

B
30

DONO DEL PROF. ANTONIO GUARINO
ESCLUSO DAL PRESTITO

B
30

PROFILO DI DIRITTO PRIVATO ROMANO

B
30

ANTONIO GUARINO

Ordinario nell'Università di Napoli

PROFILO
DI
DIRITTO PRIVATO ROMANO

SECONDA EDIZIONE



NAPOLI
CASA EDITRICE DOTT. EUGENIO JOVENE
1953

B
30

DIRITTI DI AUTORE RISERVATI

Stampato in Italia

Printed in Italy

A. Galderola - Napoli - Piazza Carlo III, 12 c - Tel. 52710

AVVERTENZA

Il presente volumetto non è e non vuole essere né un manuale, né una sintesi di diritto romano privato. Esso si indirizza esclusivamente agli studenti, anzi ai miei studenti dell'Università di Napoli, per porre sotto i loro occhi il sommario, lo schema, la traccia delle lezioni impartite dalla cattedra. Lo scopo che mi sono prefisso è stato, insomma, di agevolare nei discenti il ricordo delle lezioni e l'inquadramento della materia, che ha formato oggetto del corso di Istituzioni di diritto romano.

POSTILLA PER LA SECONDA EDIZIONE

Nella presente seconda edizione il Profilo è quasi immutato nella inquadratura sistematica, ma attentamente riveduto e sensibilmente ampliato nel contenuto, sopra tutto con riguardo alle nozioni introduttive ed ai concetti generali. Esso conserva, tuttavia, l'originario carattere di mezzo puramente ausiliario per lo studio della vasta materia.

A. G.

B
30

APPUNTO BIBLIOGRAFICO

1. Opere generali sulla storia del diritto romano in generale: ARANCIO-RUIZ, *Storia del d. r.* 1 (1953); BONFANTE, *Storia del d. r.* (2 voll., 1934); DE FRANCISCI, *Storia storica del d. r.* (1948); GUSANO, *Storia del d. r.* (1953); KASER, *Römische Rechtsgeschichte* (1950); KÜLLEN, *Geschichte des römischen Rechts* (1925); SCHERILLO-DELL'ONO, *Storia del diritto romano* (1949).

2. Opere generali sul diritto privato romano: ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni di d. r.* 1 (1954); BETTI, *Istituzioni di d. r.* 1 (1944), *Brevi, Istituzioni di d. r.* (1952); BONFANTE, *Istituzioni di d. r.* (1911, 1946); BUCKLAND, *The main institutions of Roman private law* (1931); CORREIA e SCIASCIA, *Manuel de droit romain* 1 (1949) 2 (testi con trad., 1951); COSTA, *Storia del d. r. privato dalle origini alla compilazione giustiniana* (1915); COU, *Les institutions juridiques des Romains* (2 voll., 1940); VON CZYBARRZ e SAN NICOLÒ, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts* (1933); DI MARCO, *Istituzioni di d. r.* (1946); FERRINI, *Manuale di Pandette* (1908); GERARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (1928); IGLESIAS, *Istituciones de derecho romano* 1 (1950) 2 (1951); JÜRIG-KUNKEL, *Römisches Privatrecht* (1911, 1949); KIPP, *Das römische Recht* (1950); MÜNSTER, *Manuel élémentaire de droit romain* 1 (1947) 2 (1948); PALCIBONI, *Manuale di diritto romano* (1935); PEROZZI, *Istituzioni di d. r.* (2 voll., 1928); PETROPOULOS, *Ἱστορία καὶ Εἰσαγωγή τοῦ πρῶτου βιβλίου* (1944); RABIN, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1915); RADIN, *Handbook of Roman law* (1927); SANFILIPPO, *Istituzioni di d. r.* (1946); SCHWENK, *Römisches Recht. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts* (1950); SCHULZ, *Classical Roman law* (1951); SIEB, *Römisches*

Privatrecht (1928); SOHNS, MITTEL e WENZEL, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts* (1923); VAN OVEN, *Leerbuch over Romeesch Privatrecht* (1946); VOGL, *Institutioni di diritto romano* (1949); WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts* (1949). — Cfr. anche: REV. TL, *Diritto romano* 1 (Padova 1935); BORGANTE, *Corso di diritto romano* 1, 2 (1-2), 3, 6 (1) (Roma 1925-1930); DEBENSING, *Pandekten* a cura di SOKOLOWSKI, 4 voll. (Berlino 1918), trad. ital. di CICALA (Torino 1903-1907); MITTEL, *Römischer Privatrecht* 1 (Leipzig 1908); VANGEROW, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 3 voll. (Marburg 1865-1876); WENSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts* a cura di KIPP, 3 voll. (Frankfurt s. M. 1900-1906), trad. ital. di FADDA e BURSA (Torino 1902-1904).

3. Opere generali sul diritto processuale privato: BERTOLINI, *Appunti didattici sul processo civile romano*, 3 voll. (Torino 1913-1915); COSTA E., *Profilo storico del processo civile romano* (Roma 1918); KELLER, *Das römische Civilprocess*, a cura di WACH (Leipzig 1883); WLASSAK M., *Römische Prozessgesetze*, 2 voll. (Leipzig 1888-1891); WENIGER L., *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* (München 1925), trad. ital. di ORSTANO (Milano 1938).

4. Sulla evoluzione della civiltà romana: BARRAGALLO, *Storia universale* 2 (1-2): *Roma antica* (1931-1932); DE SANCTIS, *Storia dei Romani* 1-3 (1-2), 4 (1) (1907-1923); DURUY, *Histoire des Romains* 7 voll. (1888-1904), trad. ital. di MARCIUSIO (1922 ss.); FERRERO e BARRAGALLO, *Roma antica*, 3 voll. (1921-1922); FRANK, *A history of Rome* (1923), trad. ital. di FAZIO (1932); HARTMANN e KROMAYER, *Römische Geschichte* (1921), trad. ital. di CROCCINI (1935); MOMMSEN, *Römische Geschichte* 1-3 (1912-1917), 5^a (1917), trad. ital. dei voll. 1-3 di DI SAN GIUSTO (1903-1905), del vol. 5 di DE RUGGIERO (1887-1890); NIMMER, *Römische Geschichte*, 1^a, 2^a, 3 (1828, 1830, 1832), trad. ital. di MOSCHETTI (Napoli 1846-1851); NIESE, *Grundriss der römischen Geschichte nebst Quellenkunde* (1923), trad. ital. di LONGO (1921); PAIS, *Storia di Roma dalle origini all'inizio delle guerre puniche*, 5 voll. (1926-1928); ROSTOWZEFF M., *A history of the ancient World* 1: *Rome* (1926); VOIGT, *Die Römische Republik*, KORNEMANN, *Das Römische Kaiserzeit* (in GERCKE e NOWAK, *Einführung in die Altertumswissenschaft* 3, 2^a) (1933), trad. ital. di PELLIS (1945).

5. Per un sommario orientamento bibliografico sui singoli argomenti: BIGNARDI B., *Diritto romano* (Guida bibliografica della Univ. Cattolica del S. Cuore 3, 1) (Milano 1944).

6. Sul diritto romano dopo la fine della civiltà romana: KOSCHAKER, *Europa und das Römische Recht* (1948); WILHECKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952). Cfr. anche: KELLER, *Römisches Recht*, 2. *Grundlehren des Gemeinen Rechts* (Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht) (1934).

7. Enciclopedie e lessici. Di grande utilità per lo studio sono: DAREMBERG CH., SAGLIO E., FOYTIER E., LAPAYE G., *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, 6 voll. (Paris 1875-1912); DIRKSEN H.E., *Manuale antichità fontium iuris civilis Romanorum* (Berolini 1837); HEUMAN H. G. e SECKEL E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Leiz 1907); MENIER R., *Petit vocabulaire de droit romain* (Paris 1942); PAULY, WISSOWA, STOLL, KROLL, *Real-Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, 20 voll. pubblicati più 7 voll. di supplementi (Stuttgart 1894 ss.).

8. Principali riviste tecniche: *BIDR.* = *Bollettino dell'Istituto di diritto romano 'Vittorio Scialoja'* (Roma); *IURD.* = *Revista internazionale di diritto romano e antico* (Napoli); *NRH.* = *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* (Paris); *RIDA.* = *Revue internationale de droit de l'antiquité* (Bruxelles); *SDMI.* = *Studia et documenta historica et iuris* (Roma); *ZSS.* = *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (Weimar).

9. Principali raccolte ed edizioni di fonti giuridiche romane (con relative usuali abbreviazioni): HUSCKE PH. E., *Insipendunt anteaustinianae reliquiae*, ediz. riveduta da SECKEL e KÜBLER, 3 voll. (Lipsiae 1908-1927) (= HUSCKE), estratto di *Gai institutiones* a cura di KÜBLER (1930); KRÖGER P., MOMMSEN Th., STÜDEMUND G., *Collectio librorum iuris anteaustiniani*, I, II, III (Berolini 1927, 1878, 1890) (= *Collectio*), GIRARD P. F., *Textes de droit romain*, rivedute da SIMON (Paris 1937); RICCIARDI S., BAVERA G., FERRINI C., FURLANI G., ARANGO-RUIZ V., *Fontes iuris Romani anteaustiniani*, I: *Leges*,

IP: Auctores, III: *Negotia (Florentiae 1940-1943)* (= *Fontes Ital.*); BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*¹, riveduto da GRADENWITZ, 3 voll. (Tubingae 1909) (= BRUNS); *Codex Theodosianus, cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredi*, 6 voll. (Lugduni 1665); *Theodosiani libri XVI, cum constitutionibus Sirmondianis, et leges novellae ad Theodosianum pertinentes*, edid. Th. MOMMSEN et P. M. MEYER, 2 voll. (Berolini 1905) (= CTh.); *Corpus iuris civilis*, edid. MOMMSEN, KRÜGER, SCHÜLL, KROLL, 1¹⁰: *Institutiones (KRÜGER)*, *Digesta (MOMMSEN, KRÜGER)*, II: *Codex repetitae praelectionis (KRÜGER)*, III: *Novellae (SCHÜLL, KROLL)* (Berolini) (= I., D., Cl., NovL); *Digesta Iustiniani Augusti*, recognovit Th. MOMMSEN, 2 voll. (Berolini, 1886-1870) (= D. *ad maior*); *Digesta Iustiniani Augusti*, edid. P. BONFANTE et V. SCIALOJA (Mediolani 1908-1931) (= D. *Ital.*); *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo vulgo tributa*, recensuit et versione latina instruxit C. FERRINI (Milano 1897) (= Par. I); *Barbarorum libri LX*, edid. G. F. HEDMACH, 6 voll. (Lipsiae 1833-1870), *Supplementum* edid. C. E. ZACHARIAE (1846), *Supplementum alterum* edid. J. MERCATI et C. FERRINI (Mediolani 1897) (= B., B. Suppl. I et II). — CE. anche: DESSAU H., *Inscriptiones Latinae selectae*, 5 voll. (Berolini 1892-1915); *Inscriptiones Graecae ad res Romanae pertinentes...* collectae et editae cura R. CAGNAT, J. TOUTAIN, J. LAFAYE, 4 voll. (Paris 1903); BREMER F. P., *Iurisprudentiae antebaudiana quae supersunt*, 3 voll. (Lipsiae 1896-1901) (= BREMER); LENTZ O., *Palaeogenesi iuris civilis, Iuris consularum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposita* —, 2 voll. (Lipsiae 1889) (= L.).

10. Per la metodologia nello studio delle fonti di cognizione del diritto romano: GUARINO, *Guida allo studio delle fonti giuridiche romane* (1951).

TAVOLA CRONOLOGICA *

I.

PERIODO ARCAICO
(754 a. C.? — 387 a. C.?)

a. u. c.	a. C. n.	
—	754 [?]	Fondazione di Roma.
244	510 [?]	Prima espulsione dei re.
346	494 [?]	Prima secessione della plebe (Monte Sacro).
323	471	Seconda secessione della plebe (Aventino).
303-305	451-449	Leges XII tabularum. Leges Valeriae Horatiae.
309	445 [?]	Plebiscentum Canuleium.
307	387 [?]	Incendio gallico di Roma.
387	367 [?]	Leges Licinia-Sextiae. Istituzione del praetor urbanus.

* La tavola cronologica inquadra gli avvenimenti storici più caratteristici della civiltà romana con particolare riguardo alle influenze esercitate sul diritto di Roma. Per meglio comprenderla occorre tenere presente qualche opera fra quelle elencate ai n. 1 e 4 dell'Appunto bibliografico (p. 7 ss.).

IV.

PERIODO POSTCLASSICO

(285 d. C. — 565 d. C.)

285-305: Diocletianus (et Maximianus).		Codex Gregorianus Codex Hermogenianus Collatio legum Mosaicarum et Romanarum, Pauli sententiae. Altre elabo- razioni di iura e di le- gi.
313: Vittoria di Costantino su Massenzio 313: Editto di Milano (Constantinus).		
324-337: Constantinus I (Bizanzio capitale)		Tituli ex corpore Ulpiani
353: Il Cristianesimo diventa religione di Stato (Constantius).		
364-375: Valentinianus I et Valens.		Fragments Vaticana
379-395: Theodosius I.		
<i>Occidente</i>	<i>Oriente</i>	
395-423: Honorius	495-507: Arcadius	
423-425: Iohannes	408-450: Theodosius II	Legge delle citazioni (426) Codex Theodosianus (438) Novelle post-theodosiane
425-455: Valentinianus III		
475-476: Romulus Augustulus (475: caduta dell'impero di Occidente).		Edictum Theoderici Lex Romana Wisigothorum (506) Lex Romana Burgundionum
	529: Primo Codex	
	529-533: Iustinus I	529-533: Digesta (const. Deo auctore del 529, Traita e Cennem del 533)
	527-565: Iustinianus I	533: Institutiones 534: Codex repetitae praelectionis

IL DIRITTO ROMANO PRIVATO

B
3

I.

NOZIONI GENERALI

SOMMARIO: 1. Diritto e società politica. — 2. Struttura dello Stato. — 3. Struttura dell'ordinamento giuridico. — 4. La produzione del diritto. — 5. L'interpretazione del diritto. — 6. Il diritto romano e i suoi periodi.

I. DIRITTO E SOCIETÀ POLITICA. — Il diritto, o ordinamento giuridico, è un particolare tipo di ordinamento sociale, il quale si manifesta, di regola, in relazione ad una specie caratteristica di società umana, la società politica o Stato.

Società umana, come dice la parola, è un aggregato volontario di uomini, costituito per la realizzazione di certe finalità di comune interesse (religiose, economiche, morali, militari, di svago, ecc.), che della società costituiscono appunto la causa. Ogni società implica una certa organizzazione sociale, cioè un certo numero di vincoli posti alla libertà di ciascun consociato in vista del fine o dei fini superiori da raggiungere. L'organizzazione sociale implica, a sua volta, un certo ordinamento sociale, cioè un certo sistema

di principi, che ne determinano a priori la struttura ed il funzionamento.

Orbene, la società politica o Stato si distingue da ogni altra specie di società umana per il fatto di esercitare nei riguardi dei consociati una illimitata autorità e per il fatto di godere, correlativamente, di una assoluta indipendenza da ogni potestà sovraordinata. Essa richiede, pertanto, una organizzazione sociale particolarmente complessa ed efficiente ed implica un ordinamento sociale (cd. ordinamento politico o statale), che non si limiti a dettar norme di condotta per i consociati (cd. norme direttive), ma consideri deliberatamente anche l'ipotesi di inosservanza di tali norme da parte dei destinatari e predisponga (mediante le cd. norme sanzionatorie) i mezzi per ridurre costoro all'obbedienza o alla penitenza.

Il diritto o ordinamento giuridico, di regola, inerisce, come si è detto, alla società politica ed a quella soltanto. Più precisamente, esso o coincide totalmente con l'ordinamento statale, o ne costituisce un settore particolarmente efficiente.

L'affermazione secondo cui il diritto, anche se non coincide perfettamente con l'ordinamento statale, inerisce, di regola, alle società politiche, e quindi costituisce una parte dell'ordinamento dello Stato, non è una affermazione pacifica. Di contro alla tesi della statalità del diritto (« ubi civitas ibi ius ») si pone la tesi della generica socialità del diritto (« ubi societas ibi ius »).

I difensori di questa tesi sogliono basarsi sulla considerazione della affinità strutturale di molti ordinamenti (es.: quello canonico o quello internazionale) con l'ordinamento giuridico. Ma siccome il concetto di diritto, almeno per noi giuristi, non è un concetto puramente logico, bensì un concetto empirico, bisogna essenzialmente guardare, per ricostruirlo e determinarlo, a ciò che si è generalmente ritenuto in passato, e che generalmente tuttora si ritiene, essere il « diritto » (o comunque si dica nelle varie lingue). Ora, per quanto diverse sian potute essere e siano le concezioni correnti sul diritto, può dirsi che, approssimativamente, vi è stato e vi è tuttora accordo della generalità in ciò: l'ordinamento giuridico è caratterizzato, come tutto l'ordinamento statale, dal fatto di poter essere eventualmente fatto rispettare, in ultima istanza, con la forza (n. 3). E siccome generalmente si ritiene (oggi assai più che in passato) che solo agli enti politici sia possibile l'esercizio della coazione fisica nei riguardi dei rispettivi associati, ne consegue che l'ordinamento giuridico non può che coincidere, in tutto o in parte, con l'ordinamento delle società politiche.

2. STRUTTURA DELLO STATO. — L'analisi della struttura dello Stato, quale che sia l'ambiente di civiltà in cui esso si sia sviluppato e viva, porta costantemente alla identificazione di tre elementi essenziali, che sono: il popolo, il territorio e il governo.

(a) Popolo, o « popolazione », è l'insieme dei membri della consociazione politica. Esso può suddividersi in due categorie: a) la cittadinanza, che è il com-

plero di coloro, cui è riconosciuta la capacità di partecipare al governo dello Stato o ad alcune funzioni di esso (cittadini); b) la sudditanza, che è il complesso di coloro cui non è riconosciuta alcuna capacità di partecipazione al governo (sudditi).

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

(b) Territorio è la sede comune, anche se non fissa, del popolo. Esso può distinguersi in: a) metropolitano, che è la sede normale dei cittadini o, quanto meno, degli organi di governo dello Stato; b) pertinenziale, che è la sede normale dei sudditi permanenti, se ve ne sono. Il territorio pertinenziale può anche non esservi o può anche non essere considerato elemento dello Stato, ma soltanto oggetto della sua sovranità; il territorio metropolitano, per limitato che sia, non può invece mai mancare, perchè, se il governo fosse fissato sul territorio di un altro Stato, difetterebbe, evidentemente, la condizione fondamentale dell'indipendenza.

(c) Il governo è l'organizzazione di cittadini e di enti parastatali, cui spetta, a norma della costituzione politi-

ca (n. 4), l'esercizio dei poteri sovrani. La sua funzione è quella di provvedere alla attuazione in concreto dei fini della società politica.

La funzione di governo dello Stato importa l'attribuzione ai suoi organi di un triplice ordine di attività potestative: a) l'attività legislativa, la quale consiste nella integrazione della costituzione politica con altri principi di disciplina sociale (legislazione normativa o sostanziale) e nella eventuale emanazione di provvedimenti specifici in nessun modo derogabili (legislazione formale); b) l'attività sanzionatoria, la quale consiste nella applicazione delle sanzioni, coattive e non coattive, previste dalla costituzione politica e dai provvedimenti legislativi; c) l'attività amministrativa, la quale consiste nella esplicazione autoritativa, entro i limiti posti dai principi costituzionali e dai provvedimenti legislativi o sanzionatori, di ogni altra mansione necessaria per il soddisfacimento dei pubblici interessi.

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

Il carattere di indipendenza e di autorità delle società politiche significa, in altri termini, la immanenza nello Stato di una potestà di comando originaria, di una potestà, cioè, che non deriva da alcuna potestà superiore, ma nasce con lo Stato e si spegne con esso. Detta potestà di comando dicesi sovranità: spetta ad una o più persone, che ne sono i titolari, e viene esercitata

o dal titolare stesso o da altri per lui. La identificazione del titolare o dei titolari della sovranità è una questione opinabile, la cui soluzione varia a seconda dei tempi e dei luoghi: si può ritenere, alquanto grossolanamente, che la sovranità spetti agli individui che esercitano, a vita o a tempo determinato, i poteri o alcuni più importanti poteri che essa implica; si può ritenere che appartenga al popolo, o ai cittadini nel loro complesso, e che l'esercizio, ma solo l'esercizio, ne sia demandato a questo od a quell'individuo; si può ritenere, mediante un processo di astrazione, che sia di uno o più enti compresi nello Stato, di cui si finge che siano persone, analogamente agli individui fisici (es.: la Corona, il Parlamento ecc.); si può ritenere, infine, attraverso un processo di astrazione ancora più ardito, che lo Stato sia esso stesso una persona, di cui la sovranità formi un attributo caratteristico, e che gli individui che la esercitano agiscano in sua rappresentanza.

3. STRUTTURA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO. — Con riferimento alla sua struttura, l'ordinamento giuridico (n. 1) può essere definito un complesso di *comandi normativi*, aventi ad oggetto il regolamento di conflitti intersubiettivi di interessi in maniera conforme alla causa della società politica. Solo subordinatamente a questi comandi normativi l'ordinamento giuridico può eventualmente comprendere in sé anche taluni comandi (direttivi) non normativi posti dagli organi legislativi dello Stato (leggi in senso formale; n. 2).

I veri comandi giuridici, detti *norme giuridi-*

che, presentano queste note caratteristiche: a) sono, anzi tutto, *comandi normativi*, vale a dire comandi a carattere generale e astratto, relativi ciascuno ad una fattispecie ipotetica (che potrà verificarsi, in futuro, una, nessuna o centomila volte) e diretti ciascuno ad una categoria generica di destinatari (es.: « se taluno ucciderà il suo simile, sarà del pari ucciso »); b) sono, secondariamente, *comandi normativi complessi*, risultanti ciascuno dall'abbinamento di una norma a contenuto direttivo (cd. *norma di condotta*; es.: « se taluno è proprietario di una cosa, tutti gli altri consociati devono rispettare il suo godimento ») con una norma, subordinata, a contenuto sanzionatorio (cd. *norma di tutela*; es.: « se taluno infrange l'obbligo di rispettare il godimento del proprietario, sarà costretto a riparare il danno arrecatogli »); c) sono, in terzo luogo, *comandi ad eventuale effetto coattivo*, nel senso che predispongono, nel caso di volontaria renitenza del destinatario alla condotta assegnatagli, il costringimento fisico dello stesso alla riparazione o alla espiazione.

Dei rapporti tra ordinamento giuridico ed ordinamento statale già si è fatto cenno (n. 1). L'ordinamento statale può non essere giuridico, ma l'ordinamento giuridico è sempre statale, perchè il carattere della coercibilità presuppone una organizzazione sociale autoritaria e indipendente, cioè uno Stato. La coercibilità costituisce, dunque, la *differentia specifica* di tutti quanti gli ordinamenti statali (giuridici e non giuridici) rispetto al *genus proximum* degli ordinamenti sociali. Quanto allo indice di identificazione dell'ordina-

mento giuridico rispetto ad ogni altro tipo di ordinamenti statali (non giuridici), esso ha carattere essenzialmente empirico, dipendendo principalmente da valutazioni contingenti: diritto è quella parte dell'ordinamento statale che si assume dai più, in un dato momento, essere appunto « diritto » e che si designa con tale termine (o col suo corrispondente in ogni singola lingua). In generale, può dirsi che i popoli si siano più spesso trovati d'accordo nel considerare diritto: a) quella parte dell'ordinamento statale che regola i rapporti tra privati cittadini estranei alla sua organizzazione; b) quei comandi (anche se non normativi) che vengono posti dai suoi organi legislativi. Tutto ciò che sta al di fuori di questi indici estremi di identificazione (vale a dire: tutti i rapporti non intercorrenti tra privati, né regolati legislativamente) può essere considerato diritto e può non essere considerato tale, a seconda dei tempi, dei luoghi e delle circostanze.

La concezione del diritto ora esposta è quella tradizionale. Contro di essa è stata formulata in questi ultimi tempi la cd. teoria istituzionistica del diritto, che incontra largo favore particolarmente tra i giuripublicisti. Secondo tale teoria, il diritto non si traduce sempre e soltanto nello schema delle norme, o comunque dei comandi, siano questi o non siano coattivi e garantiti dallo Stato. Si ha diritto, « ordinamento giuridico », sempre che vi sia una organizzazione sociale, una « istituzione »: anzi il diritto si identifica totalmente con la società, altro non è che la stessa istituzione nella sua reale e concreta pienezza. Altri, per sfuggire alle critiche che si muovono alla concezione della socialità del diritto (n. 1), ha modificato e limitato

la teoria istituzionistica nel senso di identificare l'ordinamento giuridico esclusivamente con lo Stato o, più genericamente, con le istituzioni a carattere necessario, indipendente e autonoma. Tuttavia, anche di fronte a questa teoria così modificata, resta il dubbio se sia lecita la identificazione del diritto con tutta quanta l'istituzione statale, e quindi se sia da sottoscrivere la svalutazione del suo carattere empiricamente più ricorrente e visibile, che è quello deontologico.

4. LA PRODUZIONE DEL DIRITTO. — Le norme del diritto, appartenendo alla categoria dei comandi, vengono in essere attraverso atti di volizione, che si dicono le fonti di produzione di esse. Ma i comandi giuridici sono comandi eteronomi, diretti cioè ad altri (i cd. destinatari), i quali debbono essere posti in condizione di conoscere l'esistenza e l'estensione. Perché una norma giuridica sia praticamente operante, non basta, dunque, la pura volizione, ma occorre un qualche mezzo esteriore di manifestazione di essa, al quale mezzo i destinatari possano fissare lo sguardo.

La fonte di produzione naturale e originaria delle norme giuridiche è la costituzione politica, cioè la convenzione espressa o tacita dei consociati che sta a base della organizzazione sociale. Se la costituzione è esplicita, il mezzo di manifestazione delle norme è costituito dal documento costituzionale (cd. statuto politico). Se la costituzione è inespressa documentalmente (ipotesi assai più frequente), essa si manifesta attraverso la uniforme ri-

petizione di un certo comportamento da parte della generalità (se non della universalità) dei consociati, fatta con la convinzione della sua giuridica necessità (cd. *opinio iuris et necessitatis*); fenomeno che si designa modernamente con il termine di *consuetudine*.

Ma la costituzione politica può anche ammettere, e solitamente ammette, che *comandi giuridici integrativi* vengano emanati da organi del governo dello Stato (principalmente, gli organi legislativi: n. 2) attraverso provvedimenti legislativi o ad essi equiparati. Fonti di produzione derivate e subordinate dell'ordinamento giuridico sono, pertanto, i *provvedimenti di governo*, e particolarmente i *provvedimenti legislativi sostanziali*. In linea logica i *provvedimenti governativi* (normativi o non normativi) non dovrebbero poter prevalere sulle norme costituzionali, statutarie o consuetudinarie che siano. Molti ordinamenti giuridici moderni sono giunti, invece, attraverso una lenta evoluzione, sino al punto di ammettere la piena equivalenza dei *provvedimenti giuridici di governo* con le norme statutarie o, addirittura, la prevalenza dei *provvedimenti giuridici di governo* sulle norme consuetudinarie; alle quali ultime non viene, dunque, riconosciuta efficacia, se si trovino ad essere « *contra legem* » o anche, talvolta, se siano soltanto « *praeter legem* ».

Integrativo del concetto di fonte di produzione del diritto è quello di *fonte di cognizione* dell'ordinamento giuridico, cioè di mezzo materiale che permetta la conoscenza dell'ordinamento stesso. Le fonti di cognizione del diritto sono, più precisamente, passibili delle seguenti distin-

zioni: a) fonti di cognizione in senso tecnico e in senso atecnico; a seconda che riguardino l'ordinamento con lo scopo specifico di rappresentarlo o che, invece, lo riguardino in maniera indiretta, nel quadro di una rappresentazione (artistica, culturale, economica ecc.) volta a tutti altri scopi; b) fonti di cognizione primarie e secondarie (o derivate); a seconda che diano una rappresentazione immediata e obbiettiva (documentale o testimoniale) dell'ordinamento o che, invece, costituiscano una elaborazione subbiettiva dell'ordinamento stesso. Esempio di fonte di cognizione in senso atecnico (e secondario) del diritto è un romanzo, o un film, in cui figurino casi giuridici più o meno ben capiti e rappresentati dall'autore; esempio di fonte di cognizione primaria (e tecnica) è la « Gazzetta ufficiale », in cui si pubblicano gli atti di governo; esempio di fonte di cognizione secondaria (e tecnica) è un trattato di diritto civile o penale ecc.

5. L'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO. — Affinchè i destinatari dei comandi giuridici li conoscano e li applichino, non è sufficiente che una volontà vi sia e sia manifestata, ma occorre che, da parte degli stessi destinatari, si svolga una attività di accertamento di essa e della sua sfera di applicazione. Detta attività dicesi di *interpretazione del diritto*, ed è ovvio che, in pratica, la precisa determinazione di una volontà normativa risulti spesso non meno dalla interpretazione che dalla manifestazione di essa.

(a) L'accertamento dei comandi giuridici vigenti può essere di tre specie: a) di

petizione di un certo comportamento da parte della generalità (se non della universalità) dei consociati, fatta con la convinzione della sua giuridica necessità (cd. *opinio iuris et necessitatis*): fenomeno che si designa modernamente con il termine di **consuetudine**.

Ma la costituzione politica può anche ammettere, e solitamente ammette, che **comandi giuridici integrativi** vengano emanati da organi del governo dello Stato (principalmente, gli organi legislativi: n. 2) attraverso provvedimenti legislativi o ad essi equiparati. Fonti di produzione derivate e subordinate dell'ordinamento giuridico sono, pertanto, i **provvedimenti di governo**, e particolarmente i provvedimenti legislativi sostanziali. In linea logica i provvedimenti governativi (normativi o non normativi) non dovrebbero poter prevalere sulle norme costituzionali, statutarie o consuetudinarie che siano. Molti ordinamenti giuridici moderni sono giunti, invece, attraverso una lenta evoluzione, sino al punto di ammettere la piena equivalenza dei provvedimenti giuridici di governo con le norme statutarie o, addirittura, la prevalenza dei provvedimenti giuridici di governo sulle norme consuetudinarie: alle quali ultime non viene, dunque, riconosciuta efficacia, se si trovino ad essere « *contra legem* » o anche, talvolta, se siano soltanto « *praeter legem* ».

Integrativo del concetto di fonte di produzione del diritto è quello di **fonte di cognizione** dell'ordinamento giuridico, cioè di mezzo materiale che permette la conoscenza dell'ordinamento stesso. Le fonti di cognizione del diritto sono, più precisamente, passibili delle seguenti distin-

zioni: a) fonti di cognizione in senso tecnico e in senso atecnico: a seconda che riguardino l'ordinamento con lo scopo specifico di rappresentarlo o che, invece, lo riguardino in maniera indiretta, nel quadro di una rappresentazione (artistica, culturale, economica ecc.) volta a tutti altri scopi; b) fonti di cognizione primarie e secondarie (o derivate): a seconda che diano una rappresentazione immediata e obbiettiva (documentale o testimoniale) dell'ordinamento o che, invece, costituiscano una elaborazione subbiettiva dell'ordinamento stesso. Esempio di fonte di cognizione in senso atecnico (e secondario) del diritto è un romanzo, o un film, in cui figurino casi giuridici più o meno ben capiti e rappresentati dall'autore; esempio di fonte di cognizione primaria (e tecnica) è la « Gazzetta ufficiale », in cui si pubblicano gli atti di governo; esempio di fonte di cognizione secondaria (e tecnica) è un trattato di diritto civile o penale ecc.

5. L'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO. — Affinchè i destinatari dei comandi giuridici li conoscano e li applichino, non è sufficiente che una volontà vi sia e sia manifestata, ma occorre che, da parte degli stessi destinatari, si svolga una attività di **accertamento** di essa e della sua sfera di applicazione. Detta attività dicesi di **interpretazione del diritto**, ed è ovvio che, in pratica, la precisa determinazione di una volontà normativa risulti spesso non meno dalla interpretazione che dalla manifestazione di essa.

(a) L'accertamento dei comandi giuridici vigenti può essere di tre specie: a) di

retto, quando consista nella ricognizione del documento in cui un comando giuridico (esplicito) si concreta; b) indiretto, quando consista nella ricognizione dei fatti, che fanno testimonianza della esistenza di una norma giuridica non documentata (fatti di consuetudine); c) presuntivo, quando consista nella logica deduzione da una norma giuridica accertata della esistenza di un principio giuridico inespresso, che di essa costituisce il presupposto. La funzione di accertamento presuntivo delle norme giuridiche dicesi *analogia* ed è, naturalmente, di estrema delicatezza e difficoltà. Essa è, peraltro, logicamente corretta e praticamente necessaria perchè serve ad individuare i principi regolatori di fattispecie, che, pur non potendosi dire giuridicamente irrilevanti, non risultano, tuttavia, previste esattamente da norme giuridiche direttamente o indirettamente accertate: è ovvio che il regolamento che meglio si attaglia a queste fattispecie sia, *mutatis mutandis*, quello dettato per casi simili.

(b) L'accertamento del significato dei comandi giuridici accertati è operazione complessa, che consiste nel contemperamento del significato letterale del comando con le esigenze della logica e con le linee generali dell'ordinamento giuridico vigente. Non sempre la significazione sostanziale di un comando giuridico collima con la sua significazione apparente, letterale: in tal caso, è evidente che è la significazione sostanziale che deve prevalere sull'altra.

(c) L'interpretazione del diritto è compito comune dei destinatari delle norme. Vi è, peral-

tro, anche: una interpretazione autentica o normativa, che è quella esercitata eventualmente dal governo con provvedimenti legislativi sostanziali; una interpretazione giurisdizionale o sanzionatoria, che è quella esercitata dai giudici come presupposto indispensabile per la emanazione di provvedimenti sanzionatori; una interpretazione giurisprudenziale o dottrinale, che è quella esercitata dai giurisperiti, cioè dagli interpreti professionali del diritto. L'efficacia degli atti di interpretazione autentica o giurisdizionale è quella stessa dei provvedimenti normativi o sanzionatori che li contengono e li assorbono (n. 3); l'efficacia dell'interpretazione giurisprudenziale è giuridicamente nulla, sebbene possa essere socialmente assai notevole in dipendenza dell'estimazione di cui godono i giurisperiti che la esercitano (n. II, 17, 21).

6. IL DIRITTO ROMANO E I SUOI PERIODI. — Premessi questi chiarimenti di carattere generale, occorre dire che il concetto di diritto romano, e così quello di diritto privato romano, non è un concetto statico ed uniforme, che possa essere sintetizzato in un'unica definizione, per quanto complessa. Si tratta di un concetto squisitamente dinamico, che varia e si trasforma in diretta corrispondenza con i diversi periodi storici della civiltà romana: quello della *civitas* quiritaria, quello della *respublica* nazionale, quello della *respublica* universale o del *principatus*, quello dell'impero assolutistico.

Devono distinguersi, per conseguenza, quattro successivi periodi del *ius Romanorum*: a) il periodo

arcaico, che va dal sec. VIII sin verso la metà del sec. IV a. C.; b) il periodo preclassico, che si spinge sin verso la metà del sec. I a. C.; c) il periodo classico, che giunge sin verso la fine del sec. III d. C.; d) il periodo postclassico, che si chiude con il sec. VI d. C.

Solo un riepilogo completo, per quanto succinto, della evoluzione storica del *ius Romanorum* (cap. II-V) potrà chiarire e giustificare il concetto romano del *ius privatam* (cap. VI).

II.

IL PERIODO ARCAICO DEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 7. Limiti storici del periodo arcaico del diritto romano. — 8. Genesi e struttura originaria della *civitas quiritaria*. — 9. Il *ius Quiritium*. — 10. L'evoluzione costituzionale della *civitas quiritaria*. — 11. Il *ius legitimam vetus* e la formazione del *ius civile*.

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

La costruzione di questo periodo quadrisecolare contrasta con le idee correnti tra gli storiografi antichi e moderni di Roma, generalmente inclini, per quanto almeno riguarda la storia politica romana, a distinguere tra un originario « periodo della monarchia » ed un successivo « periodo della repubblica », iniziatosi negli ultimi anni del sec. VI a. C. e protrattosi sino alla fine del sec. I a. C. A nostro parere

la ragione per cui lo Stato dei primi quattro secoli deve essere considerato un *unicum* indivisibile e, nel contempo, radicalmente diverso dallo Stato dei secoli successivi consiste in ciò: che la sua struttura fu quella di una *πόλις* o *civitas* e che la sua cittadinanza fu rigorosamente ristretta ai membri delle *gentes patriciae* o *Quirites*. La civiltà romana arcaica merita, insomma, il nome di civiltà quiritaria essenzialmente perchè i *Quirites* o *patricii* furono e si mantennero sino all'ultimo l'elemento determinante del suo assetto iniziale e della sua posteriore evoluzione.

Naturalmente, nel quattro secoli della sua storia, lo Stato quiritario non si conservò sempre identico, ma, viceversa, subì una evoluzione lunga e complessa, che si riassume in tre fasi successive e distinte: a) una fase di formazione, che, con riguardo alla composizione etnica della cittadinanza, può denominarsi anche fase latino-sabina o dello Stato gentilizio (sec. VIII-VII a. C.); b) una fase di completamento (sec. VI a. C.); c) una fase di crisi, che, con riguardo alle sue cause sociali preponderanti, può definirsi anche fase delle rivendicazioni della plebe.

8. GENESI E STRUTTURA ORIGINARIA DELLA «CIVITAS» QUIRITARIA. — La *civitas* dei *Quirites* (più tardi denominata, con termine etrusco, *Roma*) non fu fondata da un momento all'altro, come vorrebbe la leggenda, ma si formò progressivamente, nel corso del sec. VIII a. C., attraverso la confederazione della *tribus* dei *Rames* (Latini?) con le due *tribus* contigue dei *Tities* (Sabini?) e

dei *Luceres* (Etruschi?). A loro volta queste tre *tribus* erano state frutto dell'associazione federativa di organismi politici ancor più elementari, le *gentes* e le *familiae*.

Probabilmente, la cellula politica primordiale e, nel contempo, più consistente e resistente fu la *familia*, intesa come complesso di uomini animali e cose sottoposto alla *potestas* (o *manus*) di un capo, ch'era, più precisamente, il *paterfamilias* (n. 35, 46, 8r). Quanto alle *gentes*, si trattò di consorzi più o meno grandi di *familiae* ricollegantisi ad un lontano capostipite morto e rimaste unite per motivi di opportunità, sotto la guida di un *pater gentis* scelto dai *patres familiarum* tra di loro.

Ora, come la formazione delle *tribus* aveva dovuto intaccare fortemente l'autonomia delle *gentes*, così la formazione della *civitas* intaccò, anzi spazzò via l'autonomia delle *tribus*, che si ridussero, successivamente alla loro confederazione, a poco più di puri nomi. La *civitas Quiritium*, in altri termini, finì per divenire, *omisso medio*, una grande confederazione di *familiae* o, in taluni casi residuali, di *gentes*, ciascuna delle quali (*familiae* o *gentes*) era rappresentata nella comunità dal rispettivo *pater*.

La *civitas*, pertanto, trovò la sua espressione suprema nella assemblea dei *patres* (più tardi detta *senatus*), la quale esprimeva, a sua volta, dal proprio seno un *rex vitalizio*, simbolo dell'unità cittadina e sommo sacerdote. Oltre che esponente della *civitas* quiritaria nei confronti delle altre *civitates*, il *rex* era portavoce della volontà

dei *patres* nei confronti della turba dei *Quirites*. Questi venivano, quindi, da lui convocati nei *comitia curiata* (così detti perchè divisi in 30 *curiae*) al fine di prendere conoscenza delle sue disposizioni (*leges regiae*).

9. IL « IUS QUIRITIUM ». — Costituitasi la *civitas*, lo ordinamento statale quiritario risulta composto: anzi tutto, dagli accordi federativi intervenuti tra i capi delle *tribus* o delle *gentes* all'atto della creazione dell'unità cittadina (*foedera*); secondariamente dalle deliberazioni prese dai *patres* nel loro consesso e proclamate ai *comitia* dal *rex* (*leges regiae*); in terzo luogo, dalle consuetudini già precedentemente formatesi nel seno delle *tribus*, ma sopra tutto, prima ancora, nel seno delle *gentes*, allo scopo di regolare la pacifica coesistenza tra le *familiae* (*mores maiorum*). L'autoritatività dell'ordinamento quiritario, prima e più ancora che dall'organizzazione coattiva dello Stato, derivò da un imperativo religioso assai fortemente sentito dagli antichi: violare i *foedera*, le *leges* o i *mores maiorum* era *nefas*, vietato dai *numina*, importava conseguentemente l'ira di questi e determinava, in pratica, la possibilità per chicchessia di avventarsi sul trasgressore per placare gli dei.

Orbene, non tutto l'ordinamento statale romano fu considerato in antico come ordinamento giuridico, come diritto, come *ius*. Col termine di *ius* furono denominati, originariamente, solo i *mores maiorum*, le costumanze di vita interfamiliare affermatesi nei rapporti tra gli antenati. Ed i *mores*, se ed in quanto non fossero limitati a singole

gentes (di cui costituivano, pertanto, lo specifico *ius gentilitium*), se ed in quanto risultassero comuni a tutte le *gentes* quiritarie, costituirono quel che fu il primissimo nucleo del diritto romano, anzi del diritto privato romano, il *ius Quiritium*. Oggetto di questo furono, dunque, esclusivamente i rapporti tra le *familiae*, e quindi tra i *patres* di ciascuna: e più precisamente, il *ius Quiritium* determinò i limiti di autonomia della *potestas* (o *manus*, o *mancipium*) del *pater familias* quiritario e sancì l'obbligo di tutti gli altri *patres* al rispetto dell'autonomia di ciascuno.

Quanto ai motivi per cui il *ius Quiritium* si differenziò dal restante ordinamento quiritario, anzitutto essi consistettero nella maggiore antichità dei *mores* rispetto ai *foedera* e alle *leges*, e secondariamente essi si riconnetterono alla particolare autorevolezza e dignità degli stessi *mores*, dipendente dal fatto che essi si erano formati tra i *maiores*, i quali erano, per imperante credenza, non solo venerati, ma deificati (*manes*). Non solamente, perciò, si ritenne *nefas* trasgredire i dettami del *ius Quiritium* nei casi singoli, ma si ritenne, inoltre, che costituisse grave strappo alla religione nazionale avventurarsi a modificarlo o ad abrogarlo mediante *leges*.

10. L'EVOLUZIONE COSTITUZIONALE DELLA « CIVITAS » QUIRITARIA. — Solo in un secondo momento della sua storia (sec. VII a. C.) la *civitas* quiritaria soggiogò il vicino comune dell'Aventino, sede dell'indurre popolazione che fu poi detta *plebs*. La *plebs* fu esclusa, inizial-

mente, da ogni comunanza di vita con i *Quirites* o *patricii*, rimanendo chiusa in se stessa, come in una sorte di ghetto ideale, in situazione di rigorosa sudditanza. Ma intanto in Roma si affermava, assumendo le redini dello Stato e soverchiando l'autorità dei *patres*, una *gens* etrusca forte e numerosa, oltre che ben sostenuta dalla lega etrusca, la *gens Tarquinia*, i cui *patres* (il Tarquinio Prisco, il Servio Tullio e il Tarquinio il Superbo della tradizione), mentre da un lato impressero alla *civitas* un forte sviluppo economico e militare, dall'altro si acquistarono, per la rigidità dei loro sistemi di governo, il risentimento e l'odio sia dei *patricii* appartenenti alle vecchie *gentes* quiritarie, che degli stessi *plebei*. Patrizi e plebei, che i Tarquinii avevano intanto chiamato a far parte (rispettivamente, come *equites* e come *pedites*) di un unico esercito di tipo etrusco, l'*exercitus centuriatus*, finirono, dunque, per trovarsi d'accordo nell'inscenare una rivoluzione, per effetto della quale i dominatori etruschi furono cacciati da Roma sul finire del sec. VI a. C. (510 a. C.). Ma la rivoluzione anti-etrusca, contrariamente a quanto vuole la tradizione, non significò abolizione del sistema monarchico e instaurazione di quello repubblicano. Piuttosto, si iniziò con essa la decadenza dell'istituto del *rex*, il quale progressivamente si ridusse a semplice capo dei culti religiosi (*rex sacrorum* o *sacrificulus*), mentre la somma dei poteri cittadini si concentrava nel *praefor*, comandante la *legio* (da *legere* = « scegliere ») dell'*exercitus centuriatus*.

Per l'importanza venuta ad assumere nel quadro della

vita cittadina, sia dal punto di vista economico che dal punto di vista politico-militare, la *plebs* si indusse a pretendere, dopo la cacciata dei re etruschi, il pareggiamento coi *patricii*. Essa ingaggiò, a questo fine, una energica azione non scevra da atteggiamenti rivoluzionari, che durò, con alterne vicende, per tutto il corso del sec. V e per i primi decenni del sec. IV a. C. Al termine di questa lunga lotta politica, di cui non occorre rievocare gli episodi, sta di fatto che il volto dello Stato romano, sia per effetto delle rivendicazioni plebee e sia per effetto di altre molteplici esigenze, era radicalmente cambiato. All'*exercitus centuriatus* (patrizio-plebeo) era stato riconosciuto, col nome di *comitia centuriata*, il carattere di assemblea politica con funzioni deliberative, sicché in esso era venuto a spostarsi il baricentro della vita costituzionale romana. Decaduto inevitabilmente il *rex*, il comando supremo politico-militare era stato assunto dal capo elettivo dell'*exercitus centuriatus*, il *praefor*, o meglio dai due *praefores* (o *consules*) comandanti le due *legiones* in cui l'*exercitus* era stato frattanto articolato. Ed infine il *senatus* era anch'esso sostanzialmente scaduto, essendo diventato, da assemblea sovrana dei *patres*, un ristretto comitato consultivo composto di ex-magistrati (*senes*, *senatores*).

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

11. IL « IUS LEGITIMUM VETUS » E LA FORMAZIONE DEL « IUS CIVILE ». — La dominazione etrusca e, successivamente alla cacciata dei Tarquinii, l'agitazione della *plebs* per il pareggiamento con i *patricii* determinarono, per più versi, l'isterilimento del *ius Quiritium* e l'affermarsi, di fianco ad esso, di un nuovo sistema giuridico, cui può darsi, convenzionalmente, il nome di *ius legitimum vetus*. Anzi tutto, infatti, il rafforzamento della compagine statale, determinato dal militarismo etrusco, rese concepibile che lo Stato, e per esso il *rex* o i suoi incaricati, si assumesse il compito: di curare l'osservanza del *ius* da parte dei cittadini, effettuandone la interpretazione nei casi controversi (*iuris dictio*); nonchè, addirittura, di produrre mediante *leges* altri principi di condotta sociale, integrativi del *ius* ed equiparati ad esso. D'altro lato, il forte progresso economico e l'energica pressione politica della *plebs* portarono, in concreto, all'emanazione, da parte del *rex* o comunque dei magistrati patrizi che lo sostituirono, di numerose ed importanti *leges*, che si posero a fianco del *ius Quiritium*, allargandone notevolmente gli orizzonti. Fondamentali, sotto questo profilo, furono le *leges XII tabularum* (451-450 a. C.), le quali: chiarirono e precisarono il senso di molti principi sinora oscuri del *ius Quiritium*; sotto veste di esplicazione dei principi quiritari, regolarono alcune situazioni che il *ius Quiritium*, in realtà, non aveva previsto (e in particolare, il fenomeno economico dell'*obligatio*: n. 90); disciplinarono, infine, l'attività da svolgersi dai priva-

ti per ottenere l'accertamento o la realizzazione delle loro pretese giuridiche (cd. *legis actiones*; n. 67).

Sullo scorcio del sec. V e nei primi decenni del sec. IV a. C., mentre nuove *leges* integrative del *ius* continuavano ad essere emanate, si verificò su scala alquanto vasta una sorta di produzione indiretta di nuovo *ius* attraverso l'*interpretatio iuris* esercitata dal collegio sacerdotale dei *pontifices* (cd. *interpretatio pontificum*). I *pontifices*, che erano considerati *ab antiquo* i depositari del *ius Quiritium*, erano largamente richiesti dai cittadini di interpretarlo con riferimento alle loro vicende concrete: i loro *responsa* avevano, quindi, vasta risonanza ed alta autorità. Dopo l'emanazione delle *leges XII tabularum*, continuando il monopolio pontificale della giurisprudenza, i *pontifices*, di fronte a sempre nuovi e più numerosi quesiti, non esitarono a far passare sotto la veste di *responsa interpretativa* costruzioni del tutto originali ed innovative. Per tal modo, *ius Quiritium* e *ius legitimum vetus* furono progressivamente integrati, unificati e superati. Con gli elementi da essi offerti, e con altri ancora, apprestati dall'*interpretatio pontificum*, venne a costituirsi un sistema normativo unitario, più progredito e complesso, che prese il nome di *ius civile Romanorum* (n. 14).

III

IL PERIODO PRECLASSICO DEL DIRITTO ROMANO

SCHEMARIO: 12. Limiti storici del periodo preclassico del diritto romano — 13. La *respublica honoraria* — 14. *Lex civile vetus* e *lex publica* — 15. L'espansione di Roma e il *ius civile novum* — 16. La crisi della *respublica honoraria* e il *ius honorarium* — 17. La giurisprudenza preclassica.

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

Il concetto dello Stato come *respublica*, venuto lentamente delineandosi già durante la fase di crisi dello Stato quiritario, rappresenta una concezione caratteristica e peculiare della civiltà romana; concezione di cui gli elementi essenziali perdurarono a lungo anche nel periodo seguente. Quel che caratterizza la *respublica* romana dei sec. IV-I a. C., oltre il criterio nazionalistico di composizione dell'elemento

cittadino (v. n. 13), è la sopravvivenza in essa, almeno sino agli albori del sec. I a. C., di tracce notevoli della struttura arcaica dello Stato come *πέλις* o *civitas*.

Res publica significò *res populi* (Cic. *de rep.*, I.25.39), ma in un senso particolarissimo, che non può comprendersi appieno, se non tenendo presente lo sviluppo storico che portò alla scomparsa dello Stato quiritario ed all'ammissione dei *plebei* alla cittadinanza (v. n. 10). Si ricorderà che la *plebs* romana, insofferente della sua condizione di mera sudditanza, lottò accanitamente, per oltre un secolo e mezzo (sec. V-IV a. C.), contro l'esclusivismo patrizio della cittadinanza romana, cioè contro uno degli aspetti fondamentali della costituzione di Roma come *civitas*. Sul presupposto che la sicurezza e la prosperità della comunità politica non era merito esclusivo dei *cives* patrizi, ma anche dei sudditi *plebei*, sopra tutto in quanto concorrenti alla formazione dell'*exercitus centuriatus*, vale a dire del *populus Romanus Quiritium*, la *plebs* riuscì appunto, nel corso del sec. IV a. C., a far riconoscere un nuovo principio: il principio che lo Stato, nei suoi oneri e nei suoi vantaggi, fosse un bene indivisibile di tutto il *populus*, senza pregiudiziali di stirpe, e che, quindi, tutti i membri del *populus*, anche se non *patricii*, meritassero la qualifica di *civis*, con un *minimum* di partecipazione al governo dello Stato. Ma il riconoscimento di questo nuovo principio non significò, si baci, esplicita abolizione del precedente, bensì, piuttosto, contrapposizione di esso al principio più antico, che divenne praticamente inoperante e finì per sparire del tutto verso gli inizi del sec. III a. C.; così avvenne che, pur avendo perduto ogni importanza pra-

tica, i vecchi istituti della *civitas* quiritaria (il *rex*, i *comitia curiata*, l'*auctoritas patrum* ecc.) rimasero ancora formalmente in vita per periodi più o meno lunghi, principalmente a causa della riverenza con cui i Romani ricordavano le loro antiche e tradizionali funzioni.

E' chiaro che al nuovo concetto di *respublica* non fu, in linea di principio, essenziale nemmeno l'altro elemento caratteristico della concezione dello Stato come *civitas* o *πóλις*: la limitatezza, cioè, del territorio statale, al fine di rendere praticamente possibile il concorso dei *cives* alla vita della comunità. Senonché è un fatto (del resto umanamente spiegabile) che a questo presupposto, pur non essenziale, i Romani si attenero, almeno sino al sec. II a. C., con estremo e forse esagerato rigore: nel che è da vedere una delle non ultime cause della crisi della *respublica*, territorialmente troppo angusta rispetto all'enorme estensione delle terre via via conquistate (n. 16).

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

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

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

13. LA « RESPUBLICA ROMANORUM ». — La *respublica Romanorum* del sec. IV-I a.C. merita la qualificazione di *respublica romano-nazionale* in virtù del fatto caratteristico che l'appartenenza al *populus Romanus Quiritium*, cioè a quello che costituiva l'elemento della cittadinanza nello Stato romano, non fu ristretta ai membri di una o più stirpi, ma fu liberamente, se pur cautamente, aperta a chiunque mostrasse di partecipare alla nazionalità romana, cioè alla comunanza di esperienze, di aspirazioni e di ideali dei Romani. Quanto al governo della *respublica* romano-nazionale, si trattò di un governo essenzialmente democratico: infatti, almeno in linea di principio, tutte le funzioni dello Stato furono aperte, sia pur con diverse e spesso gravose condizioni (particolar-

mente quella di un certo censo minimo), a tutti i cittadini, senza creazione di caste chiuse e invalicabili.

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

(a) Le assemblee popolari furono, a prescindere dagli antichi *comitia curiata* (n. 8), simbolicamente rappresentati da 30 *hetores*: i *comitia centuriata*, i *concilia plebis tributa*, i *comitia tributa*. I *comitia centuriata*, sorti dalle riunioni delle *centuriae* dell'esercito (n. 10), raggrupparono i cittadini atti alle armi (dai 17 ai 60 anni) in un certo numero di centurie, ciascuna munita di un voto, e ripartite in 18 centurie di *equites*, che votavano con precedenza, ed in 5 classi (o gruppi) di centurie di *pedites*, graduate l'una dopo l'altra a seconda del censo dei membri: ebbero per attribuzioni principali la elezione dei *magistratus maiores* (consoli, censori, pretori) e le votazioni delle *leges publicae* proposte dagli stessi (*leges centuriatae*). I *concilia plebis tributa* (n. 10) raggrupparono l'ingente massa dei non patrizi in 35 gruppi, uno per ciascuna tribù, e avevano per attribuzione la elezione dei *tribuni plebis* e la votazione dei *plebiscita* proposti dagli stessi. I *comitia tributa* furono gli stessi *concilia plebis*, allorchè erano convocati dai magistrati maggiori per la votazione (che riusciva assai più spedita) delle leggi (*leges tributaee*) e per la elezione dei *magistratus minores*.

(b) Le magistrature principali furono, nell'ordine gerarchico: il *dictator*, magistrato unico ed eccezio-

nale (in carica non più di 6 mesi), creato dagli stessi consoli, per surrogarli nei loro poteri, in caso di grave pericolo per la *respublica*; i 2 *censores*, magistrati eletti ogni 5 anni per un periodo massimo di 18 mesi, allo scopo precipuo di fare la *lectio senatus* e di effettuare il censimento, assegnando i cittadini alle diverse classi dei *comitia centuriata* in relazione al reddito di ciascuno; i 2 *consules*, magistrati supremi ordinari, che duravano in carica un anno ed avevano il sommo potere coercitivo sui cittadini ed il comando dell'esercito (*imperium domi militiaeque*); i *praetores*, magistrati titolari di un *imperium minus* rispetto a quello dei *consules*, tra cui si distinsero il *praetor urbanus* ed il *praetor peregrinus*, che esercitavano specificamente la funzione della *iurisdictio* (n. 69); i 2 *aediles curules*, che avevano poteri di amministrazione cittadina (*cura urbis, annonae, ludorum*); i *tribuni plebis*, di cui erano ausiliari gli *aediles plebis*, ed ai quali era riconosciuta la funzione della opposizione costituzionale nell'ambito del sistema di governo repubblicano, e quindi era attribuito il potere di *intercedere* contro qualsiasi atto degli altri magistrati, paralizzandone il compimento; i *quaestores*, magistrati ausiliari dei *censores* e dei *consules*. Per la necessità della condotta di guerre a lunga scadenza e dell'amministrazione delle *provinciae* via via conquistate sorsero, inoltre, l'uso della *prorogatio imperii*, cioè della concessione, da parte dei *comitia centuriata*, di un anno di proroga ai magistrati maggiori ordinari e annuali al solo fine dell'esercizio dell'*imperium militiae* (dove le cariche di *proconsul* e *propraetor*).

(c) Il *senatus* fu composto dagli ex-magistrati,

che vi erano ammessi sino alla concorrenza di un certo numero massimo, con preferenza per chi avesse ricoperto magistrature più elevate. La *lectio senatus* era operata ogni 5 anni dai *censores*, ma, vuotandosi i seggi, gli ex-magistrati di grado più elevato entravano nel consesso anche prima, sia pure in via provvisoria, ed erano designati come « *ii, quibus in senatu sententiam dicere licet* ». Le attribuzioni precipue del *senatus* furono: la consulenza sugli argomenti sottoposti al *maiores* esume dai *magistratus maiores* (c.d. *senatus-consulta*), e quindi, attraverso questa, l'alta direzione politica della *respublica*; sino ad un certo tempo (287 a.C.), la *auctoritatis interpositio*, attività di convalida, nei riguardi dei *plebiscita* affinché questi acquistassero efficacia generale pari a quella delle *leges publicae*.

14. « IUS CIVILE VETUS » E « IUS PUBLICUM ». — Nel periodo preclassico, la spina dorsale dell'ordinamento giuridico romano fu costituita dal sistema del *ius civile Romanorum*, relativo ai rapporti (assoluti e relativi) tra i *patres familiarum* romani ed alla disciplina delle attività processuali connesse con l'esercizio delle *actiones*.

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

(Pomp. D. 1. 2. 2. 12) che « *ius civile sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* ».

Tutto il resto dell'ordinamento statale romano, pur rivestendo autorità altissima, non era considerato, a rigore, quanto meno agli inizi del periodo preclassico, nè *ius civile*, nè, addirittura, *ius*. Tuttavia, ben presto il sistema civilistico venne a trovarsi accanto un altro sistema giuridico, a carattere essenzialmente integrativo; il sistema del *ius publicum*, così detto perchè costituito dalle *leges publicae populi Romani*, cioè dai provvedimenti votati dal popolo romano nei *comitia centuriata* (c.d. *leges centuriatae*) o nelle assemblee equiparate dei *comitia tributa* (c.d. *leges tributae*) e dei *concilia plebis* (c.d. *plebiscita*) (n. 13). Le *leges publicae*: da un lato, riguardarono, ritoccandolo in più punti, l'ordinamento statale costituzionale e amministrativo della *respublica*, nonché, particolarmente, le repressioni dei *crimina*; dall'altro lato, si addentrarono nelle materie proprie del *ius civile* (rapporti tra *patres familiarum*, processo privato) tutte le volte in cui si manifestasse una esigenza di superiore interesse e affinché fossero regolate in un certo determinato modo.

15. L'ESPANSIONE DI ROMA E IL « IUS CIVILE NOVUM ». — Verso la metà del sec. III a.C., quando la *respublica Romanorum* entrò in contatti sempre più frequenti con gli altri popoli del bacino del Mediterraneo, interessando con essi attivissime relazioni commerciali, fu fortemente sentita la necessità, in Roma, di istituire un tribunale per dirimere le

controversie eventualmente sorgenti tra Romani e stranieri (*peregrini*). Fu creata così (241 a.C.) la magistratura del *praetor peregrinus*, avente l'attribuzione di « *dicere ius inter cives et peregrinos vel inter peregrinos in urbe Roma* ».

In realtà, si trattava di « *iuris dictio* » non nel senso che il *praetor peregrinus* esplicasse e imponesse un *ius* già esistente (infatti, tra Romani e stranieri non esisteva comunanza di *ius*), ma nel senso che il *praetor*, insorgendo controversie tra Romani e stranieri (o tra stranieri in Roma), affermava la supremazia dello Stato romano e della propria funzione di *iudex*. Quindi, sotto apparenza di *iuris dictio*, il *praetor peregrinus*, in realtà, creava di volta in volta, mosso da valutazioni equitative, la regola di giudizio più adatta al caso sottopostogli.

Attraverso la *iuris dictio* del *praetor peregrinus* vennero progressivamente ad ottenere tutela giuridica nuovi tipi di rapporti, prevalentemente a carattere commerciale, che erano ignoti al vecchio *ius civile* (es.: n. 92). E questi rapporti, considerati dapprima validi tra Romani e stranieri, lo furono poi anche tra Romani, perchè il *praetor urbanus*, cioè il magistrato cui era attribuita la *iuris dictio inter cives*, non poté mancare di riconoscerli e di tutelarli a sua volta. Si formò, pertanto, come un nuovo settore del *ius civile Romanorum*, un *ius civile novum*, applicabile sia ai cittadini (dovunque si trovassero) che agli stranieri (se si trovassero in Roma); un settore, cui più tardi si dette il nome di *ius gentium* (n. 28).

16. LA CRISI DELLA « REPUBLICA ROMANORUM » E IL « IUS HONORARIUM ». — Intorno alla metà del sec. II a. C. la *respublica* romana incorse, come è ben noto, in un grave periodo ultrasecolare di crisi, che ne corrose l'assetto democratico, favorì la affermazione delle dittature e dette, infine, la stura al regime di governo del principato.

In questa lunga fase critica mancò alle assemblee popolari il tempo e il modo di provvedere, attraverso nuove *leges publicae*, alle necessarie riforme ed integrazioni del sempre più decrepito *ius civile*. Fu gioco forza che a quest'opera, indifferibile, di completamento e superamento provvedessero, in via indiretta, gli stessi magistrati *iuris dicentes*, cioè principalmente il *praetor urbanus*, nonché, in via subordinata, il *praetor peregrinus*, gli *aediles curules*, i *praesides provinciarum*. In particolare, il *praetor urbanus*, pur senza contestare la validità del *ius civile* (sia *vetus* che *novum*), non esitò, in ordine alle singole controversie sottoposte alla sua cognizione, ad avvalersi dei suoi vasti poteri discrezionali per dettare criteri risolutivi informati a principi del tutto diversi: essenzialmente a principi di *aequitas*, cioè di contemperamento delle opposte esigenze delle parti nel quadro degli interessi superiori della società.

Attraverso la lenta formazione di una prassi, ne derivò un nuovo sistema giuridico, cui fu dato il nome di *ius praetorium* o, più in generale, di *ius honorarium* (« *ab honore magistratum dictum* »). Il *ius praetorium*, « *quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia* » (Pap. D.

I. I. 7. 1), non abrogò, si badi, nessun principio civilistico: si limitò a fissare, di contro alle regole superate del *ius civile*, nuovi principi più moderni e più evoluti, che erano poi, in pratica, i soli cui i magistrati *ius dicentes* consentissero di dare applicazione in tribunale.

Del *ius honorarium* la fonte materialmente visibile fu l'*edictum* (*praetorium, peregrinum, provinciale, aedilium curulium*), che i magistrati pubblicavano all'inizio dell'anno di carica per preannunciare i criteri cui si sarebbero attenuti nell'amministrazione della giustizia: *edictum* divenuto ben presto *tralatitium*, in quanto veniva generalmente ripubblicato in quale, anno per anno, da ogni nuovo magistrato, salva l'aggiunta di qualche nuova clausola.

17. LA GIURISPRUDENZA PRECLASSICA. — Sullo sfondo di questo vivace processo di produzione giuridica operò efficacemente, come forza motrice e propulsiva, la nuova giurisprudenza laica, erede di quella pontificia (n. 11) e fiorita a partire dal III sec. a. C.

L'ambiente dei *iuris prudentes* fu, nella Roma repubblicana, quello stesso della classe dirigente, perchè requisito essenziale per percorrere con successo la carriera politica a cui si inseriva anche la delicatissima carica di *praetor* fu ritenuta l'approfondita conoscenza dell'ordinamento statale ed in particolare dell'ordinamento giuridico. Sotto le apparenze della *iuris interpretatio* la giurisprudenza laica repubblicana esercitò, non meno di quella pontificia, attività pratica di creazione del *ius*, o, per meglio dire, di

sviluppo creativo del *ius civile* e del *ius honorarium*. Il modo in cui essa svolse questa sua attività fu costituito dai *responsa* emessi su richiesta di privati o di pubblici funzionari. Limitatissima fu la attività scientifica a carattere spontaneo.

Giuristi furono, praticamente, tutti gli illustri personaggi che la storia della *respublica Romanorum* ci addita. Possono essere ricordati come maggiormente eminenti: Appio Claudio Cieco (censore nel 312 a. C.); Sesto Elio Peto Cato (console nel 198), autore di un'opera detta *Tripertita*; Marco Porcio Catone (censore nel 184); Marco Giunio Bruto (pretore nella prima metà del II secolo); Manio Manilio (console nel 149), espertissimo nella preparazione di schemi negoziali; Quinto Mucio Scevola (console nel 95), autore di una fondamentale esposizione del *ius civile* in 18 libri; Servio Sulpicio Rufo (console nel 43), grande rivale del precedente e maestro assai seguito.

L'ultimo secolo della *respublica* romano-nazionale, come vide rompersi la mirabile concordia politica che aveva caratterizzato la vita di Roma nei secoli precedenti, così vide incrinarsi, nel campo della giurisprudenza, l'unità di indirizzi e di orientamenti di prima. Ne furono conseguenza la formazione di due veri e propri partiti giurisprudenziali (i *Muciani* ed i *Serviani*) e un certo quale fenomeno di *inflazione* dell'ambiente dei giureconsulti, con l'effetto di una pericolosa abbondanza di giureconsulti superficiali e scadenti.

IV.

IL PERIODO CLASSICO DEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 18. Limiti storici del periodo classico del diritto romano — 19. La *respublica* e il *principatus* — 20. Il *ius vetus* e il *ius novum* — 21. La giurisprudenza classica.

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

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

E' evidente, tuttavia, che la romanizzazione del mondo antico, appunto perchè così vasta, potè essere solo relativamente profonda e durevole. E non sorprende, inoltre, che essa abbia implicato, come rovescio della medaglia, il sacrificio di quel rigoroso nazionalismo, che tanto efficacemente aveva servito in passato a salvaguardare la purezza e la compattezza della civiltà romana da inquinamenti e da commistioni. La civiltà di Roma, insomma, si universalizzò, ma universalizzandosi perse in densità quel che acquistò in diffusione. Essa divenne, in definitiva, una sorta di denominatore generico delle varie civiltà antiche, i cui rispettivi patrimoni culturali rimasero per buona parte intatti e quiescenti sotto il manto comune della romanità.

19. LA « REPUBLICA » E IL « PRINCIPATUS ». — La struttura dello Stato romano nel periodo 27 a. C. - 284 d. C. fu ancora e sempre, essenzialmente, quella di una *respublica*, così come già nel periodo precedente (n. 13). Tuttavia scomparvero completamente o quasi, in questa nuova epoca, le due vecchie caratteristiche del fondamento cittadino della società politica romana e del criterio nazionalistico di composizione della sua cittadinanza. Come nuova caratteristica della *respublica*, nella sua struttura generale, si profilò, invece, quella della *universalità*, vale a dire della sua espansione, prima tendenziale e poi effettiva, a tutto il mondo civile dell'antichità.

L'aver dovuto o voluto concedere, sin dai tempi della crisi della *respublica* nazionale, la cittadinanza romana a lar-

ghissimi strati di popolazione non sicuramente ed inequivocabilmente partecipi delle tradizioni e degli ideali di Roma a cominciare dai *socii Italici*, determinò sin da allora un affievolimento della concezione nazionalistica dello Stato romano. Questo processo si accelerò e si allargò, nella nuova epoca storica, sino al punto che, nel 212 d. C., la cittadinanza romana fu concessa in blocco, da Antonino Caracalla, a tutti gli abitanti dell'impero, eccezion fatta per quelli privi di organizzazione amministrativa (*peregrini dediticii*, n. 45). Per effetto di questa evoluzione, la *respublica* romana passò ad essere sempre più chiaramente concepita come la consociazione politica generale di tutti i popoli amministrati da Roma, indipendentemente dalla loro nazionalità specifica ed in contrapposito ai popoli incivili o comunque antiromani, stanziati fuori dei confini dell'*imperium Romanum* e denominati *barbari*.

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

La struttura di governo della *respublica* romano-universale fu caratterizzata dal dualismo

e dal contemperamento dei vecchi organismi repubblicani (*comitia, magistratus, senatus*) e della figura del *princeps* con tutta una organizzazione amministrativa a questa riconnessa.

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

Le *provinciae* dell'*imperium Romanum* si distinguevano in: *provinciae senatoriae*, amministrare da promagistrati repubblicani (*proconsules*) sottoposti all'alto controllo del *princeps*; e *provinciae Caesaris*, attribuite direttamente al *princeps* ed amministrare, in suo nome, da *legati Caesaris pro praetore*.

20. IL « IUS VETUS » E IL « IUS NOVUM ». — Nel periodo classico i vecchi sistemi giuridici « repubblicani », con le

relative fonti di produzione, rimasero formalmente in vita, ma persero in breve, dal punto di vista della sostanza, ogni capacità evolutiva e furono considerati, nel loro insieme, *ius vetus*, cioè l'ordinamento giuridico fondamentale e sommo, ma vetusto ed improdotto, v. o., di Roma.

Dopo una brevissima ripresa di attività, volta sopra tutto da Augusto e Tiberio, la legislazione si arrestò. Il *ius honorarium*, a sua volta, decadde di pari passo con la decadenza delle magistrature giudiziarie repubblicane, sicchè l'*edictum* magistratuale finì per cristallizzarsi e per divenire *perpetuum* (ed anzi, secondo una diffusa leggenda postclassica, esso sarebbe stato addirittura « codificato », per ordine di Adriano, dal sommo giurista Salvio Giuliano). Solo il senato conservò, tra le istituzioni repubblicane, una rimarchevole vitalità, ed i suoi pareri ai magistrati (*senatusconsulta*) acquistarono valore sostanziale di legge. Tuttavia anche i *senatusconsulta* degenerarono, sopra tutto da quando presero a chiederli anche i *principes* mediante apposite *orationes in senatu habitae*: di fronte all'autorità pressante del *princeps*, ai senatori non restava che dare *consulta* conformi alle sue *orationes*, sicchè si pervenne addirittura, in tali casi, a non parlare nemmeno più di *senatusconsulta*, ma, apertamente, di *orationes principum* quali fonti del diritto.

A prescindere dal caso delle *orationes principum in senatu habitae*, tutto un complesso di nuovi regolamenti giuridici derivò, sopra tutto a partire dal sec. II d. C., dall'in-

ziativa dei *principes* e dei funzionari dipendenti, costituendo quel che si disse *ius novum* o *extraordinarium* (*extraordinarium* perchè attuantesi giudizialmente mediante procedure *extra ordinem*: n. 74). Tra le fonti di questo *novum ius*, dette in generale *constitutiones principum* o *principales*, furono: gli *edicta* (*ad magistratus*, oppure *ad populum*), i *rescripta* (risposte dei quesiti giuridici posti dai privati), le *epistulae* (risposte a quesiti posti da funzionari o da giudici), i *mandata* (istruzioni ai funzionari), i *decreta* (decisioni *extra ordinem* di controversie sottoposte alla *cognitio* del *princeps* e dei funzionari da lui dipendenti).

21. LA GIURISPRUDENZA CLASSICA. — La giurisprudenza classica, in tre secoli circa di prodigiosa attività, eccelse nella sistemazione e coordinazione dei vari sistemi, elaborando finalmente del *ius* un quadro sistematico completo che coincise approssimativamente con tutto l'ordinamento statale romano.

Sin che il sistema del *ius novum* e delle sue fonti non ebbe preso consistenza e sviluppo (sec. II d. C.), la giurisprudenza fu un altro dei mezzi, di cui i *principes* si servirono per esercitare una influenza indiretta sul *ius Romanorum*. Augusto introdusse, infatti, una sorta di patente di buon giurista (*ius respondendi ex auctoritate principis*) concessa caso per caso ai migliori (e, nel contempo, ai più fidati) giureconsulti del tempo. Per tal modo si creò una sorta di giurisprudenza officiosa, assai vicina

agli interessi ed ai suggerimenti del *princeps*, che prevalse largamente sulla restante giurisprudenza romana.

Nel periodo da Augusto ad Adriano (117-138 d. C.) i giuristi romani furono, nella loro maggioranza, divisi in due scuole, ricollegantisi in parte agli indirizzi Muciano e Serviano (n. 17): quella dei *Sabiniani* e quella dei *Proculiani*. Le origini delle due scuole risalgono alla rivalità tra due giuristi dell'età augustea, Caio Atreio Capitone e Marco Antistio Labeone. Si annoverarono tra i Proculiani: Proculo (fiorito sotto Nerone), Giuvenzio Celso figlio (età di Traiano), Nerazio Prisco; tra i Sabiniani: Massurio Sabino, Caio Cassio Longino (autore di 3 *libri iuris civilis*), Giavoleno Prisco (età di Traiano). La rivalità tra le due scuole fu sopita del tutto, nell'età di Adriano, per merito della forte personalità di Salvio Giuliano, autore di una monumentale serie di 90 *libri digestorum*, in cui fu trattato con padronanza ed acutezza ogni ramo del *ius privatum* romano.

Nel periodo da Adriano in poi, la giurisprudenza romana manifestò tendenza sempre più accentuata a decadere. Tuttavia, non mancarono, almeno sino ai Severi (235 d. C.), notevoli o addirittura notevolissime eccezioni. Possono essere ricordati: Sesto Pomponio (età degli Antonini), autore di copiosi commentari *ad edictum* e *ad Sabinum*; Ulpio Marcello e Q. Cervidio Scevola, autori di raccolte di *responsa*, di *quaestiones* teoriche e di *digesta* alla maniera giuliana; Gaio, modesto maestro di provincia, autore di un elegante trattatello di *institutiones* in 4 *commen-*

tarii; Emilio Papiniano (età dei Severi), autore di *responsa* e di *quaestiones*; Giulio Paolo e Domizio Ulpiano, autori di estesissimi commentari *ad edictum* e *ad Sabinum*; Erennio Modestino, autore di scritti in latino ed in greco.

V. IL PERIODO POSTCLASSICO DEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 22. Limiti storici e caratteri del periodo postclassico del diritto romano — 23. Il trionfo del *ius necum* e le prime raccolte di costituzioni imperiali — 24. La giurisprudenza postclassica ed i resti della sua attività compilatoria — 25. La compilazione di Giustiniano — 26. Le compilazioni giuridiche postgiustiniane.

22. LIMITI STORICI E CARATTERI DEL PERIODO POSTCLASSICO DEL DIRITTO ROMANO. — Il periodo postclassico del diritto romano corrisponde a quello dell'assolutismo imperiale, da Diocleziano (284-305 d. C.) a Giustiniano I (527-565 d. C.). Fu un periodo di declino della civiltà giuridica romana e di vario inquinamento dei suoi principi, per effetto: sia della reazione esercitata sul diritto ufficiale romano dagli ordinamenti dei diversi popoli assoggettati, sia dell'azione corrosiva dei principi tipicamente romani sviluppata dal trionfante Cristianesimo, sia della paurosa decadenza della cultura e del senso giuridico nella giurisprudenza.

Minime e trascurabili furono in esso le vestigia del governo della *respublica*. Esse si ridussero al mantenimento,

come cariche meramente onorifiche, dei *consules* annuali ed eponimi, nonché dei *praetores* e dei *quaestores*, tutti ormai di nomina imperiale. Roma si ridusse al rango di una qualunque *ciuitas*, distinta dalle altre solo perchè capitale dell'impero, ma Costantino le contrappose come seconda capitale Costantinopoli (la cd. *Roma nova*).

L'*imperium* venne concepito come Stato patrimoniale, secondo una costruzione tipicamente orientale. L'*imperator* o gli *imperatores*, più che capi di esso, furono i suoi *domini*, gli arbitri indiscussi e indiscutibili delle sue sorti. Tuttavia non mancò di distinguersi nettamente tra il vero e proprio *dominium* imperiale e il *dominatus* politico esercitantesi su persone e cose libere dal godimento e dalla utilizzazione diretta dell'imperatore. Oggetto del *dominium* imperiale, analogo alla proprietà privata, furono: la *res privata principis*, costituita dai demani imperiali e dalle entrate straordinarie del fisco, e amministrata dal *comes rerum privatarum*; il *patrimonium principis*, istituito da Anastasio e amministrato dal *comes patrimonii*, che risultava di un più ristretto compendio di beni liberamente disponibili; le *res publicae*, vincolate dalla destinazione all'uso pubblico. Oggetto del *dominatus* imperiale furono gli uomini liberi stanziati entro i confini dell'impero e i beni di proprietà privata: il potere dell'*imperator* sugli uni e sugli altri era ristretto normalmente all'applicazione di alcuni limiti alla loro libertà o alla loro libera disposizione (imposte, *munera* ecc.) e solo eccezionalmente

si concretava in atti di più intensa disposizione (messa a morte, confisca ecc.).

Nell'epoca postclassica pervennero a completo inaridimento tutte le vecchie fonti di diritto: *leges publicae*, *senatusconsulta*, *edicta magistratuum* ecc. I principi che erano scaturiti da esse furono usualmente accomunati nella denominazione complessiva di *iura* (o di *ius vetus*, come già in periodo classico) e questa denominazione venne particolarmente usata per gli scritti della giurisprudenza, preclassica e classica, in cui tali principi si trovavano tutti raccolti e commentati. Di contro ai *iura*, e *constitutiones principum*, che erano ormai l'unica e vera fonte di produzione giuridica, ebbero la denominazione generica di *leges*. E non tanto le *leges*, quanto sopra tutto i *iura*, furono sottoposti a continua elaborazione e rielaborazione nelle scuole di diritto e soffrirono, perciò, di inquinamenti formali e sostanziali mediante interpolazioni, glossemi, parafrasi ecc.

23. IL TRIONFO DEL « IUS NOVUM » E LE PRIME RACCOLTE DI COSTITUZIONI IMPERIALI. — Diretta conseguenza dell'assolutismo monarchico fu il pieno trionfo del *ius novum* su *ius vetus*. La volontà del *princeps* divenne fonte prevalente del diritto dello Stato: « *quod principi placuit legis habet vigorem* » (Ulp. D. 1.4.11p.).

La legislazione imperiale non fu, peraltro, tanto copiosa quanto si potrebbe credere. Gli imperatori non vollero innovare il diritto romano, ma vollero e

essenzialmente tenerlo al corrente con i nuovi sviluppi della vita sociale, modificandone i principi nei limiti del necessario. La loro politica legislativa (sopra tutto nel caso di Diocleziano) fu, anzi, persino diretta a difendere, entro certi limiti, il patrimonio giuridico genuinamente romano dagli inquinamenti dei diritti provinciali; e se ciò in buona parte non riuscì, dipese dalla notevolissima forza di resistenza e di penetrazione che gli ordinamenti delle *provinciae* ebbero, sopra tutto localmente, nei confronti di un ordinamento giuridico invecchiato e rigido, quale era divenuto quello romano puro.

Ad uso dei pratici si fecero ben presto alcune raccolte di costituzioni imperiali (*leges*). Le prime furono raccolte private: il *Codex Gregorianus*, compilato in Oriente da un Gregorio o Gregoriano circa gli anni 292-293, e il *Codex Hermogenianus*, appendice completa del primo, compilata del pari in Oriente da un Ermogene o Ermogeniano non molti anni dopo. L'anno 439 d. C. fu pubblicata, invece, una compilazione ufficiale di *leges* imperiali, il *Codex Theodosianus*, per ordine dell'imperatore Teodosio II: esso si divideva in 16 libri, ripartiti in titoli, ciascuno contenente un certo numero di costituzioni relative ad una materia, ed abbracciava svariatisimi argomenti, sia di diritto pubblico, che di diritto privato. Tutti e tre questi codici furono usati, oltre che in Oriente, anche in Occidente: il *codex Theodosianus* fu quivi ufficialmente pubblicato da Valentiniano III, collega di Teodosio II.

Finito l'impero di Occidente (476 d.C.), alcuni dei re barbarici stanziatisi in Europa presero l'iniziativa di pubblicare raccolte miste di *iura* e di *leges* romani (*leges Romanae barbarorum*), ad uso delle popolazioni romane assoggettate, onde fornire alle medesime un facile prontuario dei principi fondamentali del loro diritto: tali furono la *lex Romana Wisigothorum* (o *Breviarium Alaricianum*), emanata nel 506 da Alarico II per le popolazioni della Spagna e dell'Aquitania (Francia occidentale), e la *lex Romana Burgundionum*, emanata negli stessi anni dal re Gundobado per i popoli della Borgogna. Posizione a se stante ha l'*Edictum Theoderici*, pubblicato intorno al 500 dal re dei Goti Teodorico: considerandosi questi in veste di rappresentante in Italia dell'imperatore d'Oriente Zenone, anzichè come re indipendente, l'Editto si applicò, oltre che agli elementi romani, anche ai Visigoti, i quali vennero per tal modo a dover obbedire ad un diritto diverso da quello loro originario.

24. LA GIURISPRUDENZA POSTCLASSICA ED I RESTI DELLA SUA ATTIVITÀ COMPILATORIA. — Tra gli indici di decadimento della giurisprudenza romana in età postclassica quello esteriormente più notevole è costituito dalla cd. legge delle citazioni, una costituzione dell'imperatore d'Occidente Valentiniano III (426 d. C.), la quale dispose che i soli giureconsulti, di cui i pareri potessero essere prodotti in giudizio e dovessero essere tenuti in conto dai giudicanti, fossero Gaio, Paolo, Ulpiano, Modestino e Papiniano (n. 21), con

prevalenza dell'opinione di quest'ultimo. La quale costituzione, presto estesa anche all'impero di Oriente, annullò del tutto l'importanza, già assai scarsa, della giurisprudenza contemporanea nel mondo postclassico.

L'attività della giurisprudenza postclassica si immiserì, pertanto, sino al punto da diventare anonima e da rinchiudersi tra le nude mura delle scuole elementari di diritto. Tuttavia, qui bisogna far distinzione tra giurisprudenza di Occidente e giurisprudenza di Oriente: a) la giurisprudenza occidentale esercitò per tutto il sec. IV d.C. una notevole attività di aggiornamento, e quindi di modificazione delle opere giurisprudenziali classiche, ma poi digradò ad una attività ancora più bassa, di crestomanzia e di suntarelli, sino ad estinguersi quasi del tutto nel sec. VI d.C.; b) la giurisprudenza orientale, dopo una fase di non eccezionale influenza (sec. IV d.C.), trovò, di pari passo con l'affermarsi dell'impero di Oriente (sec. V e seguenti), modo di mostrarsi sempre più attiva e vivace, sopra tutto nelle scuole di Costantinopoli e di Berito, nell'opera, peraltro deleteria, di adattamento dei principi giuridici romani alle esperienze ed alle esigenze delle popolazioni ellenistiche.

Delle compilazioni giurisprudenziali postclassiche, sopra tutto occidentali, rimane qualcosa, che, nella scarsità di fonti di cognizione diretta, ci è assai utile per una indiretta conoscenza del diritto romano classico. Tra le raccolte di *iura*, vanno menzionati: i *Tituli ex corpore Ulpiani* (o *Ulpiani liber singularis regula-*

rum), elaborazione occidentale del sec. IV d.C., composta prevalentemente di passi di Ulpiano, ma anche di Gaio e altri, raccolti per materia in un certo numero di titoli. *Receptae sententiae Pauli*, che formano una parte delle parti della *lex Romana Visigothorum* (n. 23) e consistono in cinque libri, suddivisi in titoli per ragioni di materia, brani estratti prevalentemente dal giurista Paolo; l'*editio princeps* di Gaio, altra parte della *l. R. Visigothorum*, che è un sunterello in 3 libri delle *Institutiones* di Gaio. Tra le raccolte miste di *iura* e di *leges*, vanno segnalati: i *Vaticana fragmenta*, raccolta di frammenti estratti da Papiniano, Paolo ed Ulpiano, nonché di costituzioni dei codici Gregoriano ed Ermogeniano, compilata certamente in Occidente e probabilmente nel sec. V d. C.; la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, curiosa giustapposizione di brani di leggi mosaiche e di *leges* e *iura* romani, fatta nello stesso secolo al fine di dimostrare le analogie esistenti fra i due ordinamenti.

25. LA COMPILAZIONE DI GIUSTINIANO. — Non solo in campo politico, ma anche e sopra tutto in quello giuridico Giustiniano I (527-565 d.C.) dedicò ogni sforzo alla restaurazione dei valori genuini della romanità. Cosciente del decadimento della giurisprudenza e del perenne inquinamento progressivamente determinatosi nel puro diritto romano, egli cercò di porre a tutto ciò almeno un argine ordinando una grandiosa compilazione di

e di *leges*, la quale si sottraesse, in forza del suo carattere ufficiale, ad ulteriori future corrosioni. Ma, naturalmente, egli volle anche approfittare della realizzazione di questo grandioso programma per apportare al materiale utilizzato, e particolarmente ai *iura*, quegli ammodernamenti e quelle modifiche che il volgere dei tempi aveva reso indispensabili. Di qui un certo numero di interpolazioni (col. *emblemata Triboniani*), molte a carattere eminentemente formale, ma altre a carattere di modifiche sostanziali e talvolta decisamente innovative, che i testi della compilazione hanno subito ad opera delle commissioni compilatrici, che furono presiedute e animate dal *quaestor sacri Palatii* Triboniano.

Dopo un primo esperimento, costituito da un *Codex* di *leges* (529 d.C.), l'opera di compilazione fu portata a termine in quattro anni, dal 529 al 534. I posteri chiamarono il tutto, in segno di onore, *Corpus iuris civilis*.

Le parti del *Corpus iuris civilis* sono: a) i *Digesta seu Pandectae* (da *digerere* = ordinare): raccolta di frammenti dei giuristi classici (ciascuno contraddistinto da una opportuna *inscriptio*), raggruppati in titoli per ragioni di materia e costituenti un totale di 50 libri; b) le *Institutiones Iustiniani*: trattatello elementare in 4 libri, suddivisi in titoli, condotto sulle tracce delle *Institutiones* di Gaio e redatto appunto per surrogare queste ultime nell'insegnamento delle scuole giuridiche; il *Codex repetitae praelectionis*, raccolta di costituzioni imperiali (ciascuna contraddistinta da una opportuna *prae-*

scriptio e da una *subscriptio* con la data), raggruppate in *libri* per ragion di materia e costituenti un totale di 12 *libri*. *Appendice* del *Corpus iuris civilis* possono essere considerate le costituzioni posteriori al 534 d.C. di Giustiniano e dei suoi immediati successori, le cd. *Novellae* (*constitutiones*), di cui esistono alcune raccolte private.

26. LE COMPILAZIONI GIURIDICHE POSTGIUSTINIANEE. —

Giustiniano, nell'intento di salvaguardare da ogni ulteriore corruzione i principi del diritto romano, vietò formalmente ogni attività giurisprudenziale di critica e di rielaborazione applicata al materiale di *iura* raccolto nei *Digesta*. Tuttavia, le scuole giuridiche bizantine non tardarono a riprendere il loro lavoro di sottili e fuorvianti interpretazioni attraverso opere di libera parafrasi o di commento marginale (mediante *scholia*) dei testi del *Corpus iuris civilis*. Poco ci è giunto direttamente di questo materiale della giurisprudenza orientale postgiustiniana, salvo una libera parafrasi delle *Institutiones* dovuta alla penna del giurista Teofilo. Ci è pervenuta, invece, di esso materiale, una gigantesca rielaborazione sistematica costituita dai *Libri Basilicorum* (τὰ Βασιλικὰ) del sec. X d.C., ove sono pubblicate le libere versioni greche dei passi dei *Digesta* e del *Codex* con l'aggiunta di un ampio apparato di *scholia*.

Sta di fatto, in conclusione, che, per almeno tre quarti, la nostra conoscenza del diritto romano classico, preclassico e arcaico è basata sulle fonti di cognizione tramandateci dal-

l'età postclassica. E siccome queste fonti sono, nei loro riferimenti, spesso inesatte o alterate, occorre procedere alla loro *exegesi critica*, onde identificare glossemi, interpolazioni e ogni altra sorta di inquinamenti che abbiano potuto subire.

IL « IUS PRIVATUM » E LE SUE PARTIZIONI

SOMMARIO: 27. Il concetto classico del *ius privatum* e le sue componenti storiche — 28. La distinzione tra *ius civile* e *ius gentium* (naturale) — 29. La distinzione tra *ius commune* e *ius singulare* — 30. La partizione della materia del *ius privatum*.

27. IL CONCETTO CLASSICO DEL « IUS PRIVATUM » E LE SUE COMPONENTI STORICHE. — Per diritto privato, in contrapposto a diritto pubblico, si intende, in sede di teoria generale, l'ordinamento giuridico relativo ai ed. rapporti privati, vale a dire ai rapporti (tra singoli o con enti, anche se pubblici), che non attengano alla esplicazione di una funzione di governo, ma al soddisfacimento di interessi estranei ai fini supremi della comunità politica. Da questa concezione generale quella che i Romani concretamente (e poco limpidamente) ebbero del loro *ius privatum* differisce alquanto, per motivi connessi all'evoluzione storica sopra disegnata (n. 7-26) dell'ordinamento giuridico romano.

Secondo una celebre definizione (Ulp. D. I. I. I. 4), « *ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat*

(*ius privatum est quod ad singulorum utilitatem pertinet*)». Sebbene il testo continui affermando che « *sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatum* », è chiaro che il criterio distintivo tra *publicum* e *privatum ius* non è soltanto quello dell'interesse che l'ordinamento mira a soddisfare (*utilitas publica* o *utilitas singulorum*). *Ius privatum* risulta essere, secondo la definizione romana, l'ordinamento che comunque concerna gli interessi dei singoli o privati (« *quod ad singulorum utilitatem pertinet* »), sempre che non tocchi l'organizzazione statale romana (« *status rei Romanae* »), nel qual caso si ha il *ius publicum*. Dunque: da un lato, sono esclusi dall'ambito del *ius privatum* i rapporti in cui intervenga lo Stato, anche se siano di interesse privato; da un altro lato, sono inclusi nell'ambito del *ius privatum*, inteso in senso ampio, i rapporti che tra privati si costituiscano nel quadro del processo privato, pur essendo tali rapporti di interesse pubblico e fatti rientrare, dalla teoria generale, nel concetto di diritto pubblico.

Per spiegarsi queste apparenti singolarità, occorre riflettere che, in realtà, i Romani non ebbero chiaro ed univoco il concetto di *ius publicum*, ma solo quello di *ius privatum*, e che il *ius privatum* fu per essi l'essenza vera del loro diritto nazionale, cioè il risultato di uno sviluppo storico ricollegantesi al *ius Quiritium* delle origini. *Ius privatum* fu, quindi, in realtà, secondo i Romani, l'ordinamento (consuetudinario o legale) dei rapporti tra le *familiae*, e cioè tra i *patres* di ciascuna, sia nella fase p a-

cifica che in quella, a dir così, bellicosa, cioè processuale. Di contro a questa concezione unitaria e rigidamente storicistica del *ius privatum*, si incontrano, invece, tre concezioni diverse, tutte corrette dal rispettivo punto di vista, del *ius publicum*: a) *i. p.* come diritto promanante dalle *leges publicae* e dai provvedimenti equiparati (n. 14); b) *i. p.* come diritto « *quod ad statum rei Romanae spectat* »; c) *i. p.* come quella parte del diritto privato, la quale, per la sua intima connessione con il pubblico interesse, non può essere derogata dalla volontà privata (Pap. D. 2. 14. 38: « *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* »).

28. LA DISTINZIONE TRA « IUS CIVILE » E « IUS GENTIUM » (« NATURALE »). — A prescindere dalle componenti storiche del *ius (privatum) Romanorum* richiamate dianzi (n. 7-21), vanno tenute presenti di esso due ripartizioni di carattere sistematico, l'una operata dalla giurisprudenza classica e riveduta da quella postclassica, l'altra probabilmente coniata *ex novo* dalle scuole postclassiche: quella tra *ius (privatum) civile* e *gentium* (o *naturale*) e quella tra *ius (privatum) commune* e *singulare*.

I giuristi classici distinsero, anzi tutto, il *ius (privatum)* nelle due branche del *ius civile*, cioè del *ius* caratteristicamente romano (« *ius proprium civitatis* »), e del *ius gentium*, cioè del *ius* dettato in modo conforme a tutti i popoli da una sorta di ragion naturale (« *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* », « *quod apud omnes populos peraeque custoditur* », Gai I. 1). Il senso pratico

di questa distinzione fu che il *ius civile* dovesse applicarsi esclusivamente ai Romani, e non anche ai *peregrini* in Roma, a meno che non fosse a questi espressamente esteso, mentre il *ius gentium* dovesse automaticamente applicarsi sia ai Romani che ai *peregrini*. Per una sorta di reazione della accennata conseguenza sul concetto informatore della distinzione, avvenne peraltro che il *ius civile novum* (n. 15), essendo stato dichiarato applicabile sia ai Romani che ai *peregrini*, venisse chiamato pur esso, nella sua totalità, *ius gentium*.

In età postclassica, mediante interpolazioni testuali, la dicotomia *ius civile* - *ius gentium* venne trasformata in tricotomia con l'aggiunta del *ius naturale*. Per *ius naturale* si intese quel complesso di regole di vita che sono comuni non soltanto agli uomini, ma a tutti gli animali (Ulp. D. I. I. 1. 3 itp.: « *quod natura omnia animalia docuit* »). Il concetto, apparentemente ingenuo, adombra l'esigenza che le regole di *ius naturale*, essendo imposte dalla natura, non siano derogate dai singoli ordinamenti positivi (es.: la possibilità del matrimonio tra sessi diversi, la dipendenza dei figli dai loro genitori ecc.).

29. LA DISTINZIONE TRA « IUS COMMUNE » E « IUS SINGULARE ». — Non classica, secondo noi, è la ripartizione del *ius (privatum)* nelle due branche del *ius commune* e del *ius singulare*. Questa distinzione implica che il *ius singulare*, a differenza del *ius commune*, non possa essere applicato a casi analoghi a quelli da esso esplicitamente previsti (Paul. D. I. 3. 14:

« *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est prouocendum ad consequentias* »); ma tutta la storia della civiltà giuridica romana sino alla fine dell'età classica dimostra che, viceversa, la giurisprudenza di Roma fece uso pieno e praticamente incondizionato della integrazione analogica (n. 5).

Il sorgere della distinzione si spiega, con il conseguente divieto di analogia, solo in relazione alla contrapposizione postclassica tra *iura* e *leges* (n. 22): *ius commune* i *iura*, espressione della sapienza giuridica romana; *ius singulare* le *leges*, cioè le *constitutiones* imperiali, costituenti eccezioni ai *iura*, e da applicarsi, quindi, con ogni restrizione (cfr. Paul. D. 1. 3. 16 itp.: « *ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* »). Comunque, nella compilazione giustiniana la distinzione acquistò un valore generale.

30. LA PARTIZIONE DELLA MATERIA DEL « IUS PRIVATUM ». — Circa la partizione sistematica del *ius privatum*, è da dire che poco aiuto ci offre la giurisprudenza romana. I giuristi romani ebbero del *privatum* una visuale eminentemente empirica, e poco o nulla curarono la identificazione e l'approfondimento di un coerente sistema espositivo. La presente schematizzazione, prescindendo da suggestioni romane di evidente inadeguatezza, sarà impostata, secondo le esigenze della teoria generale del diritto, sulla identificazione dei rapporti giuridici romani, sullo studio delle loro strutture e sulla descrizione delle loro vicende (n. 34).

I RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI

VII.

NOZIONI GENERALI

SOMMARIO: 31. Le qualificazioni giuridiche — 32. I rapporti giuridici e il *lex coeternus* — 33. Classificazione dei rapporti giuridici — 34. I rapporti del *ius privatum* romano.

31. LE QUALIFICAZIONI GIURIDICHE. — Coerentemente alla già accennata funzione di predisporre una organizzazione sociale (n. 1), l'ordinamento giuridico si risolve nella formulazione di due categorie di *norme* (direttive o sanzionatorie): a) le *norme di qualificazione*, le quali stabiliscono i presupposti cui l'ordinamento si riferisce con tutte le sue norme di relazione o con alcune di esse; b) le *norme di relazione*, le quali fissano i regolamenti adeguati ai vari possibili casi di conflitto intersubiettivo di interessi in ordine ad un certo bene della vita (cioè stabiliscono *a priori* quale soggetto, ed a quali condizioni, meriti la prevalenza, in ordine ad un determinato oggetto, sull'altro o sugli altri soggetti concorrenti).

Le qualificazioni giuridiche sono, come è detto, i presupposti che l'ordinamento stesso determina (esplicitamente o implicitamente) per delimitare la sfera

di applicazione di tutte o di alcune delle sue norme di relazione. Le qualificazioni possono essere generali e speciali, a seconda che si riferiscano a tutte le norme dell'ordinamento o soltanto ad alcune di esse. Tuttavia, mentre le qualificazioni puramente generali sono pochissime, è necessario tener conto di molteplici qualificazioni speciali di vasta applicazione, le quali contribuiscono, appunto per l'ampio ambito del loro riferimento, a definire incisivamente la fisionomia generale dell'ordinamento da cui son poste. Da un punto di vista empirico, dunque, le qualificazioni giuridiche (generali e speciali) possono essere più utilmente distinte in: a) qualificazioni regolari, che riguardano un *quantum* apprezzabile di norme, e tale da potersi dire che esse determinano una regola caratteristica dell'ordinamento; b) qualificazioni irregolari, che riguardano singole norme o un *quantum* non apprezzabile di norme, sicchè può escludersene il rilievo ai fini della caratterizzazione generale di un certo ordinamento.

Le qualificazioni giuridiche hanno, ovviamente, carattere positivo, nel senso che variano, in concreto, dall'uno all'altro ordinamento positivo. Tuttavia, è possibile ed utile identificare cinque categorie generali, alle quali inevitabilmente tutte le qualificazioni vanno ricondotte. Tali categorie sono le seguenti: a) qualificazioni formali, altrimenti dette definizioni giuridiche, le quali stabiliscono (qualificano) il senso (regolare o irregolare) di un termine, e cioè il valore di un concetto in relazione ad un certo ordinamento (es.: « rapporto »

« soggetto giuridico », « diritto subbiettivo », « r. g. privato », « diritto di proprietà »); b) qualificazioni temporali, le quali stabiliscono (qualificano) il periodo di tempo cui l'ordinamento si riferisce con le sue norme di relazione o con alcune di esse (es.: indefinitamente, sino al giorno tale dell'anno tale, sino a che si verifichi il tale avvenimento); c) qualificazioni spaziali, le quali stabiliscono (qualificano) lo spazio territoriale entro cui trovano applicazione tutte o alcune norme dell'ordinamento; d) qualificazioni soggettive, altrimenti dette *status personali*, le quali stabiliscono (qualificano) i requisiti necessari per poter essere soggetti di rapporti giuridici in genere o di singoli rapporti giuridici in specie (cap. IX); e) qualificazioni oggettive, le quali stabiliscono (qualificano) i requisiti necessari per essere oggetti di rapporti giuridici in genere o di singoli rapporti giuridici in specie (cap. X).

32. I RAPPORTI GIURIDICI E IL LORO CONTENUTO. — Nel quadro generale tracciato dalle norme giuridiche di qualificazione, le norme giuridiche di relazione identificano e regolano, ciascuna, un singolo tipo di rapporto (rapporto giuridico) in riferimento ad un bene della vita sociale, cioè ad una fonte di interessi divergenti per i soggetti (oggetto giuridico). E più precisamente, ciascuna norma giuridica di relazione determina, in ordine ad un certo oggetto, una situazione di preminenza (cd. situazione attiva) di uno o più soggetti attivi ed una corre-

lativa situazione di subordinazione (cd. situazione passiva) di un altro o di altri soggetti passivi.

La situazione passiva prende il nome di *dovere giuridico* e consiste: a) nella necessità di osservare l'invito a fare o a non fare alcunchè, contenuto in una norma direttiva (obbligo); b) subordinatamente alla inosservanza dell'obbligo, nella necessità di sottostare, anche contro la propria volontà, a quanto prescritto da una norma sanzionatoria (soggezione). La situazione attiva prende il nome di *potere giuridico* (o *diritto in senso soggettivo*) e può consistere: a) nel potere di pretendere l'osservanza dell'obbligo da parte del soggetto passivo (pretesa); b) subordinatamente alla inosservanza dell'obbligo, nel potere di provocare, direttamente o indirettamente, con il proprio comportamento, l'assoggettamento del soggetto passivo alla sanzione (azione).

Come la norma giuridica è una norma complessa, risultante dall'accoppiamento di un comando direttivo e di un comando sanzionatorio, così è un *potere complesso* il diritto soggettivo ed è un *dovere complesso* il dovere giuridico: alla pretesa del soggetto attivo corrisponde l'obbligo del soggetto passivo, all'azione esercitata dal primo corrisponde la soggezione dell'altro.

Non sempre, peraltro, il soddisfacimento del diritto soggettivo è integralmente rimesso al comportamento del soggetto passivo. Il più delle volte, il soddisfacimento di un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico implica anzi tutto l'attribuzione al soggetto di facoltà e anche di oneri. *Facoltà* sono le possibilità riconosciute e garantite dal diri-

to al soggetto attivo di soddisfare il proprio interesse con i propri mezzi, senza turbative da parte di altro o di altri soggetti giuridici (es. la facoltà di godere la cosa e di disporne a piacimento, che compete al titolare del diritto di proprietà). *Oneri* sono i sacrifici che talvolta si impongono al soggetto attivo, affinché egli possa esercitare il proprio diritto (es.: onere di esprimere la propria pretesa al soggetto passivo, onere di ricorrere all'autorità giudiziaria per provocarne la soggezione).

Sarà opportuno, infine, far cenno di altre due figure giuridiche subiettive imperfette, le quali cioè non presentano tutte le caratteristiche del potere (o, rispettivamente, del dovere) giuridico: il cd. diritto (o dovere) affievolito e la cd. aspettativa di diritto (o di dovere). *Diritto (o dovere) affievolito* si ha quando ad una determinata pretesa non si accorda inmancabilmente una azione in caso di sua inosservanza, ma l'azione si accorda soltanto se ed in quanto sia stato anche leso un interesse altrui, e in particolare un interesse pubblico: si parla anche, in tal caso, di *interesse condizionatamente* (o, talvolta solo occasionalmente) *protetto dall'ordinamento*. *Aspettativa di diritto (o di dovere)* si ha quando la pretesa giuridica (con il correlativo obbligo) non sia ancora venuta in essere, ma si siano tuttavia già verificati alcuni fatti o atti necessari per la sua nascita: spesso già si producono, in tal caso, taluni effetti preliminari o prodromici, la cui validità è condizionata al perfezionamento della pretesa.

33. CLASSIFICAZIONE DEI RAPPORTI GIURIDICI. — I rapporti giuridici privati (n. 27), così come, in generale, tutti quanti i rapporti giuridici, sono passibili, in astratto, di svariate classificazioni, tra le quali hanno fondamentale importanza le seguenti, cui avremo spesso occasione di richiamarci nel corso della trattazione.

(a) **Rapporti assoluti e relativi.** I rapporti giuridici assoluti sono quelli che intercorrono tra uno o più soggetti attivi e tutti gli altri consociati i quali sono quindi tenuti ad un comportamento di astensione (« non facere ») nei riguardi del soggetto attivo. Il soggetto attivo di un rapporto giuridico assoluto viene ad avere, pertanto, una pretesa *erga omnes* di non essere turbato nell'esercizio delle sue facoltà giuridiche: in caso di inosservanza dell'obbligo assoluto da parte di un soggetto passivo, si costituirà a carico di quest'ultimo un rapporto di responsabilità, eventualmente ad esecuzione coatta. Esempi tipici di r. g. assoluti sono il rapporto di proprietà (tutti i consociati sono tenuti ad astenersi dal turbare il godimento di un oggetto giuridico da parte del proprietario) o il rapporto di usufrutto (tutti i consociati, compreso il proprietario della cosa fruttifera, sono tenuti ad astenersi dal turbare lo sfruttamento della cosa da parte dell'usufruttuario). I rapporti giuridici relativi sono quelli che intercorrono tra uno o più soggetti (attivi e passivi) determinati i soggetti passivi sono, in tal caso, tenuti ad un comportamento soddisfattorio positivo o negativo (« dare », « facere » o « non facere »), nel senso che questo comportamento vale a determinare di per se stesso il soddisfacimento di un interesse

del soggetto attivo. Esempi tipici di r. g. relativi sono i rapporti cd. obbligatori (da compravendita, da mutuo, da atto illecito ecc.: il debitore è tenuto a soddisfare il creditore consegnandogli la merce, restituendogli la somma avuta in prestito, astenendosi dal fargli concorrenza ecc.).

(b) **Rapporti di debito e di responsabilità.** I rapporti giuridici di debito sono rapporti (assoluti o relativi) consistenti in un vincolo che si costituisce per effetto di un fatto giuridico involontario o di un atto giuridico lecito (n. 51). I rapporti giuridici di responsabilità sono rapporti giuridici relativi (mai assoluti) consistenti in un vincolo che si pone a carico di uno o più soggetti passivi determinati a titolo di responsabilità, per la commissione da parte loro di un atto giuridico illecito (n. 51). Esempio di r. g. di responsabilità è il rapporto di risarcimento del danno provocato (l'autore del danno, o altri ritenuto responsabile delle sue azioni dall'ordinamento, è tenuto a risarcire il danneggiato).

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

34. I RAPPORTI DEL « IUS PRIVATUM » ROMANO. — La classificazione ora fatta (n. 33) dei rapporti giuridici, in considerazione della loro possibile struttura, ha carattere puramente astratto. In realtà, la struttura dei rapporti giuridici è complessa e dinamica. Ogni rapporto giuridico (assoluto o relativo) è anzi tutto un rapporto di debito: in dipendenza della inosservanza dell'obbligo da parte del soggetto passivo, esso si evolve successivamente in un rapporto di responsabilità, eventualmente ad esecuzione coatta.

Le distinzioni sopra esposte, tra rapporti di debito e di responsabilità, ad esecuzione libera e ad esecuzione coatta, non sono, insomma, vere e proprie contrapposizioni di rapporti giuridici autonomi, ma precisazioni di fasi e di aspetti evolutivi dei rapporti giuridici concreti. Per conseguenza, una esposizione giuridica, che voglia, come la nostra, conciliare la visione statica e astratta dei rapporti con una visione dinamica e concreta degli stessi, potrà essere utilmente basata sulla contrapposizione dei rapporti in assoluti (cap. XV) e relativi (cap. XVI), con l'avvertenza che, a proposito di ciascun singolo rapporto assoluto o relativo, essa tratterà dei rapporti relativi di responsabilità, eventualmente ad esecuzione coatta, scaturiti dalla inottemperanza all'obbligo da parte del soggetto passivo.

Ma, prima ancora di affrontare il compito di una descrizione dei vari rapporti, è necessario, o per lo meno altamente opportuno, che si tratti: anzi tutto, delle qualificazioni regolari soggettive e oggettive

dell'ordinamento, allo scopo di fissare in linea di massima chi ne siano i soggetti e quali possano esserne gli oggetti; secondariamente, delle regole generali sugli effetti giuridici e sulle loro cause, allo scopo di sfrondare il discorso ulteriore da eccessive ripetizioni, nonché di porre in rilievo le analogie esistenti tra i vari rapporti giuridici; in terzo luogo, delle strutture speciali costruite dall'ordinamento al fine di permettere e di disciplinare l'esercizio del potere di azione. Questi tre gruppi di argomenti costituiscono la cd. parte generale della trattazione.

Ora, con riferimento specifico al *ius privatum* romano, è da dire che l'inquadramento ora esposto si presenta come particolarmente opportuno perché vale a porre in rilievo le analogie strutturali originarie di rapporti, che passarono nel corso dei secoli a diversificarsi in loro in modo apparentemente assai notevole. Infatti, come si vedrà, le istanze di un inquadramento generale della materia nelle due branche fondamentali dei rapporti assoluti e dei rapporti relativi corrispondono perfettamente, per ciò che concerne il *ius privatum* romano, ai suggerimenti della ricostruzione storiografica, non meno che questa proceda, attraverso successive approssimazioni, alla identificazione delle origini.

La presente trattazione adotta, pertanto, a ragion veduta la inquadratura della materia dianzi esposta e giustificata, di volta in volta, secondo le necessità, essa cercherà, inoltre, di chiarire meglio e più specificamente le ragioni. Per ciò che concerne la cd. parte generale,

si avverta che essa, in una trattazione del *ius privatum* romano, non può non aprirsi con un breve e sintetico excursus dedicato alla *familia romana* (§ 8): istituto che, come sappiamo (§ 2-6), constitui storicamente la base e lo spunto iniziale di tutto quanto il *ius Romanorum* e di cui una sufficiente conoscenza costituisce, quindi, il presupposto essenziale per lo studio dei rapporti giuridici privati in Roma.

Va notato che la sistematica adottata dalla presente esposizione, pur utilizzando in gran parte spunti e suggerimenti già da altri formulati, non corrisponde, per quel che risulta, a nessuna delle partizioni in uso nei manuali e nei trattati di diritto romano; nessuno dei quali sembra voler rinunciare, sinora, a giustapporre, secondo la tradizione pandettistica, ad una « parte generale » piuttosto generica, tante « parti speciali » relative alla famiglia, alle successioni e donazioni, ai rapporti giuridici reali e ai rapporti giuridici obbligatori.

VIII.

LA « FAMILIA » ROMANA

Indice: 35. La *familia romana* — 36. Il *matrimonium* — 37. Il regime patrimoniale del *matrimonium* — 38. La preparazione o la costituzione del *matrimonium* — 39. Le conseguenze del *matrimonium* — 40. Le unioni extramatrimoniali e i loro effetti.

35. LA « FAMILIA » ROMANA. — La *familia* (dall'etimo « *dhum* », che è lo stesso di *domus*) era, in età precivica, un vero e proprio microrganismo politico-economico, costituito da uomini, animali subumani e cose materiali, caratterizzato da propri *sacra* ed organizzato ad unità sotto il potere assoluto (*manus* o *mancipium*) del capostipite (*pater familias*). Questa struttura originaria infatti potentemente, quanto meno sino alla fine del periodo classico, sul concetto dell'istituto familiare, facendo sì che l'elemento connettivo di questo non fosse identificato, come la logica astratta detterebbe, nella pura e semplice parentela di sangue fra i membri (*cognatio*), ma in qualcosa di ben diverso, e cioè nell'*adgnatio*.

Adgnatio, che letteralmente indica la nascita entro il gruppo posteriormente al *pater familias* suo capostipite

(«*ad-nasci*»), significò, in epoca storica, l'accrescersi ad una *familia* di altri membri *liberi* (*filii* o *mulieres in manu*) per un qualunque motivo valido a farli attoporre alla *potestas* del *pater*: nascita da *matrimonium iustum* (n. 36), *conventio in manum* (n. 36 e 81), *adrogatio* o *adoptio* (n. 82), *legitimatio* (n. 39). Quando il *paterfamilias* morisse o fosse *capite minutus* la *familia* veniva meno, dissociandosi in tante *familiae* nuove per quanti fossero gli immediati discendenti del *pater* (cioè i figli o i nipoti da legiti maschi premorti). Tuttavia l'*agnatio* tra quelli che erano stati membri di una sola *familia* in tal caso era considerata tuttora sussistente: il che aveva le sue ripercussioni in tema di *successio ab intestato* (n. 78), di *tutela* (n. 53-54) e di *usufrutto* (n. 55). Pertanto, alla *familia* in senso proprio (*familia proprio iure*) i giuristi classici contrapposero quella in senso lato e improprio (*familia communi iure*), costituita da tutti coloro che si sarebbero tuttora trovati sotto la *potestas* di un certo capostipite se questi non fosse morto o *capite minutus*: istituto ricollegantesi all'antico *consuetudinem arctum non citum dei fratres*, che rimanevano uniti pur dopo la scomparsa del *pater* (n. 81). Al di sopra della *familia communi iure* era, infine, posta la *gens*, alla quale appartenevano tutti coloro che discendessero da un antico (spesso mitico) capostipite di una certa stirpe (n. 8).

La *cognatio* aveva rilievo, nei tempi più antichi, solo nella sfera del *fas*, il quale vietava come *incestae* le nozze tra parenti di sangue. In epoca storica essa passò lentamente ad acquistare sempre maggiore rilevanza giuridica: così, la *lex Cincia de donis et maneribus* (n. 61)

era esentato dal divieto di donazioni oltre un certo ammontare i *cognati* sino al quinto grado; così, ancora, della *cognatio* venne conte il *praetor* in materia di *bonorum possessio ab intestato* (n. 78). Si distingueva una *cognatio recta*, costituita da ascendenti e discendenti, da una *cognatio transversa* (collaterale), costituita da due linee rette facenti capo ad uno stesso capostipite. I *gradus cognationis* tra persona e persona si calcolarono computando il numero delle generazioni che le separavano: trattandosi di *cognatio recta*, tante erano le generazioni (e quindi i gradi) per quante erano le persone della linea, eccettuando il capostipite («*tot gradus quot personae dempto stipite*»); trattandosi di *cognatio transversa*, si sommarono i numeri delle generazioni che distanziavano i due *cognati* dal capostipite comune.

36. IL «MATRIMONIUM». — Il *matrimonium* (o *nuptiae*), concretantesi nella seria, manifesta e durevole unione tra uomo e donna («*coniunctio maris et feminae*»), fu, sin dalle origini, un istituto di somma importanza sociale e religiosa, fondato su riti sacri e pratiche solenni di vario genere. Tuttavia, nel periodo arcaico il *matrimonium* in quanto tale non aveva rilevanza giuridica. Produttiva di effetti giuridici era, in tale epoca, solo la cd. *conventio in manum*, cioè l'acquisto della *manus* sulla donna da parte del marito o, se questo fosse *alieni iuris*, da parte del suo *paterfamilias*. Tale acquisto si verificava o mediante una applicazione della *mancipatio* o mediante una applicazione del *ius*; due istituti aventi, originariamente, appunto la fun-

zione di fare acquistare ad un *paterfamilias* il *mancipium* da un oggetto giuridico (n. 81).

Verso la fine del periodo arcaico l'istituto extragiudiciale del *matrimonium* giunse a fondersi con la *conventio in manum*, dando luogo al cd. *matrimonium cum manu*. Di questo furono riconosciuti come fatti costitutivi, la *coemptio matrimonii causa* e l'*usus*, come già per la *conventio in manum*, nonché la *confarreatio*, rito religioso accompagnato sin dai tempi più antichi ai matrimoni patrii. Il *connubium*, cioè la capacità matrimoniale reciproca, che prima era richiesto per la costituzione del *matrimonium* e non della *manus*, passò conseguentemente ad essere presupposto essenziale del *matrimonium cum manu*.

Nel corso dell'età preclassica, avendo ormai il *matrimonium* acquistato significazione giuridica, avvenne una ulteriore evoluzione, costituita dallo sganciamento del *matrimonium* dalla *manus*: cd. *matrimonium sine manu*. Per evitare la *conventio in manum* della moglie, e quindi la perdita da parte di costei dei diritti successori nella *familia* di origine, si evitò di compiere la *confarreatio* o la *coemptio* e, facendosi ricorso all'*usus*, si adottò l'accorgimento di interrompere ogni anno l'*usus* maritale per lo spazio di tre notti: l'interruzione (*trinocitii usurpatio*), impedendo il compimento dell'anno continuativo di *usus*, impediva l'acquisto della *manus* sulla moglie.

Il *matrimonium sine manu* era produttivo di effetti giuridici (n. 38) se ed in quanto fosse un *matrimonium iustum*, cioè rispondente ai requisiti posti dal *ius privatum* romano attraverso i *mores*, le *leges* o i provvedimenti

di governo equiparati a queste. Requisiti del *matrimonium iustum* erano i seguenti: a) la manifesta e normale convivenza dei soggetti come coniugi dimostrata da un inequivoco atto iniziale (di solito, la *deductio uxoris in domum mariti*); b) la seria e costante intenzione dei coniugi di essere tali (cd. *affectio maritalis*) dimostrata particolarmente dalla persistenza di quel reciproco rispetto che i coniugi si dovevano secondo la coscienza sociale (cd. *honor matrimonii*); c) la reciproca capacità matrimoniale (*connubium*), la quale, prima della *constitutio Antoniniana* (n. 19), si aveva solo fra *cives Romani*, fra *cives* e *Latini* e, in casi di volta in volta determinati, fra *cives* e *peregrini* di certe categorie; d) l'assenza di certi impedimenti: età impubere (n. 53), malattia mentale, altro matrimonio tuttora esistente, *cognatio* sino al sesto grado (salvo eccezioni), *ad finitas* ecc.

L'imperatore Augusto promosse una imponente legislazione matrimoniale per disciplinare e potenziare questo istituto di tanto rilievo sociale: *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) e *lex Papia Poppaea nuptialis* (9 d.C.). Allo scopo di favorire i matrimoni e la figliolanza, fu stabilito che gli uomini tra i 25 ed i 60 anni e le donne tra i 30 e i 50 anni, se non fossero sposati (se fossero, cioè, *coelibes*), soffrissero vantaggi di carattere personale e successorio; analogamente fu disposto per i coniugi privi di un numero minimo di figliuoli (3 per gli *ingenui*, 4 per i *libertini*); tuttavia il senato (o il *princeps*) poteva concedere in casi speciali l'esenzione da tali svantaggi (cd. *ius trium vel quattuor liberorum*). Allo

scopo di impedire *matrimonia* di cattiva lega fu fatto divieto ai *senatores* di sposare donne libere, ed a tutti i cittadini *ingenui* di sposare donne di facili costumi (tra cui anche le attrici e le spose adaltere); in caso di inosservanza di questo divieto, il *matrimonium* era sempre *iniustum*, ma non *secundum legem Iuliam et Papiam*, sicché trovarono luogo gli svantaggi previsti per i *coelibes*.

Nel periodo postclassico, per l'influenza del Cristianesimo, la concezione classica del *matrimonium* andò sensibilmente alterandosi. Fu valorizzato sempre di più l'atto iniziale della convivenza coniugale ed il significato volontaristico di esso, di modo che solo o essenzialmente dal suo compimento venne a dipendere la validità del rapporto giuridico matrimoniale, indipendentemente da ogni indagine sulla persistenza dell'*affectio maritalis*. La massima tradizionale «*consensus facit nuptias*», che in antico aveva voluto sottolineare la essenzialità della mutua *affectio* per il matrimonio, acquistò, quindi, progressivamente il valore di un principio secondo cui il *matrimonium* aveva radice convenzionale.

37. IL REGIME PATRIMONIALE DEL «MATRIMONIUM».

Principio fondamentale del *matrimonium* romano fu che gli oneri patrimoniali da esso derivanti dovevano essere sopportati dal marito o dal suo *paterfamilias*. Tale principio nacque in connessione con il *matrimonium cum manu*, di cui l'effetto era che la *mulier* si staccasse dalla propria *familia*, entrando a far parte di quella del marito. Nel *matrimonium sine manu* il principio rimase fermo, pur rima-

tenendo la *mulier* partecipe della propria *familia* originaria o, in caso di scioglimento di questa, *materfamilias* con proprio patrimonio autonomo; i beni presenti o futuri della *mulier* erano considerati in regime di separazione da quelli del marito e sottratti alla destinazione familiare.

Per agevolare il marito nella sopportazione degli oneri matrimoniali, sorse, sin da epoca molto risalente, la consuetudine sociale di attribuirgli a questo scopo un piccolo capitale (la *dos*), che entrasse a far parte del patrimonio suo o del suo *paterfamilias*, rafforzandolo. La *dos* poteva essere costituita dal *paterfamilias* della donna *alieni iuris* (cd. *dos profecticia*), o dalla stessa moglie *sui iuris*, o anche da un terzo interessato alla buona riuscita del matrimonio (cd. *dos adulecticia*). La costituzione poteva avvenire in tre modi: mediante *dotis dictio*, dichiarazione solenne attributiva del patrimonio dotale al marito («*dotem tibi dico sestertium milia tot*»); mediante *dotis datio*, atto o complesso di atti valevoli a trasferire al marito i diritti sulle *res dotales* (*mancipatio* o *in iure cessio* delle *res Mancipi*, *traditio* delle *res nec Mancipi*, cessione dei crediti ecc.); mediante *dotis promissio*, cioè mediante *stipulatio* (n. gr) costitutiva di un credito del marito relativamente alle cose dotali.

La *dos* diveniva, come si è detto, patrimonio del marito o del suo *paterfamilias*: questi ne era tenuto ad impiegarla effettivamente «*ad onera matrimonii ferenda*», ne era tenuto a restituirla in caso di scioglimento del matrimonio, a meno che non vi si fosse esplicitamente impegnato mediante *stipulatio* (cd. *dos recepticia*). Tuttavia, il pretore romano introdusse in via generale un'*actio rei*

uxoris e tendente a far ottenere alla moglie o al suo *paterfamilias* le *res dotales* in caso di scioglimento del matrimonio. Se lo scioglimento era dipeso da morte del marito o da divorzio, l'azione era esercitata dalla moglie *sui iuris* o dal *paterfamilias* di lei ma col suo specifico assenso (*pater adiuncta filiae persona*); se esso era dipeso da morte della moglie, l'azione spettava al *paterfamilias* di lei nei limiti della *dos profecticia*. Ma il marito, o il suo *paterfamilias*, non era comunque tenuto a privarsi di tutte le *res dotales*, bensì solo di « *quod melius acquiritur* »: in particolare, se lo scioglimento del matrimonio era stato causato da divorzio, la giurisprudenza gli riconosceva il diritto alla ritenzione di un tanto per l'alimentazione dei figli (*retentio propter liberos*), di un tanto per ripagarsi delle eventuali colpe della moglie (*retentio propter mores*) ecc.

In diritto postclassico il regime della *dos* subì progressivamente una radicale evoluzione, sopra tutto in virtù del principio che la *dos* dovesse essere trasferita alla *mulier* in caso di scioglimento del matrimonio. Per conseguenza, il marito fu considerato semplice amministratore ed usufruttuario dei beni dotali, di cui la titolarità fu riconosciuta alla *mulier*: « *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* » (Triph. D.23. 3.75 itp.).

38. LE CONSEGUENZE DEL « MATRIMONIUM ». — A prescindere dalle ovvie conseguenze del *matrimonium cum manu*, le conseguenze del *matrimonium sine manu iustum* erano a loro volta numerose e importanti e

ricollegavano tutte al fatto che, per effetto delle *nuptiae*, si istituiva tra i coniugi e tra ciascun coniuge ed i parenti dell'altro un vincolo detto *ad finitas*.

L'*ad finitas* tra marito e moglie determinava, anzi tutto, la conseguenza che i figli nati da costei in costanza di matrimonio, pur non facendo essa parte della *familia* del marito, rientravano nella *familia* stessa: sicchè il marito o il suo *paterfamilias* aveva su di essi la *patria potestas* (« *pater is est, quem iustae nuptiae demonstrant* ») (n. 82).

Nei rapporti reciproci tra i coniugi l'*ad finitas* determinò, in primo luogo, l'obbligo del marito di provvedere al mantenimento anche della moglie, oltre che dei figli (n. 37). In caso di furto commesso dalla moglie in danno del marito, questo non ebbe contro la ladra la consueta *actio furti* (n. 94), ma una assai meno grave *actio rerum amotarum*. A partire da Antonino Pio, inoltre, se la moglie agisse contro il marito (in età postclassica, anche nel caso reciproco), la *condemnatio* fu limitata all'*id quod reus facere potest*. In diritto giustiniano si parlò addirittura di un obbligo generale di mutua *reverentia* tra i coniugi, in virtù del quale questi erano tenuti ad aiutarsi vicendevolmente e a non esercitare l'un contro l'altro azioni penali o infamanti.

Nei rapporti tra un coniuge ed i parenti dell'altro l'*ad finitas* fu causa di impedimento matrimoniale (n. 36), nei limiti della relazione tra un coniuge ed i parenti in linea retta (sia *adgnati* che *cognati*) dell'altro,

nonché di quella tra un coniuge ed i fratelli dell'altro coniuge.

39. LA PREPARAZIONE E LA CESSAZIONE DEL « MATRIMONIUM ». — È probabile che, nei più antichi tempi, la *uxor*, così come formava oggetto di *mancipatio* tra il proprio *paterfamilias* e quello del marito, formasse oggetto di promessa (*sponsio*) al secondo dal primo. Dell'antica consuetudine rimase traccia, in età storica, nell'uso sociale detto degli *sponsalia*, cioè nella promessa di *nuptiae*, giuridicamente non impegnativa, fra due soggetti di sesso diverso. Nel diritto postclassico, tuttavia, si manifestò una forte tendenza a conferire agli *sponsalia* efficacia giuridica, sancendo in ordine agli stessi regole affini a quelle vigenti per il *matrimonium*.

Altra consuetudine prematrimoniale diffusa nel mondo postclassico fu quella delle *arrae sponsaliciae*, sorta di caparra data dalla sposa allo sposo a garanzia del futuro matrimonio: salva l'ipotesi di gravi motivi giustificativi, se la *sponsa* si sottraeva all'impegno assunto, lo sposo aveva diritto alla ritenzione della caparra; se si sottraeva lo *sponsus*, la sposa aveva diritto alla restituzione del *duplum*.

Cause di scioglimento del *matrimonium* furono: a) la morte di uno dei coniugi; b) la perdita dello *status libertatis* da parte sua; c) l'*incestum superveniens*, che si verificava quando per via di adozione da parte di un suocero i coniugi venissero ad essere anche fratelli; d) il *divortium* cioè la volontaria desistenza dal rapporto matrimo-

niale. La perdita dello *status civitatis* da parte di uno dei coniugi rendeva il matrimonio *iniustum iure civili*: esso rimaneva valido *iure gentium* e riprendeva retroattivamente tutta la sua efficacia qualora il coniuge *capite minutus* riacquistasse la cittadinanza.

Nel *matrimonium cum manu* il *divortium* consisteva nel compimento di una attività contraria a quella che aveva servito a costituire il rapporto: *diffarreatio* solenne, nel caso di nozze confarreate; *remancipatio* dal marito al *paterfamilias* originario, nel caso di nozze derivanti da *coemptio*; *emancipatio* (n. 46) della *uxor* sia nel caso precedente che in quello di nozze basate sull'*usus*.

Nel *matrimonium sine manu* il *divortium* era dato dal puro e semplice *venir meno del affectio maritalis*: o in ambedue i coniugi (*divortium* propriamente detto) o anche in uno soltanto (*repudium*). Il diritto postclassico, per influenza del Cristianesimo, fu tendenzialmente sfavorevole al *divortium*, che cercò di rendere difficile attraverso l'introduzione di varie pastoie (tra cui quella della formulazione di un solenne *libellus re-tudus*). Per conseguenza, furono ammessi con favore solo due tipi di *divortium*: il *divortium bona gratia*, cioè quello reso opportuno dall'impossibilità di raggiungere i fini del *matrimonium* (es.: l'impotenza di un coniuge, il voto di castità, ecc.), e il *divortium ex iusta causa*, cioè quello giustificato da gravi colpe di uno dei coniugi o di ambedue. Penalità furono disposte a carico dei divorzianti capricciosi.

Le seconde nozze di chi fosse stato sciolto da un matrimonio erano indifferenti al diritto classico, anzi furono favorite per motivi demografici dalla legislazione augustea (n. 36): unica limitazione fu il divieto per le donne di sposarsi nei dieci mesi successivi allo scioglimento del matrimonio (cd. *tempus lugendi*). Il diritto postclassico, sotto l'influenza cristiana, osteggiò invece variamente le seconde nozze, sopra tutto in caso di divorzio.

40. LE UNIONI EXTRAMATRIMONIALI E I LORO EFFETTI.

A parte i casi di *matrimonia iniusta* o di *matrimonia iniusta contra legem Iuliam et Papianam*, nonché alcune altre ipotesi di minor conto, il diritto romano considerò giuridicamente rilevanti i seguenti casi di unioni extramatrimoniali: *adulterium*, *incestum*, *stuprum*, *concubinae contubernium*.

Le prime tre figure, dopo varie vicende, furono organicamente regolate dalla *lex Iulia de adulteriis* del 18 a.C., la quale le classificò nella categoria dei crimini stabilendo per esse forti pene. A termini della *lex Iulia*, si aveva *stuprum* nel caso di unione sessuale con donna nubile o vedova; si aveva *adulterium* (cioè *stuprum* aggravato) nel caso di unione con donna maritata; si aveva *incestum* (altra forma aggravata di *stuprum*) nel caso di unione con donna parente o affine. A titolo di eccezione la legge permise le unioni extra matrimoniali tra persone appartenenti al rango senatorio e le *libertinae*, nonché le unioni con alcune categorie di donne di facili costumi (« in quo *stuprum non committitur* »: etère, attrici ecc.).

Dalle eccezioni poste dalla *lex Iulia de adulteriis* derivò, in diritto classico, l'istituto giuridico del *concubinae*: unione durevole con donne che non possono essere sposate (n. 36). In diritto classico il *concubinae* fu solamente la espressione di una attività lecita, ma non ebbe particolari effetti giuridici: i figli dei concubini, alla pari di qualunque altro prodotto di unioni extramatrimoniali, erano, dunque, « vulgo concepti » e seguivano la condizione giuridica della madre. In diritto postclassico: anzi tutto la nozione di *concubinae* fu estesa sino a comprendere le unioni durevoli, ma senza intenzioni matrimoniali, nonché in ispregio alle disposizioni sullo *stuprum*, con donne *honestae*; secondariamente, i figli nati da *concubinae* furono classificati come *liberi naturales*, ebbero un limitato diritto di successione e furono passibili di legittimazione, cioè di elevazione al grado di nati « ex iustis nuptiis » (cd. figli legittimi). Furono riconosciute due forme di *legittimatio*: quella *per subsequens matrimonium* tra i genitori concubini e quella permessa in casi speciali dall'imperatore (*per rescriptum principis*).

Il *contubernium*, cioè l'unione tra schiavi o tra liberi e schiavi, non ebbe, naturalmente, propri effetti giuridici, ma ebbe, tuttavia, qualche riflesso nel campo del diritto, sopra tutto in periodo postclassico, come espressione del cd. *ius naturale* (n. 28).

I SOGGETTI DEI RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI

Sommario: 41. Le qualificazioni soggettive regolari — 42. L'appartenenza alla specie umana — 43. L'esistenza — 44. La libertà — 45. La cittadinanza — 46. L'autonomia familiare — 47. I soggetti giuridici limitati.

41. LE QUALIFICAZIONI SOGGETTIVE REGOLARI. — Le qualificazioni soggettive regolari del *ius privatum* romano, cioè i requisiti normalmente indispensabili per essere soggetti (attivi o passivi) di rapporti giuridici privati, furono: a) l'appartenenza alla specie umana; b) l'esistenza; c) la libertà; d) la cittadinanza romana; e) l'autonomia familiare.

Prima di passare ad illustrare il valore di questi requisiti ed il loro grado di regolarità, sarà opportuno precisare il significato di tre termini collegati, piuttosto frequenti nelle fonti romane: *persona*, *caput*, *status*.

(a) « *P e r s o n a* », termine usato nell' inoltrato diritto classico per chiara influenza filosofica stoica, stette a significare normalmente « uomo », con esclusione dei soggetti giuridici immateriali (n. 42) e con inclusione, viceversa, dei

(b) dei *paregrini* e dei *filii familiarum* (cioè dei non soggetti giuridici: n. 44-46).

(b) « *C a p u t* » stette a significare l'appartenenza ad un gruppo (quello degli uomini liberi, quello dei *cives*, quello di una *familia*). In rapporto a ciò « *capitis deminutio* » significò il mutamento di posizione giuridica di una *persona* in dipendenza della sua uscita dal gruppo: per il che i giuristi classici parlarono di « *capitis deminutio maxima* » di chi uscisse dal novero degli uomini liberi (divenendo *servus*), di « *capitis deminutio media* » di chi uscisse dal novero dei *cives Romani* (divenendo *paregrinus*), di « *capitis deminutio minima* » di chi uscisse da una *familia* per entrare a far parte di un'altra *familia* (in forza di *conventio in manum* o di *adoptio*) oppure per diventare *sui iuris* (in forza di *emancipatio*). La *capitis deminutio* non equivale, dunque, in ogni caso, a perdita di capacità giuridica, nè il *capite deminutus* fu in ogni caso *persona* divenuta da *capite* incapace.

(c) « *S t a t u s* », alla stessa guisa di « *caput* », fu termine riferito dalla giurisprudenza romana non al concetto di soggetto giuridico, ma a quello di *persona*: esso stette a significare la posizione giuridica di una *persona* in relazione al concetto di *libertas*, di *civitas* o di *familia*. Per conseguenza, « *status libertatis* » fu usato per classificare le *personae in liberae e non liberae* e per trattare dei modi in cui queste ultime potessero acquistare la *libertas*; « *status civitatis* » fu usato in modo analogo rispetto alla *civitas*; « *status familiae* » fu usato in modo analogo rispetto alla *familia*.

42. L'APPARTENENZA ALLA SPECIE UMANA. — PRIMO REQUISITO della soggettività (capacità) giuridica fu quello della appartenenza alla specie umana: «*minimum causa omne ius constitutum est*» (Hermog. D. 5. 2). Non furono, di regola, considerati soggetti giuridici *monstra vel prodigia*, cioè gli esseri privi di normale forma umana, salvo che allo scopo di far numero con gli altri nati da un matrimonio per la concessione del *nomen liberorum* alla madre (n. 36).

A partire dal periodo classico, sebbene con notevole ritengo, il diritto romano mostrò, quanto meno a taluni effetti, di riconoscere la soggettività giuridica a certi enti associativi, considerati ciascuno come un tutto unitario indipendente dalle persone dei membri. Il modello seguito dai giuristi, in questi processi di finzione della soggettività giuridica in un ente corporativo, fu costituito dal *populus Romanus Quiritium*, che già nel periodo preclassico era stato concepito nel suo insieme come soggetto unitario, sebbene sovrano, e quindi inadatto per definizione a far parte di rapporti giuridici privati (n. 27). Con riferimento al *populus Romanus* furono, appunto, via via identificati come soggetti giuridici privati i *municipia* e le *coloniae*, i *collegia* e le *sodalitates*.

I *municipia* erano comunità di *cives Romani* inquadrati secondo una organizzazione simile a quella della *respublica* o strettamente subordinate a questa. Le *coloniae* erano comunità sparse nel territorio dell'*imperium Romanum*, a grande distanza del centro, e potevano essere di due specie: *coloniae civium Romanorum*, o

o i membri erano *Romani* a tutti gli effetti, e *coloniae Latinae*, di cui i membri erano parificati ai *Latini* (n. 45). *Municipia* e *coloniae* erano, normalmente, nei riguardi dei propri organizzati e degli altri enti consimili, enti sovrani (parastatali), ma potevano anche svestirsi del carattere sovrano per entrare a far parte di rapporti giuridici privati («*privatorum loco habentur*»; Gai. D. 50. 16. 16). In tal caso era loro concesso di compiere (a mezzo dei propri funzionari di governo, o anche di speciali *actores* o, in età più tarda, di regolari *curatores* o *syndaci*) ogni attività inerente alle relazioni giuridiche di carattere patrimoniale: pur se con una certa difficoltà, fu sinanche concesso loro di essere onorati di legati e fidecommissi e persino di accettare istituzioni di erede.

I *collegia* e le *sodalitates* furono in Roma associazioni di tradizione antichissima: i primi formati prevalentemente a scopo di culto in comune (e quindi spesso allo scopo di garantire una sepoltura ai membri: *collegia funeraticia*), i secondi costituiti prevalentemente per motivi di circozione e di mutua assistenza dei soci. Mai fu posto in discussione che i *collegia* e le *sodalitates* fossero altrettante forme di *societates* (n. 92) con relativi fondi patrimoniali comuni: tuttavia il concetto secondo cui essi erano addirittura enti distinti dalle persone dei soci, e soggetti di rapporti giuridici essi stessi, si profilò, in età classica, soltanto a seguito della *lex Julia de collegiis*, fatta votare da Augusto. Questa legge dispose lo scioglimento di tutte le associazioni esistenti, salvo un ristretto numero di *collegia* e *sodalitates* di antica e nobile tradizione, e subordinò per l'avvenire la costituzio-

ne di nuovi enti del genere ad **AUTORIZZAZIONE** del senato.

Dato il particolare significato che il termine « persona » ebbe per i giuristi romani (n. 41), questi, pur se riconobbero la soggettività giuridica degli enti ora descritti, non attribuirono loro la personalità (qualcosa riservata agli uomini in carne ed ossa): non è il caso, dunque, relativamente al diritto romano di parlare, come oggi, di « persone giuridiche » o meglio « immateriali ». Tuttavia, una stretta analogia tra gli enti associativi di cui sopra e le *personae* è vista e tenuta presente dai giuristi di Roma.

Appunto per ciò essi, che erano privi di eccessive facoltà di astrazione, non attribuirono la soggettività giuridica alle *cd. fondazioni*, cioè ai patrimoni destinati a beneficio di una categoria di persone o comunque alla realizzazione di un certo scopo (es.: assistenza ai malati, lavori di beneficenza ecc.). Così, nell'ipotesi delle *piae causae*, cioè dei lasciti di beni destinati a scopi di pietà, il patrimonio era considerato di proprietà dell'ente o dell'ufficio (la chiesa, il vescovo ecc.) incaricato della realizzazione degli scopi stessi. In diritto giustiniano la soggettività giuridica fu, invece, quasi sicuramente attribuita alla *hereditas iacens*, cioè al patrimonio ereditario in attesa di essere accettato dall'erede: le *res hereditariae* non furono, come per il passato, considerate *res nullius*, ma si pensò che di esse fosse proprietaria la stessa *hereditas*.

43. L'ESISTENZA. — Secondo requisito della soggettività giuridica fu quello della **esistenza**: la soggettività

giuridica nasceva nel momento stesso della nascita fisica del soggetto e si estingueva nel momento stesso della sua morte.

Difficoltà pratiche insorsero per la determinazione della nascita e della morte di un individuo. In ordine al momento della nascita, i Proculiani sostennero che esso coincidesse col primo vagito, mentre i Sabiniani (la cui opinione finì per prevalere) sostennero che bisognasse accontentarsi di un qualunque atto dimostrativo della vita del soggetto. In ordine al momento della morte, sorte questione, in particolare, nel caso che più soggetti tra loro apparentati scomparissero in uno stesso incidente: il diritto postclassico, rinunciando a considerarli morti nello stesso momento, si orientò verso la presunzione che gli impuberi, essendo più deboli, fossero morti prima dei puberi e che, tra i puberi, i più vecchi avessero ceduto prima dei più giovani.

Prima della nascita non vi è vita autonoma, e quindi era esclusa radicalmente la soggettività giuridica: « *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur* » (Papin. D. 25. 2. 9. 1). Tuttavia gli esseri non ancora autonomi, cioè non ancora staccati dall'alveo materno, ma già concepiti ebbero una considerazione speciale dal *ius privatum*, appunto per il fatto di essere qualcosa: « *qui in utero est, funde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* » (Paul. D. 1. 5. 7). Fin dal periodo classico fu riservata ad essi la successione *ab intestato* e fu prevista la nomina di un *curator ventris* per amministrare i beni loro riservati: sin dal periodo classico si eb-

he riguardo molte volte alla condizione del padre al momento del concepimento per stabilire nel modo più favorevole lo status del figlio al momento della nascita. Il diritto postclassico generalizzò i casi classici. Fu, forse, proprio esso ad elevare addirittura a regola la considerazione del concepimento e non della nascita, quando essa tornasse utile, dopo la nascita, al soggetto (« *quotiens de eius commodis agatur* »).

44. LA LIBERTÀ. — Terzo requisito della soggettività giuridica fu quello della libertà, cioè della appartenenza alla categoria degli uomini liberi. Gli schiavi (*servi*), conformemente ad una credenza universale dei popoli antichi, non erano considerati, di regola, soggetti giuridici, pur essendo *personae* (n. 41).

Fatti costitutivi dello stato di libertà furono considerati: a) la nascita da genitore (padre o madre) libero almeno al momento del concepimento o in un momento successivo, sino a quello del parto; b) l'affrancazione dalla *servitus* (*manumissio*). Coloro che fossero liberi per nascita si dicevano *ingenui*; coloro che fossero liberi per manumissione (sia che fossero nati *servi*, sia che lo fossero divenuti poi) si dicevano *libertini* e subivano di qualche minorazione della capacità giuridica.

I modi di affrancazione degli schiavi secondo il *ius civile* (ed. *manumissiones iustae ac legitimae*) erano tre e sortivano l'effetto caratteristico di far divenire il servo, ad un tempo, libero e *civis Romanus*; *manumissio vindicta, censu, testamento*. La *manumissio vindicta* si operava mediante un fies-

processo di libertà (*vindicatio libertatis*) e con la procedura della *legis actio sacramenti in rem* (n. 67): davanti al magistrato giudicante un amico del *dominus* assumeva le vesti dell'*adsertor libertatis* e, toccando lo schiavo con una *festuca*, proclamava che esso era libero (« *hunc ego hominem liberum esse aio* ») ed il magistrato, nel silenzio del *dominus*, pronunciava l'*addictio in libertatem* del *servus*. La *manumissio censu* si operava dal *dominus*, iscrivendo il *servus*, all'atto del censimento, nelle liste censuali degli uomini liberi. La *manumissio testamento* conseguiva ad una apposita disposizione testamentaria del *dominus* (« *Stichum servum meum liberum esse volo* ») allorchè si verificava la successione *mortis causa* (n. 77).

Nei casi di *manumissio vindicta* o *censu* si istituiva un rapporto cd. di *patronatus* tra l'ex-padrone (*patronus*) e l'ex-schiavo (*libertus*): se il *patronus* moriva, vivente ancora il liberto, il suo *ius patronatus* si trasmetteva ai suoi *heredes sui* (n. 76); il *ius patronatus*, invece, non sorgeva nel caso di *manumissio testamento* perchè, all'atto della liberazione, il patrono era ormai già all'Obit (si parlava, in tale ipotesi, di *liberti orcinii*). Per effetto del *patronatus*: a) *patronus* e *libertus* furono reciprocamente tenuti, a partire dal periodo classico, a prestarsi reciprocamente il necessario per vivere (*alimenta*) in caso di indigenza; b) il *libertus* era tenuto, ma con vincolo puramente religioso, a prestare al *patronus* manifestazioni varie di rispetto (*obsequium*), beni economici (*bona*) e servizi vari (*operae*); c) il *patronus* aveva diritto a suc-

cedere *ab intestato* al *libertus* che fosse morto senza lasciare né testamento, né *heredes sui* (n. 78).

In periodo preclassico inoltrato si diffuse largamente l'uso di operare affrancazioni di schiavi senza ricorrere ai modi solenni pretesi dal *ius civile*: tali affrancazioni non solenni furono tutelate dal *praetor* mediante la concessione agli affrancati di *exceptiones* e *actiones honorarias*. Una *lex Iunia Norbana* (19 d.C.?) legittimò e regolarizzò tali affrancazioni, stabilendo che le *cd. manumissiones inter amicos o per epistulas* (dunque, fatte alla presenza di testimoni o documentate per iscritto) sortissero l'effetto di attribuire agli affrancati la libertà, ma non la cittadinanza romana, bensì soltanto la condizione di *Latinitas* (*cd. Latini Iuniani*: n. 45). In periodo postclassico, mentre le manumissioni non solenni si diffindevano sempre più e si accrescevano di un altro modo: la *manumissio per mensam o convivii adhibitione*, cioè operata in un banchetto), si affermò anche la *manumissio in ecclesia*, che consisteva in una dichiarazione pubblica di affrancazione fatta in chiesa davanti al capitolo sacerdotale e faceva acquistare la cittadinanza romana all'affrancato. Ogni differenza tra i vari modi di affrancazione, quanto agli effetti, fu eliminata da Giustiniano, che fece conseguire a qualunque di essi la *civitas Romana*.

Fatto estintivo della libertà fu considerato, in tempi storici, la cattura da parte dei nemici, produttiva della *cd. capitis deminutio maxima*. Una *lex Cornelia* dell'81 a.C., per ovviare alla conseguenza più grave di ciò, che era la incapacità di testare e quindi la nullità del testamento pi-

lato, dispose che il cittadino morto in prigione dovesse considerarsi morto all'atto della cattura, cioè quando era ancora libero (*cd. fictio legis Corneliae*). Se, dopo la cattura e la conseguente *capitis deminutio maxima*, il prigioniero rientrava nei *limina* di Roma, egli riacquistava tutte le situazioni giuridiche (attive e passive) di cui era titolare in precedenza (*cd. ius postliminii*): non si riacquistavano, peraltro, né la *possessio* (n. 88) né il *matrimonium* (n. 36), che erano due istituti fondati su fatti a carattere necessariamente continuativo (rispettivamente: il *corpore possidere* del possessore e la convivenza dei coniugi).

45. LA CITTADINANZA. — Quarto requisito della soggettività giuridica fu quello della cittadinanza romana, cioè dell'appartenenza alla categoria dei *cives Romani*. I non cittadini (*cd. peregrini*), pur essendo *personae* (n. 41), a parte le forti limitazioni che subirono nel campo del diritto pubblico, furono esclusi, almeno in linea di principio e sino alla *constitutio Antoniniana* del 212 d.C., dal *ius civile vetus* e dal *ius honorarium*.

Fatti costitutivi della *civitas Romana* furono considerati: a) la nascita da *matrimonium iustum* di genitori romani o quanto meno di padre romano al momento del concepimento; b) la nascita non *ex iusto matrimonio* da madre romana al momento del parto (purchè non derivante da unione con *peregrino* in senso stretto); c) la naturalizzazione (*cd. civitatis donatio*) concessa a singoli stranieri o ad intere categorie di stranieri dallo Stato romano; d) la *manumis-*

sio iusta ac legitima (n. 44). Oltre che *iusta* la *manumissio* era *legitima* se non contrastava le disposizioni limitative delle *leges Fufia Caninia* (2 a.C.) ed *Aelia Sentia* (4 d.C.): la prima vietò la liberazione, mediante *manumissio testamento*, di un numero di *servi* eccessivo rispetto alla consistenza dell'asse ereditario; la seconda (a parte le disposizioni di cui si dirà fra poco) vietò la liberazione di schiavi fatta da *domini* di età inferiore ai 20 anni oppure fatta in frode delle aspettative dei creditori.

Fatti estintivi della *civitas Romana* furono gli stessi che valevano in ordine alla libertà (n. 44): essi producevano la cd. *capitis deminutio media*.

Nella categoria generale dei *peregrini* occorre la distinzione tra *Latini* e *peregrini* in senso stretto. I *Latini*, cd. *prisci*, cioè i discendenti degli antichi abitanti del Lazio, pur non essendo *cives Romani*, erano praticamente, quanto al *ius privatum*, equiparati pienamente a costoro perchè erano loro riconosciuti sia il *connubium* con i Romani, cioè la capacità di contrarre *matrimonium iustum* con i cittadini di Roma (n. 36), sia il *commercium* con gli stessi, cioè la capacità di compiere con essi gli atti regolati dal *ius civile vetus*, e quindi la capacità di avvalersi, nei rapporti con Romani, di tutto il *ius privatum* romano. Altre categorie artificiali di *Latini* (cioè di persone non di stirpe latina, ma fruenti della condizione giuridica dei *Latini*) furono quelle: dei *Latini coloniarii*, membri delle *coloniae Latinae* (n. 42), istituite da Roma in alcune località ove la *respublica* non voleva impegnare il suo nome attraverso l'istituzione di *coloniae civium Romanorum*; dei

Latini Iuniani, i quali, secondo la *lex Iunia Norbana* (n. 44), erano però privi della capacità di testare e di trasmettere anche *ab intestato* ai discendenti i propri beni, che andavano, dunque, in caso di morte, al *patronus* (« *vivunt quasi ingenui, moriuntur ut servi* »); dei *Latini Aeliani*, cioè dei *servi* manomessi in età inferiore ai 30 anni, contro un altro divieto della *lex Aelia Sentia*, i quali erano in condizioni identiche a quelle dei *Latini Iuniani*.

I *peregrini* in senso stretto (cioè non *Latini*) si distinguevano in: *peregrini alicuius civitatis*, i quali nei rapporti con i Romani e con i *peregrini* delle altre città facevano ricorso al cd. *ius gentium*, ma nei rapporti tra loro vivevano secondo gli ordinamenti privatistici delle rispettive *civitates*; *peregrini dediticii*, cioè privi di *civitas* perchè arresi a discrezione ai Romani (*deditio*), che vivevano esclusivamente secondo le norme del *ius gentium*; (*peregrini dediticii Aeliani*, che erano una categoria artificialmente creata dalla *lex Aelia Sentia*, già citata, e composta dai *libertini* i quali durante la schiavitù avessero subito pene infamanti per i *crimina* commessi (a cui perciò era negata l'ammissione tra i *cives Romani*).

Antonino Caracalla, con la famosa *constitutio Antoniniana* del 212 d.C. (n. 19), concesse la *civitas Romana* a tutti gli abitanti dell'Impero, eliminando la distinzione in *cives*, *Latini* e *peregrini*. Dalla concessione furono probabilmente esclusi i *peregrini dediticii*, nonché le categorie artificiali dei *Latini Iuniani* e *Aeliani* e dei *dediticii Aeliani*.

46. L'AUTONOMIA FAMILIARE. — Quinto ed ultimo requisito della soggettività giuridica fu quello della autonomia familiare: requisito strettamente caratteristico del *ius privatum* romano e consistente nell'essere esente da ogni altrui *potestas*. Le persone in condizioni di autonomia familiare si dicevano (*personae sui iuris*). Le *personae alieno iuri subiectae* (o *personae alieni iuris*), pur avendo piena capacità nel diritto pubblico, erano incapaci quanto al *ius privatum*. Alle *personae sui iuris* si attribuiva anche il titolo di *patres* (o *matres*) *familiarum*, indipendentemente dalla considerazione che avessero o non avessero (o non potessero avere, come le *mulieres*) una *familia* sotto di sé (n. 82).

Fatti costitutivi dell'autonomia familiare furono: a) la morte del *pater familias*, di cui si fosse immediati discendenti; b) la *capitis deminutio maxima* o *media* dello stesso *pater familias*; c) la affrancazione del *filius* ad opera del *pater* mediante *emancipatio*. La *emancipatio* era il risultato di una lunga e complessa procedura escogitata dalla giurisprudenza pontificia sullo scorcio dell'età arcaica (n. 11). Secondo il *ius Quiritium* se il *pater* mancipava (n. 81) il *filius* ad un altro e questi lo manometteva, il *filius* tornava automaticamente in potestà del *pater*; per impedire lo sfruttamento di questa regola, le *XII tabulae* stabilirono che il *filius* (maschio) mancipato e quindi manomesso tre volte divenisse *sui iuris* (o *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*). Sulla base di questa disposizione decemvirale i *patres*, proprio allo scopo di rendere i figli *sui iuris*, li mancipavano una prima, un "

seconda e una terza volta ad una persona di loro fiducia, la quale li acquistava *in causa mancipii* (n. 82) e tutte e tre le volte provvedeva a manometterli: la terza manumissione era produttiva dell'autonomia familiare. Trattandosi di *filiae* femmine o di *nepotes*, l'*emancipatio* si compiva con una sola *mancipatio* ed una sola *manumissio*.

Fatti estintivi dell'autonomia familiare furono gli *stessi* che producevano la *capitis deminutio maxima* e *media* (n. 44 e 45), nonché, inoltre, la *adrogatio* di un *pater familias* ad opera di altro *pater* (n. 82) e la *conventio in manum* della donna *mater familias* (n. 36).

47. I SOGGETTI GIURIDICI LIMITATI. — Le *personae* (n. 41) non dotate delle qualificazioni regolari dianzi esaminate (n. 42-46) o erano estranei, in quanto *peregrini*, al *ius privatum* romano, almeno in linea di principio (n. 45), oppure erano oggetti, e non soggetti di rapporti giuridici propriati (n. 48). Restano da considerare le figure dei soggetti limitati del *ius privatum* romano, cioè delle persone munite di tutte le qualificazioni regolari dianzi esposte, ma la cui capacità giuridica subiva, per vari motivi, limitazioni quanto al tempo o quanto ai rapporti.

Cause di limitazione della capacità giuridica privata furono considerate: l'*infamia*, l'appartenenza a certe religioni, l'appartenenza a certe classi o professioni, la appartenenza al sesso femminile, alcuni atti giuridici di vario genere.

(a) *Infamia*. Così fu definita, nel linguaggio comune, la situazione di alcune categorie di soggetti, ai quali l'Editto pretorio vietava, in considerazione della loro *ignomi-*

nia, di rappresentare altri in giudizio (*postulare pro alio*); esercenti di mestieri turpi (es.: attori, gladiatori); condannati per crimina pubblici e per alcuni *delicta* privati (n. 94); condannati nei *iudicia privata* di tutela (n. 53-54), fiducia, deposito (n. 91), società, mandato (n. 92). Altre sanzioni erano si accompagnavano al divieto di *postulare pro alio*.

(b) *Confessione religiosa*. In età preclassica nessuna limitazione di capacità fu implicata dall'appartenenza a certe religioni. Con l'avvento del Cristianesimo i cristiani furono spesso assai duramente perseguitati, ma non subirono diminuzioni di capacità privata. Viceversa, dopo il trionfo del Cristianesimo (inizi sec. IV d.C.) limiti vari furono posti alla capacità privata dei pagani e degli ebrei, ma sopra tutto degli apostati e degli eretici.

(c) *Classi e professioni*. A prescindere da casi di minore importanza, va segnalato che limitazioni varie subirono, sin dal periodo classico, i *senatores* (es.: incapacità di sposare *libertinae*, n. 36), i magistrati provinciali (es.: incapacità di acquistare beni nella provincia), i militari (es.: incapacità di sposarsi e di manomettere gli schiavi).

In periodo postclassico l'assolutismo politico e la necessaria statalizzazione dell'economia portarono alla creazione di ceti professionali a carattere ereditario, con divieto agli appartenenti di abbandonarli. Tra tali ceti professionali subirono gravi limitazioni di capacità quello dei *cd. servi fiscali*, cioè degli operai addetti alle officine statali, e quello dei *cd. servi glaebae* o *coloni*, cioè delle persone addette alla coltivazione dei latifondi.

particolare, i *coloni* erano in condizione pressochè identica a quella dei *servi* e formavano come una pertinenza del fondo cui erano addetti: erano alienati con esso, non potevano allontanarsene, erano resi liberi solo se ed in quanto il fondo fosse donato dal proprietario.

(d) *Sesso femminile*. Alle donne, indipendentemente da ogni considerazione di *ignominia*, era fatto divieto dal pretore di *postulare pro aliis*. Esse non potevano nemmeno assumere obbligazioni a favore di altri (*SC. Velleianum*: divieto di *intercessio pro aliis*) ed erano inoltre sottoposte a qualche altra limitazione.

(e) *Atti giuridici limitativi della capacità giuridica privata* furono: il *nexum* (n. 91); l'*addictio*, cioè l'assegnazione *in causa mancipi* del debitore insolvente al creditore, fatta dal magistrato nella procedura della *manu iniectio* (n. 67); l'*auctoramentum*, cioè il contratto, confermato da giuramento, con cui i gladiatori si ponevano a piena disposizione dell'impresario (*lanista*); la *redemptio ab hostibus* di un prigioniero di guerra, per effetto della quale il *redemptor* aveva in sua disponibilità il *redemptus* fin che non fosse stato rimborsato della somma del riscatto.

In taluni casi eccezionali fu riconosciuta sin dalla età classica una limitata capacità giuridica a *personae* prive normalmente di soggettività giuridica privata. Tale fu il caso della *fūiafamilias* vedova o divorziata che fosse interessata alla restituzione della *dos*: come si è detto a suo luogo (n. 37), l'*actio rei uxoriae* era esercitata dal *paterfamilias* della donna, ma « *adiuncta filiae persona* ».

GLI OGGETTI DEI RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI

SOMMARIO: 48. Le qualificazioni oggettive regolari — 49. Le *res* e le loro distinzioni — 50. Le *summae distinctiones rerum*.

48. LE QUALIFICAZIONI OGGETTIVE REGOLARI. — Non ogni fonte di interessi umani era concepita come possibile oggetto dei rapporti giuridici privati. A questo fine furono richiesti dall'ordinamento giuridico romano le seguenti qualifiche: la materialità, la exteriorità rispetto al soggetto attivo, la utilità, la limitatezza e la disponibilità privata.

(a) Il requisito della materialità fu inteso dai Romani nel senso più stretto, cioè nel senso di *corporalitas* e più precisamente di *tangibilità* («*tangi posse*»). Le energie (es., l'energia elettrica) non erano ancora conosciute, nè la limitata facoltà di astrazione dei Romani permise che fossero considerate come oggetto di rapporti giuridici 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 post-classico.

(b) Il requisito della exteriorità rispetto

al soggetto attivo sta a significare che per i Romani ogni e qualsiasi entità materiale, fuorchè lo stesso soggetto attivo, poteva formare oggetto di rapporti giuridici privati: cose inanimate (*res* in senso stretto), *animalia* e *servi* (*res* in senso lato) e finanche le persone libere e cittadine (purchè, queste, a tempo e per uno scopo determinati). Questa concezione fu di comune applicazione nel diritto arcaico, in cui i *fili familiarum* erano oggetto di *mancipium* (n. 81) e gli stessi *patres familiarum* potevano auto-oppignorarsi mediante il *nexum* (n. 91) o cadere nella situazione di *addicti* (n. 47). In diritto preclassico e classico essa andò progressivamente affievolendosi, sì che tipico oggetto di rapporti giuridici privati furono considerate le sole *res* (in senso lato): tuttavia ancora si ritenne che i *fili familiarum* fossero oggetto del rapporto giuridico assoluto detto *patris potestas* (e derivato dall'antico *mancipium*: n. 82), 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 rapporto giuridico relativo (obbligazione *ex locato*: n. 92). Solo nel diritto post-classico, per precipua influenza del Cristianesimo, l'antica concezione, almeno in linea di principio, disparve.

(c, d) 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 lo interesse a compiere un sacrificio per trarre utilità dal bene:

non furono pertanto considerate capaci di formare oggetto di rapporti giuridici pubblici e privati le cd. *res communes omnium*, quali l'aria, l'acqua profluens (piononata?), il mare.

(e) Si richiese, infine, la disponibilità privata: che cioè i beni non fossero sottratti al commercio dei soggetti giuridici privati dal fatto di essere specificamente destinati a soddisfare interessi pubblici o religiosi, e potessero quindi considerarsi *in patrimonio* (n. 50).

49. LE « RES » E LE LORO DISTINZIONI. — A partire dal tardo periodo preclassico, nel novero generale degli oggetti giuridici acquistarono progressivamente rilevanza specifica e predominante le *res*, sia in senso stretto che in senso lato (n. 48), cioè, in altri termini, gli oggetti di quel particolare diritto assoluto, che si disse *dominium in iure Quiritium* (n. 83). Con l'andar del tempo, e particolarmente in epoca postclassica, affievolendosi sempre più la concepibilità degli uomini liberi come oggetto di rapporti giuridici, le *res* divennero praticamente sinonimo, così come negli ordinamenti giuridici moderni, degli oggetti giuridici in generale.

Fermo restando il requisito della materialità come essenziale alla nozione di oggetto giuridico, e quindi di *res* (n. 48), alcuni giuristi classici (es.: Gaio) parlarono, sotto l'influenza delle dottrine filosofiche, di *res* anche in senso traslato, con riferimento ai rapporti giuridici o *res*. A titolo puramente inquadriativo si distinse, pertanto, (Gaio 13) tra *res corporales* (le cose in senso tecnico: *res*

res fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res numerabiles») e *res incorporales* (« qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicuti hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae »).

Le *res (corporales)* possono essere classificate, e lo furono effettivamente dai Romani, in base ai seguenti criteri distintivi: composizione, divisibilità economica, produttività, consumabilità, fungibilità e trasportabilità.

(a) In base al criterio della composizione si distinse tra: a) cose semplici, cioè create unitarie dalla natura, alitate da un unico soffio naturale (*quae uno spiritu cohaerent*: cfr. Pomp. D. 41. 3. 30 pr.), come uno schiavo, un cavallo, un tronco d'albero, un blocco di marmo (anche se trasformato in statua); b) cose materialmente composte, cioè costituite attraverso la artificiale riunione di più cose semplici (*quae ex pluribus inter se cohaerentibus constant*: cfr. Pomp. *ead.*), come un edificio, una nave, un vestito; c) cose economicamente composte, cioè idealmente riunite per l'attuazione di una finalità economica unitaria (*quae ex pluribus inter se distantibus constant; corpora soluta, sed uni nomini subiecta*: cfr. Pomp. *ead.*), come un gregge, un armento. La speculazione giurisprudenziale classica non andò, nella concezione delle cose economicamente composte (cd. *universitates facti*), oltre i casi del *grex* e affini. Fu ignoto al diritto romano il concetto moderno delle cd. *universitates iuris*.

(b) In base al criterio della divisibilità economica si distinse tra: a) cose (semplici o composte) divisibili, cioè suscettibili di ripartizione materiale in

parti di qualità corrispondente e di utilità economica proporzionale al tutto (es.: un fondo, una casa, un pezzo di pane);
 b) cose *indivisibili*, cioè insuscettibili di ripartizione nel senso predetto (es.: un cavallo, una macchina).

(c) In base al criterio della *produttività* si distinse tra: a) cose *fruttifere*, cioè capaci di dare più o meno periodicamente un prodotto materiale economicamente autonomo (caso fondamentale quello dei *fructus*; casi derivati quelli dei fiori, del latte, dei nati da animali subumani, della lana da tosatura periodica, del legname da taglio di boschi cedui, dei prodotti minerari ecc.); b) cose *infruttifere*, cioè incapaci di produzione. La distinzione, più ampia e comprensiva, tra cose redditizie o meno, basata sulla capacità di dare comunque un *reddito economico* (attraverso locazione, mutuo ecc.), fu generalmente trascurata: si parlò, tuttavia, talvolta, oltre che di *fructus naturales* (o frutti in senso proprio), di *fructus civiles* o *reditus*.

(d) In base al criterio della *consumabilità* si distinse tra: a) cose *consumabili*, che per essere usate devono necessariamente andar distrutte o alienate o trasformate (es.: derrate alimentari, danaro, materie prime); b) cose *inconsumabili*, cioè suscettibili di uso ripetuto e praticamente illimitato (es.: fondi, quadri, vestiti). In età postclassica le cose inconsumabili in una sola volta, e *deperibili* con l'uso ripetuto (*quae usu minuantur*, es., *vestimenta*), passarono a costituire una sorta di categoria intermedia tra le prime due.

(e) In base al criterio della *fungibilità* si distinse tra: a) cose *fungibili*, cioè appartenenti ad un

genere relativamente esteso (« *quae in genere suo functionem recipiunt* »: Paul. D. 12. 1. 2. 1), per le quali quindi non ha rilevanza giuridica la individualità di ciascuna, ma solo l'appartenenza al *genus* (*res quae pondere numero mensura consistunt*: es., il danaro, le derrate); b) cose *infungibili*, cioè individuate nella loro specifica identità (*singulae res*: es., un cavallo, uno schiavo). La infungibilità, oltre che naturale, può essere anche artificiale, quando si conferisca dalle parti una individuazione particolare a cose di per sé fungibile (es.: « questo mucchio di grano »).

(f) In base al criterio della *trasportabilità* si distinse tra: a) cose *immobili*, cioè intrasportabili da un punto all'altro (es.: un fondo, un edificio, il bagno installato in un edificio); b) cose *mobili*, cioè trasportabili da un luogo all'altro o addirittura semoventi. La distinzione, che è fondamentale a molti effetti negli ordinamenti giuridici moderni, non ebbe grande rilievo in Roma, se non nel periodo postclassico.

50. LE « SUMMAE DIVISIONES RERUM ». — Le distinzioni più importanti delle *res* nel diritto romano furono quelle operate con riguardo alla loro *funzione sociale*. Da questo punto di vista si differenziarono le *res mancipi* dalle *res nec mancipi* e le *res in commercio* dalle *res extra commercium*.

(a) La distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi* fu di fondamentale importanza sino a tutto il periodo classico, decadde in età postclassica e fu abolita da Giustiniano (CI. 7. 31. 1. 5). *Res mancipi* erano le

res che in età arcaica avevano formato oggetto del rapporto di *mancipium* (n. 81) per essere strettamente collegate alla necessità di vita della *familia* (n. 35) — i *fundi in agro Romano* (e, con gli ultimi anni del periodo pre-classico, anche quelli *in agro Italico*), i *servi*, gli animali *quae collo dorsove domantur* (cavalli, buoi, asini, muli) e, per motivi che risulteranno a loro tempo (n. 85), le servitù rustiche di passaggio (*iter, via, actus*) e di *aquaeductus*. Per questa essenziale funzione ricoperta in antico dalle *res mancipi* il *dominium* sulle stesse non poteva essere trasferito mediante *traditio*, ma solo mediante *mancipatio* o anche (salvo le predette servitù rustiche) mediante *in ius cessio* (n. 83). Con la riforma giustiniana la *traditio* vale anche per le *res mancipi*.

(b) La distinzione tra *res in commercio* (o *in patrimonio*) e *res extra commercium* (o *extra patrimonium*) fu di fondamentale importanza per accertare se una *res* fosse o meno nella disponibilità privata (n. 48), e quindi potesse o meno costituire oggetto di rapporti giuridici privati. *Res extra commercium* furono considerate: a) le *res divini iuris*, cioè quelle devolute al culto e suddivise in *sacrae*, destinate al culto degli dei superi, *religiosae*, destinate al culto degli dei inferi (tra cui i *sepulchra*), e *sanctae*, appartenenti alla comunità tutta e poste sotto la protezione diretta degli dei (e. le porte e le mura della città); b) le *res publicae*, cioè quelle appartenenti alla comunità tutta e destinate normalmente all'uso di essa (*quae publico usui destinatae sunt*: strade, edifici pubblici, *flumina publica* ecc.).

XI.

L'ORDINE GIURIDICO PRIVATO E LE SUE CAUSE

Introduzione: 51. Gli effetti giuridici ed i fatti giuridici — 52. Le capacità di agire ed i suoi requisiti — 53. La *tutela impuberum* — 54. La *tutela mulierum* — 55. Le curatele — 56. La mera capacità di agire.

51. GLI EFFETTI GIURIDICI ED I FATTI GIURIDICI. — Fine dell'ordinamento giuridico è, come si è detto (n. 1), l'attuazione dell'ordine giuridico, cioè il prodursi in concreto degli effetti che le norme giuridiche ricollegano all'ipotesi che si verifichi una delle fattispecie da esse previste (ed. effetti giuridici). L'ordine giuridico può ridiversarsi, più precisamente, in una triplice categoria di effetti giuridici: a) la costituzione di una qualificazione o di un rapporto sinora inesistenti; b) la estinzione di una qualificazione o di un rapporto sinora esistenti; c) la modificazione di una qualificazione o di un rapporto in uno dei suoi elementi caratteristici (es.: successione, n. 75).

Causa dell'ordine giuridico è il prodursi in atto di accadimenti conformi alle fattispecie ipotetiche delle norme giuridiche (fatti giuridici). La classificazione più

semplice e generale dei fatti giuridici consiste nel distinguere tra fatti involontari e volontari e nel suddividere questi ultimi in leciti e illeciti.

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

(b) I fatti giuridici volontari, anche detti atti giuridici, sono quelli il cui accadimento è determinato dalla volontà dei futuri o degli attuali titolari di una qualificazione o di un rapporto, in ordine a cui sono chiamati ad esercitare la loro influenza. Gli atti giuridici si dicono: a) *leciti*, se il comportamento in cui consistono è permesso, esplicitamente o implicitamente (perchè non vietato), dall'ordinamento giuridico; b) *illeciti*, se il comportamento in cui consistono è vietato dall'ordinamento giuridico, il quale, pertanto, ad esso comportamento ricollega una situazione di responsabilità dell'agente, se ed in quanto abbia effettivamente causato una lesione della sfera giuridica di altro o di altri soggetti (rapporto giuridico di responsabilità: n. 33).

52 LA CAPACITÀ DI AGIRE ED I SUOI REQUISITI. — Secondo il *ius privatum* romano dell'età storica tutti (fossero o non soggetti giuridici) potevano compiere atti giuridici leciti o illeciti: ma la responsabilità degli stessi ricadeva, nel caso dei non giuridicamente capaci, sui *patres familiarum*, i quali potevano liberarsi di essa solo consegnando il sottoposto colpevole al soggetto giuridico offeso (*noxae deditio*: n. 94). Viceversa, quanto agli atti giuridici leciti, bisognava distinguere tra capacità giuridica e capacità di agire, cioè idoneità a compierli validamente.

Non tutti i soggetti giuridici avevano, in età storica, la capacità di agire. Poteva accadere, d'altro canto, che, almeno entro certi limiti, fosse riconosciuta anche a *personae* prive della soggettività giuridica (*fili familias* e *servi*) una mera capacità di agire (n. 56).

Fondamento del concetto di capacità di agire fu la concezione, sempre più diffusa e profonda con l'andar del tempo, che un atto giuridico lecito potesse essere validamente compiuto solo da chi fosse fisicamente e mentalmente idoneo a rendersi conto della sua portata. Tuttavia, almeno fino a tutto il periodo classico, i Romani non giunsero sino al punto da ritenere che la capacità di agire dovesse esistere *in concreto*, e cioè che fosse da accertare caso per caso se l'agente, al momento della commissione dell'atto, fosse effettivamente, concretamente capace di intenderlo e di volerlo (cd. capacità naturale di agire). In diritto classico si ritenne sufficiente la capacità astratta di agire, cioè la sussistenza nell'agente, al momento della commissione dell'at-

to, di alcuni requisiti, che astrattamente (cioè in considerazione dell'*id quod plerumque accidit*), facessero presumere la sua idoneità fisica e mentale. Soltanto in diritto positivo classico si manifestò, sebbene in modo incerto e sporadico, l'esigenza della capacità naturale come integrativa della astratta capacità di agire: pur se concorressero i requisiti della astratta capacità di agire, si ritenne, quindi, invalido l'atto commesso in istato di incapacità naturale.

Requisiti principali della astratta capacità di agire furono ritenuti, in età storica: a) l'età *pubere*, che i Sabiniani volevano fosse accertata di volta in volta mediante *inspectio corporis*, ma che i Proculiani (il cui parere prevalse) fissarono, a lume di esperienza, in 14 anni per gli uomini ed in 12 anni per le donne; b) l'appartenenza al *sexus masculinus*; c) la normalità psichica, risultante dalla assenza di infermità mentali, dalla sufficiente eccellenza amministrativa, dalla mancanza di inesperienza sociale e da altri elementi di minore e più limitato rilievo. Di conseguenza, coloro che mancassero dei predetti requisiti furono sottoposti a *tutela* (*impuberum, mulierum*: n. 53-54) o a *cura* (*furiosi, prodigi, minorum ecc.*: n. 55).

53. LA « TUTELA IMPUBERUM ». — In età storica la *tutela impuberum* era un istituto di assistenza dei soggetti giuridici incapaci di agire per ragioni di età (*impuberes*: n. 52). A tale uopo erano demandati ad un soggetto capace di agire (*tutor*) poteri di sorveglianza, di sostituzione o di integrazione dell'attività giuridica dell'assistito (*pupillus, pupilla*;

« *tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa* » (Ulp. D. 26. 1. 2 pr.)

Il carattere esageratamente potestativo della *tutela* dei tempi storici fa intendere come anticamente le cose andassero in modo alquanto diverso. In periodo arcaico, non essendosi ancora profilata la distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire, gli *impuberes*, che erano palesemente incapaci di agire, erano probabilmente addirittura considerati, per tutto il periodo della *impubertas*, come giuridicamente incapaci, quindi sottoposti ad una *potestas* del *tutor* che era in tutto e per tutto identica (salvo che nel termine finale) alla *potestas* di un *pater sui filii familias*. Con l'andar del tempo si chiari il principio che il *pupillus*, pur essendo *impuber*, e quindi incapace di agire, era tuttavia *sui iuris*: di conseguenza, i poteri del *tutor*, che prima erano assoluti, andarono progressivamente limitandosi, salvo, per ovvii motivi, che nei confronti degli *infantes*, cioè degli *impuberes* « *qui fieri non possunt* » (sino a 6 o 7 anni circa).

Fatti costitutivi della *tutela impuberum*, in età storica, furono: a) la *datio tutoris testamentaria*, cioè la nomina di un *tutor* (*t. testamentarius*) fatta dal *paterfamilias* nel *testamentum* (n. 77) per il tempo successivo alla sua morte; b) subordinatamente alla mancata nomina o accettazione del *tutor testamentarius*, la *successio ab intestato* (n. 78), in forza della quale, alla morte del *paterfamilias*, erano chiamati dalla *lex*

XII tabularum all'ufficio di *tutor* (*t. legitimus*) l'*adgnatus proximus* o, in mancanza, i *gentiles*; c) subordinatamente alla mancanza di *tutores legitimi*, la *dativum agstratus*, cioè la nomina di un *tutor* (cd. *t. Atiliana* o *dativus*) fatta, in forza della *lex Atilia de tutore dando* (sec. II a.C.), dal *praetor* con l'assistenza della maggioranza dei *tribuni plebis*: nelle provincie, per gli *impuberes* di cittadinanza romana provvidero alla bisogna, in base alle leggi *Iulia* e *Titia*, i relativi governatori. Requisiti personali del *tutor* furono in età classica, per ogni tipo di *tutela*, la soggettività giuridica (n. 41), la pubertà e il sesso maschile; in diritto postclassico alla pubertà venne a sostituirsi la maggiore età (n. 55) e si ammise, inoltre, la *tutela* della madre vedova sui suoi figli.

Le funzioni del *tutor* variarono, sin verso la fine dell'età classica, piuttosto sensibilmente a seconda del tipo di *tutela*: mentre, infatti, la *tutela testamentaria* e quella *legitima* conservarono a lungo l'originario carattere di *potestates*, la *tutela Atiliana* ebbe sin dall'inizio mero carattere di *munus publicum*, di onere assistenziale imposto dal pubblico interesse. I poteri tutori si concretavano, più precisamente, in tre gruppi di attività: a) generica sorveglianza sulla condotta personale del *pupillus* (o *pupilla*), non sanzionata per altro in alcun modo dal *ius praevatum*; b) *auctoritatis interpositio* nei riguardi degli atti giuridici leciti posti in essere dal *pupillus*: essa si esercitava attraverso una dichiarazione con cui il *tutor* esprimeva la sua approvazione dell'atto; c) *administratio patrimonii*, cioè gestione del patrimonio

pupillus in nome proprio ma per conto del *pupillus*, con facoltà di entrare all'uopo in rapporti giuridici con terzi (n. 64). L'*administratio patrimonii* era irrinunciabile dal *tutor Atiliano*, mentre non spettava, di regola, agli altri due *tutores*: questi potevano volontariamente assumerla solo se preventivamente prestassero al pupillo una promessa solenne di non dissipargli il patrimonio (*satisfactio rem pupilli salvam fore*). Settimio Severo limitò fortemente l'*administratio*, vietando, salvo eccezioni, l'alienazione dei *praedia rustica et suburbana* (*oratio Severi* del 195 d. C.); seguirono di poi altre limitazioni, sinchè, in diritto giustiniano, si affermò il principio che il *tutor* avesse bisogno dell'autorizzazione magistratuale in ordine a qualsiasi atto eccedente la ordinaria amministrazione, cioè in ordine a qualsiasi alienazione che non avesse per oggetto i frutti e le cose deperibili.

Fatti estintivi della *tutela impuberum*, in età antica, furono: a) il raggiungimento della *pubertas* da parte del *pupillus* o della *pupilla* (la quale ultima passava alla *tutela mulierum*: n. 54); b) la morte o *capitis diminutio* del *tutor*; c) la solenne *abdicatione tutelae* da parte del *tutor testamentarius* (con conseguente instaurazione della *tutela legitima*); d) la *intercessio tutelae* operata dal *tutor legitimus* ad un *tutor cessivus* (la quale, peraltro, implicava il trasferimento del solo esercizio della *tutela*, e non della titolarità della stessa); e) la *remotio* del *tutor Atiliano* (e dei *tutores* equiparati) fatta dal magistrato in considerazione della sua inettitudine.

Nel sec. II d.C. (età di Marco Aurelio) fu abolita la *ad iudicatio tutelae testamentariae* e fu vietata la *in iure cessio tutelae legitimae*, mentre la *remotio* fu estesa al *tutor legitimus* condannato nell'*accusatio suspecti tutoris*. Nella stessa epoca si diffuse e perfezionò il sistema delle *excusatio n e s*, che era stato introdotto a titolo eccezionale per i *tutores Atiliani*: il *tutor Atilianus* e il *tutor testamentarius* poterono, quindi, far valere una lunga serie di gravi motivi (assenza *rei publicae causa*, professioni o cariche molto impegnative, numero dei figli ecc.) per essere dispensati dalla *tutela*.

La responsabilità dei *tutores* per la gestione tutelare va considerata in rapporto ai terzi ed in rapporto al *pupillus* (o *pupilla*). In rapporto ai terzi il tutore era responsabile di tutti gli atti commessi in nome proprio e per conto del *pupillus* a titolo di *administratio*: per gli atti compiuti dal *pupillus* con l'*auctoritas* del tutore (*tabere auctore*) era, invece, direttamente responsabile il *pupillus*. In rapporto al *pupillus*: a) il *tutor legitimus* è considerato responsabile, sino a tutta l'età classica, solo per le volontarie malversazioni: in tal caso il *pupillus* era ammesso ad esercitare contro di lui un'azione penale *in duplum* (*actio rationibus distrahendis*); b) il *tutor Atilianus* fu tenuto responsabile per qualsivoglia mancanza nell'*officium* con una azione di buona fede infamante, l'*actio tutelae*; c) il *tutor testamentarius* fu tenuto egualmente responsabile con l'*actio tutelae*, ma solo a partire dal sec. I a.C.: prima, invece, era perseguibile per le sue malversazioni commesse, a titolo di *crimen suspecti tutoris*.

con un'azione pubblica *popularis*, cioè esercitabile da un *quisvis de populo*, d) il *tutor* che avesse prestato la *satisfactio rem pupillo salvam fore* era tenuto, in caso di inottemperanza, con l'*actio ex stipulatu*. In diritto postclassico: la *accusatio suspecti* si confuse con l'istanza di *remotio* e fu esercitabile verso tutti i *tutores*; l'*actio tutelae* fu esercitabile contro tutti i *tutores* per il caso di cattiva amministrazione non dolosa; l'*actio rationibus distrahendis* fu, del pari, esercitabile contro tutti per il caso di malversazioni.

54. LA « TUTELA MULIERUM ». — La *tutela mulierum* era un istituto fondamentalmente analogo alla *tutela impuberum* (n. 53), salvo che ne formavano oggetto le donne *sui iuris* e *viripotentes* (quindi non sottoposte alla *tutela impuberum*). A base di essa fu la presunzione di una credibile *levitas animi* delle donne, ma si trattò di presunzione in realtà assai poco sentita (Gai I. 190: « *feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur* »).

Ancor più e meglio che nella *tutela impuberum* si scorgono nella *tutela mulierum* le tracce di una arcaica struttura potestativa, che si adeguava, evidentemente, ad una situazione di incapacità giuridica assoluta e perpetua delle *mulieres*. Tuttavia, mentre la *tutela impuberum* si trasformò col tempo da istituto potestativo in istituto di assistenza, la *tutela mulierum* fu invece praticamente esaurita, pur rimanendo formalmente in vita, dalla generale riprovazione sociale verso la presunzione su cui si basava. Per conseguenza: a) le funzioni del *tutor mulierum*

ris furono ridotte alla *auctoritatis interpositio* rispetto a pochi e determinati atti (alienazione di *res mancipi*, assunzione di obbligazioni, *litis contestatio* in un *iudicium legitimum* ecc.); b) il *tutor mulieris* poté essere anche un *impubere* o un *furius*; c) oltre al *tutor testamentarius*, al *tutor legitimus* ed al *tutor Atilianus*, fu ammessa e largamente praticata la tutela del *tutor optivus*, cioè del tutore scelto dalla stessa *mulier* in base ad autorizzazione avutane col *testamentum*; d) dalla *tutela legitima* la *mulier* fu ammessa a liberarsi mediante la *coemptio fiduciae causa* (n. 36), il *coemptionator* fiduciario procedeva, subito dopo la *coemptio*, a trasmetterla nel *mancipium* della persona desiderata, la quale diveniva *tutor fiduciarius* della *mulier*.

La *tutela mulierum* decadde sin dal sec. I a.C. e scomparve del tutto nel corso del periodo postclassico.

55. LE CURATELE. — I soggetti giuridici privi di normalità psichica o non sufficientemente forniti di essa (n. 34) furono dal *ius privatum* romano affidati alla assistenza di *curatores*, i quali tutti ebbero, in età storica, la comune caratteristica di limitare le loro funzioni al campo patrimoniale e di sostituire in tali funzioni l'assistito. La cura dunque, non implicò la *auctoritatis interpositio*, ma solo la *negotiorum gestio*.

Tra i casi di *cura*, i più notevoli furono i seguenti: la *cura furiosi*, la *cura prodigi*, la *cura impuberis*, la *cura debiliū personarum*, la *cura minoris*.

(a) La *cura furiosi*, di antichissima data, si esercitò in età storica sulle persone affette da qualunque tipo

di manifesta pazzia, anche non furiosa (*furor vel dementia*). Per la *lex XII tabularum* la *cura furiosi* spettò anzitutto agli *agnati*, subordinatamente ai *gentiles*; mancando il *curator legitimus*, si suppliva con un *curator honorarius* nominato dal pretore.

(b) La *cura prodigi*, anch'essa molto antica, fu regolata alla stessa guisa della *cura furiosi*. Oggetto di tale cura fu dapprima il solo *prodigus heres ab intestato*, cioè colui che dilapidasse il patrimonio ricevuto per successione *ab intestato* (n. 78): più tardi la cura fu estesa a tutti i casi di inconsulta prodigalità. L'accertamento della prodigalità del soggetto e la proclamazione della sua incapacità di agire erano operati dal *praetor* mediante la solenne cerimonia dell'*interdictio prodigi*.

(c) La *cura impuberis* fu istituita in età classica come istituto suppletivo della *tutela impuberum*. Il *curator adiunctus*, nominato dal *praetor*, esercitava la *negotiorum gestio* in luogo del *tutor* ed a suo rischio nel caso di suo impedimento transitorio ad amministrare.

(d) I *curatores debiliū personarum* furono nominati dal pretore per assistenza a soggetti giuridici minorati (*surdī, muti* ecc.).

(e) Il *curator minoris XXV annorum* fu un istituto affermato nel corso del periodo classico. La *lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium* (191 a.C.?) aveva comminato pene pecuniarie a carico di chi, negoziando con soggetti *pubesces* di età inferiore ai 25 anni, li avesse raggiunti; di conseguenza, il pretore concesse a costoro anche una *exceptio* per il caso che fossero convenuti in tribunale

per l'adempimento delle obbligazioni assunte (n. 69). Dal canto suo, i *minores XXV annorum*, per assicurare le promesse con cui venivano in rapporti di affari circa l'insuccessibilità delle negoziazioni, presero l'uso di invocare dai magistrati la nomina di *curatores* maggiorenni che li assistessero. In età postclassica, generalizzatosi l'uso, il *curator* venne regolarmente dato ai *minores* anche senza loro richiesta e con durata pari al tempo necessario per il raggiungimento della maggiore età.

56. LA MERA CAPACITÀ DI AGIRE. — La mera capacità di agire delle *personae* prive di capacità giuridica privata fu riconosciuta in parte dal *ius civile* e in parte dal *ius honorarium*. Per conseguenza, si ammise, su scala sempre più vasta, che gli atti giuridici leciti compiuti dai sottoposti ad un *pater familias* romano (*filii, mulieres in manu liberi in causa mancipii, servi*) producessero effetti per il *pater familias* o che, talvolta, essi atti producessero effetti per lo stesso agente il giorno in cui questo divenisse *sui iuris*.

Secondo il *ius civile*, sin da tempi molto remoti fu ammesso che gli *alieno iuri subiecti* compissero validamente gli atti giuridici leciti, che fossero vantaggiosi al *pater familias*, su cui ricadevano gli effetti (es.: acquisti di diritti reali, assunzione di crediti). Relativamente ai *fili familias* maschi si ammise, inoltre, che essi si obbligassero mediante *stipulatio* con terze persone, restando l'efficacia dell'atto condizionata alla liberazione dalla *patria potestas*.

Gli atti svantaggiosi per il *pater familias*

(alienazioni, assunzione di obbligazioni) erano (salvo il caso eccezionale della *stipulatio* dal *filiusfamilias*) civilmente nulli, ma il *ius honorarium* provvide a concedere in tali casi una azione contro il *paterfamilias* per obbligazioni contratte dai sottoposti alla sua potestà con la sua autorizzazione o, comunque, con suo vantaggio. Tali azioni (cd. *actiones adiecticiae qualitatis*) furono: l'*actio quod iussu*, basata sul fatto che il creditore aveva avuto dal *pater familias* una specifica autorizzazione (*iussus*) a negoziare col suo sottoposto; l'*actio exercitoria*, relativa alle obbligazioni assunte dal sottoposto nell'esercizio di una impresa marittima per conto del *pater*; l'*actio institoria*, corrispondente alla precedente in relazione alle imprese commerciali terrestri; l'*actio de peculio*, intesa a trarre soddisfazione nei limiti del *peculium* concesso dal *pater* al sottoposto (*dumtaxat de peculio*); l'*actio de in re verso*, intesa a trarre soddisfazione dai guadagni che il sottoposto avesse riversato nel patrimonio del *pater*; l'*actio tributoria*, intesa ad ottenere dal *pater* la giusta parte del *peculium* del sottoposto allorchè questi lo avesse impiegato col suo consenso in speculazioni commerciali. Le *actiones exercitoria* e *institoria* furono concesse, in periodo classico, anche per l'ipotesi che una *persona* priva di soggettività giuridica fosse preposta ad un'azienda (marittima o terrestre) da un soggetto giuridico che non fosse il suo *pater familias*.

Attraverso il riconoscimento sempre più largo della mera capacità di agire delle *personae* prive di capacità giuridica (ed in particolare dei *fili familiarum*) si operò, a comincia-

re dal tardo periodo classico, una progressiva svalori-
zazione del requisito dell'autonomia familiare,
re, tradizionalmente ritenuto essenziale per la capacità giu-
ridica privata (n. 46). Ciò avvenne dapprima attraverso la
creazione dell'istituto del *peculium castrense* e poi attraverso
il riconoscimento, di data postclassica, del *peculium quasi
castrense* e del *peculium adventicium* (n. 82): complessi
patrimoniali su cui fu ammessa la quasi illimitata dispo-
nibilità del *filius familias*. In età postclassica, inoltre, si ammi-
se anche che il *filius familias* potesse essere chiamato perso-
nalmente responsabile per i *delicta* commessi.

XII.

I NEGOZI GIURIDICI E I LORO EFFETTI

INTELLAZIONE: 57. Gli atti giuridici di autonomia — 58. Gli atti di auto-
nomia del *ius potestatis* — 59. Validità ed efficacia dei negozi giuri-
dici — 60. La forma nei negozi giuridici — 61. La causa nei negozi
giuridici — 62. La volontà nei negozi giuridici — 63. Le clausole
essenziali dei negozi giuridici — 64. La sostituzione nell'attività ne-
goziale — 65. L'interpretazione dei negozi giuridici.

57. GLI ATTI GIURIDICI DI AUTONOMIA. — A stretto ri-
gor di logica, la determinazione degli effetti riconnessi al ve-
rificarsi di un fatto giuridico (volontario o involontario) do-
vrebbe essere in tutto e per tutto operata, almeno per quan-
to concerne l'ordine giuridico privato (n. 51), dall'ordina-
mento giuridico. I soggetti giuridici privati dovrebbero, in
altri termini, poter influire sugli effetti giuridici soltanto nel
caso in cui l'ordinamento giuridico facesse dipendere i me-
desimi da un fatto volontario e, in questo caso, solo nel sen-
so di essere liberi tra il compiere l'atto, determinando gli ef-
fetti prestabiliti, o il non compierlo, impedendo la verifica-
zione degli effetti stessi.

Senonché questo sistema presuppone la esistenza di or-
dinamenti giuridici tanto perfetti e completi in ogni parti-

colare, da potersi dire praticamente impossibile che un qualsivoglia effetto giuridico non sia stato da essi previsto. Siccome tutto ciò è assurdo, gli ordinamenti giuridici (e particolarmente quelli più primitivi e meno completi) usano lasciare, dove più dove meno, una certa sfera di autonomia ai soggetti giuridici nella determinazione degli effetti da riconnettersi ai loro atti, purchè leciti. Di qui la distinzione degli atti giuridici leciti in: a) meri atti giuridici, che sono per l'appunto quelli i cui effetti sono esattamente stabiliti dall'ordinamento; b) atti giuridici di autonomia, che sono quelli i cui effetti sono totalmente o parzialmente stabiliti dai soggetti stessi che li compiono.

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

Dipende dal maggiore o minor grado di evoluzione di

una civiltà giuridica il conferire maggiore o minore importanza: anzi che alla pura e semplice manifestazione esteriore della volontà (manifestazione che, per un complesso di motivi, può a volte anche non coincidere con la vera volizione dell'agente), alla vera volontà interna dell'atto, nonché all'indagine circa eventuali vizi che possono aver inficiato la stessa determinazione volitiva (es.: errore di valutazione dei fatti, raggiro della controparte, inibizione determinata dall'altrui minaccia). Ma, naturalmente, nessun ordinamento permette che, su questa strada, si proceda sino al punto da non tener alcuna conto del ragionevole affidamento che la normalità dei soggetti giuridici possa aver avuto, in base ad una sommaria indagine, nella regolarità della determinazione volitiva e nella esattezza della manifestazione esteriore di volontà.

La distinzione fondamentale degli atti giuridici di autonomia va fatta con riguardo alla natura pubblica o privata degli interessi che essi sono diretti a soddisfare, cioè con riguardo al fatto che la loro causa consista nella esplicazione di una funzione di governo o no. Da questo punto di vista si distinguono gli atti di autonomia pubblica, o provvedimenti di governo, dagli atti di autonomia privata, o negozi giuridici. I provvedimenti di governo si suddividono a loro volta in provvedimenti legislativi, sanzionatori ed amministrativi (n. 2). Gli ordinamenti giuridici sogliono, ovviamente, stabilire una rigida gerarchia tra questi atti, nel senso che i negozi giuridici non possono comunque interferire nella

sfera di efficacia dei provvedimenti di governo e che, in questi ultimi, i provvedimenti legislativi prevalgono sugli altri, ed i provvedimenti sanzionatori prevalgono su quelli amministrativi.

Per quanto poi riguarda gli effetti degli atti giuridici di autonomia, questi possono: a) determinare la integrazione dell'ordinamento giuridico con altri comandi normativi (efficacia normativa dell'atto); b) determinare l'attuazione dell'ordinamento giuridico mediante statuizioni particolari e concrete (efficacia ordinativa dell'atto). I provvedimenti legislativi hanno, normalmente, efficacia normativa (ma possono, eccezionalmente, non averla: cd. «leggi in senso formale»); gli altri atti di autonomia hanno normalmente efficacia ordinativa (ma possono, eccezionalmente aver riconosciuta un'efficacia normativa).

58. GLI ATTI DI AUTONOMIA DEL « IUS PRIVATUM ».

E' fuor di dubbio che la massima parte del *ius privatum* romano, a partire dagli istituti primordiali del *ius Quiritium*, sia scaturita dalla iniziativa privata, cioè da manifestazioni di autonomia privata, alle quali fu riconosciuta, dopo più o meno lunga incubazione, efficacia giuridica. Tuttavia la tendenza dei Romani, sopra tutto nel periodo arcaico ed in quello preclassico, fu di circondare gli atti di autonomia privata, man mano che venivano accolti nel *ius Romanorum*, di limitazioni tanto numerose ed intense, da ridurli praticamente a meti ab-

bi giuridici, cioè ad atti produttivi di effetti rigidamente prestabiliti.

La cautela dei Romani nel riconoscimento dell'autonomia privata si manifestò sopra tutto nell'ambito del *ius civile vetus* (n. 14) e, prima ancora, del *ius Quiritium* (n. 9). I negozi del *ius civile vetus* furono relativamente pochi, implicando la dura necessità di dover adattare ad ogni le più svariate situazioni concrete: essi, inoltre, talvolta per rispetto ai rituali della religione e talvolta per mero tradizionalismo, furono sottoposti a tali esigenze prestabilite di forma che, per vero, volontà e causa rimanevano come asserbite e annullate dalla formula solenne da pronunciare e da scrivere. Lenti progressi furono compiuti dal *ius civile novum* (n. 15), relativamente ai negozi di sua introduzione, e dal *ius honorarium* (n. 16), ai quali si deve l'assegnazione di un certo, seppur non grande, rilievo agli elementi della volontà manifestata dalle parti e della causa dell'atto. Ma fu la giurisprudenza del tardo periodo preclassico (n. 17) e del periodo classico (n. 21), attraverso un lavoro sottile e sterminato di interpretazione, a porre le basi di una concezione del negozio giuridico imperniata sul requisito della volontà. In periodo postclassico, finalmente, sopra tutto per influenza bizantina, poté dirsi affermata una concezione del negozio giuridico analoga a quella imperante negli ordinamenti giuridici moderni, i quali lasciano di regola larghissima libertà all'autonomia privata di determinare gli effetti giuridici.

Caratteristiche generali, da tener ben presenti, del regime romano dei negozi giuridici furono, in

conseguenza dei fattori storici dianzi accennati: a) l'adattamento funzionale, vale a dire l'adattamento di negozi nati con una certa struttura (affinchè servissero ad una certa funzione) anche a funzioni diverse da quelle originarie (es.: la *mancipatio familiae*, negozio bilaterale tra un *mancipio dans* e un *familiae emptor*, fu adattata agli usi del *testamentum* unilaterale, sicchè, sotto questo riguardo, fu considerata come *testamentum* del *mancipio dans* e quindi come negozio unilaterale: n. 77); b) la *relatività effettuale*, vale a dire la limitazione degli effetti di negozi appartenenti ad un certo sistema del *ius privatum* al sistema di cui facevano parte, con la conseguenza che tali effetti potessero essere eliminati o diversamente considerati nell'ambito di un altro sistema (n. 59). Anche in ciò il diritto postclassico operò non improvvidamente per un *rammodernamento* ed uno *snellimento* del *ius privatum*, sia eliminando molti negozi strutturalmente superati e modificandone altri, sia unificando i sistemi giuridici, avviando conseguentemente anche il regime dei negozi giuridici verso una organizzazione unitaria.

Dei negozi giuridici, come degli atti di autonomia in genere, è necessario tener presenti le *classificazioni* che seguono.

(a) Dal punto di vista della loro *struttura*, i negozi giuridici si distinguono in: a) *unilaterali*, e consistono nella manifestazione di volontà di un soggetto (cd. negozi unilaterali *semplici*) o nel complesso delle conformi manifestazioni di volontà di più soggetti, dirette tutte allo scopo di realizzare interessi concorrenti (cd. nego-

zi unilaterali *complessi*); b) *plurilaterali* (anche detti *convenzionali*), se constano di due o più manifestazioni o complessi di manifestazioni di volontà, rappresentativi ciascuno di interessi divergenti e diretti perciò alla conciliazione di opposti interessi (cd. «*consensus in idem placitum*»).

(b) Dal punto di vista della *causa*, i negozi giuridici possono essere distinti in: a) negozi (unilaterali o plurilaterali) a titolo *oneroso* (o di *corresponsione*), se hanno per iscopo di determinare lo scambio tra un vantaggio che si riceve e un sacrificio che si compie; b) negozi (unilaterali o plurilaterali) a titolo *gratuito* (o di *gratificazione*), se hanno per iscopo di far acquistare a taluno un vantaggio senza un suo corrispondente sacrificio. I negozi plurilaterali di corresponsione possono essere, più precisamente, a prestazioni uguali (o *corrispettive*) oppure a prestazioni *disuguali*, a seconda che la conciliazione delle opposte esigenze sia raggiunta con sacrifici equivalenti o non equivalenti degli interessi in giuoco.

59. *VALIDITÀ ED EFFICACIA DEI NEGOZI GIURIDICI.* — Affinchè un negozio giuridico (anzi, in generale, ogni atto giuridico) sia *valido*, cioè munito di vita giuridica e quindi *valevole* come atto giuridico, ed *efficace*, cioè concretamente produttivo di effetti giuridici, occorre: a) che concorrono i *presupposti* richiesti dall'ordinamento: capacità (giuridica e di agire) dei soggetti che lo compiono, non *contrarietà* a divieti posti in generale dall'ordi-

namento; b) che sussistano gli elementi costitutivi dell'atto, quali sono richiesti dall'ordinamento o voluti dai soggetti, e che tali elementi siano esenti da vizi rilevanti per il diritto; c) che si verifichino le eventuali circostanze positive, cioè quei fatti estranei all'atto, dal cui accadimento i soggetti o l'ordinamento facciano dipendere l'efficacia dell'atto stesso; d) che non si verifichino circostanze negative, cioè fatti estranei all'atto il cui accadimento ne provochi l'inefficacia.

La mancanza o un vizio rilevante di un presupposto o di un elemento costitutivo del negozio determinano la sua invalidità. L'assenza di una circostanza positiva o la presenza di una circostanza negativa determinano l'inefficacia del negozio valido. L'inefficacia è anche, a maggior ragione, conseguenza della invalidità del negozio: tuttavia, sinché la invalidità del negozio non sia stata rilevata, può ben darsi che si producano effetti, i quali saranno consolidati dalla convalidazione del negozio oppure saranno eliminati dal rilievo della sua invalidità (cd. efficacia del negozio apparentemente valido).

Questi principi generalissimi sulla validità e sulla efficacia dei negozi giuridici furono accolti anche dal *ius processum* romano, ma considerazioni specifiche di opportunità, da un lato, e sopra tutto, dall'altro lato, le peculiarità dello sviluppo storico del diritto romano, determinarono svolgimenti caratteristici dei principi stessi, che opportuno porre in rilievo.

(a) In ordine all'invalidità del negozio giuridico, i Romani distinsero tra: invalidità totale e parziale, iniziale e sopravvenuta, definitiva e provvisoria, *ipso iure* e *ope magistratus*. La distinzione tra invalidità totale e parziale si fece strada nel periodo classico e si affermò in quello postclassico: essa fu basata sul concetto che, se fosse viziato un elemento del negozio il quale fosse agevolmente scindibile dal resto, in tal caso la invalidità dovesse riguardare solo quell'elemento e non tutto il negozio (*utile per inutile non vitiatur*). La distinzione tra invalidità iniziale e sopravvenuta (cd. invalidazione) fu basata sul concetto che un negozio potesse diventare invalido anche se, dopo essere stato valido, « *in eum casum incidere, a quo incipere non potest* » (Paul. D. 45. 1. 140. 2). La distinzione tra invalidità definitiva e provvisoria fu basata sul concetto che in attesa del sopravvenire di un presupposto o di un elemento non si avesse vera invalidità del negozio, ma piuttosto imperfezione dello stesso (cd. *negotium imperfectum*). Infine, la distinzione tra invalidità *ipso iure* e *ope magistratus* derivò essenzialmente, se non totalmente, dalla contrapposizione del sistema del *ius honorarium* a quello del *ius civile*: negozi validi *iure civili* furono praticamente invalidati dal *praetor* attraverso la *denegatio actionis* (n. 70) o la concessione di una *exceptio* (n. 69) o la decretazione di una *in integrum restitutio* (n. 72). I mezzi di invalidazione pretoria operarono in modo diverso l'uno dall'altro, ma ebbero tutti in comune la caratteristica di far dipendere la invalidità del negozio non da se stessa soltanto,

ma da una decisione magistratuale; nel che si ebbe la radice del concetto moderno (e già in parte postclassico) della annullabilità del negozio, distinta dalla assoluta nullità. Conseguenza del concetto di annullabilità fu poi il concetto di convalidazione o validità sopravvenuta del negozio annullabile: per decadenza del mezzo concesso per l'annullamento (cd. convalidazione del negozio); per ratifica dell'atto o per conferma (rinnovazione) dello stesso o per acquisizione ad esso da parte di chi avrebbe avuto interesse a chiedere l'annullamento; per sanatoria dei vizi dell'atto.

(a) In ordine all'inefficacia del negozio giuridico valido, i Romani egualmente distinsero, come per l'invalidità, tra: inefficacia totale e parziale, iniziale e sopravvenuta, definitiva e provvisoria. Relativamente a quest'ultima distinzione, essi: a) nel caso di inefficacia definitiva, cioè ineliminabile, provvidero, per opera del *ius honorarium* e della giurisprudenza, a trarne le ovvie conseguenze negative per la validità del negozio, e ne derivarono, a seconda dei casi, gli istituti della risoluzione, della rescissione, della revocazione o della riduzione del negozio, tutti in certo qual modo tendenti ad un fine analogo a quello dell'annullamento; b) nel caso di inefficacia provvisoria, cioè eventualmente o certamente eliminabile in futuro, considerarono il negozio come in uno stato di incertezza e di sospensione (*in suspensio*) determinato dalla pendenza di una circostanza positiva.

(c) In ordine all'efficacia del negozio apparentemente valido, i Romani, basandosi sulla distinzione tra invalidità *ipso iure* e *ope magistratus*, ritennero che: ove il negozio risultasse affetto da nullità *ipso iure*, fossero da eliminarsi gli effetti prodotti durante il periodo della validità apparente (*quod nullum est, nullum producit effectum*: operatività *ex tunc* dell'invalidazione); ove il negozio fosse invalidato *ope magistratus*, fossero da considerare, in linea di principio, conserati gli effetti prodotti sino al momento dell'invalidazione (operatività *ex nunc* dell'invalidazione). Tuttavia, nel caso della *in integrum restitutio*, essendo il comando pretorio diretto ad ottenere proprio la riduzione in pristino della situazione modificata dal negozio viziato, la regola della operatività *ex nunc* subì una eccezione. Formatosi il concetto generale di annullabilità, l'eccezione divenne regola a sua volta e si ritenne, pertanto, che l'annullamento fosse operativo *ex tunc*, salvo casi eccezionali di operatività *ex nunc*.

60. LA FORMA NEI NEGOZI GIURIDICI. — Elemento indispensabile di ogni negozio giuridico (così come, in genere, di ogni atto giuridico) è la sua *f o r m a*, cioè il modo della sua exteriorizzazione allo scopo del suo riconoscimento da parte dei soggetti giuridici. Tale forma può essere *libera*, cioè rimessa all'iniziativa dell'autore o degli autori del negozio, oppure *vincolata* dall'ordinamento o dai soggetti giuridici. La forma libera è semplice mezzo di individuazione del negozio; quella vincolata può essere richiesta

tanto a scopi di individuazione (*ad probationem negotii*: solo quella determinata forma può valere ad individuare il negozio valido), quanto a scopi sostanziali (*ad substantiam negotii*), cioè come elemento costitutivo del negozio, che in sua mancanza risulta, dunque, invalido. Infine, la forma vincolata richiesta *ad substantiam* può avere tanto il carattere di elemento concorrente con gli altri elementi del negozio (volontà manifestata, causa, elementi accidentali), quanto il carattere di elemento dominante o addirittura di elemento assorbente: come elemento dominante la forma è il requisito negoziale, la cui esistenza fa presumere l'esistenza degli altri requisiti, salva rimanendo la prova della loro inesistenza o del loro vizio; come elemento assorbente la forma è l'elemento che riassume in sé il negozio, togliendo ogni rilevanza agli altri elementi. In quest'ultimo caso è chiaro che il negozio formale si riduce, in realtà, a mero atto giuridico, essendo necessaria e sufficiente alla produzione dell'effetto giuridico la volontaria messa in opera di quella determinata formalità.

Come si è già accennato (n. 58), il sistema del *ius civile vetus*, in parte per motivi tradizionali e in parte per motivi religiosi, dette grande importanza alla forma dei negozi giuridici. La massima parte degli effetti giuridici fu prodotta, nel sistema del *ius civile vetus*, da pochissimi negozi solenni (*mancipatio, in iure cessio, stipulatio* ed altri di minore importanza), che dovettero necessariamente adeguarsi alle più svariate circostanze (trasferimento del *dominium* sulle *res mancipi*, liberazione dei *fili* dalla *potestas*

costituzione di servitù, testamento ecc.) senza variazione alcuna, almeno in un primo momento, dall'una all'altra situazione. La forma fu, insomma, sopra tutto nei tempi più antichi, elemento assorbente dell'atto: volendo, a seconda dei casi, modificare lo schema degli effetti giuridici riconnessi al negozio, le parti altro non poterono fare che accordarsi tra loro liberamente, mediante *pacta*, affinché gli effetti stessi si intendessero modificati (es.: il *factum fiduciarum*, mediante cui si conveniva che la cosa mancipata, da una persona obbligata, al creditore a garanzia del credito, dovesse essere remancipata all'obbligato il giorno in cui questi avesse adempiuto l'obbligazione: n. 91). I *pacta* originariamente non avevano rilevanza giuridica, ma solo valore di impegni d'onore: tuttavia, l'uso di accompagnare le solemnità civilistiche con *pacta* portò progressivamente, sopra tutto ad opera della giurisprudenza; da un lato al riconoscimento giuridico, o mediante *leges* o mediante l'*edictum* dei magistrati giudicanti, di taluni *pacta* più frequenti e importanti (n. 93); dall'altro, al convincimento che la forma fosse, nei negozi civilistici, soltanto elemento costitutivo dominante, se non addirittura, talvolta, elemento costitutivo concorrente.

Un forte impulso al decadimento del formalismo assorbente nella vita giuridica romana fu dato, come pure si è accennato (n. 58), dal *ius civile novum* e dal *ius honorarium*: sistemi entrambi contrari al formalismo dei negozi giuridici e soprattutto all'assorbente delle formalità negli atti. L'opera fu continuata e portata assai oltre dalla giurisprudenza classica, alla quale si de-

ve il definitivo confinamento della forma, nei negozi civili, al rango di elemento concorrente con la volontà manifestata e con la causa, e talvolta al rango di mero elemento probatorio.

In età postclassica si accentuò ancor più la decadenza del formalismo antico. Le antiche forme verbali (della *mancipatio*, della *in iure cessio*, della *stipulatio* ecc.) andarono scomparendo e furono, infine, quasi tutte abolite. Acquistò invece importanza in tale epoca, la forma scritta (*instrumentum*), talvolta con funzione probatoria e talaltra con funzione di elemento costitutivo concorrente. Gli *instrumenta* erano già venuti in uso nel tardo periodo classico come mezzi di prova dell'avvenuto compimento della formalità della *mancipatio* o della *stipulatio*; da mezzi di prova essi passarono col tempo ad essere considerati come utili surrogati di quelle viete forme; finalmente, in taluni casi, allo scopo di agevolare e semplificare il commercio giuridico, si operò l'ultimo passo, per cui si ritenne il diritto addirittura incorporato nel documento e condizionato alla formulazione ed all'esistenza dello stesso.

61. LA CAUSA NEI NEGOZI GIURIDICI. — Per causa del negozio, in senso tecnico, si intende lo scopo pratico, corrispondente all'effetto giuridico, al cui raggiungimento è diretto il negozio; in altri termini, la funzione economico-sociale dell'atto. La causa in senso tecnico non va confusa né con l'elemento della volontà né con i motivi dell'autore del negozio: non va confusa con la volontà negoziale perchè la causa sta al di

fuori di essa, essendo l'obbiettivo esterno verso cui il negozio è indirizzato (eventualmente anche per errore o per altro vizio) dalla volontà così come esteriormente manifestata; non va confusa con i motivi dell'autore del negozio (impropriamente detti, anche dalle fonti, *causae*) perchè questi sono soltanto gli impulsi interni, generalmente privi di rilievo giuridico, che hanno indotto il negozio o i soggetti al compimento dell'atto.

L'esempio più cospicuo di causa autonoma, il cui sovrapporsi ad un qualunque negozio abbia determinato l'applicazione allo stesso di un particolare regime giuridico, fu costituito, in diritto romano, dalla *causa donationis*. A differenza del diritto postclassico, il diritto classico non conobbe un negozio tipico di *donatio*, classificato tra i negozi a titolo gratuito (n. 58), ma conobbe solo una *causa donandi*, alla cui realizzazione poteva essere dedicata quasi ogni specie di negozio, anche se a titolo oneroso (negozi traslativi della proprietà o costitutivi di diritti reali (nel qual caso si parla di donazione reale), negozi costitutivi di *obligationes* (nel qual caso si parla di donazione obbligatoria), negozi estintivi di diritti del donante (nel qual caso si parla di donazione liberatoria). L'essenziale per avervi *donatio* era, insomma, in età classica: che si trattasse di un negozio *inter vivos* attributivo al donatario di un vantaggio patrimoniale prima spettante al donante; e che lo scopo dell'atto fosse di depauperare definitivamente il donante a favore del donatario. In età postclassica, invece, si formò il convincimento che all'atto occorresse anche una specifica volontà del donante

di arricchire il donatario (cd. *animus donandi*), per il che fu favorito il passaggio alla concezione della *donatio* non più come *causa* a se stante, ma come *negotium* imperniato sull'elemento dell'*animus* e munito di caratteristica forma scritta (*insinuatio*).

Forse la genesi del concetto autonomo di *causa donationis* fu nella emanazione della *lex Cincia de donat. et muneribus* del 204 a.C., la quale vietò le liberalità di valore superiore ad una certa misura, salvo che avvenissero a titolo di costituzione di dote (n. 37) o a favore dei più stretti *cognati* (n. 35; cd. *exceptas personas*); nonché del tradizionale divieto, ripreso e favorito dalla legislazione matrimoniale augustea (n. 36), delle *donazioni tra coniugi* (Ulp. D. 24. 1. 1: « *ne mutuo amore mutuo spoliantur* »). Le donazioni tra coniugi erano invalide, e più precisamente nulle, *iure civili*; le donazioni *ultra modum legis Cinciae* erano invece *iure civili* valide, perchè la legge si era limitata a formulare il divieto senza sancire nè la nullità nè una pena per i trasgressori (cd. *lex imperfecta*); ma, in ordine a queste ultime, il pretore, almeno nel caso di donazioni obbligatorie non ancora eseguite, prese l'iniziativa di concedere al donante, *vita naturalis durante* (« *morte Cincia remouetur* »), una *exceptio* contro il donatario che gli richiedesse l'adempimento *ultra modum*.

62. LA VOLONTÀ NEI NEGOZI GIURIDICI. — Del negozio giuridico la *volontà* è l'elemento essenziale: non solo in quanto è richiesto che il negozio (come ogni atto giuridico) sia posto in essere per una determinazione volitiva dell'agente,

ma anche in quanto è necessario che chi pone in essere il negozio ne voglia concretamente, anche se in linea approssimativa, gli effetti (n. 37). Ma la volontà dell'agente o degli agenti non può non rivestirsi di una certa forma (anche se pienamente libera) che ne costituisca la manifestazione esteriore: quindi, più correttamente, si parla di *volontà manifestata* come elemento essenziale dei negozi giuridici (esclusi quelli meramente formali: n. 60).

Nella valutazione dell'importanza della volontà tra gli elementi del negozio il diritto romano subì una profonda *evoluzione*. Il punto di partenza, sancito ancora dalla *lex XII tabularum*, fu che la volontà negoziale fosse rappresentata esclusivamente dalla sua manifestazione esteriore (« *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupavit ita ius esto* »). Tuttavia, in prosieguo di tempo, attraverso il *ius civile novum* e il *ius honorarium*, ma sopra tutto attraverso l'*interpretatio prudentium* del periodo classico, si pervenne, appunto in età classica, a ritenere che, ferma restando la regola della manifestazione come rappresentativa della volontà, si dovesse, peraltro, dare eccezionalmente rilievo a taluni casi di divergenza tra volontà interna e manifestazione esteriore, nonchè a taluni casi di formazione evidentemente difettosa della volontà interna. In età postclassica, infine, salvo taluni casi di incorporazione del negozio nella forma documentale (n. 60), quella che nel periodo precedente era tuttora una eccezione si trasformò in regola: fulcro del negozio giuridico divenne, in linea di principio, la

volontà interna (cd. *animus*), di cui occorre ricercare accuratamente i precisi e concreti atteggiamenti, al di là delle indicazioni fornite dalla manifestazione e dalla causa. In altri termini, mentre il principio classico era quello dell'affidamento dei terzi, basato sulla manifestazione, il principio postclassico fu quello della vera volontà dell'autore o degli autori del negozio (n. 58).

(a) Circa l'ipotesi di accertata discordanza tra manifestazione esteriore e volontà interna, la giurisprudenza classica seguì l'orientamento di non dar rilievo alla volontà reale (interna) rispetto alla volontà apparente (manifestazione esterna), salvo che tale discordanza non fosse effetto di un accordo simulatorio o che la volontà esterna fosse evidentemente priva di serietà. Priva di serietà fu, ovviamente, considerata ogni manifestazione di volontà fatta evidentemente per scherzo (*joci causa*) o evidentemente a scopi didattici ed esemplificativi (*docendi causa*): «pensi ad un maestro di diritto che reciti una formula impegnativa, faccia una *traditio* di un suo oggetto ecc., allo scopo di render chiari i relativi concetti agli allievi). Nel caso, invece, di manifestazione apparentemente seria, non fu lecito a chi l'avosse fatta invocare la propria riserva mentale, cioè l'aver avuto una diversa volontà negoziale o anche il non averne avuta nessuna, a meno che la manifestazione, come si è detto, non risultasse frutto di un accordo simulatorio. Per simulazione si intese, più precisamente, il fatto di due o più persone, che manifestassero una certa volontà negoziale (cd. nego-

zio simulato), accordandosi per non volere in realtà nessun negozio (cd. simulazione assoluta) o per volere in realtà un altro negozio (cd. simulazione relativa o dissimulazione). Per sventare gli intenti poco limpidi degli accordi simulatori, si affermò la massima che «*plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur*»: pertanto il negozio simulato fu ritenuto invalido e nullo, mentre, in caso di simulazione relativa, si ritenne al suo posto valido il negozio dissimulato.

(b) Circa l'ipotesi di formazione difettosa della volontà interna, il *ius honorarium* e la giurisprudenza classica seguirono l'orientamento di dar rilievo a taluni casi in cui fosse certo che l'autore o il coautore di un negozio non avrebbe avuto una certa volontà, se non fosse intervenuto un vizio della stessa. I vizi della volontà, che ebbero maggiore importanza furono tre: l'*error facti*, vale a dire l'ignoranza o l'inesatta conoscenza di una circostanza di fatto; il *dolus malus*, cioè il contegno malizioso di una parte di un negozio bilaterale volto a determinare un *error facti* nell'altra parte; il *metus*, cioè il timore di un'altra grave e ingiusta minaccia (cd. *vis compulsiva* o *animo illato*). Il *dolus malus* e il *metus* (anche detto *violenza morale*) acquistarono rilievo per opera del *ius honorarium*, che in primo luogo vide in essi le fonti di un'obbligazione primaria da atto illecito e solo in prosieguo, e subordinatamente, vi ravvisò i motivi di una invalidazione, mediante *in integrum restitutio*, del negozio (n. 72 e 94). L'*error facti* acquistò, invece, rilievo principalmente ad opera della giurisprudenza, che giunse progressivamente

a ravvisare in esso una causa di nullità del negozio, quando fosse: *excusabile*, cioè determinato da circostanze di fatto che avrebbero tratto in inganno chiunque, e *essenziale*, cioè tale che senza di esso il negozio non si sarebbe concluso. Categorie di *error facti* furono: *l'error in negotio* (si compie un negozio credendo di compierne un altro), *l'error in persona* (ci si riferisce ad una persona diversa da quella voluta), *l'error in corpore* (ci si riferisce ad un oggetto giuridico diverso da quello voluto), *l'error in substantia* (si attribuisce ad una cosa un requisito essenziale che non esiste), ed altre.

63. LE CLAUSOLE ACCIDENTALI DEI NEGOZI GIURIDICI.

Volontà manifestata, causa ed eventualmente forma solenne rappresentano il *minimum* della struttura di un negozio giuridico, cioè gli *elementi essenziali* di esso (*essentialia negotii*). Ma, in linea di principio, il negozio giuridico, essendo una espressione dell'*autonomia giuridica*, non deve necessariamente limitarsi agli elementi essenziali. L'autore o i coautori di esso possono, quindi, per meglio determinare gli effetti giuridici da realizzare o per meglio far fronte alle varie eventualità della vita, corredarlo di svariate *clausole accidentali*, così dette perchè non essenziali e cioè puramente eventuali (es.: clausola che limita la normale responsabilità di un contraente in caso di inadempienza contrattuale, clausola che esclude la esigibilità del credito in determinate contingenze o in un certo periodo di tempo, ecc.).

Le clausole accidentali (*accidentalium negotii*)

del negozio giuridico non sono, ovviamente, requisiti di validità dello stesso, ma possono essere, tutt'al più, requisiti di efficacia del negozio valido (n. 59). Più precisamente, occorre distinguere tra: *clausole influenti sulla efficacia* (o inefficacia) del negozio da una determinata circostanza; e *clausole non influenti sulla efficacia* del negozio, colleganti cioè al negozio, in via accessoria, altri effetti giuridici (es.: la comminatorio di una penale nell'ipotesi del verificarsi di una certa circostanza). Ma, naturalmente, per la nota concorrenza tra il sistema del *ius civile* e quello del *ius honorarium*, nel *ius privatum* romano questa distinzione non si mantenne sempre limpida: sicchè poté accadere che una clausola di per se ininfluente sulla efficacia del negozio, determinasse il magistrato giudicante ad invalidare, in certi casi, il negozio attraverso una *denegatio actionis*, o una *exceptio*, o una *in integrum restitutio*.

Tra le molte clausole non influenti sulla efficacia del negozio, che il *ius privatum* romano è in grado di mettere in mostra, può segnalarsene, a mo' di esempio, una tra le più caratteristiche, il *cd. modus*, largamente utilizzato nei negozi a titolo gratuito (n. 58). Il *modus* era, in tali negozi, un modico obbligo imposto al destinatario della liberalità; tale (per la sua modicità) da non trasformare l'atto di gratificazione in atto di corresponsione (es.: erigere un monumento funebre al beneficiante, devolvere una quota dei beni ricevuti a giuochi pubblici, ecc.). Se l'onere dal *modus* non adempiva, il negozio di gratificazione era, di rego-

la, egualmente efficace, mentre contro l'oneroso, per costrungerlo all'adempimento o al risarcimento, doveva farsi ricorso dagli interessati a espedienti giudiziari.

Le clausole accidentali influenti sulla efficacia del negozio giuridico furono, nel *ius privatum* romano, la clausola terminale (anche detta *terminus*) e la clausola condizionale (anche detta *condizione*), il cui riconoscimento, in tutti i loro possibili atteggiamenti ed effetti, avvenne, tuttavia, con lenta progressività e fu compiuto solo nel periodo postclassico. La clausola terminale stabiliva che l'efficacia totale o parziale del negozio dipendesse da una circostanza futura ma certa (certa nel verificarsi, se non anche certa nel momento in cui si sarebbe verificata), detta *dies* (*certus an et quando*, oppure *certus an et incertus quando*: es.: « il 15 gennaio », oppure « quando Tizio morrà »). La clausola condizionale stabiliva che l'efficacia totale o parziale del negozio dipendesse da una circostanza futura ed incerta, detta *condicio* (es.: « se pioverà », oppure « se non vi sarà lo sciopero » eccetera).

In diritto postclassico-giustiniano si giunse, attraverso una lunga evoluzione, a distinguere tra termine sospensivo o iniziale e termine risolutivo o finale, nonché tra condizione sospensiva e condizione risolutiva. Si parlò di *terminus suspensivus* o *initialis* (cd. *dies a quo* dei negozi cd. *ex die*) quando dal *dies* dipendesse l'inizio dell'efficacia del negozio (es.: « ti darò 100 il 15 gennaio »); si parlò di *terminus resolu-*

tivus o *finalis* (cd. *dies ad quem* dei negozi cd. *in diem*) quando dal *dies* dipendesse la cessazione dell'efficacia del negozio (es.: « ti darò 100 alla settimana da oggi al 15 gennaio »). Analogamente, si parlò di *conditio suspensiva* (cd. *condicio* in senso proprio dei negozi cd. *sub condicione*) quando dalla *condicio* dipendesse l'inizio dell'efficacia del negozio (es.: « ti darò 100 se giungerà in porto la mia nave dall'Asia »); si parlò di *conditio resolutiva* (nei cd. negozi che *sub condicione resolubatur*) quando dalla *condicio* dipendesse la cessazione dell'efficacia del negozio (es.: « ti darò 100 lire alla settimana salvo che non mi sopravvengano figli », oppure « ti darò 1000 oggi salvo che in futuro non mi sopravvengano figli »). Ma, delle quattro clausole ora descritte, il diritto classico non conobbe che le prime tre, anzi ritenne il termine trasuntivo una figura del tutto eccezionale, inutilmente applicato ai negozi traslativi di proprietà o costitutivi di servitù e limitato ai soli negozi relativi a rapporti giuridici per loro natura temporanei (usufrutto, locazione, comodato, mutuo ecc.). Inoltre, *dies* e *condicio* furono ritenuti, per tutto il corso del diritto romano, del tutto inapplicabili, in qualsivoglia loro formulazione, ad alcuni negozi di più antica data, (cd. *actus legitimi* (« qui non recipiunt nec diem nec condicionem »): *mancipatio* (cd. *emancipatio*), *in iure cessio*, *acceptilatio*, *datio tutoris*, *servi optio*, *cretio hereditatis* (*hereditatis aditio*, in diritto giustiniano). La clausola terminale o condizionale apposta a tali atti ne determinava la nullità.

Cosa gli effetti della clausola terminale e di quel-

la condizionale, bisogna distinguere due ipotesi: a) ipotesi della pendenza della circostanza sul negozio; in tal caso si aveva la inefficacia provvisoria dello stesso se si trattava di circostanze sospensive, oppure la sua efficacia provvisoria se si trattava di circostanze risolutive; b) ipotesi della verificazione della circostanza: in tal caso, trattandosi di circostanze sospensive il negozio acquistava efficacia, trattandosi di circostanze risolutive il negozio perdeva efficacia.

Man mano che, per opera prevalente della giurisprudenza preclassica e classica, la *condicio* si differenziò dal *dies*, la complessità di gran lunga maggiore dell'ipotesi di clausola condizionale spinse alla formazione, in materia, di una teoria assai più complessa. Dalle *condiciones* in senso proprio (circostanze future e incerte) cominciarono con l'essere diversificate le *ed. conditionis improprie*, e cioè: le *ed. conditiones iuris*, cioè circostanze già richieste dall'ordinamento (anche dette, impropriamente, *presupposti*) e che perciò le parti inutilmente hanno nominato (es.: *lego 100 a Tizio se il mio heres voluntarius accetterà*); le *condiciones* *subbiettivamente* incerte (ma obbiettivamente certe), e le *ed. conditiones in praesens vel in praeteritum collatae* (es.: «ti dono 100 se la mia nave è già giunta dall'Asia»). Inoltre, le *condiciones* furono distinte in *positive* e *negative*, a seconda che l'efficacia del negozio fosse fatta dipendere dal verificarsi o dal non verificarsi di una circostanza; in *casuali*, *potestative* o *miste*, a seconda che il verifi-

carsi o non verificarsi della circostanza dipendesse dal caso (o dalla volontà di un terzo), oppure dalla volontà di una delle parti del negozio, o infine da ambedue queste cause (es.: «se sposerai Tizia»). E ancora, data l'incertezza tipica della *condicio*, si prese in considerazione l'ipotesi della impossibilità della *condicio*, sia con riguardo alla impossibilità sopravvenuta (sopravvenuta certezza della irrealizzabilità della circostanza), sia con riguardo alla impossibilità iniziale (certezza *ab initio* della irrealizzabilità della circostanza): di regola si ritenne che la impossibilità della *condicio* sospensiva, dando luogo alla perpetua inefficacia del negozio, fosse causa della nullità dello stesso, ma i Sabiniani sostennero la tesi, che finì poi per prevalere, che almeno nei negozi *mortis causa* la condizione sospensiva impossibile dovesse ritenersi come non apposta («*vitiatur sed non vitiat*») in considerazione del fatto che il negozio non era più rinnovabile a causa della morte dell'autore.

64. LA SOSTITUZIONE NELL'ATTIVITÀ NEGOZIALE. — L'attività negoziale può essere, in linea di principio, tanto compiuta personalmente da chi vi abbia interesse, quanto compiuta da altri nell'interesse di lui. In questa seconda ipotesi si verifica il fenomeno della *sostituzione* nell'attività negoziale, anche detto della *conclusione* del negozio giuridico per *interposta persona*.

La sostituzione nell'attività negoziale può essere di due tipi fondamentali: a) *sostituzione materiale*,

che si verifica quando un soggetto si faccia materialmente sostituire da una persona anche incapace (cd. *mutatio personarum*), nella manifestazione della sua volontà; b) sostituzione giuridica, che si verifica quando per conto, nell'interesse di un soggetto giuridico (cd. *representatio*) compia il negozio un altro soggetto (cd. *representans*). L'ipotesi della sostituzione giuridica nell'attività negoziale, o rappresentanza, si scinde, a sua volta, in due specie: quella della rappresentanza diretta, che si ha quando il rappresentante agisce per conto e in nome del rappresentato (come se fosse egli stesso il rappresentato); e quella della rappresentanza indiretta, che si ha quando il rappresentato agisce in nome proprio, sebbene per conto del rappresentato, dimodochè tra questo e lui esiste un rapporto interno, in forza del quale il rappresentante ha diritto ad essere rivalso dal rappresentato delle perdite sofferte, mentre il rappresentato ha diritto ad ottenere dal rappresentante tutti i vantaggi realizzatisi nell'affare. Si noti, infine, che la rappresentanza (diretta o indiretta), quanto alla sua fonte costitutiva, può essere ancora distinta in: rappresentanza necessaria, cioè disposta dall'ordinamento giuridico per interessi di ordine generale, rappresentanza volontaria o su richiesta, cioè effettuata in base a richiesta del rappresentato (e conseguente accettazione del rappresentante); rappresentanza spontanea o gestione di negozio, cioè effettuata su iniziativa del rappresentante (salvo, di regola, ratifica a posteriori del rappresentato).

In linea generale, il *ius privatum romano* ignorò l'istituto della rappresentanza diretta, in forza del quale gli effetti degli atti compiuti dal rappresentante dovrebbero ricadere direttamente sul rappresentato: in esso imperò, dunque, durante tutto il suo corso storico, l'istituto della rappresentanza indiretta. Tuttavia, limitate applicazioni, a carattere eccezionale, del sistema della rappresentanza diretta furono progressivamente introdotte sopra tutto ad opera del *ius honorarium* prima, e della giurisprudenza postclassica poi.

Casi eccezionali di rappresentanza diretta necessaria sono ravvisabili: nella posizione del *curator furiosi* (n. 55), il quale, stante la assoluta incapacità di agire del suo rappresentato e per influenza residua del carattere potestativo della *cura* arcaica, poteva compiere anche negozi del *ius civile* (es.: la *mancipatio*) in nome e per conto del *furiosus*; nella posizione dello stesso *curator impuberis*, alcuni negozi compiuti dal quale per conto del pupillo determinarono il *praetor* alla concessione direttamente al pupillo o direttamente contro il pupillo di *actiones utiles* (n. 53). Casi eccezionali di rappresentanza diretta volontaria sono ravvisabili: nella posizione del *procurator omnium bonorum* (persona incaricata della amministrazione del patrimonio di un soggetto) limitatamente all'acquisto del possesso (n. 88) o all'acquisto del *dominium* mediante *usucapio* (n. 83), nonché ad altri atti di acquisto basati sul possesso, che valgono come fatti dal principale; nella posizione del *negotiorum gestor*, persona incaricata della rappresentanza di un

soggetto nel processo privato; nella posizione dell'*exercitor* e dell'*institor*, quando non fossero sottoposti dal rappresentato, ma soggetti giuridici autonomi, posto che dai loro atti scaturivano egualmente le azioni *exercitoria* o *institoria* (n. 56); nella stessa posizione del *procurator unius negotiationis* (incaricato specificamente di compiere un negozio), il cui agire dava luogo ad una *actio quasi institoria*, esercitabile direttamente contro il *dominus negotii*.

65. L'INTERPRETAZIONE DEI NEGOZI GIURIDICI. — I negozi giuridici, come tutti gli atti di autonomia, per poter produrre concretamente i loro effetti devono subire un processo di interpretazione, cioè di accertamento del loro significato e del loro valore (n. 5): processo che deve applicarsi ad ogni singola manifestazione di volontà negoziale e che, pertanto, dà luogo, nei negozi giuridici bi- o plurilaterali, ad un successivo processo di accertamento del punto di incontro tra le volontà in concorrenza.

L'interpretazione del negozio giuridico non ha carattere univoco, potendo variamente oscillare tra due estremi piuttosto distanti tra loro: a) l'estremo dell'interpretazione tipica o obbiettiva, vale a dire di quella che si limita al significato usuale, corrente della manifestazione di volontà e su di esso basa l'accertamento del significato e del valore del negozio; b) l'estremo opposto dell'interpretazione individuale o subbiettiva, vale a dire di quella che penetra oltre la sc-

za esterna dell'atto al fine di ricostruire esattamente la volontà interna dell'autore o degli autori di esso.

La giurisprudenza romana partì, nella sua attività di interpretazione dei negozi giuridici, da posizioni di rigido obbiettivismo, consone del resto ai tempi ed al formalismo giuridico primitivo. Tuttavia, progressivamente, sopra tutto nel corso del periodo classico, essa temperò questo atteggiamento iniziale e dimostrò un sempre più sensibile avvicinamento alla interpretazione individuale. Nel contrasto tra manifestazione esterna (cd. *verba*) e volontà interna (cd. *voluntas*) i giuristi romani mostrarono sempre più chiaramente, col volgere dei secoli, di tendere verso la valorizzazione della *voluntas*, sopra tutto nei negozi giuridici *mortis causa*, come l'*heredis institutio* (n. 77) o il *legatum* (n. 79) (cfr. Pap. D. 50. 16. 219: « *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectare placuit* »; Paul. D. 50. 17. 2: « *in testamentis plenius voluntatem testantium interpretamur* »). Tuttavia, almeno sino a tutto il periodo classico, mai la *voluntas* acquistò importanza esclusiva o anche solo predominante nei negozi, e particolarmente in quelli *inter vivos*: prevalse, infatti, il criterio che non potesse mai farsi una indagine sulla effettiva volontà dell'autore a discapito dell'*affidamento* che la controparte o i terzi avessero nella manifestazione esteriore, che cioè l'indagine volta ad accertare la concreta volontà negoziale fosse lecita soltanto se ed in quanto mancasse questo affidamento altrui nei *verba* o vi fosse dubbio sulla significazione di questi (Paul. D. 32. 25. 1: « *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* »). Il di-

ritto postclassico, rovesciando queste posizioni di massima dell'*interpretatio prudentium* classica, fece dell'*animus* negoziale il fulcro del negozio (n. 62) e ridusse l'attività interpretativa ad una indagine relativa ad esso.

A parte le tendenze generali ora esposte, si affermarono, nel corso dell'epoca classica e di quella successiva, alcuni specifici canoni interpretativi determinati da condizioni di ordine generale. Tali furono: a) il *favor testamenti*, per cui l'interpretazione applicata ai testamenti doveva essere orientata, in caso di dubbio, nel senso favorevole alla validità dell'atto, in considerazione del fatto che questo non poteva essere rinnovata dal suo autore; b) il *favor libertatis*, da tenersi presente ogni qual volta si dubitasse dello stato servile di un soggetto; c) il *favor promissoris* nella *stipulatio* (n. 91), criterio affermatosi in considerazione del fatto che il *promissor*, essendo un contraente *per adhesionem* nei riguardi della proposta fatta dallo *stipulans*, era quegli che meno si rendeva conto delle obbligazioni sorgenti, per di più a suo carico, dal negozio; d) il *favor debitoris*, criterio più generale e meno comprensibile del precedente, affermatosi in periodo postclassico; e) il *favor benignitatis* nei casi dubbi (Marc. D. 28. 4. 3 = 50. 17. 192. I: « in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius »).

XIII.

LE « ACTIONES » E IL PROCESSO PRIVATO

SOMMARIO. 65. Le *actiones* e il processo privato romano — 67. Il sistema procedurale per *legis actiones* — 68. Il sistema procedurale per *formulae* — 69. Struttura e classificazione delle *formulae* — 70. La fase *in iure* della procedura *formulae* — 71. La fase *apud iudicem* della procedura *formulae* — 72. I mezzi complementari della procedura *formulae* — 73. L'esecuzione della sentenza e la cosa giudicata — 74. I sistemi procedurali *extra ordinem*.

66. LE « ACTIONES » E IL PROCESSO PRIVATO ROMANO. — Tra gli atti di autonomia previsti e regolati dal *ius privatum* romano meritano una particolare menzione le *actiones* processuali, cioè gli atti intesi a dare vita, impulso o termine al cd. processo sanzionatorio privato; quindi, correlativamente, a costituire, modificare o estinguere i cd. rapporti giuridici processuali privati; quindi, mediatamente, a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici privati a d. esecuzione coatta (n. 33). Tali *actiones* processuali (le quali, secondo le vedute moderne, farebbero parte del diritto pubblico, essendo il processo giurisdizionale istituito equitativamente pubblicistico) furono considerate dai Romani

come istituti del *ius privatum* per motivi essenzialmente storici (n. 27), che solo in età postclassica, relativamente alla *cognitio extra ordinem* (n. 74), accennarono a perdere forza.

Per rendersi ben conto dei concetti di azione in senso processuale e di processo (nonchè di procedimento), occorre ricordare che, ai fini dell'attuazione dell'ordine giuridico, l'ordinamento giuridico prevede, sia pure come ultima istanza, la possibilità per i soggetti di trasformare un rapporto giuridico ad esecuzione libera in rapporto ad esecuzione coatta (n. 33). Tuttavia, la determinazione di rapporti ad esecuzione coatta difficilmente può essere realizzata dal soggetto attivo con i suoi propri mezzi, cioè autonomamente: a parte il fatto che spesso può ostacolarla o impedirgli la valida resistenza del soggetto passivo, va tenuto presente che vi osta in linea di principio l'esigenza della pace e dell'ordine sociale, che sarebbero offesi e menomati dal gioco incessante ed incontrollato delle azioni e reazioni tra privati. Appunto per ciò lo Stato sin dai più antichi tempi, avocando a sé la funzione sanzionatoria (n. 2), ha fortemente limitato, o talvolta suppresso, il cd. sistema dell'autotutela, affermando il principio che i privati, per poter attuare i rapporti giuridici ad esecuzione coatta, devono, salvo eccezioni, far ricorso alla tutela statale, la quale viene esplicata dagli appositi funzionari di governo nel corso di una serie di atti detta processo. Il processo sanzionatorio privato è, più precisamente, il risultato di un complesso ordinato di atti compiuti sia dalle parti in lite, che dal funzionario di governo preposto alla sua direzione.

che da persone da lui incaricate, che da altri (es.: i testimoni) atti tutti rivolti al raggiungimento di una pronuncia definitiva, la quale può essere tanto di accoglimento delle richieste fatte da chi ha promosso il processo, quanto di rigetto delle stesse, e quindi di tutela del diritto di libertà della controparte.

Il processo sanzionatorio privato può essere di tre specie: a) processo di accertamento, se la richiesta di chi lo ha promosso è rivolta ad ottenere (cd. *petitum*) l'accertamento autoritario della esistenza (o inesistenza) di un rapporto giuridico controverso; b) processo di esecuzione, se la richiesta di chi lo ha promosso è rivolta ad ottenere la materiale esecuzione di un diritto già accertato, sia pure extra-processualmente; c) processo cautelare, se la richiesta di chi lo ha promosso è rivolta ad ottenere misure di garanzia in vista della successiva ed indipendente decisione di un processo di accertamento o di esecuzione. Il processo di accertamento può essere tanto rivolto all'accertamento puro e semplice o mero accertamento (es.: accertamento che Tizio non è schiavo di Caio), quanto ad un accertamento con condanna del soccombente a fare ciò che deve fare, quanto ad un accertamento con effetti ed. costitutivi, cioè implicante una modificazione dell'ordine giuridico (es.: annullamento di un atto previo accertamento di un vizio della volontà).

Ma il processo sanzionatorio privato non sempre si realizza allo stesso modo o in una sola volta: esso può realizzarsi in maniera esteriormente diverse, cioè con diverse procedure, o attraverso più serie organiche e collegate di at-

tività, cioè attraverso più procedimenti, ciascuna facente capo ad una pronuncia provvisoria o parziale.

La vita e le vicende del processo sanzionatorio privato dipendono, come si è detto, dalla iniziativa e dai successivi atti di impulso dei privati. Si parla, e si parlò anche dai Romani, in tal caso, di *actiones processuales*. Ma si tenga presente che il termine *actio* è un termine a significazione plurivalente: talvolta esso serve a designare il potere di azione di un soggetto nei riguardi di un altro (n. 32: *actio in senso sostanziale*), talaltra esso indica l'atto processuale con cui si dà inizio o impulso al processo (*actio in senso processuale*), talaltra ancora esso adombra nel suo complesso tutta la procedura occorrente per la realizzazione di un certo fine di giustizia (*actio come procedimento*). Questa pluralità di significati dipende da ciò, che in origine, quando il potere giuridico di un soggetto non incontrasse nell'altro soggetto del rapporto il volontario adempimento dell'obbligo, esso si traduceva senz'altro in una attività materiale, in un'atto del soggetto attivo, intesa alla realizzazione coattiva del proprio interesse. Più tardi, verso la fine del sec. VI a.C., pur rimanendo fermo il principio dell'autotutela (che fu abrogato del tutto solo nel declino dell'età classica), si affermò anche in Roma il sistema di ricorrere, per la tutela dei diritti, al *rex* (e poi ad uno dei *praetores*), affinché enunciasse il principio giuridico da applicarsi alla fattispecie espostagli (*iurisdictio*: n. 13, 15, 16).

Nella storia di Roma si conobbero ed applicarono via via tre sistemi procedurali diversi: quello delle

legis actiones (n. 67), quello delle *formulae* (n. 68-73) e quello della *cognitio extra ordinem* (n. 74).

67. IL SISTEMA PROCEDURALE « PER LEGIS ACTIONES ».

Il sistema procedurale delle *legis actiones* fu quello originario del *ius privatum* romano e formò oggetto di particolareggiata disciplina da parte del *ius legitimum veteris*, ed in ispecie della *lex XII tabularum* (n. 11): forse fu in connessione a ciò che i procedimenti relativi vennero usualmente denominati « *legis actiones* ». Le *legis actiones* ebbero larga diffusione sin verso la metà del sec. II a. C., allorché prese a soppiantarle il sistema procedurale *per formulae*. Esse furono ufficialmente abolite, salvo che in qualche ristretta applicazione, dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C.

Caratteristica del sistema delle *legis actiones* fu che le parti si recavano davanti al magistrato (in origine il *rex*, da ultimo il *praetor urbanus*) ed ivi (fase *in iure* del procedimento) 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 (fase *apud*

iudicem del procedimento); trattandosi invece di azione esecutiva, il soggetto si faceva appunto autorizzare dal magistrato ad effettuare con i propri mezzi l'esecuzione.

Il *iudex* o *arbiter* era solitamente unico ed era prescelto senza particolare riguardo alle sue capacità tecniche, richiedendosi più che altro in lui qualità di equilibrio e buon senso; tuttavia si formarono nell'antica Roma anche due albi di giudicanti specializzati, e precisamente quello dei *centumviri* (da cui erano tratti i giudicanti in materia di questioni ereditarie) e quello dei *decemviri stlitibus iudicandis* (da cui furono tratti i giudicanti in materia di questioni di libertà e schiavitù).

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

(a) La *legis actio sacramenti* fu una procedura dichiarativa a carattere generale, cioè valevole per tutte le questioni per cui non fosse specificamente disposta o ammessa una procedura diversa. Sua peculiarità fu che ciascuna delle parti prestava solennemente *in iure* il giuramento (*sacramentum*) di pagare una somma all'*aerarium* (in origine, di fare un congruo sacrificio agli *dei*) nel caso risultasse *apud iudicem* che avesse torto; pertanto il *iudex privatus* decideva in base alle prove quale dei due sa-

cramento fosse *iustum*, restando la parte soccombente tenuta a pagare la *summa sacramenti* all'*aerarium*, oltre che ad eseguire il suo obbligo giuridico a favore della parte vincitrice.

La *summa sacramenti* fu di 50 assi per le questioni di valore non superiore ai 1000 assi, di 500 assi per le questioni di valore superiore ai 1000 assi. Alla solenne pronuncia dei *sacramenta* erano invitati ad assistere un certo numero di testimoni, affinché al giudice potessero essere imparzialmente riferiti i termini esatti della controversia: questo momento processuale, con cui si concludeva la fase *in iure*, si diceva *litis contestatio*.

Nella fase *in iure* la procedura differiva alquanto secondo che si trattasse di *legis actio sacramenti in rem* (cioè relativa all'accertamento di un rapporto giuridico assoluto, generalmente su *res*) o *in personam* (cioè relativa all'accertamento di un rapporto giuridico relativo). Nell'*actio sacramenti in rem* le due parti, che contendevano circa la titolarità di un diritto assoluto su un certo oggetto giuridico, si presentavano di comune accordo davanti al magistrato, portando seco l'oggetto in contestazione (*lis*), ed ivi ciascuna pronunciava la solenne *vindicatio* dell'oggetto concesso, toccando subito dopo lo stesso con una festuca (*vindicta*) in segno di padronanza (« *hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio secundum suam causam: sicut dixi, eam vindictam imposui* »): di fronte a queste due affermazioni in contrasto, il magistrato cominciava con l'ordinare alle parti di non toccare la cosa (« *mittite ambo rem* »), assegnava poi (*addictio*) il possesso interinale della stessa (*vindicatio*) ad una delle due, che era peraltro tenuta a fornire dei

praedes litis et vindictiarum, cioè delle persone che si impegnassero (mediante *praediatura*; n. 93) a pagare una somma se poi non la consegnasse alla parte vincente in caso di soccombenza; seguiva finalmente il *sacramentum*, a garanzia del quale erano richiesti peraltro dei *praedes sacramenti*. Nell'*actio sacramenti in personam* l'iniziativa era assunta da colui che si riteneva creditore (*actor*), il quale, dopo aver chiamato *in ius* la controparte (*in ius vocatio*), affermava solennemente l'*obligatio* di questa (« *ais ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere* »); se il convenuto negava, l'attore lo sfidava al *sacramentum*.

(b) *Legis actiones* dichiarative di data più recente e di carattere più evoluto della *legis actio sacramenti* furono la *iudicis postulatio* e la *condictio*.

La *legis actio per iudicis postulationem* fu ammessa dalle *XII tabulae* in ordine ai crediti derivanti da *sponsio* e fu posteriormente estesa anche ai giudizi divisorii (*actiones familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*): in essa l'attore, dopo aver dichiarato la sua pretesa ed aver udito il diniego del convenuto, anziché sfidare quest'ultimo al *sacramentum*, si rivolgeva al magistrato, chiedendogli di nominare un *iudex* che decidesse circa il suo buon diritto (« *quando tu negas, te, praetor, postulo iudicem uti des* »).

La *legis actio per condictioem* fu introdotta nel sec. III a. C. da una *lex Silia* in ordine ai crediti di somme di danaro e fu estesa da una posteriore *lex Calpurnia* ai crediti di cose determinate: in essa l'attore,

dopo aver dichiarato la sua pretesa ed aver udito il diniego del convenuto, dava a quest'ultimo un appuntamento (*condictio in iure*) di lì a trenta giorni allo scopo di scegliersi insieme un *iudex* che decidesse circa il suo buon diritto (« *quando tu negas, in diem tricenisimum tibi iudicis capiendi causa condico* »).

(c) Azioni esecutive furono, come si è detto, l'antichissima *manus iniectio* e la *figuoris capio*.

La *legis actio per manus iniectioem* veniva effettuata dal creditore insoddisfatto afferrando l'*obligatus* e trascinandolo davanti al magistrato allo scopo di proclamare solennemente l'insolvenza (« *quod tu mihi iudicatus es sestertium decem milia, quandoc non solvisi, et eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manus iniectio* »); il magistrato pronunciava allora la *addictio* dell'*obligatus* al *creditor*, che lo teneva per 60 giorni in carcere, portandolo però a tre mercati consecutivi in cerca di chi lo riscattasse, e finalmente, mancando il riscatto, poteva metterlo a morte o venderlo come schiavo *trans Tiberim*. Il caso originario e tipico di *manus iniectio* fu relativo alle somme dovute dal soccombente in un processo di accertamento (*manus iniectio iudicati*): ad esso furono successivamente equiparati altri casi di crediti ben accertati (*manus iniectio pro iudicato*; es., crediti basati su *confessio in iure* del convenuto). Di regola alla *manus iniectio* si poteva sfuggire solo se si presentasse un terzo (*viudex*) a mettere fuori causa il debitore ed a contestare il debito; in tal caso si seguiva un nuovo procedimento di accertamento, che poteva concludersi con l'assoluzione del *vindex* oppure con la sua

condanna al doppio della somma originaria. In taluni casi si ammise eccezionalmente il debitore stesso a contestare personalmente il debito, senza intervento di *iudex* (cd. *manus iniectio pura*): una *lex Vallia* di epoca relativamente tarda fece poi della *manus iniectio pura* la regola.

La *legis actio per pignoris capionem* fu ammessa solo per certi crediti di carattere pubblicistico (es.: il credito del *males* contro il *civis* tenuto a fornirgli il soldo e l'orzo per il cavallo) ed ebbe caratteri specialissimi: consisteva nell'impadronirsi di un oggetto dell'*obligatus*, anche non in tribunale e non in *dies fasti*, a titolo di rivalsa (*pignus*), accompagnando l'azione con la pronuncia di una formula *soleane*.

68. IL SISTEMA PROCEDURALE « PER FORMULAS ». — Il sistema procedurale delle *formulae* si profilò nel corso del periodo preclassico e fu ampiamente regolato da una *lex Aebutia* (120 a. C.?). La *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C. (n. 67) lo rese obbligatorio, facendo salve solo le procedure da giudicarsi dai *centumviri* e l'antiquata *actio damni infecti*, per cui rimase valido il sistema procedurale delle *legis actiones*. Caduto in disusatura sul declinare del periodo classico, esso finì per essere ufficialmente abitato da Costanzo e Costante nel 342 d. C.

La procedura formulare scese nel tribunale del *praetor peregrinus* (n. 15). Quivi le parti, non potendo rifarsi al *ius civile (vetus)*, né potendo litigare per *legis actiones*, usavano riferire al pretore i termini concreti della loro controversia e con l'aiuto di questo li trasformavano in

una formulazione alternativa, in forza della quale il giudice era invitato a condannare il convenuto se risultassero fondate certe asserzioni dell'attore, o ad assolverlo in caso contrario. In altri termini, le parti, col beneplacito del *praetor peregrinus*, convenivano fra di loro di rimettersi al giudizio di un terzo: mancando l'accordo tra loro, il giudizio non poteva aver luogo, e quindi la questione rimaneva aperta. Il *praetor peregrinus* agevolava le parti nel raggiungimento di tale accordo e prese l'uso col tempo di pubblicare nel suo editto annuale le formule risolutive più adatte alla definizione delle questioni più usuali (*formulae edictales*): i contendenti non avevano, quindi, che da scegliere, nella maggior parte dei casi, la formula più rispondente alla loro questione e trasferirla di comune accordo in un testo scritto o orale concreto, che si diceva *iudicium*, perchè conteneva appunto i criteri di orientamento dell'*iudex privatus*. Il nuovo sistema piacque ai cittadini romani, che presero ad usarlo anche per le controversie tra loro, davanti al *praetor urbanus*, se ed in quanto relative ad istituti del *ius civile novum*. Ma poi la *lex Aebutia* permise, a quanto si suppone, l'uso della nuova procedura anche per questioni relative al *ius civile vetus*, in luogo delle troppo rigide *legis actiones*. Più tardi la procedura formulare fu il mezzo tecnico di cui si valse il *praetor urbanus* per la introduzione degli istituti del cd. *ius honorarium*. Si giunse così all'ultima riforma attuata dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*, di cui si è detto.

Come il precedente, anche il processo formulare si di-

stinse 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 equità 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 la difesa del convenuto; alla fine si perveniva al concretamento di un *iudicium* (generalmente corrispondente ad una predisposta *formula* edittale), che l'attore leggeva al convenuto ed il convenuto dichiarava di accettare (« *dictare et accipere iudicium* »). Sulla base di tale accordo (cui si dette l'antico nome di *lis contestata*; n. 67) il pretore ordinava al giudice di giudicare; mentre al giudizio, almeno in teoria, non era possibile pervenire, se l'accordo delle parti mancasse.

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

(a) La distinzione tra *actiones civiles* e *actiones honorariae* è basata sulla provenienza della tutela processuale. Le *actiones civiles* sono quelle che competono *ipso iure*, essendo fondate sul *ius civile* (*vetus* o *novum*) o su fatti integrativi dello stesso (*leges*, *senatusconsulta*). Le *actiones honorariae* sono quelle che, pur se promosse

nell'*edictum* magistratuale, dipendono in concreto, volta per volta, da una concessione del magistrato giurisdicente (« *praetore dantur* »). La distinzione perse importanza nel periodo classico, di pari passo con il fenomeno di esaurimento del *ius honorarium* e di sua amalgamazione nel concetto di *ius verbes* (n. 20).

(b) La distinzione tra *actiones in rem* e *actiones in personam* si ricollega all'antica distinzione tra *legis actio sacramenti in rem* e *in personam* (n. 67). *Actiones in rem* sono quelle volte alla difesa di un diritto assoluto contro l'aggressione di chicchessia (n. 80). *Actiones in personam* sono quelle impiegate per la difesa di un diritto relativo, anzi spesso il termine (sopra tutto trattandosi di istituti del *ius honorarium*) viene impiegato per designare lo stesso diritto relativo (n. 90). Ma la distinzione, proprio per il suo elemento originario alla sola *actio sacramenti*, non riesce, in realtà, ad applicarsi ad ogni specie di azione: ne rimangono fuori le azioni divisorie (ricollegantisi alla *legis actio per iudicia postulationem*; n. 67), l'*actio quod metus causa* (n. 94; esercitabile contro chiunque possiede la cosa che si è consegnata sotto l'impulso della violenza morale), le *actiones noxales* (n. 94; esercitabili contro chiunque abbia in sua potestà l'autore di un *delictum*) e altre. Queste azioni intermedie tra quelle *in rem* e quelle *in personam* furono denominate da Giustiniano *actiones mixtae*.

(c) La distinzione tra *actiones poenales*, *rei persecutoriae* e *mixtae* riguarda l'oggetto della pretesa dell'attore. Le *actiones poenales* sono rivolte esclusivamente alla erogazione di una pena pecuniaria a carico dell'autore di

un atto illecito generatore di un rapporto di responsabilità primaria (n. 51 e 94). Le *actiones quibus rem persequimur* sono rivolte ad ottenere il controvalore di ciò che appartiene all'attore od è a lui dovuto. Le *actiones quibus et rem et poenam persequimur* sono rivolte ad ambedue gli scopi.

(d) La distinzione tra *iudicia stricta*, *iudicia bonae fidei* e *iudicia arbitraria* ebbe riguardo all'*officium iudicis*. I *iudicia stricta* o *stricti iuris*, anche detti tradizionalmente *condictiones*, erano *actiones in personam* imperniate sulla nuda enunciazione di un obbligo a contenuto certo e determinato, le quali non lasciavano quindi al *iudex* nessuna possibilità di valutazione discrezionali. I *iudicia bona fidei* erano *actiones in personam* nelle quali al giudice si lasciava un ampio ambito di valutazione discrezionale in ordine alla validità ed efficacia dell'*obligatio*, nonché in ordine al contenuto della condanna («...quodquid ex fide bona dare facere oportet iudex condemnato»). I *iudicia arbitraria* erano *actiones in personam* o *in rem* nelle quali al giudice si affidava un *arbitratus de restituendo*: subordinatamente all'accertamento del buon diritto dell'attore, il *iudex* doveva invitare il convenuto a restituire la *res* controversa o a ripristinare lo stato giuridico da lui alterato, nel qual caso era tenuto ad assolverlo anziché a condannarlo (es.: «*si parei fundum Capenam quo de agitur A. i. A. i. esse ex iure Quiritium, neque is fundus a N. o N. o A. o A. o arbitrio tuo restituetur, quanti ea res erit, tantae pecuniae iudex N. m. N. m. A. o A. o condemnato ecc.* »).

(e) La distinzione tra *iudicia legitima* e *imperio conti-*

entia fu posta dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*. *Iudicia legitima* furono proclamati quelli muniti di tutti e tre questi requisiti: intercorrere tra un attore e un convenuto *cives Romani*, essere celebrati non oltre un miglio al di là della cerchia urbana di Roma, essere rimessi alla *sententia* di un *iudex unus civis Romanus* (e non di *recuperatores* o di un *iudex* non romano). *Iudicia quae imperio continentur* furono ritenuti quelli mancanti anche di un solo tra i predetti requisiti. Mentre per i *iudicia legitima* la *lex Iulia* ammise che la *sententia* potesse essere pronunciata entro 18 mesi dalla *litis contestatio*, per gli altri rimase valida la regola generale che essa dovesse essere pronunciata entro l'anno di carica del magistrato che avesse emesso il *iussum indicandi* (n. 70).

(f) Rispetto alle *actiones civiles* normali le *actiones utiles* costituirono la categoria delle azioni utilizzate per uno scopo diverso da quello originario, al fine di tutelare ipotesi originariamente non previste. Il che si otteneva in concreto mediante adattamenti della struttura formulari, tra cui vanno particolarmente segnalati i seguenti: a) la trasposizione di soggetti, consistente nell'indicare un soggetto giuridico come debitore nell'*intentio* e nel designarne invece un altro come condannabile nella *condemnatio* (n. 69); con questo sistema, nelle cd. *actiones adiectivae qualitatis* (n. 56), il pretore poteva far sì che per un debito contratto dal *filius familias* o dal *servus* fosse condannato, in taluni casi, il relativo *pater familias*; b) la *fictio iuris civilis*, consistente nell'invitare il giudice a condannare o ad assolvere fingendo la esistenza di un re-

quisito del *ius civile* in realtà inesistente: questo sistema fu applicato, ad esempio, nel caso dell'*in bonis habere* (*actio Publiciana*: n. 84), in quello della *bonorum venditio* (*actio Rutiliana*: n. 72) e in quello della *bonorum possessio* (n. 76: « si A.S.A.S. Lucio Titio heres esset, tum si eum fundum de quo agitur, ex iure Quiritium eius esse oportere », ecc. »).

69. STRUTTURA E CLASSIFICAZIONE DELLE « FORMULAE ». — Nel sistema procedurale *per formulas*, a differenza che in quello *per legis actiones* (n. 67), le parti avevano la più ampia libertà di ottenere la costituzione di *iudicia* realmente ed esattamente riflettenti la questione pratica tra loro dibattuta, in quanto che la struttura essenziale degli schemi formulari da riempire era estremamente semplice e duttile.

Da un punto di vista logico, anche se non sempre da un punto di vista formale, la *formula* processuale si componeva di quattro parti ben distinte: a) la *iudicis nominatio*, cioè la designazione della persona o delle persone incaricate dal pretore, su accordo o con l'assenso delle parti, di emettere la *sententia* (es.: « *Titius iudex esto* »); b) la *pars pro actore*, nella quale si formulava l'ipotesi che risultassero fondati gli argomenti addotti dall'attore ed infondati quelli addotti dal convenuto e si invitava conseguentemente il giudice ad emettere il provvedimento richiesto dall'attore (es.: « *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere — n e c inter A.um A.um et N.um N.um convenisse ne ea pe-*

nona pateretur — index, N.um N.um A.o A.o sestertium decem milia condemnato »); c) la *pars pro reo*, nella quale si formulava l'ipotesi che non risultassero fondati gli argomenti addotti dall'attore o infondati quelli addotti dal convenuto e si invitava conseguentemente il giudice a lasciare indenne il convenuto (es.: « *si non paret, absolvo* »); d) il *iussu iudicandi*, cioè il conferimento al giudice del potere di emettere un provvedimento sulla base dei termini formulari: *iussu* che si desumeva, il più delle volte, dal tono imperativo della formulazione (es.: « *condemno, absolvo* »).

Il merito della *formula*, costituito dalle *pares pro actore* e *pro reo*, si componeva di due elementi essenziali, l'*intentio* e la *condemnatio*, e di svariati elementi accidentali: *demonstratio*, *adjudicatio*, *praescriptio*, *taxatio*, *exceptio* (e clausole affini).

(a) Elementi essenziali della *formula* erano: l'*intentio*, cioè la formulazione della pretesa dell'attore; e la *condemnatio*, cioè l'invito rivolto al giudice a condannare il convenuto al pagamento di una somma di danaro, se ed in quanto risultasse fondata l'*intentio*, o ad assolverlo in caso contrario. L'*intentio* poteva essere *in ius in factum*: era *in ius concepta*, se consistente nella affermazione di un diritto o di un dovere (es.: « *si paret fundum Capenatem A.i A.i esse ex iure Quiritium* »; « *si paret N.m N.m A.o A.o centum dare oportere* »), mentre era *in factum concepta*, se consistente nella indicazione di un fatto legittimante la *condemnatio*, il che era caratteristico della maggior parte delle *actiones honorariae*

(n. 68). L'*intentio in ius* poteva essere *certa* o *incerta*: era *certa* se indicava essa stessa la *summa* che doveva formare oggetto della condanna o servire da sottomultiplo della stessa, mentre era *incerta* se ometteva ciò e lasciava quindi al giudice il compito di determinare l'ammontare della condanna (es.: « *quod A.s A.s N. N. N. qua de agitur vendidit, quidquid ob eam rem N.m A.o A.o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N.m N.m A.o A.o condemnato ecc.* »). La *condemnatio* poteva essere, a sua volta, *certa* e *incerta*: se *incerta*, poteva avere per oggetto il « *quidquid dare facere oportet* » enunciato dalla corrispondente *intentio incerta*, oppure aveva per oggetto una somma da stabilirsi in relazione al valore complessivo della controversia al momento della *litis contestatio*, o eccezionalmente al momento dell'insorgere della lite o a quello della emanazione della *sententia* (« *quanti ea res est [fuit, erit] tantam pecuniam iudex condemnato* »).

(b) Elementi accidentali della *formula* furono: a) la *demonstratio*, mediante la quale, nei casi di *intentio incerta*, si chiarivano e precisavano meglio i termini di fatto della questione (es.: « *quod A.s A.s apud N.m N.m mensam argenteam deposuit, qua de re agitur* », con cui si precisa l'*intentio* che segue nella formula dell'*actio depositi*, « *quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N.m N.m condemnato ecc.* »); b) la *adiudicatio*, propria dei giudizi divisi (n. 83), mediante la quale si dava al giudice il poter di assegnare in *dominium ex iure Quiritium* ai singoli dividenti le parti di una cosa comune, oltre che di condannare

condannare a pagare agli altri le opportune somme di congrua (c) la *taxatio*, mediante la quale, nei casi di *condemnatio incerta*, si limitava entro un certo *maximum* l'importo della condanna (es.: « *duntaxat sestertium decem milia condemnato* », « *duntaxat quod facere potest condemnato* » ecc.); d) la *praescriptio*, mediante la quale si ponevano in via preliminare delle riserve *pro actore* o *pro reo* (queste ultime poco usate), in modo da limitare il campo di estensione dell'azione (es.: « *ea res agatur tantus rei dies fuit* », *praescriptio pro actore* con cui si limitava l'azione contro il debitore rateale alle rate per cui fosse già venuto il giorno di scadenza); e) l'*exceptio*, posta subito dopo l'*intentio*, mediante la quale si condizionava la condanna del convenuto, oltre che al fondamento della pretesa dell'attore, anche al mancato fondamento di una circostanza dedotta dal convenuto e tale da rendere inefficace la pretesa dell'attore; f) la *replicatio* dell'attore, la *duplicatio* del convenuto, la *triplicatio* dell'attore ecc.: tutte clausole affini all'*exceptio* con cui, contro una circostanza dedotta dalla controparte, si faceva presente una altra circostanza tale da togliere efficacia alla prima. L'*exceptio* e le clausole affini potevano essere tanto basate su disposizioni di legge (es.: *exceptio legis Plaetinae de circumscriptione adolescentium*, opposta al creditore istante dal debitore *adulescens*, n. 55), quando basate su concessioni del magistrato giurisdicente (es.: *exceptio doli, metus, pacti conventi* ecc.): Le *exceptiones* potevano, inoltre, distinguersi in *peremptoriae*, se tali da poter essere opposte in qualunque momento all'azione

(es.: l'*exceptio doli* opposta all'*actio* del creditore doloso) e *dilatoriae*, se tali da poter essere opposte solo in determinate epoche o situazioni (es.: contro chi agisse per il pagamento di un debito, di cui non fosse ancora giunta la scadenza, l'*obligatus* poteva far valere, sino al giorno della scadenza, l'*exceptio* del *factum de non petendo*): ma se l'attore, malgrado l'opposizione di una *exceptio dilatoria*, anzichè ritirarsi, insisteva nell'azione proposta, giungendo alla *litiscontestatio*, il convenuto andava assolto, nè l'azione poteva più riproporsi.

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

70. LA FASE « IN IURE » DELLA PROCEDURA FORMULARE.

— Come già accennato (n. 68), la fase *in iure* della procedura formulare (di accertamento) aveva inizio con la comparizione delle parti davanti al magistrato ed aveva termine con la *litiscontestatio*.

Parti nel processo (cioè legittimati all'esercizio dell'azione processuale) potevano essere, di regola, esclusivamente i soggetti del rapporto giuridico litigioso. Salvo un certo numero di divieti posti dall'Editto, era ammessa, peraltro, la rappresentanza processuale (diretta) da parte

del *cognitor* (n. 64); nei casi in cui il *cognitor* non fosse ammesso il convenuto era, quindi, abilitato all'esercizio di una apposita *exceptio dilatoria* (n. 69) contro l'attore (*exceptio cognitoria*). Se, per conto di una delle parti, interveniva nel processo un *procurator*, questi era tenuto a garantire l'adesione del suo principale mediante una *cautio praetoria* (n. 72): la *cautio ratam rem dominum habiturum*, trattandosi del *procurator* dell'attore, o la *cautio iudicatum solvi*, trattandosi del *procurator* del convenuto. I *defensores* (*oratores, patroni, advocati*) non avevano, quando vi erano, funzioni di rappresentanza, ma solo funzioni di assistenza.

La citazione del convenuto da parte dell'attore aveva formalmente luogo sempre mediante la solenne *in ius vocatio* dell'*actio sacramenti in personam* (n. 67); ma in pratica essa era normalmente surrogata mediante il *vadimonium*, cioè mediante una solenne promessa stragiudiziale del convenuto (promessa anticamente garantita da *vadex* e successivamente garantita da *sponsores*), di presentarsi *in iure* in un determinato giorno. Se ed in quanto il convenuto si recasse effettivamente *in ius*, l'attore (che già in sede di *vadimonium* aveva provveduto normalmente a preavvertirlo circa l'azione che intendeva esercitare) procedeva all'*editio actionis*, cioè ad una indicazione della sua pretesa con conseguente designazione della *formula* edittale prescelta, o, in mancanza di una *formula* edittale *ad hoc*, con conseguente invocazione al magistrato affinché concedesse un apposito *iudicium*. Sul punto il convenuto era libero di intavolare una discussione, al ter-

mine della quale il magistrato era in grado di decidere o procedere alla invocata *datio actionis* o se, invece, respingere le richieste dell'attore mediante una *denegatio actionis*.

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

Cause di impossibilità del processo erano, invece, la citata *denegatio actionis* da parte del magistrato giudicante, l'assenza di una delle parti, o infine la *renitentia* di una di esse ad adducersi alla *litiscontestatio*. In tutti e tre questi casi la proponibilità dell'azione non era però esclusa, sicchè l'attore poteva tornare alla carica con la stessa azione anche altre volte, profittando del cambiamento del magistrato o di altre circostanze. Quanto alle ipotesi di assenza o di renitentia di una delle parti, il pretore provvede indirettamente agli interessi dell'attore, minacciando contro l'*indefensus*, nel caso di *actio in personam*, la rovinosa procedura esecutiva della *missio in bonis* (n. 72); nel caso di *actio in rem*, se il convenuto abbandonava la cosa, il possesso ne passava all'attore reclamante.

La possibilità sia per il pretore che per le parti di impedire la *litiscontestatio*, dimostra come questa fosse il frutto del concorso delle loro tre volontà: la *datio iudicii* del magistrato, la *dictatio iudicii* dell'attore e l'*acceptio iudicii* del convenuto. Concettualmente indipendente dalla *litiscontestatio*, sebbene il più delle volte implicato in essa, era l'*issum iudicandi* rivolto dal magistrato al giudice, che poteva anche essere separato dalla *litiscontestatio* o successivamente rinnovato. Effetto della *litiscontestatio* era la estinzione del rapporto giuridico controverso e la contemporanea creazione di un rapporto giuridico nei termini indicati dalla *litiscontestatio*: un rapporto per cui il convenuto era tenuto a subire la condanna se il giudice accertasse il suo torto (cd. *condemnatio portere*). Effetto dell'*issum iudicandi* era l'acquisto da parte del giudice del potere di condannare o di assolvere il convenuto nel termine finale di 60 mesi per i *iudicia legitima* o dell'anno magistratuale per i *iudicia imperio continentia* (n. 68).

71. LA FASE « APUD IUDICEM » DELLA PROCEDURA FORMULARE. — La fase *apud iudicem* della procedura formulare (di accertamento) aveva inizio: in teoria, nel momento della *litiscontestatio*, in cui contemporaneamente aveva termine la fase *in iure*; in pratica, nel momento in cui le parti o una di esse (generalmente, per ovvi motivi, l'attore) si presentavano al *iudex privatus*, chiedendogli che, in forza del *issum iudicandi* e sulla base del *iudicium concretatum in iure*, svolgesse la sua attività di giu-

dizio. Se una delle parti non si presentava al *iudex*, questi esercitava egualmente la sua funzione sulla base delle affermazioni dell'altra parte, ed egualmente giungeva alla *sententia* pure in assenza di uno dei contendenti; se ambedue le parti non si presentavano al *iudex*, viceversa, il procedimento non poteva aver luogo. Se, infine, non presentandosi le parti o non facendo in tempo il *iudex* ad assolvere la sua funzione, scadeva il termine finale del giudizio, si verificava la *mors litis*; ma sembra che l'attore potesse successivamente invocare dal magistrato una conferma della precedente *litiscontestatio* ed una rinnovazione del processo *apud iudicem*.

Il procedimento *apud iudicem* era molto semplice e libero. Le parti, eventualmente assistite da *defensores* (n. 70), ribadivano le affermazioni fatte *in iure* e cristallizzate nel *iudicium*, adducendone la *prova*, di cui il giudice operava la assunzione e la valutazione. L'onere della prova spettava, di regola, a chi affermasse una circostanza, non a chi la negasse (« *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* »); pertanto, essenzialmente l'attore era gravato del compito di provare gli elementi giustificativi della condanna del convenuto; il convenuto, invece, era tenuto a provare solo le circostanze su cui basasse una *exceptio* o una *duplicatio* (e in questo senso si diceva che « *reus in excipiendo fit actor* »). Quanto ai mezzi di prova, era lasciata alle parti la massima libertà nel produrli in tutta la loro moltitudine (documenti, testimonianze ecc.), ma era altresì lasciata al giudice la massima libertà nel valutare la efficacia: tuttavia, il giudice non era libero di basare la

sententia su indagini (*inquisitiones*) svolte da lui stesso o per una iniziativa.

La *sententia iudicis*, con cui si chiudeva la fase *apud iudicem*, era un atto complesso, costituito da un parere sulla controversia contestata, che il giudice emanava come privato *ex informata conscientia* (*sententia* in senso stretto); da un conseguente provvedimento di *condemnatio*, *adiudicatio* o *absolutio*, che il *iudex* emanava in forza dei poteri conferitigli dal magistrato sulla base del *iudicium* e mediante il *iussum iudicandi*. La condanna del convenuto era sempre pecuniaria, cioè in una somma di danaro determinata nell'*intentio* oppure rimessa alla valutazione del giudice (n. 70), e mai *in ipsam rem*. Ad essa il convenuto poteva sfuggire solo restituendo la cosa di cui avesse spossessato l'attore o adempiendo a favore dell'attore la sua obbligazione di cosa determinata: diversamente dai Proculiani, i Sabiniani, giustamente basandosi sulla separazione concettuale esistente tra *sententia* in senso stretto e provvedimento, sostennero che il convenuto potesse sino all'ultimo momento ottenere l'assoluzione e restituendo la cosa o eseguendo la prestazione (e in questo senso si disse « *omnia iudicia absolutoria esse* »).

72. I MEZZI COMPLEMENTARI DELLA PROCEDURA FORMULARE. — Molte ragioni, tra cui non ultima la limitazione della procedura formulare al processo di accertamento e il condizionamento del processo secondo il rito formulare all'accordo delle parti circa la *litiscontestatio*, indussero i magistrati giudicanti romani, ed in particolare il pretore, a porre

in essere svariati mezzi complementari della procedura formulare, mezzi sopra tutto intesi a garantire l'adesione delle parti al processo e la esecuzione delle pretese giudizialmente accertate. Tali mezzi complementari furono essenzialmente basati sull'*imperium* magistratuale (« *magis imperii quam iurisdictionis* ») e furono: gli *interdicta*, le *in integrum restitutiones*, le *stipulationes praetoriae*, le *missiones in possessionem*, le *bonorum possessiones*.

(a) Gli *interdicta*, sorti probabilmente ancor prima della procedura formulare, erano ordinanze di urgenza, mediante le quali il magistrato ingiungeva a chi di ragione di restituire una cosa di cui si fosse impusato (*interdicta restitutoria*: es., *in quorum bonorum*), di esibire un oggetto che tenesse riservato (es., un documento: *interdicta exhibitoria*), o infine di astenersi da un certo comportamento (*interdicta prohibitoria*: es., *interdicta possessoria*, n. 38). L'ordine emanato dal magistrato su richiesta di chi assumesse di aver interesse e nei riguardi della persona o delle persone che questi gli avesse condotto *in ius* per sentirselo proferire: nel caso di alcuni *interdicta prohibitoria*, esso era diretto a tutti gli abitanti (*interdictum duplex*). Dato che l'*interdictum*, appunto per il suo carattere di urgenza, era emanato senza previo accertamento della fondatezza delle asserzioni del richiedente (*causa non cognita*), il destinatario che non intendesse ottemperarvi poteva, prima di uscire dal tribunale, provocare una procedura di accertamento della sua infrazione. Tale procedura interdittale poteva

essere: a) *cum poena*: il destinatario dell'interdetto (o ambedue le parti, nel caso di *interdicta duplex*) si impegnava mediante *sponsio* (n. 91) verso la controparte a pagarle una somma a titolo di penale, se risultasse il suo torto; la controparte si impegnava, a sua volta, mediante altra *sponsio* (od. *restipulatio*), verso il destinatario dell'interdetto a pagarle una somma a titolo di penale se non risultasse dimostrato il suo torto; dopo di che le parti esercitavano l'una contro l'altra le *actiones ex stipulatu* derivanti dalle *sponsiones* ricevute e quindi un *iudex privatus*, a seguito di una unica *litiscontestatio*, veniva incaricato di decidere se e chi avesse contravvenuto all'*interdictum*, pronunciando le conseguenziali condanne e assoluzioni; b) *sine poena* (procedura ammessa soltanto negli *interdicta exhibitoria* e *restitutoria*): il destinatario dell'interdetto chiedeva la instaurazione di un *iudicium arbitrium*, in base al quale un giudice accertasse il suo torto ed eventualmente lo condannasse dopo averlo invitato ad obbedire all'interdetto.

(b) Le *in integrum restitutiones* erano provvedimenti intesi ad invalidare *ope magistratus* (n. 39) atti pienamente validi *iure civili*, e quindi a ripristinare pienamente (*restituere in integrum*) una situazione che un atto giuridico avesse modificato. Il magistrato emanava tali provvedimenti su richiesta dell'interessato, previo accertamento dei fatti (*causa cognita*): talvolta in forma esplicita, mediante apposito *decretum*, e talaltra in modo implicito, attraverso la concessione di *formulae iudiciae*.

(c) Le *stipulationes praetoriae* (anche

dette *cautiones*) erano normali *stipulationes* (n. 91), che il pretore, su richiesta dell'interessato, imponeva a taluno di compiere, sotto minaccia di una *denegatio actionis* o di una *missio in possessionem* o di altro provvedimento sfavorevole ai suoi interessi. Il fine delle *stipulationes praetoriae* era un fine cautelare (n. 66): il destinatario del comando pretorio era tenuto ad impegnarsi (in veste di *promissor*) al pagamento di una somma di danaro alla controparte allo scopo di garantirla dal verificarsi di un fatto temuto (es.: *cautio rem pupilli salvam fore*, n. 53; *cautionem ratam rem dominum [negotii] habiturum*, n. 70). Le *cautiones praetoriae* si distinguevano, più propriamente, in *re promissiones*, se era sufficiente la sola promessa del destinatario del comando pretorio; e *satisdationes*, se il pretore esigeva che esse fossero accompagnate da altre *cautiones* di terze persone a maggior garanzia dell'adempimento.

(d) Le *missiones in possessionem* erano provvedimenti magistratuati mediante i quali si autorizzava taluno ad immergersi nella detenzione o anche talvolta nel possesso (n. 88) di alcuni o di tutti i beni di un altro, con la conseguenza che a costui il magistrato denegava l'azione se volesse rientrare nel possesso o nella detenzione dei suoi beni. Nel caso di *missio in possessionem* relativa a singoli beni si parlava di *missio in rem*; se invece la *missio* riguardasse l'intero patrimonio di un soggetto, si parlava di *missio in bona* (es.: *missio in bona fraudatoris*, n. 95).

(e) La *bonorum possessio* era l'autori-

tazione elargita dal pretore ad una o più persone di immergersi nella detenzione del patrimonio ereditario di una persona defunta, prescindendo dai diritti che su tale patrimonio potessero vantare i successori *iure civili* (n. 76). In origine la *bonorum possessio* era *sine re*, nel senso che i *bonorum possessores* potevano comportarsi come *domini* nei riguardi di tutti salvo che degli *heredes iure civili*, di fronte alla cui *hereditatis petitio* erano tenuti a soccombere; ma nel finire del periodo preclassico essa divenne *cum re*, e pertanto i *bonorum possessores* furono protetti (mediante la *denegatio* della *hereditatis petitio*) anche rispetto agli *heredes* e furono ammessi ad esercitare contro chiunque *actiones ficticiae* (in cui si ordinava al giudice di fingere che essi fossero *heredes iure civili*).

73. L'ESECUZIONE DELLA SENTENZA E LA COSA GIUDICATA. — Nel sistema formulare l'esecuzione della *sententia* di condanna non era ottenibile direttamente, ma solo in via indiretta, attraverso l'esperimento dell'*actio iudicati*, oppure in via anomala, attraverso l'intervento *ex imperio* del magistrato.

L'*actio iudicati*, che nella procedura formulare aveva il posto della *manus iniectio iudicati*, non era una vera e propria azione esecutiva, ma piuttosto una azione di nuovo accertamento del merito della controversia, e più precisamente un'azione di *revisione*. L'attore che fosse riuscito vittorioso in prime cure, ed al quale il convenuto non avesse spontaneamente prestato la *summa condemnationis*, doveva, per realizzare il suo credito, citare nuovamente il

convenuto dinanzi al magistrato invocando nei suoi confronti la *sententia* di condanna; a tal punto il convenuto poteva tanto attuare la *confessio in iure*, quanto affermare la irregolarità del primo giudizio e reclamare la nuova *litis contestatio*; il giudice dell'*actio iudicati* era conseguentemente invitato a pronunciare l'assoluzione del convenuto, se risultassero fondati i suoi reclami, oppure a pronunciare la condanna del convenuto stesso al *duplum* della primitiva *summa condemnationis*. L'attore era, quindi, autorizzato alla concreta esecuzione solo in caso di condanna del convenuto nell'*actio iudicati*, oppure di sua *confessio in iure* (« *confessus pro iudicato est* »). E quanto alla concreta esecuzione, essa era sempre, in teoria, quella personale (n. 67), sebbene fortemente mitigata per effetto dell'antichissima *lex Poetelia Papiria* (426 a. C.), la quale aveva vietato che si giungesse agli estremi della necisione del debitore o della sua vendita *trans Tiberim*.

Il sistema esecutivo dell'*actio iudicati* (troppo macchinoso, e inoltre condizionato alla vita ed alla presenza *in iure* del convenuto) fu progressivamente soppiantato, nel corso del periodo classico, dal sistema anomalo, ma assai più efficace, della *missio in possessionem* concessa ai creditori (n. 72) e della conseguente *bonorum venditio*. Casi originari di questa procedura esecutiva anomala furono, appunto, quelli della fraudolenta renitenza ad ottemperare alla *vocatio in ius* (cd. *latitatio fraudationis causae*), quello della assenza ingiustificata da Roma e quello del debitore morto senza eredi; ma più tardi il sistema si generalizzò, riguardando tutte le ipotesi di insolvenza. Il pretore pro-

annunciava la *missio in bona* di tutti i creditori che ne facessero richiesta e nominava tra essi un *curator bonorum* col compito di amministrare il patrimonio del debitore insolvente e di annunciare per pubblici bandi l'avvenuta *missio*, affinché potesse farsi avanti a parteciparvi ogni altro creditore. Dopo 30 giorni dalla *missio* (o 15 giorni, trattandosi di *missio in bona* di un defunto) i creditori iscritti procedevano alla elezione di un *magister bonorum*, il quale facesse l'inventario dei beni e redigesse un bando di vendita degli stessi (*lex venditionis*). La *venditio bonorum*, che era produttiva di *infamia* per il fallito (n. 47), avveniva *in blocco* a favore di chi (*bonorum emptor*) offriva ai creditori la più alta percentuale dei loro crediti. Il *bonorum emptor* era considerato successore universale del fallito (n. 75): per conseguenza uno speciale interdetto tutelava la sua *bonorum possessio*, ed inoltre egli era ammesso ad esigere i crediti del fallito con l'*actio Serviana* (azione *fitticia* che lo parificava all'erede, nel caso che il fallito fosse defunto) o con l'*actio Rutiliana* (azione con trasposizione di soggetti, usata nel caso che il fallito fosse tuttora vivente). In ipotesi particolari (es.: quando il debitore fosse un senatore), per evitare la rovina totale del debitore ed inoltre la sua *infamia*, fu praticata la procedura esecutiva della *bonorum distractio*, cioè della vendita alla spicciolata dei cespiti patrimoniali sino a concorrenza dell'ammontare dei crediti.

La *sententia iudicis* (o la *confessio in iure* ad essa equiparata) determinavano la *res iudicata* (« causa giudicata, lite risolta »: cd. « cosa giudicata in senso sostan-

ziale»), e quindi la fine della lite tra le parti. Conseguenza della *mors litis* derivante da *res iudicata* era la improponibilità di altre azioni tra le stesse parti (o i loro eredi o rappresentanti) in ordine allo stesso merito: « *obis de eadem re ne sit actio* ». Nei *iudicia legitima in personam* (n. 68) la *eadem res iudicata* era rilevabile dal giudice *ex officio* sino al momento della pronuncia della *sententia*, con la conseguenza che il convenuto andava assolto. Nei *iudicia legitima in rem* e nei *iudicia imperio continentia*, invece, solo le parti erano ammesse, nella fase *in iure*, a far rilevare mediante *exceptio* la esistenza di una *eadem res iudicata* o anche di una precedente *litiscontestatio* sullo stesso merito (*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*).

74. I SISTEMI PROCEDURALI « EXTRA ORDINEM ». — Sin dal periodo classico le controversie svolgentisi in territorio esterno a Roma e quelle relative ad alcune materie speciali (es.: *fideicommissa*, n. 79) furono sottoposte, per iniziativa del *princeps*, a procedura diversa da quella ordinaria descritta sin ora. Si parlò pertanto di procedimenti straordinari, di *cognitio extra ordinem* (n. 20), la quale finì, con l'abolizione del processo formulare (n. 68), 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 agire anche in *contumacia* del convenuto; la possibilità di ottenere una revisione della prima *senten-*

za 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*).

LA SUCCESSIONE NEI RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI

Sommario: 75. Generalità — 76. La successione nei rapporti giuridici privati di una persona defunta — 77. La vocazione *ex testamento* alla successione *mortis causa* — 78. La vocazione *ab intestato* alla successione *mortis causa* e la successione necessaria — 79. Effetti particolari della successione testamentaria.

75. GENERALITÀ. — Tutte le volte in cui, fermi restando gli altri elementi, un nuovo soggetto subentra nella posizione di una delle parti di un rapporto giuridico privato si suole parlare di una successione del primo al secondo, o anche, avuto particolare riguardo alla situazione (attiva o passiva) in cui si subentra, di un acquisto derivativo di un diritto o di un obbligo da parte del successore (n. 51). Si suole distinguere ulteriormente tra successione particolare e successione 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 successione ad una persona defunta, a seconda che si subentri in un rapporto o nei rapporti di

nel 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)*, soltanto in diritto postclassico si formò e si diffuse la distinzione tra una *successio in singulas res* ed una *successio in universum ius*, quasi che, in quest'ultimo caso (corrispondente alla *successio in locum et ius* dei periodi precedenti), il complesso dei rapporti giuridici privati facenti capo all'antecessore costituisse anche esso 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 farà discorso nelle pagine precedenti, quando si parlerà dei singoli rapporti giuridici 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* (n. 82), perché donna *sui iuris* sottoposta alla *manus* del marito (n. 76). Tutti questi istituti decadde rapidamente già nel corso del diritto preclassico. Resta, pertanto, da dire qualcosa sulla successione nei rapporti giuridici privati di una persona defunta, che è l'istituto più importante.

76. LA SUCCESSIONE NEI RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI DI UNA PERSONA DEFUNTA. — Nel sistema del *ius civile* la successione in *locum et ius* di una persona defunta prendeva il nome di *hereditas*, termine che serviva anche a significare il complesso dei rapporti giuridici che trapassavano dall'antecessore al successore; accanto all'*hereditas* si conosceva anche la successione a titolo particolare, attuata mediante l'istituto dei *legata* (n. 79). 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 (*bonorum possessio*: n. 72). 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 successione in *universum in 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 pre-

valenza 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 avveniva automaticamente (*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 *filii 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* accet-

tante avrebbe potuto compiere (*pro herede gestio*, es., alienazione di un cespite ereditario, esazione di un eredito dell'antecessore); in diritto postclassico fu reputata sufficiente la espressione comunque fatta della *voluntas suscipiendae hereditatis* (*aditio nuda voluntatis*). L'*adgnitio bonorum possessionis* si faceva davanti al pretore senza soleanità 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 « *res 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 *vindictio* delle singole *res* (n. 83), anche una *vindictio* complessiva dell'*hereditas* contro il possessore della medesima (*hereditatis petitio*); importanti innovazioni al sistema furono introdotte da un *SC. Iuventianum* del II sec. d.C. Per la divisione dell'asse ereditario tra i coeredi, ciascuno di questi poteva esercitare contro gli altri l'*actio familiae herciscundae*, allo scopo di ottenere dall'*iudex privatus* l'*adjudicatio* delle quote (n. 50).

77. LA VOCAZIONE « EX TESTAMENTO » ALLA SUCCESSIONE « MORTIS CAUSA ». — La causa su ogni altra prevalente, al-

senza di regola, di chiamata alla successione *mortis causa* fu il *testamentum* (Mod. D. 28, 1, 1: « *voluntatis nomine iure 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 nella 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*); la consegna delle tavolette era accompagnata da una solenne *mancipatio* (« *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 ormai come *testes*. Testamento civile e testamento pretorio si fusero, nel periodo postclassico, in quello che Giustiniano denominò *testamentum tripertitum*, 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 meus heres esto* ») e la espressa *exheredatio* degli *heredes sui*, qualora li si volesse escludere dalla *successio* (« *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* »). Anziché un unico erede, potevano essere istituiti più *coeredi*, sia in quote uguali che in quote disuguali, ma la *institutio* di un erede non poteva 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* (« *destrata rei certamentione* »), 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 (*substitutio 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* (n. 53 e 54), una *manmissio* (n. 44), ed altre disposizioni particolari (*legata, fideicommissa*), di cui si dirà fra poco (n. 79).

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.

78. LA VOCAZIONE « AD INTESTATO » ALLA SUCCESSIONE « MORTIS CAUSA » E LA SUCCESSIONE NECESSARIA. — In mancanza di *testamentum*, trovava luogo la *vocazione ad intestato*, che si disse *legitima* perchè fu regolata dalle XII tavole. Queste stabilirono che, in mancanza di *heredes sui* (cioè di *filifamilias*), la *familia* e la *patronia* del defunto (cioè il suo patrimonio in *res mancipi* e *res mancipi*: n. 50) fossero devolute all'*adgnatus proximus* e, in mancanza di *adgnati*, ai *gentiles*, cioè ai *patres* della stessa *gens*: non accettando l'*adgnatus proximus*, l'eredità diveniva 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 (mediante la concessione della cd. *honorum possessio ab intestato*) 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 *agnatio* (n. 35); 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, man-

tando i *cognati*, al defunto succedesse il *coniuge* se *perstite* (*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 nessuno dei membri di un certo *ordo* successorio, la chiamata si trasferisse, secondo l'ordine dei gradi, ai membri dello *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.

Nel corso dell'età classica si profilò, accanto alla successione testamentaria ed a quella *ab intestato*, un altro tipo di successione, la *successione necessaria*, di cui si conoscono, più precisamente, due tipi: la cd. successione necessaria formale, costituita dalla *bonorum possessio contra tabulas*, e la cd. successione necessaria sostanziale, concretantesi nella *querela inofficiosi testamenti*. La *bonorum possessio contra tabulas* fu introdotta dal pretore: questi, ritenendo che alla successione universale avessero diritto non soltanto i *filii in potestate*, ma anche quelli emancipati, concesse tanto agli uni quanto agli altri (denominandoli genericamente *liberi*), se gliene facessero richiesta, la *bonorum possessio* in caso di preterizione nelle *tabulae* testamentarie. Ma, a parte questa ipotesi, va aggiunto che, sul finire del periodo classico i magistrati riconobbero ai più stretti congiunti del testatore il diritto di attaccare la validità del testamento, anche se lo-

sono 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 preteriti della *querela inofficiosi testamenti*, volta ad ottenere il permesso di esercitare la *hereditatis petitio* almeno in ordine ad una certa frazione dell'asse ereditario. Nel 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.

79. 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* (n. 77), nella quale i *legata* dovettero configurarsi come oneri imposti dal *mancipio danti* al *familiae emptor*; ma non è da escludere che l'istituto sia sorto anche prima.

Il *ius civile* conobbe quattro tipi di legato: *legatum 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 (erede o altri); *legatum 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); *legatum sinendi modi* (« *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.; *legatum per praecipionem* (« *heres meus praecipio* »), 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 con l'altro da un *SC. Neronianum* del I sec. d.C., il quale stabilì che, se un *legatum per vindicationem* non potesse valere come tale (es., perchè il testatore avesse legato una cosa altrui), esso valesse almeno come *legatum per damnationem* (quindi, nell'esempio citato, l'erede doveva acquistare la cosa ed aveva 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*:

a. 76), 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 fideicommissi fosse assicurata giurisdizionalmente l'esecuzione. Il *fideicommissum* diventa, in tal modo, un istituto giuridico assai diffuso, che in periodo postclassico mostrò chiara tendenza ad assorbire in sé i legati. Giustiniano finì, infatti,

se non per unificare nella struttura, almeno per raggiungere negli effetti i legata ai fideicommissa (« per omnia exaequata sunt legata fideicommissis »).

CENNI SUI SINGOLI RAPPORTI GIURIDICI
PRIVATI

I RAPPORTI GIURIDICI ASSOLUTI

SOMMARIO: 80. Generalità — 81. Il *mancipium quietario* — 82. Le potestà familiari — 83. Il *dominium ex iure Quiritium* — 84. Gli altri rapporti assoluti reali in senso proprio — 85. Le *servitutes praediorum* — 86. L'*usufructus* e gli istituti affini — 87. Gli altri rapporti assoluti reali in senso improprio — 88. La *possessio* e la *quasi possessio*.

80. GENERALITÀ. — Rapporti giuridici (privati) assoluti sono, come già si è detto (n. 33), quelli che intercorrono tra un soggetto attivo (o più soggetti attivi determinati) e tutti gli altri consociati in genere, i quali sono tenuti ad un comportamento di astensione nei riguardi del soggetto attivo ed in ordine all'oggetto del rapporto. Nel caso che uno dei soggetti passivi del rapporto assoluto turbi la libera esplicazione delle facoltà spettanti al soggetto attivo, si determina la costituzione tra i due di un rapporto (relativo) di responsabilità, che può essere eventualmente ad esecuzione coatta: la pretesa *erga omnes* del soggetto attivo si traduce, cioè, in una pretesa specifica verso l'inosservante e, qualora questo perseveri nel suo atteggiamento, essa si traduce in un potere di azione sullo stesso.

A fondamento di ogni convivenza sociale (n. 2) vi è sempre ed in ogni caso, un rapporto assoluto basilare, che è quello di libertà: ogni consociato è titolare di una pretesa *erga omnes* a che non lo si disturbi nel godimento di quella sfera di libertà, cioè di liceità, che l'ordinamento gli ha riconosciuto. Rispetto ai rapporti di libertà, che hanno un contenuto indeterminato, tutti gli altri rapporti a contenuto determinato, cioè riferiti ad oggetti specifici, possono definirsi come rapporti di secondo grado: essi, infatti, presuppongono tutti la esistenza e la validità del rapporto di libertà, cioè della sfera di liceità predisposta dall'ordinamento. Quindi, anche se un rapporto abbia carattere relativo (es.: un rapporto di credito in ordine ad una somma di danaro mutuata), esso ha un riflesso *erga omnes*, derivante dall'esistenza del rapporto fondamentale di libertà: invero, il soggetto attivo, (es., il creditore) non soltanto è titolare di una pretesa specifica verso un determinato soggetto passivo (il debitore), ma è titolare altresì della pretesa *erga omnes* a che non si contesti o disturbi la sua situazione attiva lecitamente creata.

Dal rapporto fondamentale di libertà, che è ad oggetto indeterminato, tutti gli altri rapporti assoluti si differenziano per il fatto di riferirsi ad oggetti determinati o determinabili (una persona, una casa, un animale, un gioiello, un gregge). Infatti, ogni oggetto giuridico, per il fatto stesso di esser tale, comporta un rapporto assoluto che lo riguarda, e cioè implica un soggetto che abbia su di esso ogni sorta di facoltà non vietate dall'ordinamento nell'interesse generale (cd. *ius utendi, fruendi et abutendi*: facoltà

di usare, ricavar frutti e abusare sino a distruggere). Caratteristiche dei rapporti assoluti in senso proprio (che possono essere, beninteso, sia a soggetto attivo unico, che a soggetti attivi plurimi) sono, dunque: la inerenza ad un oggetto giuridico, nel senso che sin che l'oggetto esiste come tale esiste il rapporto assoluto ad esso inerente, pur se ne mutino i soggetti (modificazione soggettiva del rapporto: n. 51); la illimitatezza delle facoltà del soggetto attivo, nel senso esposto che il soggetto attivo può fare sull'oggetto tutto ciò che gli aggrada, salvo che l'ordinamento non lo vieti nell'interesse comune; la elasticità delle facoltà del soggetto attivo, nel senso che, venendo meno un limite posto ad esse, esse tornano automaticamente ad essere illimitate come prima.

Accanto e in sottordine alla categoria dei rapporti assoluti in senso proprio si è andata formando nei vari ordinamenti giuridici, a cominciare da quello romano, per esigenze del tutto empiriche, un novero più o meno vasto di rapporti assoluti impropri: impropri perchè limitati nelle facoltà del soggetto attivo e perchè riferiti ad un soggetto giuridico di altro rapporto assoluto proprio (es.: il rapporto di usufrutto, che comporta per il soggetto attivo [l'usufruttuario] la facoltà di percepire i frutti della cosa fruttifera di un altro [il proprietario], ma non comporta però la facoltà di disporre a piacimento della cosa e ogni altra facoltà sulla stessa, le quali restano al proprietario). A rigor di termini, i rapporti assoluti impropri sarebbero da qualificare come relativi; ma la inser-

zione nella categoria dei rapporti assoluti è più opportuna, sia per omaggio alla storia e sia per il fatto che essi hanno, comunque, alcune caratteristiche fra quelle dei rapporti assoluti (es.: l'inerenza all'oggetto). Ad ogni modo, l'identificazione dei rapporti giuridici assoluti impropri non può essere operata in base a schemi logici, ma solo in base a designazioni tassative e concrete dei singoli ordinamenti positivi: è per ciò che essi costituiscono un *numerus clausus*.

31. IL « MANCIPIUM » QUIRITARIO. — Il sistema antichissimo del *ius Quiritium* (n. 9) riconobbe e tutelò un solo tipo di rapporto assoluto, di contenuto amplissimo, che fu l'archetipo di tutti i principali rapporti regolati successivamente dal *ius civile vetus*. Tale rapporto, avuto riguardo alle facoltà del soggetto attivo, venne denominato *manus o mancipium* (da « manu capere »).

Soggetto attivo del rapporto giuridico quiritario di *mancipium* fu il *paterfamilias* nei confronti di tutti gli altri *Quirites*, e per essi di tutti gli altri *paterfamiliarum* quiritari. Oggetto ne fu la *familia* (n. 35) in tutti i suoi distinti e svariati elementi, rappresentati: a) dai *filii*, *nepotes ex filio*, *pronepotes* ecc., tutti denominati *filii familias*, in quanto nati posteriormente al *pater* (*adgnati*; n. 35); b) dagli *adrogati*, cioè dai *paterfamiliarum* liberamente assoggettatisi, mediante *adrogatio*, al *pater*, e quindi ridotti, in una con i propri *filii*, in condizione di *filii familias* (n. 82); c) dalle *adgnatae* o *filiae familias*; d) dalle *uxores in manu*, cioè

dalle mogli del *pater* e dei suoi *filii*, tutte sotto la potestà del *pater* e quindi *filiarum loco* (n. 36); e) dai *filii* acquistati presso altre *familiae* (detti poi, propriamente, *mancipia*); f) più tardi, dai *servi*, cioè dai prigionieri di guerra non uccisi, ma conservati (*servati*) per il lavoro; g) dalla *domus* (dell'etimo indo-europeo « *dham* » = « *fam* » = « *familia* »), con l'orto e il piccolo *heredium* circostanti, o anche, più tardi, dal *fundus in agro Romano*, risultante dalla *divisio et adsignatio agrorum*; h) dagli animali domestici destinati ai lavori agricoli ed ai servizi familiari (*animalia quae collo dorsove domantur*: buoi, muli, asini, cavalli); i) dalle altre cose mobili, in quanto funzionalmente necessarie alla *familia*, cioè dagli attrezzi per la coltivazione (*instrumentum fundi*).

La situazione degli elementi costituenti la *familia* non era però identica per tutti. La *domus*, il *fundus*, gli *animalia* e le altre cose erano oggetti giuridici per loro natura (detti poi *res* in senso proprio; n. 49). I *servi* e i *mancipia* erano oggetti normali di rapporti giuridici (detti più tardi anch'essi *res*), ma potevano essere liberati (*manumissi*), con l'effetto di diventare *liberti* dei loro antichi *pater* (rapporto cd. di *patronatus*; n. 44). Tutti gli altri elementi (ivi comprese, in tempi più avanzati, le donne) erano invece oggetti giuridici a titolo temporaneo, ma erano potenzialmente soggetti giuridici, perchè sarebbero diventati indipendenti allorchè il *paterfamilias* fosse scomparso: essi vennero pertanto contraddistinti col termine di *liberi* o di *capita*, cioè di membri in qualche modo

influenti nella vita della comunità (« vivo quoque parente quodammodo domini existimantur »).

La diffusione degli scambi produsse poi, in molte *familias*, ricchezze esuberanti gli stretti bisogni della comunità (prevalentemente: bronzo, monili, mobili ecc.): dette ricchezze, essendo valutate soltanto in rapporto al loro intrinseco valore di scambio, si dissero *pecunia* (posteriormente, *res nec mancipi*; n. 50).

L'atto mediante il quale si attuava il trasferimento della titolarità attiva di questi rapporti era, trattandosi di *pecunia*, la consegna materiale della *res* (*traditio*), mentre per tutti gli altri oggetti giuridici era richiesta, a garanzia della conoscenza del negozio da parte della comunità, la *mancipatio*: la pesatura dell'*aes rude* (cioè del bronzo non coniato, che si usava per i pagamenti) era operata da un *libripens* (portatore di bilancia) in presenza delle parti e di cinque testimoni *pater familiarum*, dopo di che l'acquirente affermava di essere il titolare attivo del rapporto in luogo dell'alienante. Ma l'acquisto di un oggetto giuridico altrui poteva avvenire anche per il solo fatto che un *pater familias* avesse pubblicamente e senza contrasto usato, per un congruo periodo di tempo (due anni per i *fundi*, uno per le *ceterae res*), dell'oggetto (*usus o usucapio*).

Verso la fine del sec. VI a. C. la diversa valutazione sociale dei singoli elementi costitutivi della *familia* e la formazione di una *pecunia* extrafamiliare fecero sì che si profilasse una scissione del *mancipium* in tre distinte categorie di rapporti giuridici assoluti: la *patria potestas*, la

manus maritalis e il *dominium*. La *patria potestas* fu il rapporto assoluto avente per contenuto i poteri illimitati del *pater* sui *filii* (n. 82); la *manus maritalis* fu il rapporto assoluto avente per contenuto i poteri del *maritus* o del suo *paterfamilias* sulla *uxor* (n. 36); il *dominium* fu, infine, il rapporto assoluto (detto anche rapporto giuridico reale) avente per contenuto il potere di godere e disporre dei *servi* e delle *res* (*fundus* e *ceterae res*), distinte queste ultime in *res familiares* (o *mancipi*) e *pecunia* (*nec mancipi*) (n. 83).

32. LE POTESTÀ FAMILIARI. — Le potestà familiari derivate dalla scomparsa dell'antico *mancipium* unitario furono, in realtà, di tre specie, a seconda dei diversi oggetti loro propri: a) la *patria potestas* sui *filii familias*; b) la *manus maritalis* sulla *mulieres in manu*; c) la *potestas* sulle *personae in causa mancipii*, categoria di uomini in istato di servaggio, ma fondamentalmente *liberi* (*filii* altrui comprati presso il *pater* o da lui ricevuti a nozze ecc.).

Della *manus maritalis* si è già parlato a proposito della *familia romana* (n. 36). Quanto alla *patria potestas* ed alla *potestas* sui *liberi in causa mancipii*, si trattò di rapporti aventi contenuto pressochè identico. Sino a tutto il periodo classico, il *pater* era l'unico titolare del patrimonio familiare, anche se dato in amministrazione ai suoi sottoposti o acquistatogli dai sottoposti stessi: a costoro era riconosciuta soltanto una mera capacità di agire in ordine ad ipotesi ben determinate (n. 47). Nei riguardi personali, inoltre, il *pater*

aveva il più ampio potere di disciplina sui suoi dipendenti, ed in particolare gli erano riconosciute le facoltà di vendere il *filius*, riducendolo alla condizione di *persona in causa mancipii* (cd. *ius vendendi*), di consegnare il sottoposto alla persona offesa da un atto delittuoso (cd. *ius noxae dandi*), di ucciderlo (cd. *ius vitae et necis*).

Attenuazioni di questo rigoroso regime familiare si ebbero, tuttavia, sin dall'età classica e si moltiplicarono nell'età successiva. *Ius vitae et necis* e *ius noxae dandi* finirono per essere aboliti da Giustiniano, mentre solo in casi eccezionali questi permise ancora l'esercizio del *ius vendendi* relativamente ai neonati. Quanto alle facoltà patrimoniali, va tenuta presente la convinzione sociale, risalente all'età repubblicana, che, se una quota di patrimonio fosse stata assegnata al *filius* (cd. *peculium profectitium*), costui ne potesse praticamente disporre anche senza il consenso del padre. Questo convincimento diffuso spinse Augusto a sancire ufficialmente che i *filii familias* militari potessero liberamente testare in ordine al cd. *peculium castrense*, cioè ai beni acquistati nella milizia. La concessione augustea fu estesa da Adriano anche ad alcuni atti di alienazione *inter vivos* e poi ulteriormente allargata quanto all'oggetto del *peculium*. In periodo postclassico ebbero riconoscimento due altri tipi di patrimonio separato del *filius familias*: il *peculium quasi castrense*, costituito dai beni acquistati nel servizio civile dello Stato (cd. *militia civile*); e il *peculium adventitium* (o *adventicium*, o *bona adventicia*), costituito dai beni ereditati dalla madre (*bona materna*), dai beni ereditati dagli ascendenti materni

(*bona materni generis*) e da altri cespiti minori, di cui il *pater* fu considerato di regola soltanto usufruttuario.

Fatti costitutivi della *patria potestas* furono: a) la procreazione *ex iustis nuptiis* dei figli e discendenti ulteriori (n. 38); b) l'*adrogatio*, cioè l'anticipatissimo atto di sussunzione alla propria *potestas* di un altro *pater familias* con relativi sottoposti: essa si svolgeva davanti ai *comitia curiata* (cioè ai *lictore*s che in epoca storica li rappresentavano: n. 13) sotto la presidenza del *pontifex maximus* e prendevano nome dalla *rogatio* che il *pontifex* rivolgeva ai comizi per sapere se assentissero: c) l'*adoptio*, atto di acquisto della *potestas* su un *filius familias* altrui: il *pater* originario, d'accordo con una persona di fiducia, compiva le pratiche della *emancipatio* (n. 46) e quindi l'adottante si presentava a rivendicare il figlio come suo. *Adrogatio* ed *adoptio* subirono sostanziali modifiche in età postclassica.

Fatti estintivi della *patria potestas* furono la morte e la *capitis deminutio* (n. 46) del *pater*, la morte o la *capitis deminutio* del *filius*, l'*adoptio* di questi, la sua *emancipatio*.

33. IL « DOMINIUM EX IURE QUIRITUM ». — Nel sistema del *ius civile* (n. 14) il *dominium ex iure Quiritium* (così detto per la sua derivazione dal *mancipium* quiritario) era un rapporto giuridico assoluto in senso proprio (n. 80) avente ad oggetto *res*, sia *mancipi* che *nec mancipi*, sia mobili che immobili.

Dato l'inquadramento del *dominium* nel sistema del *ius civile*, soggetti attivi di esso (*domini ex iure Qui-*

ritium) poterono essere, di regola, i soli *cives Romani*. Quanto all'oggetto, trattandosi di immobili, è chiaro che poterono essere a loro volta oggetto di *dominium* soltanto i fondi situati in territorio cittadino (*fundi in agro Romano*, e poi, dal sec. I a. C. sino alla fine dell'età classica, *in agro Italico*).

Il diritto del *dominus* era considerato talmente intenso, da estendersi, entro i confini del *fundus*, illimitatamente verso l'alto e verso il basso (« usque ad sidera et usque ad Inferos »), da non ammettere la possibilità di tributi fondiari da pagarsi allo Stato e da escludere, a più forte ragione, la concepibilità della cd. espropriazione per pubblica utilità. Era, invece, ammesso e largamente diffuso il *condominium* o *communio*, vale a dire la partecipazione di più soggetti nella titolarità attiva di un rapporto di *dominium*, nel senso che ciascuno si considerasse titolare di una quota ideale delle facoltà spettanti al *dominus*: in conseguenza di questa concezione, ciascun *condominus* partecipava *pro parte* alla utilizzazione dei frutti e alla sopportazione delle spese o dei danni. In teoria, qualunque atto che impegnasse nella sua totalità il condominio doveva essere consentito da tutti i condomini, ed infatti fu riconosciuto ad ogni singolo condominio il potere di opporsi agli atti compiuti dagli altri, paralizzandoli (cd. *ius prohibendi*); ma in pratica, nel corso del diritto classico, il *ius prohibendi* perse l'occasione di essere esercitato, perchè sorse e si diffuse l'uso di accordarsi preventivamente circa le attività da compiere, eventualmente rimettendosi la minoranza dei condomini al parere espresso dalla maggioranza.

Fatti giuridici (naturali) costitutivi del *dominium* furono considerati, tra gli altri: a) l'incremento naturale del *fundus* per *adluvio* (lento accrescimento dell'*hominis* nei fondi a valle di un fiume, determinato, a spese di quelli a monte, dal corso delle acque), o per *avulsio* (distacco, operato dal corso d'acqua, di zolle dai fondi a monte e incorporazione delle stesse nei fondi a valle), o per *insula in flumine nata* sul fronte di un fondo rivierasco o per altre cause consimili; b) l'adesione o incorporazione di una cosa economicamente accessoria rispetto ad una *res* principale (« *accessorium sequitur principale* »: es., l'inchiostro che diviene *dominium* del proprietario della pergamena, i colori che divengono *dominium* del proprietario della *tabula* ecc.); c) la fruttificazione della *res*, che determina l'acquisto dei *fructus* al *dominus*, salvo che non esistano situazioni riconosciute pignori dal diritto (es.: usufruttuario, possessore di buona fede ecc.). Fatti giuridici estintivi del *dominium* furono considerati, sotto altro profilo, quelli stessi delle prime due categorie dianzi elencate, nonchè: il perimento della *res*, la sua perdita ecc. La morte o la *capitis deminutio* del *dominus* non determinava la estinzione del *dominium*, ma la sua modificazione soggettiva secondo le regole proprie della *successio* (n. 51 e 76).

Tra gli atti giuridici costitutivi ed estintivi del *dominium* hanno particolare rilievo nelle fonti: a) la *occupatio*, cioè la apprensione materiale della *res nullius* (es.: caccia, pesca), nonchè, secondo alcuni, quella delle *res nec mancipi* abbandonate dal proprie-

tario (*res derelictae*) e del *tesoro* («*vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exiat memoria, ut iam dominum non habeat*»); b) la *derelictio* della *res nec mancipi* (atto estintivo); c) la *usucapio*, cioè la disposizione di fatto (*usus*) della *res* (*mancipi* o *nec mancipi*) 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 avesse tacitamente riconosciuto l'acquisto (*capio*) del *dominium* da parte del possessore. In particolare, requisiti dell'*usucapio* furono proclamati «*res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*». A prescindere dal *tempus* e dalla *possessio ad usucapionem* (n. 88), di cui già si è detto, va rilevato: quanto alla *res habilis*, che alcune *res* (es.: le *res furtivae* e quelle *vi possessae*) furono dichiarate incapibili; quanto al *titulus* (o *iusta causa usucapionis*), che la *usucapio* fu ammessa (salvo il caso di *usus* di *res* appartenenti ad un compendio ereditario: cd. *usucapio pro herede*) solo se la situazione oggettiva iniziale, pur non essendo tale da determinare di per se stessa l'acquisto del *dominium*, non fosse giuridicamente illecita (si pensi alla situazione di una *res mancipi tradita*, e non *mancipata*, all'acquirente, di fronte alla situazione di una cosa rubata); quanto alla *fides* (o *bona fides*), che non aveva capacità di usucapire chi non fosse persuaso, almeno inizialmente («*mala fides superveniens non nocet*»), di non ledere col suo comportamento l'altrui diritto.

I negozi giuridici tipici per il trasferimento del *dominium ex iure Quiritium* dall'uno all'altro

soggetto attivo furono: a) la *mancipatio*, necessaria per le *res mancipi*, relitto della antica *mancipatio* (n. 81): davanti ai cinque testimoni ed al *libripens*, l'acquirente (*mancipio accipiens*) rivendicava solennemente il *dominium* («*ait hanc rem meam esse ex iure Quiritium eaque mihi emptatio hoc aere aeneaque libra*»), mentre l'alienante (*mancipio datus*) annuiva tacendo; b) la *in iure cessio*, valevole per ogni sorta di *res*, utilizzazione della *legis actio sacramenti in rem* (n. 67): alienante e acquirente si recavano con la cosa o con parte di essa davanti al *praetor*, quivi l'acquirente rivendicava il *dominium* e l'alienante, anziché *contradicare*, taceva e quindi «*in iure cedebat*»; c) la *traditio*, valida per le sole *res nec mancipi*: l'alienante (*tradens*) metteva la *res* a disposizione dell'acquirente (consegnandogliela materialmente o simbolicamente), e il trasferimento del *dominium* dipendeva dalla duplice circostanza che il tradente fosse *dominus* e che la *traditio* fosse palesemente operata a questo scopo (cd. *iusta causa traditionis*).

I mezzi processuali fondamentali a tutela della situazione giuridica del *dominus* contro le turbative dei terzi furono: a) la *rei vindicatio*, con la quale il *dominus* agiva contro colui che si fosse impossessato della cosa allo scopo di riaverla o, quanto meno, di essere ripagato del valore della stessa (testo della cd. *formula petitoria*: «*Si parci fundum Capenatem, quo de agitur, Auli Agerii esse ex iure Quiritium, neque is fundus Aulo Agerio arbitrio tuo a Numerio Negidio restituetur, quanti is fundus erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium condemnato; si non parci, absolvo*»); b) l'*actio negatoria*, con

la quale il *dominus* agiva contro chi si comportasse verso la *res* come titolare di un *ius praedii* o di un *usufructus* (testo della formula: « *Si paret N.o N.o ius non esse fundo Capenate utendi fruendi, ecc.* », o « ...*per fundum Capenatem eundi agendi ecc.* »); c) l'*exceptio iusti domini*, che il *dominus* opponeva a chi, ritenendo di essere *dominus* in vece sua, gli contestasse il godimento della *res*, esercitando una *rei vindicatio*. Per la divisione del *condominium*, ove mancasse l'accordo tra le parti, queste esercitavano l'*actio communi dividundo* (« *Quod L. Titius C. Seius de fundo Capenate communi dividundo iudicem sibi dari postulaverunt, quidquid adiudicari oportet, iudex L. Titio C. Seio adiudicato; quantum condemnari oportet alterum alteri certa pecunia condemnato* »): l'*adiudicatio* costituiva titolo per l'acquisto del *dominium* da parte degli assegnatari sulle singole cose a ciascuno assegnate; la *condemnatio* era pronunciata per il caso che occorresse, tra i dividendi, il pagamento di somme di conguaglio.

34. GLI ALTRI RAPPORTI ASSOLUTI REALI IN SENSO PROPRIO. — In epoca storica, il *dominium ex iure Quiritium* non fu il solo rapporto assoluto reale in senso proprio (n. 80). Due altri se ne crearono accanto ad esso, per ovviare alle restrizioni poste dall'ordinamento civilistico alla sua applicazione: la *cd. proprietà provinciale* e la *cd. proprietà pretoria*. I tre tipi classici finirono per unificarsi in età postclassica.

(a) Come si è detto, non era concepibile, in età classica, il *dominium ex iure Quiritium* su fondi non romani (e,

già 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.

(b) 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*; senonchè, nel caso in cui, essendosi verificata 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*, dopo che gli avesse *tradita* la *res*, di effettuare la *vindicatio* della medesima (« *Si paret fundum Capenatem... A. i A. i esse ex iure Quiritium, nisi cum fundum A. i A. i N. o N. o vendidit et tradidit, ecc.* »). L'*actio Publiciana* (*actio utilis*, della specie delle *cd. actiones*

ficticiae: n. 69) 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* di fingere che fosse decorso il termine per l'usucapione e che pertanto l'attore fosse diventato *dominus ex iure Quiritium* (« *Si quem fundum A. s. A. s. emit et is ei traditus est, biennio possedisset, tum si eum fundum, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret, neque is fundus arbitrio tuo restitueretur, iudex, ecc.* »). In pratica, un nuovo *dominium* (la cd. proprietà pretoria o *in bonis habere*) era stato introdotto: e rispetto ad esso non aveva più valore la vieta distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi*.

(c) 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'*usu capio*, 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.

85. LE « SERVITUTES PRAEDIORUM ». — Di derivazione antichissima furono quei rapporti assoluti rea-

ti in senso improprio, relativi soltanto a *res immobiles*, che ebbero il nome di *servitutes* (o *iura praediorum*).

Servitus praedii sta, letteralmente, ad indicare la situazione di subordinazione, in cui viene a trovarsi un immobile (cd. fondo servente) rispetto ad un immobile vicino (cd. fondo dominante) quando esso sia destinato a determinare una certa *utilitas* obiettiva dell'altro fondo. Tuttavia, il rapporto giuridico di *servitus* non corre, ovviamente, tra i fondi, ma tra le persone dei loro proprietari, nel senso che il proprietario del fondo dominante ha diritto verso il proprietario del fondo servente a che questo sopporti (« pati ») un determinato sacrificio in vista di una certa *utilitas* oggettiva del fondo dominante. Il *pati* del proprietario del fondo servente può consistere nella sopportazione di una attività esplicata sul suo fondo dall'altro proprietario (cd. *servitù positiva*), oppure nella astensione da una attività che egli potrebbe altrimenti esplicare (cd. *servitù negativa*), ma non può consistere, di regola, nella esplicazione di una attività a favore dell'altro fondo, cioè in un *facere* (« *servitus in faciendo consistere nequit* »). Data la inerenza del rapporto alla *utilitas* del fondo dominante, esso si considera sopravvivente al mutamento dei soggetti, cioè dei rispettivi proprietari.

Le *servitutes praediorum* erano distinte, in età storica, in due categorie: a) *servitutes rusticae*, considerate *res mancipi*, le quali erano: la *servitù di passaggio* (*ius eundi agendi*), la *servitù di acquedotto* (*ius aquae ducendae*), la *servitù di abbeverata*

(*ius pecoris ad aquam appellendi*) ecc.; b) *servitutes urbanae* (relative a immobili urbani), considerate *res nec mancipi*, le quali erano: la servitù di non sopravevare (*ius altius non tollendi*), la servitù di sostegno dell'immobile dominante (*servitutes oneris ferendi*), le servitù di veduta (*servitus ne prospectus officinatur, s. ne luminibus officinatur*) ecc. Il motivo per cui le *servitutes praediorum rusticorum* furono considerate *res mancipi* e per cui, conseguentemente, tutte le *servitutes* furono, sotto un certo profilo, classificate come *res incorporales* fu in ciò che originariamente, nel sistema del *ius Quiritium*, le servitù più antiche erano rustiche (*iter, via, actus, aqueductus*) e queste servitù rustiche, in realtà, non erano ancora concepite come tali, ma come porzioni del fondo servente sottoposte al *mancipium* del titolare del fondo dominante (n. 8r).

Modi principali di costituzione delle *servitutes praediorum* furono: la *mancipatio servitutis*, valevole per le servitù rustiche; la *in iure cessio servitutis*, valevole anche per le servitù urbane; la *deductio servitutis*, vale a dire l'esplicita riserva di una servitù a favore dell'alienante, fatta nell'atto di *mancipatio* o di *in iure cessio* di un fondo in *dominium ex iure Quiritium*; l'*adiudicatio* operata dall'*iudex* nell'*actio communi dividundo* (n. 83). Non fu ammessa la *traditio servitutis*, ma in età postclassica fu riconosciuto che una *servitus* rustica potesse fondarsi su *quasi traditio*, cioè sulla sua accettazione in modo non formale da parte del proprietario del fondo servente (*patientia*). Una *lex Scribonia*, di età

preclassica, vietò l'*usucapio* delle servitù. In età postclassica fu, infine, riconosciuto che la servitù di fatto prestata da una *pars fundi* all'altra parte potesse trasformarsi automaticamente in servitù di diritto allorché il fondo risultasse diviso tra due diversi proprietari (cd. destinazione del padre di famiglia).

Modi di estinzione delle *servitutes praediorum* furono: la riunione in una sola persona delle qualità di proprietario del fondo dominante e di proprietario del fondo servente (*confusio*; «*nemini res sua servit*»), attuata in un qualunque modo (es.: *successio, mancipatio, in iure cessio*, ecc.); il *non usus* delle servitù positive da parte del proprietario del fondo dominante (due anni in diritto classico, dieci o venti anni in diritto giustiniano); l'*usucapio liberata* per le servitù negative (decorso del periodo della prescrizione dopo un atto iniziale di opposizione compiuto dal proprietario del fondo servente).

Mezzo processuale fondamentale a tutela delle *servitutes praediorum* fu la *vindictio servitutis*, del proprietario del fondo dominante contro il proprietario del fondo servente, che contestasse l'esistenza della servitù (testo della formula: «*Si paret A.o A.o ius esse per iudicium Capenatem eundi agendi*, ecc. »).

86. L'«USUSFRUCTUS» E GLI ISTITUTI AFFINI. — Altri rapporti assoluti reali in senso improprio furono l'*ususfructus* e gli istituti affini dell'*usus*, del *fructus sine usu*, dell'*habitatio*, delle *operae servorum*.

(a) L'*ususfructus*, formatosi nel corso del pe-

riodo preclassico, consistette in un rapporto tra proprietario di una cosa fruttifera (cd. *nudo proprietario*) e usufruttuario, in forza del quale quest'ultimo aveva facoltà di usare la cosa e di percepirne i frutti, senza tuttavia alterarne o mutarne la struttura o la destinazione economica (« *ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* »). Per effetto della costituzione di un rapporto giuridico di usufrutto la proprietà sulla cosa fruttifera rimaneva, dunque, « nuda ». A differenza della *servitus*, l'*usufructus* non era concepito come un rapporto giuridico perpetuo, ma come diritto temporaneo connesso con la persona dell'usufruttuario: diritto che, dunque, non poteva avere durata superiore alla vita dell'usufruttuario, che si estingueva con la morte o la *capitis deminutio* di quest'ultimo, e che non poteva essere da lui trasferito ad altri (l'usufruttuario poteva però fare la *locatio* o la *venditio*, con effetti obbligatori, del suo diritto: n. 92).

Modi di costituzione dell'*usufructus* furono: l'*in iure cessio usufructus*, la *deductio*, l'*adiudicatio*, forse l'*usucapio*, in diritto postclassico la *quasi traditio* esperimentata con la *patentia*. Modi di estinzione furono: la riunione in una sola persona delle qualità di nudo proprietario e di usufruttuario (*consolidatio*) e il *non usus*. Mezzo processuale fondamentale a tutela dell'*usufructus* fu la *vindicatio usufructus* (testo della formula: « *Si paret A.O.A.O. nec esse fundo Capenate utendi fruendi, ecc.* »).

(b) Istituti affini all'*usufructus* furono:

a) l'*usus sine fructu* di una cosa, fruttifera o infruttifera, riconosciuto sin dal periodo classico; b) il *fructus sine usu*, costruzione prevalentemente scolastica; c) l'*habitatio*, che comportava la facoltà di usare di una casa di abitazione; d) le *operae servorum*, che comportavano la facoltà di valersi della attività degli schiavi altrui.

87. GLI ALTRI RAPPORTI ASSOLUTI REALI IN SENSO IMPROPRIO. — Altri rapporti assoluti reali in senso improprio, regolati in varie epoche dall'ordinamento giuridico romano, furono: l'enfiteusi, la superficie, la fiducia, il pegno e l'ipoteca.

(a) L'*emphyteusis* era, in diritto giustiniano, un rapporto assoluto improprio, in forza del quale un soggetto (*enfiteuta*) poteva godere e disporre nel modo più pieno, in perpetuo o per un lungo periodo di anni, del fondo di un altro soggetto (*concedente*), con l'unico obbligo di pagargli un canone annuo e col pericolo di perdere il fondo nel caso di inadempimento per due anni (*devoluzione*). Questo istituto postclassico, fortemente influenzato dal diritto greco, si ricollega al precedente classico noto come *ius in agro vectigali*, il quale spettava a coloro che avessero ottenuto in godimento, a titolo analogo ma non identico alla *locatio-conductio* (n. 92), terreni di comunità dipendenti di Roma (*municipia, coloniae*; n. 42), impegnandosi in cambio a pagare un canone annuo (*vectigal*).

(b) La *superficies* era, in diritto giustiniano, un rapporto assoluto improprio in forza del quale un

soggetto (*superficiario*) poteva costruire e mantenere su un suolo altrui, in perpetuo o per un lungo periodo di anni, un fabbricato, con l'obbligo di pagare al concedente un canone (*solarium*). Questo istituto in età classica aveva applicazione assai limitata ed era, comunque, concepito come una forma di *locatio-conductio* (n. 92).

(c) La *fiducia cum creditore* fu una fattispecie in uso solo nell'età preclassica e in quella classica. Essa presupponeva una *obligatio* tra due persone (n. 90) e consisteva nel trasferimento del *dominium* di una *res mancipi* dall'*obligatus* (fiduciante) al *creditor* (fiduciario), accompagnato dal patto (*pactum fiduciae*) che la *res* sarebbe stata restituita dal *creditor* all'*obligatus* allorchè questi avesse estinto l'*obligatio*. La *fiducia cum creditore* creava, dunque, un rapporto di *dominium ex iure Quiritium* a favore del creditore, ma solo a scopo di garanzia di una *obligatio*. All'*obligatus* spettava contro il fiduciario un'*actio fiduciae* in caso di inottemperanza al *pactum fiduciae*.

(d) *Pignus* e *hypotheca* erano, in diritto giustiniano, due rapporti assoluti impropri costituiti a garanzia di una *obligatio*, i quali si differenziavano per ciò che il *pignus* gravava su *res mobiles*, di cui il creditore pignoratizio aveva avuto sin dall'inizio il possesso (*datio pignoris*), mentre l'*hypotheca* era relativa alle *res immobiles*, di cui il possesso rimaneva al debitore (o a chi garantisse per lui) sino alla scadenza. Nel caso che, alla scadenza, il creditore non fosse stato soddisfatto, egli aveva facoltà di alienare la cosa e di soddisfarsi sul ricavato, restituendo il supero (*h y-*

perochia) a chi gli avesse dato la cosa in garanzia. A questa configurazione giustiniana i due istituti giunsero a seguito di un complesso sviluppo storico, che ebbe inizio, nel quadro del *ius honorarium*, sin dall'età preclassica.

38. LA « POSSESSIO » E LA « QUASI POSSESSIO ». — In relazione alle *res corporales* la detenzione materiale di esse, l'insisterevi sopra da signore (il « *potis sedere* »), indipendentemente dall'esserne o non esserne giuridicamente il signore (indipendentemente, cioè, dal « *potis esse* »), si disse dai Romani *possessio*. Ma dalla pura e semplice detenzione (cd. *possessio naturalis*, consistente nell'« *esse in possessione* », nel « *rem tenere* ») cominciò col differenziarsi la cd. *possessio civilis*, o *possessio ad usucapionem*, cioè la *possessio* basata su una « *iusta causa* », che legittimava la tradizione e la usucapione (n. 83).

Nell'ambito della *possessio naturalis*, in età preclassica, si profilò, inoltre, ad opera del pretore romano, la *possessio* per eccellenza, o *possessio ad interdicta*, consistente in un gruppo di ipotesi di *possessio*, che il pretore riteneva opportuno proteggere mediante *interdicta* (n. 72) contro chi si attentasse a violarla, cioè a sostituirsi arbitrariamente al possessore, senza curarsi di dimostrare la proprietà o altro diritto sulla cosa. I casi di *possessio* tutelata furono: a) ogni ipotesi di *possessio* di una cosa nel proprio nome e nel proprio interesse (*possessio pro suo*); b) tra le ipotesi di *possessio* nel nome di un altro (*possessio pro alieno*), quella del

creditore pignoratizio (n. 87), quella del sequestratario, presso cui le parti depositano la cosa litigiosa sino alla risoluzione della loro controversia (n. 91), quella del vettigalista e più tardi dell'enfiteuta (n. 87), e infine quella del precarista, cioè di colui che ha ricevuto una cosa dal possessore con l'obbligo di restituirla a richiesta (Ulp. D. 43. 26. 1 pr.: «*precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur*»). Tuttavia, in altre ipotesi di *possessio (naturalis) pro alieno* fu concessa in diritto classico una tutela analoga a quella dei casi ora visti: così nella ipotesi del superficiario ed in quella dell'usufruttuario, in ordine alle quali la giurisprudenza classica parlò, per approssimazione, di una *quasi possessio* esercitata dagli aventi diritto sulle *res*. In età postclassica la categoria della *quasi possessio* fu estesa ad altre ipotesi, si diffuse l'idea che si avesse *possessio* tutte le volte in cui si esercitasse un diritto come titolari e dalla concezione della *quasi possessio rei* si passò a quella della *possessio iuris* (es.: *possessio usufructus*).

Gli *interdicta* concessi dal pretore a tutela della *possessio* furono di due tipi: l'uno orientato verso la *manutenzione* del possesso, cioè verso la difesa dello stato attuale di possessore dalle aggressioni altrui (*interdicta retinendae possessionis*), e l'altro orientato allo scopo di difendere il possessore dal *od. spoglio* del possesso, vale a dire allo scopo di fargli riottenere la *possessio* toltagli da altri (*interdicta recuperandae possessionis*). Gli *interdicta retinendae possessionis* furono, più preci-

amente: a) l'*i. uti possidetis*, per la manutenzione delle *res immobiles* possedute, purchè l'aggressione non provenisse da colui che ne fosse stato spossessato in modo violento o clandestino o che le avesse concesse al possessore a titolo di *precarium* (testo: «*Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*»); b) l'*i. ut rubi* per la manutenzione delle *res mobiles* possedute per la maggior parte dell'ultimo anno (testo: «*Ut rubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus eum ducat, vim fieri veto*»). Gli *interdicta recuperandae possessionis* furono anch'essi due, *de vi* e *de vi armata*, e furono diretti esclusivamente alla tutela del possessore di *res immobiles*: in diritto postclassico essi furono unificati nell'unico *interdictum de vi*. Il comando interdittale era rivolto al destinatario dal *praetor* su semplice istanza del possessore, senza accertamento della fondatezza della stessa: il destinatario, ove non ritenesse fondato l'*interdictum*, poteva sollevare reclamo prima ancora di uscire dal tribunale, sicchè si instaurava una procedura di accertamento del diritto affermato da chi avesse chiesto e ottenuto l'*interdetto*.

Sulla base della descritta 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 sulla *res*, e l'*animus possidendi*, cioè l'intenzione (resultante essenzialmente dall'esteriore contegno) di difendere

la *res* dagli attacchi altrui come fosse propria. L'acquisto della *possessio* fu condizionato alla presenza di ambedue i requisiti; la perdita fu fatta dipendere dal venir meno dell'uno o dell'altro, ma eccezionalmente si ritenne che si conservasse la *possessio* (*possessio solo animo retenta*) sopra tutto nel caso dei pascoli invernali (o estivi) abbandonati durante la stagione della loro inutilità alla pastorizia (cd. *saltus hiberni vel aestivi*), nonché nel caso del *servus* fuggito alla sorveglianza del possessore (cd. *servus fugitivus*).

XVI.

I RAPPORTI GIURIDICI RELATIVI

SOMMARIO: 89. Generalità — 90. Le *obligationes* — 91. Le *obligationes contractae* del *ius civile vetus* — 92. Le *obligationes ex contractu* del *ius civile novum* — 93. Gli altri rapporti obbligatori da atto giuridico lecito — 94. Le obbligazioni primarie da atto giuridico illecito — 95. Le obbligazioni secondarie da atto giuridico illecito — 96. Fatti estintivi dei rapporti giuridici obbligatori.

89. GENERALITÀ. — Rapporti giuridici (privati) relativi sono, come già si è detto (n. 33), quelli che intercorrono tra uno o più soggetti attivi ed uno o più soggetti passivi determinati. Il soggetto passivo è tenuto verso il soggetto attivo ad un comportamento (cd. prestazione), che può essere positivo (« dare », « facere ») o negativo (« non facere »).

I rapporti giuridici relativi si distinguono in: rapporti di debito, se derivano da un fatto giuridico involontario o da un atto giuridico lecito, e rapporti di responsabilità, se derivano da un atto giuridico illecito. I rapporti giuridici di responsabilità possono ulteriormente distinguersi in: rapporti primari di responsabilità, se scaturiscono dalla lesione del diritto

di libertà o di un diritto assoluto proprio o improprio, e rapporti secondari di responsabilità, scaturiscono dalla lesione di un diritto relativo, cioè dall'inadempimento di esso da parte del soggetto passivo. I rapporti di responsabilità, infine, possono essere ad esecuzione libera o ad esecuzione coatta: nel secondo caso la pretesa specifica verso l'inosservante, qualora questo perseveri nel suo atteggiamento, si traduce in un potere di azione sullo stesso.

E' assai difficile che gli ordinamenti giuridici positivi assoggettino i rapporti relativi ad un regolamento unitario. Esigenze pratiche unite ad influenze storiche fanno sì che, in genere: alcuni rapporti relativi siano assimilati nel regime giuridico ai rapporti assoluti, formando la categoria dei rapporti giuridici assoluti in senso improprio (n. 80); dei rimanenti rapporti relativi, si distinguono quelli in cui la prestazione sia suscettibile di valutazione economica da quelli in cui la prestazione del soggetto passivo non sia valutabile economicamente. I rapporti giuridici relativi a prestazione patrimoniale si dicono usualmente obbligazioni o rapporti obbligatori.

Considerando più da vicino la figura delle obbligazioni, occorre precisare che esse si istituiscono allo scopo normale di ottenere la realizzazione di una certa prestazione di carattere patrimoniale (nel qual caso, si parla anche usualmente di rapporti di debito), ma che, ove il debito non sia soddisfatto, esse si trasformano immancabilmente in rapporti secondari di responsabilità, eventualmente ad esecuzione

coatta (nel qual caso, usualmente si parla di responsabilità per inadempimento del debito). I soggetti del rapporto obbligatorio si dicono, in generale, creditore il soggetto attivo, e debitore il soggetto passivo; ma, se il rapporto nasce come rapporto (primario) di responsabilità o diventi tale in linea subordinata all'inadempimento, il soggetto passivo si dice anche, più propriamente, obbligato (da « obligare ») o responsabile civile.

I fatti costitutivi dei rapporti obbligatori possono essere i più diversi e si dicono, in generale, fonti delle obbligazioni. Usualmente, le fonti obbligatorie vengono così classificate: a) atti negoziali leciti, bilaterali o plurilaterali, intervenuti fra i soggetti (cd. convenzioni o, più tecnicamente, contratti); b) atti illeciti; c) ogni altro fatto involontario o atto lecito che sia riconosciuto idoneo dall'ordinamento giuridico. Quanto ai fatti estintivi dei rapporti obbligatori, essi vanno distinti in: a) fatti estintivi in senso proprio, che sono quelli che realizzano, in un modo o nell'altro, l'adempimento della prestazione; b) fatti estintivi in senso improprio, che sono quelli che producono l'effetto estintivo senza realizzare lo adempimento della prestazione.

90. LE « OBLIGATIONES ». — In diritto romano una concezione del rapporto obbligatorio conforme a quella dianzi esposta (n. 89) fu realizzata, dopo una lunga e faticosa evoluzione, soltanto in età postclassica (n. 22 ss.). In Inst. 3. 13 pr. *F obligatio* viene, infatti, definita come « *iuris vin-*

condum quo necessitate adstringimur alicuius solvenda rei secundum nostrae civitatis iura », e poco più oltre se ne precisano quattro categorie di fonti: « *aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio* ».

La storia delle *obligationes* romane può essere, a nostro avviso, così sintetizzata. In periodo arcaico (n. 9), nel sistema del *ius Quiritium*, il fenomeno economico del credito non ebbe, in quanto tale, alcun riconoscimento: gli impegni all'adempimento di una prestazione si basavano o sulla *fides*, cioè sulla fiducia reciproca delle parti, oppure sul sistema del *fax*, nel caso che fossero stati assunti attraverso il rito antichissimo della *sponsio* (n. 91). Sin da questi tempi più risalenti si diffuse, peraltro, l'usanza tra i *Quirites* di rafforzare e garantire i rapporti di credito attraverso la costituzione di un rapporto protestativo quiritario, e cioè mediante l'espedito del *nexum*: il debitore (oppure un suo amico) mancipava se stesso al creditore, divenendo oggetto del suo *mancipium* (e appunto per ciò *nexus*, *adstrictus*, *obligatus*, nel senso letterale di « materialmente vincolato »: n. 82) sino al giorno in cui altri lo riscattasse o egli giungesse a liberarsi, a sciogliersi col suo lavoro (*nexi liberatio*, *solutio obligati*). Con l'andar del tempo, mentre si ritenne necessario accogliere nell'ambito del *ius* anche i rapporti tra *patres* derivanti da *sponsio* o da altri fatti costitutivi di debito, si andò tuttavia modificando la concezione dell'*obligatio*, nel senso che si ritenne esagerato porre il debitore o chi per lui in condizioni di oggetto di *mancipium*, negandogli la qualifica di

oggetto giuridico: di qui la concezione della *obligatio* come rapporto tra creditore e *obligatus* a garanzia di un *debitum* dello stesso *obligatus* o di altri.

En il *ius legitimum vetus* (n. 11) a dare la stura a questa concezione dell'*obligatio* come vincolo non più materiale, ma ideale, di un soggetto ed a creare, correlativamente, la *legis actio sacramenti in personam* (n. 67), caratterizzata dal fatto che il creditore afferma nei confronti dell'*obligatus* un « *dare (o facere) oportere* » di lui o di altri. Nel sistema del *ius civile vetus* (n. 14), essendo stato frattanto abolito il *nexum* dalla *lex Poetelia Papia* del 326 a.C. (?), l'*obligatio* si profilava ormai chiaramente come « *invis vinculum* » e le fonti ne erano raggruppate in due grandi categorie: il *contractus*, comprensiva di un certo numero di atti leciti, e il *delictum*, relativa ad alcuni atti illeciti. Nel corso del periodo preclassico e di quello classico, sia ad opera del *ius honorarium* (n. 16) che della giurisprudenza, furono progressivamente riconosciute numerose altre fonti di rapporti obbligatori, ma si evitò, in linea di massima, di adoperare per questi rapporti la terminologia civilistica « *obligatio* ». La visuale unitaria del fenomeno obbligatorio fu intravvista, se non raggiunta, solo dalla giurisprudenza classica post-adrianea (n. 21), la quale restrinse la nozione del *contractus* a quella di negozio giuridico bilaterale o plurilaterale, mostrò d'altro canto la tendenza ad accogliere in essa ogni tipo di negozio convenzionale (civilistico o pretorio che fosse) e fu quindi portata a classificare le fonti di

obbligazioni in tre categorie: i *contractus*, i *delicta* (o *maleficia*) e la categoria eclettica costituita dai fatti involontari, o dai meri atti giuridici e dagli atti giuridici negoziali a struttura unilaterale (cd. *variae causarum figurae*).

Accanto alle *obligationes* vere e proprie, determinative di *actio in personam*, i Romani posero le cd. *obligationes naturales*, vale a dire gli obblighi non riconosciuti dal diritto, ma ritenuti vincolanti dalla coscienza sociale. Ritenendosi che anche tali figure meritassero qualche considerazione e rilevanza giuridica, si ammise, in ordine ad esse, che colui che avesse adempiuto spontaneamente una *obligatio naturalis* non potesse poi esercitare la *condictio indebiti* (n. 93) per ottenere la restituzione della prestazione non dovuta, che cioè il *creditor naturalis* avesse diritto alla cd. *soluti retentio*. In diritto classico il novero delle *obligationes naturales* fu, peraltro, assai ristretto e pare si limitasse ai debiti e crediti dei *filifamiliarum* e dei *servi*, che erano privi di soggettività giuridica (n. 44 e 46): in diritto post-classico e giustiniano si ammisero molti altri casi e pare si giungesse sino alla identificazione delle *obligationes naturales* con tutti i doveri morali e sociali.

Nella ipotesi di pluralità dei soggetti, attivi o passivi, dei rapporti obbligatori, la regola era che l'obbligazione fosse *parziaria*, e cioè si ripartisse in tante obbligazioni per quanti fossero i soggetti attivi o passivi, sicché l'adempimento, o comunque la *solutio*, spettasse a ciascuno in relazione alla sua parte. I Romani riconobbero, tuttavia, la possibilità che la prestazione, per sua natura o per determinazione delle parti, fosse indivisibile (cd. ob-

bligazioni indivisibili), o che essa dovesse essere interamente compiuta da ciascun debitore o a favore di ciascun creditore (cd. obbligazioni 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 (cd. obbligazioni solidali).

91. LE « OBLIGATIONES CONTRACTAE » DEL « IUS CIVILE VETUS ». — Nel sistema del *ius civile vetus* ogni assunzione di debito in virtù di atto lecito fu designata con la terminologia di *obligatio contracta* (cioè « obbligazione assunta », « vincolo costituito ») e con l'aggiunta dell'indicazione del modo in cui il vincolo fosse stato costituito (*verbis, litteris o re*). Altre figure di *obligationes contractae* (le *obligationes consensu contractae*) derivarono più tardi dal *ius civile novum* e qualche altra ancora ne fu individuata e inquadrata nel sistema dalla giurisprudenza preclassica (n. 92-93). A questo limitato elenco si fermò il novero delle *obligationes contractae iuris civilis*, denominate anche, dalla giurisprudenza classica, *obligationes iuris civilis ex contractu* (n. 90).

Le *obligationes contractae iuris civilis* furono, dunque, distinte, al termine del loro assestamento, in quattro categorie: *verbis, litteris, re, consensu contractae*. Parleremo anzi tutto di quelle risalenti al *ius civile vetus*.

(a) *Obligations verbis contractae* furono quelle scaturenti dalla pronuncia di determinate frasi solenni (*certa verba*) da parte di uno o di ambedue i contraenti: l'esistenza e la ritualità della forma verbale era

ritenuta sufficiente a conferire loro validità, sicché il consenso delle parti non aveva in tal caso rilevanza giuridica. Rientrarono in questa categoria figure tutte di origine antichissima, e più precisamente sacrale: la *promissio iurata liberti*, con cui il liberto si impegnava a prestare certi servigi al *patronus* (n. 44); la *vadiatura* e la *praediatura*, mediante le quali, su richiesta dell'interessato («*vas, praes es?*»), si assumevano anticamente certe determinate garanzie («*vas sum, praes sum*»: n. 67) ma, soprattutto importante, la *sponsio* o *stipulatio* (n. 89), rimasta in pieno vigore per tutta l'epoca classica.

La *sponsio* o *stipulatio* consisteva in una richiesta solenne di obbligarsi rivolta dal futuro creditore (*stipulans*) al futuro debitore (*promissor*) ed in una congrua e immediata risposta del secondo al primo («*spondes dari centum [o aliquid fieri]?*; *spondeo*»). In origine l'obligatio sorgeva solo se fosse stato adoperato il verbo «*spondere*», ma più tardi furono ritenute possibili anche altre forme verbali equivalenti («*promittere*», «*fideiubere*», ecc.) e si ammise che di esse (ma non del verbo «*spondere*») potessero far uso anche gli stranieri nei riguardi dei Romani: fu per ciò che questo tipo derivato di *sponsio* si disse *stipulatio iuris gentium* (n. 28). Attraverso ritocchi della formula o l'indicazione della *causa* dell'atto la *stipulatio* fu adattata alle più diverse necessità: a costituire obbligazioni di *dare* (cd. *st. in dando*) o di *facere* (cd. *st. in faciendō*); a promettere la *dos* (n. 37) al marito (cd. *promissio dotis*: «*promittis dari centum dotis causa?*; *promitto*»); a impegnarsi per il pagamento di una

somma di danaro o di una quantità di cose fungibili (cd. *st. certi*) o a promettere altro (cd. *st. incerti*); a garantire sussidiariamente che l'obbligazione di un terzo sarebbe stata adempiuta (cd. *sponsio* o *fidepromissio* o *fideiussio*: «*idem dari spondes [o fidepromittis o fideiubes]?*; *spondeo [o fidepromitto, o fideiubeo]*»). Contro il *promissor* inadempiente lo *stipulans* poteva esercitare l'actio *ex stipulatu*, *certi* o, rispettivamente, *incerti*: la formula di quest'ultima invitava il *iudex privatus* a condannare il *promissor*, se davvero inadempiente, a «*quidquid dare facere oportet*» (n. 69).

(b) *Obligaciones litteris contractae* furono quelle scaturenti da determinate scritturazioni (*litterae*) operate dalle parti. In età preclassica e classica era nota, sebbene non diffusa, la *expensilatio* o *nomen transcripticium*, consistente in registrazioni fatte dalle parti nei rispettivi loro libri di cassa (*codices accepti et expensi*). In età postclassica, per influenza dei diritti ellenistici, si diffusero i *syngrapha* e i *chirographa*, cioè documenti aventi non soltanto funzione probatoria, ma addirittura funzione rappresentativa del credito (cd. titoli di credito). La decadenza della *stipulatio* fece, inoltre, sì che si perse l'uso di compiere realmente la solennità verbale e si acquistò la consuetudine di inserire nei documenti probatori del credito la cd. clausola stipulatoria («*et interrogatus spondidit...*»), la quale accertava l'avvenuto compimento di una *stipulatio* e valeva sino a prova contraria (es.: prova dell'assenza dalla città di uno dei contraenti alla data della pretesa *stipulatio*).

(c) *Obligatioes re contractae* furono quelle scaturenti da un patto non formale e, ad un tempo, da una *datio rei*, vale a dire dal trasferimento della proprietà, del possesso o della detenzione di una cosa: contenuto di tali obbligazioni fu la restituzione della cosa ricevuta o di un suo equivalente. Originariamente la categoria comprese solo la *fiducia* e il *mutuum*, relativamente a cui la *datio rei* coincideva col trasferimento della proprietà, ma in età classica rientravano in essa anche il *commodatum*, il *depositum* e il *pignus*.

Fiducia fu denominata la fattispecie costituita dal trasferimento della proprietà di una cosa dal fiduciante al fiduciario con il patto (*pactum fiduciae*) di ritrasferirla al fiduciante, se ed in quanto si verificassero certe condizioni. Oltre alla *fiducia cum creditore*, specificamente utilizzata a scopo di garanzia delle obbligazioni (n. 87), si ebbe la *fiducia cum amico* in svariati altri casi (es.: a scopo di deposito). Verso la fine dell'età preclassica fu riconosciuta al fiduciante un'*actio fiduciae*, intesa ad ottenere la condanna del fiduciario, se non avesse agito in buona fede nella conservazione e restituzione della cosa.

Mutuum (cd. prestito di consumo) fu denominata la fattispecie consistente nel trasferimento della proprietà di *pecunia* o di altre cose *fungibili* dal mutuante al mutuatario con il patto di ritrasferire al mutuante, se ed in quanto si verificassero certe condizioni, il *tantundem eiusdem generis*. Al mutuante spettava, per la tutela del suo diritto alla restituzione, l'*actio certae creditae pecuniae* nel caso di

mutuo di danaro, la *condictio certae rei* (o *condictio triticaria*) negli altri casi.

Affine al *mutuum* fu il *commodatum* (cd. prestito ad uso) consistente nel trasferimento della detenzione (cd. *possessio naturalis*) di una cosa dal commodante al commodatario, col patto che questi la usasse e la restituisse poi intatta al commodante. Il *depositum* fu, invece, inteso a raggiungere una delle finalità della *fiducia cum amico*, evitando però il trasferimento della proprietà della cosa: consistette nel trasferimento della detenzione di una cosa mobile dal deponente al depositario, col patto che questi la custodisse e la restituisse intatta a richiesta. Infine il *pignus* (n. 87) fu inteso a raggiungere la finalità propria della *fiducia cum creditore*, evitando il trasferimento della proprietà della cosa al creditore: consistette nel trasferimento del possesso di una cosa dall'oppignorante (o debitore pignoratizio) al pignoratario (o creditore pignoratizio), col patto che questi la conservasse a garanzia di un credito proprio o altrui e la restituisse in caso di adempimento o se ne appropriasse (salva la restituzione degli *hyperocha*) in caso di inadempimento. Deponente, commodante e oppignorante furono tutelati inizialmente dal pretore mediante *actiones in factum* (n. 69), ma successivamente, nel corso del periodo classico, fu riconosciuta ad essi anche un'*actio in ius concepta* cd. *bonae fidei*, mediante cui il *iudex* veniva invitato a stabilire « *quantum dare facere oportet ex fide bona* ». Alla controparte fu riconosciuta correlativamente un'*actio contraria* (in *ius*) per ottenere il risarcimento dei danni e il rimborso

delle spese incontrate nell'esercizio della detenzione o del possesso della cosa.

92. LE « OBLIGATIONES EX CONTRACTU » DEL « IUS CIVILE NOVUM ». — Al *ius civile novum* risale, come si è detto (n. 91), l'introduzione dell'importantissima categoria delle *obligationes consensu contractae*, cioè di quelle basate sul puro e semplice (« nudus ») *consensus in idem placitum* delle parti, comunque manifestato. Questa categoria di *obligationes* dette la stura, come pure si è detto (n. 90), alla teoria del *contractus* come *conventio*, sviluppata dalla giurisprudenza del periodo classico avanzato. Ma il *ius civile novum* non giunse, per parte sua, ad ammettere che *obligationes* potessero scaturire da qualsivoglia ipotesi di *conventio*: esso, viceversa, riconobbe e schematizzò quattro tipi ben determinati di *contractus*, fissando in ordine a ciascuno le *obligationes* che per le parti ne scaturissero. I quattro contratti consensuali tipici del *ius civile novum* (o *ius gentium*) furono: la compravendita, la locazione, la società e il mandato.

(a) Per *emptio-venditio* si intese il contratto tra *vendor* e *emptor*, in forza del quale nascevano le seguenti *obligationes*: a) l'obbligo del *vendor* di procurare all'*emptor* il possesso di una cosa (*merx*), che poteva essere, al momento del contratto, già propria oppure altrui (*res aliena*), già esistente oppure futura (*res sperata*; da non confondere con la *spes rei*, nel qual caso è il compratore ad assumersi il rischio che la cosa non venga in essere); b) l'obbligo del *vendor* di garantire all'em-

ptor il pacifico godimento della cosa sino a quando non ne avesse acquistato il *dominium ex iure Quiritium*: obbligo che veniva assolto addivenendo ad una *stipulatio* di garanzia con la controparte (*stipulatio habere licere*; oppure anche *stipulatio duplae*, implicante il pagamento del doppio del valore della *merx* evitta); c) l'obbligo dell'*emptor* di trasferire, a titolo corrispettivo, alla controparte la proprietà di una somma di danaro (*pretium*). A tutela del suo diritto al *pretium* il *vendor* aveva l'*actio venditi*; a tutela dei suoi diritti verso il venditore l'*emptor* aveva l'*actio empti* e inoltre l'*actio ex stipulatu*. L'acquisto del *dominium* sulla *merx* era del tutto indipendente dal contratto di compravendita e si verificava nei modi *ad hoc* del *ius civile* (n. 83): generalmente, per le *res mancipi*, mediante *usucapio*. Sin dal momento del contratto, indipendentemente dalla presa di possesso della *merx*, l'*emptor* assumeva su di sé il pericolo del perimento della cosa per forza maggiore (« *periculum est emptoris* »), sicchè era tenuto in ogni caso al pagamento del *pretium*.

(b) Per *locatio-conductio* si intese il contratto tra *locator* e *conductor*, in forza del quale nascevano le seguenti obbligazioni: a) l'obbligo del *locator* di tenere per un certo periodo di tempo a disposizione del *conductor* un determinato oggetto giuridico; b) l'obbligo del *conductor* di restituire l'oggetto al *locator* dopo averlo utilizzato, per utile proprio o del *locator*, nel modo e per il tempo convenuto; c) l'obbligo della parte che avesse tratto un utile dal con-

tratto di corrispondere all'altra (*locator* o *conductor*) una somma di danaro (*merces*). A tutela dei rispettivi diritti, spettavano al *conductor* l'*actio conducti* ed al *locator* l'*actio locati*. Nell'ambito dell'unico *genus* ora descritto di *locatio-conductio*, andarono differenziandosi progressivamente, nel corso del periodo classico, tre *species*, che, in diritto giustiniano, furono considerate addirittura come figure contrattuali diverse: a) la *locatio rei* (corrispondente alla locazione moderna), in forza della quale il *locator* era obbligato a mettere a disposizione del *conductor* (detto, nel caso di fondi rustici, *colonus* e, nel caso di immobili di abitazione, *inquilinus*) una *res* materiale mobile o immobile affinché il *conductor* ne godesse e gli pagasse in corrispettivo una *merces*; b) la *locatio operis* (o, meglio si direbbe, *locatio rei ad opus perficiendum*), in forza della quale il *locator*, possessore di certi materiali, li metteva a disposizione di un artefice (*conductor*) affinché questi li lavorasse e li trasformasse per utilità di lui *locator*, ed appunto perciò si obbligava a pagargli, ad *opus perfectum*, una *merces*; c) la *locatio operarum* (corrispondente al contratto di lavoro del diritto moderno), in forza della quale il *locator* (cd. *mercennarius*), avendo specifiche capacità di lavoro, si obbligava a mettere se stesso, con riferimento a quelle sue capacità (*operae*), a disposizione del *conductor* (cd. *dominus*), che appunto per ciò era tenuto a pagargli una *merces*. La figura della *locatio operarum* fu quella che maggiormente si alterò in età postclassica, sopra tutto per influenza del Cristianesimo.

(c) Per *societas* si intese il contratto tra due o

più *socii*, in forza del quale ciascun *socius* era obbligato a conferire in comune una certa entità, anche disuguale, di *res* o di *operae* allo scopo di compiere una singola attività (*societas unius negotiationis*) o varie attività, dividendo tra tutti, secondo criteri prestabiliti, i guadagni, nonché eventualmente anche le perdite. A tutela dei suoi diritti ciascun *socius* aveva verso gli altri l'*actio pro socio*.

(d) Per *mandatum* si intese il contratto tra *mandator* e *mandatarius*, in forza del quale quest'ultimo si obbligava a titolo gratuito a compiere uno o più atti commissi dal *mandator* per l'utile di questo o per l'utile di terzi o anche per un utile parzialmente proprio (*mandatum meo gratia, aliena gratia, meo et tua gratia, tua et aliena gratia*). A tutela dei suoi diritti il *mandator* aveva l'*actio mandati directa*; contro di lui, per costringerlo al pagamento di eventuali indennizzi, il mandatario aveva l'*actio mandati contraria*.

93. GLI ALTRI RAPPORTI OBBLIGATORI DA ATTO GIURIDICO LECITO. — Accanto alle *obligationes contractae iuris civilis* (n. 91-92) il diritto romano classico riconobbe progressivamente molteplici altri tipi di rapporti obbligatori a fonte convenzionale, evitando peraltro, di massima, di parlare in ordine ad essi di « *obligatio* » e « *contractus* », termini riservati alle figure strettamente civilistiche. Tali figure possono essere raggruppate nelle due categorie dei rapporti obbligatori derivanti da *facta* e di quelli derivanti dai cd. contratti innominati. Infine, vanno ricordate le altre

cause di obbligazioni a fonte non convenzionale, che Giustiniano denominò come *quasi contractus*.

(a) Tra i *facta 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, camporum, 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.

(b) 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 perchè 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 una azione apposita (*condictio ob causam dato-*

rum); 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'*aeestimatum*, 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 rivenduta; la *transactio*, accordo di por fine ad una controversia facendosi reciproche concessioni (« *aliquo dato aliquo retento* »).

(c) Tra le cause non convenzionali di rapporti giuridici obbligatori possono essere particolarmente ricordate le seguenti figure: a) il *legatum per damnationem* e quello *incondi modo*, che rendevano l'*heres* obbligato verso il *legatarius* (n. 79); b) la *pollicitatio* e il *votum*, promesse solenni unilaterali del cittadino alla città o, rispettivamente, agli dei, le quali godevano tuttavia di una tutela *extra ordinem* (n. 74); c) la *solutio indebiti*, cioè il trasferimento della proprietà di una somma di danaro o di altra cosa a titolo di pagamento non dovuto, la quale determinava nell'accipiente l'obbligo di restituzione dell'*indebitum* e legittimava il *solvens* ad esercitare la *condictio indebiti* per la restituzione; d) la *negotiorum gestio*, consistente nella gestione dell'affare o degli affari di un altro (*dominus negotii*), fatta dal *negotiorum gestor* nel suo interesse, ma

senza suo *mandatum* (n. 64); dal fatto che l'affare fosse stato utilmente gerito (*utiliter gestum*) nell'interesse del *dominus negotii* (es.: condomino che compie le spese del condominio, terzo che si assume le spese per i funerali di un familiare di un individuo) derivava l'obbligo del *dominus negotii* di indennizzare il *gestor* delle spese e dei danni incontrati.

94. LE OBBLIGAZIONI PRIMARIE DA ATTO GIURIDICO ILLECITO. — Il *ius civile* non prevede se non quattro tipi di atti giuridici illeciti produttivi di rapporti primari di responsabilità (n. 89). Tali atti, denominati genericamente *delicta*, furono ritenuti generatori di *obligationes* in senso tecnico soltanto a partire dall'età preclassica avanzata. Altri atti illeciti furono man mano ravvisati dal *ius honorarium*, ma, sino a tutto il periodo classico, si evitò di qualificarli *delicta*, mentre Giustiniano parlò, in ordine ad alcuni di essi, di *obligationes quasi ex delicto*.

Caratteristiche comuni delle *obligationes* primarie da atto illecito furono: la nozialità, l'individualità, la cumulatività, la penalità. La nozialità (da *nox* = delitto) implicava che degli atti illeciti commessi da un *servus* o da un *filius familias* rispondesse il suo *paterfamilias*, il quale per sottrarsi all'*actio* del danneggiato poteva cedere preventivamente il colpevole allo stesso (*noxae deditio*: n. 82). La individualità implicava che le *actiones* da illecito non potessero né trasmettersi ereditariamente né esercitarsi contro 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. 90). 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 cioè condannato al pagamento di una penale in 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* (n. 68: *condictio, rei vindictio*).

(a) I *delicta* previsti e disciplinati dal *ius civile* furono il furto, la rapina, il danneggiamento e l'*iniuria*.

Furtum fu ritenuta in origine la sola sottrazione di cosa mobile (*movtio*) a chi ne avesse il possesso. Ma in periodo classico si passò a considerare *furtum* ogni azione rivolta a trarre illecito profitto da una cosa, mobile o immobile, contro la volontà del possessore o dell'avente diritto sulla stessa: quindi, tanto la sottrazione di una cosa mobile al proprietario o all'avente diritto sulla stessa (cd. *furtum rei*) quanto la sottrazione di una cosa al possessore (es., il creditore pignoratizio) eventualmente ad opera dello stesso proprietario (cd. *furtum possessionis*), quanto l'uso illegittimo di una cosa altrui di cui si avesse lecitamente il possesso (cd. *furtum usus*). In età postclassica fu richiesto nel *fur*, per potersi considerare realmente tale, l'intenzione di trarre profitto dal suo atto, sicché il *furtum* divenne « *contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus possessionisque* » (D. 47. 2. 1. 3). Al derubato spettò contro il ladro, a prescindere dalle azioni *reipersecutoriae* (*rei vindictio, condictio ex causa furtiva*),

l'*actio (poenales) furti*, infamante, che poteva essere diretta ad ottenere il *quadruplum* del valore della cosa rubata se il ladro era stato colto in flagrante (*actio furti manifesti*), il *duplum* se il ladro non era stato colto in flagrante (*actio furti nec manifesti*) e il *triplum* in alcuni casi particolari.

Rapina (detta anche *bona vi rapta*) fu ritenuta un furto commesso con violenza sulle persone. Al rapinato spettava l'*actio vi bonorum raptorum*, che era in *quadruplum* se esercitata entro l'anno, in *duplum* dopo.

Dammum iniuria datum fu ritenuto il danneggiamento illecito di una *res* altrui mediante una azione materiale (*damnum corpore corpori illatum*). Questa figura generale di *delictum* fu introdotta nel sec. II a. C. dalla *lex Aquilia de damno*. Contro il danneggiatore spettò al proprietario un'*actio legis Aquiliae* per una pena corrispondente al più alto valore raggiunto dalla cosa nell'ultimo anno o, in certi casi, nell'ultimo mese; l'*actio legis Aquiliae* diveniva in *duplum* nel caso di resistenza (*infinitio*). Il danneggiatore era tenuto al pagamento soltanto se colpevole, anche di minima negligenza (« in lege Aquilia et levissima culpa venit »), e soltanto se il danno fosse derivato da una sua azione positiva (*culpa in faciendo*). I pretori, la giurisprudenza classica e quella postclassica allargarono via via i casi di applicazione dell'*actio legis Aquiliae utilis*. In diritto giustiniano l'azione spettava non più per una pena, ma per il risarcimento del danno (*damnum Aquilianum*, anche detto danno extracon-

trattuale], sia al proprietario che a chiunque avesse risentito nocumento (es., l'usufruttuario).

Iniuria fu intesa, in diritto classico, a seguito di una lunghissima evoluzione, ogni offesa arrecata alla integrità fisica o morale di una persona. Alla primitiva *actio iniuriarum* con pena fissa i pretori sostituirono l'*actio iniuriarum aestimatoria*, infamante e intransmissibile agli eredi (perchè *vindictam spirans*), la quale mirava al pagamento di una penale adeguata all'importanza dell'offesa.

(b) Tra gli illeciti del *ius honorarium*, inseriti da Giustiniano nella categoria dei *quasi delicta* possono essere ricordati: l'*effusum et deiectum*, azione dannosa consistente nella caduta di liquidi o solidi da un davanzale; il *positum et suspensum*, azione pericolosa consistente nel semplice tener una cosa appoggiata o sospesa all'esterno di un edificio; il *litum suam facere* del giudice che in mala fede emettesse una sentenza ingiusta. Ma i più importanti illeciti del *ius honorarium* (sebbene rimasti fuori della categoria dei *quasi delicta*) furono il *dolus malus* e la *vis animo illata* (n. 62).

Per *dolus malus* si intese l'attività impiegata da un soggetto per trarre in errore un altro soggetto ed indurlo così al compimento di un negozio, che altrimenti non avrebbe compiuto (« *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita* »). Al soggetto passivo il pretore concesse una *exceptio doli* per il caso che il soggetto attivo agisse contro di lui per

l'*actio (poenalis) furti*, infamante, che poteva essere diretta ad ottenere il *quadruplum* del valore della cosa rubata se il ladro era stato colto in flagrante (*actio furti manifesti*), il *duplum* se il ladro non era stato colto in flagrante (*actio furti nec manifesti*) e il *triplum* in alcuni casi particolari.

Rapina (detta anche *bona vi rapta*) fu ritenuta un furto commesso con violenza sulle persone. Al rapinato spettava l'*actio vi bonorum raptorum*, che era in *quadruplum* se esercitata entro l'anno, in *duplum* dopo.

Damnum iniuria datum fu ritenuto il danneggiamento illecito di una *res* altrui mediante una azione materiale (*damnum corpore corpori illatum*). Questa figura generale di *delictum* fu introdotta nel sec. II a. C. dalla *lex Aquilia de damno*. Contro il danneggiatore spettò al proprietario un'*actio legis Aquiliae* per una pena corrispondente al più alto valore raggiunto dalla cosa nell'ultimo anno o, in certi casi, nell'ultimo mese; l'*actio legis Aquiliae* diveniva in *duplum* nel caso di resistenza (*insidiatio*). Il danneggiatore era tenuto al pagamento soltanto se colpevole, anche di minima negligenza («*in lege Aquilia et levissima culpa venit*»), e soltanto se il danno fosse derivato da una sua azione positiva (*culpa in faciendo*). I pretori, la giurisprudenza classica e quella postclassica allargarono via via i casi di applicazione dell'*actio legis Aquiliae utilis*. In diritto giustiniano l'azione spettava non più per una pena, ma per il risarcimento del danno (*damnum Aquilianum*, anche detto danno extracon-

trattuale), sia al proprietario che a chiunque avesse risentito nocumento (es., l'usufruttuario).

Iniuria fu intesa, in diritto classico, a seguito di una lunghissima evoluzione, ogni offesa arrecata alla integrità fisica o morale di una persona. Alla primitiva *actio iniuriarum* con pena fissa i pretori sostituirono l'*actio iniuriarum aestimatoria*, infamante e intransmissibile agli eredi (perchè *vindictam spirans*), la quale mirava al pagamento di una penale adeguata all'importanza dell'offesa.

(b) Tra gli illeciti del *ius honorarium*, inseriti da Giustiniano nella categoria dei *quasi delicta* possono essere ricordati: l'*effusum et deiectum*, azione dannosa consistente nella caduta di liquidi o solidi da un davanzale; il *positum et suspensum*, azione pericolosa consistente nel semplice tener una cosa appoggiata o sospesa all'esterno di un edificio; il *litem suam facere* del giudice che in mala fede emettesse una sentenza ingiusta. Ma i più importanti illeciti del *ius honorarium* (sebbene rimasti fuori della categoria dei *quasi delicta*) furono il *dolus malus* e la *vis animo illata* (n. 62).

Per *dolus malus* si intese l'attività impiegata da un soggetto per trarre in errore un altro soggetto ed indurlo così al compimento di un negozio, che altrimenti non avrebbe compiuto («*omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*»). Al soggetto passivo il pretore concesse una *exceptio doli* per il caso che il soggetto attivo agisse contro di lui per

l'adempimento. Inoltre, per il caso che al soggetto passivo mancasse ogni altro mezzo per la riparazione del torto, il pretore gli concesse l'*actio de dolo*, infamante, annale, contro il soggetto attivo.

Per *vis animo illata* si intese la minaccia di un male notevole volta a provocare uno stato di timore (*metus*) in un soggetto passivo, ed intesa perciò a determinare quest'ultimo al compimento di un negozio che altrimenti non avrebbe compiuto. Al soggetto passivo il pretore concesse una *exceptio metus* e, inoltre, un'*actio metus in quadruplum*, annale, contro il soggetto attivo o anche contro chi avesse tratto profitto dalla violenza.

95. LE OBBLIGAZIONI SECONDARIE DA ATTO GIURIDICO 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 rapporto giuridico 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, dunque, 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, inol-

tre, dei casi in cui bastava l'obbligatoria 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, nonchè, 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*.

96. 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 conservò 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 acceptum?* ») ed in una contestuale risposta affermativa del creditore (« *Habeo* »). Per le *obligationes 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 « *imaginarie solutiones* » (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. 70); la impossibilità sopravvenuta della prestazione per *vis maior* o *casus fortuitus* (n. 95); la *confusio*, cioè la riunione dello 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*.

INDICE - SOMMARIO

INDICE-SOMMARIO

	PAG.
<i>Avvertenza</i>	5
<i>Partelle per la seconda edizione</i>	5
<i>Appunto bibliografico</i>	7
<i>Tavola cronologica</i>	11

IL DIRITTO ROMANO PRIVATO

I — Nozioni generali.

1. Diritto e società politica	17
2. Struttura dello Stato	19
3. Struttura dell'ordinamento giuridico	22
4. La produzione del diritto	25
5. L'interpretazione del diritto	27
6. Il diritto romano e i suoi periodi	29

II — Il periodo arcaico del diritto romano.

7. Limiti storici del periodo arcaico del diritto romano	31
8. Genesi e struttura originaria della <i>civitas</i> quiritaria	32
9. Il <i>ius Quiritium</i>	34
10. L'evoluzione costituzionale della <i>civitas</i> quiritaria	36
11. Il <i>ius legitimum vetus</i> e la formazione del <i>ius civile</i>	38

III — Il periodo preclassico del diritto romano.

12. Limiti storici del periodo preclassico del diritto romano	40
13. La <i>respublica Romanorum</i>	43
14. <i>Ius civile vetus</i> e <i>ius publicum</i>	46
15. L'espansione di Roma e il <i>ius civile novum</i>	47
16. La crisi della <i>respublica Romanorum</i> e il <i>ius honorarium</i>	49
17. La giurisprudenza preclassica	50

IV — Il periodo classico del diritto romano.

18. Limiti storici del periodo classico del diritto romano	52
19. La <i>respublica</i> e il <i>principatus</i>	53

20. Il <i>ius vetus</i> e il <i>ius novum</i>	PAG.
21. La giurisprudenza classica	55
	57

V — Il periodo postclassico del diritto romano.

22. Limiti storici e caratteri del periodo postclassico del diritto romano	60
23. Il trionfo del <i>ius novum</i> e le prime raccolte di costituzioni imperiali	62
24. La giurisprudenza postclassica e i resti della sua attività compilatoria	64
25. La compilazione di Giustiniano	66
26. Le compilazioni giuridiche post-giustinianee	68

VI — Il « *ius privatum* » e le sue partizioni.

27. Il concetto classico del <i>ius privatum</i> e le sue componenti storiche.	70
28. La distinzione tra <i>ius civile</i> e <i>ius gentium (naturale)</i> .	72
29. La distinzione tra <i>ius commune</i> e <i>ius singulare</i> .	73
30. La partizione della materia del <i>ius privatum</i>	74

I RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI

VII — Nozioni generali.

31. Le qualificazioni giuridiche	77
32. I rapporti giuridici e il loro contenuto	79
33. Classificazione dei rapporti giuridici	82
34. I rapporti del <i>ius privatum</i> romano	84

VIII — La « *familia* » romana.

35. La <i>familia romana</i>	87
36. Il <i>matrimonium</i>	89
37. Il regime patrimoniale del <i>matrimonium</i>	92
38. Le conseguenze del <i>matrimonium</i>	94
39. La preparazione e la occasione del <i>matrimonium</i>	96
40. Le unioni extramatrimoniali e i loro effetti	98

IX — I soggetti dei rapporti giuridici privati.

41. Le qualificazioni soggettive regolari	100
42. L'appartenenza alla specie umana	102
43. L'esistenza	104
44. La libertà	106
45. La cittadinanza	109

46. L'autonomia familiare	PAG.
47. I soggetti giuridici limitati	112
	113

X — Gli oggetti dei rapporti giuridici privati.

48. Le qualificazioni oggettive regolari	116
49. Le <i>res</i> e le loro distinzioni	118
50. Le <i>summae divisiones rerum</i>	121

XI — L'ordine giuridico privato e le sue cause.

51. Gli effetti giuridici e i fatti giuridici	123
52. La capacità di agire ed i suoi requisiti	125
53. La <i>tutela impuberum</i>	128
54. La <i>tutela mulierum</i>	131
55. Le curatele	132
56. La mera capacità di agire	134

XII — I negozi giuridici e i loro effetti.

57. Gli atti giuridici di autonomia	137
58. Gli atti di autonomia del <i>ius privatum</i>	140
59. Validità ed efficacia dei negozi giuridici	143
60. La forma nei negozi giuridici	147
61. La causa nei negozi giuridici	150
62. La volontà nei negozi giuridici	152
63. Le clausole accidentali dei negozi giuridici	156
64. La sostituzione nell'attività negoziale	161
65. L'interpretazione dei negozi giuridici	164

XIII — Le « *actiones* » e il processo privato.

66. Le <i>actiones</i> e il processo privato romano	167
67. Il sistema procedurale per <i>legis actiones</i>	171
68. Il sistema procedurale per <i>formulae</i>	176
69. Struttura e classificazione delle <i>formulae</i>	182
70. La <i>litis</i> <i>in iure</i> della procedura formulare	186
71. La <i>litis</i> <i>apud iudicem</i> della procedura formulare	189
72. I mezzi complementari della procedura formulare	191
73. L'esecuzione della sentenza e la <i>causa</i> <i>judicata</i>	195
74. I sistemi procedurali <i>extra ordinem</i>	198

XIV — La successione nei rapporti giuridici privati.

75. Generalità	200
76. La successione nei rapporti giuridici privati di una persona defunta	202

	PAG.
77. La vocazione <i>ex testamento</i> alla successione <i>mortis causa</i>	204
78. La vocazione <i>ab intestato</i> alla successione <i>mortis causa</i> e la successione necessaria	207
79. Effetti particolari della successione testamentaria	209

CENNI SUI SINGOLI RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI

XV — I rapporti giuridici assoluti.

80. Generalità	215
81. Il <i>mancipium</i> quiritario	218
82. Le potestà familiari	221
83. Il <i>dominium ex iure Quiritium</i>	223
84. Gli altri rapporti assoluti reali in senso proprio	228
85. Le <i>resititates praediorum</i>	230
86. L' <i>usufructus</i> e gli istituti affini	233
87. Gli altri rapporti assoluti reali in senso improprio	235
88. La <i>possessio</i> e la <i>quasi possessio</i>	237

XVI — I rapporti giuridici relativi.

89. Generalità	241
90. Le <i>obligationes contractus</i> del <i>ius civile vetus</i>	243
91. Le <i>obligationes contractus</i> del <i>ius civile vetus</i>	247
92. Le <i>obligationes ex contractu</i> del <i>ius civile novum</i>	252
93. Gli altri rapporti obbligatori da atto giuridico lecito	255
94. Le obbligazioni primarie da atto giuridico illecito	258
95. Le obbligazioni secondarie da atto giuridico illecito	259
96. Fatti estintivi dei rapporti giuridici obbligatori	264