887-88^{3}; tr. fr. di Girard P. F. 1893-96: faceva parte dell'*Handbuch der römischen Altertümer* cur. Marquardt J. e Mommsen Th., giunto alla 2ª ed. nel 1871, tradotto in fr. con ampliamenti dal Humbert G. dal 1890 [= *Man. ant. rom.*], nuova ed. cur. Nicolet C., 1984-85); *Abriss des römischen Staatsrechts* (1893; tr. it.^{2} di Bonfante P., cur. da Arangio-Ruiz V., 1943, rist. 1973).
Nicosia G., *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma* 1 (1971; rist. 1977), 2 (rist. 1979).
Pacchioni G., *Corso di dir. rom. 1. Storia della costituz. e delle fonti del diritto*^{2} (1918).
Padelletti G., Cogliolo P., *Storia del diritto romano*^{2} (1886).
Paricio J., *Historia y fuentes del Derecho romano*^{2} (1992).
Rainer J. M., *Einführung in das römische Staatsrecht* (1997).
Riccobono S. jr., *Profilo storico del diritto romano* (1956).
Rotondi G., *Leges publicae populi Romani* (1912; rist. 1962).
Scarano Ussani V., *Appunti di storia del diritto romano* (1994).
Scherillo G., Dell'Oro A., *Manuale di storia del dir. rom.*^{2} (1949; rist. 1965).
Schwind F., *Römisches Recht* I (1950).
Seidl E., *Römische Rechtsgeschichte und röm. Zivilprozessrecht*^{3} (1970).
Siber H., *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesungen 1. Römische Rechtsgeschichte* (1925; rist., insieme al *Röm. Privatr.* cit. infra, 1968); *Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung* (1952).
Tondo S., *Profilo di storia costituzionale romana* 1 (1981), 2 (1993).
Torrent A., *Derecho publico romano y sistema de fuentes* 2 voll. (1979-80).
Van der Wal N., Lokin J. H. A., *Historiae iuris Graeco-romani delineatio* (1985).

VOIGT M., *Römische Rechtsgeschichte*, 3 voll. (1892-1902; rist. 1963).
VON LÜBTOW U., *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht* (1955).
VON MAYR R., *Römische Rechtsgeschichte*, 7 voll. (1912-13).
WATSON A., *The State, Law and Religion. Pagan Rome* (1992).
WEISS E., *Grundzüge der römischen Rechtsgeschichte* (1936).
WIEACKER F., *Römische Rechtsgeschichte* I (1988).
WILLEMS P., *Le droit public romain*^{7} (1910; rist. 1971).
ZACHARIAE VON LINGENTHAL K. E., *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*^{3} (1892; rist. 1955).

5.2. Sulla repressione criminale, in particolare:
BAUMAN R. A., *Crime and Punishment in Ancient Rome* (1996).
BRASIELLO U., *La repressione penale in diritto romano* (1937).
COSTA E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano* (1921).
DUPONT CL., *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les infractions. Les peines*, 2 voll. (1953-55).
FERRINI C., *Diritto penale romano (Teorie generali)* (1899); *Esposizione storica e dottrinale del dir. pen.* (da *Encicl. del dir. pen. it.* dir. da PESSINA E., 1901; rist. 1976).
GAROFALO L., *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*^{3} (1997).
GIOFFREDI C., *I principi del diritto penale romano* (1970).
GIORDANI M. C., *Direito penal romano* (1970).
GIUFFRÈ V., *La repressione criminale nell'esperienza romana*^{5} (1998).
KUNKEL W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (1962).
LEVY E., *Die römische Kapitalstrafe* (1931).
MOMMSEN TH., *Römisches Strafrecht* (1899; rist.^{2} 1990; tr. fr. 1907).
PUGLIESE G., *Diritto penale romano* in ARANGIO-RUIZ V., GUARINO A., PUGLIESE G., *Il diritto romano*, cit. retro n. 4.
REIN W., *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian* (1844; rist. 1962).
ROBINSON O. F., *The Criminal Law of Ancient Rome* (1995).
SANDER E., *Das römische Militärstrafrecht* (1960).
SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*^{2} (1998; tr. spagn. 1991; tr. ted. 1997).
TROIANOS SP. N., *Enklēmata kai timōriai sto Byzantio* (1997).
STRACHAN DAVIDSON J. L., *Problems of roman criminal law*, 2 voll. (1912; rist. 1969).
ZUMPT A. W., *Das Kriminalrecht der römischen Republik*, 2 voll. (4 tomi) (1865-69; rist. 1971); *Der Kriminalprozess der römischen Republik*, 2 voll. (1871; rist. 1992).

6. OPERE PRINCIPALI SULLE FONTI E SULLA GIURISPRUDENZA.

BAUMAN R. A., *Lawyers in Roman republican politics. A Study of the Roman Jurists in Their Political Setting 316-82 BC.* (1983); *Lawyers in Roman transitional politics... in the late Republic and Triumvirate* (1985); *Lawyers and Politics in the Early Empire* (1989).
BRETONE M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*^{2} (1982); *Diritto e pensiero giuridico romano* (1976).
CANNATA C. A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*^{2} I. *La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo* (1976); *Histoire de la jurisprudence européenne* I. *La jurisprudence romaine* (1989). V. anche *infra* n. 15.
CASAVOLA F., *Giuristi adrianei*, con nota di prosopografia e bibl. su giuristi del II sec. d. C. di DE CRISTOFARO G. (1980).
COSTA E., *Storia delle fonti del diritto romano* (1909).
FERRINI C., *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana* (1885).
FITTING H., *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander* (1908; rist. 1965).
GARCÍA GARRIDO M. J., *Der. privado Rom.* 2. *Casos y decisiones jurisprudenciales* (1980).
GUARINO A., *Profilo storico delle fonti del diritto romano* (1945); *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell'età del Principato* (1983).

Honoré T., *Emperors and Lawyers*² (1994).
Iglesias J., *Las fuentes del Derecho romano* (1989).
Kipp Th., *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*⁴ (1919).
Krüger P., *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*² (1912).
Kunkel W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952; rist. 1967 con appendice di aggiorn. bibl.).
Lantella L., *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia* (1979).
Lombardi L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967).
Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano* (1996).
Maschi C. A., *Il diritto romano* I. *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*² (1966).
Melillo G., *Economia e giurisprudenza a Roma. Contributo al lessico economico dei giuristi romani* (1978); *Categorie economiche nei giuristi romani* (2000).
Metro A., *Le fonti di cognizione del diritto romano*³ (1997).
Nocera G., «*Iurisprudentia*». *Per una storia del pensiero giuridico rom.* (1973).
Nörr D., *Rechtskritik in der römischen Antike* (1974).
Pólay E., *Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen* (1979).
Riccobono S., *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano* (1949).
Robinson O., *The sources of Roman Law* (1997).
Roby H. J., *An introduction to the study of Justinian's Digest* (1886; tr. it. 1887).
Sanio F. D., *Zur Geschichte der röm. Rechtswissenschaften. Ein Prolegomenon* (1858).
Schiavone A., *Linee di storia del pensiero giuridico romano* (1994).
Schulz F., *History of roman legal science* (1946; rist. 1953; testo ted. con note agg.: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 1961; tr. it.: *Storia della giurisprudenza romana*, 1968).
Vacca L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* I (1989).
Watson A., *Law making in the later Roman Republic* (1974).
Wenger L., *Die Quellen des römischen Rechts* (1953).
Wieacker F., *Textstufen klassischer Juristen* (1960).

7. Opere generali sul diritto privato e processuale privato.

7.1. Trattazioni manualistiche moderne:

AA. VV., *Diritto romano privato. Un manuale* (in caratteri cirillici) (1996).
Álvarez Suárez U., *Instituciones de Derecho romano*, 2 voll. (1973).
Andreev M., *Rimsko častno pravo*⁴ (1971).
Ankum J. A., *Elementen van romeins recht* (1980).
Arangio-Ruiz V., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ (1960; varie rist.; tr. spagn. 1973).
Arias Ramos J., *Derecho romano*¹², cur. Arias Bonet J. A., 2 voll. (1972).
Arù L., Orestano R., *Diritto romano* (1947).
Betti E., *Diritto romano* I (1935); *Istituzioni di diritto romano* I² (1942; rist. 1947), II.1 (1962).
Biondi B., *Istituzioni di diritto romano*⁴ (1965).
Bojarski W., *Prawo rzymskie* (1994).
Bonfante P., *Corso di diritto romano* I, 2 [1-2], 3, 4, 6.1 (1925-33; rist. 1° vol. 1963, vol. 2.1 1966, vol. 2.2 1968, vol. 3 1972, vol. 4 1979, vol. 6 1974); *Istituzioni di diritto romano*¹⁰ (1951; rist. 1987).
Borkowski A., *Textbook on Roman Law* (1994).
Bravo González-Bialostosky L., *Compendio de derecho romano*⁷ (1968).
Brósz R., Móra M., Pólay E., *A Római jog* (rist. 1974).
Brugi B., *Istituzioni di diritto romano*³ (1927).
Buckland W. W., *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*³, cur. Stein P. (1963).
Burdese A., *Manuale di diritto privato romano*⁴ (1993).
Bürge A., *Römisches Privatrecht: Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung* (1999).
Caramés Ferro J. M., *Instituciones de derecho privado romano* (1963).
Chamoun E., *Instituições de direito romano* (1954).
[illegible] A., [illegible] G., *Manual de drept roman*² (1961).

Costa E., *Storia del dir. romano privato dalle origini alla compilaz. giustinianea*^{2} (1925).
Cuq E., *Les institutions juridiques des Romains*^{2}, 2 voll. (1904).
(von) Czyhlarz K., San Nicolò M., *Lehrbuch der Institutionen des röm. Rechts*^{19} (1933).
Dalla D., Lambertini R., *Istituzioni di diritto romano* (1996).
Da Nóbrega V. L., *Compêndio de direito romano* I (1968).
Díaz A., *Instituciones de derecho romano*^{6}, 2 voll. (1947).
Di Marzo S., *Istituzioni di diritto romano*^{5} (1968).
Di Pietro A., Lapieza Elli A. E., *Manual de derecho romano* (1976).
D'Ors A., *Derecho privado romano*^{9} (1997); *Elementos de der. priv. rom.*^{3} (1992).
Dozhdev D. V., *Rimskoe chastnoe pravo. Uchebnik dlia vuzov* (1996).
Fernández Barreiro A., Paricio J., *Fundamentos de derecho patrimonial romano*^{2} (1993).
Ferrini C., *Manuale di Pandette*^{4}, cur. Grosso G. (1953).
Földi A., Hamza G., *A római jog története és institúciói*^{3} (1998).
Franciosi G., *Corso istituzionale di diritto romano*^{3} (2003).
Fuenteseca P., *Derecho privado romano* (1978).
Gallo F., *Opuscula selecta* (1999).
Gamarra Peretti J., *Derecho romano* (1962).
García Garrido M. J., *Derecho privado romano*^{7} (1998; tr. it. 1996^{2}).
Gaudemet J., *Droit privé romain*^{2} (2000).
Girard P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*^{8}, riv. da Senn F. (1929).
Giuffrè V., *Il dir. dei privati nell'esperienza rom. I principali gangli*^{3} (1998).
Guzmán Brito A., *Derecho privado romano* (1996).
Hanga V., *Drept privat roman* (1995).
Hanga V., Jacota M., *Drept privat roman* (1964).
Hausmaninger H., Selb W., *Römisches Privatrecht*^{8} (1997).
Hernández Tejero F., *Lecciones de derecho romano* (1984).
Honsell H., *Römisches Recht*^{4} (1997).
Honsell H., Mayer-Maly T., Selb W., *Römisches Recht aufgrund des Werkes von P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger in 4. Aufl. neu bearbeitet* (1987).
Horvat M., *Rimsko pravo*^{3} (1967).
Huvelin P., *Cours élémentaire de dr. romain*, cur. Monier R., 2 voll. (1929).
Iglesias J., *Derecho romano. Historia e instituciones*^{12} (1999).
Jörs P., Kunkel W., Wenger L., *Römisches Privatrecht*^{3} (1949).
Kaser M., *Das römische Privatrecht 1. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*^{2} (1971) *2. Die nachklassischen Entwicklungen*^{2} (1975); *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*^{17}, cur. Knütel R. (1999; tr. ingl.^{2} 1968; tr. spagn. 1968).
Kerr K. T., *Das römische Recht* (1930).
Kolańczyk K., Kodrębski J., *Prawo Rzymskie*^{5} (1997).
Korošec V., *Rimsko pravo* (1967).
Kreller H., *Römisches Recht 2. Privatrecht* (1950).
Kupiszewski H., *Prawo rzymskie a współczesność* (1988).
Leage R. W., *Roman private law founded on the Inst. of Gaius and Justinian*^{3} (1961).
Lee R. W., *The Elements of Roman Law*^{4} (1956).
Liebs D., *Römisches Recht. Ein Studienbuch*^{4} (1993).
Litewski W., *Rzymskie prawo prywatne*^{4} (1999).
Longo G., *Manuale elementare di diritto romano*^{2} (1953).
Marrone M., *Istituzioni di diritto romano*^{2} (1994).
Martini R., *Appunti di diritto romano privato* (2000).
Marton G., *A római magánjog elemeinek tankönyve. Institúciók* (1937).
Mayer-Maly T., *Römisches Recht*^{2} (1999).
Meira S. A. B., *Instituições de direito romano*^{3} (1968).
Milone F., *Programma del corso di Istituz. di d. r.*^{3} (1903).
[illegible] J., *Drept privat roman* (1995).
Mitteis L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* I (1908; rist. 1994).
Molcuț E., Oancea D., *Drept privat roman* (1993).
Monier R., *Manuel élémentaire de droit romain* I^{6} (1947), II^{4} (1948; rist. 1970).
Monier R., Cardascia G., Imbert J., *Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du moyen âge* (1955).
Nardi E., *Istituzioni di diritto romano* (rist. 1986): A - *Testi* 1 (1973), B - *Testi* 2 e C - *Guida ai testi* (1975).

NICOSIA G., *«Institutiones». Profili di diritto privato romano* I (1992).
NOVICKIJ PERETERSKIJ H., *Rimskoie chastnoe pravo* (1948).
OSUCHOWSKI W., *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*^{2} (1967).
OURLIAC P., DE MALAFOSSE J., *Droit romain et ancien droit*, 2 voll. (1957).
PACCHIONI G., *Corso di dir. rom.* 2^{2}. *Dir. privato* (1920); *Manuale di dir. romano*^{3} (1935).
PANERO GUTIÉRREZ R., *Derecho Romano* (1997).
PASTORI F., *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*^{3} (1992).
PEÑA GUZMÁN A., ARGÜELLO L. R., *Derecho romano*, 2 voll. (1962)
PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*^{2}, 2 voll. (1928; rist. 1963).
PETROPOULOS G., *Ἱστορία καὶ εἰσηγήσεις τοῦ ῥωμαϊκοῦ δικαίου*^{2} (1963).
PUGLIESE G., SITZIA F., VACCA L., *Istituzioni di diritto romano*^{2} (1990); *Sintesi*^{3} (1998).
PUHAN I., *Rimsko pravo, Izveska* (1956).
RABEL E., *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1915; rist. 1955).
RADIN M., *Handbook of Roman law* (1927).
RASCÓN C., *Manual de derecho romano* (1992).
RICCOBONO S., *Sommario delle lezioni di Istituzioni di diritto romano* (1896; rist. 1980); *Corso di Istituzioni di diritto romano* (1913).
ROBY H. J., *Roman priv. law in the time of Cicero and of the Antonines* (1902).
SAMPER F., *Derecho romano* (1974).
SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*^{9} (1996).
SANTA CRUZ TEIJEIRO J., *Instituciones de Derecho romano* (1946).
SCHILLER A. A., *Roman law*^{2} (1967).
SCHMIDLIN B., CANNATA C. A., *Droit privé romain* I (1984), 2 (1987).
SCHULZ F., *Classical Roman law* (1951; rist. 1992).
SCHWIND F., *Römisches Recht* I^{2} (1973).
SCIASCIA G., *Manual de direito romano* (1951; tr. it. 1965).
SEIDL E., *Römisches Privatrecht*^{2} (1963).
SERAFINI F., *Istituzioni di dir. romano comparato col dir. civile patrio*^{9} (1921).
SERRAO F., *Dir. privato economia e società nella storia di Roma* I^{2} (1999).
SIBER H., *Römisches Privatrecht* (1928; rist. con *Röm. Rechtsgesch.* cit. retro, 1968).
SOHM R., MITTEIS L., WENGER L., *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*^{17} (1923; rist. 1949).
SPRUIT J. E., *«Enchiridium». Een geschiedenis van het Rom. privaatrecht*^{4} (1994).
STOJČEVIĆ D., *Rimsko privatno pravo*^{3} (1970).
TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano* (1990).
TOMULESCU C. St., *Drept privat roman* (1973).
TORRENT A., *Manual de derecho privado romano* (1987).
VALENCIA RESTREPO H., *Derecho privado romano* (1986).
VAN OVEN J. Ch., *Overzicht van Romeins Privaatrecht*^{4} (1950).
VAN WARMELO P., *Die oorsprong en betekenis van die Romeinse Reg*^{2} (1965).
VENEDIKOV P., ANDREEV M., *Rimsko pravo* (1949).
VILLERS R., *Rome et le droit privé* (1977).
VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*^{5} (1996); *Manuale di diritto romano. Parte generale* I^{2}-2 (1998).
VOLTERRA E., *Istituzioni di diritto romano* (s. d., ma 1961, rist. 1993).
WATSON A., *The law of obligations in the later roman Republic* (1965); *The l. of persons in the later roman Republic* (1967); *The l. of property in the later roman Republic* (1968); *Roman private l. around 200 B.C.* (1971).
WEISS E., *Institutionen des römischen Privatrechts*^{2} (1949).
WOŁODKIEWICZ W., ZABŁOCKA M., *Prawo rzymskie. Instytucje* (1996).

7.2. Ancora utili sono le seguenti trattazioni pandettistiche:
DERNBURG H., *Pandekten*^{8}, cur. SOKOLOWSKI P., 4 voll. (1910-12; tr. it. 1903-07).
GLÜCK F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, libb. 1-28 (1790-1830), continuata da MÜHLENBRUCH C. F. ed altri, libb. 29-46 (1832-92) (in 63 tomi; tr. it., a cura di vari autori, in 45 voll. col titolo *Commentario alle Pandette*).
VANGEROW K. A., *Lehrbuch der Pandekten*^{7}, 4 voll. (1865-77).
WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*^{9}, cur. KIPP Th., 3 voll. (1906; tr. it. con note di FADDA C. e BENSA P. E., 1902-14; rist. 1930).

8. Opere generali sul processo privato.

Albanese B., *Il processo privato romano delle «legis actiones»* (1987; rist. 1993).

Álvarez Suárez U., *Curso de Der. romano 1. Derecho procesal civil* (1951).

Arangio-Ruiz V., *Cours de droit romain. Les actions* (1935; rist. 1980); *Difesa dei diritti. Il processo privato* (1949); *Corso di dir. rom. Il proc. priv.* (1951).

Behrends O., *Der Zwölftafelprozess* (1974).

Bekker E. I., *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 2 voll. (1871-73).

Bertolini C., *Appunti didattici di dir. rom. Il proc. civile*, 3 voll. (1913-15).

Bethmann-Hollweg M. A., *Der römische Zivilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, 3 voll. (1864-74; rist. 1959).

Biscardi A., *Lezioni sul processo romano antico e classico* (1968); *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana* (1973).

Buonamici F., *Storia della procedura civile romana* (1886; rist. 1971).

Cannata C. A., *Profilo istituzionale del processo privato romano 1. Le legis actiones* (1980). *2. Il processo formulare* (1982).

Cervenca G., *Il processo privato romano. Le fonti*^{3} (1986).

Costa E., *Profilo storico del processo civile romano* (1918).

De Avila Martel A., *Der. romano 3. Organización judicial y procedimiento civil* (1962).

De Martino F., *La giurisdizione nel diritto romano* (1937).

Giffard A. E., *Leçons de procédure civile romaine* (1932).

Girard P. F., *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains* 1 (1901).

Karlowa O., *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (1872).

Kaser M., Hackl K., *Das römische Zivilprozessrecht*^{2} (1996).

Keller F. L., Wach A., *Der römische Civilprocess und die Actionen*^{6} (1883; rist. 1966; tr. it. della 2ª ed. 1872).

Kelly J. M., *Roman litigation* (1966); *Studies in the civil judicature of the Roman Republic* (1976).

Luzzatto G. I., *Procedura civ. romana 1. Esercizio dei diritti e difesa privata* (1946). *2. Le «legis actiones»* (1948). *3. La genesi del proc. formulare* (1950); *Il problema d'origine del proc. «extra ordinem»* I (1965).

Murga J. L., *Derecho romano clásico 2. El proceso* (1980).

Nicosia G., *Il processo privato romano 1. Le origini* (1986); *2. La regolamentazione decemvirale* (1986).

Nocera G., *«Reddere ius». Saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma* (1976).

Pergami F., *L'appello nella legislazione del tardo impero* (2000).

Pugliese G., *Il processo civile romano 1. Le «legis actiones»* (1962). *2.1. Il processo formulare* (1963); *Il processo formulare*, 2 voll. (1948-49).

Scialoja V., *Procedura civile romana* (1936).

Simon D., *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess* (1969).

Wenger L., *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* (1925; tr. it. 1938; tr. ingl. 1940).

Wlassak M., *Römische Processgesetze*, 2 voll. (1888-91); *Zum römischen Provinzialprozess* (1919).

9. Principali riviste giusromanistiche.

BIDR. = *Bullettino dell'Istituto di diritto romano 'Vittorio Scialoja'* (Roma). Fondato nel 1888 da V. Scialoja. Prima serie: voll. 1-41 (1888-1933); seconda serie: voll. 42-61 (1934-58); terza serie: dal vol. 62 (1959). Annuale.

DRA. = *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica.* Dal 1999. Semestrale.

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* (Napoli). Fondata nel 1950. Annuale.

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

OIR. = *Orbis iuris Romani. Journal of ancient Law Studies* (Brno-Bratislava, dal 1995).

RH. = *Revue historique de droit français et étranger* (Paris). Trimestrale. La sua storia, piuttosto tormentata, si riassume in queste diverse intestazioni: *Rev. hist. du dr. franç. et étr.*, voll. 1-15 (1855-69); *Rev. de législation ancienne et moderne franç. et étr.*, voll. 1-6 (1870-76); *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 con gli *Arch. d'hist. du dr. oriental* (v. ARIDA. 1952-53), poi li ha assorbiti (dal 1954). Annuale.

SDHI. = *Studia et documenta historiae et iuris* (Roma). Fondata nel 1935. Annuale.

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.

ZSS. = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* (Weimar). Esce in volumi annuali, parallelamente a due altri volumi, rispettivamente dedicati al diritto germanico e al diritto canonico. Con il titolo e la impostazione attuali fu fondata nel 1880, ma i suoi precedenti sono la *Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft*, fondata da Savigny F. C. (15 voll., 1815-50), e la *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte* (13 voll., 1861-78).

10. ALTRI PERIODICI.

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

AAC. = *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana* (Perugia, dal 1975).

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

AAP. = *Atti dell'Accademia Pontaniana* (Napoli).

AATC. = *Atti e memorie dell'Accademia Toscana 'La Colombaria'* (Firenze).

ABW. = *Abhandlungen der bayerischen Akad. der Wissenschaften. Philosoph.-hist. Abteilung* (München, dal 1835; ultima serie col titolo definitivo, dal 1929).

AC. = *L'Antiquité classique* (Bruxelles, dal 1932).

ACL. = *Atti dei Convegni Lincei* (Roma).

ACME. = *Acme. Annali della facoltà di Lettere e filosofia dell'Univ. di Milano* (Milano, dal 1948).

ACOP. = *Atti del Convegno di diritto romano di Copanello* (Catanzaro, dal 1984).

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).

AEP. = *L'Année épigraphique* (Paris, dal 1888).

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

AFLN. = *Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Univ. di Napoli* (Napoli, dal 1951).

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

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

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

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

AJPH. = *American Journal of Philology* (Baltimore, dal 1880).

ALT. = *Das Altertum, hrsg. vom Zentralinstitut für Alte Gesch. und Archäol. der Dt. Akad.* (Berlin)

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

ANN. = *Annales (Economies, Sociétés, Civilisations)* (Paris, dal 1929).

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

APH. = *L'Année philologique* (Paris, dal 1923).

AR. = *Atene e Roma. Rassegna trimestrale dell'Associazione italiana di Cultura classica* (Firenze, dal 1898).

ARCH. = *Archeologia Classica. Rivista dell'Istituto di Archeologia dell'Università di Roma* (Roma, dal 1949).

ARCHID. = *Ἀρχεῖον ἰδιωτικοῦ δικαίου* (Atene, 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).
AUBA. = *Annali della Fac. di Giurispr. dell'Univ. di Bari* (nuova serie dal 1938).
AUBO. = *Atti dell'Accademia delle Scienze di Bologna.*
AUCA. = *Annali dell'Univ. di Camerino* (dal 1926; nuova serie dal 1934).
AUCT. = *Annali del Seminario Giurid. dell'Univ. di Catania* (nuova serie dal 1946).
AUFE. = *Annali dell'Università di Ferrara* (dal 1936).
AUGE. = *Annali della Fac. di Giurispr. dell'Univ. 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'Univ. di Messina* (dal 1927).
AUPA. = *Annali del Seminario Giuridico dell'Univ. di Palermo* (dal 1916).
AUPE. = *Annali dell'Università di Perugia* (dal 1885; ultima serie dal 1946).
AUS. = *Acta universitatis Szegediensis (Acta iuridica politica)* (Szeged).
AUW. = *Acta Universitatis Wratislaviensis* (Wrocław).
BCPE. = *Bollettino del Centro internazionale per lo studio dei Papiri Ercolanesi (Cronache Ercolanesi)* (Napoli, dal 1971).
BSGW. = *Berichte der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften* (Leipzig dal 1846; ultima serie, col titolo attuale, dal 1919).
BSL. = *Bollettino di Studi Latini. Periodico d'informaz. bibl.* (Napoli, dal 1971).
BYZ. = *Byzantion. Revue internationale des ét. byzantines* (Paris-Bruxelles, dal 1924).
BZ. = *Byzantinische Zeitschrift* (Leipzig-Berlin-München, dal 1892).
CH. = *Cahiers d'histoire* (Lyon).
CHI. = *Chiron. Mitteilungen der Kommission für alte Geschichte und Epigraphik des deutschen archäologischen Instituts* (München, dal 1971).
CIC. = *Ciceroniana. Rivista di Studi Ciceroniani* (Roma, dal 1959).
CJ. = *The Classical Journal* (Chicago-Washington, dal 1905).
CLAPH. = *Classical philology. A quarterly journal devoted to research in the languages, literatures, history and life of classical antiquity* (Chicago, dal 1906).
CPH. = *Czasopismo prawno-historyczne* (Warszawa, dal 1949).
CQ. = *The classical quarterly* (London, dal 1907; Oxford, dal 1951).
CR. = *Classical Review* (London, dal 1877; ultima serie, Oxford, dal 1951).
CW. = *The Classical world* (New York-Bethlehem [Pennsylvania], dal 1907).
Dike = *Dike. Riv. di storia del dir. greco e ellenistico* (Milano, dal 1998).
EM. = *Emerita. Boletín de lingüística y filología clásica* (Madrid, dal 1933).
EPIGR. = *Epigraphica. Rivista italiana di Epigrafia* (Faenza).
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).
GRS. = *Göttinger rechtswissenschaftliche Studien* (Göttingen).
GYMN. = *Gymnasium. Zeitschrift für Kultur der Antike und humanistische Bildung* (Heidelberg, dal 1890).
HEL. = *Helikon. Rivista di tradizione e cultura classica* (Messina, dal 1961).
HER. = *Hermes. Zeitsch. für klass. Philologie* (Berlin, dal 1866; Wiesbaden, dal 1953).
HI. = *Historia. Zeitschrift für alte Geschichte* (Wiesbaden, dal 1950).
HZ. = *Historische Zeitschrift* (München, dal 1859; ultima serie dal 1906).
I. = *Ius. Rivista di scienze giuridiche* (Milano, dal 1940; varie serie).
JAT. = *Journal of Ancient Topography* (dal 1992).
JAWG. = *Jahrbuch der Akad. der Wissenschaften in Göttingen* (Göttingen).
JBAC. = *Jahrbuch für Antike und Christentum* (Münster).
JP. = *Journal of juristic papyrology* (Warszawa, dal 1946).
JRS. = *Journal of Roman Studies* (London, dal 1911).
KL. = *Klio. Beiträge zur alten Geschichte* (Berlin, dal 1901).
KOIN. = *Κοινωνία. Organo dell'Ass. di St. tardoantichi* (Napoli, dal 1978).
LAT. = *Latomus. Revue d'études latines* (Bruxelles, dal 1937).
LQR. = *The law quarterly review* (London, dal 1885).

MA. = *Mediterraneo antico. Economie società culture* (Roma, dal 1998).
MAAR. = *Memoirs of the American Academy in Rome* (Roma, dal 1915).
MAB. = *Memorie dell'Acc. delle Scienze dell'Ist. di Bologna* (dal 1906; ult. serie, dal 1937).
Maia = *Maia. Rivista di lettere classiche* (Bologna).
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).
MEP. = *Minima Epigraphica et Papyrologica* (Catanzaro, dal 1998).
MH. = *Museum Helveticum* (dal 1944).
MN. = *Mnemosyne* (Leyden, dal 1852; ultima serie, dal 1948).
MT. = *Memorie dell'Ist. giuridico dell'Univ. di Torino* (nuova serie dal 1928).
NAG. = *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Philol.-hist. Kl.* (dal 1845; ultima serie, col titolo attuale, dal 1941).
OIK. = *Oikumene. Studia ad historiam antiquam classicam et orientalem spectantia.* (Budapest, dal 1976).
OP. = *Opus* (Roma, dal 1982).
OST. = *Ostraka. Rivista di antichità* (Napoli, dal 1992).
OT. = *Orbis Terrarum. Rivista di storia geografica del mondo antico* (Stuttgart, dal 1995).
PHIL. = *Philologus. Zeitschr. für das klassische Altertum* (Leipzig, dal 1841)
PP. = *La parola del passato* (Napoli, dal 1946).
PSI. = *Pubblicazioni della Società italiana di Papiri greci e latini* (Firenze).
PUMO. = *Pubblicaz. della Fac. di Giurispr. dell'Univ. di Modena* (dal 1925).
QC. = *Quaderni catanesi di studi classici e medievali* (Catania, dal 1979).
QF. = *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giur. moderno* (Firenze, dal 1972).
QS. = *Quaderni di storia* (Bari, dal 1975).
RAB. = *Rendiconti dell'Acc. dell'Ist. di Bologna* (dal 1926; ultima serie, dal 1937).
RADR. = *Revista de la Sociedad Argentina de Der. 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).
REA. = *Revue des études anciennes* (Paris, dal 1899).
REL. = *Revue des études latines* (Paris, dal 1923).
RFIL. = *Rivista di filologia e istr. classica* (Torino, dal 1873; nuova serie, dal 1923).
RFIS. = *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (Genova, dal 1921).
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).
RJ. = *Rechtshistorisches Journal* (dal 1982).
RM. = *Rheinisches Museum für Philologie* (Frankfurt, dal 1842).
ROM. = *Romanitas. Revista de cultura romana* (Rio de Janeiro, dal 1958).
RPH. = *Revue de Philologie* (Paris, dal 1877).
RSA. = *Rivista storica dell'antichità* (Bologna, dal 1971).
RSDI. = *Rivista di storia del dir. italiano* (Roma, voll. 1-16, 1928-43; Milano, dal 1944).
RSI. = *Rivista storica italiana* (Napoli; ultima serie dal 1948).
RTR. = *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (Milano, dal 1947).
SAW. = *Sitzungsberichte der Akad. der Wissenschaften Wien* (dal 1848; ultima serie, dal 1913).
SB. = *Sitzungsberichte der Berliner Akad. der Wissenschaften* (dal 1836; ultima serie, dal 1948).
SBA. = *Sitzungsberichte der Bayerischen Akad. der Wissenschaften* (München, dal 1860; ultima serie, dal 1942).
SC. = *Seminarios Complutenses de Derecho romano* (dal 1989).
SDSD. = *Studi e documenti di storia e diritto* (Roma, dal 1880).
SEM. = *Seminar* (Lancaster-Washington, dal 1943).
SG. = *Studium generale* (Berlin, dal 1948).

SGR. = *Subseciva Groningana* (dal 1984).
SHAW. = *Sitzungsberichte der Heidelberger Akad. 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'Univ. di Sassari, dal 1901; nuova ser. 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).
VDI. = *Vestnik drevnei istorii* (Mosca, dal 1937).
WS. = *Wiener Studien* (dal 1879).
ZGR. = *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Berlin, dal 1815).
ZPE. = *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* (Köln dal 1967).

11. ENCICLOPEDIE E LESSICI.

11.1. Per una prima informazione sono utili: BERGER A., *Encyclopedic dictionary of Roman law* (1953) e molti consimili dizionari elementari, editi in varie lingue, tra cui: DEL GIUDICE F. (cur.), *Dizionario giuridico romano*³ (2000).

Si consulti inoltre l'accuratissimo *The Oxford classical dictionary*³ (1996), della cui seconda edizione è stata pubblicata una versione italiana col titolo *Dizionario di antichità classiche di Oxford* (1995²).

11.2. Principali opere enciclopediche con voci o riferimenti giusromanistici sono le seguenti:

ED. = *Enciclopedia del diritto*, voll. 1 *Ab-Are*-2 *Arr-Ase*-3 *Asp-Aut* (1958), 4 *Atto-Banca*-5 *Banca-Cap* (1959); 6 *Cap-Cine*-7 *Cir-Compe* (1960), 8 *Compe-Cong*-9 *Conc-Contratto* (1961); 10 *Contratto-Cor*-11 *Cosa-Delib* (1962); 12 *Delitto-Diritto*-13 *Dir-Dopo* (1964); 14 *Dote-Enfi* (1965); 15 *Enti-Esec* (1966); 16 *Esp-Fat* (1967); 17 *Fat-Foro* (1968); 18 *Foro-Giud* (1969); 19 *Giunta-Igi*-20 *Ign-Inch* (1970); 21 *Inch-Interd* (1971); 22 *Intere-Istig* (1972); 23 *Istit-Legge* (1973); 24 *Legis-Locus* (1974); 25 *Lodo-Matr* (1975); 26 *Mecc-Mora* (1976); 27 *Morale-Negozio* (1977); 28 *Negozio-Nunzio* (1978); 29 *Obbligaz-Omicidio* (1979); 30 *Omissione-Ordine* (1980); 31 *Ordine-Parte* (1981); 32 *Parto-Perdo* (1982); 33 *Pers-Pluralis* (1983); 34 *Pluralità-Premio* (1985); 35 *Prerog-Proced* (1986); 36 *Processo-Progr* (1987); 37 *Prol-Pubb* (1988); 38 *Qualif-Reato* (1987); 39 *Reaz-Resp* (1988); 40 *Resp-Rinv*-41 *Rinv-Sepo* (1989); 42 *Sepo-Sosp*-43 *Sosp-Svil* (1990); 44 *Tariffa-Trattato*-45 *Tratt-Unit* (1992); 46 *Validità-Zucchero* (1993); *Indici* (2 voll. 1995).

NNDI. = *Novissimo digesto italiano*, voll. 1, tomo 1° *A-Ag* (1957); 1, tomo 2° *Ag-Az*; 2 *Az-Cas* (1958); 3 *Cas-Cond*-4 *Conf-Cre* (1959); 5 *Cri-Dis*-6 *Dis-Fall* (1960); 7 *Fall-Go* (1961); 8 *Gr-Inte* (1962); 9 *Inve-L* (1963); 10 *Ma-Mu* (1964); 11 *N-Ord*-12 *Ord-Pes* (1965); 13 *Pet-Proc* (1966); 14 *Prod-Reg* (1967); 15 *Reg-Rip* (1968); 16 *Ris-Sen* (1969); 17 *Sep-Spe* (1970); 18 *Spi-Ten* (1971); 19 *Tes-Uip* (1973); 20 *Un-Z* (1975). *Appendici* dal 1980.

PW. = PAULY A., WISSOWA G. (ed altri), *Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*. Opera fondamentale pubblicata, in seconda edizione riveduta e ampliata, dal 1894 con il seguente criterio: i voll. (24 in vari tomi) della 1ª serie contengono le lettere *A-Q*; i voll. (10 in vari tomi) della 2ª serie, indicati solitamente con l'aggiunta di una 'A', contengono le lettere *R-Z*. Sono stati pubblicati altresì vari voll. di *Supplemento* (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) *Corniscus-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-Iugum*; 10.1 (1917) *Iugurtha-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) *Psamathe-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) *Silacenis-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*. — Seguono i volumi di *Supplementa* appresso indicati: 1 *Suppl.* (1903: *Aba-Demokratia*); 2 *Suppl.* (1913: *Herodes-Herodoros*); 3 *Suppl.* (1920: *Aachen-Jugundeni*); 4 *Suppl.* (1924: *Abacus-Ledon*); 5 *Suppl.* (1931: *Agamemnon-Statilius*); 6 *Suppl.* (1935: *Abretten-Theodoros*); 7 *Suppl.* (1940: *Admagetobriga-Zwangsarbeit*); 8 *Suppl.* (1956: *Achaios-Valerius*); 9 *Suppl.* (1962: *Acilius-Utis*); 10 *Suppl.* (1964: *Accius-Uttiedius*); 11 *Suppl.* (1968: *Abragila-Zengisa*); 12 *Suppl.* (1970: *Abdigildus-Thukydides*); 13 *Suppl.* (1973: *Africa proc.-Viae publ. Rom.*); 14 *Suppl.* (1974: *Aelius-Zone*); 15 *Suppl.* (1978: *Acilius-Zoilos*). La consultazione delle appendici ai vari volumi e dei supplementi è facilitata da Wünsch A., *Paulys RE. Register der Nachträge und Supplemente* (1980). — Molti autori indicano la PW anche con la sigla *RE*.

PWK = *Der kleine Lexikon der Antike, auf der Grundlage von PW.*, edito da Ziegler K.-H., Sontheimer W. (5 voll., 1964-76; rist. 1979).

PWN. = *Der neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, edito da Cancik H., Schneider H. ed altri (dal 1996). Abbreviato anche *DNP*.

11.3 Fra le enciclopedie ormai invecchiate, ma con voci giusromanistiche ancora interessanti, si segnalano:

DI. = *Digesto italiano* (dal 1893).

EG. = *Enciclopedia giuridica italiana* (dal 1884, incompleta).

NDI. = *Nuovo digesto italiano* (dal 1937).

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

DA. = Buchwald W., Hohlweg A., Prinz O., *Dictionnaire des auteurs grecs et latins de l'Antiquité et du Moyen Âge* (1982; tr. fr. ampl. 1991-92, cur. Berger J., Billen J.).

DE. = *Dizionario epigrafico di antichità romane*, cur. De Ruggiero E., 4 voll. A-M (Mensiomanus; 1895-1963).

DIG. = *Digesto*⁴ (dal 1987, sviluppo in varie sez. di *NNDI.*). In particolare: *Digesto delle discipline privatistiche*⁴. *Sezione civile* (vari volumi dal 1988).

DS. = Daremberg Ch., Saglio E. (ed altri), *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*², 5 voll. e 10 tomi (1873-1912; rist. 1962-63).

Lexikon der alten Welt, cur. Andresen C. ed altri (1965).

*Lexikon der römischen Kaiser. Von Augustus bis Justinian, von 27 v. Chr. bis 565 n. Chr.*¹, cur. Veit O. (1998).

Lexicon of the Greek and Roman Cities and Place Names in Antiquity Ca 1500 B.C. - Ca A.D. 500, cur. Hakkert A. M. ed altri (dal 1992).

12. Mezzi ausiliari di studio delle fonti giuridiche romane.

12.1. Fondamentali i seguenti vocabolari tecnici:

VIR. = *Vocabularium iurisprudentiae Romanae* (1894-1987) in cinque volumi: 1 (A-C), 2 (D-G), 3 (H-M), 4 (N-Q), 5 (R-Z). 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. — Il *VIR.*, per la parte relativa al *Digesto*, è stato compilato sulla *ed. maior* mommseniana. 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 sovrapposto una lineetta orizzontale al numero del rigo (cioè al secondo numero). Chi non dispone della detta *ed. maior* può servirsi di due mezzi: *a)* delle «tavole di confronto», contenute nelle prime 75 pagine del primo volume del *VIR.*; *b)* di una edizione Mommsen-Krüger del D., dalla quindicesima in poi, in quanto a partire da tale edizione sono stati segnati ai margini dei testi, per ogni singola pagina, la pagina ed il rigo corrispondenti della *ed. maior*. Esiste, dal 1980, una concordanza su microfiches, con indici di frequenza dei termini usati dai giuristi: *Concordance to the Digest Jurists*, cur. Honoré T., Menner J.

VCI = *Vocabularium Codicis Iustiniani* (1923-25; rist. 1965 e 1986). È diviso in due parti: la prima (*Pars Latina*, edita da von Mayr R.) è relativa alle parole contenute nelle costituzioni in latino; la seconda (*Pars Graeca*, edita da San Nicolò M.) 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 ricorrono. Correzioni sono state suggerite da Kaser M., *Berichtigungen zu dem von R. Mayr herausgegebenen 'Voc. Cod. Iust. pars prior (Latina)'*, in *ZSS.* 1927.

VII. = *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti*. Opera di Ambrosino R. (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).

VNI. = *Legum Iustiniani imperatoris vocabularium Novellae*, cur. Bartoletti Colombo A. M., sotto la direzione di Archi G. G., *Pars Latina*, 13 tomi (1977-79); *Pars Graeca*, 5 tomi (1977-89).

AUT. = *Lessico delle «Novellae» di Giustiniano nella versione dell'«Authenticum»*, cur. Bartoletti Colombo A. M., I: A-B (1983), II: C-M (1986).

12.2. Altri lessici utili sono i seguenti:

Ergänzungsindex zu Ius und Leges, cur. Levy E. (1930).

Heidelberger Index zum Theodosianus ed *Ergänzungsband zum Theodosianus*, cur. Gradenwitz O. (1925, ult. rist. in vol. unico 1977).

Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano, cur. Longo C. (in *BIDR.* 1897-98).

Per un indice dell'Authenticum, cur. Reggi R. (estr. da *Studi Parmensi*, 1966).

Wortindex zur 7 Aufl. von Bruns, Fontes iuris Rom. antiqui (1912; rist. 1958).

Vocabolario delle Istituzioni di Gaio, cur. Zanzucchi P. P. (1910; rist. 1961; integrato da De Simone E., in *Labeo* 1962).

Lessico di Gaio, cur. Di Salvo S., Labruna L. e De Simone E. (1985).

Lessico dell'«Edictum Theoderici Regis», cur. Melillo G., Palma A., Pennacchio C. (1990).

Lessico della Lex Romana Burgundionum, cur. Melillo G., Palma A., Pennacchio C. (1992).

Digestorum Similitudines, cur. García Garrido M., Reinoso Barbero F., 11 voll. (1994). Segnala e ordina le geminazioni e le similitudini contenute nel *Digesto* giustinianeo, elencandole alfabeticamente.

12.3. 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*, cur. Levy E. e Rabel E. — Ha la medesima struttura del *Digesto*: 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: *a*) le parole e le frasi che sono state sospettate di interpolazione; *b*) la ricostruzione del testo genuino eventualmente ipotizzata, con l'indicazione dell'autore che ha sospettato l'interpolazione o proposto la ricostruzione e dello scritto (e pagina) in cui ha preso in considerazione il testo. — L'*Index itp.* si compone di tre volumi e di un supplemento, ma si arresta al 1935. Si è tentato varie volte di continuarlo con un *Index interpretationum*, che segnali non più soltanto i testi ritenuti interpolati dalla dottrina, ma tutti i principali testi giuridici romani e bizantini che siano stati comunque oggetto di particolare esame critico o esegetico negli studi monografici degli anni successivi: tentativi peraltro tutti interrotti o abbandonati.

Index itp. CI. = *Index interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur*, cur. Broggini G. — 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 1935 editis suspicati sunt».

Reg. CTh. = *Registro delle alterazioni (glossemi ed interpolazioni) nelle costituzioni del Codice Teodosiano e nelle Novelle post-teodosiane segnalate dalla critica*, cur. De Dominicis M. A., in *BIDR.* 1953, con *Supplemento* (relativo al solo CTh.), in *Iura* 1964; integraz. in *St. Volterra* 1 (1971).

Ind. glosse = *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustinianee occidentali*, cur. Volterra E., in *RSDI.* 1933-36 (incompiuto).

Le interpolazioni risultanti dal confronto tra il Gregoriano, l'Ermogeniano, il Teodosiano, le Novelle post-teodosiane ed il Codice giustinianeo, cur. Massei A., in *BIDR.* 1946.

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

Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani, di Guarneri Citati A. 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 post-classici, 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 nelle *St. Riccobono* 1 [1936], l'altro in *St. Koschaker* 1 [1939]).

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

12.4. Indispensabili, al fine della consultazione delle fonti greche o latine, i vocabolari delle lingue classiche. Tra essi ci limitiamo a segnalare: Heumann H., Seckel E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*^{11} (1971); Ernout A., Meillet A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*^{4} (2 voll., 1959-60); Walde A., Hofmann J. B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*^{3} (2 voll., 1938-56). È in corso, inoltre, il vastissimo *Thesaurus linguae Latinae* a cura di vari collaboratori (dal 1900).

13. Raccolte di scritti di uno stesso autore.

Albanese B., *Scritti giuridici* (1991); *Brevi studi di diritto romano* 1 (1992), 2 (1995).
Albertario E., *Studi di diritto romano* 1 (1933), 2 (1941), 3 (1936), 4 (1946), 5 (1937), 6 (1953).
Alibrandi I., *Opere giuridiche e storiche* (1896).

Alföldy G., *Die römische Gesellschaft. Ausgewählte Beiträge 1972-1985* (1986).
Amelotti M., *Scritti giuridici* (1996).
Amirante L., *Studi di storia costituzionale romana*² (1991).
Arangio-Ruiz V., *Rariora* (1946; rist. 1970); *Scritti di diritto romano* 1-2 (1974), 3-4 (1977); *Studi epigrafici e papirologici* (1974).
Archi G. G., *Giustiniano legislatore* (1970); *Teodosio II e la sua codificazione* (1976); *Scritti di diritto romano* 1-3 (1981), 4 (1995); *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano*² (1990).
Bachofen J., *Gesammelte Werke* 8. *Antiquarische Briefe* (rist. 1966).
Baviera G., *Scritti giuridici* (1909).
Beck A., *Itinera iuris* (1980).
Bengtson H., *Kleine Schriften zur alten Geschichte* (1974).
Berve H., *Gestaltende Kräfte der Antike*² (1966).
Betti E., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti* (1991).
Biondi B., *Scritti giuridici*, 4 voll. (1965).
Bonfante P., *Scritti giuridici vari* 1 (1916), 2 (1918), 3 (1921), 4 (1925).
Bortolucci G., *Studi romanistici* (1906).
Boyancé P., *Études sur la religion romaine* (1972).
Brasiello U., *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati* (1994).
Brassloff S., *Studien zur römischen Rechtsgeschichte* (1925).
Bretone M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*² (1982); *Diritto e tempo nella tradizione europea*² (1999).
Broggini G., *Coniectanea* (1966).
Bruck E. F., *Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte* (1954).
Brunt P. A., *Roman Imperial Themes* (1990).
Burdese A., *Miscellanea romanistica* (1994).
Calasso F., *Scritti* (= ASD. 1965); *Storicità del diritto* (1966).
Casavola F. P., *«Sententia legum» tra mondo antico e moderno*, 2 voll. (2000).
Castelli G., *Scritti giuridici* (1923).
Catalano P., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* 1 (1990).
Cerami P., *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche* (1996).
Chastagnol A., *Aspects de l'antiquité tardive* (1994).
Ciapessoni P., *Studi su Gaio* (1943).
Coli U., *Scritti sul diritto romano*, 2 voll. (1973).
Collinet P., *Études historiques sur le droit de Justinien* 1 (1912), 2 (1925), 4 (1932), 5 (1947).
Cosentini C., *Miscellanea romanistica* (1956).
Crifò G., *Note critico-bibliografiche di dir. rom. pubblico e privato* (1970); *Materiali di storiografia romanistica* (1998).
Dalla D., *Ricerche di diritto delle persone* (1995).
Daube D., *Collected studies in Roman Law* (1991); *Collected Works* 1. *Talmudic Law* (1992 ss.).
De Dominicis M. A., *Scritti romanistici* (1970).
De Francisci P., *Saggi romanistici* 1 (1913).
De Marini Avonzo F., *Dall'impero cristiano al Medioevo. Studi sul diritto tardoantico* (1998).
De Martino F., *Diritto e società nell'antica Roma* (1979); *Diritto privato e società romana* (1982); *Nuovi studi di economia e di diritto romano* (1988); *Diritto, economia e società nel mondo romano* 1 (1995), 2-3 (1997).
De Robertis F. M., *Scritti varii di diritto romano*, 3 voll. (1987).
De Sanctis G., *Scritti minori* 1-2 (1970), 3 (1972), 4 (1976), 5 (1983), 6 (1972).
De Visscher F., *Études de droit romain* (1931); *Nouvelles études de droit romain public et privé* (1949); *Études de droit romain public et privé*, 3ᵉ série (1966).
Donatuti G., *Studi di diritto romano*, 2 tomi (1976-77).
D'Ors A., *Parerga historica* (1997); *Crítica romanística* (1999).
Eisele F., *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte* (1896; rist. 1972); *Studien zur römischen Rechtsgeschichte* (1912; rist. 1971).
Fadda C., *Studi e questioni di diritto* (1910).
Feenstra R., *Fata iuris Romani. Études d'histoire du droit* (1974).
Ferrini C., *Opere*, 5 voll. (1929-30).
Frezza P., *Scritti*, 3 voll. (2000).

Gallo F., *«Opuscula selecta»* (1999).

Gaudemet J., *Études de droit romain*, 3 voll. (1979); *Société et mariage* (1980); *Les gouvernants à Rome. Essai de droit public romain* (1985); *Droit et société aux derniers siècles de l'empire romain* (1992).

Gelzer M., *Kleine Schriften*, 3 voll. (1962-64).

Georgescu V., *Études de philologie juridique et de droit romain* (1940).

Giffard A. E., *Études de droit romain* (1972).

Gioffredi C., *Nuovi studi di diritto greco e romano* (1980).

Girard P. F., *Mélanges de droit romain*, 2 voll. (1912-23).

Giuffrè V., *Letture e ricerche sulla «res militaris»*, 2 voll. (1996); *Studi sul debito, tra esperienza romana e ordinamenti moderni* (1997).

Grosso G., *Tradizione e misura umana del diritto* (1976).

Guarino A., *Le origini quiritarie* (1973); *Inezie di giureconsulti* (1978); *Tagliacarte* (1983); *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell'età del principato* (1983); *La società in diritto romano* (1988); *Pagine di diritto romano* (= *PDR.*), 7 voll. (1993-95); *Trucioli di bottega* 1-2 (1999), 3-4 (2000), 5 (2001)

Herrmann J., *Beiträge zur Rechtsgeschichte* (1989); *Kleine Schriften zur Rechtsgeschichte* (1990).

Heuss A., *Gesammelte Schriften*, 3 voll. (1995).

Hoetink H. R., *Rechtsgeleerde opstellen* (1982).

Huvelin P., *Études d'histoire du droit commercial romain* (1929).

Iglesias J., *Estudios: Historia de Roma, Derecho romano, Derecho moderno*² (1985); *Miniaturas histórico-jurídicas* (1992).

Impallomeni G., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, 2 voll. (1996); *Scritti giuridici vari*, cur. Burdese A. (1996).

Jhering R., *Abhandlungen aus dem römischen Recht* (1885; rist. 1968).

Kaser M., *Ausgewählte Schriften*, 2 voll. (1976); *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (1986).

Kunkel W., *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und römischen Verfassungsgeschichte* (1974).

Kupiszewski H., *Scritti minori* (2000).

Labruna L., *«Adminicula»*³ (1995); *Nemici non più cittadini*³ (1995); *«[illegible] institutorum». Studii di storia costituzionale romana* (1998); *«Tradere» ed altri studi* (1998).

Lanata G., *Società e diritto nel mondo tardo antico* (1994).

Latte K., *Kleine Schriften zu Religion, Recht, Literatur und Sprache der Griechen und Römer* (1968).

Lauria M., *Studii e ricordi* (1983).

Lemosse M., *Études romanistiques* (1991).

Lenel O., *Gesammelte Schriften*, 5 voll. (1990-94).

Levy E., *Gesammelte Schriften*, 2 voll. (1963).

Lévy J.-Ph., *Diachroniques. Essais sur les inst. jurid. dans la perspective de leur histoire* (1995).

Lévy-Bruhl H., *Quelques problèmes du très ancien droit romain* (1934); *Nouvelles études sur le très ancien droit romain* (1947).

Linderski J., *Roman Questions* (1995).

Longo G., *Ricerche romanistiche* (1966).

(von) Lübtow U., *Gesammelte Schriften I. Römisches Recht*, 4 voll. (1989).

Lucrezi F., *Messianismo Regalità Impero* (1996).

Luzzatto G. I., *Scritti minori epigrafici e papirologici* (1984).

MacMullen R., *Changes in the Roman Empire. Essays in the Ordinary* (1990).

Magdelain A., *«Ius imperium auctoritas». Études de droit romain* (1990).

Mélèze-Modrzejewski J., *Droit impérial et traditions locales dans l'Égypte romaine* (1990); *Statut personnel et liens de famille dans les droits de l'Antiquité* (1993).

Michel J.-H., *Synthèses romaines. Langue latine - Droit romain - Institutions comparées* (1998).

Momigliano A., *Contributo alla storia degli studi classici* (1955); altri 'contributi': *Secondo* (1960); *Terzo* (1966), *Quarto* (1969), *Quinto* (1975), *Sesto* (1980); *Settimo* (1984); *Ottavo* (1987); *Nono* (1992); *Storia e storiografia antica* (1998).

Mommsen Th., *Juristische Schriften*, 3 voll. (1905-07); sono i primi tre volumi delle *Gesammelte Schriften* (1905-13).

NABER J. CH., *Observatiunculae selectae* (1995).
NARDI E., *Scritti minori*, 2 voll. (1992).
NICOSIA G., *Silloge. Scritti 1956-1996* (1998).
NOAILLES P., *Fas et ius. Études de droit romain* (1948).
ORESTANO R., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche, scienza del diritto* (1978); *Diritto. Incontri e scontri* (1981); *Scritti*. I. 1-4 (1998), II (2000).
PAMPALONI M., *Scritti giuridici* I (1941).
PAOLI U. E., *Altri studi di diritto greco e romano* (1976).
PARADISI B., *Civitas maxima. Studi di storia del diritto internazionale*, 2 voll. (1974); *Apologia della storia giuridica* (1973).
PARTSCH J., *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften* (1931).
PERNICE A., *Miscellanea zur Rechtsgeschichte und Texteskritik* (1870).
PEROZZI S., *Scritti giuridici*, 3 voll. (1948).
PIGANIOL A., *Scripta varia*, 3 voll. (1973).
PRINGSHEIM F., *Gesammelte Abhandlungen*, 2 voll. (1961).
PUGLIESE G., *Scritti giuridici scelti*, 3 voll. (1985-86).
PUGSLEY D., *Americans are aliens and other essays on Roman Law* (1989); *Justinian's Digest and the Compilers* (1995).
RABEL E., *Gesammelte Aufsätze 4. Arbeiten zur altgriechischen, hellenistischen und römischen Rechtsgeschichte* (1971).
RAGGI L., *Scritti* (1975).
RICCOBONO S., *Scritti di diritto romano*, 2 voll. (1957, 1964).
ROSTOVTZEV M. I., *Saggi sulla storia economica e sociale del mondo ellenistico romano* (1995); *Scripta varia* (1995).
ROTONDI G., *Scritti giuridici*, 3 voll. (1922).
SANTALUCIA B., *Studi di diritto penale romano* (1994).
SARGENTI M., *Studi sul diritto del tardo impero* (1986).
SCHERILLO G., *Scritti giuridici* 1 (1992), 2.1-2 (1995).
SCHIAVONE A., *Storiografia e critica del diritto. Per una 'archeologia' del diritto privato moderno* (1980).
SCHILLER A. A., *An american experience in Roman Law. Writings from publications in the United States* (1971).
SCHIPANI S., *La codificazione del diritto romano comune* (1996).
SCIALOJA V., *Studi giuridici 1-2. Diritto romano* (1933-34).
SCIASCIA G., *Varietà giuridiche. Scritti brasiliani di diritto romano e moderno* (1956).
SEGRÈ G., *Scritti giuridici* 1 (1930), 2 (1938), 4 (1939); *Scritti vari di diritto romano* (1952).
SERRAO F., *Classi partiti e legge nella repubblica romana* (1974).
SESTON W., *Scripta varia* (1980).
SOLAZZI S., *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 E., *Opera minora selecta* (1968).
STRACHAN-DAVIDSON J. L., *Problems of Roman Crim. Law* (1912; rist. 1969).
STROUX J., *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik* (1949).
TAMASSIA N., *Scritti di storia giuridica*, 3 voll. (1964-67).
TAUBENSCHLAG R., *Opera minora*, 2 voll. (1959).
VASSALLI F., *Studi giuridici*, 3 voll. (1960).
VENTURINI C., *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana* (1996).
VOCI P., *Studi di diritto romano*, 2 voll. (1985); *Nuovi studi sulla legislazione romana del Tardo Impero* (1989).
VOLTERRA E., *Scritti giuridici*, 1-3 (1991), 4-5 (1993), 6 (1994), 7 (1999).
WACKE A., *Estudios de derecho romano y moderno en cuatro idiomas* (1996).
WATSON A., *Studies in Roman private law* (1991); *Legal origins and legal change* (1991).
WIEACKER F., *Gründer und Bewahrer* (1959); *Vom römischen Recht*² (1961); *Ausgewählte Schriften*, 2 voll. (1983).
WLASSAK M., *Rechtshistorische Abhandlungen* (1965).
WOLFF H. J., *Opuscula dispersa* (1974).
YARON R., *Mechkarim bamishpat romi* (1968).

14. RACCOLTE DI SCRITTI DI VARI AUTORI.

Tra le molte miscellanee di scritti di autori vari segnaliamo le seguenti, avvertendo sin d'ora che le raccolte di saggi in onore o in memoria sono fatte premettendo un «On.» (Onoranze) al nome della persona onorata.

AAC. = *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana* 1 (1975), 2 (1976), 3 (1979), 4 (1981), 5 (1983), 6 (1986), 7 (1988), 9 (1993), 10 (1995), 11 (1996), 12 (1998).

ACIB. = *Atti del Congresso internaz. di dir. rom. di Bologna* (1934).

ACII. = *Acta Congressus iuridici internationalis*, 4 voll. (1935).

ACIR. = *Atti del Congresso internaz. di dir. rom. di Roma* (1934).

ACISD. = *Atti dei Congressi internaz. della Soc. ital. di storia del dir.*: 1. *La storia del dir. nel quadro delle scienze storiche* (1966); 2. *La critica del testo*, 2 voll. (1971); 3. *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica* (1992).

ACIV. = *Atti del Congresso internaz. di dir. rom. e di storia del dir. di Verona* (1948, ed. 1951).

ACNSR. = *Atti dei Congressi nazionali (italiani) di studi romani* (I Congr. 1929; II 1931; III 1935; IV 1938; V 1939-46).

ACOP. = *Atti del Convegno di diritto romano di Copanello* 1 (1984), 2 (1986), 3 (1989), 4 (1991), 5 (1992), 6 (1994), 7 (1996), 8 (1999).

ACSS. = *Atti del Congresso internaz. di scienze storiche* (1903).

APC. = *Atti del Semin. sulla problematica contrattuale 1987*, 1 (1988), 2 (1992).

ASG. = *Atti del Seminario romanistico gardesano* 1 (1976), 2 (1980), 3 (1988).

CNE. = «*Coniectanea neerlandica iuris Romani*». *Inleidende opstellen over Romeins Recht* (1974).

COD. = *Per il XIV centenario della codificazione giustinianea. Pubbl. della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pavia* (1934).

CPAN. = *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette* (1931).

CTR. = *Conferenze romanistiche. Università di Trieste* 1 (1960), 2 (1967).

Da Roma alla Terza Roma. Documenti e studi: 1. *Roma Costantinopoli Mosca* (1983); 2. *La nozione di 'romano' tra cittadinanza e universalità* (1984); 3. *Popoli e spazio romano tra diritto e profezia* (1986).

*Das Staatsdenken der Römer*³ (1973).

Des ordres à Rome (1984).

Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico napoletano (1966).

Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum (1969).

Il diritto romano nella formazione del giurista oggi (1989).

La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana (1987).

La codification des lois dans l'antiquité. Actes du Colloque de Strasbourg 1997 (2000).

La codificazione del diritto dall'antico al moderno (1998).

La filosofia greca e il diritto romano, 2 voll. (1976-77).

La rivoluzione romana. Inchiesta tra gli antichisti (1982).

On. *Albertario* = *Studi in memoria di E. Albertario*, 2 voll. (1953).

On. *Albertoni* = *Studi in memoria di A. Albertoni*, 3 voll. (1935).

On. *Altheim* = *Beiträge zur alten Geschichte und deren Nachleben. Festschrift F. Altheim* (1969).

On. *Amirante* = «*Fraterna munera*». *Studi in onore di L. Amirante* (1998).

On. *Ankum* = «*Collatio iuris Romani*». *Ét. dédiées à H. Ankum*, 2 voll. (1995)

On. *Appleton* = *Mélanges C. Appleton* (1903).

On. *Arangio-Ruiz* = *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, 4 voll. (1953); «*Synteleia*» *V. Arangio-Ruiz*, 2 tomi (1964).

On. *Ascoli* = *Studi in onore di G. I. Ascoli* (s. d.).

On. *Barbagallo* = *Ricerche storiche ed economiche in memoria di C. Barbagallo*, 3 voll. (1970).

On. *Beinart* = *Essays in honour of B. Beinart*, «*Iura legesque antiquiores nec non recentiores*», 3 voll. (= AJ. 1976, 1977, 1978).

On. *Bekker* = *Aus römischem und bürg. Recht. Festgabe E. I. Bekker* (1907).

On. *Benedek* = *Tanulmányok Benedek Ferenc tiszteletére* (1995).

On. *Bengtson* = *Althistorische Studien H. Bengtson zum 70. Geb. dargebracht* (1983).

On. *Bensa* = *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa* (1969).

On. *Besta* = *Studi di storia e di diritto in onore di E. Besta per il XL anno del suo insegnamento*, 4 voll. (1937-39).

On. *Betti* = *Studi in onore di E. Betti*, 5 voll. (1962); *Costituzione romana e crisi della Repubblica. Atti del convegno su E. Betti* (1986).
On. *Biondi* = *Studi in onore di B. Biondi*, 4 voll. (1965).
On. *Biscardi* = *Studi in onore di A. Biscardi*, 6 voll. (1982-87).
On. *Bizoukides* = *Mnemosyna P. Bizoukides* (1960-63).
On. *Bonfante* = *Studi in onore di P. Bonfante*, 4 voll. (1929-30).
On. *Bonolis* = *Studi di storia e di dir. in on. di G. Bonolis*, 2 voll. (1942-45).
On. *Boulvert* = *Hommages G. Boulvert* (= *Index* 15, 1987).
On. *Broggini* = «*Cunabula iuris*». *St. per G. Broggini*.
On. *Brugi* = *Studi in memoria di B. Brugi* (1910).
On. *Buckland* = *In mem. of W. W. Buckland* (= *Tulane L. Rev.* 22, 1947).
On. *Calisse* = *Studi in onore di C. Calisse*, 1° vol. (1939).
On. *Cannata* = *Mélanges en l'honneur de C. A. Cannata* (1999).
On. *Carcopino* = *Mélanges J. Carcopino* (1966).
On. *Carolsfeld* = *Festschrift H. Schnorr von Carolsfeld* (1972).
On. *Castelli* = *Conferenze romanistiche, tenute nella Università di Pavia nell'anno 1939, a ricordo di G. Castelli* (1940).
On. *Chastagnol* = *Mélanges A. Chastagnol* (1992).
On. *Ciapessoni* = *Studi giuridici in memoria di P. Ciapessoni* (1948).
On. *Daube* = «*Daube noster*». *Essays in legal history for D. Daube* (1974).
On. *David* = *Symbolae iuridicae et historicae M. David dedicatae* (1968).
On. *De Dominicis* = *Studi in onore di M. A. De Dominicis* (= *AAC*. 4, 1981).
On. *De Francisci* = *Studi in onore di P. De Francisci*, 4 voll. (1956).
On. *Dell'Oro* = «*Antecessori oblata*». *Studi dedicati ad A. Dell'Oro* (2001).
On. *De Marini Avonzo* = *Studi in onore di F. De Marini Avonzo* (1999).
On. *De Sarlo* = *Studi per L. De Sarlo* (1989).
On. *De Visscher* = *Mélanges F. De Visscher* (= *RIDA*. 2-5, 1949-50).
On. *De Zulueta* = *Studies in the Roman law, dedicated to the memory of F. De Zulueta* (1959).
On. *Donatuti* = *Studi in onore di G. Donatuti*, 3 voll. (1973).
On. *d'Ors* = *Estudios de Derecho rom. en honor de A. d'Ors*, 2 voll. (1987).
On. *Fadda* = *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, 6 voll. (1906).
On. *Falletti* = *Mélanges L. Falletti* (1971).
On. *Feenstra* = *Satura R. Feenstra LXV annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata* (1985).
On. *Felgenträger* = *Festschrift W. Felgenträger* (1969).
On. *Ferrero* = *Studi di storiografia antica in memoria di L. Ferrero* (1971).
On. *Ferrini* = *Scritti di diritto romano in on. di C. Ferrini*, *Pubbl. dalla Università di Pavia* (1946); *Scritti in on. di C. Ferrini*, *Pubbl. in occasione della sua beatificazione* (*Milano*) 1-2 (1947); 3 (1948); 4 (1950).
On. *Fitting* = *Mélanges H. Fitting*, 2 voll. (1907-08).
On. *Flume* = *Festschrift W. Flume*, 2 voll. (1978); *Festg. W. Flume zum 90. Geburtstag* (1998).
On. *Fournier* = *Mélanges P. Fournier* (1929).
On. *Gallo* = *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, 4 voll. (1997).
On. *Gaudemet* = «*Nonagesimo anno*». *Mélanges en l'honneur du Prof. J. Gaudemet* (1999).
On. *Gény* = *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, 3 voll. (1943).
On. *Girard* = *Mélanges P. F. Girard*, 2 voll. (1912); *Études d'histoire juridique offertes à P. F. Girard par ses élèves*, 2 voll. (1913).
On. *Giuffrè* = *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, 1° vol. (1967).
On. *Grenier* = *Hommages A. Grenier*, 3 voll. (1962).
On. *Grosso* = *Studi in onore di G. Grosso*, 6 voll. (1968-74).
On. *Guarino* = «*Sodalitas*». *Scritti in onore di A. Guarino*, 10 voll. (1984).
On. *Gutzwiller* = «*Ius et lex*». *Festg. zum 70. Gbt. von M. Gutzwiller* (1959).
On. *Hanausek* = *Festschrift G. Hanausek* (1925).
On. *Hernandez-Tejero* = *Estudios en homenaje al prof. F. Hernandez-Tejero*, 1° vol. (1992-94).
On. *Herdlitczka* = *Festgabe A. Herdlitczka* (1972).

On. *Holwerda* = *«Σχόλια». Studia D. Holwerda oblata* (1985).
On. *Honoré* = *The legal mind. Essays for T. Honoré* (1986).
On. *Horvat* = *Spomenica M. Horvat* (1968).
On. *Hübner* = *Festschrift H. Hübner zum 70. Geburtstag* (1984).
On. *Huvelin* = *Mélanges P. Huvelin* (1938).
On. *Iglesias* = *Estudios en homenaje al prof. J. Iglesias*, 3 voll. (1988).
On. *Imbert* = *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à J. Imbert* (1989).
On. *Impallomeni* = *Studi in memoria di G. Impallomeni* (1999).
On. *Jovene* = *Scritti giuridici raccolti pel centenario della Casa ed. Jovene* (1954).
On. *Kaser* = *Studien im römischen Recht. M. Kaser von seinen Hamburger Schülern gewidmet* (1973); *Festschrift M. Kaser* (1976); *«Iuris professio». Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag* (1986).
On. *Kelly* = *Liber memorialis J. M. Kelly* (1994).
On. *Koschaker* = *Festschrift P. Koschaker*, 3 voll. (1939; rist. 1977); *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker* (1954).
On. *Kränzlein* = *Festschrift A. Kränzlein* (1986).
On. *Kunkel* = *Gedächtnisschrift W. Kunkel* (1985).
On. *Kupiszewski* = *Le droit romain et le monde contemporain. Mél. à la mém. de H. Kupiszewski* (1996).
On. *Lambert* = *Recueil d'études en l'honneur de É. Lambert*, 3 voll. (1938).
On. *Lange* = *Festschrift für H. Lange zum 70. Geburtstag* (1992).
On. *Le Bras* = *Études d'histoire du droit canonique dédiées à G. Le Bras*, 2 voll. (1965).
On. *Lenel* = *Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel* (1931).
On. *Lévy-Bruhl* = *Mélanges H. Lévy-Bruhl* (1959).
On. *Lewald* = *Festschrift H. Lewald* (1953; rist. 1978).
On. *Lübtow* = *«Sein und Werden im Recht». Festgabe U. von Lübtow* (1970); *«De iustitia et iure». Festg. für U. von Lübtow* (1980); *Tradition und Fortentwicklung im Recht. Festschr. 90. Geburtstag U. von Lübtow* (1991).
On. *Macqueron* = *Études J. Macqueron* (1970).
On. *Magdelain* = *Mélanges à la mémoire de A. Magdelain* (1998).
On. *Mancaleoni* = *Scritti di dir. ed economia in on. di F. Mancaleoni* (1938).
On. *Manni* = *«Φιλίας χάριν». Miscellanea di studi classici in onore di E. Manni*, 6 voll. (1980).
On. *Maridakis* = *Eranion G. S. Maridakis* I (1963).
On. *Mayer-Maly* = *Festschrift T. Mayer-Maly* (1996).
On. *Meylan* = *Mélanges Ph. Meylan*, 2 voll. (1963).
On. *Mitteis* = *Gedächtnisschrift L. Mitteis* (1926).
On. *Moriani* = *Scritti giuridici e di scienze economiche pubblicati in onore di A. Moriani*, 2 voll. (1906).
On. *Murga* = *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al prof. J. L. Murga Gener* (1994).
On. *Niederländer* = *Festschrift H. Niederländer* (1991).
On. *Niedermeyer* = *Festschrift H. Niedermeyer* (1953).
On. *Paoli* = *Studi in onore di U. E. Paoli* (1955).
On. *Pappulias* = *Mnemosyna D. Pappulias* (1934).
On. *Pastori* = *«Testimonium amicitiae» a F. Pastori* (1992).
On. *Perozzi* = *Studi in onore di S. Perozzi* (1925).
On. *Peters* = *Gedächtnisschrift H. Peters* (1967).
On. *Petot* = *Études d'histoire du droit privé offertes à P. Petot* (1959).
On. *Petrópoulos* = *Μνήμη Γ. Α. Πετροπούλου* (1984).
On. *Piganiol* = *Mélanges A. Piganiol*, 3 voll. (1966).
On. *Pólay* = *Studia in honorem E. Pólay septuagenarii* (1985).
On. *Pringsheim* = *Archives de droit privé*, vol. 16 (1953).
On. *Provera* = *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti Conv. in mem. di G. Provera* (1994).
On. *Pugliese* = *Incontro con G. Pugliese* (1992).
On. *Rabel* = *Festschrift E. Rabel*, 2 voll. (1954).
On. *Ratti* = *Studi in memoria di U. Ratti* (1934).
On. *Redenti* = *Studi in onore di E. Redenti*, 2 voll. (1951).
On. *Renard* = *Hommages M. Renard*, 3 voll. (1969).

On. Riccobono = *Studi in onore di S. Riccobono*, 4 voll. (1936).

On. Romano = *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del Convegno torinese (4-5 maggio 1978) in onore di S. Romano* (1981).

On. Sánchez del Río = *Estudios de derecho romano. Homenaje J. Sánchez del Río y Peguero* (1967).

On. Sanfilippo = *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 7 voll. (1982-87).

On. Scheltema = *Flores legum H. J. Scheltema antecessori Groningano oblati* (1971).

On. Scherillo = *Studi in onore di G. Scherillo*, 2 voll. (1972); *G. Scherillo. Atti del Convegno 1992* (1994).

On. Schulz = *Festschrift F. Schulz*, 2 voll. (1951).

On. Schupfer = *Studi giuridici dedicati ed offerti a F. Schupfer*, 3 voll. (1898, rist. del vol. *Diritto romano* 1975).

On. Schwarz = *Mélanges F. Schwarz*, 4 voll. (1954).

On. Schwind = *Festschrift F. Schwind* (1978); *Festschrift. F. Schwind zum Gbt. 80.* (1993).

On. Scialoja = *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja*, 2 voll. (1905).

On. Seckel = *Gedächtnisschrift E. Seckel* (1927).

On. Sédar Senghor = *Mélanges L. Sédar Senghor* (1977).

On. Senn = *Mélanges F. Senn* (= *Annales Universitatis Saraviensis* 3, 1954).

On. Sereni = *Scritti in memoria di E. Sereni* (1970).

On. Serrao = *«Societas ius». «Munuscula» di allievi a F. Serrao* (1999).

On. Simoncelli = *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli* (1917).

On. Simonius = *«Aequitas und Bona Fides». Festg. für A. Simonius* (1955).

On. Solazzi = *Studi in onore di S. Solazzi, nel cinquantesimo anno del suo insegnamento universitario* (1948); *Mnemeion S. Solazzi* (1964).

On. Solmi = *Studi in onore di A. Solmi*, 2 voll. (1940-41).

On. Sontis = *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht. Festgabe J. Sontis* (1977).

On. Steinwenter = *Festschrift A. Steinwenter* (1958).

On. Straub = *«Romanitas-Christianitas». Untersuchungen zur Gesch. und Literatur der röm. Kaiserzeit, J. Straub zum 70. Geburtstag gewidmet* (1982); *Studien zur Gesch. der röm. Spätantike. Fg. J. Straub* (1989).

On. Sturm = *Mélanges F. Sturm*, 2 voll. (1999).

On. Talamanca = *«Vincula iuris». Studi in onore di M. Talamanca* (2001).

On. Suárez = *Estudios jurídicos en homenaje a U. Álvarez Suárez* (1978).

On. Taubenschlag = *Symbolae R. Taubenschlag dedicatae* (= *Eos* 48, 1 [1956], 2 e 3 [1957]).

On. Thomas = *St. in Justinian's Institutes in memory of J. A. Thomas* (1983).

On. van der Wal = *«Novella Constitutio». Studies in Honour of N. van der Wal* (1990) (= *SG.* 4, 1990).

On. van Oven = *Symbolae ad ius et historiam antiquitatis pertinentes, J. Ch. van Oven dedicatae* (1946).

On. Vassalli = *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, 2 voll. (1960).

On. Verdam = *Uit het Recht. Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan P. J. Verdam* (1971).

On. Vittinghoff = *Religion und Gesellschaft in der röm. Kaiserzeit. Kolloquium F. Vittinghoff* (1989).

On. Volterra = *Studi in onore di E. Volterra*, 6 voll. (1971).

On. Waldstein = *«Ars boni et aequi». Festschrift für W. Waldstein* (1993).

On. Wenger = *Festschrift L. Wenger*, 2 voll. (1944-45).

On. Wesener = *«Vestigia iuris Romani». Festschrift G. Wesener* (1992).

On. Wieacker = *Sympotica F. Wieacker* (1970); *Festschrift F. Wieacker* (1978); *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlass des 75. Gbt. F. Wieacker* (1985); *«Libertas». Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart. Symp. aus Anlass 80. Gbt. F. Wieacker* (1991).

On. Wolf = *«Quaestiones iuris». Festschrift J. G. Wolf* (2000).

On. Wołodkiewicz = *«Au-delà des frontières». Mél. de dr. rom. offerts à W. Wołodkiewicz.*

On. Wubbe = *Mélanges F. Wubbe* (1993).

On. Yavetz = *Leaders and Masses in the Roman World. St. in Honor of Z. Yavetz* (1995).

On. Zanzucchi = *Studi dedicati alla memoria di P. P. Zanzucchi* (1927).

Ont. Zlinszky = «*A bonis bona discere*». *Fest. für J. Zlinszky 70. Gbt.* (1998).
Per la storia del pensiero giuridico rom. Atti del Seminario, cur. Mantovani D., 1 (1996), 2 (1997).
Poder político y derecho en la Roma clásica, cur. Paricio J. (1996).
Prinzipat und Freiheit (1969).
Questioni di metodo. Diritto e dogmatica odierna (1996).
Recherches sur les structures sociales dans l'antiquité classique (1970).
Recueil de la Société Jean Bodin, vari voll. (il 29° 1970).
Schiavitù, manomissione e classi dipendenti nel mondo antico (1979).
«*Senatus populusque Romanus*». *Studies in Roman Republican Legislation* (1993).
Slavery in classical antiquity (rist. 1968).
Società romana e produzione schiavistica, cur. Giardina A. e Schiavone A., 3 voll. (1981).
«*Summum ius, summa iniuria*» (1963).
«*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 medievali e moderni, si confrontino le seguenti pubblicazioni sul diritto romano nelle età postromane:
AA. VV., *Le droit romain et sa réception en Europe*, cur. Kupiszewski H. e Wołodkiewicz W. (1978).
Bonini R., *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, 2 voll. (1973-75).
Buckland W. W., McNair A. D., *Roman law and Common law. A comparison in outline*^{2}, cur. Lawson F. H., rist. corr. da Hall J. C. (1965).
Calasso F., *Introduzione al diritto comune* (1951).
Cannata C. A., Gambaro A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*^{4} 2. *Dal medioevo all'epoca contemporanea* (1989).
Conrat M. C., *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter* (1891; rist. 1963).
Fernández Barreiro A., *La tradición romanística en la cultura jurídica europea* (1992).
Genzmer E., *Il diritto romano come fattore della civiltà europea* (1954).
Hamza G., *Comparative Law and Antiquity* (1991).
Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, diretto da Coing H., 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 E. e da altri. In corso.
Jolowicz H. F., *Roman foundation of modern law* (1975).
Koschaker P., *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft* (1938); *Europa und das römische Recht*^{4} (rist. 1958; tr. it. 1962).
Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel «Corpus iuris» giustinianeo* (1953).
Savigny F. C., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*^{2}, 7 voll. (1834-51; rist. 1956; tr. it. di Bollati 1854-57).
Stein P., *Legal institutions. The development of dispute settlement* (1984; tr. it.: *I fondamenti del diritto europeo*, 1987).
Sumner Maine H., *Ancient law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*^{10} (1884; rist. 1963); *Società primitiva e diritto antico* (scelta di scritti cur. Cassani A., 1986).
Uscatescu G., *Del derecho romano al derecho soviético* (1968).
van Caenegem, *Introduction historique au droit privé* (1988; tr. it. 1995).
Vinogradoff P., *Roman law in Medieval Europe*^{3}, cur. De Zulueta F. (1929; tr. it. 1950).
Wesenberg G., Wesener G., *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*^{4} (1985; tr. it.: *Storia del diritto privato in Europa*, 1999).
Wieacker F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*^{2} (1967; tr. it.: *Storia del diritto privato moderno*, 1980).

INDICE DEGLI ARGOMENTI

AVVERTENZA. I rinvii sono ai numeri dei paragrafi in cui si divide la trattazione ed eventualmente (distaccati con un punto) anche ai numeri interni in cui ogni paragrafo si suddivide. I paragrafi 1-33 fanno parte della Sezione prima (*Il «ius privatum Romanorum»*). Le voci sono unificate in base all'omofonia.

Abactor 20.3
a libellis 4.5
— memoria 4.5
abbandono di cose 50.8
abdicatio tutelae 45.3, 45.6
ab epistulis 4.4-5
abilità negoziale 2.9, 24.5
ab immemorabili 49.4
abitazione v. habitatio
aborto 15.3
absentia v. assenza
absolutio 33.7
— instrumenti 22.2
abstentio heredis sui 37.3
abuso di potere dei pubblicani 90.11
acceptilatio litteris 72.2, 68.1-2, 73.2
— verbis 68.1-2
accertamento con condanna 3.3
— costitutivo 3.3
— dei figli naturali 41.11
— dello status libertatis 15.6
— mero 3.3
— (processo di) 3.3
accessio dominii 50.5
— in negotio 25.1
— possessionis 54.4
accesso giudiziale 13.4
accessorietà del pegno 62.6
accessorium sequitur principale 50.5
accettazione ereditaria 31.1, 31.3
— — informale 31.3
— — solenne 31.3
accidentalia negotii 2.11, 25
accipere iudicium 9.2
accollo del debito altrui 69.5, 82.5
accomandita (società) 80.5
accordo 2.5 e v. negozio giuridico
— fiduciario 24.3
— simulatorio 2.8, 24.3
— tra galantuomini 24.3
acervus rerum 50.4
accrescimento 1.14, 32.5 e v. ius adcr.
accusa di malversazione tutoria 45.7
accusatio ingrati liberti 16.2
— suspecti tutoris 45.7
acque v. regime delle acque, servitus
acquedotti pubblici 39.9
acquiescenza (al neg. annullabile) 2.13
acquisto a non domino 53.2
— del legatum 33.6
— del possesso 36.5
— della proprietà 50.1
act juridique 2.5
actio 1.9, 7.1 e v. actiones, azione
— ad exemplum legis actionis 9.6
— — exhibendum 51.3
— — supplendam legitimam 39.4
— aestimatoria 77.2
— aquae pluviae arcendae 51.9
— arborum furtim caesarum 90.3
— auctoritatis 90.10
— certae creditae pecuniae 74.4
— civilis incerti 83.3
— commodati 75.3
— communi dividundo 38.5
— competit 9.5
— conducti 79.3-4
— confessoria servitutis 57.3
— damni adversus nautas 90.3
— datur 9.3
— de arboribus succisis 8.1, 90.3
— — dolo 24.5
— — dote 43.5
— — effuso vel deiecto 90.5
— — in rem verso 26.3
— — iureiurando 82.4
— — pastu pecoris 87.3
— — pauperie 87.3
— — peculio 26.3, 40.2
— — posito vel suspenso 90.6
— — recepto 82.5-6
— — tigno iuncto 50.5, 90.5
— — turba 90.4
— depensi 72.6
— depositi 75.4
— empti 77.5
— ex interdicto 11.2
— — stipulatu 71.4
— — testamento 34.2-3
— exercitoria 26.3
— familiae erciscundae 32.4, 38.5
— fiduciae 9.8

— fiduciae 74.3
— finium regundorum 38.5
— funeraria 85.6
— furti 89.3
— — adversus nautas 90.3
— iniuriarum aestimatoria 88.2
— in rem scripta 14.6
— — — superficiaria 60.2
— institoria 26.3
— institutoria 16.4
— iudicati 31.2, 31.9
— legis v. legis actio
— — Aquiliae 9.8, 89.2
— legitima 9.7
— libera in causa 2.4
— locati 79.3
— mandati 81.4
— momentaria 56.2
— negatoria 51.6
— — servitutis 57.4
— — ususfructus 58.7
— negotiorum gestorum 46.5, 85.5
— noxalis 87.3, 88.2
— oneris aversi 50.4
— Pauliana 92.3
— pecuniae constitutae 82.4
— — traiecticiae 74.5
— per formulam petitoriam 51.2
— — sponsionem 53.2
— petitio persecutio 7.1
— pigneraticia in ius 75.2
— — — personam 75.2
— — — rem 62.9
— praescriptis verbis 83.5
— pro socio 80.4
— — — (nella comunione) 35.5
— Publiciana 53.2
— quasi institoria 26.3
— — Serviana 62.9
— quod iussu 26.1
— — metus causa 24.6
— rationibus distrahendis 45.7, 90.3
— redhibitoria 77.7
— rei uxoriae 43.3
— reivindicationis v. rei vindicatio
— rerum amotarum 42.2, 90.3
— Rutiliana 12.6
— sequestrataria 75.6
— Serviana (ex loc. conductione) 11.6
— — (pigneraticia) 62.9
— suppletoria 30.6
— tributoria 26.3
— tutelae 45.7
— utilis ad ex. rei vindicationis 53.3
— — rescissa capitis deminutione 40.4
— — suo nomine 69.4
— venditi 77.5
— vi bonorum raptorum 88.5
actionem dare 9.3
actiones v. anche actio, iudicia, iudicium, legis actio
— ad exemplum 9.8
— — legis actiones expressae 9.4
— adiecticiae qualitatis 9.9, 26.4, 26.5
— aediliciae 77.7
— arbitrariae 9.6
— civiles 9.3
— directae 9.8
— famosae 16.6
— fictitiae 9.8
— honorariae 9.3
— imperio continentes 9.7
— in (bonum et) aequum 10.4
— — factum 9.3
— — — ad exempl. L. Aquiliae 89.2
— — ius 9.3
— — personam 9.4
— — rem 9.4
— interrogatoriae 11.3
— liberae in causa 20.3
— mixtae 9.5
— — (in rem e in personam) 9.5
— — (poenales e reipersec.) 9.5
— poenales 9.5, 87.2
— populares 87.2
— praeiudiciales 10.2
— reipersecutoriae 9.5
— stricti iuris 9.6
— utiles 9.8
— vindictam spirantes 87.4
actores municipii 37.2
actum 11.8, 53.4
actus 56.5
— legitimi 23.3
— rerum 7.4
ad pompam et ostentationem 75.3
adattamento funzionale degli atti 22.6
— — del negozio giuridico 23.3
addicit 16.3, 59.3
addictio 8.2
— dell'obbligato 8.6
— in diem 78.6
— — libertatem 32.4
— vindiciarum 8.3
ad ecclesiam confugere 17.2
adempimento della condizione 25.4
— delle obligazioni 67.1 e v. solutio
— parziale 67.7
ademptio legati 33.6
— obligationis 67.1
— peculii 40.2
adesione contrattuale 71.2
adfinitas 41.5, 42.1, 42.4
— servilis 32.3
adgnatio 15.6
— postumi 24.9
adgnatus proximus 29.2
adquisitio iuris possessionis 29.3, 35.3
adiectus solutionis causa 67.3
aditio hereditatis 33.3

— nuda voluntate 31.3
adiudicatio 10.9, 38.9, 50.7
— servitutis 57.1
— ususfructus 58.5
adizione v. aditio hereditatis
adminicula servitutis 55.4
administratio peculii 40.2
admissum 87.1
adoptio 40.4-5
— a muliere facta 40.5
— imperio magistratus 40.5
— in fratrem 40.5
— minus plena 40.5
— non iure facta 40.6
— plena 40.5
— populi auctoritate 40.5
— testamento facta 40.6
adozione 40.5 e v. adoptio
— internazionale 40.5
— legittimante 40.5
— non legittimante 40.5
adplumbatio 50.5
adprobatio operis 79.7
adpromissio 72.4
adquisitio per procuratorem 26.7
— per universitatem 27.2
adrogatio 28.2, 40.4 e v. adoptio
— per populum 40.4
— — rescriptum principis 40.4
adscripticii 16.7
adsertor libertatis 52.3
adsignatio libertorum 16.2
ad statuam confugere 52.3
adstipulatio 77.4, 89.2
adstrictus 63.2
adtemptata pudicitia 90.2
adulescens 48.2
adulterium 36.6, 41.5, 41.11, 42.2
adventicium 40.2
adversaria 73.2
adversarii 11.2
adversus hostem auctor. 49.3
advocati 11.2, 51.6, 79.6
aedificatio 50.5
aedificium 19.2, 19.9
aediles curules 4.3
— plebis 4.3
aediliciae actiones 77.7
aedituus 82.2
aemulatio 49.6
aequitas 9.6, 13.5, 21.4
aerarium populi Romani 4.4
aes 19.6
— equestre 8.7
— hordiarium 8.7
— militare 8.7
— signatum 19.5
aestimatio dotis 43.4
— litis 50.7
aestimatum 83.5
affare 2.5
affectio maritalis 43.6
affidamento dei terzi 23.4, 24.1
— fiduciario 24.3
— preadottivo 40.5
affievolimento del diritto 1.50
affinità 42.4 e v. adfinitas
affitto 79.3
affrancazione v. manumissio
Africano (Sesto Cecilio) 4.4
affratellamento 40.5
agentes in rebus 4.5
agenti di cambio 71.8
agenzia (contr. di) 85.7
ager v. anche fundus
— arcifinius 49.4
— censorius 19.9
— compascuus 19.9
— desertus 54.1
— divisus et adsignatus 49.4
— limitatus 49.4
— occupatorius 19.9, 35.4
— privatus 49.4
— provincialis 53.3
— publicus 19.9, 34.4, 35.4
— quaestorius 19.9, 35.4
— Romanus 49.4
— scripturarius 19.9
— stipendiarius 53.3
— tributarius 53.3
— vectigalis 35.4, 61.2
agere 7.1 e v. actio
— acta 13.8
— calumnia 11.4
— cum compensatione 68.6
— — deductione 68.6
aggiudicazione v. adiudicatio
agrimensori 49.4, 90.8
albergatori 87.6
album corruptum 90.12
— iudicum selectorum 10.1
alea 64.3
alienatio iudicii mut. causa 11.4
alienazione dei figli 39.2
alieni iuris 15.6, 28.4
alimenti 43.3, 64.6
alleanze di affari 17.2, 80.1
allevamento del pupillo 45.8
allegata et probata 11.6
alluvio 50.2
alterazione dell'albo pretorio 90.12
alterazioni testuali delle fonti 4.9
alternanza dello stesso genere 74.4
alumnus 15.6
alveus derelictus 50.2
ambiente naturale 49.5
ambitus 49.6
amica (concubina) 43.11
ammessi di decreto 30.4
amministrazione 1.7

amoenitas fundi 55.4
amotio rei 88.4
analfabetismo 22.2
analisi interpretativa 3.2
— — filologica 3.2
— — logico-giuridica 3.2
— — storica 3.2
analogia 3.2, 5.6
anatocismus 66.5
androgynus 41.3
animalia q. collo dors. domantur 19.8
animus v. anche voluntas
— derelinquendi 50.8
— detinendi 36.4
— furandi 88.4
— lucri faciendi 88.4
— negotia aliena gerendi 83.3
— novandi 69.2
— possidendi 36.4
— rem (alienam) detinendi 35.3
— — sibi habendi 36.5
— — — (semper) habendi 35.5
— revertendi 50.8
annullabilità 2.13, 21.3
annullamento del negozio giuridico 2.13
— magistratuale 17.3
ἀνώνυμα συναλλάγματα 83.2
antecessor 27.2
antestari 11.3
antichresis 62.7
anticipazione bancaria 75.7
antigiuridicità del danno 89.3
Antistio (M.) Labeone 4.4
antiquus (disciplina) 74.3
anulus signatorius 15.7
apertura del testamento 28.13
— di credito 75.7
apocha 67.5
apolidia 15.5
apostati 16.8
apparenza dei rapp. giur. 1.32, 35.6
apparitores 13.7
appartenenza a certe religioni 16.8
— al sesso femminile 20.3
— alla specie umana 15.2
appellatio 13.5
Appio Claudio Cieco 4.3
appoggio o sospensione incanti 90.6
appropriazione indebita 42.2
aqua et igni interdictio 15.5, 44.3
— pluvia 51.9, 54.2
— profluens 19.9
aquaeductus 56.3
— publicus 19.9
Aquilio Gallo 4.3
appalto 79.6
arbiter 8.2
arbitrato v. arbitratus
arbitratus 7.3, 82.7
arbitri postulatio 8.4
arbitrium boni viri 66.2
— de restituendo 9.6, 51.2
— tutelae 45.7
arbor caedenda 49.7
arca communis 17.2
— domestica 73.2
arcifinii fundi 50.2
argentarii 68.6, 82.5
argumentum 11.6
armarium 19.2
armentum 19.2
arra v. arrha
arrabon 78.2
arrha confirmatoria 78.2
— poenitentialis 78.2
— sponsalicia 41.12
arricchimento ingiustificato 86.9
arrogazione v. adrogatio
ars ingenua 79.6
— ludica 16.5
arti e mestieri 36.7
artifices 16.7, 17.2
artisti figurativi 79.6
as 32.4
— hereditarius 32.4
as [illegible] 23.5
ascendenti (successori) 29.5
asistematicità giuridica 4.1
aspettativa di diritto 1.30
assegnati di [illegible] 16.5
assegnazione del giudice 10.1
— (fatti di) 50.7
— giudiziaria v. addictio
assegno bancario 73.4
— circolare 73.4
assemblee popolari 4.3
assenza apud iudicem 11.4
— del vocatus in ius 11.6
— rei publicae causa 11.4
assicurazione (contratto di) 74.5
associazione 17.1-2
— in partecipaz. 17.2, 60.5
assoggettamento quasi servile 16.5
assolutismo imperiale 4.5
assunzione fiduciaria di debito 82.5
asta 78.6, 82.5
astrazione materiale del neg. giur. 2.6
— processuale del neg. giur. 2.6
astrologi 16.5
asylum 17.2, 52.3
— templi 52.3
Ateio (C.) Capitone 4.4
athletae 16.6
attacco ingiusto 88.2
atti dei terzi 2.3
— di autonomia del ius privatum 2.3
— emulativi 49.6
— giuridici 2.3
— — di autonomia 2.3
— — fraudolenti 92.3

— — illeciti 2.3
— — leciti 2.3
— personalissimi 26.1
atomismo giuridico 30.1
attrezzatura 50.3
attività amministrativa 1.2
— di giudizio 10.1
— economica del soggetto 15.7
— giurisdizionale 1.2
— intellettuale 79.6
— legislativa 1.2
— turpe o disdicevole 16.6
attivo successorio 32.1
atto di disposizione 77.1, 77.8
attore 3.3
— di teatro 16.6
attribuzioni pubbliche 1.2
auctio pretii 78.4, 82.5
auctoramentum 16.5
auctorati 16.5
auctoritas (e usus) 35.3
— adversus hostem 49.3
— mancipationis 50.10
— patrum 4.3
— tutoris 41.6, 45.8, 46.7
auctoritatem defugere 50.10
aucupium 30.8
audiatur et altera pars 31.6
audientia episcopalis 13.7
Aufidio Namusa 4.3
Aulus Agerius 10.1
aureum [illegible] 9.7
auspicia ad patres redeunt 4.2
autocrazia 1.2
autodifesa regolata 7.2
autografia 22.2
autointerpretazione 3.2
autonomia 2.3, 2.5
— familiare 55.6
— privata 2.5
autoregolamento privato 1.8
autorità maritale 5.9, 39.5, 42.2
autorizzaz. tutoria v. auctoritas tutoris
autotutela 3.1, 7.1-2, 7.5
autovincolarsi 18.5
avallo novale 79.8
Aventino 4.2
aversio 77.4
avulsio 50.2
avvocati v. advocati
azienda 19.8
azionabilità ex fide bona 76.2
azione 1.9 e v. actio, actiones
— cautelare 3.3
— di accertamento 3.3
— — arricchimento ingiusto 80.4
— — cognizione 3.3
— — legge per presa corporale 8.6
— — — per richiesta di un giudice o arbitro 8.4
— — — per intimazione 8.5
— — — sacramentale 8.3
— — rivendica 51.2
— divisoria dell'eredità 32.4
— esecutiva 3.3
— giuridica v. actio
— in senso processuale 3.3, 7.1
— — — sostanziale 3.3, 7.1
— per restituz. di indebito 86.2
— popolare 1.10 e v. actio popularis
azioni a tut. della proprietà 51.1
— arbitrarie 9.6
— civili 9.3
— con trasposizione di soggetti 9.8
— di buona fede 9.6
— — legge 8.1
— — stretto diritto 9.6
— dirette 9.8
— divisorie 30.5
— esemplari 9.8
— fittizie 9.8
— miste (penali e non) 9.5
— — (reali e non) 9.4
— onorarie 9.3
— penali 9.5
— personali 9.4
— pregiudiziali 10.2
— reali 9.4
— reipersecutorie 9.5
— societarie 17.2
— sussidiarie 24.5
— utili 9.8
azzardo 64.3

Baccanali 16.6
banca 73.4, 75.7, 87.5
bankruptcy 15.7
baratto 19.5
barbari 15.4
Barbiero Filippo 15.4
Basilici 4.5
(tà) Basiliká 4.5
bassezza morale 16.6
battaglia 19.9
Bellum Spartacium 16.5
beneficium heredis 32.3
beneficium 9.8
— abstinendi 32.3
— cedendarum actionum 72.5
— competentiae 10.2, 10.5, 67.7
— divisionis 72.6
— excussionis 72.6
— inventarii 32.3
— ordinis 72.6
— separationis 32.3
beni v. cosa, res
— caduchi 31.4
— vacanti 31.8
benignitas 5.6, 21.4
bes 32.4

BGB 6.2
bibliotheca 19.1
bigamia 16.6, 41.3
bilateralità dei contratti 76.2
bimulus 41.10
bipartizione del processo 7.3
bis de eadem re 11.8
bona (beni) 14.4
— adventicia 40.2
— caduca 31.4
— extra dotem 45.7
— materna 40.2
— materni generis 40.2
— paterna avitaque 47.3
— vacantia 31.8
— vi rapta 88.5
bona fide servientes 36.5, 52.3
— fides 4.3
— — usucapientis 54.4
bonae fidei iudicium 9.6
— — possessio 55.3, 50.3, 51.2
bonam copiam iurare 63.4
boni mores 25.2
bonorum cessio 12.6
— collatio 32.6
— distractio 12.7, 13.6
— emptor 12.6
— magister 12.6
— possessio 12.8, 27.3
— — contra tabulas 27.3, 30.3
— — cum re 12.8
— — intestati 29.3
— — — liberti 29.2
— — secundum tabulas 27.3, 28.2
— — sine re 12.8
— — — tabulis 27.3, 29.1
— — ventris nomine 29.3
— sectio 12.6
— separatio 32.2
— venditio 12.6
bonum et aequum 5.4
bonus paterfamilias 26.2, 91.5
borse (merci e valori) 76.2, 77.8, 84.4
brevetti 18.2
briganti 15.4
brocardo 3.2
Bruto (Giunio) 4.3
buona fede 9.6

Caccia 50.8
cadavere umano 18.3
caduca 31.4, 31.8
caducazione del negozio giuridico 21.5
caducorum vindicatio 31.4
caecitas 11.2, 47.4
caelibes 31.4, 41.7
calamità naturali 90.4
calendario 4.3
calliditas fallacia machinatio 24.5
calumnia 13.3 e v. iusiur. calumniae
— agere 31.4
cambiale 73.4
cambiamento del nome 15.7
canes 87.5
canon emphyteuticarius 61.4
capacità coniugale 41.3
— degli alieni iuris 20.4
— di agire 2.4, 20.2
— — — (ridotta) 2.4, 20.4
— — essere istituiti ex testamento 28.7
— — testare 28.6
— giuridica 2.4
— (misure di) 19.8
— naturale 20.2
— testimoniale 13.4
— successoria 31.4, 41.7
caparra 78.2
capio mortis causa 37.9
capitano di nave 26.3
capitis deminutio 14.5
— — dei filii 40.3
— — maxima 14.5
— — media 14.5
— — minima 14.5
Capitone (Caio Ateio) 4.4
captio Vestalis 40.1
captivitas 15.4, 52.1
caput 14.5
cardo 49.4
caricamento marittimo 79.8
caritas 5.6
— sanguinis 84.6
carnifex 52.2
carta costituzionale 3.7
— di credito 69.3, 73.4
casistica giurisprudenziale 4.1
caso fortuito 91.2
cassaforte domestica 75.2
cassetta di sicurezza 75.2
Cassiani 4.4
Cassio Longino (C.) 4.4
castratus 41.5
castrense peculium 40.2
casus fortuitus 91.2
catasto 49.4
[illegible] 4.5
Catone (Marco Porcio) 4.3
Catoniana regula 33.5
caupo 82.6
causa 7.1
— e negozi giuridici 2.7, 23.4
— contra ius 23.2
— Curiana 21.4
— del matrimonium 41.5
— della servitù 55.4
— donationis 23.4, 82.8
— dotis 23.6, 45.2
— efficiens 1.1, 20.1, 43.4, 89.1
— finalis 1.1
— illecita 23.2

— liberalis 52.3
— mancipii 39.3
— manumissionis 52.5
— negoziale 2.7, 23
— obligationum 63.4
— petendi 3.3, 30.3
— pro suo 54.4
— sociale 3.2
— stipulationis 73.3
— (terminologia) 1.2
— transactionis 23.4, 83.6
— usucapionis 54.4
causae cognitio 12.3
— coniectio 31.6
causalità del danno 89.3
— soverchiante 89.3
cause ingiustificate di obbligazioni 86
cautelare (processo) 3.3
cautio 12.4 e v. satisdatio
— damni infecti 51.6
— de dote restituenda 43.3
— — usu (del marito) 45.4
— ex operis novi nunciatione 51.7
— iudicatum solvi 11.2
— iudicio sisti 11.3
— legat. serv. causa 33.6
— Muciana 25.5
— procuratoria 11.2
— quasi usufructuaria 59.2
— ratam rem domin. habit. 11.2
— rem pupilli salvam fore 44.7
— scritta 73.3, 73.5
— usufructuaria 58.4
captiones praetoriae 12.4
cavalieri v. equites
cavillatio ridicularia 24.2
Celso Giovenzio (figlio) 4.4
cenotaphium 19.9
censimento 15.7
censores 4.3
centumviri 8.2, 9.3, 30.4
cerae 72.2
certa verba 22.4
certezza del diritto 1.7
Cervidio Scevola (Q.) 4.4
cessio bonorum 12.6
— crediti 69.4
— debiti 69.5
— in iure 22.6, 50.11
— — potentiorem 69.4
cessione giudiziaria dell'eredità 31.6
ceti professionali cittadini 16.7
charta 72.2
chiamata contro il testamento 30.3
— in giudizio v. vocatio in ius
— intestata 29.1
— successoria 27.4 e v. vocatio
— testamentaria 28.1
chirographum 12.2, 73.4
christiani 16.8, 17.2
ciechi 15.2, 47.4
ciere erctum v. erctum non citum
circoli 17.2
circostanze negoziali 2.11
circumscriptio adulescentis 48.2
citazione v. vocatio in ius
cittadinanza 1.2
— romana 15.5
Civil law 6.3
civilis possessio 35.5
civitas Quiritium 4.2
— Romana 15.5
civitates 17.2
civitatis donatio 15.3
clandestina possessio 36.2
clans gentilizi 4.2
clarigatio 8.3
classis 4.2
clausole accidentali del neg. 2.11, 25
— codicillare 28.10
— condizionale 2.11, 25.3-5
— della vendita 76.1
— doli 26.5
— modale 2.11, 25.2
— penale 72.5
— stipulatoria 73.5
— terminale 2.11, 25.3
— vessatoria 78.2
clausura christianorum 17.2
clientela gentilicia 16.2
— patronorum 16.2
cliniche del diritto 3.3
Clodius (P.) 49.4
coactores argentarii 82.5
coemptio 24.6
coelibes 50.2, 50.5
coattività 1.6
coazione 1.6
code Napoléon 6.2
codex accepti et expensi 73.2
Codex Eurici 4.5
— Gregorianus 4.5
— Hermogenianus 4.5
— Iustinianus 4.5
— — repetitae praelectionis 4.5
— Theodosianus 4.5
codice civile italiano 6.4
— della navigaz. ital. 6.4
— delle entrate e delle uscite 73.2
— di procedura civ. ital. 6.4, 13.1
codices tabellarum 22.2
codici di leggi v. codex
codicilli 28.10
codificazione moderna 6.2
coemptio cum extraneo 41.2
— fiduciae causa 39.4
— matrimonii causa 39.4
— tutelae evitandae causa 46.6
coercibilità giuridica 1.6
cogitatio mortalitatis 22.5

cognati (successione) 29.3
cognatio 15.6, 31.3, 42.1
— recta 15.6
— servilis 52.3
— transversa 15.6
cognatus tutor 45.4
cognitio de plano 13.7
— extra ordinem 4.5, 7.4, 13.1
— magistratus (extra ordinem) 13.1
— ordinaria 7.4
— principis (extra ordinem) 13
— senatus (extra ordinem) 13.1
— summaria 13.7
— vice sacra 13.2
cognitor 13.2, 26.2
cognizione del diritto 3.7
— (processo di) 3.3
cognomen 15.7
coincidenza di diritti 1.14
coire societatem 80.1
collaterali (successori) 29.5
collatio bonorum 32.6
— descendentium 32.6
— dotis 32.6
— emancipati 32.6
Collatio leg. Mosaic. et Romanarum 4.5
collazione v. collatio
collegium 17.2
— artificum 17.2
— illicitum 17.2
— licitum 17.2
— tenuiorum 17.2
colonatus 16.7, 79.2
coloni 16.7
colonia partiaria 79.2
coloniae 4.3
— civium Romanorum 4.3, 17.2
— Latinae 17.2
colonus 79.1
color insaniae 30.4
colpa 2.3 e v. culpa
comandante di nave 87.6
comando supremo 4.3
comes rerum privatarum 4.5
— sacrarum largitionum 4.5
comitia centuriata 4.3
— curiata 4.1-3
— tributa 4.3
comitium 11.1
comizi v. comitia
Commentatori (scuola) 4.2
commenti al Digesto 4.5
commerciabilità delle cose 19.5
commercio degli schiavi 12.2
commercium v. ius commercii
commistione (contr. di) 81.7
commixtio nummorum 50.4
— successoria 32.1
commoda patrimonii 14.4
commodatum 5.9, 75.5, 83.8
commodum separationis 32.3
Common law 6.3
commorienza 15.3
communicatio rerum 80.5
communio 1.14, 37.1, 37.5
— dominicale 38
— (e societas) 38.4
— incidens 84.5
— — successoria 32.4
— iuris Germanici 1.14
— — Romani 1.14, 37.5
comodato v. commodatum
comparazione giuridica 1.1
— diacronica 1.1
— sincronica 1.1
comparizione apud iudicem 8.2, 11.6, 13.3
— in iure 8.2, 11.3, 13.3
comparse giudiziarie 13.3
compascuum 19.9
compensatio 68.1, 68.6
comperendinatio 11.6
competenze giudiziali 13.2
compilazioni postgiustinianee 4.5
— sistematiche 4.5
completio instrumenti 22.2
comportamento concludente 24.5
— da erede 31.3
compratore del patrimonio 12.6
compravendita 77, 78 e v. emptio vend.
comprensione del diritto 3.1-3
compromissum 87.7
comproprietà v. comunione
computo del tempo 18.1
comunanza 1.14
— domestica 37.2
— gentilizia 37.3
comune dell'Aventino 4.2
comunione v. communio
— coniugale 43.1
— incidentale 84.5
— indifferenziata 1.14
— organizzata 1.14
— reale 38.6
— solidaristica 1.14
comunisti come soci 38.2
concepimento 15.3
concepta verba 4.1, 9.1
conceptio verborum 4.3, 11.5
conceptus pro iam nato 15.3
concessio ad aedificandum 60.4
— servitutis 57.2
— superficiei 60.2
concessioni amministrative 19.9, 60.4
concilia plebis tributa 4.3
conciliazione 8.3, 13.5
concili plebei v. concilia plebis
concordato preventivo 67.7
concorrenza sleale 77.3
concorso di cause estintive 68.5

concretezza dell'oggetto giuridico 18.2
concubinatus 41.11, 42.2
concurrentia actionum 9.5
concursus causarum 68.3
condanna v. condemnatio
condemnatio 10.2, 10.9
— certa 10.4
— in id quod facere potest 10.5, 42.2, 67.6
— — ipsam rem 8.2, 13.2, 13.5
— incerta 10.4
— limitata (tra coniugi) 42.2
— pecuniaria 8.2, 10.4
condicio 25.3-5 e v. condizione
— contra bonos mores 25.5
— contra ius 25.5
— impossibilis 25.9
— impropria 25.5
— in causa 16.7
— iuris 2.11, 25.5
— iurisiurandi 25.5, 28.4
— risolutiva 25.3
— sine qua non 20.1
— sospensiva 25.3
— tacita 25.9
— terminale 25.5
condictio 8.5, 9.6
— causa data causa non secuta 83.3, 86.5
— certae rei 74.4
— certi 73.4, 86.3
— ex causa furtiva 88.3
— — lege 86.5
— — mutuo 74.4
— — poenitentia 83.3
— generalis 86.5
— incerti 86.5
— indebiti 86.2
— ob causam datorum 83.3
— — rem 83.3
— — turpem vel iniustam causam 86.4
— sine causa 86.3
— triticaria 73.4
condizione v. condicio
— apparente 25.5
— illecita 25.5
— meramente potestativa 25.5
— negoziale 2.11, 25.3
— risolutiva 2.11
— sospensiva 2.11
— terminale 25.5
— turpe 25.5
condizioni generali contratt. 71.2
condominio v. comunione dominicale
— degli edifici 38.6
conductio (locatio) 79 e v. locatio
confarreatio 39.4, 41.3
confederazione di stati 1.2
conferma negoziale 2.13
confessio in iudicio 11.6, 13.4
— in iure 8.6, 11.5
confessione religiosa 36.8
confirmatio curatoris 48.3
— tutoris ex inquisitione 45.3
conflatio rerum 50.4
confraternite 37.2
confugere ad statuas 57.3
confusio (dominii) 50.4
— obligationum 68.1, 68.4
— servitutis 57.2
congedo dall'esercito 36.6
coniuge superstite 29.3, 29.5
coniugium 41.1
coniunctio testamentaria 32.5
conubium 41.2-3 e v. ius conubii
consanguineità v. cognatio
consapevolezza della frode 92.3
consegna v. traditio
conseguenze della successio in ius 32
consenso del pater al matrimonio 41.6
— nella stessa decisione 76.2
consensualità dei contractus 76.2
consensus curatoris 48.2, 48.4
— facit nuptias 41.2, 41.6
— in idem placitum 2.5, 76.2
— perseverans 21.3, 41.2, 80.3, 81.3
conservazione del neg. giur. 2.12-13, 23.5
consideration 73.5
consilium fraudis 92.3
— iudicis 11.5
— praetoris 4.3, 13.3
— principis 4.4
consistorium sacrum 4.5
consoli v. consules
consolidatio ususfructus 54.6
consortium 37.4
— ad exemplum fratrum 37.4
— eiusdem litis 31.2
— ercto non cito 31.4, 37.4
— fratrum suorum 37.4
consorzio v. consortium
constitutio Antoniniana 4.4, 15.5
— Rutiliana 46.7
constitutiones principum 4.4-5
constitutum debiti 82.4
— possessorium 54.3
consuetudine (e legge) 1.7, 5.7
consuetudini consolidate 4.5
consuetudo 5.7
— interpretum 11.6
— mercandi 67.1
consules 4.3, 4.5
consultatio ante sententiam 13.5
Consultatio vet. cuiusd. iurisconsult. 4.5
consumatore 71.2
consumptio fructuum 50.3
contempt of Court 15.1
contestatio litis v. litis contestatio
contestazione della lite v. litis contest.
contestualità delle dichiarazioni 71.2
continuatus actus 71.2
contitolarità di diritti 1.14, 37.1

— di doveri 1.14
conto corrente 75.7
contracts 63.9
contrahere 63.4
contractus 63.9
— motivazione 74.4
contraddittorio tra le parti 7.3, 11.6
contradictio rei 13.3
contra naturam 87.3
contrarius consensus 68.7, 76.2
contratto 63.4 e v. contractus
— a favore di terzi 73.2
— a effetti reali 50.3
— bancario 75.7
— bilaterale 2.7
— di assicurazione 74.5
— di borsa 77.8
— del consumatore 71.2
— di coppia 4.3.1
— di lavoro 79.6
— d'opera 79.6
— estimatorio 77.8, 83.4
— innominato 83
— per adesione 71.2
— preliminare 78.7
— sociale v. convenzione sociale
— squilibrato 71.2
contrattualismo 1.3
contrectatio rei alienae 88.4
controemancipazione v. remancipatio
controversie campione 11.1, 74.2
contubernium 52.3
contumacia 13.2
contumelia 90.2
conubium 45.7
convalescenza del neg. giur. 2.13, 21.5
convalida del pignus 62.5
convalidazione del neg. giur. 2.13, 21.5
conventio 63.7, 82.1-2, 83.1
— in manum 39.4
— pignoris 5.9, 62.4
conventiones sine nomine 63.7, 83
conventus iuridicus 11.1
convenuto 3.1
convenzione negoziale 2.5
— sociale 1.1
conversion 87.1
conversione del neg. giur. 2.13, 21.3
convicium 90.2
convivenza more uxorio 41.11
convivii adhibitio 52.6
convocazione in giudizio 13.3
Corano 6.1
corpora 17.2
corporalis possessio 35.5
corporati 17.2
corporazioni 17.1-2
corpore possidere 35.4
corporis sectio 9.6
Corpus iuris civilis 4.5
corpus artificiale 17.2
— possessionis 35.5
— [illegible] 17.2
correttezza 9.6
corrispondenza epistolare 22.2, 50.5
corruptio servi 90.9
corruzione dello schiavo 90.9
corte costituzionale it. 6.4
— di appello it. 13.1
— di cassazione it. 13.1
cosa 19.1 e v. res
— accessoria 19.3
— commerciabile 19.9
— consumabile (o inconsum.) 19.5, 59.2
— da registrare 19.8
— deteriorabile 19.5
— divisibile (o indivisibile) 19.3
— economicamente composta 19.2
— fruttifera (o infruttifera) 19.4
— fungibile (o infungibile) 19.6
— futura 77.2
— generica 19.6
— giudicanda 13.4
— giudicata 13.8
— — in senso formale 13.8
— — — sostanziale 13.8
— immobile (o mobile) 19.7, 49.6
— incommerciabile 19.9
— inconsumabile 19.5
— indivisibile 19.3
— infruttifera 19.4
— infungibile 19.6
— mancipi 19.8
— materialmente composta 19.2
— mobile 19.7
— nec mancipi 19.8
— semplice 19.2
— sperata 77.2
Costantinopoli 4.5
costatazione giudiziale 13.4
costituzione v. constitutiones
— di dote 43.2
— — parte civile 87.1
— — servitù 57.1
— — usufrutto 58.5
— flessibile 1.7
— italiana 6.4
— politica 1.2, 1.7
— rigida 1.7
costumanze degli antenati 4.2
Court of Chancery 6.3
creazioni intellettuali 18.2
credenze magiche 22.3
credito chirografario 62.6
— litigioso 69.4
— privilegiato 62.6
— iscritto 73.2-3
creditor 65.1
cretio 33.3
crimen 4.3, 87.1

— adulterii 41.11, 42.2
— expilatae hereditatis 17.3
— falsi 21.3
— incesti 41.11, 42.2
— maiestatis 16.8
— stupri 41.11, 42.2
— usurae 66.5
crisi del diritto romano 4.1
— della respublica 4.3
cristianesimo 4.5
cristiani 16.8
cronologie romane 4.5
crusta lapsa 50.2
culpa v. colpa
— debitoris 91.3-5
— in committendo 89.3
— in concreto 91.5
— in dummo 89.1
— in omittendo 89.3
— lata quae dolo aequiparatur 91.5
— legis Aquiliae 89.3
— levis 91.3
— levissima 91.5
— quam in suis 91.5
Culti (scuola) 6.2
cultor deorum 16.8
cumulatività obbligatoria 87.5
cura annonae 4.3
— furiosi 47.2
— ludorum 4.3
— minorum 48
— prodigi 47.3
— urbis 4.3
curatela 5.9, 47, 48, 48.5
curator ad certam causam 48.2
— adiunctus 47.4
— bonorum 12.5
— debilium personarum 47.4
— impuberis 47.6
— mulieris 47.4
— municipi 17.2
— specialis 47.4
— ventris 15.3
Curia regis Angliae 6.3
curiae 4.2
custodia patris 45.3
custodiam praestare 91.4
custodiendum dare 75.4
custom 6.5

Damnati 16.6
damnum fatale 91.2
— infectum 51.6
— iniuria datum 5.9, 89
— legis Aquiliae 89.5
— vel furtum v. furtum
danno 89.5-6
danistae 66.5, 80.2
danneggiamento in disord. popolari 90.4
— ingiusto v. damnum iniuria datum
danno corporale 89.3
— dell'aspetto 90.3
— del sesso 90.3
— emergente 89.3
— giusto 89.1
— materiale 87.3
— morale 89.3
— non corporale 89.3
— non patrimoniale 89.3
dare 66.2
datio ad experimentum 83.7
— — inspiciendum 83.7
— — vendendum 83.7
— bonorum possessionis 12.8
— in solutum 67.6
— iudicis 11.3
— magistratus 45.2
— mutui 74.4
— ob turpem vel iniustam causam 86.4
— pignoris 62.4, 75.2
— publica civitatis 15.5
— — libertatis 52.3
— rei 74.3
— restitutionis 12.3
— sine causa 86.3
— tutoris testamentaria 45.2
dazione in prova 83.7
De actionibus 4.5
debellatio 50.8
de cuius 27.2
— se quanti debere 91.3
debiles personae 20.3
debito (rapporto di) 1.13
debitor 63.1
decadenza della consuetudine 1.7
— romana 4.5
decemviri stlitibus iudicandis 8.2
deceptor 24.5
deceptus 24.5
decoctor 52.6
decorso del tempo 20.1
decreta principum 4.4
decreti legge 6.4
decretum divi Marci 7.5
— (e interdictum) 12.2
— restitutionis 12.3
decumani societatis 80.2
decumanum 49.4
dediticii Aeliani 16.3, 52.8
deductio aeris alieni 14.4
— in coloniam 15.5
— mulieris 53.2
— servitutis 57.1
— usufructus 58.5
— uxoris in domum mariti 41.2, 41.4
deed poll 23.5
defensatio 87.1
defensores 51.2
deferenza del liberto 16.2
deiectio possessoris 36.1

deiectum 90.5
delatio hereditatis 31.1
— iusiurandi 13.5
delazione testamentaria 31.7
delazione ereditaria 31.1
delegatio 69.3, 69.5
delictum 5.9, 87.1
demanio 19.9
demens 47.1
deminutio capitis 14.5
democrazia 1.2
— romana 6.3
demonstratio 50.5
— falsa 24.7
— vicinis praesentibus 54.5
δημόσιαι γραφαί 61.3
denegata giustizia 3.3
denegatio actionis 11.3, 23.5
denominazione individuale 15.2
denuntiatio damni infecti 55.6
— litis 11.3, 13.3
— — de evictione 77.7
— operis novi 51.7
deportatio in insulam 15.4
deposito v. depositum
— bancario 75.7
depositum 75.4
— in aede publica 67.9
— — sequestrum 75.6
— irregulare 75.7
— necessarium 75.5
dequalificazione giuridica 14.5
derelictio 50.8
descriptum et recognitum 22.2
despoteia in bonis 33.2
destinatio patris familias 57.3
desuetudine 1.7, 5.7
detentio 35.5
detestatio sacrorum 40.4
detracta rei certae mentione 28.4
deunx 32.4
devastazione da bestiame 87.3
de vi interdictum 36.2
devolutio fundi 65.1, 61.4
dextans 32.4
dichiarazione di nascita 15.3
dicis causa 24.2
dicta de vitiis rei emptae 77.7
dictatio et acceptio iudicis 9.2, 11.4
dictator (optima lege creatus) 4.3
dictio dotis 43.2, 79.3
dictum (o promissum) 77.7
dies a quo 25.3
— ad quem 25.3
— cedens 33.6
— (come giorno) 20.1
— comitiales 7.4, 11.3
— exhibitionis 11.5
— fasti, nefasti, endotercisi 7.4
— interpellat pro homine 92.2
— perendinus 11.6
— utilis 29.3
— (vel condicio) 25.3
— veniens 33.6
dies iusti 8.6, 11.9, 33.6
difesa privata 7.1, 7.3, 7.5
diffamazione 90.2
diffarreatio 39.4
diffissio iudicii 11.6
digesta 4.4
Digesta Iustiniani (o Pandectae) 4.5
δίκαιον νομικόν 5.4
— φυσικόν 5.4
diligentia boni patris familias 91.5
— [illegible] 91.3-9
— diligentissimi patris familias 91.5
— quam in suis 45.7, 95.5
diminuzione del capo 14.5
Dionigi Esiguo 4.1
direttori di impresa 35.7
diritti coincidenti 5.14
— della personalità 15.7
— di autore 18.2
— facoltativi 1.10
— intrasmissibili 27.1
— personalissimi 15.7
— postromani 0.1 e passim in nota
diritto 1.3-4 e v. ius, ordinam. giur.
— a soggetti plurimi 1.14
— affievolito 1.10
— al nome 15.7
— all'integrità fisica 15.7
— alternativo 1.5
— amministrativo 1.8
— applicato 4.3
— bizantino 4.5
— canonico 1.3, 6.2
— civile 1.8
— — antico 4.3
— cogente 1.5, 5.3
— commerciale 1.8, 13.2
— comune 5.8
— comunitario 6.5
— costituzionale 1.6
— dei Quiriti 6.2
— del lavoro 1.8
— della navigazione 1.8
— dell'anello d'oro 16.2
— di accrescimento v. ius adcrescendi
— — alienare il figlio 39.2
— — dare a nossa 39.2
— — esposizione 39.2
— — opposizione 37.4
— — tutti i popoli 5.4-5
— — vita e di morte 39.2
— dispositivo 1.5
— equo 5.6
— europeo 4.1, 6.5
— giurisprudenziale 4.3
— industriale 1.8

— inglese 6.3
— internazionale 1.3, 5.5
— — privato 5.5
— — pubblico 1.8, 5.5
— legislativo antico 4.2
— matrimoniale 1.8
— nullo 5.4
— naturale 5.4.5
— non scritto 5.7
— nordamericano 6.3
— oggettivo 1.3
— penale 5.8
— potestativo 1.10
— privato 1.8
— — comunitario 6.5
— — italiano vig. 6.4 e passim in nota
— processuale 5.8
— pubblico 1.8
— romano 4.1
— — arcaico 4.2
— — classico 4.4
— — (crisi del) 4.1
— — (periodi del) 4.3
— — postclassico 4.5
— — preclassico 4.3
— — (studio del) 4.1
— scritto 5.7
— singolare 5.8
— soggettivo 1.8, 14.1
— speciale 5.8
— stretto 5.6
— suggerito 6.5
— (teoria istituzionalistica) 1.4
— (teoria normativa o monistica) 1.4
— vivente 5.5, 6.4
discendenti liberi 29.3, 29.5
disciplina ausiliare 74.3
discordanza tra volontà e manifestazione 2.8, 24.3
diseredazione 28.4
disponibile ereditaria 30.4
disponibilità giur. dell'oggetto 18.5, 19.9
dispositionum (scrinium) 4.5
disputatio 4.4
dissenso occulto 2.8
dissensus v. contrarius consensus
— societatis 80.3
dissesto patrimoniale 12.5
dissoluzione del patrimonio 12.6
dissoluti 15.6
distanze tra costruzioni 54.2
— tra fondi 49.6
distinguishing 6.3
distractio bonorum 12.7, 13.6
— pignoris 62.7
distrazione dei beni 12.7, 13.6
— dei conti del pupillo 65.7
dittatore v. dictator
dividendi sociali 80.5
divieti di postulare 11.2
divisio et adsign. agrorum 49.4, 90.8
— inter liberos 28.3
— per centurias 49.4
— — scamna et strigas 49.4
divisione dei poteri 3.2
— della comunione 38.5
— ereditaria 32.4
— tra i figli 28.3
divortium 41.9
— bona gratia 41.9
— communi consensu 41.9
— ex iusta causa 41.9
— di Macerata 24.3
divorzio 41.9 e v. divortium
do, dico, addico 7.4
— ut des 83.2
— — facias 83.2
docendi causa 24.2
documenta 13.6
documenti privati 13.4, 22.2, 27.5
— pubblici 13.4
— testamentari 28.2
documento oggettivo 22.2
— soggettivo 22.2
dodrante 32.4
dogmatica giuridica 1.3, 2.5
dolo 2.3 e v. dolus
— negoziale malefico 2.9, 24.5
dolor 87.5, 89.3
dolus 24.4
— bonus 24.3
— causam dans 24.5
— debitoris 91.3-5
— in damno 89.3
— incidens 24.5
— in contrahendo 76.2
— malus 24.5
— praesens 24.5, 91.4
— praeteritus 24.5
domanda di giustizia 3.3
domestic relations courts 7.3
domicilium 13.7
domina 49.5
dominatus imperiale 4.5
dominazione etrusca 4.2
dominica potestas 34.3, 52.1
dominium 5.9, 35.4, 49.2
— bonitario 5.9, 53.1-2 e v. in bonis
— duplex 53.2
— ex iure Quiritium 5.9, 34.3, 49.51
— fiduciarium v. fiducia
— immobiliare 49.3
— imperiale 4.5
— provinciale 5.9, 53.3 e v. possessio vel ususfructus
— unificato 54
— utile 65.3
Domizio Ulpiano 4.4
domus 15.7
donazione 23.4, 27.5, 42.2, 43.6, 82.8

— ante nuptias 43.6
— civitatis 15.5
— inter virum et uxorem 42.2, 82.8
— mortis causa 27.5
— propter nuptias 43.6
— ultra modum 23.4
donazione 82.5 e v. donatio
— inofficiosa 30.4
— obnuziale 43.6
— smodata 23.4
— tra coniugi 42.2
donna adottante 40.5
— di malaffare 31.4
— (nome della) 15.7
— (successione legittima della) 29.2
— (tutela) 45.2, 45.4
— viripotens 20.3
doppia cittadinanza 15.5
dos 25.3-4, 43.1-2
— adventicia 43.2
— inofficiosa 30.4
— Liciniae 89.3
— necessaria 43.2
— profecticia 43.2
— recepticia 43.3, 72.2
dotis datio 43.2
— dictio 43.2, 70.3
— pactum 43.2
— promissio 43.2, 72.2
— retentiones 43.4
dovere affettivo 30.4
— giuridico 3.4
doveri morali e sociali 64.5
duci vel ferri iubere 11.3
ductio debitoris 11.9, 13.6
duello 7.3
[illegible] 77.3
Duodecim Tabulae 4.2
duoviri perduellionis 4.2
duplex dominium 53.2
duplicatio 10.5

Eadem res (iudicanda o iudicata) 11.4, 11.8
easement 53.4
ebrei 16.8
eccesso del mandatario 85.5
— di domanda 11.7
eccezione v. exceptio
— di identità di causa 11.6
— formulare 10.5
— — dilatoria 10.5
— — perentoria 10.5
ecclesia christianorum 17.2
economia di scambio 63.2
edictum aedilium curulium 4.3
— Carbonianum 29.5
— Claudii de libertate 52.3
— de alterutro 43.3
— — coniuge cum emanc. liberis eius 79.3
— — feris 87.3
— — eo quod certo loco 67.6
— — incendio nave expugnata 90.4
— — publicanis 90.11
— — turba 90.4
— di Lucullo 88.5
— (giurisdizionale) 4.3
— peregrinum 4.3
— peremptorium 13.5
— perpetuum 4.3
— praetorium 4.3
— (principis) 4.4
— — ad populum 4.5
— — — praefectos praetorio 4.3
— provinciale 4.3
— successorium 29.3
Edictum Theoderici 4.5
edificazione 50.5
edifici pubblici 19.4
edili v. aediles
edilizia 54.2
editio actionis giudiziale 11.3
— — stragiudiziale 11.3
editoria 22.2
effetti del dies 25.4
— — matrimonio 42
— della condicio 25.4
— giuridici 2.2
— ordinamentali 2.1
effettività dell'azione furtiva 88.4
effettuazione della successione in ius 31
efficacia dell'autonomia privata 2.11-14, 21.2
effusum vel deiectum 90.5
Eigentum 49.1
ei incumbit probatio qui dicit 11.6
electus ad funeralia 85.6
elementi accidentali del iudicium 10.5
— dello stato 1.2
— del neg. giuridico 2.5, 2.11, 22-25
Elio Marciano 4.4
Elio Sesto (Peto Cato) 4.1, 4.3
ellenismo 4.5
emancipatio 22.6, 40.3
— Anastasiana 40.3
— Iustinianea 40.3
— per rescriptum principis 40.3
emancipazione v. emancipatio
Emilio Papiniano 4.4
emphyteusis 3.9, 61
emptio 3.9, 77-78 e v. venditio
— ad gustum 78.5
— di cosa altrui 77.2
— — — extra commercium 77.2
— — — futura 77.2
— — credita 77.2
— hereditatis 77.2
— imperfecta 77.4
— liberi hominis 77.2

— nominum 77.2
— per aversionem 77.4
— perfecta 77.4
— pondere numero mensura 77.2
— res alienae 77.2
— — futurae 77.2
— — speratae 77.2
— rerum extra commercium 77.2
— servi suis nummis 52.3
— servitutis 77.2
— spei 77.2
— suae rei 77.2
— tollit locatum 79.4
— ususfructus 77.2
emptionis perfectio 77.4
emptor bonorum 12.6
— familiae 28.2
emptoris periculum 77.4
emulazione (atti di) 49.6
endogamia 41.1, 41.3
[illegible] 88.3
energie 18.2
enfiteusi 61.4 e v. emphyteusis
ente associativo 17.2
— autarchico 1.2
— immateriale 17, 80.5
— morale 17.3
— parastatale 1.2
[illegible] 77.9
episcopalis audientia 13.7
epistulae privatorum 22.2, 80.5
Epitome Gai 4.5
equità 5.6, 13.5, 23.4
equites (come ceto sociale) 34.5
— dell'exercitus 4.2
equitas 19.2
equity 6.3
erctum non citum 32.4, 37.4
erede domestico e necessitato 31.2
— necessitato 31.2, 31.8
— volontario 31.3
eredità v. bonorum poss., hereditas
— giacente 17.3, 31.6
— vacante 17.3
Erennio Modestino 4.4
ereptio del relictum 31.5
eretici 16.8
erga omnes 1.13
ermafroditi 41.3
errantis nulla voluntas 24.7
error communis facit ius 1.12
— facti improprio 2.8, 24.3
— in corpore 24.7
— — negotio 24.7
— — persona 24.7
— — proprio 2.9, 24.7
— — quantitate 24.7
— — substantia 24.7
— iuris 2.9, 24.7
— ostativo 2.8, 24.3
— sui motivi 24.7
errore di fatto nella volontà 2.9, 24.7
— di manifestaz. negoziale 2.8, 24.7
erroris causae probatio 15.5
erus 49.2, 89.2
esattezza dell'adempimento 67.4
esattore aggiunto 67.3
— d'imposta v. publicanus
escussione 3.3, 72.6
esecutività ufficiale 13.2
esecutore testamentario 28.13
esecuzione (processo di) 3.5, 8.6-7, 11.9, 12.6-8, 13.6
esenzioni dalla tutela 45.5
esercito romano v. exercitus
esercizio arbitr. delle ragioni 7.5
esigibilità del credito 66.5, 68.7
— — legato 33.6
esistenza del giudicato 13.6
esistenza in rebus humanis 15.3
esogamia 41.3
esperienza giuridica 1.1, 1.3
— romana 4.1
esplicitezza delle norme 1.4, 3.6
esposizione dell'azione 11.3
esposti 15.6, 39.2
espromissione del debito altrui 69.5
espropriazione p. pubbl. ut. 49.5, 54.3
essentialia negotii 2.5, 22-24
essenzialità dell'error facti 24.7
esseri anormali 15.2
estimazione giudiziale v. aestim. litis
estinzione del pignus 62.8
— delle obbligazioni 67
— — — in solidum 65.4
— — servitutes 57.2
— dell'usufrutto 58.6
estraneità dell'oggetto al soggetto attivo del rapporto 18.6
estratti 4.5
età v. cura minoris, filius familias
eterosessualità 41.3
eunuchus 41.3
eventus damni 92.3
evictio 30.10
— nella locazione 79.4
— — vendita 77.7
evizione v. evictio
evocatio denuntiationibus 13.3
— edictis 13.3
— litteris 13.3
— per libellos 13.5
ex asse heres 32.4
exaequata legata fideicommissis 33.7
excedere fines mandati 81.5
exceptio 10.5
— dilatoria 10.5
— doli 24.5
— in rem scripta 24.6
— iurisiurandi 87.4

— iusti dominii 51.5
— legis Cinciae 23.4
— — Laetoriae 46.2
— metus 24.6
— non impetratae actionis 13.3
— numeratae pecuniae 71.3
— pacti conventi 82.2
— peremptoria 10.5
— praeiudicialis 10.2
— rei iudicatae vel in iud. ded. 11.8
— — venditae et traditae 53.2
excusatio curatoris 48.5
— iudicis 10.1, 11.6
— tutoris 45.5
excussio 72.6
exercitor navis 26.3
exercitus centuriatus 4.2
ex facto oritur ius 21.2
exheredatio 38.4
— bona mente 38.4
— mala mente 38.4
expensilatio 22.2, 73.2
expilatio hereditatis 37.3
expositio filii 39.2
exsecratio 82.3
exsecutor 11.3
exsilium 15.5
extracontrattuale (responsabilità) 1.52
extranea persona 26.2
extraromanità 16.3

Facere 66.2
facio ut des 83.2
— — facias 83.2
facoltà giuridica 1.10
facti ignorantia 24.7
factoring 69.4
factotum 25.2
factum debitoris 91.3
facultates 14.4
— suspectae 31.2
faenus v. fenus
fallimento 12.6, 15.7
falsa demonstratio 24.7
falsità del nome 15.7
falso in misurazioni agrarie 90.8
falsum adseveratum 23.3
— modum dicere 90.8
— testimonium 16.6, 83.4
falsus procurator 26.4
fama atque commercio 11.6
famiglia 41.1 e v. familia
— di fatto 41.11
familia 15.4, 34.2, 37.2, 39.1
— communi iure 15.6
— gentili 29.3
— potestativa 4.2
— precittadina 4.2
— proprio iure 15.6
— publicanorum 88.5, 90.11
— servorum 52.3, 88.3
familiae emptor 38.2
fanteria oplitica 4.2
fanti v. pedites
fas v. nefas
fase processuale apud iudicem 7.3
— — in iure 7.3
fatti giuridici illeciti 2.3
— — involontari 2.3
— — leciti 2.3
— — naturali 2.3
— — volontari 2.3
— normativi 3.7
— notori 11.6
fattispecie 2.5
favor benignitatis 21.4
— debitoris 21.4, 71.5
— libertatis 35.4, 21.4
— promissoris 21.4, 71.2
— testamenti 21.4
fedecommesso v. fideicommissum
fedepromessa 72.6
femina in quam stuprum non committitur 41.13
— probrosa 31.4
— quaestuaria 16.6
fenus 66.5
— legitimum 66.5
— nauticum 74.5
ferae bestiae 50.8, 87.3
feriae iudiciorum 7.4
ferruminatio 50.5
fetiales 8.3
ficta possessio 51.2
fictio 9.8
— civitatis 5.5
— iuris civilis 9.9
— legis Corneliae 15.4
— rescissoria 22.3
— [illegible] 29.3
fidanzamento 41.12
fideicommissaria libertas 52.4
fideicommissum 33.7
— de residuo 33.7
— hereditatis 33.7
fideiussione 72.6
fideipromissio 72.6
fides 4.3, 53.2 e v. iudicia bonae fidei, possessio bonae fidei
— tabularum 13.4
fiducia 74.3
— cum amico 74.3
— — creditore 62.2, 74.3
fiduciaria coemptio 41.2
— tutela 45.4
figli di ignoti 15.6
— — padre ignoto 15.6
filiazione 41.13, 42.3
filius familias 5.9, 39.2-3
— in potestate (condizione) 40.2

— iustae 42.3
— noxae deditus 39.2
filosofi v. philosophi
fines agrorum 49.4
finitores 49.4
finzione giuridica v. fictio
— negoziale 24.2
ficta possessio 54.1
fiscus Caesaris 4.4, 17.2
flamen Dialis 39.1
flagitium 87.1
flumen publicum 59.9, 50.2
foedera quiritari 4.2
foenus v. fenus
fondazioni 17.1, 17.3
fondo v. fundus
— patrim. della fam. 43.1
fonti del ius privatum 5.2
— (di cognizione) 1.7
— (di produzione del diritto) 1.7
— (gerarchia) 1.7
fonti delle obbligaz. v. causae obligat.
forma 22.3
— humani generis 15.2
— libera 2.6
— (negoziale) 2.6, 22
— vincolata 2.6
formae agrorum 49.4
formalismo 22.2-3
formalismo librale 22.3
formula 9.2
— edictalis 9.3
— ficticia 9.8
— Octaviana 24.6
— petitoria 51.2
— praeiudicialis 10.2
— Serviana 63.9
— Rutiliana 9.8
formulari contrattuali 71.2
formulazioni processuali 3.1
forum 11.1
forza di legge 1.4
— maggiore 91.2
Fragmenta Augustodunensia 4.5
— Vaticana 4.5
frana 50.2
fratelli consanguinei (successori) 29.5
— germani (successori) 29.5
— uterini (successori) 29.5
frattura dell'osso 88.2
frode v. fraus
fraus creditorum 92.3
— legi facta 23.2
fructus 19.4, 50.3, 51.2
— consumpti 19.4, 50.3
— extantes 19.4, 51.2
— pendentes 19.4, 50.3
— percepti 19.4
— separati 19.4
— servitutis 55.4
— sine usu 59.4
— — esse non possit 58.2
frutti v. fructus
— civili 19.4, 66.5
fruttificazione 50.3 e v. fructus
fundus 49.5 e v. ager
— arcifinius 50.2
— in agro Romano 49.4
— optimus maximus 49.5
— patrimonialis 61.1
— rei privatae 61.3
— stipendiarius, tributarius 53.1
funeralia 85.6
funerum sumptus 85.6
funzionari imperiali 15.1
— di fatto 15.4
funzione giudiziale 10.1
— negoziale 2.7, 23
— sociale della propr. 49.1
furiosus 20.3, 41.6, 44.3, 47.2
furor haereticorum 16.8
furto v. furtum
— commesso dal coniuge 42.1
— e danno del marinaio 90.3
— e danno subito dall'ospite 90.3
furtum 5.9, 88.3-4
— conceptum 88.3
— manifestum 88.3
— nec manifestum 88.3
— nocturnum 88.3
— non exhibitum 88.3
— oblatum 88.3
— pignoris 88.4
— prohibitum 88.3
— qualificato 90.3
— rei immobilis 88.4
— — suae 88.4
— usus 88.4
— rerum hereditariarum 57.3, 90.3
— vel damnum 90.3

Gai Institutiones 4.5
Gaio 4.4-5 e v. Epitome Gai
galantuomo 20.2, 91.5
Gallia 4.5
garanzie personali delle obbligaz. 72.6
— reali delle obbligaz. 62.1
genera furtorum 88.4
— legatorum 33.3
gens 4.2, 15.7, 27.3
— Tarquinia 4.2
gente di malaffare 19.5
gentiles familiam habento 29.2
gentleman's agreement 24.3
genus 19.6
— in obligatione 66.3
— numquam perit 91.4
gesta per aes et libram 22.3
gestazione 18.1, 45.3
gestio negotiorum 26.2, 26.4, 85

— pro herede 31.5
gestione di affari 85.5 e v. negot. gest.
gestum 63.4
— per aes et libram 22.3
getto di merci v. iactus mercium
Giavoleno Prisco 4.4
giochi aleatori 64.3
giorno 20.5
— della esigibilità del legato 33.6
— — nascita del legato 33.6
— (ore del) 20.1
— utile 29.3
giudicante 11.6
giudici di pace it. 13.1
— supplenti 15.6
— tutelari 48.5
giudici connessi con l'imperium 9.7
— di buona fede 9.6
— legittimi 9.7
giudizio v. actio, arbitratus, cognitio, processo
— arbitrale 7.3
— divisorio 36.5
— ordalico 7.3
— rescissorio 12.3
— secondo equità 13.5
Giuliano (Salvio) 4.4
Giulio Paolo 4.4
Giunio Bruto 4.3
giuramento v. iusiurandum
giureconsulti 79.6 e v. iurisconsulti
giurisdizione v. iurisdictio
giurisprudenza casistica 4.1
— classica 4.4
— postclassica 4.5
— — occidentale 4.5
— — orientale 4.5
— preclassica 4.3
— repubblicana 4.3
Giustiniano 4.5
giustizia sostitutiva 11.1
Giovenzio Celso (figlio) 4.4
gladiatores 16.6, 79.5
glans legenda 49.2
Glossatori (scuola) 6.2
glossemi 4.5
governo 5.2
gradus cognationis 15.6
grammatici 79.6
graphium 22.2
gratia soci 87.1
gratuità del negozio giuridico 2.7
grex 19.2
gromatici 49.4
guadagno a causa di morte 27.5

habere licere 77.6
habitatio 59.5
haeretici 16.8
handicappati 47.4
heredis beneficia 32.3
— institutio 28.4
— — cum cretione 31.1
— — excepta re 28.4
— — ex certa re 28.4
hereditas 27.1
— iacens 27.3, 31.6
— suspecta 32.3
hereditatis emptio 77.2
— petitio 32.7
— — possessoria 32.7
heredium 34.2
heres ex asse 28.4 e v. heredis beneficia
— extraneus 31.3
— necessarius 31.2
— potior 31.2
— scriptus 28.4
— substitutus 28.5
— suus 29.2
— — et necessarius 31.2
— voluntarius 31.3
hermaphroditus 15.1
historia iuris 3.2
histriones 16.6
holding 87.2, 89.5
homicidium 87.6, 89.2
homo privatus 5.2
— sacer 15.5
honestiores 16.7, 61.3, 69.4
honor liberi 16.2
— matrimonii 41.4
honorarium 79.6, 83.2
horae diei 20.1
horrea 50.4
hostis publicus 15.9
humanitas 5.6, 21.4
humiliores 16.7, 61.3, 69.4
hyperocha 5.9, 62.7
hypotheca 62.4

iactus mercium 50.8, 79.8
— missilium 77.2
id quod facere potest 10.5, 47.2, 67.7
idem debitum 69.2
identificazione del soggetto giur. 15.7
identità di causa 11.8
ἰδία χώρα 61.3
ignari 6.1
ignobiles 16.7
ignominia 16.6
ignorantia facti 2.9 e v. error
— iuris 2.9, 24.7
illatio mortui 19.9
illeciti dei pubblicani 90.5
illiceità negoziale generica 2.7
— piena 2.7
— semipiena 2.7
Illyricum 4.3
imaginaria venditio 50.10
imitazione estensiva di un'actio 9.8

immissione conservativa nel patr. 12.5
— in possesso 12.5
immissiones in alienum 49.6
immixtio hereditati 32.3
immobile 59.7
impensa picturae 50.5
impensae 53.2
imperator 4.3
imperfezione del negozio giuridico 2.13
imperitia litterarum 27.2
imperium 4.3
— assolutistico 4.5
— domi militiaeque 4.3
— proconsulare maius et infinitum 4.4
— Romanum 4.3
impero v. imperium
impetratio actionis 13.3
— dominii 62.7
impiego degli schiavi 52.2
implantatio 50.5
impossibilità d. prestaz. 68.1, 68.3, 91.1
imposta successoria 27.5, 28.13
impotenza 41.3
imprenditore bancario 82.5
— economico 15.7, 79.6
impresa 15.7
— di ospitalità 82.6
— familiare 43.1
improbum foenus 66.5
improbus intestabilisque 16.6
impubes 20.3, 41.3, 45
impuberis curator 47.4
impubertas 45
impugnabilità 25.1
— del negozio giuridico 2.14
— della sentenza 15.2
imputabilità 28.3
imputazione dei pagamenti 67.8
inabilitazione giudiziale 48.5
in bonis esse 53.2
— — habere 53.2
— causa mancipii 39.3
— diem addictio 78.6
— integrum restitutio 12.3
— — — ex lege Laetoria 48.2
— — — ob dolum 24.5
— — — — metum 24.6
— iure cessio 27.6, 30.12
— — — fiduciae causa 74.3
— — — hereditatis 33.6
— — — servitutis 57.2
— — — tutelae 45.4, 46.4
— — — ususfructus 58.5
— ius vocatio 8.2, 11.3
— solidum obligationes 65.4
inadempimento delle obbligazioni 91
— imputabile 91.3-9
— inimputabile 91.2
inaedificatio 50.5
inalienabilità della servitù 55.4
inanitas negotii 23.2
inauguratio flaminis Dialis 40.1
— imputabile 91.3-9
incendio 78.6, 82.5
incapacità apprensiva 33.4
— del successore 33.4
— di agire 2.4, 44.1
— — succedere 28.7, 41.7
— giuridica 2.4, 20.2
— naturale 2.4
incendium navis 90.4
incertae personae 28.7
incestum 41.11, 42.2
— superveniens 41.8
incidente processuale 3.3
incommoda patrimonii 16.4
incrementi fluviali 50.2
incursio latronum 91.2
indebitae usurae 66.5
indebiti solutio 86.2
indebito arricchimento 86.5
— oggettivo o soggettivo 86.1
— pagamento 86.2
indefensio 13.3, 57.3
indegnità successoria 31.5
indignitas 28.7
— successoria 31.5
indivisibilità obbligatoria 67.4
individuazione del comando 3.2
— — — diretta 3.2
— — — indiretta 3.2
— — — presuntiva 3.2
indivisibilità della servitù 55.4
indulgenza dell'età 20.3
industria socii 80.3
inefficacia del neg. giur. 2.12, 2.14, 23.2
— — testamento 28.9
inerzia 24.1
inesistenza del negozio giuridico 2.13
inespressione della volontà 24.2
infamatio 94.2
infames 36.6
infamia 11.2, 36.6
infans 20.3
— [illegible] 39.2
infantia maiores 20.3
infantiae proximi 20.3
infermo di mente v. furiosus
infirmitas sexus 16.4
infitiatio 8.6, 11.9
— damni 89.2
ingaggiati 16.5
ingegneria genetica 39.2
ingenuus 15.4 e v. libertinus
ingiunzioni magistratuali 12.1
ingiustificato arricchimento 86.3-4
ingiustizia del danno 89.3
ingratitudine del donatario 82.8
iniuria 5.9, 88.2, 90.1
— atrox 88.2

— legis Aquiliae 89.3
— qualificata 90.3
— su un servo 88.2
— vindicare 8.3
iniusta locupletatio 86.5
inofficiosum testamentum v. querela i. t.
inquilinus 79.3
inquisitiones 11.6, 13.4
insania 87.2
inseminazione 80.5
insinuatio nei pubbl. reg. 22.5, 54.3, 57.3
insolvenza 32.5
inspectio corporis 70.3
— ventris 15.3
inspector 93.4
institor 26.3
institutio heredis ex certa re 28.4
— — excepta re 28.4
Institutiones Gai 4.5
— Iustiniani 4.5
instrumentum dotale 43.2
— fundi 79.3
— privatum 22.3
— publice confectum 22.2
— quasi publice confectum 22.2
— stipulationis 71.3, 71.5
— tabernae 79.3
insula aedificii 49.6
— in flumine nata 50.7
— — mari nata 50.2, 50.8
integrazione analogica 3.7, 5.8
— della legittima 30.4
intellectus sententiae 11.5
intentio 10.2-3
— certa 10.3
— in factum concepta 10.3
— — ius concepta 10.3
— — [illegible] recepta 2.6
— incerta 10.3
intenzione v. animus
inter absentes 54.4
— praesentes 54.4, 71.2
intercessio magistratuum 4.3
— pro aliis 30.4, 72.5
interdetto v. interdictum
— adipiscendae possessionis 36.2
Interdictio aqua et igni 15.5, 44.3
— prodigi 41.3, 67.5
Interdictum 57.2
— de aqua aestiva 57.6
— — — cottidiana 57.6
— — — — et aestiva 36.3
— — arboribus caedendis 49.7
— — clandestina possessione 36.2
— — cloacis 57.6
— — fonte 57.6
— — glande legenda 49.7
— — itinere actuque privato 57.6
— — — — — reficiendo 57.6
— de liberis exhib. ac ducendis 39.3
— — loco publico fruendo 68.2
— — migrando 67.9
— — precario 83.8
— — rivis 57.6
— — servitutibus 57.6
— — superficiebus 36.3, 60.3
— — uxore exhibenda ac ducenda 42.2
— — vi 36.2
— — — armata 36.2
— demolitorium 51.7
— duplex 12.2
— exhibitorium 12.2
— fraudatorium 92.3
— momentariae possessionis 36.2
— pignore 59.4
— prohibitorium 12.2
— quam hereditatem 12.7
— quem fundum 51.3
— — usumfructum 38.7
— quod legatorum 33.6
— — vi aut clam 51.8
— quorum bonorum 12.2, 32.7
— recuperandae possessionis 36.2
— retinendae possessionis 36.2
— restitutorium 12.2
— Salvianum 62.9
— uti possidetis 36.2
— utile 9.8
— utrubi 36.2
interdizione giudiziale 48.5
— legale 48.5
interesse indirettamente protetto 1.10
— legittimo 1.10
— privato 1.8
— pubblico 1.8
— soggettivo 1.5
interessi v. anche usurae
— dei capitali 79.4, 66.5
— diffusi (di gruppo) 1.10
interlocutiones 13.3
interloqui de plano 13.7
internuntius v. nuntius
interpellatio debitoris 92.2
interpolazioni 4.5 e v. [illegible]
interposizione fittizia di persona 2.8
interpretes linguistici 5.3
interpretatio pontificum 4.2
— prudentium 4.3
interpretazione v. anche interpretatio
— analogica 3.2
— autentica 3.2
— consolidata 3.1
— del negozio giuridico 21.4
— dichiarativa 3.2
— estensiva 3.2
— giuridica 3.1-2
— giurisdizionale 3.2
— giurisprudenziale 3.2
— oggettiva 3.2, 21.4
— pontificale 4.2

— qualificata 3.7
— restrittiva 3.2
— subiettiva 3.2, 23.4
interrex 4.2
interrogatio in iudicio 33.4
— in iure 33.3
— — — an heres sit 33.3
interrogatus respondit 71.5
interusurium 11.6
intervalla insaniae 47.2
intervento a favore di terzi 16.4
intesa fiduciaria 24.3
intestabilis 16.6
intestatus 29.1
— pro parte 27.4
intra vires hereditatis 37.3
intrasmissibilità delle az. penali 87.4
inutilità del neg. giur. 2.13, 23.2
inutilizzabilità dell'oggetto 38.3
inutilizzazione di servitù 57.2
invalidazione del neg. giur. 2.13, 21.3
— della sentenza 15.7
— giudiziaria 2.13
invalidità del negozio giuridico 2.13
— ipso iure 21.3
— ope exceptionis o magistratus 21.3
— parziale 2.13
— sopravvenuta 2.13
— totale 2.13
invecta et illata 62.4
inventio 50.9
inveterata consuetudo 5.7
involuzione dello spirito giuridico 4.5
ioci causa 24.2
iocus scurrilis 24.2
ipoteca 62.9 e v. hypotheca
iracundiae causa 24.2
ire in dubium 33.9
irregolarità del negozio giuridico 2.13
irrilevanza giuridica 1.8
istituzione 3.4
— di erede 28.4
istituzioni postromane passim
istruzione probatoria 11.6, 13.4
Italia 4.3
— romanica 6.1
iter 56.1
— ad sepulchrum 54.2
— limitare 49.6
iudaei 14.8
iudex privatus 7.5, 10.3
— unus 8.2
judge made law 6.1
iudicatum 11.7
iudices pedanei 13.2
iudicis nominatio 10.1
— postulatio 8.4
iudicium 9.2 e v. actio
— arbitrarium 9.6
— bonae fidei 9.6
— contrarium commodati 75.3
— — depositi 75.4
— curationis 48.5
— de moribus 43.4
— domesticum 39.2
— imperio continens 9.7
— iudicati 11.9
— legitimum 9.7
— rescissorium 12.3
— strictum 9.6
— (struttura del iud. formulare) 10
— tutelae 48.5
iura (e leges) 4.5
— in re 50.7
— — — aliena 3.9, 53-62
— praediorum 3.9, 34.3, 55-57 e v. servitutes praediorum
— — (regime) 57
— — (tipi) 56
iurare bonam copiam 63.4
— sibi non liquere 33.6
iurgium 7.1
iuris dictio 4.2, 7.3, 8.2
— — (luogo della) 11.1
— — mandata 11.1
— — praetoris peregrini 4.3
— — — urbani 4.3
— — (tempo della) 11.1
— — voluntaria 11.1
— ignorantia 2.9, 24.7
— prudentia 4.2-5
— vinculum 63.4
ius abutendi 49.3
— adcrescendi 37.5, 38.3
— aequum 9.6
— anuli aurei 16.2
— asylii 17.2
— civile 5.4-5
— — novum 4.3
— — (rapporti col) 34
— — Romanorum 4.3, 5.5
— — vetus 4.3
— commercii 15.8, 16.3
— commune 3.8
— compascendi 19.4
— conubii 15.8, 16.3 e v. conubium
— criminale 87.1
— distrahendi del cred. pignorat. 62.7
— divinum 15.7
— eligendi 66.4
— emphyteuticarium 61.3-4
— ex non scripto 5.7
— — scripto 5.7
— exponendi 39.2
— extraordinarium 4.4
— gentilicium 4.2
— gentium 5.4-5
— honorarium 4.3
— in agro vectigali 5.9, 61.2
— — re 50.7

— Italicum 17.2
— Latii 16.3, 17.2
— legitimum novum 4.3
— — vetus 4.3
— liberorum 15.2, 41.7
— migrandi 15.5, 16.3
— naturale 5.4-5
— novorum 33.5
— novum 4.4-5
— noxae dandi 39.2
— offerendi 62.6
— operis novi prohibendi 51.7
— Papirianum 4.2
— perpetuum in agris 61.3
— poenale 87.1
— pontificium 3.2
— possidendi del cred. pignorat. 62.7
— postliminii 15.4
— (potere giuridico) 14.3
— praetorium 4.3
— privatum 5.1-6
— — civile 5.5
— — (quadro generale) 5.9
— prohibendi 57.3
— protimeseos 61.4
— publice respondendi 4.4
— publicum 5.1-3
— — (ex legibus) 4.3, 5.2
— — (inderogabile) 5.3
— — (materie del) 5.2
— Quiritium 4.2, 15.3
— retentionis del cred. pignorat. 62.7
— Romanorum 4.2, 15.3
— sacrum 5.2, 15.2
— sepulchri 19.9, 90.10
— singulare 5.3
— strictum 5.6, 21.4
— suffragii 15.5
— summum 5.6, 21.4
— tollendi 57.2
— trium liberorum 41.7, 46.1
— variandi 66.4
— vendendi 39.2
— vetus 4.4-5
— vitae ac necis 39.2
iusiurandum 82.3
— calumniae 11.4, 13.3
— de uxoribus 24.2
— ex pacto 82.3
— in iudicio 11.6 13.4
— — iure 11.5
— — litem 11.6, 51.2
— iudicis 11.6
— liberti 70.4
— sibi non liquere 11.6
— vadimonii causa 11.3
— voluntarium 82.3
iussum iudicandi 10.2, 11.4
— patris vel domini 70.4, 76.3
iusta causa irascendi 30.4
— — manumissionis 52.5
— — possessionis 35.5
— — traditionis 56.12
— — usucapionis 34.4
iustitia 5.6
iustum pretium 77.3
iuxta alligata et probata 11.6

Joint venture 17.2, 80.1

Kalendarium 73.2
King's Council 6.3

Labeone (Marco Antistio) 4.4
lacune del diritto 3.2
laesio enormis 77.3
lanx 86.3
latifundium 14.4
Latini 15.3, 16.3
— Aeliani 16.3
— coloniarii 16.3, 17.2
— Iuniani 16.3, 31.4
— prisci 16.3
Latinitas 16.3
latitatio rei 11.3
latrones 19.4
laudatio auctoris 77.7
laudemium 61.4
lavoro autonomo 79.6
— subordinato 20.6, 79.6
law 6.3
leasing 79.1
lecita autodifesa v. legittima difesa
lectio senatus 4.5
legare 27.3
legatarii partes 31.4
legati Caesaris pro praetore 4.4
legato testamentario v. legatum
legatum 22.1, 27.3, 33.2-6
— crediti (testatoris) 33.2
— dotis 33.2
— — constituendae 33.2
— habitationis 59.3
— in singulos annos 66.6
— instrumenti 33.2
— liberationis 33.2
— mundi muliebris 33.2
— nominis 33.2
— optionis 33.2
— partitionis 33.2
— penoris 33.2
— per damnationem 33.3, 84.2
— — praeceptionem 33.3
— — vindicationem 33.3
— pro dote 33.2, 43.3, 43.5
— servitutis 57.1
— sinendi modo 33.3, 84.3
— sub condicione 25.4
— [illegible] debet 65.4
— usufructus 58.5

legem dicere 27.3
— ferre ad populum 4.3
leges collegii et sodalicii 17.2
— XII Tabularum v. Duod. Tabulae
— emptionis et venditionis 78
— fenebres 74.4
— generales 4.5
— imperfectae 23.2
— in privos latae 5.8
— mancipii 22.3, 59.10
— minus quam perfectae 23.2
— perfectae 23.2
— privatae 25.1
— — dictae (o scriptae) 25.1
— publicae 4.3
— regiae 4.2
— Romanae Barbarorum 4.5
— speciales 4.5
— venditionis 12.6
legge 1.2 e v. lex
— costituzionale 1.7, 6.4
— delle citazioni 4.5
— formale 1.4
— ordinaria ital. 6.4
— sostanziale 1.4
Leggi romano-barbariche 4.5
legis actio 8
— — damni infecti 53.6
— — (generale) 8.1
— — per condictionem 8.5
— — — iudicis arbitrive postulat. 8.4
— — — manus iniectionem 8.6
— — — pignoris capionem 8.7
— — — sponsionem 53.2
— — sacramenti 8.3
— — — in personam 8.3
— — — — rem 8.3
legislazione 1.2
— ital. 6.4 e passim in nota
— matrimoniale augustea 41.7
legitima 38.4
legitimatio 41.11
— per oblationem curiae 41.11
— — rescriptum principis 41.11
— — subsequens matrimonium 41.11
legittimi (successori) 29.3
legittima difesa 7.5
legittimari 30.4
legittimazione v. legitimatio
— dei figli naturali 41.11
— al negozio 2.11
lenocinium matronarum 43.11
lenones 16.6
lesione enorme 77.3
— fisica lieve 88.2
lettera di credito 82.5
— privata 22.2, 50.5
levitas animi 16.6
lex Aebutia de formulis 4.3, 9.1
— Aelia Sentia 16.3, 52.5
— Anastasiana 69.4
— Apuleia de sponsu 72.6
— Aquilia de damno dato 89.2
— Atilia de tutore dando 45.2, 45.3
— Atinia de rebus surreptis 50.9
— Calpurnia de condictione 8.5
— Canuleia de conubio 41.3
— Cicereia de sponsu 72.6
— Cincia de donis et mun. 23.4, 82.8
— Claudia de tutela mulierum 46.4
— commissoria 62.7, 78.3
— Cornelia de captivis 15.4
— — de iniuriis 88.2
— — — sponsu 72.6
— curiata de imperio 4.3, 4.5
— XII Tabularum v. Duodecim Tab.
— Falcidia de testamentis 33.5
— Fufia Caninia 52.5
— Furia de sponsu 72.6
— — — testamentis 33.5
— Hortensia de plebiscitis 4.3
— Irnitana epigr. 9.1, 90.7
— Iulia de adulteriis 16.6, 43.11
— — de bonis cedendis 12.6
— — — collegiis 17.2
— — — maritandis ordinibus 31.8, 41.7
— — — vi privata 7.5
— — — vicesima hereditatium 28.11
— — et Papia Poppaea 31.4, 41.7
— — — Titia de tutela 45.3
— — iudiciorum privat. 4.3, 9.1, 9.7
— — — publicorum 9.1
— — miscella 41.7
— — Velleia 28.4
— Iunia Norbana 16.3, 31.4, 52.5
— — Petronia 47.2
— Laetoria de circumscript. 46.2
— Licinia de iudicis postulatione 8.4
— — Mucia 15.5
— — Sextia 4.2
— Marcia de vicesima 52.2, 52.4
— Minicia de liberis 15.5
— Papia Poppaea nuptialis 41.7
— Pesolania de cane 87.3
— Plaetoria v. lex Laetoria
— Plautia de vi 7.5, 50.9
— Poetelia Papiria 36.5, 63.4
— Publilia de sponsu 72.6
— regia de imperio 4.5
— Rhodia de iactu 79.8
— Romana Burgundionum 4.5
— — Wisigothorum 4.5
— Scribonia de servitutibus 57.5
— Silia de condictione 8.5
— Vallia 8.6
— Voconia de testamentis 33.5
liability 63.9
libellus contradictionis 13.3
— conventionis 13.3
— principi oblatus 13.7

liber homo bona fide serviens 52.3
Liber Syro-Romanus iuris 4.5
libera negotiorum gestio 85
liberi bona fide servientes 16.5, 52.4
— in mancipio 5.9, 39.3
— in matrimonio manu 39.3
— naturales 45.15
— servi loco 16.5
— successores 29.3
libero convinc. del giudice 11.6, 13.4
libertas 15.4
— ad personam data 52.3
— Claudiana 52.3
— fideicommissaria 52.4
liberti Iuniani 16.2
— orcini 16.2
libertini 15.4, 16.2
— (nome) 15.7
libertinitas 15.4, 16.2
libertorum adsignatio 16.2
— operae 16.2
libri ad 4.4
— — edictum 4.4
— contabili del pater familias 73.2
— iuris civilis 4.4
libripens 22.1
licitum 88.5
lictores 4.2
limes 49.6
limitatezza dell'oggetto giuridico 18.4
— formulare 10.5
limitazioni edilizie 49.5, 54.2
limited company 57.2
limiti della regiudicanda 11.5
— della regiudicata 13.8
lingua del ius privatum 3.3
linguaggio giuridico 3.2
— della sentenza 13.5
lintearii 16.7
liquidità obbligatoria 66.5
lis (controversia) 7.1
— (oggetto conteso) 8.5, 11.6
lite 3.3 e v. lis
— temeraria 13.4
litem suam facere 90.7
liti subsistere 11.2
litigare per concepta verba 4.3
litigatores 11.2
litis aestimatio 50.7, 51.2
— contestatio 8.2, 11.4, 13.3
— contestatione teneri 31.4
— denuntiatio 11.3, 13.3
litisconsorzio 11.2
litterae dimissoriae 13.5
litus maris 19.9
locatio conductio 5.9, 79
— in perpetuum 79.3
— irregularis 79.3
— operarum 79.6
— operis 79.2, 91.4
— per trasporto navale 79.8
— rei 79.2
— — ad opus perficiendum 79.7
— — suae 79.2
— usufructus 56.5
locazione 79 e v. locatio conductio
— di cose fungibili 79.3
— mista a vendita 79.8
locupletatio iniusta 86.5
locus Caesaris 50.8
— purus 19.9
— religiosus 19.9
lodo arbitrale 7.3
longi temporis praescriptio v. p. l. t.
Longino (C. Cassio) 4.4
longissimi temporis praescriptio 54.5
lord concedente 49.6
— Cancelliere 6.5
lottizzazione immobiliare 49.4
Luceres 4.1
luci e prospetti 49.6, 54.2
lucro cessante 89.3
lunga durata v. vetustas servitutis
lunghezza (misure di) 19.6
luogo del pagamento 67.4
lusus aleatorii 64.3
lutto vedovile 41.10

Maggiorenza 38.1
magis imperii quam iurisdictionis 12.1
magister bonorum 32.6
— equitum 4.3
— navis 26.3
— officiorum 4.5
magistrati cum imperio 4.3
— provinciali 36.3
magistratura 4.3
magistratus ius dicentes 4.3
magistri societatis 80.2
magna neglegentia debitoris 91.5
mala fides superveniens 54.4
malattia di mente 47.2
maleficium 87.2
malfattori 16.6
malinteso negoziale 2.8, 74.3
malizia v. dolus
malversazione del tesoro 45.7
manager 15.7, 26.3
mancanza di serietà 2.8
mancata difesa 31.3
manceps vectigalium 80.2
mancipatio 22.1, 22.3, 50.10
— dei sottoposti liberi 39.3
— fiduciae causa 74.3
— servitutis 57.5
— uxoris 39.4
mancipium 5.9, 14.2, 36.2
— e possesso 35.2
mandato 81 e v. mandatum
mandatum 5.9, 81

— ad custodiendum 75.4
— aliena gratia 81.7
— incertum 81.2
— mea et aliena gratia 81.1
— — — sua gratia 81.1
— — gratia 26.2, 81.3
— morte resolvitur 81.3
— pecuniae credendae 81.7
— post mortem 81.3
— rei turpis 81.2
— (susceptum) 81.1
— tua et aliena gratia 81.1
— — gratia tantum 81.1
mangones 77.2
manifestazione negoziale 2.8, 22
Manio Manilio 4.3
mantenimento del coniuge 43.1
manu sata 78.1
manum depellere 8.6
manumissio censu 32.4
— dei liberi in mancipio 39.3
— in ecclesia 32.6
— — consilio 32.5
— — fraudem creditorum 32.5
— inter amicos 32.5-6
— iure praetorio 32.5
— iusta ac legitima 31.5, 32.4
— per epistulam 32.5
— — mensam 32.6
— servorum 31.4
— testamento 32.4
— vindicta 32.4
manus 34.2
— iniectio (giudiziale) 8.6
— — iudicati 8.6
— — pro iudicato 8.6
— — pura 8.6
— — stragiudiziale 8.2
— maritalis 5.9, 39.4
— sine matrimonio 41.2
manutenzione della res locata 79.4
Marcello (Ulpio) 4.4
marchi 18.2
Marciano (Elio) 4.4
Marco Giunio Bruto 4.3
Marco Porcio Catone 4.3
mare 19.9
marginalità sociale 16.6
Masurio Sabino 4.4
mater familias 15.6
— iuris 45.2, 45.4
materia (res) 59.1
— del ius privatum 5.9
materiale documentale 25.4
mathematici 16.6
matrimonio 41 e v. matrimonium
— (c.d.) omosessuale 43.3
matrimonium 41 e v. nozze, nuptiae
— cum manu 41.2
— cum servis 41.4
— (= possesso) 41.2
— (effetti) 42
— iniustum 41.3, 42.5
— iuris gentium 41.3
— iustum 41.3
— — ac legitimum 41.7
— sine manu 41.2
— tra adfines 41.3
— — cognati 41.3
matrona 15.6
medicina psicosomatica 20.3
medici 79.6
medium litis 13.3
meliorationes fundi 61.4
membrum ruptum 88.2
menomazione dell'integrità fisica 88.2
mensae argentarius 82.5
mensis intercalaris 4.1
mensura agrorum 49.6, 90.8
mente captus 47.2
mera capacità di agire 2.6, 20.4
— inefficacia dei negozi giuridici 2.14
— obbligatorietà dei contractus 76.2
mercato economico 76.2
merce 77.2
mercedonius 4.1
mercennarius 79.6
merces conductionis 79.1-2
meretrices 16.6, 41.11, 52.2
meri atti giuridici 2.3
meritales 11.6, 20.1
merito del iudicium 10.2
mero accertamento 3.3
merx 77.2
— peculiaris 26.3
messa in mora 92.2
messis sementem sequitur 41.2
metodo di esposizione del dir. rom. 4.1
metodologia dei giuristi moderni 4.1
— — — romani 4.1
metus (in conficiendo negotio) 24.6
mezzi di prova 11.6, 13.4
mutare 67.3
miliarium aureum 9.7
militari 16.6-7 e v. testam. militis
militia armata 4.5
— civilis 40.2
— palatina 4.5
miniere 49.5, 59.2
minorati 47.4
— fisici 47.4
minore età 48
minorenni v. minores
— emancipati 48.5
minores XVII annorum 11.2
— XXV annorum 20.3, 48.2
minoris petitio 11.7
minorum aetas 48
minus petere 13.2
missio 87.1

missilia 77.2
missio in bona 12.5, 13.6
— — — [illegible] 13.3
— — — rei servandae causa 12.5
— — possessionem 12.5
— — rem 12.5, 13.6
— [illegible] 15.6
misogamia 61.3
misura (unità di) 59.6
misure di capacità 19.6
[illegible] 8.3
mobilia 19.7
Modestino (Erennio) 4.4
modificazioni giuridiche 2.2
modus operandi 71.4
modus legis Cinciae 23.4, 82.8
— negoziale 25.2
— servitutis 33.3
mohatra 74.4
momentaria possessio 36.2
monarchia 1.2
mondo degli affari 76.2
moneta 19.5-6
moneta sintetica v. nummus unus
monogamia 41.1, 43.3
monstra vel prodigia 15.2
mora accipiendi 67.9
— solvendi 92.3
morbi vitiave rei venditae 77.7
more uxorio 41.11
mores familiari 39.2
— maiorum 4.2
mors litis 9.7, 11.4
— omnia solvit 8.9, 27.1
— socii 80.5
morte 35.3
— Cincia removetur 82.8
— civile 2.2, 14.5
mortgage 62.9
mortis causa capio 27.5
— — donatio 27.5
— — successio 27.3-4
mortuus homo 18.3
motivazione della sentenza 11.7, 13.5
motivi illeciti 23.2
motteggio 90.2
[illegible] 19.7
Muciani 4.3
Mucio (P. Scevola) 4.3
— (Q. Scevola) 4.3
[illegible] 87.1
mulier 11.2, 36.4, 20.3 e v. donna, materfamilias, sesso femm., vedova
— in manu 39.3
— — tutela 46
— nutrix 45.2, 45.4
— viripotens 20.3
mulieris cursor 47.4
muliones 16.7
multinazionali (società) 80.5
multiproprietà 38.6
mundus muliebris 33.2
muneralis lex Cincia 23.4
municipes 17.2
municipia 4.3
— civium Romanorum 17.2
— con ius Italicum 17.2
— — — Latii 17.2
— (Romanorum) cum suffragio 17.2
— sine suffragio 17.2
munus iudicale 50.1
muro comune 45.6
musici 79.6
mutamento dello stato dei luoghi 57.2
mutatio iudicis 11.4, 11.6
— praediorum 57.2
muti 47.4
mutua petitio 68.6
— remissio 42.2
mutuo v. mutuum
mutuum 5.9, 74.4

Narratio actoris 11.5
nascita 15.1, 42.3
— ex ancilla 52.3
nascituri 15.3, 28.4, 28.7
natura 5.4
— animalium 87.3
— debere 64.3 e v. obligat. naturales
naturalis ratio 5.4
naufragium 50.6, 79.2, 90.4
naulum 82.6, 93.4
nave v. exercitor navis, magister navis
navicularii 16.7
navis 19.2, 90.4
— oneraria 50.4, 79.8
nazionalità v. cittadinanza
nazione 1.2
— romana 4.3
necessarii dies 43.2
necessità (stato di) 7.5
necessitas probandi 11.6
nefas 4.2
neglegentia debitoris 91.5
negozi documentali 21.4
negotiatio sagaria et lintearia 80.2
negotiorum gestio 24.2, 26.4, 85
— — del curatore 46.3
— — — tutore 45.8
— — libera 85
— — necessaria 26.2
negotium v. anche negozio giuridico
— alienum 85.3
— clandestinum 45.8
— imaginarium 24.2
— imperfectum 21.3
— iniustum 23.2
— inutile 21.2
— nefarium 23.2
— nefas 21.3

— privatorum 21.3
— prohibente domino coeptum 85.4
— pure factum 25.3
— utile 25.2
— utiliter coeptum 85.3
negoziazione per nuntium 26.2
negozio giuridico 2.5, 22 e v. anche negotium
— a causa esterna 2.7, 24.3
— a distanza 26.2
— a forma complessa 22.6
— — — libera 22.1
— a prestazioni corrispettive 2.7
— a termine 2.11
— a titolo gratuito 2.7
— — — oneroso 2.7
— astratto tipizzato 23.3
— bi- o plurilaterale 2.5
— collettivo 2.5
— complesso 2.5
— condizionato 2.11
— contra bonos mores 23.2
— — constitutiones 21.3
— — legem 21.3, 23.2
— — senatusconsulta 21.3
— di cortesia 2.8, 24.2
— di disposizione 22.8
— di donazione 23.4, 27.9, 42.1, 43.6, 82.8
— disattivato 25.1
— dissimulato 2.8
— donandi causa 2.8, 24.2
— documentale 22.5
— (elementi) 2.5
— esaurito 2.12
— fittizio 24.2
— formale 2.6
— gratuito 2.7
— illecito 2.7
— imperfetto 2.13, 21.3
— in fraudem legis 23.2
— — fraudem patris 25.3
— incompleto 2.12, 21.3
— indiretto 24.2
— inefficace 2.12
— inesistente 2.13
— immorale 23.2
— innominato 2.7
— inter absentes 26.2
— inutile 2.12, 25.2-3
— invalido 2.12
— indivisibile 2.6
— iusta causa 2.8, 24.2
— irregolare 2.13
— librale 22.3
— nominato 2.7
— pendente condicione 25.4
— plurisoggettivo 2.5
— propter vim absolutam 24.2
— simulato 2.8
— sinallagmatico 2.7
— solenne 2.6
— tacito 24.1
— tipico 2.7
— unilaterale 2.5
— — recettizio 2.5
— urbanitatis causa 24.2
— utile 25.2
— verbale 22.4
nemini res sua servit 55.4
nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest 27.4
neopandettismo 4.1
nepotis ex fratre 41.3
Nerazio Prisco 4.4
nex 39.2
nexi datio 22.3, 63.2 e v. nexus
— liberatio 63.2
nexum 50.10, 63.2
nexus 16.5, 22.3, 39.3, 63.2
nome v. nomen
nomen 73.3
— arcarium 73.3
— bonum 69.4
— familiae 15.7
— gentilicium 15.7
— privilegiarium 62.6
— transcripticium 73.2-3
— verum 69.4
nominatio iudicis 10.1
nomisma 73.4
νόμος ἔγγραφος 5.7
— ἄγραφος 5.7
non cristiani 16.8
— liquet 11.6
— numerata pecunia 71.3
— romanità 16.3
— usus servitutis 57.2
— — ususfructus 58.6
norma corporativa ital. 6.4
— di qualificazione 1.5
— direttiva 1.5
— esplicita 1.4, 1.6
— giuridica 1.4-5
— sanzionatoria 1.5
normalità psichica o fisica 20.3
normativa giuridica 1.6
normazione (fatti di) 1.7
norme di legge per rinvio 3.7
nossalità obbligatoria 87.3
notarii 22.2
notorietà 15.6
nova negotia 83.1
— species 50.6
novatio 69.2, 72.1
Novellae constitutiones Iustiniani 4.5
— Theodosianae 4.5
noxa 39.2, 87.3
noxae dandi ius 39.2
— deditio 87.3

nozze di Messalina 24.2
nuda pacta 82.2
nudo consenso 76.1
nullità del negozio 2.13, 21.3
— relativa 2.13
nullius momenti 21.2
numeratio 67.1
Numerius Negidius 10.1
numerus clausus dei iura in re 34.7
nummularii 82.5
nummus unus 50.10
nunciatio damni infecti 55.6
— novi operis 55.7
nuncius 2.10, 26.2
nuncupatio 22.1, 22.3
— testatoris 28.2
nundinae 8.6, 15.7
nuptiae 41 e v. matrimonium, nozze
— nefariae et incestae 41.3
— secundae 41.10
nutritor 35.4, 39.2

Obbedienza coatta 3.1
— spontanea 3.1
obbligazione 63.9 e v. obligatio, obligationes, obbligazioni
obbligazioni alternative 66.4
— ambulatorie 65.5
— consensuali 76.1
— correali 65.4
— cum facultate alternativa 66.4
— cumulative 65.4
— esigibili 66.5
— facoltative 66.4
— generiche 66.3
— indivisibili 66.3
— letterali 73.1
— liquide 66.5
— naturali 64.3
— negative 66.3
— parziarie 65.2
— pecuniarie 66.5, 919.4
— positive 66.3
— reali 74.1
— solidali 65.4
— verbali 70.1
obbligo giuridico 1.9
obiter dicta 6.3
oblatio 67.9
obligatio 5.3, 14.2, 63.4 e v. obbligazioni, obligatio
— alimentorum 84.6
— auctoritatis 50.10
— contracta 5.9, 63.4
— ex contractu 5.9, 63.5
— ex delicto 5.9, 63.4, 87.1
— iudicati 11.9
— naturalis del filius familias 64.3
— — — pupillo 64.3
— — dello schiavo 64.3
— non contracta 64.1, 82-86
— pro parte 65.2
— — se (del filius familias) 20.4
— rei 65.1
— usurarum 66.5
obligationes 63-92 e v. obligatio, obbligazioni
— civiles 64.2
— consensu contractae 76-81
— cum facultate alternativa 65.4
— da cause ingiustificate 86
— — — non convenzionali 84
— — convenzioni «sine nomine» 83
— di responsabilità primaria 87
— — — secondaria 91
— ex contractu 5.9, 76-81
— ex delicto 5.9, 87-90
— emptio et venditio 77
— indebiti solutione 86.2
— libera negotiorum gestione 85
— locatio et conductio 79
— mandato 81
— pacto 82
— societate 80
— stipulatio 71.1
— honorariae 64.2
— in dando 66.3
— — faciendo 66.3
— — non faciendo 66.3
— litteris contractae 5.9, 73
— naturales 64.3
— non contractae 5.9, 82-86
— noxales 87.3
— propter rem 65.5
— re contractae 5.9, 74-75
— verbis contractae 5.9, 70-72
obligatus 63.2
obscuro loco nata 41.11
obsequium erga parentes 40.1
— — patronum 16.2
occupantis melior condicio 1.12, 30.3
occupatio 50.8
— bellica 50.8, 93.1
Octavianus 40.4
offerta al pubblico 84.4
offesa al pudore 90.2
— ingiusta 88.2
officiales 15.2
officium admissionum 4.5
— pietatis 30.4
oggetti giuridici privati 1.8, 14.5, 18
oggetto delle obligationes 66
oligarchia 1.2
omicidio 87.6, 89.2
— per errore 42.3
omissione 24.1
— degli heredes sui 30.2
— dei liberi 30.3
omnibus fideiussorio 72.6
onorabilità 41.1

onera matrimonii 43.3
onerandae libertatis causa 79.4
onerato e onorato da fedecomm. 33.7
onere della prova 11.5, 13.4
— giuridico 1.10
— negoziale 2.11, 15.2
— reale 65.5
onerosità del negozio giuridico 2.7
— della prestazione 91.3
— opera socii 80.2
— singula cuiusque 16.2
operae animalium 59.6
— fabriles 16.2
— liberales 79.6
— liberti 16.2
— locatae 79.6
— officiales 16.2
— servorum 59.6
operatori giuridici 1.2
operazioni bancarie 75.7
— di borsa 76.2, 77.8
— interpretative 3.2
opere dell'ingegno 18.2
— pie 17.3
operis novi nunciatio 55.7
opinio iuris ac necessitatis 1.7
— — vel legislatoris 3.2
oportet ex fide bona 9.6
opposizione all'esecuzione 3.3
optare sibi quempiam 82.3
optio servi 33.2
— tutoris 46.3
opus locatum 79.7
oratio principis in senatu habita 4.4-5
— Severi de donationibus inter coniuges 42.2
— — de tutela 45.8
— — (del 206) 21.5, 42.2
oratores 15.2
orbi 33.4, 41.7
ordalia 7.3
ordinamenti angloamericani 6.3 e passim in nota
— islamici 6.1
— romanistici 6.2 e passim in nota
— giuridici moderni 6.5 e passim in nota
ordinamento giuridico 1.1-7, 64 e v. diritto
— politico 1.2
— sociale 1.1
— statale 1.1
ordine del ius privatum 20
— di giudicare 10.3
— giuridico 2.1-4
ordo unde cognati 29.3
— — legitimi 29.3
— — liberi 29.3
— — vir et uxor 29.3
ore del giorno 20.1
organizzazione giudiziaria 11.2
— sociale 1.1
Oriens 4.5
origo 15.3, 15.7
— [illegible] 19.3
orto familiare v. heredium
os fractum 88.2
osculo interveniente 41.12
ostentum 13.2
ownership 49.1

Pacchetti di maggioranza 17.2
— di riferimento 17.2
pacta et stipulationes 56.4, 71.5
— servitutis 57.1
— usufructus 58.5
pactum 82.2 e v. patti
— adiectum 9.6, 82.2
— antichreticum 62.7
— arbitri ex compromisso 82.7
— commissorium 62.7, 78.1
— conventum 82.2
— de distrahendo pignore 62.7
— — non petendo 66.7
— — praestanda evictione 77.7
— — praestandis usuris 72.1
— — retroemendo 78.4
— — retrovendendo 78.4
— displicentiae 78.5
— donationis 82.6
— dotis 43.2
— fiduciae 74.3
— iurisiurandi 82.3
— legitimum 82.2
— ne dolum praestetur 24.5
— nudum 82.2
— nuptiale 41.4
— praetorium 82.2
— protimeseos 78.4
— quo minus solvatur 32.3, 67.7
— sociorum ne abeatur 80.3
paelex 41.11, 87.6
pagamento 67
— del terzo 67.2
— dell'indebito 86.2
pagani 16.8
pagherò 75.4
παλλακή 41.11
palmario 73.4
Pandette giustinianee 4.5
Pandettistica 3.5, 4.1, 6.2
Paolo (Giulio) 4.4
Papiniano (Emilio) 4.4
papiri 22.2
par causa turpitudinis 86.4
parafrasi 4.5
παραγραφή 53.3
parapherna 43.7
parens binubus 45.10
parentela v. adgnatio, cognatio

parricidas esto 87.6
paries communis 49.6
pars 19.3
— iudicii pro actore 30.1
— — — reo 30.1
— partes secanto 8.6
— processuali 7.3, 11.2
— pro indiviso 19.3, 37.5
— quota 38.1
partita doppia 75.2
partus animalium 19.3
— ancillae 19.4
— editus 15.3
— nondum editus 15.3
— perfectus 15.3
parzialità del giudice 90.7
parziarietà delle obbligazioni 65.2
pascoli stagionali 34.5
passaggio (attraverso fondi) 51.2
passivo successorio 32.2
passo necessario 54.2
pastus pecoris 87.3
pater familias 4.2, 15.4
— fiduciarius 41.5
— patratus 8.3
— quem nuptiae demonstrant 42.5
— solitarius 33.4, 41.7
patientia servitutis 57.5
patres conscripti 4.2
patria potestas 5.9, 39.2, 40
patrici 4.2
patrimoni 1.13 e v. patrimonium
patrimonium 14.4
— (comunicabilità degli) 37.3
— furiosi 47.2
— principis 4.5, 61.1
— pupillare 45.9
patrocinium in iudicio 31.6, 79.6
— potentiorum 16.7
patronatus 16.7
patti successori 27.4
patto 82.2 v. anche pactum
— cl. di solidarietà 65.1
— commissorio v. lex commissoria
— di degustazione 78.5
— — non cedere 68.7
— — — gradimento 78.5
— — pagar meno 67.7
— — riscatto 78.4
— — riserva di un termine 78.6
— — rivendita 78.4
Pauli Sententiae 4.5
pauperies 87.3
pazzo 47.2
pecuarii 16.7
peculium 40.2
— adventicium 40.2-3
— castrense 40.2-3
— profecticium 40.2-3
— quasi castrense 40.2-3
— servile 32.3
pecunia 19.5, 34.2-3
— constituta 82.3
— dotalis 89.3
— numerata 59.5-6
— traiecticia 74.5
pegno 62.9 e v. pignus
— (necessario) giurisdizionale 62.4
— — legale 62.4
pellex 42.15, 87.6
penale v. poena
pensio 61.2, 79.2
penus legata 33.2
perceptio fructuum 50.3
perclusio locatoris 62.4, 62.9
percosso 86.2
per damnationem legatum 33.3, 82.2
— extraneam personam adquirere 26.2
— praeceptionem legatum 33.3
— vindicationem legatum 33.3
perdita del conubium 43.8
peregrini 15.3, 16.3
— alicuius civitatis 16.3
— dediticii 16.3
peregrinitas 16.3
peremptorium 13.3
perfectio emptionis 77.4
— negotii 21.3
pergamene 22.2
periculum emptoris 77.4
periodi del diritto romano 4.1
periodo arcaico 4.2
— classico 4.4
— postclassico 4.5
— preclassico 4.3
periti 11.5
periurium 81.7
permuta v. permutatio
permutatio 19.5, 77.8, 83.4
peroratio 71.6
perpetuatio obligationis 71.1, 92.2
perpetuitas servitutis 55.4
perquisitio lance licioque 88.3
persecutio 7.1
perseverantia consensus 21.3, 41.2, 60.3, 58.1
persona 14.5 e v. soggetti giuridici
— alieni iuris 15.6, 26.4
— fisica 17.1
— giuridica 17.2, 60.5
— in causa mancipii 39.3
— — mancipio, manu, matrimonio, potestate 39.3
— sui iuris 15.6
personae processuali 3.3, 10.5
personal property 49.4
— representatives 29.5
personalità dell'usufrutto 58.4
pertinenza 19.3
pesca 50.8

peso (misure di) 39.6
petitio 7.3
— hereditatis 32.7
petitum processuale 5.3, 10.3-4
petizione di eredità 32.7
pfandrecht 62.5
philosophi 16.6, 79.4
piae causae 37.3
piani di edificio 48.4
piantagione 50.5
pictura 50.5
pietas erga principem 30.4
pignoris capio giudiziale 8.7, 62.4
pignus 75.2 e v. pegno
— conventum 5.9, 62.4
— datum 5.9, 62.4, 75.2
— di cosa futura 62.5
— fructuum 62.5
— generale 62.4
— Gordianum 62.8
— in causa iudicati captum 13.6, 62.4
— nominis 62.5
— pignori datum 62.5
— publicum 62.6
— quasi publicum 62.6
— rei alienae 62.5
— speciale 62.4
— su iura in re aliena 62.5
— tacitum 62.4
piombatura 50.3
piscatio 50.8
pistores 16.7
[illegible] 62.9
plebecula 15.7
plebeii 4.2
— gentes non habent 15.2
plebiscita 4.3
plebs v. plebeii
pledge 62.9
plumbatura v. adplumbatio
plura delicta in una re 9.5
pluralità di creditori 8.6
— — successori 32.4
— — tutori 45.7
pluris petitio 10.3, 11.7
poena capitis 14.5
— contumaciae 13.3
— cullei 28.4
— secundarum nuptiarum 45.10
— temere litigantium 11.4
poligamia 41.3
pollicitatio 84.4
pomerium 4.2
Pomponio (Sesto) 4.4
pontifices 4.2, 7.2
popolo 7.2
populus Romanus 4.3, 17.2
portavoce v. nuncius
portio debita 19.4
— virilis 65.2
positum vel suspensum 90.6
possessio 34.2, 35
— ad interdicta 5.9, 36
— — — anomala 36.3
— — usucapionem 54.4
— agri publici 35.4
— animo retenta 36.5
— arcaica 35.2
— bonae fidei 35.3, 50.3, 51.2
— bonorum 32.8, 37.1
— civilis 35.5, 54.4
— clandestina 36.2
— corporalis 35.5
— corpore retenta 36.5
— del creditore pignoratizio 36.2
— — dominus proprietatis 58.3
— — nudo proprietario 36.2
— — precarista 36.2
— — sequestratario 36.2
— — titolare di ius in a. vectigali 36.2
— dell'usufructuarius 58.3
— e mancipium 35.2
— extraquiritaria 35.2
— ininterrotta 54.1
— iure dominii 54.1
— iuris 36.4
— momentaria 36.2
— naturalis 35.5
— pignoris 62.7
— pro alieno 35.5
— — suo 35.5
— vacua 77.6
— vel ususfructus 53.3
— vitiosa 36.2
possession vaut titre 49.3
possesso 3.12, 5.9, 36.5 e v. possessio
— di buona fede 49.3
— paraereditario del patrimonio v. bonorum possessio
possessor ergo dominus 1.12
— fittizio 51.2
— pro herede 32.7
— — possessore 32.7
possibilità della servitus 55.4
possidere animo 36.5
— corpore 36.5
Postglossatori (scuola) 6.2
postliminium in bello 15.4
— — pace 15.4
— reversi 15.4
postulatio actionis 11.2-3
— pro aliis 11.2, 16.4, 36.6
— — se 11.2, 16.6
— tutoris 45.5
postumi adgnati 28.4, 28.7, 28.9
— alieni 28.7
— Aquiliani 28.4
— Iuliani 28.4
— sui 28.4, 28.7
— Velleiani 28.4

postumorum loco 28.4, 28.7
potentiores 16.7, 61.3, 69.4
potere costituzionale 5.2
— di governo 1.2
— giuridico 1.9
potestà dominicale 52.1
— dei genitori 39.2
— maritale 39.4
— pubblica 1.9
— suprema 4.3
potestas 4.3
— dominica 34.3, 52
— magistratuum 4.3
— patria 39.2, 40
— sui liberi in mancipio 39.3
potestà tutelare 45.5
potis esse (sedere) 35.2
praecepta iuris civilis 5.5
praeceptio legati 33.3
praecipitatio e saxo 88.3
praedes litis et vindiciarum 8.3, 70.6
— sacramenti 8.3, 70.6
praediatura 70.6
praedones 15.4
praeesse privatis 4.2
praefecti iure dicundo 11.1
praefectura 4.3
praeiudicia 10.2
— ex lege Cicereia 72.4
praemium emancipationis 40.3
praenomen 15.7
praepositio procuratoria 26.2, 26.4
praepositus sacri cubiculi 4.5
praerogativa temporis 57.1
praescriptio legis 4.3
— longi temporis (acquisitiva) 53.3, 54.4
— — — (contra creditorem) 68.8
— longissimi temporis 54.5
— pro actore e pro reo 10.5
— verborum 83.3
praesenti litem addicito 11.6
praeses provinciae 4.3
praestare 66.2
— custodiam 95.4
praesumptio iuris 13.4
— Muciana 42.2
— paternitatis 42.3
praeteritio degli heredes sui 30.2
— bona, mala mente 30.4
— liberorum 30.3
praetor exercitus 4.2
— fideicommissarius 33.5, 33.7
— legionis 4.2
— liberalium causarum 13.1, 52.3
— maximus 4.2
— peregrinus 4.3
— tutelarius 13.1, 45.2, 45.5
— urbanus 4.3
praetores (consules) 4.3, 4.5
precarium 36.2, 83.8
precedenti giudiziali 10.2, 11.6, 13.1, 13.4
— giurisdizionali 4.3
preclusione processuale 13.8
prelegato 33.3
preleggi ital. 5.4
premessa formulare 10.3
preposti all'attività commerciale 26.3
presa corporale giudiziale 8.2
— — stragiudiziale 8.2
prescrizione acquisitiva 54.4
— estintiva 68.1, 68.8
prestanome 2.8
prestatori di lavoro 79.6
prestazione impossibile 41.1
— in luogo di adempim. 67.6
— obbligatoria 63.4, 66.2
— diversa 91.1
— sostitutiva 67.6
prestito ad uso 75.3
— di consumo 74.4
— marittimo 74.5
presunzione v. praesumptiones iuris
— di legge 3.5
presupposizione 25.5
presupposti dell'attività giuridica 2.4
pretesa giuridica 1.9
— erga omnes 1.11
pretii solutio 77.8
prezzo 77.3
pretori ital. 13.1 e v. praetores
prigionia v. captivitas
— di guerra v. ius postliminii, redempti ab hostibus
— per debiti 18.6
princeps 4.4
principale 2.10
principatus 4.4
principe v. princeps
principio di utilizzaz. negoziale 21.5
— economico 41.1
— monogamico 41.1
prior tempore potior iure 1.14, 62.6
Prisco (Giavoleno) 4.4
— (Nerazio) 4.4
privatus 5.2
privilegio 3.4 e v. privilegium
— dei responsi pubblici 4.4
— sui beni 62.9
privilegium 4.3, 5.8
— exigendi 62.6
probatio operis 79.7
probationes 11.6, 13.4
— artificiales 10.2
procedibilità condizionale 13.2
procedimento apud iudicem 7.3, 11.6
— cum poena 12.2
— giurisdizionale 3.3, 7.1
— incidentale 3.1
— in iure 7.3
— per rescritto 13.7

— sine poena 17.2
— sommario 13.7
procedura delle legis actiones 7.4, 8
— extra ordinem 13
— per formulas 7.4, 9
procedure 3.3
processo cautelare 3.3
— civile stat. 13.3
— di cognizione 3.3
— — esecuzione 3.3, 11.6
— — stato 11.3, 16.2, 20.5
— — libertà 16.2
— giurisdizionale 3.3
— nelle province 4.3
proconsules 4.3-4
procreazione ex iustis nuptiis 40.5
Proculiani 4.4
Proculo 4.4
procura 2.10
procurato aborto 15.3
procurator 13.2, 26.2
— ad litem 13.2
— falsus 26.4
— in rem suam 69.5
— omnium bonorum 11.2, 26.2
— praepositus unius negotiationis 76.2
prodigia vel ostenta 15.2
prodigus 20.3, 44.3, 47.3
proditio interregis 4.3
produzione del diritto 1.7
profecticia dos 43.2
profecticium peculium 40.2-3
professio apud acta 92.6
— liberorum natorum 18.1
professioni intellettuali 79.6
profitti a vendere 58.7
pro forma 24.2
— herede gestio 31.3
— rata obligatio 65.2
profferta 84.4
prohibitio 37.4
prolatio sententiae 11.7, 13.5
promagistrati 4.3
promessa al pubblico 84.4
— di dote 72.2
— di matrimonio 43.12
— giurata del liberto 70.4
promesse come di garanzia 12.4
— pretorie 12.4
promissio de vitiis rei emptae 77.7
promissio dotis 43.2, 72.2
— iurata liberti 16.2, 70.4
promittente negoziativo 72.4
pronuntiatio iudicis 11.7
propinquanza di sede 70.3
pro parte testatus 27.4
property 49.3, 49.4
propraetores 4.3-4
proprietà 49.1 e v. dominium
— fiduciaria v. fiducia
— peregrina 49.4
— per piani 60.2
— pretoria 5.9, 53.3-4
— provinciale 5.9, 53.3
— quiritaria 54.1
proprietas 49.2
propter usumfructum possidere 36.2
proscriptio bonorum 12.5
prosecuzione dei giudizi 15.5
prospectus 54.2
prostituzione 16.6, 43.11, 52.2
protettorato 4.3, 17.2
prova dell'adempimento 67.5
— in giudizio 11.6, 13.4
provinciae 4.4
— Caesaris 4.4
— magistratuum 4.3
— senatoriae 4.4
provocatio 13.5
— sacramento 8.3
provvedimenti di ripristino 17.3
— ingiuntivi di urgenza 17.2
provvedimento 2.5
— di governo 1.7
provvista nuziale 41.12
prudentia iuris 4.2
pubblicazione del testamento 28.11
pubblici registri 27.5
pubblicità degli atti priv. 22.1, 22.5, 57.3
puberes 20.3, 41.3
pubertas 20.3, 41.3
pubertati proximi 20.3
publica 80.2
— femina v. meretrices
publicanus 8.7, 80.2
pudicitia adtemptata 90.2
pupillaris substitutio 28.5
pupillus (sine tutoris auctoritate) 45.8
purgatio morae 92.2

Quadrans 32.4
quadrans 33.4
quaestio 4.4
— de servis 28.11, 91.3
— status 52.3
quaestores 4.3, 4.5
— parricidii 4.2
— sacri palatii 4.5
quaestus 80.5
qualificazioni formali 1.8
— oggettive 1.8, 13
— soggettive 1.8, 15
— spaziali 1.8
— temporali 1.8
quanti Ai Ai interest (certi, incerti) 10.4
— ea res est (cert., incert.) 10.4
quantum aequum et bon. videbitur 10.4
quarta divi Pii 33.4
— Falcidia 33.5
— Pegasiana 33.7

— Sabinianum 30.4
quasi colonus 57.7
— ex contractu 65.8
— — delicto 65.9
— — maleficio 65.8
— possessio 36.3-4
— traditio usufructus 58.5
— usufructus 59.3
quattuorviri (duoviri) iure dicundo 31.1
querela inofficiosae donationis 30.4
— — dotis 30.4
— inofficiosi testamenti 30.4
— non numeratae pecuniae 71.3
— penale 87.3
questione incidentale 13.5
questori v. quaestores
qui dolo desiit possidere 33.7, 51.2
— liti se obtulit 33.7, 51.2
quidquid dare facere oportet 10.4
quietanza 67.5
quiritario 32.4
Quinquaginta decisiones 4.5
Quirites 4.2
quivis de populo 1.10, 3.2, 42.2, 97.2, 90.5-6
quota 38.1
— di riserva 30.4
— ereditaria 37.5
quote societarie 37.2

raggiro negoziale 24.5
ragion naturale 5.4
ragioni di scusa v. excusationes
Ramnes 4.2
rapina 5.9, 88.5
— qualificata 90.4
rapporti (del) ius privatum 3.9
— assoluti 5.9, 1.11, 14.1-3, 34.3
— — di parentela 5.9, 62
— — dominicali 5.9, 49
— — familiari 5.9, 39
— — in re aliena 5.9, 55-62
— — — senso improprio 1.11, 5.9
— — parafamiliari 5.9, 44
— ex die 23.3
— giuridici (in generale) 1.8-14
— — ad diem 23.3
— — — esecuzione coattiva 1.12
— — — — libera 1.12
— — di debito 1.12, 5.9
— — — responsabilità 1.12
— — intersubiettivi 14.1-2
— — intrasubiettivi 2.2
— — privati 1.8
— — pubblici 1.8
— relativi del ius priv. 1.11, 5.9, 63
rappresentanza 2.10, 26
— diretta 2.10
— indiretta 2.10
— necessaria 2.10
— spontanea 2.10
— volontaria 2.10
rappresentazione ereditaria 29.7
raptum uxoris 41.4
ratifica negoziale 2.13, 81.5
ratihabitio mandato comparatur 83.5
ratio iuris 3.2
raub 90.4
raudusculum 50.10
Razionalisti (scuola) 6.2
razza 15.7
realizzazione del diritto 1
real property 49.4
reato 87.1
— di usura 66.3
recepta 82.3
receptum arbitrii 82.7
— argentarii 82.5
— nautarum caup. stabular. 82.6
recezione germanica del dir. rom. 6.2
Rechtsgeschäft 2.5
recitatio testamenti 28.11
reclamo contro il testam. imp. 30.4
— — la donazione impietosa 30.4
— — — dote impietosa 30.4
recuperatores 10.3
— in vadimonio 11.3
recusatio iudicis 11.3
redempti ab hostibus 16.5, 39.3
redemptio servi suis nummis 52.3
redemptores litium 69.4
redhibitio 77.7
reditus 89.4
reductio civis in captivitatem 15.4
referendum abrogativo 6.6
reficere parietem 55.4
regifugium 4.7
regime delle acque 49.6, 54.7
— patrimoniale del matrimonio 43
registrazione di entrata 73.2
— — uscita 73.2
registri della popolazione 15.7
— dello stato civile 15.3
— pubblici 22.5
regiudicanda 11.4
regiudicata 11.8
regola di giudizio 4.3, 6.3, 9.2, 10.1
regolamenti amministrativi 6.4
— contrattuali 71.2
— privati 1.8
regolamento di debito 82.4
regula Catoniana 21.8, 31.6
— iuris 3.2
rei vindicatio 8.3, 72.5, 51.2
— — incertae partis 50.4
— — partiaria 39.5
relatio iurisiurandi 13.5
religione e diritto 1.3
relocatio tacita 75.7
rem tenere 33.5

remancipatio al pater 40.3
remissio condicionis ope magistr. 25.9
— mercedis 79.7
— pignoris 62.8
— servitutis 57.2
— usufructus 58.6
remissione del debito 65.1-2, 65.7
remotio del tutor Atilianus 45.6
rendita 60.6
renuntiatio mandato 81.3
— societati 80.3
repetitio usufructus 58.6
replicatio 10.5
repromissiones praetoriae 12.4
repubblica v. respublica
repudiatio hereditatis 34.3
repudium 41.9
requisizione di beni priv. 49.5
rerum hereditariarum furtum 37.5, 90.3
— repetitio 8.3
res 19 e v. cosa
— accessoriae 50.5
— alienae 77.2
— amotae 42.7
— communes civitatium 19.9
— — omnium 19.9, 50.6
— derelictae 50.8
— (e ius) 14.3
— extra commercium 19.9
— — — divini iuris 19.9
— — — humani iuris 19.9
— — patrimonium 19.9
— furtivae 50.9, 54.4
— habiles ad usucapionem 50.9, 54.4
— hereditaria 12.8
— hostium 50.8
— immobiles 19.7, 49.4
— in bonis alicuius 19.10
— — commercio 19.9
— — iudicium deductae 12.4, 13.8
— — patrimonio 19.9
— — usu publico 19.9
— incorporales 18.2
— inter alios acta 31.8
— inventae in litore maris 50.8
— iudicanda 13.3
— iudicata 31.8
— locatae 79.2
— mancipi 19.8
— mobiles 19.7
— nec mancipi 19.8
— nullius 19.10, 50.8
— — in bonis 19.10
— obligata 62.1
— pignorata 62.3
— postliminio reditae 53.4
— privata principis 6.5, 61.3
— publicae 19.9
— quae ex pluribus inter se cohaerentibus constant 19.2
— — — distantibus consist. 19.2
— — gregatim habentur 19.2
— — in genere funct. recipiunt 19.6
— — pondere num. mens. consist. 19.6
— — uno spiritu continentur 19.2
— — usu consumuntur 19.5
— — — minuuntur 19.5
— — veniunt 77.2
— religiosae 19.9
— sacrae 19.9
— sanctae 19.9
— semoventia 19.7
— sperata 77.2
— subreptae 50.9, 54.4
— universitatis 19.9
— vi possessae 50.9
rescissione magistratuale 12.5, 77.3
— negoziale 2.14
rescripta principum 4.4-5
rescriptum M. Aurelii de compensat. 68.6
resolutio mandati 81.3
respondere ex auctor. principis 4.4
responsabilità aquiliana 89.3
— civile 1.12, 89.3
— contrattuale 91
— criminale 1.12
— da damnum iniuria datum 89.3
— — fraus creditorum 92.5
— — furtum 88.3
— — iniuria 88.2
— — mora solvendi 92.2
— — rapina 88.4-5
— del tutore 45.7
— ex delicto del sottoposto 28.4
— extracontrattuale 87-90
— illimitata 17.2
— limitata 17.2
— oggettiva 1.12, 32.3, 87.6, 91.3
— penale 1.12
— per custodia 91.4
— — evizione 77.7
— — vizi occulti 77.7
— soggettiva 1.12, 91.3
responsum 4.4
respublica 4.3, 4.5
— romano-nazionale 4.3
— romano-universale 4.4
resti della giurispr. postclassica 4.5
restipulatio 71.3
restitutio in integrum 12.5
— natalium 26.2
restituzione della dote 43.3-5
retentio pignoris 62.7
— propter impensas 43.4
— — liberos 43.4
— — mores 43.4
— — res amotas 43.4
— — — donatas 43.4
— soluti 64.3, 86.2

[illegible] 79.6
retratto litigioso 69.4
retroattività della condizione 25.4
reus 65.1
reverentia coniugale 42.2
— liberti 16.2
reversio ad dominum 50.9
revindica dei beni caduchi 31.4
revoca degli atti fraudolenti 92.1
— del legato 33.6
— — testamento 28.8
— negoziale 2.13-14
revocatio in duplum 11.9
— in servitutem 16.2, 52.3
— mandati 61.3
rex 4.2
— sacrorum 4.2
richiesta dell'adempimento 92.2
— di condanna 10.2, 10.4
ricomposizione in iure 13.3
riconoscibilità dell'error facti 24.7
ricostruzione della nascita 16.2
— ricusazione del giudice 13.5
riduzione del neg. giur. 2.13, 21.5
— — pignus 52.8
— testamentaria 30.4
riferimento del giuramento 11.6
rilevanza giuridica 1.8, 2.3
rinnovazione del neg. giur. 21.5
rinuncia all'eredità 31.3
— del socio 80.3
rinvio del giudizio 13.6
riporto (contr. di) 77.8
ripristino integrale 17.3
risarcimento dei danni v. damnum
riscattati dalla prigionia 16.5
riscatto dell'enfiteusi 61.4
riserva del legato 33.6
— ereditaria 30.4
— mentale 2.6
risoluzione del negozio 2.13, 2.14
ritenzione v. retentio
— del pegno 86.2
ritrovamento 50.8
rivendicazione v. rei vindicatio
rivoluzione plebea 4.2
rogatio fideicommissaria 39.1
— legis 4.3
Roma 4.2
— Nova 4.5
romanizzazione 3.5
rottura del testamento 28.9
ruina 96.4
rule of precedent 6.1
ruolo delle cause 13.5
ruta et caesa 19.3
Rutiliana puella 78.3

Sabiniani 4.4
Sabino (Masurio) 4.4
saccheggio 90.4
— in occasione di calamità 90.4
sacerdotes 20.3
sacertas hominum 15.5
— rerum 19.9
sacra publica populi Romani 4.3
sacramento provocare 9.5
sacramentum 9.5
sacrorum detestatio 40.4
sacrum consistorium 4.5
salario da lavoro 79.6
saldatura 50.5
saltus hiberni et aestivi 36.5
salubritas 57.6
salva rerum substantia 58.1, 58.4
Salvio Giuliano 4.4
sanatoria del neg. giur. 2.13, 21.5
— della mora 92.2
sanctio legis 4.3
sanità mentale 20.3
satio 50.5
satisdatio 12.4 e v. cautio
— damni infecti 51.6
— ex operis novi nunciatione 51.7
— iudicatum solvi 51.2
— pro praede litis et vindiciarum 51.2
— rem pupilli salvam fore 45.7
— vadimonii causa 11.3
satisdationes praetoriae 12.4
satisfactio 67.1
— actoris 13.7
scambio di comparse 13.3
scarpata 49.4
scelta del tutore 46.3
Scevola (Q. Cervidio) 4.4
schiavitù 52.2 e v. servus
schiavo (nome dello) 15.7
scholae palatinae 4.5
Scholia Sinaitica 4.5
scientia fraudis 92.3
scioglimento del matrimonio 41.8
scolo delle acque 53.9, 54.2
scommesse 64.3
sconto bancario 75.7
scorte dell'azienda 59.3
scrinia 4.5
scriptura 50.5
— del iudicium 10.1
— exterior 22.2
— (forma negoziale) 22.2
— interior 22.2
— stipulationis 71.3, 71.9
scripturae [illegible] 15.3
scritturazione v. scrittura
scusabilità dell'error facti 24.7
se operasque suas locare 79.6
sectio bonorum 12.6
secundae nuptiae 41.10
— tabulae testamenti 28.5
sede del rapporto giuridico 15.7

segreto testamentario 28.2
selvaggina 50.8
semel heres semper heres 28.4
— testator semper testator 28.8
semis 32.4
senato v. senatus
senatores 16.7
senatus 4.2-3
— cognitio 13.1
— populusque Romanus 4.3
senatusconsultum 4.3-4
— Afinianum 30.4
— Claudianum de contubernio 52.3
— — — nuptiis 41.3
— Iuventianum 32.7
— Macedonianum 20.4, 74.4
— Neronianum (adv. falsarios) 72.2
— — de legatis 33.4
— Orphitianum 29.4
— Ostorianum 16.2
— Pegasianum 33.7
— Plancianum de partu agnosc. 41.10
— Silanianum de servis 28.11, 32.5
— Tertullianum 29.4
— Trebellianum 33.7
— Velleianum 26.4, 72.6
senex coemptionalis 46.6
sensale di fidanzamenti 41.12
sententia 13.5
— (esecuzione della) 13.9, 13.6
— interlocutoria 13.5
— iudicanda 8.2
— iudicis 8.2, 11.7, 13.5
sentenza giudiziale 8.2, 13.7, 13.5
separatio bonorum 32.2
— bonorum defuncti 32.2
— fructuum 50.3
— heredis necessarii 32.3
separazione dei beni del defunto 32.2
— coniugale dei beni 45.1
— dei coniugi 41.9
sepoltura 39.9
septimontium 4.2
septunx 32.4
sepulchrum 39.9
— familiare e hereditarium 39.9
— violatum 70.10
sequestro convenzionale 75.6
sermo iuris Romani 5.1
sermones peregrini 5.1
serva meretrix 52.2
servandum dare 75.4
servi 52
— bona fide servientes 52.3
— de facto 16.5
— fisci 16.7
— glebae 16.7
— publici 52.2
Serviani 4.3
serviens bona fide 52.3
Servio Sulpicio Rufo 6.3
servitù prediali 3.9, 55.4 e v. servitus
servitus (schiavitù) v. schiavitù, servus
— (praedii) 55-57
— actus 56.1
— altius non tollendi 56.3
— anomale 56.4
— aquae haustus 56.2
— aquaeductus 56.1
— arenae fodiendae 56.2
— calcis coquendae 56.2
— cloacae 56.3
— cretae eximendae 56.2
— fluminis 56.3
— itineris 56.1
— luminibus officiendi 56.4
— ne luminibus officiatur 56.3
— — prospectui officiatur 56.3
— oneris ferendi 55.4, 56.3
— pecoris ad aquam adpulsus 56.2
— — pascendi 56.2
— proiciendi 56.3
— protegendi 56.3
— servitutis 55.4
— stercilini 56.3
— stillicidii 56.3
— — non avertendi 56.4
— tigni immittendi 56.3
— tollendi 56.4
— viae 56.1
servitutes divisae 55.4
— in faciendo 55.4
— — solo 56.1
— — superficie 56.3
— industriali 55.4
— irregolari 56.4
— legis 56.2
— mancipi 56.1
— nec mancipi 56.1
— negative 55.4
— personarum 56.4, 58.1
— positive 55.4
— praediorum 55-57
— praetoriae 56.4
— provinciali 56.4
— rusticae 56.2
— urbanae 56.3
servizi bancari 75.7
servus 52
— actor 26.2
— communis 38.2
— cum libertate heres institutus 33.2
— fisci 16.7
— fugitivus 36.5
— glebae 16.7
— index 52.3
— poenae 52.3
— publicus 52.3, 61.2
— quasi colonus 52.2
— (servi loco) 16.5, 39.3

— vicarius 52.2
sesso femminile v. sexus muliebris
Sesto Cecilio Africano 4.4
— Elio Peto Cato 4.3
— Pomponio 4.4
sextans 32.4
sexus muliebris 16.4, 20.3, 46.3
si non facit 88.3
— se telo defendit 88.5
silenzio 24.3
silva caedua 50.3
simulazione (negoziale) 2.8, 24.3
sinallagma (negoziale) 7.7
sincretismo romano 4.2
sinendi modo legatum 33.3, 84.3
singrafe 73.4
sistema dell'inquisitio 13.4
— giuridico 3.6
— giuridico romano 39.6
— procedurale 3.3
sistemazione civilistica 4.1
— edittale 4.1
— espositiva 1.6
— giurisprudenziale 4.1
— istituzionale 1.6, 4.1, 4.6
sistemi normativi 1.4
— romani 4.6
— processuali 7.4
situazioni giuridiche soggettive 1.9
small claims courts 7.1
socialità e storicità del diritto 1.3
società 80 e v. anche societas
— apolitica 1.2
— commerciale 80.3
— di capitali 80.5
— politica 1.2
— umana 1.2
— unipersonale 15.7
societas 5.9, 80
— argentaria 80.2
— danistaria 80.2
— in tempus vitae 80.2
— irregularis 80.2
— iuris civilis 37.4, 80.1
— leonina 80.2
— omnium bonorum 80.1
— — quae ex quaestu veniunt 80.1
— publicanorum 80.2
— re contracta 80.1
— Rutiliana 23.2
— tenuiorum 17.2
— unius negotiationis 80.1
— vectigalis 80.2
— venaliciaria 80.2
soci come comunisti 38.2
socio d'opera 80.3
sodalitates 17.2
soddisfacimento obbligatorio 67.1
soft justice 7.3
— law 6.5
soggetti delle obbligazioni 65
— giuridici 15-17
— — immateriali 17, 80.5
— — limitati 2.4, 16
soggettività giuridica 2.4, 15-17
soggetto attivo dell'adempimento 67.2
— passivo dell'adempimento 67.3
soggezione giuridica 1.9
[illegible] liberorum quaerendorum 40.5
solarium 60.1
solidarietà dei diritti 1.14
— ex iure 65.4
— — volontaria 65.4
solis occasus 20.1
soluti retentio 64.3, 86.2
solutio 67 e v. adempimento
— indebiti 86.2
— iudicii 11.5
— obligati 63.2
— per aes et libram 22.3, 63.2, 68.2
— pretii 77.6
soluzione obbligatoria 67.1
— per atto librale 68.2
solve et repete 73.4
somministrazione (contr. di) 77.8
sopportazione di servitù 57.1
soprasuolo 49.5, 50.5, 60.2
sopravvenienza di figli 42.8
sordi 47.4
sors 64.5
sostituzione al pupillo 45.8
— ereditaria 28.5 e v. substitutio her.
— fedecommissaria 28.5, 35.7
— nell'attività negoziale 2.10, 26
— ordinaria 28.5
— processuale 11.2
sottoposti a potestas 15.6, 20.4
sottosuolo 49.5, 54.2
sovranità 1.2
sovrintendente patrimoniale 26.2
spada 41.3
Spartaco 16.5
spatium deliberandi 31.3
spazio aereo sovrastante 49.5
specificatio 30.6
specificità della condanna 13.2
spedizione (contr. di) 81.7
spei emptio 77.2
spese v. impensae
— della procedura 13.7
spiegazione formulare 10.5
spondere 71.1
sponsalia 41.32
sponsio v. stipulatio
— di garanzia 71.1, 72.6
— internazionale 71.1
— praeiudicialis 11.2
sponsorizzazione 73.1
sportelli bancari 82.5
sporti fissi 15.4, 41.11

stabilimenti di ospitalità 82.6
stabularii 82.6
stallieri 82.6
stare decisis 6.3, 13.1
statalità o socialità del diritto 1.3
statio vicesimae 28.13
stato 1.2
— a struttura complessa 1.2
— «civile» 15.3
— composto 1.2
— di insolvenza 32.5
— — necessità 7.5
— federale 1.2
— personale (status) 1.8, 14.5
statuliber 52.4
status civitatis 14.5
— familiae 14.5
— libertatis 14.5
— quaestio 52.5
— rei publicae 5.2, 5.3
— servorum 52.5
statute law 6.3
statuto costituzionale 1.7, 6.4
— dei lavoratori 79.6
— regionale sic. 6.4
stilis 24.2
stima giudiziale v. aestimatio litis
stipendio da lavoro 79.6
stipendium 33.3, 67.1
stips 67.1
stipula 67.1, 71.1, 71.5
stipulatio 5.9, 12.4, 71-72
— aedilicia 12.4
— alteri 71.2
— Aquiliana 72.3
— certi 71.3
— de dote restituenda 43.3, 72.2
— de evictione 77.7
— duplae 77.7
— habere licere 77.7
— in alterum 71.3
— — dando 71.3
— — faciendo 71.3
— — singulos annos 66.6
— incerti 71.3
— iuris gentium 5.5
— novatoria 72.3
— poenae 72.5
— post mortem 71.2
— postclassica 71.5
— praetoria 12.4
— sortis et usurarum 74.4
— usuris debiti 65.4
— usurarum 66.9, 72.1, 74.4
stipulatore v. stipulatio
stipulazione v. stipulatio
— aggiuntiva 72.4
— di garanzia 72.6
— penale 72.5
stirps 29.2
stravaglio 50.4
storia romana 4.1
storicità del diritto 1.3
strade pubbliche 59.9
stranieri 15.5
stretto diritto 5.6
striges 49.4
struttura del diritto 1.4
— — iudicium formulare 10
studio del diritto romano 4.1
stuprum 41.11, 42.2
suoli 56.7
subappalto 79.7
subiectio servi loco 16.5
sublocatio operis 79.7
subordinaz. ai precedenti imperiali 13.2
subpignus 62.5
subreptio rerum 50.9
subsecutiva 49.4
sussistenza 14.4
substitutio heredis 28.5
— pupillaris 28.5
— quasi pupillaris 28.5
— vulgaris 28.5
successibili non trasmissibili 30.1
successio ab intestato 29
— ex testamento 28
— fideicommissaria 28.10, 33.7
— in ius 27-33
— — — defuncti 27.2-4
— — singulas res 27.2, 33
— — universum ius 27.2
— inter vivos 2.2, 27.2, 40.4
— per rappresentazione 29.3
— possessionis 51.4
successione v. anche successio
— a causa di morte 2.2, 5.9, 27-33
— amministrativa 2.2
— giudiziale 2.2
— in un rapporto giuridico 2.2
— legale 2.2
— necessaria 30
— nel patronato 16.2
— volontaria 2.2
successor 27.2
sudditanza 1.7
sui heredes 29.2
— — aut instituendi aut exheredandi 30.2
— iuris 15.6
— — (come oggetto giuridico) 18.6
— — (incapaci di agire) 20.2
summa sacramenti 8.3
— vadimonii 11.3
summaria cognitio 13.7
summum ius 5.6, 21.4
sumptus funerum 85.6
superficiarius 63.5, 63.7, 83.2
Sunna 6.1
superficie v. superficies
— (diritto di) 59.6

superficies 5.9, 60
— solo cedit 30.5, 60.1
supplicatio 13.5
suprema tempestas 11.6, 20.1
surdi 13.2, 47.4
surroga nel pagamento 67.2
surrogati della giurisdizione 7.3
susceptores bonorum 64.3
suspensio iudicii 11.5
suspensum 13.5
sussidiarietà dell'actio de dolo 24.5
suus heres 28.4, 29.2
syndici 17.2
syngraphae 22.2, 73.4
Synopsis Basilicorum 4.5

Tabellae ceratae 22.2
tabelliones 22.2
taberna v. actiones adiecticiae qualitatis, instrumentum tabernae
tabula 22.2
— picta 50.5
tabulae nuptiales 41.4, 43.2
— testamenti 28.2
— — inferiores 28.5
taglio furtivo di alberi altrui 90.3
taglione 88.2
talio v. taglione
tantundem eiusdem generis 74.4
tasso legale 19.4
tavole cerate 22.2
tavolette di Pompei e Ercolano 22.2
— — Transilvania 12.2
taxatio 10.5, 67.7
— emptionis 77.5
telum manu fugit 87.6
temere litigare 11.4, 13.3
temeritas agentium etc. 11.6
tempestas 91.2
tempi storici 4.3
tempo (computo del) 20.1
temporaneità dell'usufrutto 58.4
tempus ad deliberandum 31.3
— — usucapionem 54.4
— continuum 20.1
— iudicati 8.6, 12.9, 13.6
— lugendi 16.6, 41.10
— utile 20.1
tenens 49.4
teneri honoraria actione 63.6, 64.2
tenuiores 17.2
tenure 49.4
teocrazia 1.3
teoria generale del diritto 1.2, 2.3
termine negoziale 2.11, 25.5
— per deliberare 31.3
terreno funerario 19.9
territorio 1.2
— metropolitano 1.2
— pertinenziale 1.2
terzo mondo 39.2
tesi antica 10.2-3
— — riferita a un diritto 10.3
— — — — — fatto 10.3
tesoro 50.8
tessera 73.6
— nummularia 81.5
testamenti factio activa 28.6
— — passiva 28.7
testamento 28.2-3 e v. testamentum
— congiuntivo 27.4
— del parricida 28.7
— inofficioso 30.4
— internazionale 28.2
— librale 28.2
— militare 28.3
— olografo 28.2-3
— pretorio 28.2
— pubblico 28.2-3
— reciproco 27.4
— segreto 28.2
— separato 28.5
— sul piede di guerra 28.3
— tripartito 22.2
testamentum 28.1 e v. testamento
— (apertura del) 28.11
— apud acta conditum 28.2
— calatis comitiis 28.2
— desertum 28.9
— in procinctu 28.3
— inofficiosum 30.4
— iure praetorio factum 28.2
— militis 28.3
— parentis inter liberos 28.3
— per aes et libram 22.1, 23.6, 28.2
— — holographum scriptum 28.2
— — nuncupationem 28.2
— (revoca del) 28.8
— ruptum 28.9
— rure conditum 28.3
— temporis pestis conditum 28.3
— tripertitum 28.2
testatio 22.2, 22.4
— cum chirographo coniuncta 22.2
— in iure sistendi 11.7
testator 28.11
— occisus 28.11
testatus pro parte 27.4
testes 13.4
testimonia humana 11.6, 13.4
testis v. testatio, testimonia humana, unus testis
textrina 50.5
thesaurus 50.8
tignum iunctum 50.5
titolo negoziale 24.6
tinctura 50.5
tipi delle obligationes 64
tipicità delle servitus 55.3
Tipucitus 4.5

Tities 4.2
titoli di credito 73.6
titolo esecutivo 3.3
Tituli ex corpore Ulpiani 4.5
titulus ad usucapionem 54.4
— pro suo 54.4
— putativus 54.4
tollere liberum 35.5, 42.3
tormenta 31.6
torts 63.9, 87.1
traditio 50.12, 54.3
— brevi manu 50.12, 54.3
— chartae 22.2
— ex iusta causa 50.12
— ficta 50.12, 54.3
— longa manu 50.12, 54.3
— per chartam 54.3
— servitutis 57.1
— symbolica 50.12, 54.3
tradizione di cose v. traditio
— romanistica 6.1
trafugamento di cosa altrui 88.4
transactio 68.7, 83.6
transaction 2.5
transazione v. transactio
transitus legalis 80.5
translatio iudicii 11.4
— legati 33.6
— possessionis 55.2
transmissio delationis 31.7
— Iustinianea 31.7
— Theodosiana 31.7
transcriptio a persona in pers. 73.3
— — re in personam 73.3
trapezitae 82.5
trascrizione nei pubblici registri 22.5
— personale 73.3
— reale 73.3
trasferimento del dominium 77.4
traslazione del legato 33.6
trasmissione della delazione 31.7
trasporto (contr. di) 79.6
trasposizione dei soggetti 9.8
tratta cambiaria 73.4
Trebazio Testa 4.3
trespass 87.1
tresviri capitales 8.2
tria nomina 28.7
— annina 35.7
— verba legitima 7.4
— — praetoris 8.2
Triboniano 4.5
tribù genetiche 6.2
— territoriali 4.2, 15.7
tribunale domestico 35.2
— ital. 15.3
tribuni plebis 4.3
tribunicia potestas 4.4
tribus civitatis 4.2, 15.7
— gentium 4.2
tributum 33.3
— sui fundi in agro Romano 54.3
triens 32.4
trinoctii usurpatio 41.2
trinundinum 8.6
triplicatio 10.3
trittici 22.2
trovatelli 15.6
trust 17.2, 24.3, 74.3
turpitudo 16.6
— utriusque 66.4
tutela 5.9, 44.4, 48.9
— fiduciaria 45.4
— giuridica privata 3.1, 3.3, 7-11
— impuberum 20.3, 45
— libertorum 45.4
— mulierum 20.3, 46
— statale 7.3
tutor Atilianus 45.2, 49.5
— cessicius 46.4
— cognatus 45.4
— dativus 45.2-3
— decretalis 45.5
— fiduciarius 46.6
— impubere (funzioni) 45.8
— legitimus 45.2, 45.4
— mulieris suae 45.2, 46.4
— mulieris Atilianus 46.5
— — legitimus 46.4
— — testamentarius 46.3
— praetorius 45.2
— specialis 45.7
— suspectus 45.7
— testamentarius 45.2-3
— testamento datus 46.3

Ubi civitas ibi ius 1.3
— societas ibi ius 1.3
— tu Caius, et ego Caia 39.4, 41.4
udienza episcopale 13.7
— fissa 13.3
ufficiale giudiziario 13.3
ufficialità del procedimento 13.2
uguaglianza giuridica 15.7
Ulpiano (Domizio) 4.4
Ulpio Marcello 4.4
ultra petita partium 13.2
uncia 32.4
unde cognati 29.3
— familia patroni 29.3
— legitimi 29.3
— liberi 29.3
— vir et uxor 29.3
unificazione del dominium 54.3
Unione Europea 6.5
unità del procedimento 13.3
— minima di tempo 20.3
unitas actus 73.2
universitas (cd. iuris) 14.4, 17.2
— facti 19.2

— rerum 19.2
univira 36.2
unus testis nullus testis 13.4
uomo di paglia 2.8
— medio 20.2, 24.3, 91.5
urbanitatis causa 2.8, 54.2
usi civici 3.14, 59.9
uso normativo 6.4
usque ad coelum et ad inferos 49.5
usucapio 35.3, 50.9, 54.4
— libertatis 57.2
— lucrativa 67.2
— pro herede 31.6
— servitutis 57.3
— ususfructus 58.5
usucapione v. usucapio
— a titolo di erede 31.6
usufrutto 58.7 e v. ususfructus
usura (nuda) 58.5
usura 39.4, 66.5, 74.5, 77.8, 92.1
— improbae 66.5
— moratorie 66.5, 92.2
usurai 66.5, 80.2
usureceptio 61.2, 74.3
usurpatio 54.4
— trinoctii 41.2
usus 2.6, 41.2
— acquisitivo 35.2
— coniugale 39.4
— maritalis 39.4
— servitutis 35.4
— (sine fructu) 59.3
ususfructus 5.9, 58
— (negg. altri) 5.9, 59
utendum datum 75.3
uti legassit 27.3
utile per inutile non vitiatur 2.15, 21.5
utilità del negozio giuridico 21.2
— dell'oggetto 18.3
utilitas fundi 55.4
— servitutis 55.4
utiliter agere 9.8
— exceptum 85.3
utilizzazione del neg. giur. 2.12-13, 21.5
uti possidetis interdictum 36.2
utrubi interdictum 36.2
utrumque ius 6.2
uxor in manu 5.9, 39.4

Vacua possessio 77.6
vades 8.2
vadiatura 4.2, 70.5
vadimonium 11.3
— desertum 13.3
— giudiziale, stragiudiziale 11.3
— Romam faciendum 11.3
vaglia cambiario 75.4
validità del negozio giuridico 2.13, 21.2
valore (misure di) 19.6
valutazione da galantuomo 66.2
variabili della lingua giuridica 3.2
variae causarum figurae 63.7
varietà del linguaggio giuridico 3.2
Vaticana Fragmenta 4.5
vectigalia 61.2, 80.2
vedovi 16.7, 45.10
venalicia 80.2
venaliciarii 77.2
vendita 77.8 e v. emptio
— all'asta 73.5, 82.5
— a prova 78.3
— — saggio 77.2
— coattiva del patrimonio 12.6
— parcellare 17.7
— per distrazione 77.4
venditio 3.9, 77-78 e v. emptio
— a contanti 77.5
— — realizzazione differita 77.1
— bonorum 12.6
— (emptio) 77
— ex lege praediatoria 70.6
— filii 39.2
— filiorum 39.2
— hereditatis 77.2
— imaginaria 50.10
— in aversionem 78.6, 82.5
— — vacuum 70.5
— sub corona 78.6
— trans Tiberim 8.6, 88.3
— ususfructus 58.5
venia aetatis 20.3
Verazio schiaffeggiatore 68.2
verba 24.1
— certa 22.4
— e voluntas 21.4
— legitima 7.4
verbalizzazione 51.6
Verfügungsgeschäft 77.3
versamento a getto incassi 90.5
versura 74.4
verus procurator 36.4
Vestales 39.1, 46.5
vetustas servitutis 57.1
via 56.3
— publica 19.9
vigna sacra 53.5
vicesima hereditatium 28.11
— manumissionum 52.2, 52.4
vicinitas fundorum 49.6
viduae 16.6, 42.11
vilicus 76.7
vim vi repellere licet 7.5
vindex 8.2, 8.6, 11.5
vindicatio 8.3, 55.2
— (atto giuridico) 22.1
— caducorum 31.4
— in libertatem 52.3
— — servitutem 32.3
— partiaria 38.6
— pignoris 62.9

— servitutis 57.3
— ususfructus 58.7
vindiciae 6.3
vindicta 8.3, 52.4
violazione dell'officium pietatis 30.4
— di sepolcro 90.10
violenza fisica 2.8, 7.5, 24.2, 89.3
— morale 2.9, 24.6 e v. metus
vir bonus 20.2, 91.5
— et uxor (successores) 29.5
vires hereditariae 32.1
virgo vel vidua 41.11
virilis portio 45.2
viripotentis 20.3, 41.3
vis 7.5
— absoluta 2.8, 7.5, 24.2, 89.3
— ac potestas in capite libero 44.4
— animo illata 2.9, 24.6 e v. metus
— atrox 7.5
— compulsiva 2.9, 24.6
— maior 91.2
— piratarum 91.2
vita (manifestazione della) 15.3
vitae necisque ius 39.2
vitalità del nato 15.3
— — requisito giuridico 2.13
vizi della res locata 79.6
— — volontà negoziale 2.9, 24.4-7
— occulti 77.7
vocatio ab intestato 29
— — — iure civili 29.2
— — — — honorario 29.5
— — — liberti 29.7
— ad hereditatem 27.4, 35.3-5
— contra testamentum 30
— ex testamento 28
— in ius 8.2, 11.3, 13.3
vocazione successoria v. vocatio
volumen 12.2
volontà delle fonti 92.3
— coniugale 45.6
— inespressa 24.5
— negoziale 2.8-9, 24
— non seria 24.2
— viziata 24.4-7
volontarietà dell'illecito primario 87.6
voluntaria 22.2
voluntas 24 e v. erronea nulla voluntas
— e verba 21.4
Voraussetzung 25.5
votum 84.4
vox iuris 3.2
vulgo concepti 15.6, 41.11

Wirt 6.3

Stampato nel gennaio 2001
nelle officine grafiche
della Grafitalia s.r.l.
Cercola (Napoli)