

BIBLIOTECA DI RICERCA
AREA UMANISTICA

937

USS

L

cl)

UNIVERSITÀ DI NAPOLI
FEDERICO II

FEDERICO II

GUIDA
ALLO STUDIO DELLA CIVILTÀ
ROMANA ANTICA

DIRETTA DA
VINCENZO USSANI

HANNO COLLABORATO AI DUE VOLUMI*:

A. ADRIANI - G. A. AMATUCCI - V. ARANGIO-RUIZ - F. ARNALDI
L. BANTI - P. BAROCELLI - E. BRECCIA - P. BREZZI - G. CALZA
G. CAPUTO - L. S. CESANO - L. DALMASSO - A. DEGRASSI - L. DE RE-
GIBUS - G. FARENGA USSANI - C. FOLIGNO - G. GIANNELLI
G. GIOVANNONI - A. GUARINO - L. LAURENZI - AD. LEVI
M. LENCHANTIN - G. LUGLI - E. MALCOVATI - D. MUSTILLI
L. OLIVIERI SANGIACOMO - B. PACE - M. PALLOTTINO - E. PARA-
TORE - A. PASSERINI - G. B. PIGHI - G. PUGLIESE - G. RICCIOTTI
P. ROMANELLI - A. SALVATORE - J. SCUDIERI-RUGGIERI - A. SEGRÈ
T. SIUSTA - G. SPANO - N. TURCHI - F. R. VIEILLEFOND.

* IL II VOLUME È IN CORSO DI STAMPA.

ISTITUTO EDITORIALE DEL MEZZOGIORNO
NAPOLI - ROMA - MILANO

1952

ANTONIO GUARINO

IL DIRITTO PRIVATO ROMANO

I.

Cenni introduttivi.

Giusta una famosa definizione (Ulp. D. I, I, I, 2), *ius privatum* è l'ordinamento « quod ad singulorum utilitatem pertinet ». Esso disciplina quei rapporti sociali che, per essere estranei all'interesse pubblico generale, si dicono *rapporti giuridici privati*, cioè intercorrenti fra *singuli*, fra persone che stanno ciascuna a sé (*privi*).

Nostro compito vuol essere di delineare sommariamente, nelle pagine seguenti, la disciplina dedicata dal diritto romano ai rapporti giuridici privati in generale e le regole fondamentali relative ai vari tipi di r. g. privati ed alle loro vicende.

II.

I rapporti giuridici privati in generale.

1. Generalità. — 2. I soggetti dei rapporti giuridici privati. — 3. L'oggetto dei rapporti giuridici privati. — 4. Cause delle vicende dei rapporti giuridici privati. — 5. Segue. I requisiti della capacità di agire. — 6. Categorie dei rapporti giuridici privati.

1. **Generalità.** — Come tutti i rapporti sociali, ed in ispecie come ogni altro rapporto « giuridico » (cioè previsto e regolato dall'ordinamento giuridico), i r. g. privati intercorrono tra due o più *soggetti* e sono relativi ad un certo quale *oggetto*. Più precisamente, essi consistono in una situazione di preminenza (*sit. attiva*) di uno o più soggetti (*s. attivi*) ed in una *correlativa* situazione di subordinazione (*sit. passiva*) di un altro o di altri soggetti (*s. passivi*) in ordine ad un determinato bene della vita (*oggetto* del r. g.): correlazione istituita dal diritto allo scopo di assicurare la pace e l'ordine sociale, che potrebbero altrimenti essere facilmente sconvolti.

Il potere che, per effetto del favore dell'ordinamento giuridico, compete al soggetto attivo nei riguardi del soggetto passivo si disse dai Romani esso stesso *diritto, ius*, ma ovviamente in senso *soggettivo*; corrispondentemente si ritiene (adoprando peraltro terminologie e circonlocuzioni varie) che il soggetto passivo sia titolare di un *dovere giuridico* verso il soggetto attivo del rapporto.

Occorre tener presente che i r. g. privati, come tutti i rapporti giuridici, non derivano direttamente dalle norme giuridiche. Queste, infatti, si limitano a stabilire, con previsione puramente astratta, quali sono i fatti (*fatti giuridici*) il cui accadimento debba determinare la nascita, la modificazione o la estinzione di ogni determinato tipo di rapporto giuridico. Accanto agli elementi statici dei r. g. privati (soggetti ed oggetto) è necessario pertanto esaminare quelli che sono, per così dire, gli elementi dinamici dei medesimi, cioè i fatti giuridici.

2. I soggetti dei rapporti giuridici privati. — Requisiti indispensabili per poter essere considerati soggetti (attivi o passivi) di r. g. privati, per avere cioè capacità di essere titolari di diritti o di doveri giuridici (cd. *capacità giuridica*), furono, per l'ordinamento giuridico romano: l'appartenenza alla specie umana, l'esistenza, la libertà, la cittadinanza, l'autonomia familiare.

Requisiti di per sé stessi evidenti sono i primi due: *appartenenza alla specie umana* ed *esistenza* « in rebus humanis ». Si avverta, peraltro, che a partire dal periodo classico si ammise che potessero essere soggetti di r. g. privati non soltanto i *singuli* in quanto tali (cd. *personae* per antonomasia), ma anche alcune consorterie di persone fisiche (*collegia, sodalitates*: es., corporazioni di arti e mestieri, congreghe funerarie) costituitesi allo scopo di realizzare determinati interessi collettivi. Questa concezione, frutto di un processo di astrazione, si generalizzò ed estese con l'andar del tempo, sì che in diritto postclassico si pervenne a riconoscere la soggettività giuridica anche ad alcuni complessi patrimoniali sforniti provvisoriamente di titolari (es., l'eredità non ancora trasferita all'erede: *hereditas iacens*).

La *condizione di libertà* (*status libertatis*) costituiva un requisito comune alla mentalità di tutti i popoli antichi, i quali consideravano gli schiavi (*servi*) oggetti e non soggetti di rapporti giuridici. Non era difficile, tuttavia, rendere liberi gli schiavi mediante atti giuridici (*manumissiones*) compiuti dai loro padroni: tra i manomessi (*liberti*) e gli antichi proprietari (*patroni*) si instaurava una relazione giuridica speciale (*patronatus*), produttiva tra l'altro di reciproci obblighi di assistenza materiale e morale.

Anche la *condizione di cittadinanza* (*status civitatis*) era un requisito peculiare alla mentalità dei popoli antichi, i quali nutrivano la concezione della « personalità del diritto », cioè della naturale attitudine di ciascun singolo ordinamento giuridico a regolare i soli rapporti fra i cittadini dello Stato relativo. Ma le limitazioni e le eccezioni vennero sin dal periodo arcaico: sia con l'ammettere i Laziali (*Latini prisci*) al *connubium* e al *commercium* con i Romani, sia col concedere largamente la cittadinanza romana, o quanto meno la *Latinitas*, agli stranieri, sia con il permettere a questi (*peregrini*) di adire in Roma, a tutela delle loro ragioni, la magistratura del *praetor peregrinus*. L'importanza del requisito dello *status civitatis* disparve quasi del tutto a seguito della concessione della cittadinanza romana a tutti i sudditi dell'impero, fatta da Caracalla nel 212.

Strettamente caratteristico dell'ordinamento giuridico romano fu l'ulteriore requisito dell'*autonomia familiare* (*status familiae*), cioè della qualità di *persona sui iuris*, non assoggettata alla *patria potestas* di un *paterfamilias* vivente (v. n. 12). Le persone *alieni iuris*, pur essendo pienamente capaci di r. g. pubblici (es., di partecipare ai comizi, di essere magistrati, ecc.), furono considerate ab antiquo incapaci di r. g. privati: situazione che si attenuò, in qualche caso, solo nel tardo periodo classico e disparve, non senza fatica, solo nel periodo successivo. La condizione di *sui iuris* poteva acquistarsi per morte o perdita della libertà o della cittadinanza del *paterfamilias*, oppure per atto di *emancipatio* (adattamento della forma della *mancipatio*: v. n. 16) compiuto dal *paterfamilias*.

3. L'oggetto dei rapporti giuridici privati. — Non ogni fonte di interessi umani era concepita come possibile oggetto dei r. g. privati. A questo fine furono richiesti dall'ordinamento giuridico romano i seguenti requisiti: la materialità, la exteriorità rispetto al soggetto attivo, la utilità, la limitatezza e la disponibilità privata.

Il requisito della *materialità* fu inteso dai Romani nel senso più ristretto, cioè nel senso di *corporalitas* e più precisamente di tangibilità (« tangi posse »): le energie (es., l'energia elettrica) non erano ancora conosciute, né la limitata facoltà di astrazione dei Romani permise che fossero considerate come oggetto di r. g. privati le idee (es., le invenzioni industriali) o le attività (es., la prestazione di lavoro). I primi spunti di un allargamento di questa ristretta visuale si ebbero solo con il periodo postclassico.

Il requisito della *esteriorità rispetto al soggetto attivo* sta a significare che per i Romani ogni e qualsiasi entità materiale, fuorché lo stesso soggetto attivo, poteva formare oggetto di r. g. pri-

vati: cose inanimate (*res* in senso stretto), *animalia*, *servi* (*res* in senso lato) e finanche le persone libere e cittadine (purché, queste, a tempo e per uno scopo determinati). Questa concezione fu di comune applicazione nel diritto arcaico, in cui i *filii familiarum* erano oggetto di *mancipium* (v. n. 12) e gli stessi *patres familiarum* potevano auto-oppignorarsi mediante il *nexum* (v. n. 20). In diritto preclassico e classico essa andò progressivamente affievolendosi, sì che tipico oggetto di r. g. privati furono considerate le sole *res* (in senso lato): tuttavia ancora si ritenne che i *filii familiarum* fossero oggetto del r. g. assoluto detto *patria potestas* (e derivato dall'antico *mancipium*; v. n. 15), ed ancora si ammise, ad esempio, che un soggetto giuridico potesse « *se operasque suas locare* » ad un altro soggetto giuridico, rendendosi oggetto (a tempo e scopo limitati) di un r. g. relativo (obbligazione *ex locato*: v. n. 21). Solo nel diritto postclassico, per precipua influenza del Cristianesimo, l'antica concezione disparve.

Il requisito dell'*utilità* fu inteso dai Romani nel senso di attitudine a soddisfare un bisogno umano, e più precisamente un bisogno del soggetto attivo del rapporto. Ad esso si aggiungeva il requisito della *limitatezza*, nel senso di attitudine a determinare nel soggetto attivo l'interesse a compiere un sacrificio per trarre utilità dal bene: non furono pertanto considerate capaci di formare oggetto di r. g. pubblici e privati le cd. *res communes omnium*, quali l'aria, l'*aqua profluens* (piovana?), il mare.

Si richiese, infine, la *disponibilità privata*: che cioè i beni non fossero sottratti al *commercium* dei soggetti giuridici privati dal fatto di essere specificamente destinati a soddisfare interessi pubblici o religiosi. *Res extra commercium* furono considerate: le *res sacrae*, destinate al culto degli dèi superi (es., i templi), le *res religiosae*, destinate al culto degli dèi inferi (es., i sepolcri), le *res sanctae*, quali le porte e le mura della città ed i confini dei campi, le *res publicae*, cioè quelle appartenenti allo Stato, le *res universitatis*, appartenenti alle minori *universitates* pubbliche (*civitates*, *coloniae* ecc.).

4. **Cause delle vicende dei rapporti giuridici privati.** — Come si è avvertito (v. n. 2), causa immediata delle vicende di un r. g. privato (costituzione, modificazione o estinzione dello stesso) è il verificarsi *in concreto* dei presupposti astrattamente fissati dall'ordinamento giuridico, cioè il prodursi di un fatto corrispondente a quello ipotizzato dalla norma (*fatto giuridico*). Ponendo mente alla ricchissima casistica offerta dalle fonti giurisprudenziali romane, i fatti giuridici vanno distinti in fatti naturali e fatti volontari o atti;

gli atti giuridici vanno suddivisi in leciti ed illeciti; gli atti leciti possono classificarsi come atti negoziali o come meri atti.

Fatti giuridici naturali sono quelli il cui avveramento è indipendente dalla volontà dei futuri o attuali soggetti del rapporto: la morte, la fruttificazione di una pianta, l'attività di un terzo estraneo al rapporto. *Fatti giuridici volontari* o *atti giuridici* sono, invece, quelli il cui avveramento è precipuamente determinato dalla volontà dei futuri o attuali soggetti del rapporto: essi sono *leciti*, se il comportamento in cui consistono non è proibito dall'ordinamento giuridico, *illeciti*, se il comportamento è vietato (es., danneggiamento, omicidio, insolvenza).

Tra gli atti giuridici leciti rivestono particolare importanza i cd. *negozi giuridici*, cioè gli atti cui il diritto riconosce non una generica possibilità di produrre effetti giuridici, ma la possibilità di produrre effetti giuridici conformi alla *volontà manifestata* da chi li compie ed allo *scopo pratico* che con essi si è voluto raggiungere: con l'ammissione della quale categoria si cerca dagli ordinamenti giuridici di conciliare nel miglior modo le esigenze superiori di regolare i r. g. privati in certe guise con l'*autonomia privata*. I negozi si dicono *unilaterali* se constano di una o più manifestazioni di volontà volte alla realizzazione di un unico interesse, *bi-* o *plurilaterali* se constano di due o più manifestazioni (o complessi di manifestazioni) volte allo scopo di contemperare tra loro interessi divergenti (« *consensus in idem placitum* »). Se lo scopo pratico (cd. *causa*) è quello di ottenere un vantaggio in cambio di un sacrificio che si compie, il n. g. si dice a titolo *oneroso*; se viceversa lo scopo pratico è di assicurare a taluno un vantaggio senza un corrispettivo sacrificio, il n. g. si dice a titolo *gratuito* o *donandi causa* (o anche, dai Romani, in periodo classico, *donatio*).

I Romani andarono assai cauti nel riconoscimento dell'autonomia privata. I negozi giuridici del *ius civile* furono pochi e furono sottoposti a tali esigenze prestabilite di forma, che in verità volontà e causa rimanevano come assorbite dalla formula solenne da pronunciare o da scrivere; lenti progressi furono compiuti dal sistema del *ius gentium* e da quello del *ius honorarium*; ma solo in periodo postclassico poté dirsi verificata una situazione analoga a quella degli ordinamenti giuridici moderni, i quali lasciano di regola la massima libertà all'autonomia privata di determinare gli effetti giuridici.

5. **Segue. I requisiti della capacità di agire.** — Non tutti i soggetti giuridici (cioè i giuridicamente capaci) erano capaci di compiere validamente atti giuridici leciti. Per avere la *capacità di*

agire occorre, in tempi storici, il concorso di questi ulteriori requisiti: età pubere, sesso maschile, sanità psichica.

Il requisito dell'età *pubere* (secondo i Sabiniani 14 anni per l'uomo, 12 per la donna) era richiesto in base alla presunzione che prima di tale età si fosse incapaci di intendere e di volere. Nel periodo arcaico l'impubere era probabilmente addirittura incapace giuridicamente, di modo che alla morte del *pater familias* egli passava nel *mancipium* di un *adgnatus* pubere della stessa *familia* di origine. Le XII tavole, disciplinando questa consuetudine, stabilirono che legittimato ad assumere la « vis ac potestas » sull'impubere fosse anzi tutto l'*adgnatus proximus*, il più stretto parente del *pater* defunto (detto più tardi, *tutor legitimus*); ma i *patres familiarum* usarono *ab antiquo* designare essi stessi col *testamentum* (v. n. 27) una persona di fiducia che li sostituisse nella potestà sull'impubere (c. d. *tutor testamentarius*). In diritto preclassico una *lex Atilia* (ca. 200 a. C.) prescrisse che, in mancanza di tutori testamentario o legittimo, il tutore fosse nominato dal *praetor* (*tutor Atilianus*). Frattanto lo stesso concetto di *tutela* era andato evolvendosi: da rapporto analogo alla *manus* o *patria potestas* si ridusse ad un potere del *tutor* di effettuare l'*administratio* del patrimonio dell'impubere (*pupillus*), con l'obbligo di prestare il rendiconto alla fine della tutela; gli atti giuridici erano compiuti direttamente dal pupillo, ma la volontà di lui doveva essere integrata (mentre era originariamente coperta) dall'*auctoritas tutoris*.

Il requisito del sesso maschile fu richiesto in base alla presunzione di una irreducibile « levitas animi » delle donne, anche se *viripotentes*. Per conseguenza le donne furono sottoposte vita natural durante alla *potestas* (*tutela mulierum*) di un *tutor testamentarius* o *legitimus*. Come per la *tutela impuberum*, si trattò originariamente addirittura di assenza di capacità giuridica; ma, a differenza di quella, la decadenza dell'istituto fu assai rapida, data l'alta estimazione sociale raggiunta dalle donne nella Roma dei tempi storici.

Il requisito della sanità psichica fu richiesto sin da epoca molto risalente. I pazzi (*furiosi*) e i prodighi (*prodigi*) non poterono pertanto compiere atti giuridici leciti, ma dovettero essere assistiti da un apposito *curator*.

Il diritto postclassico si manifestò tendenzialmente contrario ad ammettere queste sole cause di incapacità di agire dipendenti da un'astratta presunzione di inettitudine. Si affermò in esso, sebbene non sempre chiaramente, l'esigenza di un altro requisito:

quello della effettiva capacità di intendere e di volere del soggetto al momento della commissione dell'atto (c. d. *capacità naturale*).

6. **Categorie dei rapporti giuridici privati.** — Tra le molte classificazioni che possono farsi dei r. g. privati sono di fondamentale importanza, anche per l'intelligenza di quanto si dirà appresso, le seguenti.

A) *Rapporti assoluti e rapporti relativi.* R. assoluti sono quelli che intercorrono tra uno o più soggetti attivi determinati e tutti gli altri consociati (« iura erga omnes »), che sono normalmente tenuti ad un comportamento negativo (*non facere*); r. relativi sono quelli intercorrenti tra soggetti (attivi e passivi) determinati, ed aventi normalmente per contenuto un comportamento positivo (*dare o facere*) del o dei soggetti passivi.

B) *Rapporti di debito e rapporti di responsabilità.* R. di debito sono rapporti (assoluti o relativi) consistenti in un vincolo che, per effetto di un fatto naturale o di un atto lecito, si costituisce a favore di uno o più soggetti determinati (es., obbligo dei cittadini di non turbare l'altrui *dominium*, obbligo del mutuatario di restituire al mutuante il danaro ricevuto in prestito); r. di responsabilità sono rapporti (relativi) consistenti in un vincolo che si pone a carico di uno o più soggetti giuridici verso altri determinati soggetti per effetto di un *atto illecito* commesso dal o dai primi (es., obbligo di risarcire il danno provocato con il proprio comportamento).

C) *Rapporti ad esecuzione libera e rapporti ad esecuzione necessitata (rapporti di tutela).* Per intendere questa distinzione bisogna aver presente che, di regola, l'ordinamento giuridico non attribuisce immediatamente ai soggetti attivi dei r. g. un potere di costringere materialmente i soggetti passivi al comportamento dovuto, ma attribuisce loro un semplice *potere di pretendere* il comportamento; solo nel caso che il soggetto passivo non ottemperi spontaneamente al suo obbligo si determina nel soggetto attivo un *potere di agire* per la sua *costrizione* a questa bisogna (cd. *actio*). Di conseguenza i rapporti consistenti in una semplice correlazione tra un potere di pretendere ed un obbligo di eseguire sono r. ad esecuzione libera; quelli che si sostanziano in un potere di agire del soggetto attivo ed in una corrispondente soggezione necessitata del soggetto passivo sono r. (di responsabilità) ad esecuzione necessitata, e si dicono anche r. g. di tutela nel senso che sono precostituiti per la più efficace tutela (mediante l'*actio*) del diritto subbiettivo.

Nei paragrafi successivi passeremo a delineare sommariamente

i tipi fondamentali ed il regime caratteristico: *a*) dei r. g. di tutela e del connesso fenomeno del processo; *b*) dei r. g. (assoluti e relativi) attinenti alla costituzione ed al funzionamento del fondamentale istituto sociale della *familia*; *c*) dei r. g. assoluti aventi per oggetto *res* (r. g. reali); *d*) dei r. g. relativi (di debito e di responsabilità) ad esecuzione libera (r. g. obbligatori). Tratteremo, in un ultimo paragrafo, di una vicenda particolarmente importante dei r. g. privati: la successione nei r. g. privati.

III.

I rapporti giuridici di tutela e il processo privato.

1. Generalità. — 2. Il sistema processuale delle « *legis actiones* ». — 3. Il sistema processuale delle « *formulae* ». — 4. Il sistema processuale della « *cognitio extra ordinem* ».

I. Generalità. — Si intendono per r. g. di tutela i rapporti di responsabilità consistenti nella correlazione tra un potere di costrizione del soggetto attivo ed una soggezione necessitata del soggetto passivo, conseguentemente ad un atto illecito (inosservanza di un obbligo) commesso dal secondo. La funzione ed il tipo dei r. g. di tutela varia a seconda del tipo di inosservanza in cui è incorso il soggetto passivo: inosservanza che può essersi limitata alla pura e semplice *contestazione* della sussistenza dell'obbligo da adempiere o può essersi, invece, spinta sino alla *inesecuzione* di un obbligo obiettivamente certo. Conseguentemente l'ordinamento giuridico romano conobbe e disciplinò due tipi di r. g. di tutela (e quindi di *actiones*): da un lato le *azioni di accertamento* (e di conseguente *comminatoria*), volte ad attuare un accertamento obiettivo ed inconfutabile dell'obbligo del soggetto passivo ed a far conseguire ad esso l'esplicita comminatoria di eseguirlo (cd. condanna); dall'altro le *azioni di esecuzione*, volte ad attuare coattivamente, senza concorso della volontà del soggetto passivo, il comportamento dovuto od un comportamento equivalente.

Il grave problema dei r. g. di tutela sta, naturalmente, nel come assicurare che la costrizione degli inosservanti (cioè l'accertamento o l'esecuzione) sia sicura e, nel contempo, esatta. Gli ordinamenti giuridici moderni risolvono questo problema con il *sistema della tutela statale obbligatoria*, vietando cioè ai privati di farsi giustizia da sé ed imponendo loro di servirsi di appositi organi

dello Stato (organi giurisdizionali). A questo sistema evoluto il diritto romano pervenne soltanto in periodo classico, allorché Marco Aurelio vietò l'esercizio della tutela privata delle proprie ragioni. Sino allora si ammise, almeno teoricamente, che il privato avesse la scelta tra l'*agere* con le proprie forze direttamente sull'inosservante ed il ricorrere agli organi statali (*sistema della tutela statale facoltativa*). In pratica, beninteso, l'esercizio dell'*actio* diretta era talmente difficile e pericoloso, che i privati preferirono avvalersi della tutela statale.

Intimamente collegata con la materia dei r. g. di tutela è, per conseguenza, la disciplina del *processo giurisdizionale privato*, cioè della serie di atti necessaria per l'ottenimento della tutela dei diritti attraverso gli organi dello Stato. A tanto maggior ragione è opportuno farne qui cenno, in quanto che una peculiarità del diritto romano fu la normale rappresentazione dei rapporti giuridici nella loro veste processuale e la creazione di molti tipi nuovi di r. g. privati attraverso l'attività dei magistrati giurisdicenti: principalmente, il *praetor peregrinus* (dove il sistema del *ius gentium*) ed il *praetor urbanus* (dove il sistema del *ius honorarium*).

2. Il sistema processuale delle « *legis actiones* ». — Il sistema processuale romano più antico fu quello delle cd. *legis-actiones*. Esso fu ufficialmente abolito dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C., ma era già da gran tempo caduto in desuetudine.

Caratteristica del sistema fu che le parti si recavano davanti al magistrato (in origine il *rex*, da ultimo il *praetor urbanus*) ed ivi (*in iure*) compivano gli atti che avevano rinunciato a compiere privatamente; il magistrato assicurava con la sua presenza il giusto svolgimento della contesa, nella quale interveniva esclusivamente per *dicere ius*, cioè per rendere noti alle parti i limiti delle loro azioni e reazioni (*iurisdictio*). Dopo di che, trattandosi di azione di accertamento, le parti chiamavano dei terzi a testimoni dei termini della questione (*litis contestatio*) e si davano convegno davanti ad un arbitro privato (*iudex* o *arbiter*), il quale emanava il suo parere (*sententia*) sulla controversia, risolvendola a favore dell'uno o dell'altro; trattandosi invece di azione esecutiva, il soggetto attivo si faceva appunto autorizzare dal magistrato ad effettuare con i propri mezzi l'esecuzione.

Le *legis-actiones* furono limitate a cinque: tre dichiarative (l. a. *per sacramentum*, *per iudicis postulationem*, *per condictioem*) e due esecutive (l. a. *per manus iniectionem* e *per pignoris capionem*). I soggetti giuridici erano, dunque, costretti ad adattare nel

letto di Procuste di questi cinque mezzi processuali le svariate esigenze che potessero avere in pratica.

La *l. a.* dichiarativa più antica fu quella *per sacramentum*, che si distingueva a seconda che fosse *in rem* (cioè relativa all'accertamento di un r. g. assoluto, generalmente su *res*) o *in personam* (cioè relativa all'accertamento di un r. g. relativo): sua peculiarità era che le parti scommettevano solennemente *in iure* di aver ragione (*sacramentum*) e che pertanto il *iudex privatus* decideva quale dei due *sacramenta* fosse *iustum*, restando la parte soccombente obbligata a pagare la *summa sacramenti* all'*aerarium*, oltre che ad eseguire il suo obbligo verso la parte vincitrice. Le altre due *l. a.* dichiarative, più recenti ed evolute, prescindevano dalla complicazione e dal dispendio del *sacramentum* e miravano direttamente alla decisione del *iudex privatus*.

La *l. a.* esecutiva più antica fu quella *per manus iniectioem*: il soggetto attivo trascinava *in ius* la controparte e, ottenuta la autorizzazione magistratuale (*addictio*), la portava nel suo carcere privato al fine di attendere il riscatto o, in mancanza, di venderla come schiava *trans Tiberim* oppure di ucciderla.

3. Il sistema processuale delle "formulae". — Questo sistema, profilatosi nel corso del periodo preclassico, fu ampiamente regolato da una *lex Aebutia* (120 a. C. ?). Caduto in desuetudine nel corso della seconda metà del periodo classico, finì per essere ufficialmente abolito da Costanzo e Costante nel 342.

Come il precedente, anche il processo formulare si distinse nelle due fasi *in iure* e *apud iudicem*, la quale ultima fu sostanzialmente identica a quel che era stata nella procedura *per legis actiones*. Caratteristica fu invece la fase *in iure*. Davanti al pretore si apriva tra le parti un'ampia discussione ed il magistrato, valutando con criteri di *aequitas* le opposte ragioni, manifestava se ed entro quali limiti avrebbe dato sfogo alla pretesa dell'attore, se e come l'avrebbe appoggiata e rafforzata o avrebbe appoggiato e rafforzato le difese del convenuto; alla fine si perveniva al concretamento di una *formula* o *iudicium*, che l'attore leggeva al convenuto ed il convenuto dichiarava di accettare (« *dictare et accipere iudicium* »). La *formula* era un documento scritto indirizzato all'*iudex privatus*, nel quale si esponevano i termini della controversia e si invitava il giudice a condannare il convenuto al pagamento di una somma di danaro oppure, risultando insussistenti le ragioni dell'attore, ad assolverlo. Il « *dictare et accipere iudicium* » costituiva un negozio giuridico bilaterale, al quale fu dato il nome dell'antica *litis contestatio* e che aveva l'effetto di estinguere il precedente r. g.

di tutela tra le parti, creando nel contempo un r. g. di debito a carico del convenuto per l'ammontare della eventuale condanna (« *condemnari oportere* »), che altrimenti non era concepita se non come *condemnatio pecuniaria*. In caso di *sententia* favorevole l'attore non aveva più, per giungere alla materiale disponibilità della somma, la *manus iniectio*, ma doveva nuovamente citare la controparte davanti al pretore ed ottenere una formula (*actio iudicati*) con la quale si invitava l'*iudex privatus* a condannare il convenuto al pagamento di una somma doppia di quella di prima: dopo di che poteva ottenere dal magistrato la *missio in bona debitoris*, vendendo in blocco il patrimonio ad un *bonorum emptor* (*bonorum venditio*) e soddisfarsi sul ricavato.

Non tutte e non soltanto le pretese scaturenti dal *ius civile* furono tradotte in *formulae* dai pretori. Non tutte, perché il pretore si riservò di negare la tutela giurisdizionale ad alcuni diritti scaturenti da norme civilistiche superate dai tempi e riprovate dalla coscienza sociale (*denegatio actionis*), oppure di concedere mezzi di difesa (*exceptiones*) contro i medesimi alle parti convenute. Non soltanto le pretese civilistiche, perché il pretore non esitò, come è noto, a tutelare *ex imperio suo* molte nuove situazioni degne di protezione, sia adattando ed utilizzando accortamente le formule civilistiche (*actiones utiles*), sia ponendo a disposizione dei privati nuovi mezzi processuali. Meritevoli di particolare menzione, tra i mezzi processuali di creazione pretoria: le *actiones in factum*, caratterizzate dal fatto che la *formula* conteneva un invito all'*iudex* a condannare il convenuto non in base all'accertamento di un suo obbligo *iure civili*, ma esclusivamente in base all'accertamento di elementi di fatto determinati ed indicati dal pretore; gli *interdicta*, ordini di non turbare sul momento un certo stato di fatto, emanati a richiesta degli interessati; le *stipulationes praetoriae*, promesse solenni imposte alle parti per far garantire l'adempimento di un obbligo o per far loro assumere obbligazioni non previste dal *ius civile*; le *in integrum restitutiones*, decreti di annullamento di atti giuridici e di ripristino dello status « *quo ante* »; le *missiones in possessionem*, fra cui importantissima la *missio in bona*.

4. Il sistema processuale della "cognitio extra ordinem". — Sin dal periodo classico le controversie svolgentisi in territorio esterno a Roma e quelle relative ad alcune materie speciali (es., *fideicommissa*) furono sottoposte, per iniziativa del *princeps*, a procedura diversa da quella ordinaria descritta poc'anzi. Si parlò pertanto di procedimenti straordinari, di *cognitio extra ordinem*, la

quale finì, con l'abolizione del processo formulare, per divenire la regola.

Caratteristiche comuni di tutte le svariate procedure *extra ordinem* furono: l'assunzione del compito di giudicare da parte del magistrato (che divenne, pertanto, magistrato-giudice, come nei diritti moderni); la possibilità di ottenere una revisione della prima *sententia* mediante *appellatio* ad un magistrato-giudice di grado superiore; la possibilità di ottenere la *condemnatio* del soccombente *in ipsam rem*, anziché in una somma di danaro, e di procedere per l'esecuzione *manu militari*, a mezzo di appositi ufficiali giudiziari (*apparitores*).

IV.

I rapporti giuridici di famiglia.

1. Generalità. — 2. I rapporti giuridici coniugali. — 3. Conseguenze del « matrimonium ».

1. Generalità. — Tecnicamente i r. g. attinenti all'istituto familiare rientrano o nella categoria dei rapporti assoluti o in quella dei rapporti relativi. In un disegno del diritto privato romano è, tuttavia, opportuno accennarvi a parte, a causa delle particolarità che presenta l'istituto della *familia* nella storia di Roma.

La *familia* era, in epoca precivica, un vero e proprio microrganismo politico-economico, costituito da uomini, animali subumani e cose materiali, caratterizzato da propri *sacra* ed organizzato ad unità sotto il potere assoluto (*manus* o *mancipium*) di un patriarca (*paterfamilias*). La morte del *pater* implicava, come principio, la sporulazione dell'organismo familiare in tante *familiae* per quanti erano i discendenti liberi e maschi di lui, i quali divenivano a loro volta *patres familiarum*; ma in pratica, per l'opportunità politica ed economica di non disperdere le risorse familiari e di non diminuire la forza dell'aggregato tutto, i fratelli rimanevano uniti in *consortium* sotto la *potestas* del più anziano e più degno di loro. Di qui provenne la formazione delle *gentes*, federazioni di *familiae* oriunde da un identico capostipite defunto, nelle quali ciascun *paterfamilias* sacrificava parte dei suoi poteri, in vista dell'utile derivante dall'unità di indirizzo del gruppo, ad un *pater gentis*. Avvenuta la formazione degli organismi politici superiori (le *tribus* e poi la *civitas*), mentre le *gentes* incominciarono rapidamente a dis-

solversi, essendo cessata la loro ragion d'essere politico-economica, assai più lento fu il processo di disgregazione delle *familiae*, che ripetevano la loro ragion d'essere non meno da elementi naturali che da motivi di carattere politico-economico. Di conseguenza, per buona parte del periodo arcaico il termine *familia* stette ad indicare un complesso di uomini (sia *liberi* che *servi*), di animali subumani e di cose inanimate facenti capo ad un *paterfamilias* vivente come oggetto della sua *manus*. In particolare, i membri liberi della comunità, pur essendo nel campo del diritto pubblico pienamente capaci, non versavano, quanto ai r. g. privati, in situazione diversa dagli schiavi e dalle *res*, e quindi la parentela di sangue tra loro ed il *pater* (*cognatio*) non aveva alcuna rilevanza giuridica, mentre aveva rilievo soltanto la condizione di *adgnatio* (= nascita posteriore al *paterfamilias*), dalla quale derivava la loro subordinazione alla *manus*: essi erano insomma giuridicamente tutti sullo stesso piano, erano tutti (moglie, figli, nuore, ecc.) *filii* nella *familia* (*filii familias*).

Questa situazione originaria accennò a trasformarsi soltanto verso la fine del periodo arcaico, sotto l'impulso della diversa e più alta estimazione che dei *liberi* della *familia* si faceva nel campo dei rapporti sociali e dei r. g. pubblici, nonché del venir meno delle ragioni economiche che imponevano la coesione dell'organismo familiare alle origini (v. n. 15). In epoca storica, pertanto, i *filii familiarum* non erano più concepiti alla stregua degli schiavi e delle cose inanimate (che formavano oggetto del r. g. di *dominium*), ma erano considerati oggetto di un r. g. assoluto tutto caratteristico, detto *patria potestas* o, sulle mogli, *manus maritalis*: il termine *familia* si restrinse, per conseguenza, a designare i componenti liberi della famiglia. Solo in periodo postclassico il vincolo di *adgnatio* cessò praticamente di aver valore giuridico e sulle rovine della *familia* potestativa di un tempo si affermarono le varie *famiglie naturali*, fondate sul vincolo della *adfnitas ex matrimonio* dei genitori e cementate dal vincolo di *cognatio*.

2. I rapporti giuridici coniugali. — Il *matrimonium* fu sin dalle origini un istituto di somma importanza sociale e religiosa, ma nel periodo arcaico si traduceva, nel campo del diritto, in un puro e semplice acquisto della *manus* sulla donna da parte del marito o, se questo era *alieni iuris*, da parte del suo *paterfamilias* (cd. *matrimonium cum manu*). L'acquisto avveniva solitamente mediante una applicazione particolare della *mancipatio* (v. n. 16), la *coemptio*, ma poteva effettuarsi anche per effetto di *usucapio*, cioè di *usus* della donna da parte del marito per un anno continuo.

In epoca storica si verificò una lenta e progressiva emancipazione del *matrimonium*, come istituto giuridico, dal rapporto di *manus*. Per evitare la *conventio in manum* della moglie e quindi la perdita da parte di costei dei diritti successori nella *familia* di origine, sorse l'uso di interrompere ogni anno l'*usus* maritale per lo spazio di tre giorni (*trinoctii usurpatio*), facendo sì che il marito conservasse sulla moglie soltanto il possesso. La configurazione giuridica del *matrimonium* in età preclassica e classica fu appunto quella di una mutua *possessio* dei coniugi, di una apparenza della *manus maritalis*, sì che si parlò di *matrimonium sine manu*: esso si scioglieva per morte di uno dei coniugi o anche, esattamente come la *possessio* (v. n. 18), per il venir meno dell'*animus possidendi* (cd. *affectio maritalis*) in uno dei coniugi (*repudium*) o in ambedue (*divortium*). In diritto postclassico, principalmente per influenza del Cristianesimo, il *matrimonium* venne finalmente concepito come un negozio giuridico bilaterale produttivo di uno stabile rapporto giuridico tra i coniugi, come « *consortium omnis vitae, humani atque divini iuris communicatio* ».

Di pari passo con l'affermarsi del *matrimonium sine manu* si diffuse la consuetudine di fornire la donna di una *dos*, cioè di un piccolo capitale destinato « ad onera matrimonii ferenda ». La *dos* era costituita al marito (o al suo *paterfamilias*) dal *paterfamilias* della sposa *alieni iuris* (*dos profecticia*) o dalla stessa sposa *sui iuris* o anche da un terzo interessato alla buona riuscita del matrimonio: Di essa il marito diventava originariamente proprietario, ma il pretore concesse poi alla *mulier* o al suo *paterfamilias* un'*actio rei uxoriae* per ottenerne la restituzione in caso di scioglimento del matrimonio, e infine avvenne che, in diritto postclassico, il marito fu considerato semplice amministratore ed usufruttuario dei beni dotali con l'obbligo di renderli alla moglie, proprietaria, all'atto dello scioglimento del matrimonio.

3. **Conseguenze del "matrimonium".** — Conseguenza di un *matrimonium iustum*, cioè di un'unione che fosse cementata dall'*affectio maritalis* (avendosi altrimenti semplice *concubinatus*), era che i figli si consideravano *iusti*, cioè soggetti alla *patria potestas* del genitore maschio o dell'avente potestà su lui: « *pater is est, quem iustae nuptiae demonstrant* ». I nati da unioni libere erano *liberi naturales*, privi di *pater* e non soggetti a *patria potestas*, ma uniti soltanto alla genitrice dal vincolo della *cognatio*: nel periodo postclassico sorse l'uso di *legittimarli*, cioè di riconoscerli come figli, o *per subsequens matrimonium* tra i genitori o *per rescriptum principis* o in altri modi.

Come si è detto (v. n. 12), la *cognatio* non aveva anticamente alcuna rilevanza giuridica: solo l'antichissimo *fas* la metteva in qualche rilievo, vietando come *incestae* le unioni tra parenti di sangue in linea retta. La ricognizione giuridica della *cognatio*, che fu assai lenta, ebbe inizio per casi limitati in epoca piuttosto avanzata: così la *lex Cincia de donis et muneribus*, che vietava le *donationes* (v. n. 5) oltre un certo ammontare, eccettuò i *cognati* sino al quinto grado; così ancora della *cognatio* tenne conto il *praetor* nello stabilire le categorie dei beneficiari della *bonorum possessio sine tabulis* (v. n. 27).

Si distingueva una *cognatio* in linea retta (*recta*) ed una *c.* in linea collaterale (*transversa*): la prima costituita da ascendenti e discendenti, la seconda da due linee rette facenti capo ad uno stesso capostipite. I *gradus cognationis* tra persona e persona si calcolavano computando il numero delle generazioni che le separavano, trattandosi di *c. recta*; oppure, trattandosi di *c. transversa*, sommando il numero delle generazioni che le distanziavano dal comune capostipite. Diversa dalla *cognatio* era l'*adfinitas*, cioè il vincolo istituito tra i coniugi e tra ciascun coniuge ed i parenti dell'altro: essa costituiva impedimento a contrarre matrimonio.

V.

I rapporti giuridici reali.

1. Generalità. — 2. Il « *dominium ex iure Quiritium* ». — 3. Segue. Evoluzione ulteriore della proprietà romana. — 4. La « *possessio* ». — 5. I diritti reali limitati.

1. **Generalità.** — In tempi storici si considerarono r. g. reali i r. g. assoluti (v. n. 7) che avessero per oggetto una *res* in senso lato (cosa inanimata, animale subumano, schiavo). Con riguardo alla situazione attiva si parla comunemente, al giorno d'oggi, di *diritti reali* o *iura in re*. I Romani, preferendo far riferimento al mezzo di tutela del diritto, usarono invece prevalentemente l'espressione *actiones in rem*, con la quale indicavano plasticamente il potere del soggetto attivo di ottenere l'astensione dei consociati dall'utilizzazione di una cosa e quindi la facoltà di utilizzarla direttamente ed immediatamente.

L'archetipo logico e storico dei diritti reali è il diritto di *proprietà*, consistente nel potere di escludere i consociati da qualsivoglia

attività di utilizzazione di un bene, e quindi, in pratica, nel potere di godere e di disporre illimitatamente del bene stesso. Una possibile vicenda del diritto di proprietà è che esso possa venire a spettare a più titolari insieme (*comproprietà*): in tal caso ciascuno dei titolari può evidentemente esercitare tutti i poteri sul bene, concretando l'unico diritto. Riconosciuta sul piano logico e storico la comproprietà, è agevole il passaggio alla ulteriore concezione secondo cui alcune determinate facoltà del proprietario (es., quella di percepire i frutti della cosa) possano essere separate, in perpetuo o a tempo, dal frutto per essere attribuite ad altro soggetto attivo: il che implica l'effetto che a favore di questo secondo soggetto si costituisca un diritto reale, sia pur limitato a specifiche facoltà di utilizzazione, che egli può far valere contro tutti i consociati, compreso il proprietario. La differenza tra i r. g. *reali limitati* e quelli di proprietà (o comproprietà) sta in ciò, che, mentre i primi sono per definizione circoscritti a determinate facoltà (*anelastici*), il secondo presenta la caratteristica della *elasticità*, cioè dell'attitudine a ricomprendere automaticamente ogni facoltà di esercizio che gli sia stata rescata non appena venga ad estinguersi il relativo diritto reale limitato.

Il processo logico e storico sopra schematizzato si verificò anche nel diritto privato romano, ove il r. g. di proprietà prese il nome di *dominium ex iure Quiritium*. A sua volta il *dominium* derivò dall'antico *mancipium* familiare, cioè dal r. g. assoluto costituito a favore del *pater familias* sugli elementi della *familia* arcaica (v. n. 12). Quando i membri della *familia* si furono separati, nella concezione giuridica corrente, dalle *res* in senso lato, il *mancipium* rimase limitato a queste sole, che si dissero, ancora ai tempi delle XII tavole, *familia* o *res mancipi*; senonché nel frattempo, con l'intensificarsi della vita economica, si accrebbe la ricchezza privata ed i *patres* si trovarono ad avere in piena disponibilità nuove categorie di beni (es., oro, pietre preziose, navi, armenti) che non erano quelle tradizionalmente rientranti nel concetto di *familia*: e si ritenne pertanto che su questi altri beni (cd. *pecunia* o *res nec mancipi*) i *patres* avessero un diritto soltanto analogo al *mancipium* (*dominium*). Più tardi ancora ogni diritto assoluto relativo a *res*, sia *mancipi* che *nec mancipi*, fu unificato nel concetto del *dominium ex iure Quiritium*: la distinzione tra le *res mancipi* e le *res nec mancipi* permase tuttavia, come diremo, a limitati effetti, per la forza della tradizione.

2. Il "*dominium ex iure Quiritium*". — Nel sistema del *ius civile* il *dominium ex iure Quiritium* era un r. g. assoluto, avente

ad oggetto qualsiasi *res* animata o inanimata; la *res*, se immobile, altro non poteva essere che un *fundus in agro Romano* (più tardi, *in agro Italico*). Il diritto del *dominus* era considerato talmente intenso, da estendersi, entro i confini del *fundus*, « usque ad sidera et usque ad Inferos » e da non ammettere la possibilità di tributi fondiari statali. Era invece ammesso e largamente diffuso il *condominium* o *communio*.

Fatti giuridici (naturali) costitutivi del *dominium* furono considerati: l'incremento naturale del *fundus* (per fenomeno di lenta *adlucio*, o per *avulsio* di una zolla da altro fondo a monte ed incorporamento della stessa, ad opera della corrente di un fiume, col *fundus*, o per altre cause del genere), l'adesione o incorporazione di una cosa economicamente accessoria rispetto ad una *res* principale (« *accessorium sequitur principale* »), la fruttificazione della *res* ecc. Fatti giuridici estintivi del *dominus ex i. Q.* furono considerati: il perimento della *res*, la sua perdita ecc. Tra gli atti giuridici costitutivi ed estintivi hanno particolare rilievo nelle fonti: la *occupatio* della *res nullius* (es., caccia, pesca), o del tesoro (« *avetus quaedam depositio pecuniae cuius non extat memoria* »), o della *res derelicta*; la *derelictio* della *res* (atto estintivo); la *usucapio*, cioè l'utilizzazione di fatto (*usus*) della cosa per un certo periodo di tempo (due anni per i *fundi*, un anno per le altre *res*) senza opposizione del *dominus*, la quale faceva alla fine presumere che il proprietario intendesse riconoscere tacitamente l'acquisto del *dominium* (*capio*) da parte del soggetto. I negozi giuridici tipici per il trasferimento del *dominium* dall'uno all'altro soggetto attivo furono: la *mancipatio*, valevole per le *res mancipi*; la *in iure cessio*, valevole tanto per le *res mancipi* che per le *res nec mancipi*; la *traditio*, cioè la pura e semplice consegna della cosa, valevole per le sole *res nec mancipi*. La *mancipatio* era, in epoca storica, un atto solenne in cui si potevano ravvisare fortemente stilizzati gli elementi di una vendita dei tempi antichi (« *imaginaria venditio* »): consisteva nella consegna della *res* dall'alienante all'acquirente, accompagnata dalla pronuncia di una formula solenne, in presenza di cinque testimoni capaci di agire (v. n. 6) e con l'assistenza di un portatore di bilancia (*libripens*), relitto dell'antico pesatore dell'*aes rude* che si pagava come prezzo. La *in iure cessio* era una utilizzazione della *legis actio sacramenti in rem*: alienante ed acquirente si incontravano *in iure*, il secondo affermava solennemente il suo *dominium* sulla cosa ed il primo, anziché fare altrettanto, rimaneva in silenzio e faceva un passo indietro (« *cedebat* »), significando tacitamente il suo consenso.

A tutela del *dominium* il soggetto attivo poteva originariamente

esercitare, oltre l'*actio* privata di autotutela, la *legis actio sacramenti in rem*. Con l'avvento del processo formulare i mezzi procedurali a sua disposizione si moltiplicarono: in particolare, contro l'illecito impossessamento della *res* da parte di un terzo egli ebbe la *rei vindicatio*, mentre contro l'illecito esercizio altrui di un diritto reale limitato ebbe la cd. *actio negatoria* (*servitutis, usufructus*).

3. **Segue. Evoluzione ulteriore della proprietà romana.** — La proprietà romana non si fermò allo stadio del *dominium*. Sin dal periodo preclassico si verificò una complessa evoluzione, che bisogna accennare.

Come si è detto, non era concepibile il *dominium ex iure Quiritium* su fondi non romani (e, più tardi, non italici): i fondi delle provinciae erano infatti concepiti come essi stessi oggetto di *dominium* pubblicistico dello Stato, che li dava talvolta in utilizzazione ai privati contro il pagamento di uno *stipendium* per le provincie senatorie o di un *tributum* per le provincie imperiali (*fundi stipendiarii vel tributarii*). La giurisprudenza classica ravvisò tuttavia in questa concessione dei fondi provinciali, se perpetua, una situazione analoga al *dominium* e la designò con la circonlocuzione *possessio vel usufructus* o altre consimili.

Un'altra ed ancora più importante frattura del rigido concetto civilistico del *dominium ex iure Quiritium* si ebbe ad opera del *ius honorarium*. Come si è visto, una *res Mancipi* poteva essere trasferita nel *dominium* altrui soltanto mediante i negozi di *mancipatio* o di *in iure cessio* oppure per effetto di *usucapio*; senonché, nel caso in cui, essendosi verificato la semplice *traditio* della *res* e non essendo tuttavia decorso il termine dell'*usucapio*, fosse arrecata turbativa all'*usus* dell'acquirente, il *praetor urbanus* corse in suo aiuto con i due mezzi processuali dell'*exceptio rei venditae et traditae* e dell'*actio Publiciana*, riconoscendogli in sostanza una posizione analoga a quella del *dominus ex iure Quiritium*. L'*exceptio rei venditae et traditae* serviva all'acquirente per paralizzare la maligna pretesa del *dominus* che gli aveva *tradita* la *res* di effettuare la *vindicatio* della medesima; l'*actio Publiciana* (*actio utilis*, della specie delle cd. *actiones ficticiae*) era concessa all'acquirente per riavere la cosa da chiunque se ne fosse impossessato come se egli fosse un vero e proprio *dominus* ed era caratterizzata, tecnicamente, da un invito, che la formula rivolgeva all'*iudex privatus*, a fingere che fosse decorso il termine per l'*usucapione* e che pertanto l'attore fosse diventato *dominus ex iure Quiritium*. In pratica un nuovo tipo di *dominium* (la cd. proprietà pretoria o *in bonis habere*) era stato in-

trodotto: e rispetto ad esso non aveva più valore la vieta distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*.

Nel diritto postclassico avvenne la completa fusione di questi vari tipi di proprietà. La nuova proprietà fu concepita come soggetta a tributi fondiari e persino come espropriabile; la distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi* fu formalmente abolita; la *traditio* divenne il mezzo usuale di trasferimento del diritto. Quanto all'*usucapio*, questa si fuse con un istituto analogo vigente nelle provincie in ordine ai *fundi stipendiarii vel tributarii*, la *longi temporis praescriptio*: per l'acquisto della proprietà fu richiesto un termine di 3 anni per i mobili e di 10 o 20 anni per gli immobili, nonché la *bona fides* dell'acquirente, nel senso di ignoranza effettiva e scusabile dei vizi del titolo di acquisto.

4. **La "possessio".** — All'attività del pretore romano si deve anche la tutela di un istituto socialmente importantissimo, la *possessio*. Per *possessio* si intese non un diritto, ma l'apparenza di un diritto, e originariamente l'apparenza del *dominium*, manifestantesi attraverso l'esercizio di una signoria di fatto su una *res* da parte di un soggetto giuridico, che se ne affermasse proprietario.

Il *praetor urbanus* ritenne giustamente che, in caso di conflitto tra possessore e non possessore di una cosa, fosse opportuno tutelare almeno provvisoriamente il possessore, se non altro per garantire la pace sociale, salvo a decidere con maggior calma chi fosse veramente il *dominus*. Partendo da questa esatta ed opportuna considerazione, egli concesse ai possessori che gliene facessero richiesta degli *interdicta* (v. n. 10): *interdicta retinendae possessionis*, consistenti in divieti al non possessore di turbare il possesso, ed *interdicta recuperandae possessionis*, consistenti in ordini tassativi di restituire a chi ne era pacifico e notorio possessore la *res* di cui taluno si fosse violentemente e repentinamente impadronito. Dopo di che, naturalmente, vi era il tempo ed il modo di accertare se il possessore fosse realmente il proprietario della cosa e di condannarlo, in caso negativo, a favore del *dominus*; nella contesa tra due non proprietari della cosa, questa peraltro rimaneva al possessore.

Sulla base di questa attività pretoria la giurisprudenza romana elaborò tutta una complessa teoria della *possessio*. Requisiti essenziali per l'ottenimento della tutela pretoria furono considerati: il *corpus* (« corpore possidere »), cioè l'insistenza materiale di una persona su una *res*, e l'*animus possidendi*, cioè l'intenzione di difendere la *res* dagli attacchi altrui come se fosse propria. Per analogia, dalla originaria ipotesi di apparenza del *dominium*, il concetto di *possessio* fu esteso alle ipotesi di apparenza di altrui diritti

reali (*quasi possessio*); in diritto postclassico si parlò, a questo proposito, di *possessio iuris*, quasi che si trattasse del possesso non di una *res*, ma di un diritto reale limitato sulla medesima.

5. I diritti reali limitati. — Le figure di diritti reali limitati note al diritto romano furono le seguenti: *servitutes praediorum*, *ususfructus* e figure affini, *emphyteusis*, *superficies*, *pignus*, *hypotheca*.

Le *servitutes praediorum* furono le prime ad ottenere ricognizione giuridica, il che avvenne nel periodo arcaico. Originariamente erano due, la via e l'*aqueductus*, e costituivano un *dominium* del proprietario di un fondo su parti del fondo contiguo; più tardi esse si moltiplicarono e, nel contempo, furono configurate come semplici diritti reali limitati del proprietario di un bene immobile su un altro bene immobile, al fine di trarre da questo l'utilità necessaria al miglior godimento del suo immobile (es., diritto di pascolo, di abbeverare il bestiame, di appoggiare la propria casa sul muro della casa vicina, ecc.). Per ottenere il riconoscimento del proprio diritto da chiunque lo disconoscesse (in pratica, si trattava, per lo più, del proprietario del fondo servente) il titolare del diritto poteva esercitare una *vindicatio servitutis*.

L'*ususfructus*, formatosi nel corso del diritto preclassico, consistette nel diritto di usare la cosa (fruttifera) altrui e di percepirne i frutti, senza tuttavia alterarne o mutarne la struttura o la destinazione economica: per effetto della costituzione di un r. g. di usufrutto la proprietà sulla cosa rimaneva « nuda ». A differenza delle *servitus*, l'*ususfructus* non era concepito come r. g. perpetuo, ma come diritto temporaneo, che non poteva protrarsi oltre la vita dell'usufruttuario. Diritti ad esso analoghi furono l'*usus* (*sine fructu*), riconosciuto in periodo classico, nonché il *fructus sine usu*, la *habitatione*, le *operae servorum et animalium*, riconosciuti in diritto postclassico. A difesa dell'usufruttuario era concessa la *vindicatio ususfructus*.

Emphyteusis e *superficies* furono riconosciuti come diritti reali limitati soltanto nel diritto postclassico, sulla base di una complessa evoluzione iniziata nel periodo precedente. La prima era il diritto di godere e disporre del fondo altrui nel modo più pieno, con l'unico obbligo di pagare un canone annuo al proprietario e col pericolo di vedersi ritolto il fondo nel caso di inadempimento per due anni (*devoluzione*). La seconda consistette nel diritto di costruire su un'area altrui dietro pagamento di un canone annuo.

Il *pignus* e l'*hypotheca* erano due diritti reali limitati che non importavano una utilizzazione attuale della *res* altrui, ma una sua

utilizzazione eventuale e futura, nel senso che implicavano la facoltà di alienarla e di soddisfarsi sul ricavato nel caso di inadempimento di una obbligazione assunta dal proprietario o da altri verso il soggetto attivo (cd. *diritti reali di garanzia*). Nel sistema giustiniano, a seguito di uno svolgimento troppo complesso per poter essere qui descritto, essi si differenziavano per ciò: che il *pignus* gravava su *res mobiles*, di cui il creditore pignoratizio aveva avuto sin dall'inizio il possesso (*datio pignoris*), mentre l'*hypotheca* era relativa alle *res immobiles*, di cui il possesso rimaneva al debitore sino alla scadenza.

VI.

I rapporti giuridici obbligatori.

1. Generalità. — 2. Obbligazioni da atto giuridico lecito. — 3. Obbligazioni primarie da atto giuridico illecito. — 4. Obbligazioni secondarie da atto illecito. — 5. Fatti estintivi dei rapporti giuridici obbligatori.

1. Generalità. — I r. g. obbligatori (*obligationes*) furono dai Romani concepiti come r. g. relativi (di debito o di responsabilità) tra un soggetto attivo (*creditor*) ed un soggetto passivo (*debitor*, *obligatus*), tenuto verso il primo ad effettuare un comportamento (*prestazione*) in ordine ad un determinato oggetto giuridico. A questa nozione, che è quella dei tempi storici, si pervenne tuttavia dopo una lunga evoluzione. Originariamente la *obligatio* era il vincolo materiale ed effettivo che veniva imposto ad un soggetto giuridico a titolo di garanzia dell'adempimento di un debito, vincolo che si scioglieva (*solutio*) a seguito dell'adempimento, con essa, dunque, non si aveva un r. g. relativo, ma un r. g. assoluto, di cui l'*obligatus* era ad un tempo soggetto passivo ed oggetto: l'atto costitutivo del rapporto dicevasi *nexum*.

I soggetti dei r. g. obbligatori sono normalmente due, ma può darsi il caso di una pluralità di soggetti attivi o passivi. La regola era che, in queste ipotesi, l'obbligazione si ripartisse in tante obbligazioni per quanti fossero i soggetti attivi o passivi, che cioè l'adempimento dovesse essere fatto per *partes* (*obbl. parziarie*): i Romani riconobbero peraltro la possibilità che la prestazione, per sua natura o per determinazione delle parti, fosse indivisibile (*obbl. indivisibili*), o che essa dovesse essere compiuta da ciascun debitore od a favore di ciascun creditore (*obbl. cumulative*), o che infine

essa dovesse essere fatta in una sola volta da uno qualunque dei debitori o a favore di uno qualunque dei creditori (*obbl. solidali*).

Circa il vincolo costituente il r. g. obbligatorio, è da dire, anzi tutto, che esso può essere un vincolo di *debito*, cioè da atto lecito, o un vincolo di *responsabilità*, cioè da atto illecito; nel secondo caso la responsabilità può essere *primaria*, se l'atto illecito è commesso da chi non è già debitore, o *secondaria*, se l'atto illecito è commesso da uno dei soggetti del r. g. obbligatorio al fine o con l'effetto di evitare od ostacolare l'adempimento. È ovvio inoltre che, trattandosi di rapporti giuridici, il vincolo dovesse essere *giuridico*, cioè preveduto e regolato dal diritto; tuttavia, siccome in molti casi la coscienza sociale portò a ritenere che certi rapporti relativi, pur non essendo giuridicamente tutelati o tutelabili (es., debito di un soggetto giuridico verso un *servus*), meritassero qualche considerazione e rilevanza giuridica, si ammise, in ordine a questi rapporti (cd. *obligationes naturales*), che colui che avesse adempiuto spontaneamente non potesse poi chiedere la restituzione della prestazione (*soluti retentio del creditor naturalis*).

2. Obbligazioni da atto giuridico lecito. — Nel periodo arcaico ogni assunzione di debito in virtù di atto lecito fu designata con la terminologia di *obligatio contracta*, specificandosi ulteriormente il modo dell'assunzione del vincolo. Di qui provenne, nel sistema del *ius civile*, la denominazione degli atti costitutivi di *obligatio* come *contractus*. Figure analoghe ai *contractus* civilistici furono riconosciute dal *ius honorarium*, ma si preferì evitare la denominazione di *contractus*, adottando prevalentemente quella di *pacta*. Infine altre categorie affini ai *contractus*, create per influsso dell'elaborazione giurisprudenziale, rimasero senza una denominazione propria e si sogliono indicare come *contratti innominati*. L'unificazione delle figure contrattuali civilistiche con quelle ad esse affini fu attuata, almeno dal punto di vista sostanziale, a partire dal periodo classico, ma sopra tutto nel periodo successivo, sotto il profilo della *conventio*, cioè del rilievo che si trattava di negozi giuridici bilaterali implicanti un *consensus in idem placitum*. Altre cause di obbligazioni, che non consistevano in una *conventio*, furono raggruppate da Giustiniano nella categoria dei *quasi contractus*.

I *contractus* civilistici furono distinti in quattro specie: c. reali, c. verbali, c. letterali, c. consensuali (questi ultimi introdotti attraverso il sistema del *ius gentium*). Caratteristica dei *contratti reali* (« re contrahitur obligatio ») è che l'obbligazione sorge sì per accordo tra le parti, ma è già implicita nel fatto che una delle parti

ha trasferito all'altra la proprietà o il possesso o anche la mera detenzione materiale di una *res (datio rei)*, dimodoché l'altra è tenuta a restituire a tempo debito ciò che ha ricevuto. Tali: il *mutuum*, consistente nel trasferimento della proprietà di danaro o di altre cose « quae pondere numero ac mensura consistunt », dall'uno all'altro contraente, con l'intesa che il secondo (mutuario) restituirà al primo (mutuante) il *tantundem eiusdem generis*; il *commodatum*, consistente nel trasferimento della detenzione (cd. *possessio naturalis*) di una cosa dall'uno all'altro contraente, con l'intesa che il secondo (commodatario) restituirà intatta la cosa al primo; il *depositum*, consistente nel trasferimento della detenzione di una cosa mobile dall'uno all'altro contraente, con l'intesa che il secondo (depositario) la custodirà e la renderà al primo (deponente) a sua richiesta; il *pignus* consistente nel trasferimento della *possessio* di una cosa mobile dall'uno all'altro contraente, con l'intesa che il secondo (creditore pignoratizio, pignoratario) la conserverà a garanzia di un suo credito (v. n. 19) e la restituirà al primo (debitore pignoratizio, oppignorante) all'atto dell'adempimento di quel credito. Caratteristica dei *contratti verbali* e dei *contratti letterali* è che l'obbligazione sorge per effetto del compimento di una certa forma solenne, orale o scritta. Emerse per larghezza di applicazione la *stipulatio*, il principio dei contratti romani, consistente in una richiesta di obbligarsi rivolta dal futuro creditore (*stipulans*) al futuro debitore (*promissor*) ed in una congrua risposta del secondo al primo (« Centum dari spondesne? - Spondeo »). In origine l'*obligatio ex stipulatu* sorgeva soltanto se fosse stato adoperato il verbo « spondere », ma nel periodo classico furono ammesse anche altre forme verbali equivalenti (« promittere », « fideiubere », ecc.); la *stipulatio* cadde in desuetudine nel periodo postclassico, e il termine passò piuttosto ad indicare l'incontro delle volontà dei contraenti, quale che fosse la forma da loro prescelta. Caratteristica dei *contratti consensuali* è che l'obbligazione o le reciproche obbligazioni sorgono per effetto del semplice *consensus in idem placitum*, comunque manifestato dalle parti (« nudo consensu »). Tali: la *emptio-venditio*, la *locatio-conductio*, la *societas*, il *mandatum*; tutte figure comunissime nell'odierna vita commerciale.

Tra i *pacta praetoria*, tutelati dal *praetor* mediante *exceptiones* o *actiones in factum*, possono essere ricordati: il *constitutum debiti*, cioè la promessa di pagare ad una certa scadenza un debito proprio o altrui, generalmente fatta e accettata a scopo di garanzia; il *receptum argentarii*, patto per cui un banchiere assumeva su di sé (« in me recipio ») il debito di un cliente verso un terzo; il *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, mezzo di assunzione

di responsabilità per eventuale perdita degli oggetti del cliente da parte dei capitani di nave, degli osti o degli stallieri; il *receptum arbitrii*, assunzione dell'obbligo di decidere una lite da parte della persona designata come arbitro in un compromesso.

I *contracti innominati* furono tutte figure affini ai *contractus* reali, almeno nel senso che l'obbligazione del debitore sorgeva per conseguenza di una prestazione a lui fatta dal creditore (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*): se queste figure negoziali non furono inserite nel novero dei *contractus* civilistici, ciò fu per ragioni meramente storiche, e più precisamente perché ad esse incominciò a pensarsi quando le quattro categorie tipiche dei *contractus* erano ormai già formate. La giurisprudenza classica riconobbe che il creditore insoddisfatto avesse diritto, in analogia con i *contracti* reali, a pretendere la restituzione della sua prestazione mediante un'azione apposita (*condictio ob causam datorum*); il pretore aggiunse a tutela del creditore insoddisfatto un'*actio in factum*; in diritto postclassico si formò una speciale azione, detta *actio praescriptis verbis*. Notevoli, tra i c. innominati: la *permutatio*, consistente nel trasferimento della proprietà di una cosa per ottenerne un'altra in cambio (null'altro, dunque, che l'antichissimo baratto); l'*aestimatum*, consistente nel trasferimento alla controparte della detenzione di una *res* stimata con l'incarico di venderla e con l'obbligo della controparte o di pagare il prezzo ricavato o di restituire la cosa invenduta; la *transactio*, accordo di por fine ad una controversia facendosi reciproche concessioni (« aliquo dato aliquo retento »).

Tra i più interessanti casi di *obligationes quasi ex contractu* sono da citare i seguenti. Dai *legata* del tipo *per damnationem* e *sinendi modo* (v. n. 28) derivava l'obbligo dell'erede di effettuare la prestazione della cosa legata al legatario. Dal fatto che taluno, pur senza averne avuto mandato, avesse utilmente gerito un affare altrui (*negotiorum gestio*: es., condomino che compie le spese di condominio, terzo che si assume le spese per i funerali di una persona) derivava l'obbligo della persona che avesse tratto l'utilità (*dominus negotii*) di indennizzare l'altro (*negotiorum gestor*) delle spese e dei danni incontrati. Dal fatto che taluno avesse effettuato un adempimento non dovuto (*indebiti solutio*) derivava l'obbligo di chi avesse ricevuto l'indebito di restituirlo a richiesta al *solvens*, cui era dunque riconosciuta una azione per la restituzione (*condictio indebiti*).

3. **Obbligazioni primarie da atto giuridico illecito.** — Il *ius civile* non prevede se non quattro tipi di atti illeciti produttivi di

obbligazioni primarie di responsabilità (*delicta*). Altri atti illeciti furono man mano ravvisati dal *ius praetorium*: il diritto classico evitò di definirli *delicta*, Giustiniano li raggruppò sotto la terminologia di *quasi delicta*.

Caratteristiche comuni delle *obligationes* primarie da atto illecito furono: la nossalità, l'individualità, la cumulatività, la penalità. La *nossalità* (da *noxa*=delitto) implicava che degli atti illeciti commessi da un *servus* o da un *filiusfamilias* rispondesse il suo *paterfamilias*, il quale per sottrarsi all'*actio* del danneggiato poteva cedere preventivamente il colpevole allo stesso (*noxae deditio*). La *individualità* implicava che le *actiones* da illecito non potessero né trasmettersi ereditariamente né esercitarsi contro gli eredi dell'offensore; ma in periodo classico la intrasmissibilità attiva fu limitata a pochissime *actiones* cd. *a. vindictam spirantes*. Della *cumulatività* obbligatoria si è già detto (v. n. 20). *Penalità* significa che le *actiones* da atto illecito miravano anzi tutto a che l'autore dell'atto sopportasse una *poena* per l'illecito commesso e fosse condannato al pagamento di una somma di danaro superiore (doppio, quadruplo) all'importo del danno arrecato; nel caso in cui il danno fosse consistito nella sottrazione di una *res*, il danneggiato aveva a sua disposizione, oltre l'*actio poenalis*, anche un'*actio reipersecutoria* (*condictio, rei vindicatio*).

I *delicta* previsti e disciplinati dall'*ius civile* furono: il *furtum*, sottrazione dolosa di una cosa mobile al proprietario; la *rapina*, furto commesso con violenza (« bona vi rapta »); il *damnum iniuria datum*, previsto dalla *lex Aquilia* (III sec. a. C.), danneggiamento materiale di una *res*; l'*iniuria*, ingiusta lesione personale.

Tra gli illeciti del *ius praetorium* possono essere ricordati: il *dolus malus*, capziosa determinazione in altri di un errore al fine di indurlo alla conclusione di un negozio giuridico svantaggioso; il *metus*, minaccia di un male notevole fatta per indurre allo stesso fine; l'*effusum et deiectum* e il *positum et suspensum*, azioni dannose o pericolose per coloro che passassero sotto i davanzali delle case di Roma.

4. **Obbligazioni secondarie da atto illecito.** — Il criterio base, da cui partirono i Romani per determinare se e quando una responsabilità per inadempimento sorgesse, fu che il soggetto passivo del r. g. di debito è tenuto a compiere tutto quanto sta in lui per effettuare l'adempimento: se, dunque, la *res* dovuta perisce prima del tempo dell'adempimento per causa a lui non imputabile (*vis maior, casus fortuitus*), egli non è responsabile dell'inadempimento. L'inadempimento in senso proprio si riteneva che si avesse,

di responsabilità per eventuale perdita degli oggetti del cliente da parte dei capitani di nave, degli osti o degli stallieri; il *receptum arbitrii*, assunzione dell'obbligo di decidere una lite da parte della persona designata come arbitro in un compromesso.

I *contratti innominati* furono tutte figure affini ai *contractus* reali, almeno nel senso che l'obbligazione del debitore sorgeva per conseguenza di una prestazione a lui fatta dal creditore (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*): se queste figure negoziali non furono inserite nel novero dei *contractus* civilistici, ciò fu per ragioni meramente storiche, e più precisamente perché ad esse incominciò a pensarsi quando le quattro categorie tipiche dei *contractus* erano ormai già formate. La giurisprudenza classica riconobbe che il creditore insoddisfatto avesse diritto, in analogia con i contratti reali, a pretendere la restituzione della sua prestazione mediante un'azione apposita (*condictio ob causam datorum*); il pretore aggiunse a tutela del creditore insoddisfatto un'*actio in factum*; in diritto postclassico si formò una speciale azione, detta *actio praescriptis verbis*. Notevoli, tra i c. innominati: la *permutatio*, consistente nel trasferimento della proprietà di una cosa per ottenerne un'altra in cambio (null'altro, dunque, che l'antichissimo baratto); l'*aestimatum*, consistente nel trasferimento alla controparte della detenzione di una *res* stimata con l'incarico di venderla e con l'obbligo della controparte o di pagare il prezzo ricavato o di restituire la cosa invenduta; la *transactio*, accordo di *pör fine* ad una controversia facendosi reciproche concessioni (« aliquo dato aliquo retento »).

Tra i più interessanti casi di *obligationes quasi ex contractu* sono da citare i seguenti. Dai *legata* del tipo *per damnationem* e *sinendi modo* (v. n. 28) derivava l'obbligo dell'erede di effettuare la prestazione della cosa legata al legatario. Dal fatto che taluno, pur senza averne avuto mandato, avesse utilmente gerito un affare altrui (*negotiorum gestio*: es., condomino che compie le spese di condominio, terzo che si assume le spese per i funerali di una persona) derivava l'obbligo della persona che avesse tratto l'utilità (*dominus negotii*) di indennizzare l'altro (*negotiorum gestor*) delle spese e dei danni incontrati. Dal fatto che taluno avesse effettuato un adempimento non dovuto (*indebiti solutio*) derivava l'obbligo di chi avesse ricevuto l'indebito di restituirlo a richiesta al *solvens*, cui era dunque riconosciuta una azione per la restituzione (*condictio indebiti*).

3. **Obbligazioni primarie da atto giuridico illecito.** — Il *ius civile* non prevede se non quattro tipi di atti illeciti produttivi di

obbligazioni primarie di responsabilità (*delicta*). Altri atti illeciti furono man mano ravvisati dal *ius praetorium*: il diritto classico evitò di definirli *delicta*, Giustiniano li raggruppò sotto la terminologia di *quasi delicta*.

Caratteristiche comuni delle *obligationes* primarie da atto illecito furono: la nossalità, l'individualità, la cumulatività, la penalità. La *nossalità* (da *noxa*=delitto) implicava che degli atti illeciti commessi da un *servus* o da un *filiusfamilias* rispondesse il suo *paterfamilias*, il quale per sottrarsi all'*actio* del danneggiato poteva cedere preventivamente il colpevole allo stesso (*noxae deditio*). La *individualità* implicava che le *actiones* da illecito non potessero né trasmettersi ereditariamente né esercitarsi contro gli eredi dell'offensore; ma in periodo classico la intrasmissibilità attiva fu limitata a pochissime *actiones* cd. *a. vindictam spirantes*. Della *cumulatività* obbligatoria si è già detto (v. n. 20). *Penalità* significa che le *actiones* da atto illecito miravano anzi tutto a che l'autore dell'atto sopportasse una *poena* per l'illecito commesso e fosse condannato al pagamento di una somma di danaro superiore (doppio, quadruplo) all'importo del danno arrecato; nel caso in cui il danno fosse consistito nella sottrazione di una *res*, il danneggiato aveva a sua disposizione, oltre l'*actio poenalis*, anche un'*actio reipersecutoria* (*condictio, rei vindicatio*).

I *delicta* previsti e disciplinati dall'*ius civile* furono: il *furtum*, sottrazione dolosa di una cosa mobile al proprietario; la *rapina*, furto commesso con violenza (« bona vi rapta »); il *damnum iniuria datum*, previsto dalla *lex Aquilia* (III sec. a. C.), danneggiamento materiale di una *res*; l'*iniuria*, ingiusta lesione personale.

Tra gli illeciti del *ius praetorium* possono essere ricordati: il *dolus malus*, capziosa determinazione in altri di un errore al fine di indurlo alla conclusione di un negozio giuridico svantaggioso; il *metus*, minaccia di un male notevole fatta per indurre allo stesso fine; l'*effusum et deiectum* e il *positum et suspensum*, azioni dannose o pericolose per coloro che passassero sotto i davanzali delle case di Roma.

4. **Obbligazioni secondarie da atto illecito.** — Il criterio base, da cui partirono i Romani per determinare se e quando una responsabilità per inadempimento sorgesse, fu che il soggetto passivo del r. g. di debito è tenuto a compiere tutto quanto sta in lui per effettuare l'adempimento: se, dunque, la *res* dovuta perisce prima del tempo dell'adempimento per causa a lui non imputabile (*vis maior, casus fortuitus*), egli non è responsabile dell'inadempimento. L'inadempimento in senso proprio si riteneva che si avesse,

insomma, se ed in quanto esso dipendesse da un comportamento positivo o negativo del debitore (« per debitorem stat quominus praestet »).

Sino a tutto il periodo classico, i Romani distinsero, inoltre, dei casi in cui bastava l'obbiettivo mancanza della prestazione (salvo *casus fortuitus* o *vis maior*) a determinare la responsabilità del debitore per inadempimento, da altri casi in cui era richiesto che il debitore avesse deliberatamente voluto l'inadempimento: nella prima ipotesi si parlava di una responsabilità per *custodia* (es., nel *commodatum*), nel secondo caso di una responsabilità per *dolus* (es., nell'*emptio-venditio*). In diritto postclassico fu introdotto un termine intermedio tra *custodia* e *dolus*, la *culpa*, che fu intesa nel senso di mancanza di *diligentia* e fu ulteriormente distinta in *lata* (« quae dolo aequiparatur »), *levis* e *levissima*: la responsabilità per inadempimento sorse, pertanto, talvolta in base a semplice *culpa levissima* (molto vicina alla *custodia* classica), talaltra in base a *culpa levis* e talaltra ancora in base a *culpa lata* (cioè a *dolus*). Il contenuto della responsabilità per inadempimento era, di regola, la *aestimatio* in danaro della prestazione dovuta (« quanti ea res est »).

Due ipotesi particolari di inadempimento furono la *mora solvendi* e la *fraus creditorum*. La *mora solvendi*, cioè il ritardo nell'adempimento, determinava l'obbligazione secondaria dell'inadempiente di sopportare anche i rischi del perimento della cosa per forza maggiore o caso fortuito, nonché, dapprima in certi casi e in diritto postclassico in ogni ipotesi, l'obbligo di corrispondere speciali interessi (*usurae moratoriae*): se però il ritardo dipendeva da rifiuto del creditore (*mora accipiendi*), queste conseguenze ovviamente non sorgevano. La *fraus creditorum* consisteva nella dolosa alienazione di propri cespiti patrimoniali da parte del debitore, al fine di creare o aggravare la propria insolvenza, cioè la propria incapacità a tener fede ai propri impegni, danneggiando i creditori: i creditori frodati avevano diritto, in tal caso, alla *missio in bona fraudatoris* ed alla ripetizione delle *res* fraudolentemente alienate presso coloro che le avessero acquistate con *scientia fraudis*.

5. **Fatti estintivi dei rapporti giuridici obbligatori.** — Il modo normale di estinzione dell'obbligazione era l'adempimento di essa, che determinava la *solutio* dell'*obligatus* ed era chiamato esso stesso, in tempi storici, *solutio*: solo con il consenso del creditore il debitore poteva liberarsi prestando *aliud pro alio* (cd. *datio in solutum*). Originariamente la *solutio* avveniva mediante *mancipatio* delle *res debitae* (cd. *solutio per aes et libram*) e la formalità si con-

servò sino a tutto il periodo classico. Altro modo originario di estinzione delle obbligazioni fu la *acceptilatio*, valevole per le *obligationes verbis contractae*, e consistente in una solenne domanda del debitore (« Habesne accetum? ») ed in una contestuale risposta affermativa del creditore (« Habeo »). Per le *obl. litteris contractae* valse la forma solenne della *expensilatio*.

L'obbligazione poteva estinguersi *ipso iure* anche senza effettivo adempimento. A tal uopo potevano servire, in tempi storici, la *solutio per aes et libram*, la *acceptilatio* e la *expensilatio* intese come « immaginarie soluzioni » (cioè come modi di remissione del debito da parte del creditore), nonché il *contrarius consensus* delle parti di un contratto consensuale. Altri modi furono: la *novatio*, cioè la trasfusione (attuata mediante *stipulatio*) della precedente obbligazione in una nuova, fornita del medesimo contenuto economico (« idem debitum »); la *litis contestatio* formulare, per le ragioni già altrove espresse (v. n. 10); la impossibilità sopravvenuta della prestazione per *vis maior* o *casus fortuitus* (v. n. 23); la *confusio*, cioè la riunione della qualità di debitore e di creditore in un'unica persona; la *compensatio* (ammessa soltanto in alcuni casi), cioè la deduzione dall'ammontare del credito dell'ammontare dei debiti verso la stessa persona.

Accanto ai modi di estinzione *ipso iure*, il pretore introdusse alcuni modi di estinzione delle obbligazioni *ope exceptionis*, nel senso che concesse ai debitori una *exceptio* da opporre ai creditori che agissero contro di essi per l'adempimento: così, ad es., nel caso che fra le parti fosse intervenuto un *pactum de non petendo*, il debitore aveva contro il creditore l'*exceptio pacti conventi*.

VII.

La successione nei rapporti giuridici privati.

1. Generalità. — 2. La successione nei rapporti giuridici privati di una persona defunta. — 3. Segue. Le vocazioni alla successione « mortis causa ». — 4. Effetti particolari della successione testamentaria.

1. **Generalità.** — Tutte le volte in cui, fermi restando gli altri elementi, un nuovo soggetto subentra nella posizione di una delle parti di un r. g. privato si suole parlare di una *successione* del primo al secondo, o anche, avuto particolare riguardo allo situazione (attiva o passiva) in cui si subentra, di un *acquisto deri-*

vativo di un diritto o di un obbligo da parte del successore. Si suole distinguere ulteriormente tra: *successione particolare e s. universale*, a seconda che si subentri in un singolo rapporto o in tutti i rapporti di cui l'antecessore era titolare; nonché tra: *successione ad una persona vivente e s. ad una persona defunta*, a seconda che si subentri in un rapporto o nei rapporti di cui era titolare un antecessore vivente o un antecessore defunto.

A questa concezione ampia e completa del fenomeno della successione il diritto romano arrivò soltanto nel periodo postclassico. Nel corso dei periodi precedenti non si riuscì, di massima, a concepire la possibilità di una successione a titolo particolare, sia *inter vivos* che *mortis causa*, ma si ritenne che una vera e propria successione avesse luogo soltanto se ed in quanto un soggetto giuridico perdesse la sua qualità di soggetto (per morte o per *capitis deminutio*) ed al suo posto, in ogni sua situazione giuridica, subentrasse un altro soggetto. Mentre, perciò, sino a tutto il periodo classico si parlò di successione nel senso di *successio in locum et ius (alicuius)*, in diritto postclassico soltanto si formò e si diffuse la distinzione tra una *successio in singulas res* ed una *successio in universum ius* o *per universitatem*, quasi che, in quest'ultimo caso (corrispondente alla *s. in locum et ius* dei periodi precedenti), il complesso dei r. g. privati facenti capo all'antecessore costituissero anch'essi una *singula res*, risultante dall'ideale unificazione di tutti gli elementi patrimoniali di lui (cd. *universitas iuris*).

Dei casi di successione particolare *inter vivos* si è discorso già nelle pagine precedenti, quando si è parlato dei singoli r. g. privati e dei fatti giuridici necessari alla loro costituzione. La *successione universale ad una persona vivente* (ignota ai diritti moderni) si aveva in alcuni casi in cui l'antecessore perdeva la soggettività giuridica pur rimanendo in vita; es., perché *adrogatus* da altro *paterfamilias*, perché donna *sui iuris* sottopostasi alla *manus* del marito, perché asservitosi ad altro soggetto per una delle cause riconosciute dal *ius civile* (*manus iniectio*, *nexum*, ecc.). Tutti questi istituti decaddero rapidamente già nel corso del diritto classico. Resta, pertanto, da dire qualcosa sulla successione nei r. g. privati di una persona defunta, che è l'istituto più importante.

2. La successione nei rapporti giuridici privati di una persona defunta. — Nel sistema del *ius civile* la *successio in locum et ius* di una persona defunta prendeva il nome di *hereditas*, termine che serviva anche a significare il complesso dei r. g. privati che trapassavano dall'antecessore al successore; accanto all'*hereditas* si conosceva anche la successione a titolo particolare, attuata me-

dante l'istituto dei *legata* (v. n. 28). Il *ius praetorium* integrò e corresse in molti punti l'antiquato sistema civilistico dell'*hereditas*, dando luogo, praticamente, ad un altro e prevalente sistema successorio. Il *ius novum*, soprattutto nel periodo postclassico, tenne conto di ambedue i sistemi anteriori per riformarli, ed in particolare per creare un sistema unitario di *successio in universum ius mortis causa*.

Per il verificarsi del fenomeno successorio non era sufficiente il fatto della *morte dell'antecessore*: con questo fatto dovevano concorrerne vari altri, tra cui, principalissimo, il fatto della vocazione alla successione. La *vocazione* (*vocatio*) poteva essere prestabilita dall'ordinamento giuridico oppure prestabilita dallo stesso antecessore: quest'ultima (*vocatio ex testamento*) aveva la prevalenza sulla prima (*vocatio* cd. *legitima* o *ab intestato*), salvo in alcuni casi, nei quali la successione avveniva, per esplicita disposizione dell'ordinamento giuridico, *contra tabulas testamenti*. Oltre la vocazione occorreva la *delazione* (*delatio*), la quale in alcuni casi era automatica (*ipso iure*), in altri era condizionata all'accettazione (*aditio*) o alla richiesta (*adgnitio*) del chiamato a succedere: la *delatio ipso iure* si aveva in ordine ai *filius familias* chiamati a succedere dal *ius civile* o da un *testamentum iure civili*, nonché in ordine agli schiavi che l'antecessore avesse, nel testamento, ad un tempo manomessi e chiamati all'*hereditas* (detti chiamati si dicevano, pertanto, *heredes necessarii*); ogni altro chiamato acquistava l'*hereditas* mediante *aditio*; per l'acquisto della *bonorum possessio* occorreva, infine, l'*adgnitio*. In epoca storica, per ovviare alla difficile situazione in cui si venivano a trovare gli *heredes necessarii* nel caso che il compendio ereditario annoverasse più debiti che cespiti attivi (*hereditas damnosa*), furono creati due istituti: il *ius abstinendi*, concesso dal pretore al chiamato che fosse *filius familias* (cd. *heres suus et necessarius*), ed il cd. *beneficium separationis*, riconosciuto dalla giurisprudenza classica al *servus cum libertate institutus* per permettergli di separare dalla massa ereditaria gli acquisti che avrebbe eventualmente compiuto in futuro. L'accettazione dei cd. *heredes voluntarii* avveniva, in periodo classico, o mediante il negozio solenne della *cretio* («... hanc hereditatem adeo cernoque») o anche tacitamente, mediante il compimento di atti che solo un *heres* accettante avrebbe potuto compiere (*pro herede gestio*: es., alienazione di un cespite ereditario, esazione di un credito dell'antecessore); in diritto postclassico fu reputata sufficiente la espressione comunque fatta della *voluntas suscipiendae hereditatis* (*aditio nuda voluntate*). L'*adgnitio bonorum possessionis* si faceva al pretore senza solennità e l'acquisto derivava da un *decretum* del

pretore stesso; in diritto postclassico, per la operata fusione degli istituti successori, il sistema si invertì ed anche la *bonorum possessio* si considerò soggetta ad accettazione.

In periodo postclassico fu creato l'ulteriore istituto del *beneficium inventarii*, per cui i successori potevano limitare la loro responsabilità patrimoniale alle « vires hereditariae », cioè all'attivo ereditario, nell'ammontare che fosse risultato da un preventivo inventario dello stesso.

Nel sistema del *ius civile* l'*heres* cui fosse stato impedito l'impossessamento dei *bona hereditatis* poteva esercitare, oltre che la *vindicatio* delle singole *res*, anche una *vindicatio* complessiva dell'*hereditas* contro il possessore della medesima (*hereditatis petitio*): importanti innovazioni al sistema furono introdotte da un SC. *Iuventianum* del II secolo d. C. Per la divisione dell'asse ereditario tra i coeredi, ciascuno di questi poteva esercitare contro gli altri l'*actio familiae erciscundae*, allo scopo di ottenere dall'*iudex privatus* l'*adiudicatio* delle quote.

3. Segue. Le vocazioni alla successione "mortis causa". —

La causa su ogni altra prevalente, almeno di regola, di chiamata alla successione *mortis causa* fu il *testamentum* (« voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit »). A prescindere dalle forme più antiche, la cui storia è assai incerta, la forma di *testamentum* che ebbe valore nell'età preclassica e classica fu il *testamentum per aes et libram*, derivazione di una originaria *mancipatio* dell'*hereditas* (*mancipatio familiae*) ad un *familiae emptor*, che, da originario effettivo acquirente, si era ridotto ad un esecutore testamentario: le disposizioni del *testator* erano scritte su *tabulae* di cera sigillate da lui e dagli altri attori della *mancipatio* (il *familiae emptor*, i cinque testimoni ed il *libripens*: v. n. 16); la consegna delle tavolette era accompagnata da una solenne *muncipatio* (« Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote »). Dal suo canto, il *praetor urbanus* prese l'uso di concedere ai chiamati che gliene facessero richiesta la *possessio* dei *bona defuncti* nel caso in cui l'acquisto *iure civili* non fosse possibile per mancanza di qualche requisito della solennità testamentaria: tale concessione (cd. *bonorum possessio secundum tabulas*) fu fatta sempre che vi fossero, perlomeno, le *tabulae* e i sette sigilli delle persone presenti alla cerimonia, considerate oramai come *testes*. Testamento civile e testamento pretorio si fusero, nel periodo postclassico, in quello che Giustiniano denominò *testamentum tri-*

peritum, documento proveniente dal testatore e contrassegnato dal sigillo di sette testimoni.

Contenuto essenzialissimo del *testamentum* civilistico era la *heredis institutio*, cioè la solenne designazione del *successor in locum et ius* (« L. Titius mihi heres esto ») e la espressa *exhereditatio* degli *heredes sui*, qualora li si volesse escludere dalla *successio* (« sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi »). Il pretore, ritenendo che alla successione universale avessero diritto non soltanto i *filii in potestate*, ma anche quelli *emancipati*, concesse tanto agli uni quanto agli altri, se gliene facessero richiesta, la *bonorum possessio* in caso di preterizione nelle *tabulae* testamentarie (*bonorum possessio contra tabulas*). Anziché un unico erede, potevano essere istituiti più coeredi, sia in quote uguali che in quote disuguali, ma la *institutio* di un erede non potevā essere riferita ad una cosa determinata (*ex certa re*) o con detrazione di un determinato cespite (*excepta re*), dato che bisognava rispettare il principio della successione nella universalità dei beni del defunto o in una quota ideale di essa: la giurisprudenza classica ritenne, in questi casi, valido il testamento ed invalida la menzione della *certa res* (« detracta rei certae mentione »), mentre più tardi si ammise che le indicazioni del testatore dovessero essere eseguite nei limiti del possibile in sede di divisione. Il *testamentum* poteva anche contenere la *substitutio heredis*, cioè o la nomina di un *heres* al *suus heres* impubere per il caso che questo morisse prima di aver raggiunto la pubertà e con essa la capacità di testare a sua volta (*substituto pupillaris*), oppure, più in generale, la nomina di un altro o di altri *heredes* al testatore, per il caso che le persone da lui istituite non acquistassero l'eredità (*substitutio vulgaris*). Subordinatamente alla presenza dell'*institutio*, il *testamentum* poteva contenere, infine, una *datio tutoris* (v. n. 6), una *manumissio* (v. n. 4), ed altre disposizioni particolari (*legata, fideicommissa*), di cui si dirà fra poco (v. n. 28).

Il *testamentum* fu considerato revocabile dal *testator* « usque ad vitae supremum exitum », ma non bastava la distruzione del documento a determinare la revoca: occorreva un nuovo testamento, con una diversa *institutio heredis* o diverse disposizioni accessorie.

In mancanza di *testamentum*, trovava luogo la vocazione *ab intestato*, che si disse *legitima* perché fu regolata dalle XII tavole. Queste stabilirono che, in mancanza di *heredes sui* (cioè di *filiifamilias*), la *familia* e la *pecunia* del defunto (cioè il suo patrimonio in *res Mancipi* e *nec Mancipi*: v. n. 15) fossero devolute all'*adgnatus proximus* e, in mancanza di *adgnati*, ai *gentiles*, cioè ai membri della stessa *gens*: non accettando l'*adgnatus proximus*, l'eredità di-

veniva vacante, anche se vi fossero dopo di lui altri successibili *ab intestato*. A questo sistema civilistico importanti riforme furono arretrate dal *praetor*, il quale accordò la sua tutela ai *filii emancipati* sullo stesso piano degli *heredes sui*, sulla base della considerazione che gli uni e gli altri erano *liberi* del testatore dal punto di vista della *cognatio* (v. n. 14); egli stabilì che i *legitimi*, cioè gli altri chiamati dalle XII tavole, costituissero un *ordo* successorio subordinato a quello dei *liberi*; che, in mancanza di *legitimi*, avessero diritto alla successione i *cognati* (cioè i parenti di sangue che non fossero anche *adgnati*); e che, mancando i *cognati*, al defunto succedesse il coniuge superstite (*vir* o *uxor*). In contrasto col sistema civilistico, il pretore ammise, inoltre, che, mancando l'accettazione del primo chiamato, succedesse nella vocazione colui che appartenesse al grado di parentela successivo e che, non accettando tutti i membri di un certo *ordo* successorio, la chiamata si trasferisse, secondo l'ordine dei gradi, ai membri dell'*ordo* seguente (*successio ordinum et graduum*). Attraverso ulteriori riforme del *ius novum*, si giunse al sistema sancito nelle *Novellae* di Giustiniano, per cui erano chiamati successivamente: i discendenti, gli ascendenti, i fratelli e sorelle, gli altri collaterali.

Verso la fine dell'età classica si profilò, accanto alla successione testamentaria ed a quella *ab intestato*, un altro tipo di successione, la *successione necessaria*. I magistrati riconobbero ai più stretti congiunti del testatore il diritto di attaccare la validità del testamento, anche se fossero stati espressamente diseredati, quando fosse evidente che il testatore, non tenendo alcun conto di loro, avesse infranto quell'*officium pietatis* che occorre avere nei riguardi dei familiari. Di qui sorse la concessione ai diseredati della *cd. querela inofficiosi testamenti*, volta ad ottenere il permesso di esercitare la *hereditatis petitio* almeno in ordine ad una certa frazione dell'asse ereditario. Nei secoli seguenti il sistema fu ulteriormente perfezionato e si pervenne, in età giustinianea, a considerare i discendenti e gli ascendenti (cioè i primi due *ordines* della successione *ab intestato*) come necessari eredi, per una certa quota (quota di riserva), del defunto.

4 Effetti particolari della successione testamentaria — Tra le disposizioni accessorie di un *testamentum* poteva essere, ed era molto spesso in pratica, il *legatum*, cioè il lascito di un certo cespite ereditario ad una determinata persona (legatario o onorato), facendone carico alla persona istituita erede (onerato: « a quo legatum est »). Oggetto di legato poteva essere un diritto reale, un diritto di credito, la remissione di un debito (*l. liberationis*), una quota

dell'eredità (*l. partitionis*), una rendita alimentare ecc. L'uso di questa forma di lasciti « mortis causa » sorse, probabilmente, attraverso quello della *mancipatio familiae* (v. n. 27), nella quale i *legata* dovettero configurarsi come oneri imposti dal *mancipio dans* al *familiae emptor*; ma non è da escludere che l'istituto sia sorto anche prima.

Il *ius civile* conobbe quattro tipi di legato: *l. per vindicationem* (nella forma: « do lego »), avente per effetto il trasferimento diretto della proprietà di una cosa dal testatore al legatario, che può senz'altro esercitare la *rei vindicatio* contro chi ne trattiene il possesso (eredi o altri); *l. per damnationem* (« heres meus damnas esto dare »), avente per effetto la costituzione di un debito per la *res* legata a carico dell'erede e a favore del legatario, che può agire contro il primo con un'*actio in personam* (*a. ex testamento*); *l. si nendi modo* (« heres meus damnas esto sinere »), sottospecie del precedente, produttivo dell'obbligo dell'erede di permettere che il legatario si impossessi di una cosa o non paghi un debito ecc.; *l. per praeceptionem* (« heres meus praecipito »), avente per effetto la costituzione di un diritto reale determinato a favore di uno dei coeredi, il quale può impossessarsi della cosa prima (*prae-capere*) della divisione ereditaria. Questi quattro tipi di legato furono fortemente accostati l'un l'altro da un *SC. Neronianum* del I sec. d. C., il quale stabilì che, se un *l. per vindicationem* non potesse valere come tale (es., perché il testatore ha legato una cosa altrui), esso valesse almeno come *l. per damnationem* (quindi, nell'esempio citato, l'erede deve acquistare la cosa ed ha l'obbligo di trasferirne la proprietà al legatario). Naturalmente, il *legatum* non poteva essere acquistato se l'erede non avesse a sua volta acquistato l'eredità: a questo proposito si distingueva il *dies cedens*, cioè il momento della morte del testatore, in cui il legatario acquistava il diritto al legato, dal *dies veniens*, cioè il momento dell'accettazione dell'erede (*heres voluntarius*: v. n. 26), in cui il legatario acquistava l'esercizio del diritto; verificandosi l'accettazione, il legato poteva essere perciò considerato acquistato nel momento della morte del testatore.

La pratica dei *legata* fu tanto diffusa in Roma, che spesso si veniva a distribuire testamentariamente tutto il patrimonio in legati, lasciando all'erede un *nudum nomen*. Per ovviare a questo inconveniente furono emanate, tra il II ed il I secolo a. C., tre leggi, la *Furia*, la *Voconia* e la *Falcidia*: quest'ultima dispose che all'*heres* dovesse restare almeno un quarto del compendio ereditario (*quarta Falcidia*) e che pertanto i lasciti esuberanti fossero da ridurre (*falcidiare*) in proporzione.

Verso la fine del periodo preclassico invalse l'uso di effettuare lasciti *mortis causa*, anziché per legato, mediante *fideicommissum*, cioè mediante una preghiera (*rogatio*) rivolta all'erede o al legatario di ritrasferire (*restituere*) in tutto o in parte il cespite ricevuto ad un terzo (*fideicommissarius*). La *rogatio fideicommissaria*, assolutamente scevra di forme prestabilite, era fatta, oltre che nel *testamentum*, anche a voce, oppure in un documento a parte formato da tavolette cerate (*codicilli*). Da essa sorgeva inizialmente un puro impegno d'onore, non un dovere giuridico dell'onerato; ma Augusto istituì una magistratura *extra ordinem* (*praetor fideicommissarius*) acchè anche dei fedecommissi fosse assicurata giurisdizionalmente l'esecuzione. Il *fideicommissum* diventò in tal modo un istituto giuridico assai diffuso, che in periodo postclassico mostrò tendenza ad assorbire in sé i legati: Giustiniano finì, infatti, per ragguagliare i legati ai *fideicommissa* (« per omnia exaequata sunt legata fideicommissis »).

BIBLIOGRAFIA

Avvertenza. Condensare in sì piccolo numero di pagine la materia, enormemente vasta e complessa, del diritto privato romano ha comportato la necessità di molte lacune e, ancor più, di molte approssimazioni.

Per un menò sommario ragguaglio sugli argomenti fuggevolmente accennati in questo articolo, possono consultarsi le seguenti opere elementari:

FERRINI, *Manuale di Pandette*³, Milano 1904; COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alla compilazione giustiniana*², Torino 1925; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², 2 voll., Roma 1928; SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesungen*, vol. II, Berlin 1928; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁶, Paris 1929, a cura di SENN; JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrecht*³, Berlin 1949; DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano 1946; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, rist. 10^a ediz., Torino 1946; BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1946; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹¹, Napoli 1952; MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, I^o (1946), II^a (1948); VOCI, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1949); SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford 1951).